

Mendel Verlag

Schriftenreihe

des Europäischen Forums

für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V.

an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Band 69

Verbindungen aus Waren und Dienstleistungen im Recht der WTO

unter besonderer Berücksichtigung
zollwert- und ursprungsrechtlicher Fragen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Hanns-Thilo von Spankeren
aus Bonn

Mendel Verlag

D 6

Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Mendel Verlag GmbH & Co. KG

Wasserstr. 223, 44799 Bochum

Telefon: +49 2302 202930

Fax: +49 2302 2029311

E-Mail: info@mendel-verlag.de

Internet: www.mendel-verlag.de

ISBN: 978-3-943011-67-8

Alle Angaben ohne Gewähr. Alle Rechte vorbehalten. Vervielfältigungen jeglicher Art sind nur nach Genehmigung durch den Verlag erlaubt.

Herausgeber: Europäisches Forum für Außenwirtschaft,
Verbrauchssteuern und Zoll e.V., Königsstr. 46,
48143 Münster, E-Mail: efa@uni-muenster.de

Einbandentwurf: KJM GmbH Werbeagentur, Hafenweg 22, 48155 Münster,
Internet: www.KJM.de

© 2022 Mendel Verlag GmbH & Co. KG, Bochum

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur fanden bis April 2021 Berücksichtigung.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter, Herrn Prof. Dr. Hans-Michael Wolffgang für die Heranführung an die hier gegenständliche Thematik sowie für die umfassende Betreuung.

Herrn Prof. Dr. Niels Petersen danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei Herrn Dr. Lothar Harings bedanke ich mich für die Aufnahme dieser Arbeit in die EFA-Schriftenreihe.

Meinen Eltern Burchard und Friederike von Spankeren danke ich für ihre uneingeschränkte Förderung und Unterstützung meiner gesamten Ausbildung. Meinen Großeltern Dr. Friedrich und Gunild Hohrmann danke ich besonders dafür, dass sie mein Interesse für das Zollrecht geweckt, mich stets interessiert begleitet und diese Arbeit gefördert haben. Von ganzem Herzen möchte ich mich auch bei meiner Freundin Frau Pia Dohse bedanken, die mich stets geduldig und verständnisvoll durch alle Höhen und Tiefen der Erstellung dieser Arbeit begleitet hat. Sie hat auf diese Weise erheblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Hamburg, im Januar 2022

Hanns-Thilo von Spankeren

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Inhaltsverzeichnis.....	7
Literaturverzeichnis.....	13
Abkürzungsverzeichnis	31
A. Einleitung	37
B. Verbindungen von Waren und Dienstleistungen.....	41
I. Dienstleistungsbegriff	41
1. Wirtschaftswissenschaftliche Definitionen	42
a) Die Drei-Sektoren-Theorie	42
b) Beschreibende Definitionsversuche.....	43
c) Listenansatz.....	45
2. Dienstleistungsbegriff in der Rechtswissenschaft	46
3. Zwischenfazit.....	47
II. Wirtschaftliche Bedeutung von Dienstleistungen	48
III. Systematisierung der Verbindungen von Waren und Dienstleistungen.....	50
1. Verkörperte Dienstleistungen	50
2. Produktbegleitende Dienstleistungen/Leistungsbündel.....	52
3. Nutzungs-/ergebnisorientierte Systeme	56
4. Hybride Produkte.....	58
IV. Ein neues Produkt oder bloß Kombination aus Ware und Dienstleistung? ..	60
C. Waren- und Dienstleistungshandel im Recht der WTO	63
I. Anwendungsbereiche von GATT und GATS.....	63
1. Waren- und Dienstleistungsbegriff	63

a)	Berührbarkeit vs. Unberührbarkeit	64
b)	Handelbarkeit	65
c)	Zollfähigkeit	66
d)	Dienstleistung – Produkt oder Tätigkeit?	68
e)	Nennung in HS und SSCL.....	70
f)	Zusammenfassung	70
2.	Der „Handel“ mit Waren und Dienstleistungen	71
II.	GATT und GATS – ein kurzer Überblick über Intention, Prinzipien und Aufbau	76
D.	Anwendbarkeit von GATT und GATS auf Verbindungen aus Waren und Dienstleistungen	81
I.	Anwendbarkeit von GATT und GATS bei verkörpertem Dienstleistungen..	81
1.	Dienstleistung ist in der Ware aufgegangen.....	81
2.	Ware als Trägermedium einer Dienstleistung	86
3.	Auswirkungen des Ergebnisses.....	89
a)	Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung.....	90
aa)	Geschichte der Erhebung von Zöllen	92
bb)	Sinn und Zweck der Erhebung von Zöllen nach dem GATT	94
cc)	Ergebnis für Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Zollwertbestimmung	98
b)	Auswirkungen auf den Warenursprung	101
aa)	Hintergrund von Ursprungsregelungen zur Bestimmung des Warenursprungs	101
bb)	Kriterien zur Ursprungsbestimmung	106
(1)	<i>Change in tariff classification and specified processing criterion</i> .	108
(2)	<i>Value added criterion</i>	109
cc)	Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen im Rahmen von Ursprungsregeln	112
(1)	Erforderlichkeit der Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen bei dem präferentiellen Warenursprung.....	116
(2)	Erforderlichkeit der Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen bei dem nichtpräferentiellen Warenursprung.....	118
(a)	Im Hinblick auf die im ARO vereinbarten Ursprungsregeln....	118

(b) Im Hinblick auf die Anwendungsbereiche nichtpräferentieller Ursprungsregeln.....	121
(3) Zwischenfazit.....	125
(4) Ursprung von Dienstleistungen.....	126
(a) Modalitäten 1 und 2.....	127
(b) Modalitäten 3 und 4.....	127
(c) Anwendung von Wertschöpfungskriterien.....	130
(d) Ursprungsnachweis.....	131
dd) Ergebnis für Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs.....	132

II. Anwendbarkeit von GATT und GATS bei produktbegleitenden Dienstleistungen 138

1. Produktbegleitende Dienstleistung als <i>adapting service</i>	139
a) Dienstleistung wird an Ware selbst ausgeführt.....	139
aa) Bearbeitung als Dienstleistung im Sinne des GATS.....	139
bb) Bearbeitung als Dienstleistungshandel im Sinne des GATS.....	143
(1) Bearbeitung vor Einfuhr der Ware.....	143
(a) <i>cross-border supply</i>	144
(b) <i>consumption abroad</i> – Abgrenzung zwischen den Modalitäten 1 und 2.....	144
(c) Zwischenergebnis.....	150
(2) Bearbeitung nach Einfuhr der Ware.....	151
(a) Ausreichender Schutz durch das GATT?.....	151
(b) Anwendung des GATS.....	156
(c) Zwischenergebnis.....	158
b) Dienstleistung wird bezogen auf das Umfeld der Ware ausgeführt.....	159
2. Produktbegleitende Dienstleistung als <i>smoothing service</i>	160
3. Auswirkungen des Ergebnisses.....	163
a) Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung.....	163
aa) Berücksichtigung produktbegleitender Dienstleistungen bei der Zollwertermittlung.....	163
(1) Explizit genannte Dienstleistungen.....	165
(2) Dienstleistung als Bedingung für den Kauf der Ware.....	168
(3) Ort und Zeit der Ausführung der Dienstleistung.....	174
bb) Auswirkungen des gemeinsamen Angebots von Ware und Dienstleistung auf die Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode.....	177

(1) Auswirkungen bei optionalen Dienstleistungen	178
(2) Auswirkungen bei verpflichtenden Dienstleistungen	178
(3) Auswirkungen eines Gesamtpreises für Ware und Dienstleistung	181
cc) Ergebnis der Auswirkungen produktbegleitender Dienstleistungen auf die Zollwertbestimmung.....	184
b) Auswirkungen auf den Warenursprung	185
III. Anwendbarkeit von GATT und GATS bei nutzungs-/ergebnisorientier- ten Systemen	187
1. Vorrangige Anwendung des GATS – auch in Bezug auf die Ware?	187
2. Folgen für die Anwendung von GATT und GATS.....	191
3. Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung und den Warenursprung.....	191
E. Sonderfall: Digitale Produkte.....	195
I. Zuordnung von digitalen Produkten	197
1. Zuordnung nach den allgemeinen Unterscheidungskriterien	197
2. Zuordnung nach den GATT-/GATS-Unterscheidungskriterien.....	198
a) Körperlichkeit/Berührbarkeit.....	198
b) Zollfähigkeit	199
c) Nennung in HS und SSCL.....	204
d) Produkt vs. Tätigkeit	209
e) Zwischenfazit	212
3. Zuordnung anhand schon vorhandener Regelungen	214
a) Prinzip der Nichtdiskriminierung und Prinzip der offenen Märkte.....	216
b) Prinzip der Souveränität	221
aa) Audiovisuelle digitale Produkte	223
bb) Digitale Software.....	229
c) Prinzip der Solidarität mit den Entwicklungsländern	233
4. Fazit für die Zuordnung digitaler Produkte und Ausblick.....	240
II. Auswirkungen der Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistun- gen auf die Zollwertbestimmung	243
1. Software ist bei Import auf Ware aufgespielt.....	244
a) Sonderfall 1: Software wird dem Verkäufer der Ware vom Käufer zur Verfügung gestellt	244
b) Sonderfall 2: Software ist auf Trägermedium aufgespielt	249

c) Sonderfall 3: Software ist auf Ware aufgespielt, wird aber erst nach dem Import freigeschaltet.....	253
2. Software wird erst nach Import aufgespielt	256
III. Auswirkungen der Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen auf den Warenursprung.....	257
F. Verhältnis von GATT und GATS	261
I. WTO-Entscheidungen zum Verhältnis von GATT und GATS.....	261
1. <i>Canada – Periodicals</i>	262
2. <i>EC – Bananas III</i>	264
3. <i>Canada – Autos</i>	269
II. Potentielle Konflikte zwischen GATT und GATS	272
III. Konfliktlösungsregeln im internationalen Recht	276
1. <i>Lex superior-</i> und <i>Lex posterior</i> -Grundsatz.....	276
2. <i>Lex specialis</i> -Grundsatz	278
3. Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten und Effektivitätsprinzip.....	281
IV. Lösungsvorschlag.....	287
1. Konflikt zwischen GATT-Verbot und GATS-Liste.....	287
2. Konflikt zwischen GATT-/GATS-Verbot und GATS-/GATT-Ausnahme	292
G. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	299

Literaturverzeichnis

- Abu-Akeel, Aly K.*, Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications, *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.*, Bd. 32, 1999, S. 189–210.
- Albath, Lars*, Handel und Investitionen in Strom und Gas – Die internationalen Regeln, München, 2005.
- Andenas, Mads/Zleptnig, Stefan*, Proportionality and balancing in WTO law: a comparative perspective, *Camb. Rev. Int. Aff.*, Bd. 20, 2007, S. 71–92.
- Antimiani, Alessandro/Cernat, Lucian*, Europäische Kommission, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017.
- Azzam, Mette Werdelin*, Harmonization of Non-Preferential Rules of Origin, *GTCJ*, Bd. 14, 2019, S. 467–469.
- Baines, T. S./Lightfoot, H. W. et al.*, The servitization of manufacturing – A review of literature and reflection on future challenges, *Journal of Manufacturing Technology Management*, Bd. 20, 2009, S. 547–567.
- Baker, Stewart A./Lichtenbaum, Peter et al.*, E-Products and the WTO, *Int'l Lawyer*, Bd. 35, 2001, S. 5–22.
- Bartels, Lorand*, Treaty Conflicts in WTO Law – A Comment on William J. Davey's Paper 'The Quest for Consistency', in: Griller (Hrsg.), *At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round*, Wien, 2008, S. 129–145.
- Barth, Dietrich*, Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), *EuZW*, 1994, S. 455–460.
- Barth, Dietrich*, Perspektiven des internationalen Dienstleistungshandels – Studie im Auftrag der Friedrich Ebert Stiftung, 1998.
- Baumann, Helmut*, Die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der audiovisuellen Medien – Im Rahmen des GATS im Spannungsfeld von Marktfreiheit und kultureller Selbstbestimmung der Staaten der Europäischen Union, Berlin, 1998.
- Beaucamp, Pia Marie*, Reformansätze zur Harmonisierung präferenzzieller Ursprungsregelungen, Bochum, 2019.

- Becker, Jörg/Beverungen, Daniel et al.*, Ordnungsrahmen für die hybride Wertschöpfung, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung – Methoden, Werkzeuge und Branchenlösungen, Heidelberg, 2009, S. 109–128.
- Bhala, Raj/Gantz, David*, WTO Case Review 2000, *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, Bd. 18, 2001, S. 1–102.
- Bodin, Jean*, Sechs Bücher über den Staat, Buch IV–VI – Übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Bernd Wimmer, München, 1986.
- Bonnemeier, Sebastian/Reichwald, Ralf*, „Hybride Wertschöpfung“ – vom Industrieproduzenten zum Lösungsanbieter – ein State-of-the-Art Bericht, *ZfbF*, Bd. 64, 2012, S. 45–72.
- Brenton, Paul*, Enhancing Trade Preferences for LCDs – Reducing the Restrictiveness of Rules of Origin, in: Newfarmer (Hrsg.), Trade, Doha, and Development – A Window into the Issues, Washington D.C., 2006, S. 281–287.
- Brouillard, Éloïse/Terwilliger, Lisa*, Importing software – IBM's global approach to customs valuation issues and new technologies, *WCJ*, Bd. 7, 2013, S. 119–123.
- Brown, Lesley*, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, Oxford, 1994.
- Brünger, Christoph*, Telekommunikation, Telekommunikationsnetze, Telekommunikationsdienste – Die Definitionen des TKG am Beispiel vernetzter Fahrzeuge, Münster, 2019.
- Buchmüller, Christian*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht – Zur Vereinbarkeit von Einspeisevergütungssystemen und Quotenmodellen mit Zertifikatehandel mit dem WTO-Recht, Baden-Baden, 2013.
- Bullinger, Hans-Jörg/Spath, Dieter et al.*, Operator Models – A More Advanced Form of Service Model, *Economic Bulletin*, Bd. 41, 2004, S. 103–106.
- Bundesrechnungshof*, Bericht nach § 99 BHO über Maßnahmen zur Verbesserung der Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung – Chancen der Digitalisierung nutzen, Bonn, 2020.
- Burianek, Ferdinand/Ihl, Christoph et al.*, Typologisierung hybrider Produkte – Ein Ansatz basierend auf der Komplexität der Leistungserbringung, München, 2007.

- Bußmann, Ludwig*, Drei-Sektoren-Trend und Vollbeschäftigung, in: Bußmann (Hrsg.), Vollbeschäftigung und Tertiarisierung – (Drei-Sektoren-Hypothese), Berlin, 1999, S. 11–58.
- Cadot, Olivier/Graziano, Alejandro et al.*, Do Rules of Origin Constrain Export Growth? – Firm-Level Evidence from Colombia, 2014.
- Cass, Ronald A./Noam, Eli M.*, The Economics and Politics of Trade in Services – A United States Perspective, in: Friedmann (Hrsg.), Rules for free international Trade in Services – Symposium in Tel Aviv, Baden-Baden, 1990, S. 43–87.
- Cernat, Lucian*, Trade rules and technological change: The case for mode 5 services, 2015, abrufbar im Internet unter: <http://e15initiative.org/blogs/trade-rules-and-technological-change-the-case-for-mode-5-services/> (zuletzt abgerufen am: 13.11.2020).
- Cernat, Lucian/Kutlina-Dimitrova, Zornitsa*, Thinking in a box: A ‘Mode 5’ approach to service trade, 2014.
- Cernat, Lucian/Sousa, Nuno*, The Trade and Jobs Nexus in Europe: How Important Are Mode 5 Services Exports?, CESifo Forum, 2015, S. 65–67.
- Chander, Anupam*, The Internet of Things: Both Goods and Services, WTR, Bd. 18, 2019, S. 9–22.
- Chang, Philip/Karsentey, Guy et al.*, GATS, the Modes of Supply and Statistics on Trade in Services, JWT, Bd. 33, 1999, S. 93–115.
- Charmody, Chi*, When Cultural Identity Was Not at Issue – Thinking about Canada – Certain Measures concerning Periodicals, Law & Pol’y Int’l Bus., Bd. 30, 1999, S. 231–320.
- Chase, Claude*, Norm Conflict Between WTO Covered Agreements – Real, Apparent or Avoided?, Int. Comp. Law Q., Bd. 61, 2012, S. 791–821.
- Chase, Kerry A.*, Protecting Free Trade: The Political Economy of Rules of Origin, IO, Bd. 62, 2008, S. 507–530.
- Christiansen, R.*, Haben Zölle noch eine Zukunft?, ZfZ, Bd. 50, 1974, S. 98–100.
- Conconi, Paola/García-Santana, Manuel et al.*, From Final Goods to Inputs – The Protectionist Effect of Rules of Origin, London, 2017.
- Conconi, Paola/Pauwelyn, Joost*, Trading Cultures: Appellate Body Report on China – Audiovisuals, WTR, Bd. 10, 2011, S. 95–118.

- Crozet, Matthieu/Milet, Emmanuel*, Should everybody be in services? – The effect of servitization on manufacturing firm performance, *J Econ Manage Strat.*, Bd. 26, 2017, S. 820–841.
- Cusumano, Michael A./Kahl, Steven J. et al.*, Services, industry evolution, and the competitive strategies of product firms, *Strategic Management Journal*, Bd. 36, 2015, S. 559–575.
- Damien, Broussolle*, Service, Trade in Services and Trade of Services Industries, *JWT*, Bd. 48, 2014, S. 31–58.
- Davey, William J./Zdouc, Werner*, The Triangle of TRIPs, GATT and GATS, in: Cottier/Mavroidis et al. (Hrsg.), *Intellectual Property – Trade, Competition, and Sustainable Development: The World Trade Forum*, Vol. 3, Ann Arbor, 2003, S. 53–84.
- Deane, Felicity*, Emissions trading and WTO law – A global analysis, Cheltenham, 2015.
- Delimatsis, Panagiotis*, International trade in services and domestic regulations – Necessity, transparency, and regulatory diversity, Oxford, 2007.
- Díaz Gavier, Patricio/Guadalupe Báscones, Julio*, On Article 8.1(b)(iv) of the Customs Valuation Agreement – When Is the Value of Certain Services Supplied by the Buyer Relevant for Customs Value (i.e., Engineering, Development, Artwork, Design Work, and Plans and Sketches)?, *GTCJ*, 2014, S. 260–266.
- Diebold, Nicolas F.*, The Morals and Order Exceptions in WTO Law – Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole, *JIEL*, Bd. 11, 2008, S. 43–74.
- Dieter, Heribert*, Präferenzielle Ursprungsregeln in Freihandelszonen – Hemmnisse für den internationalen Handel?, *Aussenwirtschaft*, Bd. 59, 2004, S. 273–301.
- Dinh, Duy-Khuong*, The Standstill of Rules of Origin for Services – Towards a ‘Substantial Transformation’ Approach, *JIEL*, Bd. 19, 2016, S. 845–862.
- Dinh, Khuong-Duy*, ‘Mode 5’ Services and Some Implications for Rules of Origin, *GTCJ*, 2017, S. 299–304.
- DLA Piper*, Argentina introduces VAT on digital services, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2018/09/argentina-introduces-vat-on-digital-services> (zuletzt abgerufen am: 17.09.2020).

- Dolzer, Rudolf/Laule, Gerhard*, Verwendungsbeschränkungen für Tropenholz im Lichte des internationalen Rechts, EuZW, 2000, S. 229–237.
- Dorsch*, Zollrecht – Recht des grenzüberschreitenden Warenverkehrs: Kommentar, hrsg. v. *Rüsken, Reinhart*, Losebl. (Stand: 195. EL Oktober 2020), Bonn.
- Drake, William J./Nicolaïdis, Kalypso*, Global Electronic Commerce and GATS: The Millenium Round and Beyond, in: *Sauvé/Stern* (Hrsg.), GATS 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization, Washington D.C., 2000.
- Drake-Brockmann, Jane/Stephenson, Sherry*, Implications for 21st Century Trade and Development of the Emergence of Services Value Chains, 2012.
- Ehlermann, Claus-Dieter/Campogrande, Gianluigi*, Rules on Services in the EEC – A Model for Negotiating World-Wide Rules?, in: *Petersmann/Hilf* (Hrsg.), The new GATT Round of Multilateral Trade Negotiations – Legal and Economic Problems, Deventer, 1988, S. 481–498.
- Eickelpasch, Alexander*, Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung, Industrienähe Dienstleistungen – Bedeutung und Entwicklungspotenziale, Bonn, 2012.
- Eickelpasch, Alexander/Behrend, Rainer et al.*, Industrie und industrienähe Dienstleistungen in der Region FrankfurtRheinMain – Studie im Auftrag der Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main, Berlin, 2017.
- Engel, Christoph*, Is Trade in Services Specific?, in: *Oppermann/Molsberger* (Hrsg.), A new GATT for the nineties and Europe ‘92 – International conference held in Tübingen 25 – 27 July 1990, Baden-Baden, 1991, S. 213–219.
- Engelhardt, Werner H./Kleinaltenkamp, Michael et al.*, Leistungsbündel als Absatzobjekte – Ein Ansatz zur Überwindung der Dichotomie von Sach- und Dienstleistung, ZfbF, Bd. 45, 1993, S. 395–426.
- Erdbrügger, Andreas*, Änderung der EU-Umsatzsteuervorschriften für den E-Commerce ab 2019 bzw. 2021, DStR, 2018, S. 593–597.
- Europäische Kommission*, Der EU-Haushalt auf einen Blick, Luxemburg, 2019.
- Europäische Kommission*, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, Com(2020) 64 final, Brüssel, 2020.

- Europäischer Rechnungshof*, Elektronischer Handel: Zahlreiche Herausforderungen bei der Erhebung von MwSt. und Zöllen müssen noch angegangen werden – (gemäß Artikel 287 Absatz 4 Unterabsatz 2 AEUV), Luxemburg, 2019.
- Farrokhnia, Farrokh/Richards, Cameron*, E-Commerce Products Under the World Trade Organization Agreements: Goods, Services, Both or Neither?, JWT, Bd. 50, 2016, S. 793–818.
- Felbermayr, Gabriel/Teti, Feodora et al.*, On the Profitability of Trade Deflection and the Need for Rules of Origin, München, 2018.
- Felderhoff, Kai Henning*, Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen, Witten, 2014.
- Felderhoff, Kai Henning*, Die Ursprungsregeln in modernen EU-Freihandelsabkommen, in: Summersberger/Merz et al. (Hrsg.), Aussenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll im 21. Jahrhundert – Festschrift für Hans-Michael Wolffgang zum 65. Geburtstag, Köln, 2018, S. 233–260.
- Fessehaie, Judith*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Leveraging the Services Sector for Inclusive Value Chains in Developing Countries, Genf, 2017.
- Fink, Carsten*, PTAs in services – friends or foes of the multilateral trading system, in: Marchetti/Roy (Hrsg.), Opening Markets for International Trade in Services – Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations, Cambridge, 2009, S. 113–148.
- Fink, Carsten/Nikomborirak, Deunden*, Rules of origin in services – A case study of five ASEAN countries, in: Panizzon/Pohl et al. (Hrsg.), GATS and the Regulation of International Trade in Services – World Trade Forum, Cambridge, 2008, S. 111–138.
- Fleuter, Sam*, The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification, Chi. J. Int'l L., Bd. 17, 2016, S. 153–177.
- Floerecke, Sebastian/Wolfenstetter, Thomas et al.*, Hybride Produkte – Stand der Literatur und Umsetzung in der Praxis, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management, 2015, S. 61–66.
- Foltea, Marina*, How to include 'Mode 5' services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, Brüssel, 2018.
- Gaffney, John P.*, The GATT and the GATS: Should They Be Mutually Exclusive Agreements?, LJIL, 1999, S. 135–153.

- Geraets, Dylan/Carroll, Colleen et al.*, Reconciling Rules of Origin and Global Value Chains – The Case for Reform, JIEL, Bd. 18, 2015, S. 287–305.
- Gotsch, Matthias/Lerch, Christian et al.*, Industriell-kollaborative Wirtschaftsformen – Verbreitung neuartiger Nutzungs- und Eigentumsmodelle im Verarbeitenden Gewerbe, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development – Strategien – Innovationen – Geschäftsmodelle, Wiesbaden, 2018, S. 361–378.
- Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, hrsg. v. *Nettesheim, Martin*, Losebl. (Stand: 71. EL August 2020), München.
- von der Groeben*, Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Charta der Grundrechte der Europäischen Union, hrsg. v. *Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin*, 7. Aufl., Baden-Baden, 2015.
- Grossman, Gene M./Horn, Henrik et al.*, National Treatment, in: Horn/Mavroidis (Hrsg.), Legal and Economic Principles of World Trade Law, Cambridge, 2013, S. 205–346.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan, et al. (Hrsg.)*, BeckOnline Großkommentar zum Zivilrecht, München.
- Hahn, Michael J.*, Eine kulturelle Bereichsausnahme im Recht der WTO?, ZaöRV, Bd. 56, 1996, S. 315–352.
- Handelsblatt*, VW ist bei Forschungsausgaben im weltweiten Spitzentrio, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/forschung-und-entwicklung-vw-ist-bei-forschungsausgaben-im-weltweiten-spitzentrio/23250818.html?ticket=ST-623679-F6HGGPNd3Ufs7qfIPQAK-ap3> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2020).
- Hernandez-Lopez, Ernesto*, Trade in Electronic Commerce Services under the WTO: The Need to Clearly Classify Electronic Transmissions as Services and Not Tariff-Liable, J. World Intell. Prop., Bd. 4, 2001, S. 557–580.
- Herrmann, Christoph/Weiß, Wolfgang et al.*, Welthandelsrecht, 2. Auflage, München, 2007.
- Heuser, Cecilia/Mattoo, Aaditya*, World Bank Group, Services Trade and Global Value Chains, 2017.
- Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan (Hrsg.)*, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, 1. Aufl., Baden-Baden, 2005.

Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan (Hrsg.), WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl., Baden-Baden, 2010.

Hilf, Meinhard/Puth, Sebastian, The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law, in: Bogdandy/Mavroidis et al. (Hrsg.), European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, Den Haag, 2002, S. 199–218.

Hill, Peter, Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of Output, The Canadian Journal of Economics, Bd. 32, 1999, S. 426–446.

Hirsch, Moshe, The Asymmetric Incidence of Rules of Origin – Will Progressive and Cumulation Rules Resolve the Problem?, JWT, Bd. 32, 1998, S. 41–53.

Hirsch, Moshe, International Trade Law, Political Economy and Rules of Origin – A Plea for a Reform of the WTO Regime on Rules of Origin, JWT, Bd. 36, 2002, S. 171–188.

Hirsch, Moshe, The Politics of Rules of Origin, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), The Politics of International Economic Law, Cambridge, 2011, S. 317–336.

Hoekman, Bernard M., Rules of Origin for Goods and Services – Conceptual Issues and Economic Considerations, JWT, Bd. 27, 1993, S. 81–99.

Hoekman, Bernard M./Inama, Stefano, Rules of Origin as Non-tariff Measures, in: Francois/Hoekman (Hrsg.), Behind-the-Border Policies – Assessing and Addressing Non-Tariff Measures, Cambridge, 2019, S. 209–245.

Hoekman, Bernard M./Kostecki, Michel M., The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond, 3. Auflage, Oxford, 2009.

Holmes, John, The Auto Pact from 1965 to the Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA), in: Irish (Hrsg.), The Auto Pact – Investment, Labour and the WTO, Den Haag, 2004, S. 3–22.

Hornschild, Kurt/Kinkel, Steffen et al., Product-related Services: Operator Models in German Mechanical Engineering Firms, Economic Bulletin, Bd. 41, 2004, S. 65–68.

ICC Working Group on E-Commerce, The business case for a permanent prohibition on customs duties on electronic transmissions, 2019.

Inama, Stefano, Rules of Origin in International Trade, Cambridge, 2009.

- Inama, Stefano/Crivelli, Pramila*, Convergence on the Calculation Methodology for Drafting Rules of Origin in FTAs Using the Ad Valorem Criterion, GTCJ, Bd. 14, 2019, S. 146–153.
- International Law Commission*, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, Genf, 2006.
- Ipsen*, Völkerrecht – Ein Studienbuch, hrsg. v. *Epping, Volker/Heintschel von Heinegg, Wolff*, 7. Aufl., München, 2018.
- Ipsen, Knut/Halter, Ulrich R.*, Reform des Welthandelssystems? – Perspektiven zum GATT und zur Uruguay-Runde, Frankfurt am Main, 1991.
- Jackson, John Howard/Davey, William J. et al.*, Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations, 5. Auflage, St. Paul, Minn., 2008.
- Kaufmann, Donatus Bernhard*, Ursprungsregeln – Die internationale und europäische Gestaltung der Ursprungsregeln, Baden-Baden, 1996.
- Keck, Alexander/Lendle, Andreas*, New evidence on preference utilization, Genf, 2012.
- Keck, Alexander/Low, Patrick*, Special and Differential Treatment in the WTO – Why, When and How?, in: *Evenett/Hoekman* (Hrsg.), Economic Development and Multilateral Trade Cooperation, Washington D.C., 2006, S. 147–188.
- Kempermann, Hanno/Lichtblau, Karl*, Definition und Messung von hybrider Wertschöpfung, IW-Trends, 2012, S. 1–20.
- Knackstedt, Ralf/Pöppelbuß, Jens et al.*, Integration von Sach- und Dienstleistungen – Ausgewählte Internetquellen zur hybriden Wertschöpfung, WI, Bd. 50, 2008, S. 235–247.
- Kniahin, Dzmitry/Dinh, Khuong-Duy et al.*, Global Landscape of Rules of Origin – Insights from the New Comprehensive Database, 2019.
- Koch, Verena*, Interaktionsarbeit bei produktbegleitenden Dienstleistungen – Am Beispiel des technischen Services im Maschinenbau, Wiesbaden, 2010.
- Kock, Kai-Uwe*, Der Zoll – Geschichtliches und Gegenwärtiges, BDZ Fachteil, 2007, S. 98–100.

- Koehler, Matthias*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) – Rahmenregelung zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs von Dienstleistungsanbietern, Berlin, 1999.
- Kolb, Gerhard*, Ökonomische Ideengeschichte – Volks- und betriebswirtschaftliche Entwicklungslinien von der Antike bis zum Neoliberalismus, 3. Auflage, 2017.
- Komuro, Norio*, The EC Banana Regime and Judicial Control, JWT, Bd. 34, 2000, S. 1–87.
- Krenzler*, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, hrsg. v. *Herrmann, Christoph/Niestedt, Marian*, Losebl. (Stand: 15. EL April 2020), München.
- Krommenacker, Raymond J.*, World-traded services – The challenge for the eighties, Dedham, Mass., 1984.
- Lamp, Karl*, Zollpolitik und Zollrechtstechnik, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 71, 1915, S. 505–555.
- Lamp, Karl*, Die Theorie des deutschen Zollrechts und der Entwurf einer neuen österreichischen Zollordnung, Tübingen, 1917.
- Lang, Andrew T. F.*, GATS, in: Bethlehem/McRae et al. (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Trade Law, Oxford, 2009.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, 1995.
- Lay, Gunter*, Fraunhofer ISI, Dienstleistungen in der Investitionsgüterindustrie – Der weite Weg vom Sachguthersteller zum Problemlöser, 1998.
- Lay, Gunter*, Fraunhofer ISI, Betreiben statt Verkaufen – Häufigkeit des Angebots von Betreibermodellen in der deutschen Investitionsgüterindustrie, Karlsruhe, 2003.
- Lerch, Christian/Gandenberger, Carsten et al.*, Grundzüge einer industriell-kollaborativen Wirtschaftsform, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung, Bd. 85, 2016, S. 65–80.
- Lerch, Christian/Gotsch, Matthias et al.*, Fraunhofer ISI, Dienstleistungen strategisch anbieten – Viele Wege führen zum Erfolg, 2013.
- Leroux, Eric H.*, From Periodicals to Gambling – A review of systemic issues addressed by WTO adjudicatory bodies under the GATS, in: Panizzon/Pohl et

- al. (Hrsg.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services – World Trade Forum*, Cambridge, 2008, S. 236–275.
- Lester, Simon/Mercurio, Bryan et al.*, *World Trade Law – Text, Materials and Commentary*, 3. Auflage, Oxford, 2018.
- Lindroos, Anja*, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System – The Doctrine of *Lex Specialis*, *Nordic Journal of International Law*, Bd. 74, 2005, S. 27–66.
- Lodefalk, Magnus*, Servicification of Firms and Trade Policy Implications, *WTR*, Bd. 16, 2017, S. 59–83.
- Low, Patrick*, A loaf of bread’s well-serviced journey, 2014, abrufbar im Internet unter: <https://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1577631/loaf-breads-well-serviced-journey> (zuletzt abgerufen am: 09.05.2019).
- Low, Patrick/Pasadilla, Gloria*, Manufacturing-Related Services – Summary Report, in: *Low/Pasadilla (Hrsg.), Services in global value chains – Manufacturing related services*, Singapur, 2016, S. 1–58.
- Maleri, Rudolf*, *Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion*, Mannheim, 1970.
- Maleri, Rudolf/Frietzsche, Ursula*, *Grundlagen der Dienstleistungsproduktion*, 5. Auflage, Berlin, 2008.
- Manchin, Miriam/Pelkmans-Balaoing, Annette O.*, Clothes without an Emperor: Analysis of the preferential tariffs in ASEAN, *J. Asian Econ.*, Bd. 19, 2008, S. 213–223.
- Marsoof, Althaf*, A case for sui generis treatment of software under the WTO regime, *Int’l J.L. & Info. Tech.*, Bd. 20, 2012, S. 291–311.
- Matsushita, Mitsuo/Schoenbaum, Thomas J. et al.*, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, 3. Auflage, Oxford, 2015.
- Maurer, John*, *Die Marktordnung für Bananen – eine Fallstudie zur Agrarmarktpolitik der EG*, Hamburg, 2001.
- Mavroidis, Petros C.*, *Trade in Goods – The GATT and the Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods*, 2. Auflage, Oxford, 2013.
- Mavroidis, Petros C.*, *The regulation of international trade Vol. 1: GATT*, Cambridge, Massachusetts, 2015.

- Mavroidis, Petros C./Cernat, Lucian*, Embody, Disembody, and Gains for Everybody, 2016, abrufbar im Internet unter: <http://e15initiative.org/blogs/embody-disembody-and-gains-for-everybody> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2019).
- McKinsey*, Race 2050 – A Vision for the European Automotive Industry, 2019.
- Meltzer, Joshua P.*, Governing Digital Trade, WTR, Bd. 18, 2019, 23–48.
- Michaels, Ralf/Pauwelyn, Joost*, Conflict of Norms or Conflict of Laws – Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law, Duke Journal of Comparative & International Law, Bd. 22, 2012, S. 349–376.
- Miroudot, Sébastien*, Asian Development Bank Institute, Services and Manufacturing in Global Value Chains: Is the Distinction Obsolete?, Tokio, 2019.
- Miroudot, Sébastien/Cadestin, Charles*, OECD Publishing, Services In Global Value Chains – From Inputs To Value-Creating Activities, Paris, 2017.
- Möllenhoff, Ulrich/Landmeyer, Niklas*, EuGH-Vorlage: Software als Beistellung – Wie ist europäische Software auf drittländischen Teilen zollwertrechtlich zu behandeln?, AW-Prax, Bd. 25, 2019, S. 388–389.
- Möllers, Thomas M. J.*, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, München, 2019.
- Müller-Eiselt, Klaus P./Vonderbank, Stefan (Hrsg.)*, EU-Zollrecht/Zollwert, Losebl. (Stand: 122. EL Oktober 2020), Heidelberg.
- Nairobi Ministerial Conference*, Ministerial Decision of 19 December 2015, Preferential Rules of Origin for Least Developed Countries, WT/MIN(15)/47, 2015.
- National Board of Trade Sweden*, At Your Service – The Importance of Services for Manufacturing Companies and Possible Trade Policy Implications, Stockholm, 2010.
- National Board of Trade Sweden*, Just Add Services – A case study on servicification and the agri-food sector, Stockholm, 2013.
- National Board of Trade Sweden*, Making Green Trade Happen – Environmental Goods and Indispensable Services, Stockholm, 2014.
- National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing – Building Competitiveness in the Internal Market, Stockholm, 2016.

- National Board of Trade Sweden*, Rules of Origin for the 21st Century – including services, digitalisation, sustainability and a more user-friendly approach, Stockholm, 2020.
- National Board of Trade Sweden/UNCTAD*, The Use of the EU's Free Trade Agreements – Exporter and Importer Utilisation of Preferential Tariffs, Stockholm, 2018.
- Neeraj, R. S.*, Trade Rules for the Digital Economy: Charting New Waters at the WTO, WTR, Bd. 18, 2019, S. 121–141.
- Olbertz, Frank Florian*, Grundsätze des Wirtschaftszollrechts, ZfZ, Bd. 48, 1972, S. 198–201.
- Paggi, Mechel/Spreen, Tom*, Overview of the World Banana Market, in: Josling/Taylor (Hrsg.), Banana Wars – The Anatomy of a Trade Dispute, Wallingford, 2003, S. 7–16.
- Palmeter, David*, Rules of Origin in Regional Trade Agreements, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round – Convergence, Divergence and Interaction, Brüssel, 1997, S. 341–355.
- Pasadilla, Gloria/Wirjo, Andre*, APEC Policy Support Unit, Services and Manufacturing – Patterns of Linkages, Singapur, 2014.
- Pauwelyn, Joost*, Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to other Rules of International Law, Cambridge, 2003.
- Peng, Shin-yi*, A New Trade Regime for the Servitization of Manufacturing – Rethinking the Goods-Services Dichotomy, JWT, Bd. 54, 2020, S. 669–725.
- Prieß, Hans-Joachim/Berrisch, Georg Matthias (Hrsg.)*, WTO-Handbuch, München, 2003.
- Raghavan, Chakravarthi*, Recolonization – GATT, the Uruguay Round & the Third World, Penang, Malaysia, 1990.
- Regan, Donald H.*, The meaning of 'necessary' in GATT Article XX and GATS Article XIV – the myth of cost-benefit balancing, WTR, Bd. 6, 2007, S. 347–369.
- Reimold, Tobias*, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, Tübingen, 2012.

- Rentzhog, Magnus/Anér, Emilie*, International Centre for Trade and Sustainable Development; World Economic Forum, The New Services Era – Is GATS up to the Task?, Genf, 2014.
- Reuters*, Designed in California, made in China: how the iPhone skews U.S. trade deficit, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-china-apple-idUSKBN1GX1GZ> (zuletzt abgerufen am: 17.10.2020).
- Rosenow, Sheri/O'Shea, Brian J.*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, Cambridge, 2010.
- Sachnow, Tatjana/Winkler, Dominic et al.*, Digitale Transformation bei der KAESER SE, in: Oswald/Krcmar (Hrsg.), Digitale Transformation – Fallbeispiele und Branchenanalysen, Wiesbaden, 2018, S. 99–120.
- Sampson, Gary P./Snape, Richard H.*, Identifying the Issues in Trade in Services, World Econ., Bd. 8, 1985, S. 171–182.
- Sapir, André*, The General Agreement on Trade in Services – From 1994 to the Year 2000, JWT, Bd. 33, 1999, S. 51–66.
- Schollendorf, Kai*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), Berlin, 2005.
- Schultz, Siegfried*, Dienstleistungen und GATT, in: Wilkens (Hrsg.), Die Neuordnung des GATT – Regeln für den weltwirtschaftlichen Strukturwandel und Technologietransfer; Bericht über den wissenschaftlichen Teil der 50. Mitgliederversammlung der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsinstitute e. V. in Bonn am 7. und 8. Mai 1987, Berlin, 1987, S. 151–173.
- Schwarze*, EU-Kommentar, hrsg. v. *Becker, Ulrich/Hatje, Armin*, et al., 4. Aufl., Baden-Baden, 2019.
- Senti, Richard/Hilpold, Peter*, WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2. Auflage, Zürich, 2017.
- Senti, Richard/Weber, Rolf H.*, Das allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS), in: Thürer/Kux (Hrsg.), GATT 94 und die Welthandelsorganisation – Herausforderung für die Schweiz und Europa, Zürich, 1996, S. 129–156.
- Sindelar, Martina*, Das GATT – Handelsordnung für den Dienstleistungsverkehr? – Eine handelspolitische Untersuchung am Beispiel des internationalen Seeverkehrs, Bayreuth, 1987.

- Smith, Fiona/Woods, Lorna*, A Distinction Without a Difference: Exploring the Boundary Between Goods and Services in The World Trade Organization and The European Union, Colum. J. Eur. L., Bd. 12, 2005, S. 1–60.
- Stoll, Peter-Tobias/Schorkopf, Frank*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002.
- Stoll, Peter-Tobias/Schorkopf, Frank*, WTO – World Economic Order, World Trade Law, Leiden, 2006.
- Sucker, Franziska*, Audiovisuelle Medien innerhalb der WTO – Waren, Dienstleistungen und/oder geistiges Eigentum?, ZUM, 2009, S. 30–39.
- Sucker, Franziska*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht – Eine völkerrechtliche Studie zum Stand und zu Verbesserungsmöglichkeiten am Beispiel audiovisueller Medien, Berlin, 2018.
- Tangermann, Stefan*, European Interests in the Banana Market, in: Josling/Taylor (Hrsg.), Banana Wars – The Anatomy of a Trade Dispute, Wallingford, 2003, S. 17–44.
- Tietje, Christian*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade, Berlin, 1998.
- Tietje, Christian (Hrsg.)*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin/Boston, 2015.
- Tinawi, Emad/Berkey, Judson O.*, E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework.
- Trebilcock, Michael J./Howse, Robert et al.*, The Regulation of International Trade, 4. Auflage, London, 2013.
- Tukker, Arnold*, Eight types of product-service system – Eight ways to sustainability? Experiences from SusProNet, Bus. Strat. Env., Bd. 13, 2004, S. 246–260.
- Tukker, Arnold/Tischner, Ursula*, Product-services as a research field: Past, present and future – Reflections from a decade of research, Journal of Cleaner Production, Bd. 14, 2006, S. 1552–1556.
- Tuthill, Lee*, Implications of the GATS for Digital Trade and Digital Trade Barriers in Services, DigiWorld Econ. J., 2017, S. 95–115.

- TÜV NORD*, Die Stufen des autonomen Fahrens, 2019, abrufbar im Internet unter: <https://www.tuev-nord.de/explore/de/erklaert/die-stufen-des-autonomen-fahrens> (zuletzt abgerufen am: 06.11.2020).
- U.S. Government Accountability Office*, Internet of Things – Status And Implication of an Increasingly Connected World, 2017.
- Umwelt Bundesamt*, Chemikalienleasing, abrufbar im Internet unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/chemikalien/chemikalien-management/nachhaltige-chemie/chemikalienleasing/chemikalienleasing-vorstellung#textpart-2> (zuletzt abgerufen am: 23.05.2019).
- UNCTAD*, Information Economy Report 2012 – The Software Industry and Developing Countries, New York, 2012.
- van den Bossche, Peter/Zdouc, Werner*, The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases and Materials, 4. Auflage, Cambridge, 2017.
- Vandermerwe, Dandra/Rada, Juan*, Servitization of Business: Adding Value by Adding Services, EMJ, Bd. 6, 1988, S. 314–324.
- Vonderbank, Stefan*, Zollwert – Von der Theorie zur Praxis, 2. Auflage, Bochum, 2018.
- Vonderbank, Stefan*, Zollwertrechtliche Behandlung von Entwicklungskosten für Software – Anmerkung zum Vorlagebeschluss des FG München vom 6.6.2019, ZfZ, Bd. 95, 2019, S. 369–373.
- Voon, Tania*, A New Approach to Audiovisual Products in the WTO: Rebalancing GATT and GATS, UCLA En. L. Rev., Bd. 14, 2007, S. 1–32.
- Voon, Tania*, Cultural Products and the World Trade Organization, Cambridge, 2007.
- Vranes, Erich*, The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory, EJIL, Bd. 17, 2006, S. 395–418.
- Vranes, Erich*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, AVR, Bd. 47, 2009, S. 1–35.
- Vranes, Erich*, The Overlap between GATT and GATS: A Methodological Mate, Legal Issues of Economic Integration, Bd. 36, 2009, S. 215–238.
- Wang, Heng*, WTO Origin Rules for Services and the Defects: Substantial Input Test as One Way Out?, JWT, Bd. 44, 2010, S. 1083–1108.

- Wang, Xiuling/Liu, Junmin*, Some Considerations on Electricity in GATS, US-China L. Rev., Bd. 3, 2006, S. 30–33.
- WCO*, Customs Valuation Compendium – on the WTO Agreement and Texts of the Technical Committee, Brüssel, 2014.
- WCO*, Comparative Study on Preferential Rules of Origin, 2017, abrufbar im Internet unter: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/origin/instruments-and-tools/reference-material/170130-b_comparative-study-on-pref_roo_master-file_final-20_06_2017.pdf?db=web (zuletzt abgerufen am: 05.03.2020).
- Weber, Rolf H.*, International E-Trade, Int'l Lawyer, Bd. 41, 2007, S. 845–872.
- Weber, Rolf H./Baisch, Rainer*, Tensions between Developing and Traditional GATS Classifications in IT Markets, Hong Kong L. J., Bd. 43, 2013, S. 77–110.
- Weiler, Joseph H. H./Horn, Henrik*, EC – Asbestos – European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, in: Horn/Mavroidis (Hrsg.), The WTO Case Law of 2001, Cambridge, 2003, S. 14–40.
- Weiss, Friedl*, The General Agreement on Trade in Services 1994, Common Market Law Review, Bd. 32, 1995, S. 1177–1225.
- Willemyns, Ines*, GATS Classification of Digital Services – Does ‘The Cloud’ Have a Silver Lining?, JWT, Bd. 53, 2019, S. 59–82.
- Wipfler, Harald/Müller, Christina et al.*, Hybride Leistungsbündel – Wenn Produkt und Service verschmelzen – Innovative Kundenlösungen durch hybride Leistungsangebote, WINGbusiness, 2014, S. 6–10.
- Witte, Peter (Hrsg.)*, Zollkodex der Union (UZK) – Mit Durchführungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Zollbefreiungsverordnung, 7. Aufl., München, 2018.
- Witte, Peter/Wolffgang, Hans-Michael (Hrsg.)*, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union, 9. Aufl., Herne, 2018.
- Wolffgang, Hans-Michael*, Die EG-Bananenmarktordnung im Spannungsverhältnis von Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht, ZfZ, Bd. 72, 1996, S. 162–174.
- Wolffgang, Hans-Michael*, Ursprungswirrwarr ohne Ende?, AW-Prax, Bd. 18, 2012, S. 1.

- Wolffgang, Hans-Michael*, Ursprungsregeln in den Mega-Freihandelsabkommen, AW-Prax, Bd. 21, 2015, S. 221.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Feinäugle, Clemens (Hrsg.)*, WTO – Trade in Services, Leiden, 2008.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Hestermeyer, Holger (Hrsg.)*, WTO – Trade in Goods, Leiden, 2011.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Kaiser, Karen (Hrsg.)*, WTO – Institutions and dispute settlement, Leiden, 2006.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Koebele, Michael (Hrsg.)*, WTO – Trade Remedies, Leiden, 2008.
- Wolfrum, Rüdiger/Stoll, Peter-Tobias/Seibert-Fohr, Anja (Hrsg.)*, WTO – Technical Barriers and SPS Measures, Leiden, 2007.
- WTO*, Market Access: Unfinished Business – Post-Uruguay Round Inventory and Issues – Special Studies 6.
- WTO*, World Trade Report 2019 – The future of services trade, Genf, 2019.
- WTO*, World Trade Report 2018 – The future of world trade: How digital technologies are transforming global commerce, Genf, 2018.
- WTO*, World Tariff Profiles 2020, Genf, 2020.
- Wunsch-Vincent, Sacha*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products – EC–US Perspectives, Oxford, 2006.
- Wunsch-Vincent, Sascha*, The Internet, Cross-Border Trade in Services, and the GATS: Lessons from US-Gambling, WTR, Bd. 5, 2006, S. 319–356.
- Yu, Dayong*, The Harmonized System: Amendments and Their Impact on WTO Members' Schedules, Genf, 2008.
- Zampetti, Beviglia/Sauvé, Pierre*, Rules of Origin for Services – Economic and Legal Considerations, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), The Origin of Goods – Rules of Origin in Regional Trade Agreements, 2006, S. 114–145.
- Zdouc, Werner*, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS, JIEL, Bd. 2, 1999, S. 295–346.
- Zhang, Ruosi*, WTO, Covered or Not Covered: That is the Question – Services Classification and Its Implications for Specific Commitments under the GATS, Genf, 2015.

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Europäischen Union
Abs.	Absatz
ADA	Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994 (Anti-Dumping-Agreement)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AKP-Staaten	Afrika, Karibik, Pazifik Staaten
Anti-Dumping-VO	Verordnung (EU) 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern
Ariz. J. Int'l & Comp. L.	Arizona Journal of International and Comparative Law
ARO	Agreement on Rules of Origin
Art.	Artikel
ASEAN	Verband Südostasiatischer Nationen
ATIGA	ASEAN Trade in Goods Agreement
Aufl.	Auflage
Auto Pact	Canada-United States Automotive Products Agreement
AVR	Archiv des Völkerrechts
AW-Prax	Außenwirtschaftliche Praxis
B2B	Business to Business
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
Brit. Y.B. Int'l L.	British Yearbook of International Law
bspw.	beispielsweise
Bus. Strat. Env.	Business Strategy and the Environment
bzw.	beziehungsweise
Camb. Rev. Int. Aff.	Cambridge Review of International Affairs
Carnet ATA	Zollpapier für die vorübergehende abgabenfreie Einfuhr (Admission Temporaire/Temporary Admission)

CETA	Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der EU und ihren Mitgliedstaaten andererseits
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
CPC	Central Product Classification
CPC prov.	Provisional Central Product Classification
CVA	Agreement on Implementation of Article VII of GATT 1994 (Customs Valuation Agreement)
DigiWorld Econ. J.	DigiWorld Economic Journal
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
ECLI	European Case Law Identifier
ECU	European Currency Unit
EG	Europäische Gemeinschaft
EJIL	European Journal of International Law
EL	Ergänzungslieferung
EMJ	European Management Journal
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fraunhofer ISI	Fraunhofer Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Geo. Wash.	George Washington Journal of International Law and Economics
J. Int'l L. & Econ.	
ggf.	gegebenenfalls
GMOB	Verordnung (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13. Februar 1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen
GTCJ	Global Trade and Customs Journal

h	Stunden
Hong Kong L. J.	Hong Kong Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Harmonisiertes System
i. Erg.	im Ergebnis
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
Int. Comp. Law Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int'l J.L. & Info. Tech.	International Journal of Law and Information Technology
Int'l Lawyer	The International Lawyer
IO	International Organization
IoT	Internet of Things
J Econ Manage Strat.	Journal of Economics & Management Strategy
J. Asian Econ.	Journal of Asian Economics
J. World Intell. Prop.	Journal of World Intellectual Property
JEFTA	Japan-EU Free Trade Agreement
JIEL	Journal of International Economic Law
JURA	Juristische Ausbildung
JWT	Journal of World Trade
Law & Pol'y	Law and Policy in International Business
Int'l Bus.	
lit.	litera (Buchstabe)
LJIL	Leiden Journal of International Law
Losebl.	Loseblatt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MwStSystRL	Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2020/285 vom 18.2.2020
NAFTA	Nordamerikanisches Freihandelsabkommen
Nordic J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnlich

OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SCMA	Agreement on Subsidies and Countervailing Measures
SNA	System of National Accounts
sog.	sogenannt
SSCL	Services Sectoral Classification List
Strat. Mgmt. J.	Strategic Management Journal
TBT	Agreement on Technical Barriers to Trade
TFA	Agreement on Trade Facilitation
TILJ	Texas International Law Journal
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	unter anderem
UCLA En. L. Rev.	UCLA Entertainment Law Review
UN	Vereinte Nationen
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
US-China L. Rev.	US-China Law Review
USMCA	Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada
UZK	Unionszollkodex
v.	vom, von, vor
vgl.	vergleiche
WCJ	World Customs Journal
WCO	Weltzollorganisation
WI	Wirtschaftsinformatik
World Econ.	The World Economy
WTO	Welthandelsorganisation
WTOA	Agreement Establishing the World Trade Organization
WTR	World Trade Review
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

A. Einleitung

Mit Abschluss der Uruguay-Runde am 15. Dezember 1993 stimmten die Vertragsparteien des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens von 1947 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 47)¹ nach siebenjähriger Verhandlungsdauer der Gründung der Welthandelsorganisation (WTO) zu. Neben der Gründung der WTO brachte die Uruguay-Runde auch das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS)² hervor. Damit erweiterten die Vertragsparteien des GATT 47 ihre zuvor lediglich auf den internationalen Warenhandel bezogenen Liberalisierungsbemühungen nunmehr auch auf den internationalen Dienstleistungshandel. Während es anfänglich noch Überlegungen gegeben hatte, den Dienstleistungshandel in das GATT 47 mit aufzunehmen, entschied man sich letztlich wegen der Besonderheiten des Dienstleistungshandels im Unterschied zum Warenhandel und dem Widerstand der Entwicklungsländer, die befürchteten, bei einer Liberalisierung auch des Dienstleistungshandels noch weiter abgehängt zu werden, ein eigenes Übereinkommen für den Dienstleistungshandel auszuhandeln.³ Damit bestehen seitdem unter dem Dach der WTO mit dem GATT 94, das im Wesentlichen die Regelungen des GATT 47 einschließt,⁴ und dem GATS zwei voneinander getrennte für alle Mitglieder der WTO verbindliche Übereinkommen, die einerseits den Warenhandel und andererseits den Dienstleistungshandel erfassen.

Während der Waren- und der Dienstleistungshandel innerhalb der WTO-Rechtsordnung mit dem GATT⁵ und dem GATS voneinander getrennt geregelt sind, lassen sich in der wirtschaftlichen Realität hingegen zunehmend Verknüpfungen von Waren- und Dienstleistungshandel beobachten. So hat der Anteil, den Dienstleistungen, die in die Warenproduktion einfließen, zur Warenwertschöpfung

1 BGBl. 1951 II, 173.

2 BGBl. 1994 II, 1473; ABl. 1994 Nr. L 336/190.

3 *Pitschas*, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 2 f., 5; *Sapir*, JWT 1/1999, 51 (52). Vgl. auch in Bezug auf die Unterschiede zwischen Waren- und Dienstleistungshandel: *WTO*, Market Access: Unfinished Business, S. 103. Siehe insgesamt zur Verhandlungsgeschichte des GATS auch: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 65 ff.

4 Vgl. Ziff. 1 der Einleitung zum GATT 94.

5 Nachfolgend wird für das GATT 94 die Bezeichnung GATT verwendet. Wo dies aus Klarstellungsgründen erforderlich ist, wird zusätzlich der Zusatz 47 bzw. 94 verwendet.

beitragen, wie auch der Anteil an Dienstleistungsverkäufen der verarbeitenden Industrie in den vergangenen Jahren immer weiter zugenommen.⁶ In der Praxis lassen sich Verknüpfungen von Waren- und Dienstleistungshandel beispielsweise in der Automobil- und Technologieindustrie beobachten, die beträchtliche Summen in Forschung und Entwicklung u.a. für künstliche Intelligenz, autonomes Fahren⁷ oder E-Mobilität aufwendet.⁸ Ebenso sind zusätzliche Dienstleistungsverkäufe der verarbeitenden Industrie in der Praxis beispielsweise in Form herkömmlicher Service- und Wartungsverträge bekannt. Darüber hinaus lassen sich Dienstleistungsangebote der verarbeitenden Industrie aber auch in Form von Cloud-Speicherplatz beispielsweise zum Speichern von Überwachungskameraaufnahmen⁹ oder aber in Form laufend zur Verfügung gestellter Verkehrsinformationen, drohender Gefahrensituationen oder freier Parklücken¹⁰ beobachten. Solche Funktionen werden insbesondere auch durch die zunehmende Ausstattung von Waren mit einer Vielzahl von Sensoren zum Sammeln von Informationen und die Anbindung der Waren an Telekommunikationsnetze, um die Informationen auswerten, teilen und empfangen zu können, ermöglicht. In diesem Zusammenhang wird regelmäßig auch von dem „Internet of Things“ (IoT)¹¹ gesprochen.¹² Vor allem das IoT verdeutlicht dabei, dass Waren bisweilen in besonderem Maße auf die Verfügbarkeit von Dienstleistungen, wie Telekommunikationsdienstleistungen oder Datenbank- und Datenverarbeitungsdienstleistungen angewiesen sein können, um voll funktionstüchtig zu

6 *Lodefalk*, WTR 01/2017, 59 (63 f.); *National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing, 2016, S. 15 f.

7 Unter autonomem Fahren werden in dieser Arbeit alle fünf Level vom assistierten bis hin zum voll automatisierten Fahren verstanden. Autonome Fahrzeuge sind solche, die eines dieser Level erfüllen. Siehe hierzu näher: *TÜV NORD*, Die Stufen des autonomen Fahrens, 2019, abrufbar im Internet unter: <https://www.tuev-nord.de/explore/de/erklart/die-stufen-des-autonomen-fahrens/> (zuletzt abgerufen am: 06.11.2020).

8 Bspw. gehören VW, Daimler und Siemens zu den Top 20 Unternehmen weltweit mit den höchsten Ausgaben für Forschung und Entwicklung: *Handelsblatt*, VW ist bei Forschungsausgaben im weltweiten Spitzentrio, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/forschung-und-entwicklung-vw-ist-bei-forschungsausgaben-im-weltweiten-spitzentrio/23250818.html?ticket=ST-623679-F6HGGPNd3Ufs7qfIPQAK-ap3> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2020).

9 Beispiel entnommen aus: *Chander*, WTR S1/2019, 9 (18-19).

10 So bspw.: *Daimler*, Car2X – Mit der Umgebung vernetzt – Car-to-X Kommunikation geht in Serie, 2020, abrufbar im Internet unter: <https://www.daimler.com/innovation/case/connectivity/car-to-x.html> (zuletzt abgerufen am: 14.10.2020).

11 Unter dem IoT wird die Fähigkeit von Waren verstanden, sich mit dem Internet zu verbinden und Daten sammeln, senden und empfangen zu können, *Meltzer*, WTR S1/2019, 23-48 (32). Im Folgenden sollen von dem Begriff auch diejenigen Waren erfasst werden, die auf diese Weise vernetzt und miteinander verbunden sind.

12 So nur: *Chander*, WTR S1/2019, 9; *U.S. Government Accountability Office*, Internet of Things, 2017; *WTO*, World Trade Report 2018, 2018, S. 28.

sein. Gleichzeitig scheinen gerade beim IoT aber auch die Grenzen zwischen Ware und Dienstleistung immer mehr miteinander zu verschwimmen, da sich Funktionen, die unmittelbar aus der Ware heraus rühren, mit Funktionen, die erst durch die Zurverfügungstellung von Informationen von außerhalb oder die Datenverarbeitung auf externen Servern ermöglicht werden, vermischen.

In Anbetracht der sich sowohl in statistischen Erhebungen widerspiegelnden als auch in der Praxis vielfältig zu beobachtenden Verbindung von Waren- und Dienstleistungshandel stellt sich jedoch im Hinblick auf die strikte Trennung von Waren- und Dienstleistungshandel innerhalb der WTO-Rechtsordnung die Frage, ob die bestehenden Übereinkommen überhaupt noch geeignet sind, der zunehmenden Verbindung von Waren und Dienstleistungen Rechnung zu tragen. Ziel dieser Arbeit ist es daher, die bestehenden Übereinkommen darauf hin zu untersuchen, ob und inwiefern mögliche Verbindungen von Waren- und Dienstleistungshandel von den bestehenden Übereinkommen erfasst werden und welche Folgen sich hieraus auch für das Verhältnis von GATT und GATS zueinander ergeben. Der Umstand, dass Dienstleistungen zunehmend auch einen erheblichen Teil zur Wertschöpfung von Waren beitragen oder in Verbindung mit Waren angeboten werden, erfordert zudem eine Auseinandersetzung mit den Folgen der Verbindung von Waren und Dienstleistungen für die Bestimmung des Zollwerts der Waren. Dieser richtet sich üblicherweise nach dem gesamten tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis und kann entsprechend auch Dienstleistungen, die in den Preis eingeflossen sind, erfassen. Ebenso wirft der Beitrag, den Dienstleistungen zur Wertschöpfung leisten, die Frage auf, ob und inwiefern sich gegebenenfalls der gestiegene Dienstleistungsanteil an der Warenwertschöpfung in der Bestimmung des Ursprungs einer Ware widerspiegelt bzw. widerspiegeln sollte. Gleichzeitig soll im Lauf der Untersuchung auch berücksichtigt werden, dass schon die Vereinbarung des derzeit bestehenden WTO-Rechtsrahmens ein erheblicher Kraftaufwand war und etliche Jahre in Anspruch genommen hat. Auch die 2001 in Doha eingeleitete Welthandelsrunde ist bis heute nicht abgeschlossen. Entsprechend soll versucht werden, so weit wie möglich, Verbindungen von Waren und Dienstleistungen unter dem bestehenden Rechtsrahmen zu erfassen¹³ und Veränderungen nur insofern vorzuschlagen, als dass diese zwingend erforderlich scheinen.

Bevor aber auf die Behandlung von Verbindungen zwischen Waren und Dienstleistungen in der WTO-Rechtsordnung insbesondere auch im Hinblick auf zollwert- und ursprungsrechtliche Fragestellungen eingegangen wird, sollen mögliche Verbindungen zwischen Waren und Dienstleistungen zunächst systematisiert

13 *Fleuter*, Chi. J. Int'l L. 1/2016, 153 (175).

werden, um im weiteren Verlauf dieser Arbeit eine übersichtlichere Untersuchung zu ermöglichen (B.). In diesem Rahmen wird auch auf die Schwierigkeiten einzugehen sein, Dienstleistungen überhaupt abstrakt allgemeingültig zu definieren, um abschließend eine erste Aussage dazu treffen zu können, ob die dargestellten Verbindungen von Waren und Dienstleistungen überhaupt noch mit den abstrakten Begriffen „Ware“ und „Dienstleistung“ fassbar sind, oder sich nicht möglicherweise gänzlich neue Produktformen aus solchen Verbindungen ergeben.

Im Anschluss daran werden zunächst allgemein die Anwendungsbereiche von GATT und GATS – einschließlich des den Übereinkommen zugrundeliegenden Waren- und Dienstleistungs-Begriffsverständnisses – und die Intention, die enthaltenen Prinzipien sowie der Aufbau der jeweiligen Übereinkommen dargestellt (C.). Hierauf aufbauend soll anschließend geprüft werden, ob und inwieweit die bestehenden Übereinkommen auf die verschiedenen Erscheinungsformen von Verbindungen aus Waren und Dienstleistungen anwendbar sind und insbesondere auch, ob die enthaltenen Regelungen zum Zollwert und Ursprung infolge der Verbindung gegebenenfalls einer Anpassung bedürfen (D.).

Im Hinblick darauf, dass auch Software in heutigen Waren zunehmend eine wichtige Rolle spielt, unter den Mitgliedern aber bis heute nicht eindeutig und abschließend geklärt werden konnte, ob und wenn ja, zu welchem Übereinkommen Software – wie auch andere digitale Produkte – zuzuordnen ist, soll anschließend noch einmal speziell auf die Zuordnung digitaler Produkte eingegangen werden (E.). Auch insofern soll ausgehend von dem gefundenen Ergebnis noch einmal besonders auf die zollwert- und ursprungsrechtlichen Regelungen eingegangen werden.

Das Nebeneinander von Waren- und Dienstleistungshandel bietet im Hinblick auf die voneinander getrennten Regelungen im GATT und GATS nicht zuletzt auch Anlass, sich mit dem Verhältnis dieser beiden Übereinkommen zueinander auseinanderzusetzen (F.). Im Rahmen dessen soll auf mehrere Entscheidungen der WTO-Streitschlichtungsorgane zum Verhältnis von GATT und GATS zueinander eingegangen werden, und anschließend verschiedene Konfliktlösungsregeln im internationalen Recht, sowie konkrete Vorschläge zur Lösung potentieller Konflikte zwischen GATT und GATS dargestellt und bewertet werden. Auf diese Weise soll abschließend ein eigener Vorschlag zur Lösung potentieller Konflikte ermöglicht werden.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet eine kurze Zusammenfassung der wesentlichen gefundenen Ergebnisse (G.).

B. Verbindungen von Waren und Dienstleistungen

I. Dienstleistungsbegriff

Der Warenbegriff erfuhr über Jahrhunderte hinweg durch die wirtschaftliche Praxis und bilaterale Handelsverträge eine immer weitere Präzisierung.¹⁴ Dadurch konnte sich ein im Wesentlichen allseits anerkanntes gemeinsames Verständnis von diesem Begriff entwickeln.¹⁵ Das System of National Accounts (SNA)¹⁶ der Europäischen Kommission, den Vereinten Nationen, der Weltbank, dem Internationalen Währungsfonds und der OECD definiert Waren bspw. als:

„[...] physical, produced objects for which a demand exists, over which ownership rights can be established and whose ownership can be transferred from one institutional unit to another by engaging in transactions on markets.“¹⁷

Ein vergleichbares universelles abstraktes Verständnis und eine vergleichbare Präzisierung durch Handelsverträge und wirtschaftliche Praxis fehlen im Hinblick auf den Dienstleistungsbegriff bislang.¹⁸ Auch im Rahmen der Verhandlungen zum GATS konnten sich die Mitglieder seinerzeit nicht auf eine gemeinsame abstrakte Definition einigen.¹⁹ Eine Untersuchung von mit Waren verbundenen Dienstleistungen kommt zur späteren Abgrenzung von Ware und Dienstleistung letztlich aber nicht um eine Auseinandersetzung mit den wesentlichen Definitionsansätzen umhin.

14 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 28; Raghavan, Recolonization, 1990, S. 108.

15 Raghavan, Recolonization, 1990, S. 108.

16 Erstmals wurde das SNA von der UN in den 1950er Jahren herausgegeben; abrufbar unter: <https://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/sna.asp> (zuletzt abgerufen am: 17.06.2019).

17 UN/Europäische Kommission et al., System of National Accounts (2008), Rn. 6.15. Vgl. auch: Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, good, S. 1116: „*Property or possessions; esp. movable property [...] saleable commodities; merchandise, wares*“.

18 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 28; Maleri/Frietzsche, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 2; Raghavan, Recolonization, 1990, S. 108.

19 Barth, EuZW 1994, 455 (455).

1. Wirtschaftswissenschaftliche Definitionen

a) Die Drei-Sektoren-Theorie

Die in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts von den Ökonomen *Fisher*, *Clark* und *Fourastié* entwickelte Drei-Sektoren-Theorie grenzt Dienstleistungen im Wege des Ausschlussverfahrens von Waren ab.²⁰ Diesem Modell zufolge durchläuft die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes drei Phasen: in der ersten Phase dominiert vor allem die Urproduktion, sprich die Ausbeutung natürlicher Ressourcen zur Gewinnung von Rohstoffen (Primärsektor), in der zweiten Phase gewinnt die industrielle Verarbeitung der gewonnen Rohstoffe (Sekundärsektor) zunehmend an Bedeutung für die Wirtschaft, während die Bedeutung des Primärsektors zurückgeht. In der dritten Phase dominiert schließlich der sog. Tertiärsektor, der all diejenigen wirtschaftlichen Aktivitäten umfasst, die keinem der zuvor genannten Sektoren zuzuordnen sind.²¹ Dieser Tertiärsektor wird gemeinhin als Dienstleistungssektor verstanden.²² Dienstleistungen sind danach alle Aktivitäten, die weder Rohstoffgewinnung, noch Be- oder Verarbeitung von Rohstoffen sind.

Diese Negativ-Definition ist jedoch im Hinblick auf die Abgrenzung von mit einer Ware verbundenen Dienstleistungen aus mehreren Gründen nicht zielführend. Zum einen zeigt bereits der Gegenstand der Untersuchung, dass eine solche Trennung nicht der wirtschaftlichen Realität entspricht. Auch bei der Gewinnung von Rohstoffen und deren weiterer Verarbeitung können Dienstleistungen bereits eine wichtige Rolle spielen.²³ So wird beispielsweise auch in der Landwirtschaft, die dem Primärsektor zuzuordnen ist, auf Lohnunternehmer zurückgegriffen, die als Dienstleister bei der Ernte unterstützen. Zum anderen ist die Drei-Sektoren-Theorie ein volkswirtschaftliches Modell, das weniger eine präzise Definition von

20 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 29; *Fisher* und *Clark* begründeten die Drei-Sektoren-Theorie, die später von *Fourastié* fortgeführt wurde, *Eickelpasch*, Industriennahe Dienstleistungen, 2012, S. 12.

21 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 28 f.; *Krommenacker*, World-traded services, 1984, S. 4.

22 So bspw.: *Baumann*, Die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der audiovisuellen Medien, 1998, S. 64; *Bußmann*, in: *Bußmann* (Hrsg.), Vollbeschäftigung und Tertiarisierung, 1999, 11 (21). Vgl. auch: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 29.

23 *Bußmann*, in: *Bußmann* (Hrsg.), Vollbeschäftigung und Tertiarisierung, 1999, 11 (21); *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 29. So offenbar auch schon: *Schultz*, in: *Wilkens* (Hrsg.), Die Neuordnung des GATT, 1987, 151 (151).

Dienstleistungen zum Ziel hat, als vielmehr die Systematisierung unterschiedlicher wirtschaftlicher Entwicklungsstufen.²⁴ Eine sichere und präzise Abgrenzung kann dieser Negativansatz daher nicht leisten.

b) Beschreibende Definitionsversuche

Umgekehrt lassen sich in der Literatur aber auch zahlreiche Definitionsversuche finden, die sich dem Dienstleistungsbegriff auf beschreibende Art nähern. Häufig wird hierbei darauf abgestellt, dass Dienstleistungen unsichtbar,²⁵ unberührbar²⁶ oder nicht lager-²⁷ bzw. transportfähig²⁸ seien.²⁹ Nach *Maleri* zeichnet Dienstleistungen über diese unter dem Oberbegriff der Immaterialität zusammenfassbaren Eigenschaften hinaus aus, dass sie unter Einsatz externer Produktionsfaktoren³⁰ für den fremden Bedarf produziert werden.³¹ Das zusätzliche Kriterium des Einsatzes weiterer externer Produktionsfaktoren ist der Ansicht *Maleris* geschuldet, dass Dienstleistungen lediglich eine von mehreren verschiedenen Arten immaterieller Güter seien und daneben noch andere Arten solcher immaterieller Güter bestehen. Als solche werden u.a. Rechte, Arbeitsleistung, Informationen, Patente, Originale von Texten, Kompositionen, Filme etc. genannt.³²

Nach anderer Definition werden Dienstleistungen auch als Wertschöpfungen umschrieben, die unmittelbar konsumiert werden – wie beispielsweise Beratung,

24 Dadurch wurde insbesondere die Vergleichbarkeit unterschiedlicher Volkswirtschaften ermöglicht, *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 29; *Reimold*, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2012, S. 47.

25 *Engel*, in: Oppermann/Molsberger (Hrsg.), A new GATT for the nineties and Europe '92, 1991, 213 (214).

26 *Ipsen/Haltern*, Reform des Welthandelssystems?, 1991, S. 85.

27 *Ipsen/Haltern*, Reform des Welthandelssystems?, 1991, S. 85.

28 *Sindelar*, Das GATT – Handelsordnung für den Dienstleistungsverkehr?, 1987, S. 9.

29 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den einzelnen Merkmalen bietet: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 30 ff.; besonders bildlich i.E. aber übereinstimmend ist die Definition des damaligen US Handelsbeauftragten *Robert Zoellick* aus dem Jahr 2004: „Wenn man es auf den großen Zeh fallen lassen kann, ist es keine Dienstleistung“, *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 22 Rn. 24 Fn. 56.

30 Externe Produktionsfaktoren sind solche, die vom Dienstleistungsabnehmer in den Produktionsprozess eingebracht werden, i.d.R. in dessen Eigentum verbleiben, und auf die im Laufe der Dienstleistungserbringung eingewirkt wird, *Maleri*, Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion, 1970, S. 82 f.

31 *Maleri/Frietzsche*, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 5, 31.

32 Vgl. die Abgrenzung bei *Maleri/Frietzsche*, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 34 ff.; ähnlich auch die Unterscheidung bei: *Hill*, The Canadian Journal of Economics 2/1999, 426 (438 ff.).

Konzert, Aus- und Fortbildung – oder wertverändernd in physische Güter eingehen, deren Zustand also verändern – z.B. Reparatur, Lagerung, Transport.³³ Letztlich wird diese Umschreibung aber auch durch die Unberührbarkeit und Nicht-Lagerbarkeit von Dienstleistungen bedingt und weist damit mehr einen neuen Blickwinkel denn eine gänzlich eigenständige Definition auf.

Das als Basis für volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen herausgegebene SNA definiert Dienstleistungen in ähnlicher Weise als das Ergebnis einer Produktionstätigkeit, durch das entweder die Beschaffenheit einer Verbrauchseinheit geändert wird, oder das den Austausch von Produkten – sowohl Waren als auch Dienstleistungen – oder von Vermögenswerten erleichtert.³⁴

All diesen Definitionsversuchen ist zuzugestehen, dass sie die Eigenschaften vieler gemeinhin als Dienstleistung verstandener Leistungen zutreffend beschreiben. Sie vermitteln daher bereits ein gutes Bild davon, was gemeinhin als Dienstleistung verstanden wird.³⁵ Allerdings lassen sich aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen stets auch Gegenbeispiele finden, die einer universellen Gültigkeit dieser Eigenschaften für alle Dienstleistungen entgegenstehen. So hat beispielsweise das ausgedruckte Gutachten eines Anwalts oder der Entwurf und das Modell eines Architekten durchaus auch materielle Eigenschaften. Ebenso ist einmal entwickelte Software durch Speicherung auf einem Datenträger in gewisser Weise lagerbar und muss daher auch nicht unmittelbar konsumiert werden.³⁶ Insbesondere bei neuen Dienstleistungsformen, deren Einordnung streitig ist, können diese beschreibenden Definitionsansätze daher an ihre Grenzen kommen. Hinzukommt, dass die verschiedenen Versuche, sich dem Dienstleistungsbegriff in positiver Weise zu nähern, letztlich verdeutlichen, dass eine gemeinsame Verständigung auf wesentliche, stets eine Dienstleistung ausmachende Begriffsmerkmale bislang nicht möglich war.³⁷

33 *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 2; *Senti/Weber*, in: *Thürer/Kux* (Hrsg.), GATT 94 und die Welthandelsorganisation, 1996, 129 (130);

34 *UN/Europäische Kommission et al.*, System of National Accounts (2008), Rn. 6.17.

35 So offenbar auch: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 31.

36 *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (561). Innerhalb der WTO-Mitglieder besteht jedoch bis heute Uneinigkeit darüber, ob Software als Dienstleistung oder als Ware zu betrachten ist. Dazu nachfolgend unter: E.

37 In diesem Sinne auch: *Maleri/Frietzsche*, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 2. In diesem Sinne auch in Bezug auf einen Online-Yoga-Kurs: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (701).

c) Listenansatz

Da sich eine universell auf alle bekannten Dienstleistungen anwendbare Definition bislang nicht hat finden lassen, wird teilweise vorgeschlagen, auf eine Definition zu verzichten.³⁸ Stattdessen soll im Rahmen enumerativer Listen festgehalten werden, welche kommerziellen Aktivitäten als Dienstleistungen verstanden werden.³⁹ So wurde auch im Rahmen der Verhandlungen des GATS auf Basis der Provisional Central Product Classification⁴⁰ (CPC prov.) der Vereinten Nationen (UN) vom Sekretariat des GATT die sog. Services Sectoral Classification List⁴¹ (SSCL) erstellt.⁴² Diese SSCL ist in zwölf Sektoren⁴³ unterteilt, die wiederum in mehrere Subsektoren und weitere Untergliederungen eingeteilt sind.

Solche Listen können jedoch immer nur abbilden, was zu einem bestimmten Zeitpunkt in der wirtschaftlichen Realität gemeinhin als Dienstleistung verstanden wird.⁴⁴ Der Dienstleistungssektor ist jedoch einem steten technologischen und wirtschaftlichen Wandel unterworfen, der ständig neue wirtschaftliche Aktivitäten entstehen lässt.⁴⁵ Der Auffangtatbestand der SSCL in Form der *Other Services not included elsewhere* vermag dieses Problem aber nicht zu lösen. Zum einen liegt der Liste bloß ein allgemeiner Konsens in Bezug auf bestimmte bereits vorhandene Dienstleistungen zugrunde; ungeklärt bleibt jedoch, warum gerade die in die Liste aufgenommenen Aktivitäten als Dienstleistungen verstanden werden.⁴⁶ Zum anderen fehlt es für zukünftige Aktivitäten an einer allgemein gültigen

38 Krommenacker, World-traded services, 1984, S. 8.

39 Krommenacker, World-traded services, 1984, S. 8.

40 Abrufbar in sämtlichen Versionen einschließlich zugehöriger Dokumente im Internet unter: <https://unstats.un.org/unsd/classifications/Family/Detail/9> (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

41 Abrufbar im Internet unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

42 Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 160 f.; Sucker, ZUM 1/2009, 30 (31); Zacharias, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 20.

43 Diese Sektoren sind: *Business Services, Communication Services, Construction and Related Engineering Services, Distribution Services, Educational Services, Environmental Services, Financial Services, Health Related and Social Services, Tourism and Travel Related Services, Recreational, Cultural and Sporting Services, Transport Services and Other Services not included elsewhere* (Auffangtatbestand).

44 Vgl. Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 34.

45 Ehlermann/Campogrande, in: Petersmann/Hilf (Hrsg.), The new GATT Round of Multilateral Trade Negotiations, 1988, 481 (485).

46 Vgl. Cass/Noam, in: Friedmann (Hrsg.), Rules for free international Trade in Services, 1990, 43 (48).

Definition, anhand derer sich beurteilen ließe, ob diese als sonstige Dienstleistungen mit in die SSCL aufgenommen werden sollten.⁴⁷ Auch der Listenansatz kann daher nur als grobe Richtschnur zur Einteilung einzelner neuer Aktivitäten herangezogen werden. In Bezug auf bereits vorhandene Dienstleistungen kann die SSCL hingegen ein wesentliches Unterscheidungskriterium sein.

2. Dienstleistungsbegriff in der Rechtswissenschaft

Auch in der Rechtswissenschaft taucht in verschiedenen Zusammenhängen der Begriff der Dienstleistung auf. Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit der EU werden Dienstleistungen vergleichbar der Drei-Sektoren-Theorie negativ als alle diejenigen Leistungen definiert, die üblicherweise gegen Entgelt erbracht werden und weder den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr noch den Vorschriften über die Freizügigkeit der Personen zuzuordnen sind (Art. 57 AEUV).⁴⁸ Aufgrund des Ausschlusses der Niederlassungsfreiheit, also der dauerhaften Erbringung selbstständiger Tätigkeiten, erfasst der Dienstleistungsbegriff nach dem AEUV aber nur einen Teil des Tertiärsektors im Sinne der Drei-Sektoren-Theorie. Während es den Wirtschaftswissenschaften darum geht, verschiedene volkswirtschaftliche Kennzahlen vergleichbar zu machen,⁴⁹ ist es Ziel der Dienstleistungsfreiheit – wie auch der übrigen Freiheiten nach dem AEUV –, möglichst umfassend die bei den jeweiligen grenzüberschreitenden Wirtschaftsvorgängen typischerweise bestehenden Handelshemmnisse abzubauen.⁵⁰ Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen des volkswirtschaftlichen Dienstleistungsbegriffs und des der Dienstleistungsfreiheit zugrunde liegenden Dienstleistungsbegriffs sind die jeweiligen Begriffsbestimmungen daher nur eingeschränkt übertragbar.⁵¹

47 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 35.

48 Deutlich weiter insoweit beispielsweise der Dienstleistungsbegriff in Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem v. 28.11.2006, ABl. 2006 Nr. L 347/1, der aber auch eine Negativdefinition darstellt, dahingehend, dass Dienstleistungen alle Umsätze sind, die keine Lieferung von Gegenständen sind.

49 Reimold, Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS, 2012, S. 48.

50 Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Losebl. (Stand: März 2011), Art. 56, 57 AEUV Rn. 7. Randelzhofer/Forsthoff weisen dort zudem darauf hin, dass je nach der Art und Weise, wie eine Dienstleistung eine Grenze quert, unterschiedliche Grundfreiheiten einschlägig sein können.

51 Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Losebl. (Stand: März 2011), Art. 56, 57 AEUV Rn. 7; Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vorb. zu Art. 56-62 AEUV Rn. 22 f.

Im nationalen Recht lässt sich der Dienstleistungsbegriff vor allem beim Dienstvertrag (§ 611 BGB) wiederfinden. Dieser ist aber primär auf die bloße Tätigkeit gegen Entgelt unabhängig von dem Erfolg der Leistung gerichtet und nicht auf das Produkt Dienstleistung als solche.⁵² Darin unterscheidet sich das zivilrechtliche Verständnis einer Dienstleistung vom Begriffsverständnis der Dienstleistungsfreiheit im EU-Recht; letzterer liegt ein produktbezogenes Dienstleistungsverständnis zugrunde.⁵³ Etliche der in der SSCL enthaltenen Dienstleistungen sind zudem im Zivilrecht außerhalb der §§ 611 ff. BGB geregelt.⁵⁴ Das Zivilrecht verfolgt jedoch wiederum einen anderen Zweck. Ziel der zivilrechtlichen Regeln in Bezug auf einzelne Schuldverhältnisse ist es, typischen Leistungsbeziehungen zwischen einzelnen Personen – unabhängig von der jeweiligen wirtschaftlichen Klassifizierung – einen rechtlichen Rahmen zu geben und dabei für einen möglichst angemessenen Ausgleich der jeweils typischen Parteiinteressen zu sorgen.⁵⁵

3. Zwischenfazit

Die verschiedenen Definitionsansätze zeigen, dass ein disziplinenübergreifendes einheitliches Dienstleistungsverständnis bislang nicht besteht. Insbesondere in der Rechtswissenschaft lassen sich nicht unerhebliche Unterschiede feststellen, die sich mit den den jeweiligen Regelungen zugrunde liegenden unterschiedlichen Bedürfnissen erklären lassen. Angesichts dieser Unterschiede sind die rechtswissenschaftlichen Ansätze für eine generelle Unterscheidung der Handelsobjekte Ware und Dienstleistung wenig hilfreich. Die aus den Wirtschaftswissenschaften bekannten beschreibenden Definitionsansätze bieten insofern einen Vorteil, als dass sie trotz der aufgezeigten Mängel in der Zusammenschau bereits ein im Wesentlichen scharfes Bild davon vermitteln, was gemeinhin unter dem Wirtschaftsobjekt Dienstleistung verstanden wird. In vergleichbarem Maße lassen sich auch die bereits vorhandenen Klassifizierungslisten im Rahmen möglicher Abgrenzungen heranziehen. Sie vermitteln ebenfalls ein umfassendes Bild davon, welche Leistungen derzeit als Dienstleistungen angesehen werden. Gleichwohl sind weder der Listenansatz abschließend noch die beschreibenden Definitionsansätze

52 vgl. den Wortlaut: „[...] zur Leistung der versprochenen Dienste [...] verpflichtet“ (Hervorhebungen durch den Autor).

53 Tiedje, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vorb. zu Art. 56-62 AEUV Rn. 27 f.

54 Vgl. u.a. Darlehensvertrag (§§ 488 ff. BGB; 7. B. b. SSCL); Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB; 1. E. SSCL).

55 Herresthal, in: Gsell/Krüger et al., BeckOnline Großkommentar zum Zivilrecht, 01.06.2019, § 311 BGB Rn. 79;

absolut zu verstehen, lassen sich doch immer wieder auch Gegenbeispiele einzelner Dienstleistungen finden, die entweder in den Listen nicht enthalten sind oder mit den beschreibenden Definitionsansätzen nicht übereinstimmen.

II. Wirtschaftliche Bedeutung von Dienstleistungen

Dass sich bislang kein gemeinsames allgemein anerkanntes Begriffsverständnis von Dienstleistungen entwickelt hat, verwundert nicht. So hat sich der Dienstleistungshandel gegenüber der Warenproduktion und dem -handel erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in seiner Gesamtheit als eigenständiger Teil des wirtschaftlichen Lebens entwickelt.⁵⁶ Ökonomen wie *Adam Smith* und *Karl Marx* erkannten Dienstleistungen keinen eigenen Wert zu und sahen in ihnen keinen Mehrwert für das Wirtschaftswachstum.⁵⁷ Noch bis Anfang der 1980er Jahre setzte sich diese Sichtweise in Teilen fort.⁵⁸ Dass der Dienstleistungssektor keine eigenständige Bedeutung hat, kann mittlerweile kaum mehr behauptet werden. Dies zeigen nicht zuletzt Handelsübereinkommen wie das GATS, die gemeinsame Regelungen für den internationalen Handel gezielt mit Dienstleistungen enthalten.

Die gewachsene wirtschaftliche Bedeutung des Dienstleistungshandels lässt sich entsprechend auch in den Handelsstatistiken wiederfinden. Seit 1980 hat sich das Volumen der weltweiten Dienstleistungsexporte von etwa 400 Billionen US \$ auf zuletzt über 6.000 Billionen US \$ vergrößert.⁵⁹ Parallel dazu hat sich auch der Anteil, den Dienstleistungen zum BIP beitragen, weltweit stetig auf über 60 %

56 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 27.

57 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 29; *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 1.

58 *Delimatsis*, International trade in services and domestic regulations, 2007, S. 8. Vgl. auch: *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 1. Nichtsdestotrotz hatte es zumindest in einigen Dienstleistungssektoren schon ab dem Ende des II. Weltkriegs vertragliche Übereinkünfte gegeben, siehe hierzu: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 53 ff.

59 *UNCTADstat*, 2020, abrufbar im Internet unter: <https://unctadstat.unctad.org/wds/ReportFolders/reportFolders.aspx> (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

erhöht.⁶⁰ In Industrienationen, wie den USA, Hong Kong, Singapur, Großbritannien, und der EU machen Dienstleistungen regelmäßig einen noch größeren Anteil des BIP aus, der im Falle von Hong Kong sogar fast 90 % erreicht.⁶¹

Nicht zuletzt spielen Dienstleistungen auch in der auf die Warenproduktion ausgerichteten Industrie eine wesentliche Rolle. So geht in der EU etwa 40 % der Wertschöpfung der hergestellten Endprodukte auf Dienstleistungen zurück; etwa den gleichen Anteil machen auch die in Dienstleistungsbereichen angestellten Arbeitnehmer an den gesamten Arbeitnehmern in der verarbeitenden Industrie aus.⁶² Berücksichtigt man auch diejenigen Dienstleistungen, die die Hersteller von Waren selbst erbracht, also nicht extern eingekauft, haben, so wird der Anteil von Dienstleistungen an der gesamten Waren-Wertschöpfung sogar noch wesentlich höher geschätzt.⁶³ Die verarbeitende Industrie greift aber nicht nur auf Dienstleistungen zurück, um Waren herzustellen. Vielmehr wird mittlerweile auch ein Teil der Einnahmen durch den zusätzlichen Verkauf von Dienstleistungen parallel zu oder in Verbindung mit den Waren generiert. Dieser Verkauf von Dienstleistungen macht in der EU etwa 5 % der Einnahmen der verarbeitenden Industrie aus und wird bisweilen noch höher geschätzt.⁶⁴ Unternehmen, wie zum Beispiel *Apple*, zeigen aber, dass der Anteil verkaufter Dienstleistungen am Gesamtgewinn bisweilen auch weit über diesem Wert liegen kann.⁶⁵

Die Zahlen verdeutlichen damit eindrücklich, dass Dienstleistungen aus der Wirtschaft nicht mehr wegzudenken sind und einen erheblichen Teil zum BIP vieler Länder beitragen. Unternehmen wie *Apple* zeigen dabei, dass gelungene Kombinationen aus Waren- und Dienstleistungsangeboten einen wesentlichen Faktor für

60 *World Bank*, Services, value added (% of GDP), 2020, abrufbar im Internet unter: <https://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TOTL.ZS> (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

61 *World Bank*, Services, value added (% of GDP), 2020, abrufbar im Internet unter: <https://data.worldbank.org/indicator/NV.SRV.TOTL.ZS> (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

62 *National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing, 2016, S. 14 ff. Siehe auch für eine ausführliche Übersicht der Untersuchungen zur Bedeutung von Dienstleistungen für die herstellende Industrie: *Lodefalk*, WTR 01/2017, 59.

63 Bei Berücksichtigung auch der unternehmensintern erbrachten Dienstleistungen wird der Anteil von Dienstleistungen an der gesamten Wertschöpfung auf nahezu $\frac{2}{3}$ geschätzt: *Miroudot/Cadestin*, Services In Global Value Chains, 2017, S. 21.

64 *National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing, 2016, S. 14.

65 So ging bspw. im Q3/2020 etwa 40 % des Gesamtgewinns von *Apple* auf Dienstleistungen zurück, *Apple Inc.*, Konsolidierter Quartalsbericht Q3/2020, abrufbar im Internet unter: https://www.apple.com/newsroom/pdfs/FY20-Q3_Consolidated_Financial_Statements.pdf (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

den Erfolg eines Unternehmens ausmachen können. Nachfolgend soll daher dargestellt werden, welche Verbindungen zwischen Ware und Dienstleistungen im Wesentlichen zu beobachten sind.

III. Systematisierung der Verbindungen von Waren und Dienstleistungen

So vielfältig, wie die möglichen Erscheinungsformen von Dienstleistungen für sich betrachtet sind, so vielfältig sind auch die denkbaren Verbindungen von Waren und Dienstleistungen.⁶⁶ Die aus der Theorie und wirtschaftlichen Praxis bekannten Erscheinungsformen dieser Verbindungen sollen daher zunächst systematisiert werden. Ziel der Systematisierung soll es sein, ein grobes Muster zu schaffen, in das sich die verschiedenen Formen verbundener Dienstleistungen im weitesten Sinne einsortieren lassen. Die grobe Systematisierung erleichtert im weiteren Verlauf der Arbeit eine übersichtliche Untersuchung der bislang in der WTO geltenden Regelungen für den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungshandel im Hinblick auf die Geltung auch für die verschiedenen Erscheinungsformen von mit Waren verbundenen Dienstleistungen.

1. Verkörperte Dienstleistungen

In der Literatur, die sich mit der gestiegenen Bedeutung von Dienstleistungen für die Industrie auseinandersetzt, wird regelmäßig zwischen verkörperten („*embodied*“) und eingebetteten („*embedded*“) Dienstleistungen unterschieden.⁶⁷ Dabei wird danach differenziert, ob einzelne Dienstleistungen in den Gewinnungs- bzw. Herstellungsprozess der Ware eingeflossen sind („*embodied*“), oder erst im Rahmen des Verkaufs der Ware relevant wurden („*embedded*“).⁶⁸ Als Faustregel für die Unterscheidung lässt sich festhalten: lässt sich die einzelne Dienstleistung im

66 Ebenso vielfältig sind die in diesem Zusammenhang verwendeten Begrifflichkeiten und das Verständnis der jeweiligen Autoren von diesen. Einen groben Überblick bietet: *Bonnemeier/Reichwald*, ZfbF Sonderheft 65/2012, 45 (51, 53 f.).

67 *Drake-Brockmann/Stephenson*, Implications for 21st Century Trade and Development of the Emergence of Services Value Chains, 2012, S. 7; *National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing, 2016, S. 12; *Rentzhog/Anér*, The New Services Era, 2014, S. 3. Vergleichbar auch die Unterscheidung nach „*consumer*“ und „*producer*“ services bei: *Pasadilla/Wirjo*, Services and Manufacturing, 2014, S. 1

68 *Drake-Brockmann/Stephenson*, Implications for 21st Century Trade and Development of the Emergence of Services Value Chains, 2012, S. 7; *Low/Pasadilla*, in: *Low/Pasadilla* (Hrsg.), Services in global value chains, 2016, 1 (75); *Rentzhog/Anér*, The New Services Era, 2014, S. 3.

Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr von der Ware trennen, so handelt es sich um eine verkörperte („*embodied*“) Dienstleistung; sind Ware und Dienstleistung zum Zeitpunkt des Verkaufs letztlich voneinander unterscheidbar, liegt eine eingebettete („*embedded*“) Dienstleistung vor.⁶⁹ Stark vereinfacht bestehen damit im Rahmen der verkörperten Dienstleistungen infolge der Verkörperung der Dienstleistung in der Ware zwei Lieferverhältnisse: der Dienstleister leistet an den Produzenten der Ware, damit dieser eine Ware herstellen kann;⁷⁰ die so hergestellte Ware wird wiederum vom Produzenten an einen Dritten verkauft. Zwischen dem Dritten und dem Dienstleister besteht keinerlei Beziehung; die Dienstleistung ist im Laufe des Produktionsprozesses bereits vom Produzenten verbraucht worden und kann nach dem allgemeinen Verständnis von Dienstleistungen, wonach diese nicht berühr- oder lagerbar sind, nicht mehr weiterverkauft werden. Der Endkonsument profitiert daher allenfalls mittelbar von der in den Produktionsprozess eingeflossenen und damit in der Ware verkörperten Dienstleistung.⁷¹

Beispiele für in den Herstellungsprozess eingeflossene, also verkörperte Dienstleistungen können Forschung und Entwicklung, Design, Transport, das Rechnungswesen oder die Miete für die Industrieräumlichkeiten sein.⁷² Allein für die Herstellung eines Laibes Brot wurden beispielsweise dreißig verschiedene solcher Dienstleistungen ermittelt, die erforderlich sind, damit der Brotlaib im Supermarkt-Regal zum Verkauf angeboten werden kann.⁷³ Wie bereits zuvor dargestellt,⁷⁴ können die verkörperten Dienstleistungen entsprechend auch einen wesentlichen Anteil an der gesamten Warenwertschöpfung der fertigen Ware ausmachen.

69 Vgl. *National Board of Trade Sweden*, The Servicification of EU Manufacturing, 2016, S. 12.

70 Dies gilt ebenso für Inhouse-Dienstleistungen. Dienstleister und Dienstleistungsabnehmer arbeiten hier nur innerhalb des gleichen Unternehmens.

71 Vgl. auch die Darstellung von Dienstleistungen als Produktionsfaktoren bei: *Maleri*, Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion, 1970, S. 16 f.

72 Siehe stellvertretend: *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 2 f.; *Drake-Brockmann/Stephenson*, Implications for 21st Century Trade and Development of the Emergence of Services Value Chains, 2012, S. 7.

73 *Low*, A loaf of bread's well-serviced journey, 2014, abrufbar im Internet unter: <https://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1577631/loaf-breads-well-serviced-journey> (zuletzt abgerufen am: 09.05.2019); ähnliche Zahlen ergeben sich auch in anderen Bereichen, vgl. *National Board of Trade Sweden*, Just Add Services, 2013, S. 9 ff.; *National Board of Trade Sweden*, At Your Service, 2010, S. 3 ff.

74 Siehe unter: B.II.

Für den steigenden Anteil von Dienstleistungen an der Wertschöpfung einer Ware gibt es verschiedene Gründe. Regelmäßig wird die Ursache hierfür in der zunehmenden Auslagerung von ursprünglich unternehmensintern ausgeübten Tätigkeiten auf externe Dienstleister oder rechtlich unabhängige Tochtergesellschaften, um sich verstärkt auf die eigenen Kernkompetenzen konzentrieren zu können, gesehen.⁷⁵ Auch die zunehmend komplexer werdenden Wertschöpfungsketten erfordern ein erhöhtes Maß an Planung und Kontrolle, was sich ebenfalls in einem höheren Dienstleistungsanteil niederschlägt.⁷⁶ Daneben können die Gründe aber auch statistisch bedingt sein. Dadurch, dass es wesentlich einfacher ist, einzelne Produktionsschritte in Billiglohnländern mit geringen Arbeitskosten outzusourcen, als dies bei den für die Herstellung des Endproduktes erforderlichen Dienstleistungen, für die im Inland höhere Arbeitskosten anfallen, der Fall ist, lässt sich auch hiermit ein im Vergleich zu den erforderlichen Produktionsschritten relativ höherer Wertschöpfungsanteil durch die für das Endprodukt erforderlichen Dienstleistungen erklären.⁷⁷

2. Produktbegleitende Dienstleistungen/Leistungsbündel

Von den verkörperten Dienstleistungen werden die eingebetteten („*embedded*“) Dienstleistungen, also diejenigen, die erst im Rahmen des Verkaufs einer Ware relevant werden, unterschieden. Bereits Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts erkannte man, dass in Zukunft diejenigen Unternehmen am erfolgreichsten sein würden, die es schaffen, ihre Waren um ein passendes Dienstleistungspaket zu ergänzen und so neue Kunden zu generieren und bestehende Kundenbeziehungen aufrecht zu halten.⁷⁸ Es verwundert daher nicht, dass 2012 schon 85 % der

75 *Eickelpasch/Behrend et al.*, Industrie und industrienähe Dienstleistungen in der Region FrankfurtRheinMain, 2017, S. 28; *Low/Pasadilla*, in: *Low/Pasadilla* (Hrsg.), *Services in global value chains*, 2016, 1 (13). Vgl. auch: *Miroudot/Cadestin*, *Services In Global Value Chains*, 2017, S. 21. Outsourcing kann genauso aber auch in umgekehrter Richtung stattfinden, sodass Unternehmen eigene Waren verkaufen, ohne diese selbst hergestellt zu haben, *Miroudot*, *Services and Manufacturing in Global Value Chains: Is the Distinction Obsolete?*, 2019, S. 5.

76 *Eickelpasch/Behrend et al.*, Industrie und industrienähe Dienstleistungen in der Region FrankfurtRheinMain, 2017, S. 28; *Heuser/Mattoo*, *Services Trade and Global Value Chains*, 2017, S. 15; *Miroudot/Cadestin*, *Services In Global Value Chains*, 2017, S. 9.

77 *Fessehaie*, *Leveraging the Services Sector for Inclusive Value Chains in Developing Countries*, 2017, S. 4; *Heuser/Mattoo*, *Services Trade and Global Value Chains*, 2017, S. 15.

78 *Vandermere/Rada*, EMJ 4/1988, 314 (314). Dass häufig auch Sachgüter- und Dienstleistungsproduktion im gleichen Unternehmen zusammenfallen, erkannte auch schon: *Maleri*, *Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion*, 1970, S. 47.

deutschen Industrieunternehmen zusätzlich zu ihren eigenen Produkten noch begleitende Dienstleistungen anboten.⁷⁹ Generell bietet das zusätzliche Angebot von Dienstleistungen verbunden mit den hergestellten Waren aus Sicht der Industrie u.a. den Vorteil, die Kunden durch eine umfassende Betreuung über den gesamten Produktzyklus stärker an sich zu binden und sich durch eine stärkere Differenzierung von der Konkurrenz abzuheben. Zusätzlich lassen sich infolge höherer Gewinnmargen und geringerer Investitionskosten im Dienstleistungsbereich, sowie der Möglichkeit, mehrere Dienstleistungen über einen längeren Zeitraum anbieten zu können, auch höhere Gewinne erzielen.⁸⁰

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird die Verbindung einer Ware mit zusätzlichen Dienstleistungen regelmäßig auch als „*servitization*“⁸¹ bezeichnet. Mögliche Kombinationen werden dabei vor allem in einer vorangehenden Beratung des Kunden, Finanzierungsmöglichkeiten, dem späteren Aufbau oder der Installation einer Anlage, sowie der Schulung von Mitarbeitern, der späteren Wartung und Reparatur, bis hin zur Entsorgung oder Weiterverarbeitung der Anlage am Ende ihres Produktzyklus gesehen.⁸² Gerade im Rahmen von B2B-Beziehungen ermöglicht das Angebot solcher Dienstleistungsbündel dem Abnehmer der Waren oft erst deren uneingeschränkten Nutzen und effizienten Gebrauch

79 *Lerch/Gotsch et al.*, Dienstleistungen strategisch anbieten, 2013, S. 3. Zu einem ähnlichen Ergebnis war auch eine Auswertung französischer Unternehmen gekommen: *Crozet/Milet*, J Econ Manage Strat. 4/2017, 820 (823). Zu dem Ergebnis, dass produktbegleitende Dienstleistungen in der wirtschaftlichen Realität mittlerweile weitestgehend üblich sind, kommt ebenfalls: *Miroudot*, Services and Manufacturing in Global Value Chains: Is the Distinction Obsolete?, 2019, S. 13. Vgl. in Bezug auf die Bedeutung begleitender Dienstleistungen bei Industrieprodukten auch: *Barth*, Perspektiven des internationalen Dienstleistungshandels, 1998, S. 20.

80 *Baines/Lightfoot et al.*, Journal of Manufacturing Technology Management 5/2009, 547 (557 f.); *Crozet/Milet*, J Econ Manage Strat. 4/2017, 820 (822). Vgl. auch: *Eickelpasch/Behrend et al.*, Industrie und industriennahe Dienstleistungen in der Region FrankfurtRheinMain, 2017, S. 84;

81 Dieser Begriff geht zurück auf: *Vandermerwe/Rada*, EMJ 4/1988, 314; das gleiche Verständnis legen bspw. zugrunde: *Baines/Lightfoot et al.*, Journal of Manufacturing Technology Management 5/2009, 547 (547); *Miroudot*, Services and Manufacturing in Global Value Chains: Is the Distinction Obsolete?, 2019, S. 1. Diesen Begriff dahin gehend weiter verstehend, dass auch der Ersatz von Waren durch an deren Stelle tretende Dienstleistungen gemeint ist: *Crozet/Milet*, J Econ Manage Strat. 4/2017, 820 (820).

82 *Hornschild/Kinkel et al.*, Economic Bulletin 2/2004, 65 (66); *Knackstedt/Pöppelbuß et al.*, WI 3/2008, 235 (235); *Lay*, Dienstleistungen in der Investitionsgüterindustrie, 1998, S. 7 f.

über den Lebenszyklus des Produktes.⁸³ Der Begriff der „*servitization*“ geht damit noch über das Konzept der eingebetteten („*embedded*“) Dienstleistungen hinaus und erfasst nicht bloß die unmittelbar im Zusammenhang mit dem Verkauf erbrachten Dienstleistungen, sondern auch noch solche Dienstleistungen, die im Laufe des Gebrauchs der Ware erbracht werden. Da jedoch auch Wechselwirkungen zwischen erst später im Verlauf des Lebenszyklus über den Verkauf hinaus erbrachten Dienstleistungen und der Ware bestehen können, soll der in dieser Arbeit verwendete Begriff der produktbegleitenden Dienstleistungen über den der eingebetteten Dienstleistungen hinausgehen und sich an dem Konzept der „*servitization*“ orientieren.

Regelmäßig erleichtern produktbegleitende Dienstleistungen wie bspw. Finanzierungsangebote oder vorausgehende Beratung und Planung vor allem den Erwerb und den Gebrauch einer Ware, ohne diese selbst wesentlich zu verändern. *Cusumano* unterscheidet daher produktbegleitende Dienstleistungen weitergehend danach, ob sie den Warenerwerb oder deren Nutzung erleichtern („*smoothing*“) oder die Ware selbst anpassen („*adapting*“).⁸⁴ Durch anpassende produktbegleitende Dienstleistungen wird die Funktionalität einer Ware erweitert oder neue Nutzungsmöglichkeiten erschlossen. Sie können deutlich weniger standardisiert werden und erfordern eine deutlich intensivere Auseinandersetzung mit der Ware selbst, als dies in der Regel bei den erleichternden produktbegleitenden Dienstleistungen der Fall ist.⁸⁵ *Cusumano* nennt als Beispiele für solche *adapting services* vor allem die Anpassung bereits bestehender Produkte an besondere Bedürfnisse des Kunden, die Integration bestehender Produkte in andere Produkte oder Dienstleistungen oder die Schulung in Bezug auf das Produkt, durch die infolge neuer Kenntnisse neue Nutzungsmöglichkeiten entstehen.⁸⁶ Auch autonome Fahrzeuge oder das IoT bauen auf *adapting services* auf, soweit sie für einzelne Funktionen auf externe Datennetze zur Kommunikation mit anderen Fahrzeugen oder Geräten oder aber auf eine von Dritten bereitgestellte Serverstruktur und Datenauswertung und -verarbeitung zurückgreifen. Die Integration in solche Datennetze und Server- und Dateninfrastrukturen ermöglicht umfassende zusätzliche Funktionen der jeweiligen Waren wie zum Beispiel die frühzeitige Erkennung von Gefahrensituationen außerhalb der Sicht- und Sensorreichweite oder von

83 *Miroudot/Cadestin*, Services In Global Value Chains, 2017, S. 10; *National Board of Trade Sweden*, Making Green Trade Happen, 2014, S. 6.

84 *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (562). Vergleichbar hierzu ist die Unterscheidung zwischen additiven und integralen Dienstleistungen, *Eickelpasch*, Industriennahe Dienstleistungen, 2012, S. 42. Die Definition von Dienstleistungen nach dem SNA (siehe B.I.I.b.) ist dem sehr ähnlich.

85 *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (562).

86 *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (563).

Staubildung und die entsprechende Anpassung der Route, oder aber auch das schnelle Finden von freien Parklücken.⁸⁷

Ein besonderes Beispiel für *smoothing services* sind Serviceverträge oder Performancegarantien. Solche Serviceverträge oder Performancegarantien können je nach Gestaltung einen wesentlichen Teil der mit dem Eigentum an einer Ware üblicherweise einhergehenden Risiken beispielsweise in Form frühzeitiger Defekte oder anfallender Reparaturen und Wartungen weg vom Eigentümer auf einen Dritten verlagern. So bietet mittlerweile fast ein Viertel der Unternehmen der verarbeitenden Industrie ganze Full-Service-Verträge zusätzlich zu ihren Waren an.⁸⁸ Bei diesen Full-Service-Verträgen wird ein vorher definierter Umfang an Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten, notwendigen Reparaturen oder Untersuchungen, möglicherweise auch eine permanente Überwachung der Ware⁸⁹ oder ein 24h-Kundendienst vom Hersteller übernommen und zugesichert.⁹⁰ Über entsprechende Garantien und Vergütungsgestaltungen für die im Rahmen solcher Full-Service-Verträge ausgeführten Leistungen lassen sich auch finanzielle Risiken auf den Hersteller übertragen. Der Hersteller sichert dann beispielsweise eine bestimmte Verfügbarkeitsdauer einer Maschine zu, ist also für den Zeitraum dieser Garantie für sämtliche Instandhaltungsarbeiten und insbesondere auch Ausfallzeiten infolge von aufgetretenen Defekten verantwortlich. Vergleichbare Garantien lassen sich auch für die Leistungsfähigkeit einer Maschine vereinbaren, spricht darüber, dass die Maschine ein bestimmtes Produktionspensum sicher leisten kann.⁹¹ Vereinbaren Hersteller und Kunde eine Vergütung für das Full-Ser-

87 Siehe weiterführend zu der Funktionsweise und zu den Funktionen vernetzter Fahrzeuge: *Brünger*, Telekommunikation, Telekommunikationsnetze, Telekommunikationsdienste, 2019, S. 17 ff.; *Daimler*, Car2X – Mit der Umgebung vernetzt – Car-to-X Kommunikation geht in Serie, 2020, abrufbar im Internet unter: <https://www.daimler.com/innovation/case/connectivity/car-to-x.html> (zuletzt abgerufen am: 14.10.2020).

88 *Gotsch/Lerch et al.*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development, 2018, 361 (367).

89 Vgl. bspw. das TotalCare-Programm von Rolls-Royce, bei dem permanente Überwachung der Flugzeugturbinen u.a. eine gezielte Planung von Wartungsterminen in Abhängigkeit des Zustands der Turbine ermöglicht, *Rolls-Royce*, Power by the hour, abrufbar im Internet unter: <https://www.rolls-royce.com/media/our-stories/discover/2017/total-care.aspx> (zuletzt abgerufen am: 22.05.2019).

90 *Gotsch/Lerch et al.*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development, 2018, 361 (366); *Knackstedt/Pöppelbuß et al.*, WI 3/2008, 235 (235); *Koch*, Interaktionsarbeit bei produktbegleitenden Dienstleistungen, 2010, S. 27.

91 Solche Performancegarantien werden bislang aber erst von 11 % der Unternehmen der verarbeitenden Industrie angeboten: *Gotsch/Lerch et al.*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development, 2018, 361 (367).

vice-Paket in Form eines zuvor festgelegten Preises beispielsweise pro produzierter Einheit oder Flugstunde,⁹² so trägt der Kunde auch finanziell nicht das Risiko unerwartet notwendiger Reparaturen.

So vielfältig Kombinationen aus Waren und produktbegleitenden Dienstleistungen danach sein mögen und so sehr eine gelungene Kombination aus Ware und Dienstleistung – wie beispielsweise beim autonom fahrenden Auto – als einheitliches Ganzes erscheinen mag, so lassen sich im Kern doch immer noch die einzelnen Waren- und Dienstleistungselemente ausmachen und voneinander unterscheiden. Allen produktbegleitenden Dienstleistungen/Leistungsbündeln gemein ist damit, dass der Kunde das Eigentum an einer Ware erhält und zusätzlich eine Dienstleistung empfängt und verbraucht. Von den verkörperten Dienstleistungen unterscheiden sie sich somit darin, dass bei den produktbegleitenden Dienstleistungen bzw. Leistungsbündeln der Käufer der Ware und Empfänger und Verbraucher der Dienstleistung zusammenfallen.

3. Nutzungs-/ergebnisorientierte Systeme

Es lässt sich jedoch immer wieder auch erkennen, dass der Kunde kein Interesse an der einzelnen Dienstleistung oder an der Ware für sich betrachtet hat; es kommt ihm dann vielmehr auf die Lösung eines Problems oder die Befriedigung eines bestimmten Bedarfs an.⁹³ Produktbegleitende Dienstleistungen/Leistungsbündel dienen bereits dazu, diesem Wunsch gerecht zu werden. Einen Schritt weiter gehen insoweit die nutzungs- und ergebnisorientierten Kombinationen aus Sach- und Dienstleistungen. Bei diesen verbleibt das Eigentum an der Ware beim Hersteller; verkauft wird an den Kunden nur noch die Gebrauchsmöglichkeit bzw. allein ein bestimmtes Ergebnis.⁹⁴ Der Unterschied zu den verkörperten und den produktbegleitenden Dienstleistungen liegt damit in dem Ersatz der Eigentumsübertragung durch den Hersteller einer Ware an den Kunden durch den Verkauf allein der Nutzungsmöglichkeit oder des Ergebnisses.⁹⁵

92 Vgl. *Rolls-Royce*, Power by the hour, abrufbar im Internet unter: <https://www.rolls-royce.com/media/our-stories/discover/2017/totalcare.aspx> (zuletzt abgerufen am: 22.05.2019).

93 *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (112); ebenso im Zusammenhang mit Dienstleistungsbündeln: *Knackstedt/Pöppelbuß et al.*, WI 3/2008, 235 (235). Vgl. auch: *Bonnemeier/Reichwald*, ZfbF Sonderheft 65/2012, 45 (46).

94 *Tukker*, Bus. Strat. Env. 4/2004, 246 (248).

95 *Koch*, Interaktionsarbeit bei produktbegleitenden Dienstleistungen, 2010, S. 30. Dies gilt zumindest vorübergehend. Je nach Ausgestaltung im Einzelfall besteht die Möglichkeit, dass das Eigentum an einer Anlage nach einer bestimmten Zeit auf den Kunden übergeht, dazu: *Koch*, Interaktionsarbeit bei produktbegleitenden Dienstleistungen, 2010, S. 29.

Ergebnisorientierte Kombinationen lassen sich gerade in der Investitionsgüterindustrie in Form sog. „*Betreibermodelle*“ („*operator models*“) ⁹⁶ finden. ⁹⁷ Ein regelmäßig herangezogenes Beispiel für ein solches Betreibermodell ist das Druckluftcontracting der Firma *KAESER SE*. Dabei wird nicht mehr der Druckluftkompressor und die zugehörige erforderliche Infrastruktur an den Kunden verkauft. Stattdessen werden die erforderlichen Anlagen von *KAESER SE* beim Kunden aufgebaut und betrieben und allein die für den Bedarf des Kunden erzeugte Druckluft verkauft. Die Firma *KAESER SE* trägt das Betriebsrisiko und ist für die Wartung und Instandhaltung der Anlagen zuständig. Der Kunde zahlt allein für den bezogenen Kubikmeter Druckluft. ⁹⁸ Vergleichbar funktioniert auch das Chemikalien-Leasing. ⁹⁹ Auch hierbei wird dem Kunden der Nutzen der einzelnen Chemikalie – bspw. Reinigen, Kleben, Lösen – verkauft; der Chemikalienhersteller kümmert sich um die Prozessgestaltung und -optimierung beim Kunden, übernimmt die Wartung der eingesetzten Produktionsmittel und entsorgt die Chemikalien im Anschluss. ¹⁰⁰

Nutzungsorientierte Systeme begegnen einem im Verbraucheralltag beispielsweise in Form von Car-Sharing-Angeboten einzelner Automobilhersteller. ¹⁰¹ Der Kunde zahlt bei diesen für den Gebrauch eines Autos pro gefahrene Minute oder zurückgelegter Strecke, muss sich im Gegenzug aber nicht um Inspektionen, Reparaturen oder die Versicherung kümmern. Aber auch herkömmliche Mietverträge lassen sich den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen zuordnen, wobei

96 *Barth*, Perspektiven des internationalen Dienstleistungshandels, 1998, S. 20; *Eickelpasch*, Industriennahe Dienstleistungen, 2012, S. 43; *Hornschild/Kinkel et al.*, Economic Bulletin 2/2004, 65; *Kempermann/Lichtblau*, IW-Trends 1/2012, 1 (11).

97 Eine Unternehmensbefragung im Bereich der Investitionsgüterindustrie des Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung kam für das Jahr 2001 zu dem Ergebnis, dass etwa 16 % der Finalproduzenten solche Betreibermodelle anbieten, *Lay*, Betreiben statt Verkaufen, 2003, S. 4. Bezogen auf die gesamte Industrie spielen Betreibermodelle eine deutlich untergeordnete Rolle, vgl.: *Eickelpasch/Behrend et al.*, Industrie und industriennahe Dienstleistungen in der Region FrankfurtRheinMain, 2017, S. 85; *Gotsch/Lerch et al.*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development, 2018, 361 (367).

98 *Sachnow/Winkler et al.*, in: Oswald/Krcmar (Hrsg.), Digitale Transformation, 2018, 99 (105) ff.

99 Hierzu: *Umwelt Bundesamt*, Chemikalienleasing, abrufbar im Internet unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/chemikalien/chemikalien-management/nachhaltige-chemie/chemikalienleasing/chemikalienleasing-vorstellung#textpart-2> (zuletzt abgerufen am: 23.05.2019).

100 *Gotsch/Lerch et al.*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Service Business Development, 2018, 361 (374).

101 *Lerch/Gandenberger et al.*, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 2/2016, 65 (68).

dann je nach Einzelfall die vom Vermieter geschuldeten Leistungen weniger umfassend ausfallen können als beispielsweise im Fall des Druckluftcontractings der *KAESER SE*.

Die Vorteile solcher Betreibermodelle können sehr vielfältig sein. Gerade im Bereich der Investitionsgüterindustrie versprechen sich Hersteller durch den Wechsel zum Betreibermodell die Erschließung neuer Kundenstämme, die die Investition in die Anlage selbst oder deren späterer Unterhalt abschreckt.¹⁰² Aus Sicht des Kunden bieten sie den Vorteil, dass er sich auf seine Kernkompetenzen konzentrieren kann, ohne zusätzlich ausgebildetes Personal und Material für die in der Industrie oftmals komplexen Anlagen vorhalten zu müssen.¹⁰³ Auch ist sein Investitionsrisiko deutlich geringer und er kann die Kosten aufgrund eines fixen Preises für die in Anspruch genommene Leistung besser kalkulieren.¹⁰⁴ Infolge einer besseren Auslastung der Anlagen aufgrund des Umstands, dass diese bei den nutzungs- und ergebnisorientierten Systemen auch von mehreren Kunden genutzt werden können und die verwendeten Ressourcen auf diese Weise mehr Anwendern zugutekommen, können solche Modelle aber auch unter Umwelt-Gesichtspunkten von Vorteil sein.¹⁰⁵

Die nutzungs-/ergebnisorientierten Systeme zeichnet danach im Unterschied zu den verkörperten und den produktbegleitenden Dienstleistungen aus, dass der Kunde nicht mehr das Eigentum an einer Ware erhält. Vielmehr erhält er lediglich die Nutzungsmöglichkeit der Ware bzw. das von der Ware erzielte Ergebnis. Die Ware ist damit vor allem erforderlich, um die vom Anbieter versprochene Leistung – also die Nutzungsmöglichkeit oder das von der Ware erzeugte Ergebnis – zu erbringen.

4. Hybride Produkte

Im Zusammenhang mit Kombinationen aus Waren und Dienstleistungen ist immer wieder auch die Rede von „hybriden Produkten“.¹⁰⁶ Auch wenn die Bezeich-

102 *Hornschild/Kinkel et al.*, Economic Bulletin 2/2004, 65 (67); *Lay*, Betreiben statt Verkaufen, 2003, S. 3.

103 *Koch*, Interaktionsarbeit bei produktbegleitenden Dienstleistungen, 2010, S. 29.

104 *Bullinger/Spath et al.*, Economic Bulletin 3/2004, 103 (105).

105 *Tukker/Tischner*, Journal of Cleaner Production 17/2006, 1552 (1553).

106 So beispielsweise: *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (110 ff.); *Bonnemeier/Reichwald*, ZfbF Sonderheft 65/2012, 45; *Burianek/Ihl et al.*, Typologisierung hybrider Produkte, 2007, S. 3 ff.; *Floercke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61; *Wipfler/Müller et al.*, WINGbusiness 3/2014, 6.

nung „hybrides Produkt“ zunächst den Eindruck eines völlig neuen Zwischenprodukts, das sich weder den Waren, noch den Dienstleistungen zuordnen lässt, erweckt, handelt es sich auch hierbei letztlich um eine Kombination aus aufeinander abgestimmten Waren und Dienstleistungen.¹⁰⁷ Allerdings erhält der Kunde die Kombination aus Ware und Dienstleistung insgesamt als Paket und kann bzw. muss sich die einzelnen Teilleistungen nicht erst noch zusammenstellen.¹⁰⁸ Die Kombination aus Ware und Dienstleistung ist dabei auf die Lösung eines spezifischen Kundenproblems bzw. die Befriedigung eines Bedürfnisses des Kunden ausgerichtet.¹⁰⁹ Die Perspektive des Herstellers verlagert sich damit weg von der eigentlichen Sachleistung hin zum Kunden mit seinen spezifischen Bedürfnissen und erfordert entsprechend auch eine größere Kooperation des Anbieters mit dem Kunden.¹¹⁰ Aufgrund dieses Perspektivwechsels soll sich der Wert dieser Kombination aus Sach- und Dienstleistung aus Sicht des Kunden steigern und die Summe des Wertes der einzelnen Teilleistungen übertreffen.¹¹¹

Innerhalb der hybriden Produkte gibt es verschiedene Möglichkeiten, Waren und Dienstleistungen zu kombinieren und dabei bestimmte Schwerpunkte zu setzen. Diese Möglichkeiten lassen sich in produkt- bzw. funktions-, verfügbarkeits- und ergebnisorientierte Ausprägungen einteilen.¹¹² Danach können hybride Produkte

107 Siehe nur: *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (110); *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (62).

108 *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (110). Insofern wird auch von der Integration der einzelnen Elemente als wesentliches Merkmal hybrider Produkte gesprochen: *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (64 f.). Vgl. insofern auch die Übersicht über verschiedene Definitionen bei: *Bonnemeier/Reichwald*, ZfbF Sonderheft 65/2012, 45 (53 f.).

109 *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (111); *Burianek/Ihl et al.*, Typologisierung hybrider Produkte, 2007, S. 5; *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (63)

110 *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (111); *Burianek/Ihl et al.*, Typologisierung hybrider Produkte, 2007, S. 5; *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (63).

111 *Becker/Beverungen et al.*, in: Thomas/Nüttgens (Hrsg.), Dienstleistungsmodellierung, 2009, 109 (110 f.); *Burianek/Ihl et al.*, Typologisierung hybrider Produkte, 2007, S. 2; *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (64). I. Erg. gleich, aber den Begriff „hybrider Wertschöpfung“ verwendend: *Kempermann/Lichtblau*, IW-Trends 1/2012, 1 (1).

112 *Burianek/Ihl et al.*, Typologisierung hybrider Produkte, 2007, S. 12; *Floerecke/Wolfenstetter et al.*, Fachzeitschrift für Innovation, Organisation und Management 2/2015, 61 (63); *Wipfler/Müller et al.*, WINGbusiness 3/2014, 6 (7).

sowohl auf produktbegleitenden Dienstleistungen aufbauen oder aber als nutzungs- oder ergebnisorientierte Systeme verkauft werden. Hybride Produkte werden damit in dieser Arbeit nachfolgend nicht einzeln, sondern im Rahmen der Ausführungen zu den produktbegleitenden Dienstleistungen und den nutzungs-/ ergebnisorientierten Systemen behandelt.

IV. Ein neues Produkt oder bloß Kombination aus Ware und Dienstleistung?

Die infolge der Verbindung von Sach- und Dienstleistungen verschwimmenden Grenzen zwischen diesen Wirtschaftsgütern führen bisweilen zu der Annahme, dass die Unterscheidung von Sach- und Dienstleistung überholt sei.¹¹³ Im allgemeinen Sprachgebrauch ist die Unterscheidung zwischen Waren und Dienstleistungen allerdings bis heute etabliert,¹¹⁴ was dagegen spricht, dass die Unterscheidung überholt oder nicht mehr möglich wäre.

So weist eine Ware, deren Wertschöpfung zu einem wesentlichen Teil auf verkörperte Dienstleistungen zurückzuführen ist, weiterhin alle wesentlichen Merkmale einer Ware auf – sie ist berührbar, kann Gegenstand von Eigentumsrechten sein und diese können auch übertragen werden. Der erhöhte Anteil verkörperter Dienstleistungen hat auf all diese Merkmale einer Ware keine Auswirkung. Der erhöhte Anteil verkörperter Dienstleistungen an der gesamten Warenwertschöpfung bietet damit keinen Anlass, solche Waren nicht mehr den Waren zuzuordnen.¹¹⁵

Auch lassen sich im Fall von Leistungsbündeln und nutzungs- bzw. ergebnisorientierten Systemen bei genauer Betrachtung stets noch einzelne Sach- und Dienstleistungsanteile ausmachen.¹¹⁶ Die mit einem Full-Service-Vertrag zusammen verkaufte Maschine enthält Dienstleistungsanteile beispielsweise in Form von Überwachung, Inspektion, Reparaturen – ein neues Gesamtprodukt, das sich als solches weder den Sach- noch den Dienstleistungen zuordnen ließe, ergibt sich aus Sicht des Nutzers hieraus jedoch noch nicht. Auch bei autonom fahrenden

113 Engelhardt/Kleinaltenkamp *et al.*, ZfbF 5/1993, 395 (400); Peng, JWT 5/2020, 669 (701). Siehe auch m.w.N.: Bonnemeier/Reichwald, ZfbF Sonderheft 65/2012, 45 (49 f.); Cass/Noam, in: Friedmann (Hrsg.), Rules for free international Trade in Services, 1990, 43 (48).

114 Maleri/Frietzsche, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 4.

115 So offenbar auch: Chander, WTR S1/2019, 9 (16 f.).

116 Für die allgemeine Unterscheidbarkeit von Waren- und Dienstleistungskomponenten ebenso: Lester/Mercurio *et al.*, World Trade Law, 3. Aufl., 2018, S. 692.

Autos oder dem IoT lassen sich immer noch einzelne klassische Dienstleistungsanteile ausmachen, die für die einzelnen Funktionen erforderlich sind. So ist der Nutzer eines Fahrzeugs beispielsweise darauf angewiesen, dass sein Fahrzeug Anbindung an Mobilfunknetze hat, um Informationen senden und empfangen zu können,¹¹⁷ oder aber, dass Daten auf externen Servern verarbeitet und nach Bedarf zur Verfügung gestellt werden. In gleicher Weise ist auch das IoT auf eine Anbindung an Telekommunikationsnetze und eine externe Datenverarbeitung angewiesen, um Funktionen wie das Speichern von Videoaufnahmen einer Überwachungskamera auf Servern zu deren Archivierung und ortsunabhängigen Abrufbarkeit zu ermöglichen.¹¹⁸ Die genannten Dienstleistungen lassen sich in Listen wie der CPC prov. oder der SSCL wiederfinden,¹¹⁹ und sind als solche auch nicht berührbar, werden üblicherweise im Moment der Bereitstellung verbraucht und für den fremden Bedarf produziert. Vor allem das Merkmal der Produktion für den fremden Bedarf kann in Bezug auf autonome Fahrzeuge oder das IoT insofern eine Abgrenzung ermöglichen, als dass diejenigen Funktionen solcher Waren, die sich erst aus Tätigkeiten Dritter – wie bspw. der Speicherung auf externen Datenservern, der Zurverfügungstellung von Telekommunikationsnetzen oder der Verarbeitung und Zurverfügungstellung von Informationen – ergeben, den Dienstleistungen zuzuschreiben sind. Die Grenze zwischen Ware und Dienstleistung lässt sich insofern also dort ziehen, wo eine Ware Funktionen nicht mehr von sich heraus mit Hilfe der verbauten Sensoren, Techniken, Software etc. zur Verfügung stellen kann, sondern für diese Funktionen auf weitere eigenständige Produktionsstätigkeiten Dritter angewiesen ist.

Letztlich lassen sich auch bei dem Car-Sharing-Angebot oder dem Druckluftcontracting klassische Dienstleistungen neben den zur Verfügung gestellten Waren ausmachen. Wesentlicher Bestandteil solcher Angebote ist die Vermietung des Autos oder der für die Druckluftbereitstellung erforderlichen Anlagen.¹²⁰ Im Fall von Car-Sharing und dem Druckluftcontracting haben sich dabei vor allem die Abrechnungsmodelle hin zur Abrechnung nach Nutzungsdauer, gefahrener Strecke oder zur Verfügung gestellter Druckluft geändert. Ein gänzlich neues Produkt ist hierdurch jedoch ebenfalls nicht entstanden.

117 Siehe zur Bedeutung des Mobilfunks für vernetzte Fahrzeuge: *Brünger*, Telekommunikation, Telekommunikationsnetze, Telekommunikationsdienste, 2019, S. 40 ff.

118 Vgl.: *Chander*, WTR S1/2019, 9 (18 f.).

119 So bspw.: *Maintenance and repair of equipment* (1. F. n. SSCL), *Telecommunication services* (2. C. SSCL), *Data processing/base services* (1. B. c., d. SSCL).

120 Vgl.: *Rental/Leasing Services without Operators* (1. E. SSCL).

Die dargestellten möglichen Verbindungen von Waren und Dienstleistungen bringen nichtsdestotrotz auch Veränderungen mit sich. So können sich sinnvolle Synergien aus Sach- und Dienstleistungen beispielsweise in der Preisgestaltung auswirken und beispielsweise einen die Summe der Einzelleistungen übersteigenden Gesamtpreis rechtfertigen.¹²¹ Ebenso können herkömmliche Warenverkäufe durch die bloße Zurverfügungstellung der Ware und deren Amortisation beim Hersteller durch die für den verkauften Nutzen erzielten Einnahmen ersetzt werden. Zudem bringt die bisweilen enge Verzahnung von Ware und Dienstleistung mit sich, dass Hindernisse beispielsweise in Bezug auf die Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen zeitgleich auch der Zurverfügungstellung der Ware mit ihrem gesamten Funktionsumfang im Wege stehen können.

So gravierend diese Veränderungen beispielsweise für die Preisgestaltung oder die Abhängigkeit von Ware und Dienstleistung auch sein mögen, so wenig führen sie doch dazu, dass sie mit den herkömmlichen Begriffen „Ware“ und „Dienstleistung“ nicht mehr greifbar sind und stattdessen ein gänzlich neuer Produkttyp zu etablieren ist. Nichtsdestotrotz können die dargestellten Veränderungen möglicherweise derart gravierend sein, dass das bislang für den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungshandel geltende Recht ihnen nicht mehr gerecht wird. Ob und inwiefern dies der Fall ist, soll nachfolgend untersucht werden.

121 Vgl.: *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (561).

C. Waren- und Dienstleistungshandel im Recht der WTO

I. Anwendungsbereiche von GATT und GATS

Mit dem GATT und dem GATS haben sich die Mitgliedstaaten der WTO – ganz allgemein gesagt – auf bestimmte Regeln für solche staatlichen Maßnahmen, die den Handel mit Waren bzw. Dienstleistungen betreffen,¹²² geeinigt.¹²³ Für die spätere Beurteilung, inwieweit die verschiedenen Arten verbundener Dienstleistungen den beiden Übereinkommen zugeordnet werden können, sollen im Folgenden zunächst die Anwendungsbereiche beider Übereinkommen herausgearbeitet werden.

1. Waren- und Dienstleistungsbegriff¹²⁴

Es entspricht (mittlerweile)¹²⁵ einhelliger Meinung, dass das GATT in Abgrenzung zum GATS und dem Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)¹²⁶ allein den Handel mit Waren zum Gegenstand hat.¹²⁷ Gegenstand des GATS ist dagegen der Handel mit Dienstleistungen, während das TRIPS als dritte Säule innerhalb der WTO-Ordnung die handelsbezogenen Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums zum Gegenstand hat. Weder im GATT

122 Übersetzt aus dem in den englischen Fassungen verwendeten Begriff „*affecting*“. Siehe: Art. I:1 GATS, Art. III:1, 4 GATT.

123 So explizit Art. I:1 GATS. Durch den in Art. I GATS festgelegten Anwendungsbereich wurde der Anwendungsbereich des GATS in Übereinklang mit den zuvor in Bezug auf das GATT 47 und dessen Anwendungsbereich entwickelten Rechtsprinzipien gebracht, *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (223). Vgl. auch: WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, EC – Bananas III Rn. 7.281.

124 Siehe auch ausführlich zur Erarbeitung der dem GATT und dem GATS unterliegenden Waren- und Dienstleistungsbegriffe: *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 148 ff.

125 Vor Einführung des GATS wurde teilweise auch befürwortet, den Dienstleistungshandel ebenfalls dem GATT zu unterstellen, so bspw. auch seinerzeit vom BMWi: *Sindelar*, Das GATT – Handelsordnung für den Dienstleistungsverkehr?, 1987, S. 25 f.

126 BGBl. 1994 II, 1566; ABl. 1994 Nr. L 336/213.

127 So nur: *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 10 Rn. 1; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 6; *Stoll/Schorkopf*, WTO – World Economic Order, World Trade Law, 2006, Rn. 52.

noch im GATS¹²⁸ lassen sich jedoch Definitionen der jeweiligen Gegenstände finden, deren Handel die jeweiligen Übereinkommen zum Gegenstand haben. Nichtsdestotrotz hat sich mittlerweile ein im Wesentlichen einheitliches Verständnis davon entwickelt, welche Handelsgegenstände den jeweiligen Übereinkommen unterfallen. Lediglich in einigen wenigen Bereichen, insbesondere dem Bereich der digitalen Produkte, sprich bspw. über das Internet verkaufte und übertragene Filme oder entsprechend übermittelte Bücher, Musikalben etc., stoßen die bisherigen Definitionen an ihre Grenzen.¹²⁹ Im Nachfolgenden sollen daher zunächst verschiedene Merkmale herausgearbeitet werden, die die jeweiligen Handelsgegenstände nach dem GATT und GATS kennzeichnen.

a) Berührbarkeit vs. Unberührbarkeit

Im Wesentlichen besteht Einigkeit darüber, dass der den Regelungen des GATT zugrunde liegende Handelsgegenstand Ware alle physisch greifbaren Sachen, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, erfasst.¹³⁰ In Abgrenzung dazu sind Dienstleistungen nach dem GATS grundsätzlich¹³¹ nicht greifbare, bzw. physisch nicht existente Wirtschaftsgüter.¹³² Allerdings lassen sich in der SSCL auch Dienstleistungen finden, bei denen zumindest ihr Ergebnis ebenfalls greifbar ist.

128 Nach Art. I:3 lit. b) GATS umfasst der Begriff Dienstleistung „[...] any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority“. Dieses Bekenntnis zu einer umfassenden Anwendbarkeit auf alle Dienstleistungen bleibt eine Definition des Begriffes Dienstleistung selbst jedoch schuldig.

129 Siehe hierzu umfassend: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 150 ff., sowie nachfolgend unter: E.

130 So u.a.: *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 10 Rn. 2; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 7; *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 167; *Marsoof*, Int'l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (293); *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 715; *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 530; *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 144; WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17.

131 Unter Umständen können bestimmte Dienstleistungen mit Hilfe eines physischen Trägermediums übermittelt/erbracht werden, sodass insoweit eine greifbare Leistung vorliegt. Zur Einordnung solcher auf Trägermedien gebundener Dienstleistungen im Folgenden unter: D.I.2.

132 So u.a.: *Baumann*, Die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der audiovisuellen Medien, 1998, S. 66; *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 168; *Conconi/Pauwelyn*, WTR 1/2011, 95 (100); *Scharfe*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 29 Rn. 16; *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 715; *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 144; *Zacharias*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 22; so offenbar auch: WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 379.

Insbesondere das Baugewerbe¹³³ ist gerade auf die Herstellung von etwas Berührbarem und vor allem auch Dauerhaftem gerichtet.¹³⁴ Das TRIPS verdeutlicht zudem, dass nicht jedes nicht berührbare Wirtschaftsobjekt automatisch eine Dienstleistung ist. Vielmehr fallen die in den Abschnitten 1 bis 7 des Teils II des TRIPS genannten Arten geistigen Eigentums¹³⁵ als Immaterialgüterrechte nicht in den Anwendungsbereich des GATS.¹³⁶

b) Handelbarkeit

Schon die Titel der beiden Übereinkommen¹³⁷ sowie der Titel des Anhangs 1A zum Agreement Establishing the World Trade Organization (WTOA)^{138, 139} zu dem auch das GATT gehört, verdeutlichen, dass ein Wirtschaftsgut für die Zuordnung zu den Waren und Dienstleistungen jeweils auch handelbar sein muss.¹⁴⁰ Besonders deutlich in Bezug auf das GATT wird dies auch an der mit Hilfe von Wörterbüchern feststellbaren gewöhnlichen Bedeutung der im englischen Vertragstext in der Präambel und in den wesentlichen Prinzipien des GATT¹⁴¹ immer

133 3. A. SSCL.

134 So auch: *Lester/Mercurio et al.*, World Trade Law, 3. Aufl., 2018, S. 692.

135 Vgl. Art. 1 Abs. 2 TRIPS. Das TRIPS umfasst danach u.a. Urheberrechte und verwandte Schutzrechte, Marken, gewerbliche Muster und Modelle und Patente.

136 Allerdings können sich die Rechte geistigen Eigentums sowohl auf Waren, als auch auf Dienstleistungen beziehen: *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 588. Das TRIPS regelt zudem nicht den Handel mit geistigem Eigentum, sondern versucht den Schutz geistigen Eigentums mit der vom GATT und GATS verfolgten Liberalisierung des Handels in Einklang zu bringen, vgl. Präambel TRIPS. So auch: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 163.

137 „General Agreement on Tariffs and Trade“, „General Agreement on Trade in Services“ (Hervorhebungen durch den Autor).

138 BGBl. 1994 II, 1443; ABl. 1994 Nr. L 336/3.

139 „Multilateral Agreements on Trade in Goods“ (Hervorhebungen durch den Autor).

140 Abweichend dazu hatte der Appellate Body in Bezug auf den Begriff „goods“ in Art. 1.1(a)(1)(iii) Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCMA, ABl. 1994 Nr. L 336/1) jedoch entschieden, dass berührbare Sachen (im konkreten Fall noch nicht gefällte Bäume) nicht zwangsläufig auch handelbar sein müssen, um dem Warenbegriff des SCMA zu unterfallen. Zugleich wies der Appellate Body aber auch darauf hin, dass das GATT gerade den Handel zwischen den WTO-Mitgliedern regelt und sich das Begriffsverständnis daher nicht zwangsläufig decken müsse, WTO-Appellate Body, Report v. 19.01.2004 – WT/DS257/AB/R, *US – Softwood Lumber VII* Rn. Rn. 63, 67.

141 Zu diesen nachfolgend unter: C.II.

wieder verwendeten Begriffe „*goods*“¹⁴² und „*products*“^{143, 144}. So werden „*goods*“ als „*Property or possessions; esp. movable property [...] saleable commodities; merchandise, wares*“¹⁴⁵ und „*products*“ als „*a thing produced by an action, operation or natural process [...]; spec. that which is produced commercially for sale*“¹⁴⁶ definiert.

c) Zollfähigkeit

Als Abgrenzungskriterium wird bisweilen auch auf die Zollfähigkeit von Waren im Unterschied zu Dienstleistungen abgestellt.¹⁴⁷ Dieses Unterscheidungskriterium rührt daher, dass die Vertragsparteien des GATT ein wesentliches Mittel zur Erreichung des erklärten Ziels der zunehmenden Liberalisierung des Warenhandels in der Reduzierung von Zöllen sahen; eine entsprechende Regelung lässt sich im GATS hingegen nicht finden. Dies lässt sich damit erklären, dass Zölle auf Dienstleistungen – soweit die Dienstleistung nicht in einer Ware verkörpert ist – nicht für möglich gehalten werden,¹⁴⁸ jedenfalls aber in der Praxis unüblich sind.¹⁴⁹

Einen umfassenden – wenn auch nicht abschließenden¹⁵⁰ – Katalog derjenigen Güter, die zollrechtlich als Ware verstanden werden, bietet das Harmonisierte System (HS), das von der Weltzollorganisation (WCO) verwaltet wird.¹⁵¹ Zwar

142 So bspw. Präambel GATT 1947, Art. II:1 lit. c), Art. V:1 GATT.

143 So bspw. Art. I:1, Art. III:1, Art. XIII:1, Art. XI:1 GATT.

144 Im Spanischen werden die Begriffe „*productos*“ und „*mercancías*“ verwendet, im Französischen die Begriffe „*produits*“ und „*merchandises*“; vgl. zur deutschen Fassung auch: Bender, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 10 Rn. 2; Senti/Hilpold, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 714.

145 Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, good, S. 1116 (Hervorhebungen durch den Autor).

146 Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, product, S. 2367.

147 Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 154; offenbar ebenso: WTO Council for Trade in Services, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, Rn. 7.

148 Herrmann/Weiß et al., Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, S. 819; Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 44; Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 10; Weiss, Common Market Law Review 1995, 1177 (1180); vgl. auch: Delimatsis/Molinuevo, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XVI GATS Rn. 7.

149 Vgl. WTO Council for Trade in Services, The Work Programme on Electronic Commerce – Note by the Secretariat, S/C/W/68, 1998, Rn. 34.

150 Deane, Emissions trading and WTO law, 2015, S. 63.

151 Siehe zum HS: Mavroidis, The regulation of international trade Vol. 1: GATT, 2015, S. 138 ff.; Puth/Stranz, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 37 ff.

sind die Mitgliedstaaten der WTO nicht verpflichtet, ihre eigenen Zollnomenklaturen an dem HS auszurichten, und nicht alle Mitgliedstaaten der WTO sind zugleich auch Mitglied des HS Übereinkommens, allerdings wird dieses von dem weit überwiegenden Teil der Mitgliedstaaten angewandt.¹⁵² Das HS ist daher vom Appellate Body als „*Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde*“¹⁵³ verstanden und entsprechend bei der Auslegung berücksichtigt worden.¹⁵⁴

Das HS enthält nahezu ausschließlich berührbare Waren. Die einzige Ausnahme hiervon bildet elektrischer Strom (HS 2716). Auch wenn elektrischer Strom dort nur als optionale Überschrift geführt wird, wird er überwiegend als Ware im Sinne des GATT angesehen.¹⁵⁵ Dieser Umstand zeigt letztlich, dass es für die Einordnung eines Handelssubjekts in den Anwendungsbereich des GATT nicht ausschließlich auf die Berührbarkeit, sondern vielmehr auch auf die Erfassbarkeit im Sinne einer physischen Messbarkeit des Handelssubjekts als solchem beim Grenzübertritt ankommt.¹⁵⁶ Erst diese physische Messbarkeit beim Grenzübertritt ermöglicht es bei Strom, den entsprechenden Grenzübertritt mit einem Zoll zu belegen. Eine vergleichbare Messbarkeit besteht für Dienstleistungen nicht.¹⁵⁷ Es ließe sich zwar beispielsweise der Grenzübertritt eines Dienstleisters oder des

152 *Mavroidis*, The regulation of international trade Vol. 1: GATT, 2015, S. 139; *Smith/Woods*, Colum. J. Eur. L. 1/2005, 1 (16 f.); *Yu*, The Harmonized System: Amendments and Their Impact on WTO Members' Schedules, 2008, S. 1. Für die EU baut die Kombinierte Nomenklatur, eingeführt durch VO (EWG) Nr. 2658/87 v. 23. Juli 1987, ABl. 1987 Nr. L 256/1, auf dem HS auf.

153 Art. 31 Abs. 2 lit. a) Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK), BGBl. 1985 II 927. Zwar ist die WTO selbst nicht Vertragspartei der WVK, da sie kein Staat ist, jedoch werden die in der WVK enthaltenen, völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht entsprechenden Auslegungsregeln von den Streitschlichtungsorganen der WTO ebenfalls angewandt (so explizit in: WTO-Appellate Body, Report v. 29.04.1996 – WT/DS2/AB/R, US – Gasoline (S. 17); s. auch Art. 3 Abs. 2 WTO Dispute Settlement Understanding (DSU)).

154 WTO-Appellate Body, Report v. 12.09.2005 – WT/DS269, 286/AB/R, EC – Chicken Cuts Rn. 199.

155 *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 175; *WTO Council for Trade in Services*, Energy Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/52, 1998, Rn. 8. Siehe ausführlich zum Diskussionsstand auch: *Albath*, Handel und Investitionen in Strom und Gas, 2005, S. 86 ff. Vgl. auch: *Mavroidis*, The regulation of international trade Vol. 1: GATT, 2015, S. 141; *Wang/Liu*, US-China L. Rev. 4/2006, 30 (32); WTO-Panel, Report v. 19.12.2012 – WT/DS412, 426/R, Canada – Renewable Energy Rn. 7.11 Fn. 46.

156 Vgl. *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 154.

157 Vgl. zur grundsätzlichen Messbarkeit von Dienstleistungen schon: *Maleri*, Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion, 1970, S. 30 ff.

Dienstleistungsnutzers selbst mit einer zollähnlichen Abgabe belegen. In diesem Zeitpunkt kann jedoch – anders als beim Wareneingang – noch nicht mit Gewissheit beurteilt werden, welche Dienstleistungen in welchem Umfang erbracht werden. Auch die grenzüberschreitende Erbringung einer Dienstleistung,¹⁵⁸ bspw. das Beratungstelefonat mit einem Anwalt oder das per Mail verschickte Gutachten eines Sachverständigen, sind nicht vergleichbar messbar. So ließe sich zwar die Menge an Daten oder die Gesprächszeit messen. Anders als bei elektrischem Strom lassen sich aus der Datenmenge aber keine Rückschlüsse auf Art und Menge der Dienstleistung ziehen.¹⁵⁹ Damit unterscheiden sich Waren von Dienstleistungen darin, dass bei Waren ein Grenzübertritt eines Handelssubjekts physisch feststell- und messbar ist, und damit unmittelbar an diesen Grenzübertritt mit der Erhebung von Zöllen angeknüpft werden kann.

d) Dienstleistung – Produkt oder Tätigkeit?

Betrachtet man die Anlagen zum GATS, in denen besondere Vereinbarungen in Bezug auf die Dienstleistungssektoren Luftverkehrs-, Seeverkehrs-, Finanz- und Telekommunikationsdienstleistungen getroffen werden,¹⁶⁰ so fällt zudem auf, dass dort regelmäßig einzelne Dienstleistungen aus diesen Sektoren unter Zuhilfenahme des Begriffs „*activity*“¹⁶¹ definiert werden. Dies deutet darauf hin, dass Dienstleistungen nach dem grundsätzlichen Verständnis des GATS als wirtschaftliche Tätigkeiten, also Handlungen eines Dienstleistungserbringers im Sinne eines Prozesses zu verstehen sind.¹⁶² Ein solches Verständnis liegt offenbar auch den Erbringungsmodalitäten 3 und 4¹⁶³ zugrunde. Diese sind nicht auf eine Liberalisierung nur des Handels mit Dienstleistungen selbst gerichtet, sondern

158 Siehe zu den Erbringungsarten im Folgenden unter: C.I.2.

159 Beispielsweise kann die gleiche Menge Daten entweder einen persönlichen Brief (keine Dienstleistung) oder aber das Ergebnis einer rechtlichen Prüfung eines bestimmten Sachverhalts durch einen Anwalt (Dienstleistung) übermitteln.

160 Die Anlagen zum GATS sind nach Art. XXIX GATS ein wichtiger Bestandteil des Dienstleistungsübereinkommens und daher bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen.

161 So u.a. Abs. 6 des Annex on Air Transport Services, Abs. 1 lit. b), 5 lit. a) des Annex on Financial Services, Abs. 1 des Annex on Telecommunications. „*Activity*“ wird gewöhnlich als „*the state of being active; the exertion of energy, action*“ verstanden, *Brown*, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, activity, S. 22.

162 *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 838; vgl. auch in Bezug auf audiovisuelle Medien: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 141.

163 Zu diesen ausführlich im Anschluss unter: C.I.2.

vielmehr auch auf die Liberalisierung des Handels mit den für einzelne Dienstleistungen, also zur Durchführung der jeweiligen Tätigkeiten erforderlichen Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit.¹⁶⁴

Scheinbar gegensätzlich dazu suggeriert aber bereits der Titel des GATS ein eher produktbezogenes Verständnis; besonders deutlich wird dies auch an der Definition der Dienstleistungserbringung in Art. XXVIII lit. b) GATS, wonach die Dienstleistungserbringung auch die Produktion/Herstellung einer Dienstleistung umfasst.¹⁶⁵ Auch die SSCL nimmt keinen Bezug auf einzelne Tätigkeiten, sondern scheint mit der Nennung einzelner Dienstleistungsarten eher ein produktbezogenes Dienstleistungsverständnis zugrunde zu legen. Ebenso wird auch die Dienstleistungserbringung von einem Land in ein anderes (Modalität 1) in den meisten Fällen ein produktbezogenes Verständnis voraussetzen, wird hier doch häufig allein das Ergebnis eines längeren Prozesses auf Seiten des Dienstleistungserbringers, wie bspw. ein Gutachten, eine bestimmte Erkenntnis, ein Design o.ä., an den Dienstleistungsnutzer übertragen. Das im GATS bisweilen durchklingende produktbezogene Verständnis lässt sich einerseits mit der starken Orientierung am GATT 47 während der Verhandlungen des GATS,¹⁶⁶ sowie mit der schon im allgemeinen Sprachgebrauch nicht stattfindenden Differenzierung zwischen Dienstleistungsprodukt und -tätigkeit¹⁶⁷ erklären. Andererseits hatte sich das GATT Sekretariat zur Vorbereitung der Verhandlungen zum GATS bewusst auch gerade für einen produktbezogenen Ansatz entschieden, da dieser für umfassender als ein tätigkeitsbasierter Ansatz gehalten wurde.¹⁶⁸ Gleichzeitig ging man aber davon aus, dass Dienstleistungsprodukte typischerweise auf entsprechende Tätigkeiten zurückzuführen sind.¹⁶⁹ Letztlich wird man aber auch hier zugestehen müssen, dass angesichts der Vielfältigkeit der Dienstleistungen eine Einengung des Dienstleistungsbegriffs entweder nur auf ein tätigkeitsbezogenes Verständnis oder aber auf ein produktbezogenes Verständnis nicht möglich ist. Gleichwohl

164 *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 838. So auch schon im Rahmen der Verhandlungen des GATS: *GATT Trade Negotiations Committee*, Mid-Term Meeting, MTN.TNC/11, 1989, S. 38. Vgl. parallel auch zur Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit im europäischen Recht: *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Vorb. zu Art. 56-62 AEUV Rn. 27.

165 So auch: *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 838.

166 Vgl.: *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 831; *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 77.

167 Vgl. *Maleri*, Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion, 1970, S. 34.

168 Siehe hierzu insgesamt: *Zhang*, Covered or Not Covered: That is the Question, 2015, S. 4 f.

169 *Zhang*, Covered or Not Covered: That is the Question, 2015, S. 5.

wird darauf hingewiesen, dass Gegenstand des GATS stets das Handelssubjekt als solches ist – maßgeblich ist also der Dienstleistungs-Output; unerheblich ist hingegen, welche Tätigkeiten vorhergehend für die Schaffung des Handelssubjekts erforderlich waren.¹⁷⁰ Damit können sowohl Tätigkeiten, wenn diese unmittelbar den Handelsgegenstand darstellen, oder aber auch das Ergebnis solcher Tätigkeiten, sofern es auf entsprechenden vorausgehenden Dienstleistungen beruht, dem GATS zugeordnet werden. Dem Einwand, dass auch Waren regelmäßig das Ergebnis einer bestimmten Tätigkeit sind,¹⁷¹ lässt sich insofern entgegenhalten, dass nicht die die Ware herstellenden Tätigkeiten, sondern die fertig hergestellte physische Ware maßgeblich für die Zuordnung zum GATT ist. Das GATS hingegen erfasst eine bestimmte mit grenzüberschreitendem Bezug verkaufte Tätigkeit, und – in Anknüpfung an das grundsätzliche Verständnis von Dienstleistungen – das nicht berührbare Ergebnis einzelner oder mehrerer kombinierter solcher Tätigkeiten.

e) Nennung in HS und SSCL

Zumindest für diejenigen Waren und Dienstleistungen, die im HS bzw. in der SSCL¹⁷² aufgeführt sind, erübrigt sich eine Einordnung nach den vorgenannten Abgrenzungskriterien jedoch. Ist das im Raum stehende Handelssubjekt in einer der beiden Listen enthalten, so kann davon ausgegangen werden, dass dieses allgemein als Ware bzw. Dienstleistung verstanden wird.¹⁷³

f) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich für den Waren- und Dienstleistungsbegriff nach dem GATT und dem GATS also grundsätzlich festhalten, dass

- ein im HS enthaltenes Produkt eine Ware im Sinne des GATT, eine in der SSCL enthaltene Leistung eine Dienstleistung darstellt,
- Waren physisch greifbar, Dienstleistungen oder – bei einer produktbezogenen Betrachtung – ihr Ergebnis hingegen immateriell, also physisch nicht existent sind,

170 Zhang, Covered or Not Covered: That is the Question, 2015, S. 5.

171 Herrmann/Weiß et al., Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 818.

172 S. hierzu bereits zuvor unter: B.I.I.c).

173 Vgl. Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 162 f.; Deane, Emissions trading and WTO law, 2015, S. 63; Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 24; Weber, Int'l Lawyer 3/2007, 845 (853); Zacharias, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 21.

- dann, wenn ein bestimmter Gegenstand bzw. eine Leistung nicht handelbar ist, es sich weder um eine Ware noch um eine Dienstleistung handeln kann,
- Waren im Unterschied zu Dienstleistungen bei ihrem Grenzübertritt messbar und qualifizierbar sind, und
- Dienstleistungen teilweise als Tätigkeit eines Dienstleistungserbringers, teilweise als das nicht berührbare Ergebnis einer solchen Tätigkeit zu verstehen sind, während Waren allenfalls das physische Ergebnis einer Tätigkeit sind, die im Anschluss allerdings losgelöst von der Tätigkeit gehandelt werden können.

Von wesentlicher Bedeutung in der WTO-Rechtsprechung ist davon allerdings bislang allein die Abgrenzung nach physischer Existenz und Immaterialität¹⁷⁴ und die Nennung im HS¹⁷⁵ bzw. der SSCL.¹⁷⁶ Letztlich ist aber auch der Dienstleistungsbegriff im WTO-Recht nicht abschließend greifbar. Im Ergebnis werden sich also auch zu den hier aufgezeigten – in den meisten Fällen zutreffenden – Charakteristika stets Gegenbeispiele finden lassen, die einer universellen Definition im Wege stehen. Als sicherstes Kriterium kann daher hier nur die Nennung in der SSCL gelten. Um allerdings im Laufe der Arbeit eine darüber hinaus gehende Beurteilung zu ermöglichen, ist ein Rückgriff auf diese zumindest weitestgehend gültigen Charakteristika unumgänglich.

2. Der „Handel“ mit Waren und Dienstleistungen

GATT und GATS kommen immer dann zur Anwendung, wenn es um den grenzüberschreitenden Handel mit einem der zuvor dargestellten Handelssubjekte zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten der WTO geht. Während in Art. I:2 GATS eine genaue Definition dessen enthalten ist, was unter dem grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen zu verstehen ist, enthält das GATT keine entsprechende Definition des grenzüberschreitenden Warenhandels im Sinne des Übereinkommens. Im Titel und der Präambel des GATT wird aber bereits mehrfach der Begriff „*trade*“ verwendet. Nach seiner gewöhnlichen Bedeutung ist damit der Austausch von Waren gegen eine Gegenleistung gemeint.¹⁷⁷ Eine solche Verkürzung des Anwendungsbereichs des GATT allein auf den Warenhandel im

174 Vgl. WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 184, 188, 379; WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17.

175 Vgl. WTO-Panel, Report v. 10.08.2018 – WT/DS476/R, *EU – Energy Package* Fn. 604.

176 Vgl. *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 23.

177 Vgl. *Brown*, *The new shorter Oxford English dictionary on historical principles*, 1994, *trade*, S. 3357.

Sinne eines Austauschverhältnisses widerspricht jedoch den weiteren Regelungen des GATT. In den wesentlichen Grundprinzipien des GATT wird immer wieder auf die „*importation*“ oder „*exportation*“ einer Ware Bezug genommen.¹⁷⁸ Die Begriffe „*importation*“ und „*exportation*“ reichen wesentlich weiter, als der des „*trade*“ und meinen den grundsätzlichen Eingang bzw. Ausgang einer Ware in oder aus einem bestimmten Land unabhängig von dem Grund hierfür.¹⁷⁹

Dass das GATT für alle Waren Anwendung findet, die eine Grenze queren,¹⁸⁰ unabhängig von dem Grund hierfür,¹⁸¹ spiegelt sich auch in den gemeinsam vereinbarten Regeln für die Bestimmung des Zollwerts wider. Zwar knüpft Art. 1 des Agreement on Implementation of Article VII of GATT 1994 (CVA),¹⁸² wonach sich der Warenwert nach dem Verkaufspreis einer Ware richtet,¹⁸³ noch explizit an den Verkauf einer Ware an.¹⁸⁴ Der Umstand, dass daneben noch fünf weitere subsidiäre Methoden für die Zollwertbestimmung vorgesehen sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 1 CVA, also u.a. auch ein Kaufgeschäft, nicht gegeben sind, verdeutlicht, dass auch die Mitgliedstaaten der WTO eine Verzollung von Waren nicht allein für den Fall vorsahen, dass eine Ware grenzüberschreitend verkauft, also im engen Wortsinn gehandelt, wurde.¹⁸⁵

178 Vgl. bspw. Art. I:1, Art. II:1 lit. b), Art. III:1, Art. XI:1 GATT.

179 Der Begriff „*importation*“ geht auf das lat. „*importare*“ (einführen, einbringen) zurück, *Brown*, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, importation, S. 1324; der Begriff „*exportation*“ geht auf die lat. Wörter „*ex*“ (aus, aus...heraus) und „*portare*“ (tragen, bringen) zurück, *Brown*, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, exportation, S. 889.

180 Insb. das Prinzip der Inländerbehandlung (Art. III GATT) zeigt, dass das GATT nicht nur beim bloßen Grenzübertritt, sondern auch noch nach dem Grenzübertritt für die Verwendung ausländischer Waren im Inland Anwendung findet.

181 So auch: *Abu-Akeel*, Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 2/1999, 189 (1995).

182 ABl. 1994 Nr. L 336/1. Das CVA ist als Bestandteil des Anhangs 1A zum WTOA für alle Mitglieder verbindlich (vgl. Art. 2 Abs. 2 WTOA).

183 Diese Methode wird Transaktionswertmethode genannt und wird bei über 90 % des weltweiten Handels für die Bestimmung des Zollwerts der Waren herangezogen: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 2; *Vonderbank*, Zollwert, 2. Aufl., 2018, S. 35.

184 Vgl. „[...] when sold for export [...]“.

185 Nichts desto trotz haben sich die Mitgliedstaaten aber darauf geeinigt, sich auch im Rahmen der subsidiären Zollwertbestimmungsmethoden nach Art. 2, 3 CVA an dem Transaktionswert gleicher oder ähnlicher Waren zu orientieren: *Wolffgang*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 2 CVA Rn. 1. Dies hat seinen Grund darin, dass der Transaktionswert im Vergleich zum zuvor geltenden theoretischen Wertbegriff eine einheitliche und verlässliche Grundlage zur Bestimmung des Zollwertes einer Ware bietet, vgl. zur Entwicklung des Zollwertsystems: *Rinnert*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 69 bis 76 Rn. 2; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. E3000.

Diese Ansicht wird auch durch die in Art. V GATT zugesicherte Freiheit der Warendurchfuhr gestützt. Danach haben Mitglieder denjenigen Waren, deren Gesamtbeförderungsstrecke von einem Land in ein drittes Land¹⁸⁶ über ihr Territorium verläuft, grundsätzlich freie Durchfuhr zu gewähren. Unerheblich ist im Rahmen der Anwendung von Art. V GATT hingegen unter welchen Umständen der Transitverkehr erfolgt; entscheidend ist allein die tatsächliche Beförderung der Ware über das Gebiet eines Mitglieds.

Was die Mitgliedstaaten der WTO unter dem Handel mit Dienstleistungen verstanden wissen wollten, haben sie hingegen genau¹⁸⁷ in Art. I:2 GATS definiert. Danach gibt es vier unterschiedliche Modalitäten, Dienstleistungen grenzüberschreitend zu erbringen, die als Dienstleistungshandel im Sinne des Art. I:1 GATS zu verstehen sind. Die Erbringung einer Dienstleistung beinhaltet dabei dem Wortlaut des GATS zufolge alle Stufen der Wertschöpfung,¹⁸⁸ von der Produktion, über den Vertrieb, die Vermarktung, den Verkauf bis hin zur Bereitstellung der Dienstleistung.¹⁸⁹ Nach Art. I:2 lit. a) bis d) GATS sind folgende Modalitäten der Dienstleistungserbringung als Dienstleistungshandel im Sinne des Übereinkommens zu verstehen:

- (a) *Cross-border supply*¹⁹⁰ (Modalität 1):¹⁹¹ Als erster Fall ist die Erbringung einer Dienstleistung „*from the territory of one Member into the territory of any other Member*“ erfasst. Parallel zum Warenhandel¹⁹² passiert auch bei dieser Form der Dienstleistungserbringung nur die Dienstleistung die Grenze, nicht jedoch der Dienstleistungserbringer. Dieser Handel ist jedoch nur möglich, wenn die Dienstleistung in einem Trägermedium verkörpert

186 Es müssen nicht alle drei Staaten Mitglieder der WTO sein. Ausreichend ist, wenn das Ausgangsland oder das Empfängerland, sowie dasjenige Land über dessen Territorium die Gesamtbeförderungsstrecke verläuft, Mitglied der WTO sind, *Valles*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. V GATT Rn. 6.

187 Dies bedeutet jedoch nicht, dass es nicht auch zu Abgrenzungsproblemen zwischen den einzelnen Dienstleistungserbringungsarten kommen kann, vgl. hierzu: *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 34; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 41 f.

188 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 31; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 37.

189 Art. XXVIII lit. b) GATS.

190 Die hier und im Folgenden gewählten Bezeichnungen der Modalitäten dienen der besseren Lesbarkeit und sind angelehnt an: *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Pitschas*, in: Prietz/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 17 ff.

191 Art. I:2 lit. a) GATS.

192 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 92; *Pitschas*, in: Prietz/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 17; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 38.

ist,¹⁹³ oder der persönliche Kontakt zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem -empfänger durch entsprechende Kommunikationsmittel, wie das Telefon oder das Internet ersetzt wird.¹⁹⁴ Hierzu werden bspw. die telefonische bzw. elektronische Beratung, die Übermittlung von Plänen und Entwürfen per Post oder auch Transportdienstleistungen gezählt.¹⁹⁵

- (b) *Consumption abroad* (Modalität 2):¹⁹⁶ Diese Dienstleistungserbringungsart erfordert den Grenzübertritt des Dienstleistungsempfängers hin zum Dienstleistungserbringer, sodass die Dienstleistung selbst keine Grenze quert.¹⁹⁷ Das GATT-Sekretariat hob jedoch im Zuge der Vertragsverhandlungen rund um das GATS und die einzelnen Zugeständnisse hervor, dass letztlich nicht entscheidend ist, ob der Dienstleistungsnutzer selbst auch eine Grenze quert; es soll auch ausreichen, wenn eine bewegliche Sache, an der eine Dienstleistung erbracht werden soll, in das Hoheitsgebiet des Dienstleistungserbringers gebracht wird.¹⁹⁸ Letztlich zeichnet diese Modalität im Wesentlichen aus, dass die Dienstleistung im Land des Dienstleistungserbringers erbracht und dort auch verbraucht wird und hierfür ein Grenzübertritt auf Seiten des Dienstleistungsnutzers hin zum Dienstleistungserbringer erforderlich ist.¹⁹⁹ Als typische Beispiele für diese Form der Dienstleistungserbringung gelten bspw. der Tourismus, eine Fortbildung oder medizinische Behandlung im

193 Siehe speziell zur Einordnung der in einem Trägermedium verkörperten Dienstleistungen im Folgenden unter: D.I.2.

194 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 38.

195 Vgl. *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 38; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Pitschas*, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 17.

196 Art. I:2 lit. b) GATS.

197 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 42; *Pitschas*, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 18; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 39.

198 *GATT Group of Negotiations on Services*, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 1993, Rn. 19; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Pitschas*, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 18.

199 Insb. in Bezug auf Finanzdienstleistungen werden Abgrenzungsprobleme zwischen den Modalitäten 1 und 2 betont. So kann beispielsweise eine Bank-Transaktion aus einem Land in ein anderes als *cross-border supply* verstanden werden, wird die Transaktion aber vom Dienstleistungsnutzer initiiert oder beauftragt, lässt sich die Transaktion auch als *consumption abroad* verstehen, *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 42. Siehe hierzu noch nachfolgend unter: D.II.1.a)bb)(1)(b).

Ausland oder auch die Reparatur eines Autos oder eines Schiffes in einer ausländischen Werkstatt oder Werft.²⁰⁰

- (c) *Commercial presence* (Modalität 3):²⁰¹ Im Unterschied zu den zuvor dargestellten Modalitäten, findet bei dieser und der folgenden Modalität 4 eine Wanderung des Dienstleistungserbringers hin zum Dienstleistungsnutzer statt.²⁰² Genau genommen quert bei diesen Erbringungsmodalitäten also nicht die Dienstleistung als solche die Grenze, sondern vielmehr der Dienstleistungserbringer zum Zwecke der Erbringung der Dienstleistung im Gebiet eines anderen Mitglieds.²⁰³ Bei der Modalität 3 wird die Dienstleistung „*by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member*“ erbracht. „*Commercial presence*“ erfasst dabei jede Art geschäftlicher oder beruflicher Niederlassung zum Zwecke der Erbringung einer Dienstleistung.²⁰⁴ Neben den in Art. XXVIII lit. d) GATS – nicht abschließend – genannten Beispielen möglicher Niederlassungsformen, namentlich der Gründung, dem Erwerb oder Unterhalt einer juristischen Person, wie auch der Einrichtung oder Unterhaltung einer Zweigstelle oder Repräsentanz, erfasst diese Modalität auch alle anderen Fälle der dauerhaften Niederlassung eines Dienstleistungserbringers im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds.²⁰⁵
- (d) *Presence of natural persons* (Modalität 4):²⁰⁶ Diese Modalität ist vergleichbar zu Modalität 3, jedoch mit dem Unterschied, dass hier der Dienstleistungserbringer eines Mitglieds die Dienstleistung „*through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member*“ erbringt. Dabei ist sowohl der Fall erfasst, dass die natürliche Person bei einem aus-

200 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 42; Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; Pitschas, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 18.

201 Art. I:2 lit. c) GATS.

202 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 93; Zacharias, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 43.

203 Pitschas, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 19.

204 Art. XXVIII lit. d) GATS.

205 Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 94; Zacharias, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 43.

206 Art. I:2 lit. d) GATS.

ländischen Dienstleistungserbringer angestellt ist, als auch dass die natürliche Person die Dienstleistung selbständig erbringt.²⁰⁷ Modalität 4 gilt jedoch lediglich für die Dauer der konkreten Dienstleistungserbringung; für die Suche nach einer dauerhaften Beschäftigung einer natürlichen Person eines Mitglieds im Arbeitsmarkt eines anderen Mitglieds oder sogar für die Aufnahme einer solchen dauerhaften Beschäftigung gilt das GATS hingegen nicht.²⁰⁸ Werden in Bezug auf die Modalität 4 Zugeständnisse gemacht,²⁰⁹ so bedeutet dies jedoch nicht, dass dadurch freie Einreise gewährt werden muss. Ziffer 4 des Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services Under the Agreement zum GATS stellt ausdrücklich klar, dass Maßnahmen eines Mitglieds zur Regelung der Einreise oder des vorübergehenden Aufenthalts – insbesondere auch Visaerfordernisse für natürliche Personen einzelner Mitglieder²¹⁰ – zulässig sind, solange dadurch nicht die Dienstleistungserbringung einzelner natürlicher Personen entgegen der eingegangenen Verpflichtungen be- oder verhindert wird.

II. GATT und GATS – ein kurzer Überblick über Intention, Prinzipien und Aufbau

Der Zweck der von den Mitgliedstaaten der WTO vereinbarten gemeinsamen Regeln für den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr erschöpft sich nicht in der bloßen Liberalisierung des Handels als solchem. Wie die Präambeln des WTOA, des GATT und des GATS erkennen lassen,²¹¹ ist die Liberalisierung des Handels gar nicht das eigentliche Ziel. Vielmehr dient die Liberali-

207 *GATT Group of Negotiations on Services*, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 1993, Rn. 19; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 21; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 46.

208 So ausdrücklich in Ziff. 2 des Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services Under the Agreement zum GATS (BGBl. 1994 II, 1496; ABl. 1994 Nr. L 336/205), das als Anlage zum GATS ebenfalls für alle Mitglieder verbindlich ist (vgl. Art. II:2 WTOA i.V.m. der Liste der Anhänge).

209 Zur unterschiedlichen Funktionsweise von Handelszugeständnissen nach dem GATT und dem GATS im Folgenden unter C.II.

210 Fußnote 1 zu Ziff. 4 des Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services Under the Agreement zum GATS.

211 Vgl. Abs. 3 Präambel WTOA, Abs. 3 Präambel GATT: „[...] contributing to these objectives [...]“; Abs. 3 Präambel GATS: „[...] aimed at promoting the interests of all participants on a mutually advantageous basis [...]“.

sierung des Handels dem höherrangigen Ziel, einen allgemeinen Wohlstandsgewinn für alle Mitglieder – insbesondere auch für die Entwicklungsländer – zu erreichen und so die Lebensbedingungen im Allgemeinen zu verbessern.²¹²

Die der Verwirklichung der gemeinsamen Ziele der WTO-Mitgliedstaaten dienenden Regelungen im GATT und GATS lassen sich wiederum verschiedenen übergeordneten Rechtsprinzipien zuordnen.²¹³ Als solche werden im Wesentlichen gesehen:

- (a) das *Prinzip der Nichtdiskriminierung*,²¹⁴ nach dem Waren, Dienstleistungen und Dienstleister unterschiedlicher Herkunft einerseits untereinander und andererseits auch gegenüber den inländischen Waren/Dienstleistungen/Dienstleistern nicht benachteiligt werden sollen,
- (b) das *Prinzip der offenen Märkte* bzw. der *fortschreitenden Handelsliberalisierung*,²¹⁵ das zum einen auf den fortschreiten Abbau von Handelshemmnissen gerichtet ist,²¹⁶ den Mitgliedern gleichzeitig aber auch noch die Freiheit belässt, ihre Märkte nicht vollständig öffnen zu müssen;²¹⁷ entsprechende Maßnahmen sollen jedoch so transparent wie möglich sein und Wirtschaftssubjekten ermöglichen, möglichst unbeeinflusst von politischen Entscheidungen auf der Grundlage von Angebot und Nachfrage wirtschaftliche Aktivitäten entfalten zu können,²¹⁸

212 Herrmann/Weiß et al., Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 155 ff.; Stoll/Schorkopf, WTO – World Economic Order, World Trade Law, 2006, Rn. 64 ff. Vgl. auch: Tietje, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 11, 46.

213 Siehe ausführlich zu den Rechtsprinzipien der WTO-Rechtsordnung: Tietje, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 179 ff.; zum Inhalt der einzelnen Rechtsprinzipien auch: Berrisch, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 14 ff. Vgl. auch zum Inhalt allerdings mit einer weitergehenden Differenzierung: Götsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 5 Rn. 37 ff.

214 Vgl. insb. Art. I, III GATT, Art. II, XVII GATS (Grundsatz der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung).

215 Vgl. insb. Art. II, XI GATT (Abbau der Zölle und der nichttarifären Handelshemmnisse), Art. XVI GATS (Marktzugang), aber auch die verschiedenen Transparenzvorschriften (insb. Art. X GATT, Art. III GATS).

216 Götsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 5 Rn. 38 f.

217 Eine vollständige Handelsliberalisierung wäre seinerzeit – und wohl auch bis heute – nicht vollständig durchsetzbar gewesen, Senti/Hilpold, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 489; Tietje, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 269.

218 Tietje, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 270 f. Besonders deutlich wird dies daran, dass das GATT der Erhebung von Zöllen nicht grundsätzlich entgegensteht, wohl aber den

- (c) das *Prinzip der Souveränität*,²¹⁹ nach dem die Mitglieder der WTO grundsätzlich auch weiterhin noch wirtschafts- und gesellschaftspolitische Fragen frei entscheiden und entsprechende Maßnahmen treffen dürfen, soweit sie damit nicht gegen das WTO-Recht verstoßen,²²⁰ und
- (d) das *Prinzip der Solidarität mit den Entwicklungsländern*, das sich in zahlreichen Ausnahme- und Sondervorschriften zugunsten der Entwicklungsländer niederschlägt.²²¹

Doch auch, wenn den beiden Übereinkommen die gleichen Prinzipien zugrunde liegen und sich die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung des GATS am GATT 47 und den mit diesem Übereinkommen gesammelten Erfahrungen orientierten,²²² unterscheiden sich die Übereinkommen wesentlich – vor allem in Bezug auf ihre Verbindlichkeit. So sind die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Regelungen des GATT grundsätzlich in Bezug auf sämtliche Waren verpflichtet, diese einzuhalten. Lediglich unter den besonderen Voraussetzungen der verschiedenen Ausnahmenvorschriften können die Mitgliedstaaten dem Souveränitätsprinzip entsprechend von den Verpflichtungen des GATT abweichen. Das GATT folgt damit einem Regel-Ausnahme-Prinzip.²²³ Dass die Regelungen des GATS in Bezug auf Dienstleistungen nicht vergleichbar verbindlich sind, wird bereits durch die starke Betonung der Souveränität der Mitglieder in Bezug auf die Regelung ihres Dienstleistungsmarktes in Abs. 4 der Präambel des GATS deutlich. Dem entsprechend unterscheidet das GATS zwischen allgemeinen Verpflichtungen (insb. das Prinzip der Meistbegünstigung in Art. II GATS), die grundsätzlich in Bezug auf alle Dienstleistungen und für alle Mitglieder gelten, und den spezifischen Verpflichtungen (insb. Marktzugang in Art. XVI GATS und Gebot der Inländerbehandlung in Art. XVII GATS), die nur soweit für das jeweilige Mitglied verpflichtend sind, wie es dies in seiner „Liste spezifischer Zugeständnisse“²²⁴ zugestanden hat. Aber auch von dem eigentlich als allgemeine Verpflichtung geltenden Meistbegünstigungsprinzip konnten die Mitglieder vor Inkrafttreten des

sog. nicht-tarifären Handelshemmnissen, die sich wesentlich schlechter kalkulieren und abschätzen lassen (vgl. insb. Art. XI GATT).

219 Vgl. insb. die zahlreichen Ausnahmebestimmungen (bspw. Art. XIX, XX GATT, Art. II:2, XIV GATS).

220 Götsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 5 Rn. 45.

221 Ausführlich zur Stellung der Entwicklungsländer in den einzelnen WTO-Übereinkommen: Senti/Hilpold, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 567 ff.

222 Herrmann/Weiß et al., Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 831; Koehler, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 77; Stoll/Schorkopf, WTO – World Economic Order, World Trade Law, 2006, Rn. 558.

223 So auch: Berrisch, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 22.

224 Art. XX GATS.

WTOA²²⁵ Ausnahmen vorsehen und diese in besonderen Listen festhalten (Art. II:2 GATS).

Anders als das GATT, schafft das GATS daher noch nicht von sich aus eine umfassende Liberalisierung des Dienstleistungshandels.²²⁶ Bereits die Präambel des GATS macht vielmehr deutlich, dass zur Verwirklichung des Wunschs der Mitglieder nach einer weiteren Liberalisierung des Dienstleistungshandels noch weitere Verhandlungen über die Übernahme spezifischer Verpflichtungen für weitere Dienstleistungssektoren erforderlich sind.²²⁷

225 Vgl. den Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 GATS: „[...] may maintain a measure [...]“ (Hervorhebung durch den Autor), so auch: *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. II GATS Rn. 64

226 M.w.N. auch: *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 6.

227 Vgl. Abs. 2, 3 Präambel GATS.

D. Anwendbarkeit von GATT und GATS auf Verbindungen aus Waren und Dienstleistungen

Die zuvor vorgenommene Darstellung der Anwendungsbereiche sowohl des GATT als auch des GATS soll nun im Anschluss die Untersuchung ermöglichen, inwieweit sich verbundene Dienstleistungen im weitesten Sinne den beiden Übereinkommen zuordnen lassen. Dabei soll die eingangs vorgenommene Systematisierung²²⁸ maßgebend sein.

I. Anwendbarkeit von GATT und GATS bei verkörperten Dienstleistungen

Wie zuvor dargestellt, kommt es für die Frage der Anwendbarkeit des jeweiligen Übereinkommens darauf an, was Gegenstand des Handelsgeschäfts ist, was also die Grenze quert. Im Rahmen verkörperter Dienstleistungen soll dabei zwischen den Fällen unterschieden werden, in denen die Dienstleistung als notwendiger Zwischenschritt bei der Produktion einer Ware in den Herstellungsvorgang eingeflossen ist und solchen, in denen die Ware als Trägermedium einer Dienstleistung fungiert.

1. Dienstleistung ist in der Ware aufgegangen

Im Fall verkörperter Dienstleistungen sind die jeweiligen Dienstleistungen im Produktionsprozess der Ware regelmäßig bereits aufgegangen. Die verkörperten Dienstleistungen sind also in den Produktionsprozess der Ware eingeflossen, bevor eine Grenzüberschreitung der Ware selbst erfolgt.²²⁹ Als eigentliches Handelssubjekt quert damit nur noch die Ware die Grenze.²³⁰ Insoweit findet daher

228 Siehe zuvor unter: B.III.

229 *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 3.

230 Auch das WTO-Panel nimmt offenbar für die Beurteilung dessen, was letztlich Handelsgegenstand ist, eine ganzheitliche Betrachtung des Endproduktes vor. So entschied es in *China – Electronic Payment Services*, dass im Rahmen zusammengesetzter Dienstleistungen, bei denen aus der Kombination verschiedener Einzelleistungen eine neue Dienstleistung entsteht, diese zusammengesetzte Dienstleistung für die Zuordnung entscheidend sei, WTO-Panel, Report v. 16.07.2012 – WT/DS413/R, *China – Electronic Payment Services* Rn. 7.184.

das GATT Anwendung. Die in der Ware verkörperte Dienstleistung fällt entsprechend als Bestandteil der Ware mittelbar mit in den Anwendungsbereich des GATT.

Soweit die verkörperte Dienstleistung dem Hersteller der Ware für den Herstellungsprozess vom Dienstleister mit einem grenzüberschreitenden Bezug zur Verfügung gestellt wurde, kann insofern das GATS Anwendung finden.²³¹ Ob die verkörperte Dienstleistung nach ihrer Verkörperung in der Ware noch ein weiteres Mal in den Anwendungsbereich des GATS fällt, hängt davon ab, ob insofern eine der Erbringungsarten des Art. I:2 GATS, also ein Handel mit den verkörperten Dienstleistungen vorliegt. Im Fall von verkörperten Dienstleistungen kommt diesbezüglich im Verhältnis zum Abnehmer der Ware allein Modalität 1 als mögliche Erbringungsform in Betracht. Zwar besteht hier i.d.R. keine Beziehung unmittelbar zwischen beispielsweise dem Designer, dem Forschungsteam oder den Betriebswirten als eigentlichen Erbringern der verkörperten Dienstleistungen und dem Abnehmer der Ware. Nach Art. XXVIII lit. g) GATS ist Dienstleistungserbringer aber jede Person, die eine Dienstleistung erbringt, was nach Art. XXVIII lit. b) GATS auch den Verkauf von Dienstleistungen erfasst. Nach dem Wortlaut wäre es also denkbar, den Produzenten der Ware, der die Leistung bspw. des Designers unmittelbar in Anspruch nimmt und diese vom Dienstleister gekauft hat, als Weiterverkäufer der Designdienstleistung an den Abnehmer der Ware und damit ebenfalls als Dienstleistungserbringer zu sehen. Zumindest in den die Wertschöpfung erfassenden Handelsstatistiken werden die verkörperten Dienstleistungen ebenfalls neben den Waren als Exporte erfasst.

Schon die dem GATT und dem GATS zugrundeliegende Unterscheidung danach, ob ein bestimmtes Wirtschaftsgut physikalisch existent und also beim Grenzübertritt messbar ist, spricht aber gegen die Anwendbarkeit des GATS auf solche verkörperten Dienstleistungen. Diese sind in dem Produkt selbst enthalten und somit beim Grenzübertritt implizit als Bestandteile der Ware messbar; eine zusätzliche Grenzüberschreitung einer eigenständigen nicht berührbaren Leistung ist insofern nicht mehr erkennbar.

Entscheidend ist für die Beantwortung dieser Frage aber viel mehr, ob die Mitglieder mit der Aufnahme auch des Verkaufs in die Definition von „*supply of a service*“ in Art. XXVIII lit. b) GATT auch einen solchen Weiterverkauf verkörperter Dienstleistungen erfassen wollten bzw. ob die Vertragsparteien überhaupt

231 Das entspricht der allgemeinen Meinung der Mitglieder: *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 4 October 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/17, 2000, Rn. 4.

von der Weiterverkäuflichkeit und damit auch von der Handelbarkeit von verkörpert Dienstleistungen ausgehen. Vom Wortlaut her bedeutet „supply“ grundsätzlich

*„the action or an act of providing something needed or wanted“*²³²

und umfasst damit erst einmal alles, was erforderlich ist, um eine Dienstleistung insgesamt zu erbringen bzw. zur Verfügung zu stellen. Ein Weiterverkauf würde aber erst nach der eigentlichen Dienstleistungserbringung stattfinden und einen eigenen wirtschaftlichen Vorgang darstellen. Er gehört damit nicht zu den für die eigentliche Dienstleistungserbringung insgesamt erforderlichen Tätigkeiten. Zumindest von der Bedeutung des Wortes „supply“ her wäre ein Weiterverkauf damit also nicht erfasst.

Aber auch aus der Nennung auch des Verkaufs in Art. XXVIII lit. b) GATS lässt sich nicht ohne Weiteres auf eine Weiterverkäuflichkeit von Dienstleistungen schließen. So spricht die Verwendung des Wortes „includes“ anstelle des in vielen anderen Definitionen in Art. XXVIII GATS verwendeten „means“ vielmehr für eine klarstellende denn für eine eigenständige, über den eigentlichen Sprachgebrauch hinausgehende Definition des Begriffes „supply“. Insofern dient Art. XXVIII lit. b) GATS also der Präzisierung des allgemein gehaltenen Begriffes „supply“ in Bezug auf Dienstleistungen.²³³

Auch die Verhandlungsgeschichte spricht nicht für eine solche Erweiterung des Begriffsverständnisses. So war in früheren Versionen des GATS noch anstelle des heute in Art. XXVIII lit. b) GATS verwendeten „supply“ der engere Begriff „delivery“²³⁴ verwendet worden.²³⁵ Die Verwendung des Begriffes „delivery“ anstelle von „supply“ hätte damit allein den letzten Schritt der Dienstleistungserbringung, nämlich den der „Aushändigung“ an den Kunden, erfasst. Durch den Begriff „supply“ sollte der Anwendungsbereich allerdings insoweit erweitert werden, als dass sämtliche von der Herstellung bis zur endgültigen Übermittlung bzw. Ausführung der Dienstleistung erforderlichen Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des GATS erfasst werden²³⁶ und nicht nur der letzte Schritt der

232 Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, supply, S. 3152.

233 Feinäugle, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XXVIII GATS Rn. 7.

234 „the action of handing over something to another“, Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, delivery, S. 626.

235 GATT Group of Negotiations on Services, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, MTN.GNS/W/139, 1991, Rn. 11.

236 Feinäugle, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XXVIII GATS Rn. 7; GATT Group of Negotiations on Services, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services, MTN.GNS/W/139, 1991, Rn. 11.

Übermittlung der Dienstleistung. Haben sich die Vertragsparteien aber bewusst für die Verwendung des Begriffes „*supply*“ entschieden, weil sie den Schutz des GATS nicht bloß für den letzten Schritt der Produktionskette der Dienstleistung, nämlich der Übermittlung bzw. Ausführung, sondern für die gesamte vorausgehende Produktionskette auf dem Weg hin zu dem letzten Schritt wollten, würde es über diese Intention hinausgehen, zusätzlich noch eigenständige weitere wirtschaftliche Tätigkeiten, die erst nach dem letzten Schritt der Übermittlung bzw. Ausführung der Dienstleistung stattfinden, ebenfalls zu erfassen. Aus der Ausdehnung der Definition des Begriffes „*supply*“ auch auf den Verkauf von Dienstleistungen kann daher nicht geschlossen werden, dass auch der Weiterverkauf von bereits erbrachten Dienstleistungen von den Mitgliedstaaten für möglich gehalten wurde; vielmehr ging es den Mitgliedern um den Schutz der vollständigen wirtschaftlichen Verwertung der Dienstleistung durch den Dienstleistungserbringer selbst.

Zudem lassen sich auch wichtige Rückschlüsse auf das Verständnis der Vertragsparteien von dem Dienstleistungsbegriff und der Frage der Weiterverkäuflichkeit von Dienstleistungen aus den Erbringungsmodalitäten ziehen. In der Gesamtschau fällt auf, dass drei der vier Erbringungsmodalitäten den gleichzeitigen Aufenthalt von Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsnutzer – zumindest aber des Gegenstands, an dem die Dienstleistung ausgeführt werden soll – an einem gemeinsamen Ort als notwendige Bedingung für die Dienstleistungserbringung voraussetzen.²³⁷ In Bezug auf die erste Modalität liegt den in den Scheduling Guidelines²³⁸ aufgezählten Beispielen die Annahme zugrunde, dass der *cross-border supply* von Dienstleistungen ebenfalls nur unter der Bedingung möglich ist, dass dieser persönliche Kontakt durch irgendein Medium ersetzt wird.²³⁹ Ist aber nach dem Grundverständnis der Vertragsparteien i.d.R. der persönliche Kontakt zwischen Dienstleistungserbringer und -nutzer erforderlich, so deutet dies darauf hin, dass die Vertragsparteien im Grundsatz ebenfalls davon ausgingen, dass bei den Dienstleistungen im Sinne des GATS Erbringung und Verbrauch zusammenfallen und ein Weiterverkauf danach daher nicht mehr möglich ist. Dem steht auch die Entscheidung des Appellate Body in der Sache *Mexico – Telecommunications* nicht entgegen. Dort hatte der Appellate Body entschieden, dass es für die grenzüberschreitende Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen nicht schädlich ist, wenn der Telekommunikationsanbieter zur Erbringung seiner Leistung über die Grenze hinaus auf das Telekommunikationsnetzwerk eines anderen

237 Siehe bereits zuvor die Darstellung der Modalität 2 unter C.I.2.

238 *WTO Council for Trade in Services*, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, Rn. 28.

239 Vgl. *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Zacharias*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 38.

Mitglieds zurückgreife. Dort ging es jedoch nicht um den Weiterverkauf der Telekommunikationsdienstleistung eines anderen Anbieters. Vielmehr stellte der Appellate Body klar, dass es gerade zu dem Dienstleistungsangebot gehöre, auch die Verbindung zu dem Telekommunikationsnetzwerk des anderen Mitgliedes herzustellen.²⁴⁰

Ebenso spricht auch die Erweiterung des Meistbegünstigungsprinzips und der Inländerbehandlung im GATS²⁴¹ im Vergleich zum GATT²⁴² neben dem eigentlichen Handelsgegenstand Dienstleistung auch noch auf den Dienstleistungserbringer selbst dafür, dass die Vertragsparteien nicht von einem Weiterverkauf der Dienstleistung ausgingen. Hintergrund dieser Erweiterung auch auf den Dienstleistungserbringer ist, dass die Mitglieder davon ausgingen, dass diese Prinzipien nur dann effektiv angewendet werden können, wenn neben der Dienstleistung selbst auch noch der Dienstleistungserbringer von dem Schutz erfasst wird.²⁴³ Hätten Maßnahmen in Bezug auf den Dienstleistungserbringer aber keinen wesentlichen Einfluss auf den Handel mit Dienstleistungen, wäre ein solcher – im Vergleich zu dem nach dem GATT für Waren geltenden Schutz – weitergehender Schutz jedoch nicht erforderlich. Aus der besonderen Einwirkungsmöglichkeit auf den Dienstleistungshandel auch durch gegen den Dienstleistungserbringer selbst gerichtete Maßnahmen ergibt sich jedoch die gesteigerte Bedeutung der Person des Dienstleistungserbringers für die Dienstleistung. Diese gesteigerte Bedeutung des Dienstleistungserbringers für die Dienstleistungserbringung spricht aber dagegen, dass Dienstleistungen auch losgelöst vom Dienstleistungserbringer gehandelt und von Dritten nach ihrer Erbringung weiterverkauft werden können.²⁴⁴

Im Ergebnis sind damit die in der Produktion einer Ware aufgegangen verkörperten Dienstleistungen nicht vom GATS erfasst, wohl aber mittelbar vom GATT. Nach ihrer Verkörperung sind die in der gehandelten Ware verkörperten Dienstleistungen keiner der im GATS genannten Erbringungsmodalitäten zuordenbar, sodass insoweit auch kein Handel mit den verkörperten Dienstleistungen im Sinne des GATS vorliegt. Vor ihrer Verkörperung können die Dienstleistungen aller-

240 WTO-Appellate Body, Report v. 02.04.2004 – WT/DS204/R, *Mexico – Telecommunications* Rn. Rn. 7.36.

241 Art. II, XVII GATS.

242 Art. I, III GATT.

243 *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. II GATS Rn. 27; vgl. auch: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 104; *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 63; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 40.

244 Ähnlich auch: *Damien*, JWT 1/2014, 31 (36).

dings schon in den Anwendungsbereich des GATS gefallen sein. Soweit bisweilen darüber hinaus gefordert wird, die bereits erbrachten und in der Ware verkörpert Dienstleistungen durch die Schaffung einer neuen Erbringungsmodalität, die indirekt gehandelte Dienstleistungen erfassen soll,²⁴⁵ – möglicherweise erneut – dem Anwendungsbereich des GATS zu unterwerfen, wird dabei nicht berücksichtigt, dass die Dienstleistung mit ihrer Erbringung nach der grundsätzlichen Ansicht der Mitglieder nicht mehr weiter gehandelt werden kann. Würde man bei jeder Warentransaktion auch noch eine Dienstleistungstransaktion in Bezug auf die in der Ware verkörpert Dienstleistungen annehmen, so würde mit jedem weiteren Verkauf der Ware die verkörperte Dienstleistung aufs Neue erbracht. Das entspricht aber nicht der wirtschaftlichen Realität, da die verkörpert Dienstleistungen nicht mit jeder Warentransaktion aufs Neue entgolten werden geschweige denn entsprechende Tätigkeiten aufs Neue zu beobachten sind. Für die Schaffung einer neuen Erbringungsmodalität im GATS ist damit weder Raum noch besteht hierfür mangels entsprechender Lücke ein Bedürfnis. Dass verkörperte Dienstleistungen in den Handelsstatistiken dennoch eigenständig erfasst sind und dort einen – häufig nicht unerheblichen – Teil zur Wertschöpfung der exportierten Waren beitragen,²⁴⁶ ist dem Zweck der Handelsstatistiken geschuldet, einen besseren Überblick über die am Export beteiligten Industrien zu vermitteln und der Politik entsprechende Entscheidungen zu ermöglichen. Die getrennte Erfassung verkörperter Dienstleistungen in den Handelsstatistiken lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass die in einer Ware – als Teil des Wertschöpfungsprozesses – aufgegangenen Dienstleistungen nach ihrer eigentlichen Erbringung noch Gegenstand eines abtrennbaren Handelsvorganges sind.

2. Ware als Trägermedium einer Dienstleistung

Etwas anderes gilt lediglich für solche Dienstleistungen, die selbst verkörpert in einem bestimmten Trägermedium gehandelt werden, wie bspw. das Gutachten eines Anwalts oder der Bauplan eines Architekten. Hier erfolgt die Dienstleistungserbringung vom Dienstleistungsproduzenten an den Dienstleistungsnutzer mittels eines bestimmten Trägermediums, in dem die Dienstleistung verkörpert ist (Modalität 1), sodass die Dienstleistung für den Dienstleistungsnutzer nicht bei der Herstellung des Trägermediums verbraucht wurde. Vielmehr dient das Trägermedium dazu, dass der Dienstleistungsnutzer die Dienstleistung überhaupt

245 So grundlegend: *Cernat/Kutlina-Dimitrova*, Thinking in a box: A ‘Mode 5’ approach to service trade, 2014, S. 6 ff.

246 Siehe zur Messung von verkörpert Dienstleistungen in den Handelsstatistiken: *Cernat/Kutlina-Dimitrova*, Thinking in a box: A ‘Mode 5’ approach to service trade, 2014, S. 8 ff.

erst empfangen kann. Solche Dienstleistungen unterfallen daher prinzipiell dem GATS.²⁴⁷

Allerdings wird auch in solchen Fällen verkörperter Dienstleistungen das Trägermedium samt Inhalt regelmäßig dem Anwendungsbereich des GATT zugeordnet, da das Trägermedium als solches berührbar und damit eine Ware im Sinne des GATT ist.²⁴⁸ Dies gilt zumindest solange das entsprechende Trägermedium im HS aufgeführt ist und somit zollrechtlich als Ware behandelt wird.²⁴⁹ Das Trägermedium mit samt seines Inhalts bildet dann eine Ware im Sinne des GATT,²⁵⁰ dass diese auch einzelne Dienstleistungskomponenten hat, ändert an dieser Bewertung nichts.²⁵¹ Vielmehr dienen die Dienstleistungskomponenten der Herstellung der Ware – sprich des bespielten Trägermediums.²⁵² Soweit eine Maßnahme

247 *Chang/Karsentey et al.*, JWT 3/1999, 93 (95); *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 17; *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 38.

248 Siehe zur Abgrenzung zuvor C.I.1. So auch: *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 22.1, Rn. 2 Abs. 2.

249 Im HS sind bspw. bespielte CDs (HS 8523 49), Baupläne (HS 4906) oder auch Zeitungen (HS 4902) sowie Werbeprospekte (HS 4911 10) enthalten. Ähnlich auch: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 145; *WTO Council for Trade in Services*, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, Rn. 7, die sich aber ungenau auf die tatsächliche Erhebung von Zöllen beziehen.

250 In Bezug auf Software und audiovisuelle Medien auf Datenträgern besteht hierüber Konsens, vgl. nur: *Marsoof*, Int'l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (292); *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 26; *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 146. Siehe auch: *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 22.1.

251 Vgl.: WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17: „[...] a periodical is a good comprised of two components: editorial content and advertising content. Both components can be viewed as having services attributes, but they combine to form a physical product – the periodical itself.“. So auch *Maleri*, der allgemein darauf hinweist, dass der Abnehmer im Falle von verkörpertem Dienstleistungen eine Ware erwerben muss, um die darin gespeicherte Dienstleistung nutzen zu können, *Maleri*, Betriebswirtschaftliche Probleme der Dienstleistungsproduktion, 1970, S. 47 f.

252 *Vonderbank* sieht in dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis entsprechend einen Werklieferungsvertrag, der auf die Erstellung und Lieferung des Trägermediums mit samt der darauf gespeicherten Dienstleistung gerichtet ist: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 170.

daher das Trägermedium insgesamt betrifft, findet nach der Rechtsprechung des Appellate Bodys das GATT Anwendung.²⁵³

Würde man daneben auch das GATS für anwendbar halten,²⁵⁴ so würde dies bedeuten, dass ein und derselbe Handelsvorgang zugleich Waren- und Dienstleistungshandel wäre. Das Handelssubjekt würde also zugleich Ware im Sinne des GATT und Dienstleistung im Sinne des GATS sein. Dass ein Handelssubjekt aber zugleich Ware und Dienstleistung sein kann, ist bereits aufgrund der dem GATT und dem GATS zugrundeliegenden Abgrenzung zwischen Ware und Dienstleistung – materielles vs. immaterielles Gut – ausgeschlossen.²⁵⁵ Die Entscheidungen des Appellate Bodys, wonach sich die Anwendungsbereiche von GATT und GATS auch überschneiden und beide Übereinkommen auch nebeneinander Anwendung finden können,²⁵⁶ legen ebenfalls nicht nahe, dass dasselbe Handelssubjekt zeitgleich in den Anwendungsbereich des GATT und des GATS fallen kann. In *EC – Bananas III* beschreibt der Appellate Body, wann es zu solchen Überschneidungen der Anwendungsbereiche kommen kann. Eine Überschneidung ist danach immer dann denkbar, wenn eine bestimmte Maßnahme auch Dienstleistungen betrifft, die in Bezug auf eine bestimmte Ware oder in Verbindung mit

253 Vgl. WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 18. Dort stellte der Appellate Body darauf ab, dass die Verbrauchssteuer den Herausgeber der Zeitung als Trägermedium und nicht den Werbetreibenden bzw. die Werbeagentur als Dienstleister trifft.

254 So offenbar ohne weitere Begründung: WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 21.

255 Vgl. Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2013, S. 150; Herrmann/Weiß et al., Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 1088; Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 4 Rn. 77; WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221.

256 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221; WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 19. Siehe hierzu nachfolgend unter: F.I.

einer bestimmten Ware erbracht werden.²⁵⁷ Dienstleistung und Ware müssen danach aber immer noch voneinander unterscheidbar sein,²⁵⁸ was bei der Erfassung des Gesamtprodukts – Trägermedium samt darauf enthaltener Dienstleistung – als Ware im Sinne des GATT nicht mehr der Fall ist.

Letztlich verbleiben daher nur noch solche auf einem Trägermedium übermittelten Dienstleistungen für den Anwendungsbereich des GATS, die als Gesamtheit nicht im HS aufgeführt sind.²⁵⁹ Sind neben der Erbringung einer Dienstleistung auf einem Trägermedium noch weitere Dienstleistungen als Teil eines Gesamtpakets erforderlich, kann insofern ebenfalls der Anwendungsbereich des GATS eröffnet sein. Denkbar ist eine solche Konstellation beispielsweise bei der grenzüberschreitenden IT-Beratung und dem Programmieren einer maßgeschneiderten Software, die anschließend auf einem Datenträger aus dem Ausland versendet wird. Die Beratungsleistung unterfällt dann als Dienstleistung dem GATS, während die Übermittlung der maßgeschneiderten Software auf dem Datenträger nach der GATT-Konzeption als Ware zu qualifizieren ist und somit insoweit allein das GATT Anwendung findet. Insoweit handelt es sich dann jedoch weniger um verkörperte Dienstleistungen als vielmehr um die nachfolgend zu untersuchenden produktbegleitenden Dienstleistungen.

3. Auswirkungen des Ergebnisses

Nach alledem ergibt sich, dass verkörperte Dienstleistungen als Bestandteil einer Ware grundsätzlich allein dem GATT unterfallen. Mit dem Verbrauch der Dienstleistung für die Herstellung einer bestimmten Ware sind diese in der Ware aufgegangen; ein Handel findet insoweit nicht mehr statt. Aufgrund der Konzeption von GATT und GATS, nach der entscheidend für die Zuordnung auf die Berührbarkeit abzustellen ist, sind auch solche Dienstleistungen, die mittels eines materiellen Trägermediums grenzüberschreitend gehandelt werden, grundsätzlich als

257 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, EC – Bananas III Rn. 221: „*There is yet a third category of measures that could be found to fall within the scope of both the GATT 1994 and the GATS. These are measures that involve a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a particular good.*“. So offenbar auch: *Trebilcock/Howse et al.*, The Regulation of International Trade, 4. Aufl., 2013, S. 494, die für eine parallele Anwendbarkeit von GATT und GATS fordern, dass sowohl eine Waren- als auch eine Dienstleistungstransaktion betroffen sein muss.

258 So offenbar auch: *Trebilcock/Howse et al.*, The Regulation of International Trade, 4. Aufl., 2013, S. 494.

259 Von den zuvor genannten Beispielen betrifft dies allein das per Post übermittelte Gutachten eines Anwalts, Sachverständigen o.Ä.

Waren und damit allein nach dem GATT zu behandeln. Für solche Dienstleistungen besteht daher in Bezug auf den Anwendungsbereich von GATT und GATS grundsätzlich keine Lücke. Angesichts dessen, dass mittlerweile jedoch ein bisweilen erheblicher Anteil der Warenwertschöpfung auf die in den Produktionsprozess eingeflossenen Dienstleistungen zurückzuführen ist, hat insbesondere *Cernat* darauf hingewiesen, dass dieser Umstand entsprechend im Rahmen der Zollwertbemessung Berücksichtigung finden solle; schließlich würden die verkörpert Dienstleistungen isoliert gehandelt keiner Verzollung unterliegen, verkörpert in einem Produkt jedoch aufgrund der Bemessung des Zollwerts anhand des Kaufpreises der Ware (Transaktionswertmethode) abweichend indirekt mit verzollt werden.²⁶⁰ Das wesentliche Argument für eine entsprechende Berücksichtigung sieht *Cernat* dabei in den wirtschaftlichen Vorteilen, die von einer entsprechenden Berücksichtigung ausgehen würden.²⁶¹ Daneben wird Anpassungsbedarf aber auch im Zusammenhang mit der Bestimmung des Ursprungs von Waren gesehen.²⁶² Im Folgenden soll daher untersucht werden, inwiefern die bestehenden Regelungen in Bezug auf die Bestimmung des Zollwerts und des Ursprungs von Waren angesichts des wachsenden Dienstleistungsanteils am Warenwert noch mit dem eigentlichen Willen der Mitglieder vereinbar sind.

a) Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung

Das GATT sieht im Wesentlichen als einzig legitime Handelsbarriere für den Handel mit Waren die Erhebung von Zöllen vor (vgl. das Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse in Art. XI GATT).²⁶³ Zum Schutz der gemachten Zollzuständigkeiten und zur Vermeidung von Protektionismus über die der Zollerhebung

260 *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 16; *Cernat*, Trade rules and technological change: The case for mode 5 services, 2015, abrufbar im Internet unter: <http://e15initiative.org/blogs/trade-rules-and-technological-change-the-case-for-mode-5-services/> (zuletzt abgerufen am: 13.11.2020); *Cernat/Kutlina-Dimitrova*, Thinking in a box: A 'Mode 5' approach to service trade, 2014, S. 11 ff.; *Cernat/Sousa*, CESifo Forum 4/2015, 65 (67).

261 Vgl. insb.: *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 5 ff.; allgemein schon: *Mavroidis/Cernat*, Embody, Disembody, and Gains for Everybody, 2016, abrufbar im Internet unter: <http://e15initiative.org/blogs/embody-disembody-and-gains-for-everybody/> (zuletzt abgerufen am: 22.02.2019).

262 *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (300 ff.); *Foltea*, How to include 'Mode 5' services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 18.

263 Siehe nur: *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 10 Rn. 16 f.; *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 462 ff.; *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Goods, Art. XI GATT Rn. 3.

zugrunde liegende Zollwertbestimmung durch einzelne Mitglieder²⁶⁴ haben sich die Mitglieder in Art. VII GATT auf gemeinsame Regeln zur Grundlage der Zollwertbestimmung geeinigt und diese in Art. 1 CVA weiter dahin gehend konkretisiert, dass sich der Zollwert zu aller erst nach dem Transaktionswert einer Ware richten soll, also nach dem im Rahmen eines Verkaufs zur Ausfuhr für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis. Zuvor schrieb Art. VII GATT vor, dass sich die Bemessung des Zollwerts nach dem wirklichen Wert („*actual value*“) einer Ware richten soll. Für die Bestimmung des wirklichen Werts einer Ware existierten jedoch keine einheitlichen Regeln. Eine Mehrzahl der Mitglieder legte dem wirklichen Wert einer Ware nach der Brüsseler Zollwertdefinition zunächst einen theoretischen Wertbegriff zugrunde, während andere Mitglieder den wirklichen Wert einer Ware bereits in positiver Weise in Abhängigkeit des für die Ware gezahlten Preises bestimmten. Mit dem am 1. Januar 1981 in Kraft getretenen GATT-Zollwertkodex,²⁶⁵ der mit der Uruguay-Runde als das im Anhang 1A zum WTOA enthaltene CVA für alle Mitglieder verbindlich wurde, haben sich die Mitglieder nunmehr mit der vorrangig anzuwendenden Transaktionswertmethode auf eine einheitliche und transparente Lösung zur Bemessung des Zollwerts geeinigt.²⁶⁶ Die Präambel zum CVA lässt erkennen, dass nach der Ansicht der Mitglieder der Transaktionswert, also der bei einem Verkauf von Waren zur Ausfuhr tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis, die gerechteste, neutralste und den tatsächlichen wirtschaftlichen Umständen am nächsten kommende Alternative zur Bestimmung des wirklichen Werts einer Ware ist, die zeitgleich für alle Beteiligten einfach und transparent anzuwenden ist.²⁶⁷ Sollen die in dem Transaktionswert zwangsläufig mit enthaltenen verkörpert Dienstleistungen grundsätzlich ausgeklammert werden, so wäre dafür eine Änderung der Transaktionswertmethode erforderlich. Dadurch liefen jedoch auch wesentliche, nicht von der

264 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 142; *Trujillo*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. VII GATT Rn. 1; vgl. auch: *Matsushita/Schoenbaum et al.*, The World Trade Organization, 3. Aufl., 2015, S. 234; *Mavroidis*, Trade in Goods, 2. Aufl., 2013, S. 273; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. E3000.

265 Agreement on implementation of Article VII of the General Agreement on tariffs and trade 1947 vom 1.11.1979, ABl. 1980 Nr. L 71/107.

266 Weitergehend zur Entwicklung des Zollwertrechts: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, General Introductory Commentary CVA Rn. 6 ff.; *Prieß*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.8. Rn. 1; *Rinnert*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 69 bis 76 Rn. 2; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 4 ff.; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. E3000.

267 Vgl. Abs. 4, 5, 6 Präambel CVA; so auch: *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 22; dazu auch: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, General Introductory Commentary CVA Rn. 21 ff.

Hand zu weisende Vorteile der Transaktionswertmethode – allen voran die einfache und transparente Bestimmung des Zollwerts – Gefahr, zu einem nicht unerheblichen Teil wieder zunichte gemacht zu werden. Es stellt sich daher die Frage, ob der gestiegene Dienstleistungsanteil am Warenwert eine derartige Veränderung darstellt, die einen Verzicht auf diese Vorteile rechtfertigt. Dabei sollen im Folgenden nicht die möglicherweise sich aus einer Berücksichtigung im Rahmen der Verzollung ergebenden wirtschaftlichen Vorteile²⁶⁸ betrachtet werden, sondern vielmehr die Frage, ob eine Nichtberücksichtigung der verkörperten Dienstleistungen im Rahmen der Erhebung von Zöllen überhaupt dem Willen der Mitglieder entspricht.

aa) Geschichte der Erhebung von Zöllen

Angeichts dessen, dass schon immer auch Arbeitskraft zur Gewinnung oder Herstellung von Waren erforderlich war, diese von Händlern verkauft wurden und damit auch immer schon ein gewisser Dienstleistungsanteil in diese eingeflossen ist, soll zunächst ein kurzer Überblick über die Geschichte der Erhebung von Zöllen gegeben werden.²⁶⁹

Die Geschichte der Erhebung von Zöllen lässt sich bis weit in die Vergangenheit zurückverfolgen. Seit es Staaten oder staatsähnliche Gebilde gibt, war der Handel mit Waren auch immer von der Erhebung von Zöllen begleitet.²⁷⁰ Dabei diente die Erhebung von Zöllen bis ins Mittelalter im Wesentlichen der Erzielung von Staatseinnahmen und war an die Benutzung bestimmter Verkehrswege oder Einrichtungen geknüpft.²⁷¹ Die Erhebung des Zolls erfolgte dabei lange Zeit vor Ort

268 Siehe hierzu: *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 5 ff.

269 Siehe zur Geschichte des Zolls auch: *Generalzolldirektion*, Historische Abteilung, abrufbar im Internet unter: https://www.zoll.de/DE/Der-Zoll/Zollmuseum/Ausstellung/Historische-Abteilung/historische-abteilung_node.html (zuletzt abgerufen am: 13.12.2019); *Lamp*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 4/1915, 505 (511 ff.); *Müller-Eiselt*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 1 ff.

270 *Witte*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Einführung Rn. 13; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1000. Ähnlich auch: *Müller-Eiselt*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 1.

271 *Kock*, BDZ Fachteil 12/2007, 98 (98); *Müller-Eiselt*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 5; *Witte*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Einführung Rn. 14; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1000.

an den Verkehrswegen oder Einrichtungen und diente maßgeblich als Benutzungs- oder Schutzgebühr.²⁷²

Mit zunehmender Staatenbildung löste sich die Erhebung von Zöllen aber von der Benutzung bestimmter Verkehrswege und Einrichtungen und wurde nunmehr beim Eingang einer Ware in ein fremdes Wirtschaftsgebiet quasi als „Eintrittsentgelt“ zu Gunsten des Staatshaushalts erhoben (Gebietszoll).²⁷³ Beginnend mit der Zeit des Absolutismus kam der Erhebung von Zöllen neben der Erzielung von Einnahmen aber zunehmend auch eine wirtschaftsregulierende Funktion zu. So empfahl beispielsweise *Jean Bodin* in seinen „*Les six livres de la république*“ 1576 dem merkantilistischen Ziel der Förderung der heimischen Produktivkräfte entsprechend, u.a. die Erhebung nur niedriger Einfuhrzölle auf benötigte Rohstoffe, die Erhebung hoher Einfuhrzölle hingegen auf ausländische Fertigwaren.²⁷⁴ Auf diese Weise sollte die nationale Produktion vor ausländischer Konkurrenz geschützt werden, der heimischen Wirtschaft Anreize geboten werden, die durch Zölle stark verteuerten Waren selbst zu produzieren, und sich so zu entwickeln, dass sie nicht nur an dem Binnen- sondern auch am Außenhandel teilnehmen kann.²⁷⁵

Zur Zeit der Aufklärung setzte sich jedoch der wirtschaftliche Liberalismus und damit die Erkenntnis durch, dass die protektionistische Erhebung von Zöllen zum Schutz der heimischen Wirtschaft die davon erhoffte wirtschaftliche Entwicklung und den Wohlstand der Menschen eher behinderte als förderte.²⁷⁶ So stellte der englische Ökonom *Adam Smith* in seinem 1776 erschienenen Werk „*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*“ die Theorie der absoluten Kostenvorteile auf, nach der sich jedes Land auf die Produktion derjenigen Waren spezialisieren solle, die es im Vergleich mit anderen Ländern am kostengünstigsten produzieren kann. Die Erhebung von Finanzzöllen steht dem jedoch nach Ansicht *Smiths* entgegen, da sie dazu führe, dass Waren nicht aus dem Land bezogen werden können, in dem sie am kostengünstigsten produziert werden können. Dies

272 Witte, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Einführung Rn. 14; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1000.

273 Müller-Eiselt, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 5.

274 Bodin, Sechs Bücher über den Staat, Buch IV-VI, 1986, S. 343; Kolb, Ökonomische Ideengeschichte, 3. Aufl., 2017, S. 19; siehe auch: Müller-Eiselt, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 6.

275 Kock, BDZ Fachteil 12/2007, 98 (98); *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1001.

276 Kock, BDZ Fachteil 12/2007, 98 (98).

führt zu einer Verteuerung der Waren und damit auch zur Schwächung des Wohlstands insgesamt.²⁷⁷

Letztlich haben sich die Forderungen nach einem umfassenden Freihandel bis heute nicht vollständig durchsetzen können²⁷⁸ – auch wenn die weltweite Zollbelastung seit Vereinbarung des GATT im Jahr 1947 erheblich gesunken ist. Soweit mittlerweile noch Zölle erhoben werden, wird deren Grund zurückgehend auf *Karl Lamp* im Wesentlichen in der Regulierung des Preisbildungsprozesses von Waren innerhalb eines Wirtschaftsgebiets gesehen, die durch die Ein- oder Ausgliederung von Waren in oder aus dem staatlich abgeschlossenen nationalen Wirtschaftsverkehr und die dadurch verursachte Beeinflussung der Preisbildung auf diesem Markt erforderlich wird (Wirtschaftszoll).²⁷⁹ Der Grund für die Erhebung von Zöllen liegt danach weder in der bloßen Benutzung einzelner Einrichtungen oder dem Queren einer Grenze, sondern vielmehr in dem Ein- oder Ausgang einer bestimmten Ware in oder aus einem staatlichen Wirtschaftskreislauf. Bei der Einfuhr von Waren können so ungerechtfertigte Preisvorteile abgeschöpft werden, die sich häufig auf niedrigere Lohnkosten oder günstigere Produktionsbedingungen in den Exportländern zurückführen lassen.²⁸⁰ Wie insbesondere der Aspekt der Abschöpfung ungerechtfertigter Preisvorteile infolge unterschiedlicher Lohnkosten zeigt, sollen bei der regulierenden Einwirkung auf den Preisbildungsprozess sämtliche im Rahmen der Preisbildung relevanten Aspekte – also auch die in den Herstellungsprozess eingeflossenen Dienstleistungen – berücksichtigt werden; eine Ausklammerung verkörperter Dienstleistungen für ausländische Waren im Rahmen der Preisbildungsregulierung widerspricht daher dem Wirtschaftszollgedanken.

bb) Sinn und Zweck der Erhebung von Zöllen nach dem GATT

Angesichts dessen, dass der internationale Dienstleistungshandel zu Zeiten *Karl Lamps* in der Wissenschaft aber noch keine nennenswerte Rolle spielte und auch von *Karl Lamp* im Rahmen seiner Darstellung des Rechtsgrunds der Erhebung

277 Siehe insgesamt die Zusammenfassung von *Adam Smiths* Außenhandelstheorie bei: *Göttsche*, in: Hilt/Oeter, WTO-Recht, § 2 Rn. 13 ff.

278 Die vielfältigen Gründe hierfür kurz zusammengefasst bei: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 487; siehe auch insgesamt zu den verschiedenen Außenhandelstheorien die Übersicht bei: *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 20 ff.

279 *Lamp*, Die Theorie des deutschen Zollrechts und der Entwurf einer neuen österreichischen Zollordnung, 1917, S. 62 f.; *Lamp*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 4/1915, 505 (530 f.); siehe zum Wirtschaftszoll auch: *Olbertz*, ZfZ 7/1972, 198.

280 *Witte*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Einführung Rn. 19; *Wolffgang*, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1003.

von Zöllen nicht berücksichtigt wurde, soll im Folgenden dargestellt werden, inwieweit sich die historischen Gründe der (Nicht-) Erhebung von Zöllen im GATT wiederfinden lassen.

Bereits die Präambel des GATT macht deutlich, dass das GATT im Wesentlichen von den Gedanken des wirtschaftlichen Liberalismus geprägt ist. Die Vertragsparteien haben in Fortsetzung der Ideen *Smiths* damals ausdrücklich festgehalten, dass sie u.a. die Verbesserung der Lebensbedingungen, Vollbeschäftigung und eine Steigerung des Niveaus des Realeinkommens durch die erhebliche Reduzierung von Zöllen und anderen Handelsbarrieren erreichen wollen.²⁸¹

Dabei fällt jedoch schon auf, dass die Vertragsparteien in der Präambel – anders als in Bezug auf die diskriminierende Behandlung – nicht den vollständigen Abbau von Zöllen als endgültiges Ziel, sondern lediglich eine wesentliche Reduzierung von Zöllen („*substantial reduction of tariffs*“) als gemeinsames Ziel festhielten.²⁸² Eine generelle Abschaffung sämtlicher Zölle war von den Mitgliedstaaten der WTO also nicht gewollt.²⁸³ Dem Umstand, dass Zölle aber durchaus wesentlich reduziert werden sollten und in mehreren Verhandlungsrunden auch erheblich gesenkt wurden,²⁸⁴ lässt sich aber der Wille der Mitglieder entnehmen, dass Zölle grundsätzlich zumindest nicht mehr primär der Erzielung von Einnahmen²⁸⁵ oder maßgeblich dem Schutz der heimischen Wirtschaft durch Abschottung dienen sollten, der Finanz- oder Schutzzollgedanke also zumindest in den Hintergrund gerückt wurde. Dass die Mitglieder mit dem GATT aber nicht gänzlich auf die schützende und Einnahmen erzielende Wirkung von Zöllen verzichten wollten, wird insbesondere an verschiedenen Ausnahmevorschriften deutlich. So erlaubt beispielsweise Art. XIX:1 GATT abweichend von gemachten Zollzugeständnissen die Erhöhung von Zöllen zum Schutz einzelner Wirtschaftszweige

281 Abs. 3 Präambel GATT: „*Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade [...] in international commerce*“.

282 So auch: *Hestermeyer/Grotto*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Preamble Rn. 32.

283 Zur Frage der generellen Abschaffung von Zöllen in der Zukunft schon: *Christiansen*, ZfZ 4/1974, 98.

284 Der durchschnittliche gebundene Zollsatz liegt derzeit bei etwa 40 %. Die tatsächlich angewendeten Zollsätze betrugen 2018 hingegen im Schnitt etwa 9 % (eigene Berechnungen basierend auf den unter <https://data.wto.org/> abrufbaren Daten (zuletzt abgerufen am: 11.11.2020)). Die Durchschnittswerte können allerdings nur einen ersten Überblick verschaffen, weichen die Werte doch je nach Warengruppe und Mitgliedsland teilweise erheblich voneinander ab.

285 2018 machten Zolleinnahmen nichtsdestotrotz immerhin noch 13 % der gesamten Einnahmen der EU aus: *Europäische Kommission*, Der EU-Haushalt auf einen Blick, 2019, S. 19.

bei einer akuten Bedrohung durch stark gestiegene Einfuhren von Konkurrenzgütern. Den Bedürfnissen von Entwicklungsländern Rechnung tragend, haben sich die Mitglieder zudem darauf geeinigt, dass diese gemachte Zollzugeständnisse ändern oder zurücknehmen dürfen, um bestimmte Industriezweige aufzubauen (Art. XVIII:7 GATT) (Erziehungszoll). Zudem müssen Entwicklungsländer im Rahmen von Zollverhandlungen keine Zugeständnisse machen (Art. XXXVI:8 GATT), wodurch zum einen dem Interesse der Entwicklungsländer an dem Aufbau eigener Industrien als auch dem Bedürfnis der Entwicklungsländer an der Erhebung von Zöllen zur Deckung ihres Finanzbedarfs (Finanzzoll) Rechnung getragen wird.²⁸⁶

Soweit das GATT also noch Zölle zugesteht und diese nicht ausnahmsweise der Erzielung von Einnahmen oder primär dem Schutz der nationalen Wirtschaft dienen, verbleibt von den zuvor dargestellten Legitimationsansätzen von Zöllen lediglich der Wirtschaftszollgedanke. Besonders deutlich wird dieser in der in Art. V GATT festgelegten Durchfuhrfreiheit, die den Mitgliedern die Erhebung von Zöllen auf Waren untersagt, die von einem Land in ein anderes Land durch das Gebiet eines Mitglieds transportiert werden. Weiter auch auf WTO-Ebene verfestigt wurde der Wirtschaftszollgedanke durch das Agreement on Trade Facilitation (TFA),²⁸⁷ das am 22. Februar 2017 für alle Mitglieder, die das Abkommen unterzeichnet haben, verbindlich²⁸⁸ als Bestandteil des Anhangs 1A (Multilaterale Handelsübereinkünfte) zum WTOA in Kraft getreten ist. Dort ist in Art. 10 Abs. 9.2 TFA für Waren, die vorübergehend importiert oder exportiert werden und damit nicht vollständig in den Wirtschaftskreislauf eingehen bzw. vor der Wiedereinfuhr bereits Bestandteil des Wirtschaftsraums waren, die ganze oder zumindest teilweise Befreiung von Zöllen vorgeschrieben.²⁸⁹ In diesen Regelungen spiegelt sich wider, dass auch nach dem GATT eine Verzollung im Wesentlichen durch den Eingang einer Ware eines Mitglieds in den Wirtschaftskreislauf eines anderen Mitglieds legitimiert wird.²⁹⁰

286 Zacharias, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XXXVI GATT Rn. 23. In vielen Entwicklungs- und Schwellenländern stellen Zölle „noch heute einen wesentlichen und kaum verzichtbaren Teil der Staatseinnahmen dar“, Müller-Eiselt, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 5.

287 ABl. 2015 Nr. L 284/4.

288 Art. 24 Abs. 2 TFA, Art. 10 Abs. 3 WTOA. Derzeit haben 153 von 164 WTO-Mitgliedern das Übereinkommen ratifiziert, WTO, TFA Ratifizierungsliste, abrufbar im Internet unter: <https://tfadatabase.org/ratifications> (zuletzt abgerufen am: 11.11.2020).

289 Im UZK sind diese Regelungen unter den besonderen Verfahren als aktive und passive Veredelung geregelt, vgl. Art. 255 ff. UZK.

290 Ähnlich auch: Witte, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Einführung Rn. 19. Bei Matsushita/Schoenbaum et al. werden Zölle auch als Eintrittspreis dafür beschrieben,

Auch in der in Art. XI:1 GATT zum Ausdruck kommenden *tariffs only*-Maxime spiegelt sich der Ansatz der Mitglieder, Protektionismus durch Marktabstottung zu vermeiden, in Teilen wider. Durch das in Art. XI:1 GATT festgehaltene Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen, wird sichergestellt, dass letztlich Angebot und Nachfrage darüber bestimmen, wie viel von einer bestimmten Ware eingeführt wird; die Erhebung von Zöllen beeinflusst damit in der Regel²⁹¹ nur noch die Preisbildung, nicht aber unmittelbar das Angebot vorhandener Waren.²⁹² Angesichts des in Art. I:1 GATT niedergelegten Meistbegünstigungsprinzips können die erhobenen Zölle dabei aber nicht mehr tatsächlich im jeweiligen Einzelfall ungerechtfertigte Preisvorteile abschöpfen, da die Mitglieder verpflichtet sind, Zölle ohne Differenzierung nach der jeweiligen Herkunft einer Ware festzusetzen; die jeweils erhobenen Zölle können daher insofern allenfalls einen bestimmten Mittelwert abbilden und je nach Herkunft lediglich einen Teil der Preisvorteile ausländischer Waren abschöpfen.²⁹³ Solange die erhobenen Zölle also nicht protektionistisch hoch sind, können sie in der Regel – zumindest symbolisch – ausgleichend, allenfalls noch fördernd wirken.

In der Praxis lässt sich hingegen abweichend von dem reinen Wirtschaftszollgedanken feststellen, dass die Mitglieder tendenziell höhere Zölle auf Endprodukte, als auf Zwischenprodukte und Rohstoffe erheben (Zolleskalation).²⁹⁴ Auf diese Weise kann die heimische Verarbeitungsindustrie – in Abhängigkeit der Höhe der jeweiligen Zölle – geschützt, zumindest aber gefördert werden. Letztlich lassen

dass die Ware im Anschluss aufgrund von Art. III GATT gleichberechtigt mit den nationalen Waren auf dem Markt eines Mitglieds am Wettbewerb teilnehmen darf, *Matsushita/Schoenbaum et al.*, The World Trade Organization, 3. Aufl., 2015, S. 219.

291 Das GATT verbietet den Mitgliedern allerdings nicht, protektionistisch hohe Zölle zu erheben, die letztlich die gleiche Wirkung haben können wie mengenmäßige Beschränkungen, solange sie für das entsprechende Produkt in ihrer Liste keine entsprechenden Zugeständnisse gemacht haben oder dort einen entsprechend hohen Zollsatz festgehalten haben. So beträgt beispielsweise der gebundene Zollsatz Kanadas für Milchprodukte durchschnittlich 208,5 % (WTO, World Tariff Profiles 2020, 2020, S. 69). Auch solche hohen Zollsätze sollen jedoch im Rahmen regelmäßiger Zollverhandlungen, die auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruhen, abgebaut werden (Art. XXVIIIbis GATT).

292 *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 10 Rn. 17; *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 271.

293 Ähnlich auch: *Müller-Eiselt*, in: *Müller-Eiselt/Vonderbank*, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 12.

294 *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 107; *Hoekman/Kostecki*, The Political Economy of the World Trading System, 3. Aufl., 2009, S. 197; *Matsushita/Schoenbaum et al.*, The World Trade Organization, 3. Aufl., 2015, S. 222 f.; *Puth/Stranz*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 11 Rn. 23; *Wolffgang*, in: *Witte/Wolffgang*, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1003.

sich hierin aber auch preisregulierende Tendenzen erkennen, weisen die Fertigprodukte infolge der verschiedenen Verarbeitungsschritte doch auch einen größeren Arbeitsanteil aus, sodass sich Unterschiede bei den Lohnniveaus oder Produktionsbedingungen hier besonders bemerkbar machen. Es fällt zudem auf, dass die von den Industrieländern in den Listen gebundenen Zölle für Agrarprodukte, wie auch die tatsächlich erhobenen Zölle mit durchschnittlich 54 % bzw. tatsächlich erhobenen durchschnittlichen 15 % wesentlich höher ausfallen als die für nicht-landwirtschaftliche Produkte gebundenen bzw. auf diese tatsächlich erhobenen Zölle (29 % bzw. 8 %).²⁹⁵ Ähnliches lässt sich bei den Industrieländern auch für Textilien, Kleidung und Lederwaren beobachten.²⁹⁶ Dass die gebundenen und tatsächlich erhobenen Zölle hier deutlich höher ausfallen, deutet auf ein besonderes Schutzinteresse der Mitglieder in Bezug auf diese Bereiche hin, sodass Zölle in der Realität entsprechend immer wieder auch zu Schutzzwecken – bisweilen auch in protektionistischer Weise – erhoben werden.²⁹⁷

Es lässt sich somit festhalten, dass sich die im Laufe der Geschichte entwickelten Ansätze zur Legitimation der Erhebung von Zöllen mit Ausnahme des Passierzolls bis heute im GATT wiederfinden lassen. Grundsätzlich ideologisch geprägt vom Gedanken des Freihandels, wird jedoch bis heute das Bedürfnis der Staaten zu zumindest teilweise handelslenkenden bzw. preisregulierenden Eingriffen in den Handel durch die Erhebung von Zöllen anerkannt (Wirtschaftszoll). Sowohl das GATT, als auch die von den Mitgliedern gelebte Praxis, lässt darüber hinaus aber immer wieder auch – mehr oder weniger stark ausgeprägt – das Bedürfnis zum Schutz der nationalen Wirtschaft (Schutzzoll) oder – zumindest in Bezug auf Entwicklungsländer – zur Finanzierung des Staatshaushaltes (Finanzzoll) durch die Erhebung von Zöllen erkennen.

cc) Ergebnis für Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Zollwertbestimmung

Aus den zuvor herausgearbeiteten Gründen für die Erhebung von Zöllen, wie sie sich auch im GATT wiederfinden lassen, lässt sich im Ergebnis kein Grund erkennen, von den vergleichsweise einfachen und objektiven Regeln zur Bestimmung des Zollwerts abzuweichen. Insbesondere im Hinblick auf solche Zölle, die

295 Eigene Berechnungen basierend auf den unter <https://data.wto.org/> abrufbaren Daten (zuletzt abgerufen am: 11.11.2020)).

296 *Fabricotti*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XXVIII bis Rn. 12; *Hoekman/Kostecki*, The Political Economy of the World Trading System, 3. Aufl., 2009, S. 197.

297 So für den Agrarsektor auch: *Müller-Eiselt*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 Rn. 7.

zum Schutz der nationalen Wirtschaft oder zur Finanzierung des Staatshaushalts erhoben werden, dürfte dies außer Frage stehen; eine Reduzierung von Zöllen liefe in diesen Fällen den vom GATT grundsätzlich gebilligten entsprechenden Motiven eines Mitglieds geradezu zuwider.

Auch aus dem idealistischen Ziel eines möglichst umfassenden Freihandels zwischen den Mitgliedern der WTO lassen sich keine entsprechenden Argumente gewinnen. Zwar wird danach eine weitestgehende Liberalisierung des Handels zwischen den Mitgliedern und damit auch ein möglichst weitgehender Abbau von Zöllen verfolgt. Die Berücksichtigung von in die Wertschöpfungskette eingeflossenen Dienstleistungen im Rahmen der Transaktionswertmethode dürfte jedoch bei immer komplexer werdenden Wertschöpfungsketten einen enormen Arbeits- und Zeitaufwand bedeuten. Die insbesondere durch die Transaktionswertmethode gewonnenen Vorteile einer für alle Beteiligten einfachen, transparenten und vorhersehbaren Zollwertbestimmung würden dadurch wieder zerstört und der Handel dadurch eher erschwert als gefördert. Das Freihandelsargument könnte im Hinblick auf verkörperte Dienstleistungen daher allenfalls eine weitere Reduzierung von Zöllen insbesondere auch im Bereich von End- und Zwischenprodukten – sprich einen Abbau der Zolleskalation – rechtfertigen, nicht aber zusätzliche Ausnahmevorschriften. Zudem ist nach dem GATT das Mittel der Wahl zur Liberalisierung des Handels die stetige Senkung der Zollsätze in regelmäßigen gegenseitigen Verhandlungen,²⁹⁸ nicht jedoch die Reduzierung des Zollwertes an sich.

Letztlich spricht auch der Wirtschaftszollgedanke gegen einen Abzug des Dienstleistungsanteils bei der Zollwertbemessung. Wie zuvor dargestellt, dient der Wirtschaftszoll maßgeblich der Preisregulierung und der Abschöpfung ungerechtfertigter Preisvorteile beispielsweise durch niedrigere Produktions- oder Lohnkosten im Exportland. Danach resultieren die Preisvorteile der Einfuhrware häufig gerade aus den verkörperten Dienstleistungen und den je nach Land unterschiedlich hohen Kosten, die für diese aufzuwenden sind. Wollte man gerade diese Kosten bei der Zollwertbestimmung unberücksichtigt lassen, würde man der Erhebung von Zöllen unter dem Wirtschaftszollgedanken in weiten Teilen die Legitimationsgrundlage entziehen. Der Zollwert würde sich dann allein nach den in der gehandelten Ware enthaltenen Materialien bestimmen, könnte also insbesondere nicht mehr Preisunterschiede infolge unterschiedlicher Produktions- und Lohnkosten erfassen. Erfasst würden dann allein noch Preisvorteile infolge auf einem anderen Markt niedrigerer Rohstoff- und Materialkosten.

Dass für die Zollwertbestimmung auch verkörperte Dienstleistungen eine Rolle spielen, spiegelt sich nicht zuletzt auch in einer der seltenen Vorschriften in den

298 Vgl. Abs. 3 Präambel GATT.

Warenhandelsübereinkommen der WTO wider, die explizit das Bewusstsein der Mitglieder erkennen lassen, dass Waren und Dienstleistungen nicht derart unabhängig voneinander sind, wie dies die Konzeption von GATT und GATS bisweilen vermuten lässt. So schreibt Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA vor, dass bestimmte Dienstleistungen, insbesondere typische verkörperte Dienstleistungen wie beispielsweise produktbezogene Forschung und Entwicklung oder Design, die vom Käufer unentgeltlich oder zu ermäßigten Preisen im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Verkauf der importierten Waren zur Verfügung gestellt wurden und die für die Herstellung notwendig waren, dem Transaktionswert hinzuzurechnen sind. Daraus, dass diese Dienstleistungen dem Transaktionswert hinzuzurechnen sind und umgekehrt keine vergleichbare Ausnahmenvorschrift für verkörperte Dienstleistungen für den Fall existiert, dass diese in dem Transaktionswert bereits enthalten sind, lässt sich entnehmen, dass ein Abzug des Werts der in der Ware verkörperten Dienstleistungen grundsätzlich nicht gewollt ist. Gleichzeitig enthält Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA aber auch eine Ausnahme, nach der diese Dienstleistungen dann dem Transaktionswert nicht hinzugerechnet werden sollen, wenn sie im Importland erarbeitet wurden. Diese dem Verfahren der passiven Veredelung für Waren vergleichbare Ausnahme soll einen Schutz bzw. eine Förderung der nationalen Dienstleistungsbranchen ermöglichen.²⁹⁹ Zeitgleich lässt sich in dieser Ausnahme aber auch der Wirtschaftszollgedanke wiederfinden. So sind diese Dienstleistungen bereits im Inland zu den im Inland geltenden Bedingungen erbracht worden. Einer Hinzurechnung dieser Dienstleistungen, die in der später importierten Ware verkörpert sind, würde also die unzutreffende Grundannahme zugrunde liegen, dass in Bezug auf diese verkörperten Dienstleistungen Preisvorteile beispielsweise infolge niedrigerer Lohnkosten abzuschöpfen sind, ohne dass solche Preisvorteile aber in Bezug auf die Dienstleistung wegen ihrer Erarbeitung im Inland tatsächlich bestanden.

Zusammenfassend lässt sich der gezielte generelle Abzug verkörperter Dienstleistungen bei der Zollwertbestimmung mit den wesentlichen der Erhebung von Zöllen zugrundeliegenden Motiven und den hierfür vereinbarten Regeln zur Zollwertbestimmung also nicht vereinbaren. Ob sich ein solcher Abzug wirtschaftlich

299 *Díaz Gavier/Guadalupe Báscones*, GTCJ 2014, 260 (262); *Foltea*, How to include 'Mode 5' services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 28; *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 14, Rn. 16 Fn. 10; so offenbar auch in Bezug auf die entsprechende Regelung in Art. 71 Abs. 1 lit. b) iv) UZK: *Möllenhoff/Landmeyer*, AW-Prax 9/2019, 388 (388 f.); *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4271 Rn. 289; siehe zur Diskussion der Mitglieder um den wirtschaftlichen Hintergrund der Ausnahme von Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA auch: *WTO Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting of 27 March 2002, G/VAL/M/26, 2002, Rn. 1.25 ff.

lohen würde, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht überprüft werden. In Anbetracht des im Rahmen eines solchen Abzugs erforderlichen Mehraufwands für Nachweise, Verwaltung und Anwendung der entsprechenden Abzugsregelungen bestehen hieran jedoch in praktischer Hinsicht Zweifel. Sollen verkörperte Dienstleistungen durch den Abbau von Zöllen aber gefördert werden, so wäre das geeignetere und mit den grundlegenden Gedanken des GATT vereinbare Mittel hierfür ein genereller Abbau von Zöllen in dienstleistungsintensiven Bereichen, insbesondere also auch im Bereich von End- und Zwischenprodukten. Für diejenigen in der Ware verkörperten Dienstleistungen, die Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA unterfallen, ist ein Abzug hingegen möglich und auch mit dem Wirtschaftszollgedanken vereinbar.

b) Auswirkungen auf den Warenursprung

Der Umstand, dass ein bisweilen großer Teil der Warenwertschöpfung auch auf Dienstleistungen zurückzuführen ist, die im Laufe des gesamten Herstellungsprozesses von der vorausgehenden Forschung und Entwicklung, dem Design über die eigentliche Herstellung bis hin zum Marketing und Vertrieb in die Ware eingeflossen sind, wird auch zum Anlass genommen, eine Reform der Regelungen zur Bestimmung des Warenursprungs zu fordern, um diese Dienstleistungen stärker zu berücksichtigen.³⁰⁰ Aus diesem Grund soll nachfolgend zunächst der Hintergrund von Ursprungsregeln zur Bestimmung des Warenursprungs dargestellt werden. Anschließend sollen die bisher verwendeten Ursprungsregeln vorgestellt werden, um daran anschließend zu prüfen, ob und wie weit verkörperte Dienstleistungen von diesen bereits erfasst werden und ob gegebenenfalls eine stärkere Berücksichtigung erforderlich oder angezeigt ist.

aa) Hintergrund von Ursprungsregelungen zur Bestimmung des Warenursprungs

In Bezug auf die Ursprungsbestimmung einer Ware wird zwischen zweierlei Arten von Ursprungsregeln unterschieden: den nichtpräferentiellen Ursprungsregeln und den präferentiellen Ursprungsregeln.³⁰¹ Sowohl die präferentiellen als auch

300 So bspw.: *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (S. 302, 304); *Foltea*, How to include 'Mode 5' services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 18; *Geraets/Carroll et al.*, JIEL 2/2015, 287 (295 f.); *National Board of Trade Sweden*, Rules of Origin for the 21st Century, 2020, S. 13.

301 Siehe nur: *Felderhoff*, Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen, 2014, S. 51; *Prieß*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.10. Rn. 2; *Prieß/Stein*, in: *Witte*, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 1; *Puth/Stranz*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 11 Rn. 51 ff.; *Schumann*, in: *Krenzler/Herrmann/Niestedt*, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Losebl. (Stand: Oktober 2018), Art. 59 UZK Rn. 2.

die nichtpräferentiellen Ursprungsregeln dienen immer dazu, einer Ware eine bestimmte Herkunft zuzuordnen. Allerdings können sich die Kriterien für die Bestimmung des Ursprungs unterscheiden, je nachdem zu welchem übergeordneten Zweck und mit welcher handelspolitischen Zielsetzung die Herkunft einer Ware bestimmt werden muss.³⁰² Es kann also durchaus vorkommen, dass eine Ware in präferentieller Hinsicht einen anderen Ursprung hat als aus nichtpräferentieller Sicht.³⁰³

Die präferentiellen Ursprungsregeln dienen dem Zweck, festzustellen, ob einer bestimmten Ware aufgrund ihres Ursprungs eine zolltarifliche Bevorzugung zuteilkommt.³⁰⁴ Um von einer solchen zolltariflichen Bevorzugung profitieren zu können, muss entsprechend auch der präferentielle Ursprung nachgewiesen werden können.³⁰⁵ Soll hingegen keine Vorzugsbehandlung in Anspruch genommen werden, muss die Ware umgekehrt keinen präferentiellen Ursprung haben; eine Ware hat also nicht stets einen präferentiellen Ursprung.³⁰⁶

Solche zolltariflichen Bevorzugungen, für die der präferentielle Ursprung zu bestimmen ist, können sich entweder aus der stetig zunehmenden gegenseitigen Gewährung von Vorzugsbehandlungen in Freihandelsabkommen³⁰⁷ oder aber aus einseitig gewährten Begünstigungen im Rahmen von Präferenzabkommen zur

302 Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 29 f.

303 Schumann, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Losebl. (Stand: Oktober 2018), Art. 59 UZK Rn. 2.

304 Siehe nur: Prieß, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.10. Rn. 2; Prieß/Stein, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 1.

305 Felderhoff, Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen, 2014, S. 52.

306 Felderhoff, Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen, 2014, S. 53.

307 Vgl. die Übersicht bei: WTO Regional trade agreements, abrufbar im Internet unter: <http://rtais.wto.org/UI/charts.aspx> (zuletzt abgerufen am: 23.01.2020). Art. XXIV:5 GATT sieht ausdrücklich – als Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip – die Möglichkeit zur Vereinbarung von Freihandelsabkommen zwischen einzelnen Mitgliedern zur Förderung der wirtschaftlichen Integration der teilnehmenden Länder vor, soweit sich das Abkommen auf annähernd den gesamten Handel bezieht.

Förderung von Entwicklungsländern³⁰⁸ ergeben. Die Mitglieder sind dabei weitestgehend³⁰⁹ frei, die Kriterien für den Ursprungserwerb einer Ware in Freihandelsabkommen auszuhandeln oder in Bezug auf die einseitige Gewährung von Präferenzen gegenüber Entwicklungsländern einseitig festzulegen.³¹⁰ Bestrebungen während der Uruguay-Runde, die präferentiellen Ursprungsregeln auf WTO-Ebene zu harmonisieren, scheiterten letztlich weitestgehend am Widerstand der EG unter Hinweis darauf, dass präferentielle Ursprungsregeln Teil bilateraler Verträge oder einseitig gewählter Präferenzen seien und daher frei vereinbart bzw. festgelegt werden sollten.³¹¹ So wurden im Anhang II zu dem während der Uruguay-Runde verhandelten Agreement on Rules of Origin (ARO)³¹² lediglich einige Pflichten in Bezug auf die Transparenz präferentieller Ursprungsregeln vereinbart. Allerdings steht es den Mitgliedern frei, mit der Gestaltung der präferentiellen Ursprungsregeln unmittelbar handelspolitische Ziele zu verfolgen und die Mitglieder müssen bei deren Gestaltung nicht berücksichtigen, ob durch diese der internationale Handel eingeschränkt, verzerrt oder gestört wird.³¹³

Innerhalb der Freihandels- und Präferenzabkommen dienen die Ursprungsregeln einerseits dem Zweck, sicherzustellen, dass die Zollreduzierungen lediglich dem Vertragspartner zugutekommen und nicht auch „Trittbrettfahrer“ aus Drittstaaten,

308 Die sog. „*enabling clause*“ (Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries: Decision of 28 November 1979, L/4903), die nach Abs. 1 lit. b) iv) *introductory note* GATT 94 ebenfalls für alle Mitglieder verpflichtender Bestandteil des GATT 94 ist, erlaubt den Mitgliedern – ebenfalls als Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip – mit Entwicklungsländern Präferenzen lediglich für einen begrenzten Produktumfang zu vereinbaren.

309 Lediglich in Bezug auf die am wenigsten entwickelten Länder haben sich die Mitglieder in mehreren Ministerkonferenzen auf gemeinsame Mindeststandards für die einfache und transparente Bestimmung des Präferenzursprungs geeinigt, vgl. *Hong Kong Ministerial Conference*, Ministerial Declaration of 18 December 2005, WT/MIN(05)/DEC, 2005, Annex F; *Bali Ministerial Conference*, Ministerial Decision of 7 December 2013, Preferential Rules of Origin for Least-Developed Countries, WT/MIN(13)/42, 2013; *Nairobi Ministerial Conference*, Ministerial Decision of 19 December 2015, Preferential Rules of Origin for Least Developed Countries, WT/MIN(15)/47, 2015.

310 Vgl. *Hoekman/Kostecki*, The Political Economy of the World Trading System, 3. Aufl., 2009, S. 213; *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 174; *Puth/Stranz*, in: Hilt/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 57.

311 *GATT Group of Negotiations on Goods*, Rules of Origin, Communication from the European Communities, MTN.GNG/NG2/W/55, 1990, Rn. 1; *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), The Politics of International Economic Law, 2011, 317 (332).

312 ABl. 1994 Nr. L 336/114. Das Übereinkommen ist Bestandteil des Anhangs 1A zum WTOA und damit eines der für alle Mitglieder verbindlichen multilateralen Übereinkommen zum Warenhandel.

313 *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), The Politics of International Economic Law, 2011, 317 (333).

die sich nicht an den Abkommen beteiligen, in den Genuss der Zollreduzierung kommen.³¹⁴ Über diesen offensichtlichen Zweck von präferentiellen Ursprungsregeln hinaus werden diese andererseits aber auch gezielt zur Förderung der herstellenden Industrie auch in Bezug auf Zwischenprodukte in den an dem Abkommen beteiligten Ländern eingesetzt.³¹⁵ Die präferentiellen Ursprungsregeln sind daher häufig sehr restriktiv und so gestaltet, dass sie lediglich solche Waren begünstigen, die zu einem Großteil auch unter Berücksichtigung der verwendeten Materialien und Arbeitskosten in den beteiligten Ländern hergestellt wurden. Da entsprechend schon die verwendeten Zwischenprodukte ihren Ursprung in einem der beteiligten Länder haben müssen – Drittländer also über die gesamte Produktionskette außenvorgehalten werden – wird präferentiellen Ursprungsregeln immer wieder auch eine protektionistische Wirkung zugeschrieben.³¹⁶ Die Methoden und Maßstäbe zur Bestimmung des Ursprungs weichen dabei aber je nach Abkommen teilweise erheblich voneinander ab, was im Hinblick auf die stetig wachsende Anzahl von Freihandelsabkommen und die Begrenzung der Verhandlungen über gemeinsame Ursprungsregeln lediglich auf den nichtpräferentiellen Ursprung als problematisch gesehen wird.³¹⁷

Während Waren nicht stets einen präferentiellen Ursprung haben müssen, ist es hingegen immer erforderlich, dass eine Ware einen nichtpräferentiellen Ursprung hat – auch wenn dieser nicht immer nachgewiesen werden muss.³¹⁸ So ist es im Rahmen der Handelspolitik der einzelnen Länder grundsätzlich unerlässlich, zu wissen, woher eine bestimmte Ware kommt, was für einen Ursprung sie also hat.

314 *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (326); *Hirsch*, *JWT* 4/1998, 41 (41); *Kaufmann*, *Ursprungsregeln*, 1996, S. 32 f.; *Puth/Stranz*, in: *Hilf/Oeter*, *WTO-Recht*, § 11 Rn. 57. Allerdings wird der wirtschaftliche Nutzen von solchen Handelsumlenkungen zur Erreichung von Handelsvorteilen in Frage gestellt und der eigentliche Grund für Ursprungsregeln daher vor allem in protektionistischen Motiven gesehen: *Felbermayr/Teti et al.*, *On the Profitability of Trade Deflection and the Need for Rules of Origin*, 2018, S. 34.

315 *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (326 f.); *Inama*, *Rules of Origin in International Trade*, 2009, S. 343.

316 *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (326 ff.); *Hirsch*, *JWT* 2/2002, 171 (178 f.); *Hoekman/Kostecki*, *The Political Economy of the World Trading System*, 3. Aufl., 2009, S. 487 f.; *Inama*, *Rules of Origin in International Trade*, 2009, S. 343. Den protektionistischen Einsatz von Ursprungsregeln untersucht: *Chase*, *IO* 3/2008, 507.

317 *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (332); *Hoekman/Kostecki*, *The Political Economy of the World Trading System*, 3. Aufl., 2009, S. 214; *Lester/Mercurio et al.*, *World Trade Law*, 3. Aufl., 2018, S. 338.

318 *Felderhoff*, *Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen*, 2014, S. 53; *Inama*, *Rules of Origin in International Trade*, 2009, S. 46.

Je nach Ursprung werden dann bestimmte handelspolitische Maßnahmen auf die Ware angewendet. Als typische handelspolitische Maßnahmen nennt Art. 1.2 ARO beispielhaft u.a. die Gewährung der Meistbegünstigungsbehandlung, die Erhebung von Antidumping- und Ausgleichszöllen oder auch die Erhebung von Handelsstatistiken. Der nichtpräferentielle Ursprung einer Ware wird daher auch als handelspolitischer Ursprung bezeichnet,³¹⁹ für dessen Ermittlung die nichtpräferentiellen Ursprungsregeln herangezogen werden.

Für den nichtpräferentiellen Ursprung haben sich die Mitglieder im ARO auf einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen geeinigt, innerhalb dessen ein harmonisiertes Ursprungsregelsystem erarbeitet werden soll. Dabei haben die Mitglieder in Art. 1.1 und Art. 1.2 ARO gleich mehrmals betont, dass das Übereinkommen nicht für die präferentiellen Ursprungsregeln gilt. Seit 2007 stehen die Verhandlungen über die weitere Harmonisierung der nichtpräferentiellen Ursprungsregeln allerdings annähernd still; das Bedürfnis, zeitnah gemeinsame nichtpräferentielle Ursprungsregeln zu schaffen, wird nicht von allen Mitgliedern geteilt.³²⁰ Bis endgültig gemeinsame nichtpräferentielle Ursprungsregeln vereinbart werden, dürfen die Mitglieder daher weiterhin jeweils ihre eigenen, autonom gesetzten Ursprungsregeln festlegen.³²¹ Nichts desto trotz legt das ARO den Mitgliedern aber schon jetzt in Art. 2 ARO bestimmte Transparenzpflichten auf, verpflichtet die Mitglieder zu klaren Ursprungsregelungen, zu einer konsistenten, einheitlichen, unparteiischen und nachvollziehbaren Verwaltungspraxis und erlaubt den Mitgliedern lediglich positive³²² Ursprungsdefinitionen. Wegen des Einflusses, den Ursprungsregeln potentiell auf Handelsströme haben können, besonders bedeutsam ist zudem die Verpflichtung der Mitglieder, ihre Ursprungsregeln nicht zur

319 *Felderhoff*, Der Ursprung als Grundlage handelspolitischer Maßnahmen, 2014, S. 53; *Wolffgang*, AW-Prax 1/2012, 1.

320 WTO, Report (2019) of the Committee on Rules of Origin to the Council for Trade in Goods, G/L/1331, 2019. Zu den Gründen: WTO, Report (2013) of the Committee on Rules of Origin to the Council for Trade in Goods, G/L/1047, 2013. Ein harmonisiertes System nichtpräferentieller Ursprungsregeln sei daher nach Ansicht von *Azzam* nicht mehr realistisch; stattdessen wird auf WTO-Ebene weiter an der Verbesserung der Transparenz der jeweils bestehenden nichtpräferentiellen Ursprungsregeln gearbeitet, *Azzam*, GTCJ 10/2019, 467 (468).

321 *Wolffgang*, AW-Prax 1/2012, 1.

322 Das bedeutet, dass Ursprungsregeln positiv festlegen müssen, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um einen bestimmten Ursprung zu erhalten; grundsätzlich unzulässig – außer zur Verdeutlichung positiver Ursprungsregeln – sind negative Ursprungsregeln, die lediglich festlegen, welche Kriterien einen bestimmten Ursprung nicht vermitteln, *Hirsch*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Goods, Art. 2 ARO Rn. 21.

unmittelbaren oder mittelbaren Verfolgung von Handelszielen einzusetzen.³²³ Zudem müssen nichtpräferentielle Ursprungsregeln so gestaltet werden, dass von ihnen keine beschränkenden, verzerrenden oder störenden Wirkungen auf den internationalen Handel ausgehen, und der Ermittlung des Ursprungslands keine ungebührlich strengen Erfordernisse auferlegt werden.³²⁴

Es lässt sich danach grob festhalten, dass jede Ware einen nichtpräferentiellen Ursprung haben muss, und ggf. zur Erlangung einer Vorzugsbehandlung daneben ein präferentieller Ursprung nachgewiesen werden kann. Während den Mitgliedern bei der Festsetzung von Regelungen bezüglich des nichtpräferentiellen Warenursprungs durch das ARO Grenzen gesetzt sind, sind sie bei der Vereinbarung präferentieller Ursprungsregeln weitestgehend frei. Diese Freiheit wird regelmäßig auch genutzt, um durch die Gestaltung der präferentiellen Ursprungsregeln entweder einzelne Entwicklungsländer gezielt zu stärken oder aber innerhalb einer Freihandelszone den gemeinsamen Wirtschaftsraum umfassend zu fördern und gegenüber Drittstaaten nicht unerhebliche Handelsbarrieren in Form der vereinbarten Ursprungsregeln zu errichten.³²⁵

bb) Kriterien zur Ursprungsbestimmung

Obwohl sich die Regeln zur Bestimmung sowohl des präferentiellen als auch des nichtpräferentiellen Ursprungs einer Ware je nach Staat oder Präferenzabkommen voneinander unterscheiden und ein einheitliches System bislang nicht vereinbart werden konnte, bauen die verschiedenen Regelungssysteme doch zumeist alle auf den gleichen Grundkriterien zur Bestimmung des Ursprungs auf.³²⁶ Die Unterschiede zwischen den einzelnen Systemen zur Ursprungsbestimmung resultieren dabei in der Regel aus unterschiedlichen Kombinationen und inhaltlichen Veränderungen der einzelnen Kriterien.³²⁷

323 Art. 2 lit. b) ARO.

324 Art. 2 lit. c) ARO.

325 Es wird angenommen, dass die protektionistische Tendenz präferentieller Ursprungsregeln sogar noch zunehmen wird. Siehe nur: *Hirsch*, JWT 2/2002, 171 (178 f.); *Puth/Stranz*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 11 Rn. 64. Allerdings ist es denkbar, dass bei zunehmendem Ausweichen auf präferentielle Ursprungsregeln zu protektionistischen Zwecken, dem über Art. XXIV:5 lit. b) GATT begegnet wird, wonach Drittländer durch die innerhalb einer Freihandelszone beibehaltenen Handelsvorschriften nicht mehr eingeschränkt werden dürfen als vor Bildung der Freihandelszone, *Hirsch*, in: *Broude/Busch et al.* (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (335).

326 *Hirsch*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Goods, Art. 3 ARO Rn. 6; *Hirsch*, in: *Broude/Busch et al.* (Hrsg.), *The Politics of International Economic Law*, 2011, 317 (318 f.); *Kaufmann*, *Ursprungsregeln*, 1996, S. 35; *van den Bossche/Zdouc*, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4. Aufl., 2017, S. 458.

327 *Kaufmann*, *Ursprungsregeln*, 1996, S. 35.

Diese gemeinsamen Grundkriterien wurden bereits in Anlage D.1 der International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures (Kyoto-Konvention)³²⁸ des Rates für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zollwesens („Brüsseler Zollrat“, heute WCO) festgehalten. Danach lassen sich die Ursprungsregeln auf zwei Grundregeln zurückführen: Waren haben ihren Ursprung entweder in dem Land, in dem sie vollständig gewonnen oder hergestellt wurden (*wholly produced/wholly obtained-criterion*), also insbesondere bei ihrer Herstellung keine ausländischen Erzeugnisse verwendet wurden, oder aber – wenn mehrere Länder an der Herstellung einer Ware beteiligt sind – in dem Land, in dem die wesentliche Be- oder Verarbeitung stattgefunden hat (*substantial transformation criterion*).³²⁹ Um nicht den gesamten Produktionsprozess untersuchen und bewerten zu müssen, hat sich durchgesetzt, dass entscheidend für die Ursprungsbestimmung ist, wo der letzte wesentliche Be- oder Verarbeitungsvorgang stattgefunden hat.³³⁰ Das *wholly produced/wholly obtained-criterion*, das im Wesentlichen auf Naturerzeugnisse und die ausschließlich aus diesen hergestellten Waren Anwendung findet,³³¹ ist mittlerweile angesichts weltweiter Lieferketten und Arbeitsteilung in den Hintergrund getreten und damit eher die Ausnahme denn die Regel.³³² Von wirtschaftlich wichtigerer Bedeutung ist daher das *substantial transformation criterion*.

328 ABl. 1975 Nr. L 100/2 und ABl. 1977 Nr. L 166/3. Die Anlage D.1 der Kyoto-Konvention enthält jedoch – wie auch der entsprechende Anhang K der revidierten Kyoto-Konvention (abrufbar im Internet unter: http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/kyoto_new/spank.aspx (zuletzt abgerufen am: 29.01.2020)) – lediglich Empfehlungen in Bezug auf die anzuwendenden Kriterien zur Bestimmung des Warenursprungs.

329 Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention. Siehe ausführlich zu den gemeinsamen Strukturmerkmalen der Ursprungsregeln auch: Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 35 ff.

330 Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 190 f. So bspw. auch in: Art. 9.1 lit. b) ARO, Art. 60 Abs. 2 UZK. So auch schon: Begriffsbestimmung c) Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

331 Vgl. Einleitung, Norm 2 Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention. Auch wenn dieses Kriterium auf den ersten Blick einfach und unproblematisch erscheint, bestehen auch hier zwischen den Mitgliedern noch Uneinigkeiten, bspw. in Bezug auf die Auswirkungen einiger Minimal-Prozesse oder -Behandlungen auf den Ursprung einer Ware, van den Bossche/Zdouc, The Law and Policy of the World Trade Organization, 4. Aufl., 2017, S. 460.

332 Vgl. Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 38; Mavroidis, Trade in Goods, 2. Aufl., 2013, S. 140; Prieß, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.10. Rn. 14; Prieß/Stein, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 43; Puth/Stranz, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 53.

Das *substantial transformation criterion* ist allerdings recht abstrakt gehalten und gesteht den nationalen Behörden einen hohen Ermessensspielraum zu.³³³ Letztlich wird aber auch hier in der Regel auf die gleichen Grundkriterien zur Bestimmung der Wesentlichkeit der stattgefundenen Be- oder Verarbeitung zurück gegriffen.³³⁴ Diese sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

(1) *Change in tariff classification und specified processing criterion*

Nach dem *change in tariff classification criterion* hat eine wesentliche Be- oder Verarbeitung dann stattgefunden, wenn die hergestellte Ware zolltariflich anders zu klassifizieren ist als alle bei der Herstellung der Ware verwendeten Materialien.³³⁵ Dieses Kriterium fußt auf der Grundannahme, dass die für die Veränderung der zolltariflichen Klassifizierung erforderlichen Arbeitsschritte regelmäßig so umfassend sind, dass sie eine Zurechnung der hergestellten Ware zu dem Land rechtfertigen, in dem der Wechsel der zolltariflichen Klassifizierung stattgefunden hat.³³⁶

Nach dem *specified processing criterion* hat eine Ware hingegen dort ihren Ursprung, wo bestimmte, für jede Ware einzeln festgehaltene Produktionsschritte ausgeführt wurden.³³⁷ Es wird also für jede Ware positiv definiert, welche Be- oder Verarbeitungsschritte als wesentlich genug für eine Ursprungsbegründung zu betrachten sind.³³⁸

Der wesentliche Vorteil des *change in tariff classification criterion* wird in seiner vergleichsweise einfachen, objektiven und schnellen Anwendbarkeit gesehen.³³⁹

333 Siehe nur: Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 39; Puth/Stranz, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 53.

334 Beaucamp, Reformansätze zur Harmonisierung präferenzieller Ursprungsregelungen, 2019, S. 98 (in Bezug auf präferentielle Ursprungsregeln); Hoekman/Inama, in: Francois/Hoekman (Hrsg.), Behind-the-Border Policies, 2019, 209 (210). Vgl. auch Einleitung zur Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

335 Abschnitt A. der Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

336 Felderhoff, in: Witte/Wolffgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. B4005.

337 Abschnitt B. der Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

338 Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 41.

339 Inama, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 455; Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 258; Prieß/Stein, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 44; Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

Gleiches gilt auch für das *specified processing criterion*.³⁴⁰ Allerdings sind für beide Kriterien umfassende Listen für jedes einzelne Produkt erforderlich, die entweder bestimmte ursprungsbegründende Be- und Verarbeitungsprozesse enthalten, festlegen wie groß der Wechsel in der zolltariflichen Klassifizierung sein muss, oder aber bestimmen, wann trotz Vorliegens eines Wechsels der zolltariflichen Klassifizierung ausnahmsweise keine ursprungsbegründende Be- oder Verarbeitung stattgefunden hat oder umgekehrt bei Nichtvorliegen eines Wechsels der zolltariflichen Klassifizierung dennoch eine ursprungsbegründende Be- oder Verarbeitung anzunehmen ist; diese Listen müssen zudem laufend aktualisiert werden, um mit technologischen Innovationen und neuen Produktionsmethoden mithalten zu können.³⁴¹

(2) Value added criterion

Das *value added criterion* macht den Warenursprung von dem Erreichen oder Unterschreiten eines bestimmten zuvor festgelegten Prozentsatzes abhängig.³⁴² Dabei kann entweder ein bestimmter Mindest-Prozentsatz festgelegt werden, um den sich der Warenwert durch weitere Be- oder Verarbeitung gesteigert haben muss, den also nationale Materialien und Produktionskosten zum Gesamtwarenwert beigetragen haben müssen, damit die Wertsteigerung ursprungsbegründend für die Ware wirkt. Oder aber es wird ein Prozentsatz festgelegt, den ausländische Materialien oder Teile maximal an dem endgültigen Warenwert haben dürfen, damit die Ware ihre Eigenschaft als Ursprungsware eines bestimmten Lands behalten darf.³⁴³

Dabei sind die bei der Ermittlung des Warenwerts, der Wertsteigerung oder der verbauten ausländischen Teile und Materialien herangezogenen Kriterien und

340 *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 455; *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 251; *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 45; Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

341 *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 456; *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 251 f., 260; *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 44 f.; Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

342 *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 40.

343 *Beaucamp*, Reformansätze zur Harmonisierung präferenzzieller Ursprungsregelungen, 2019, S. 51 f.; *Hirsch*, in: Broude/Busch et al. (Hrsg.), The Politics of International Economic Law, 2011, 317 (319); *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 46. Vgl. auch: Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention. Siehe zu den unterschiedlichen Auswirkungen verschiedener Gestaltungen des *value added criterion* auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 436 ff., 446. Beispiele verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten auch bei: *Hoekman/Inama*, in: Francois/Hoekman (Hrsg.), Behind-the-Border Policies, 2019, 209 (S. 236 f., 243 f.).

Maßstäbe aber je nach Einzelfall unterschiedlich.³⁴⁴ Auch bei den Berechnungsmethoden gibt es keine einheitliche Linie. So kann der Ursprung entweder davon abhängig gemacht werden, dass der Anteil ausländischer Materialien am Gesamtwarenwert einen bestimmten Prozentsatz nicht überschreitet (*import content method*), oder aber dass nationale Materialien und im Inland ausgeführte Arbeitsschritte einen bestimmten Anteil zur Warenwertschöpfung beigetragen haben müssen; der nationale Wertschöpfungsanteil lässt sich dabei entweder durch Abzug aller verwendeten ausländischen Materialien (*build-down method*) oder aber durch Addition aller verwendeten Materialien nationalen Ursprungs und aller Produktionskosten im Inland (*build-up method*) ermitteln.³⁴⁵

Es lässt sich jedoch ein Trend dahingehend feststellen, dass zunehmend zur Berechnung allein auf die enthaltenen ausländischen Materialien (*import content* bzw. *build-down method*) anstelle der verbauten einheimischen Materialien und eingeflossenen nationalen Prozesse (*build-up method*) abgestellt wird.³⁴⁶ Das hat seinen Grund darin, dass es wesentlich leichter ist, nur den Wert ausländischer Materialien erfassen und nachweisen zu müssen, als zusätzlich zu den nationalen

344 Siehe ausführlich zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten des *value added criterion*: Inama, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 426 ff.; Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 268 ff.; WCO, Comparative Study on Preferential Rules of Origin, 2017, abrufbar im Internet unter: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/origin/instruments-and-tools/reference-material/170130-b_comparative-study-on-pref_roo_master-file_final-20_06_2017.pdf?db=web (zuletzt abgerufen am: 05.03.2020), S. 57 ff. Siehe auch für einen Vergleich entsprechender präferentieller Regelungen im europäischen, nordamerikanischen und chinesischen Raum: Beaucamp, Reformansätze zur Harmonisierung präferenzzieller Ursprungsregelungen, 2019, S. 274 ff.

345 Kniahin/Dinh et al., Global Landscape of Rules of Origin, 2019, S. 17.

346 Hoekman/Inama, in: Francois/Hoekman (Hrsg.), Behind-the-Border Policies, 2019, 209 (210); Inama, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 496 f.; Inama/Crivelli, GTCJ 4/2019, 146 (148). Vgl.: Kniahin/Dinh et al., Global Landscape of Rules of Origin, 2019, S. 51 ff. Vgl. bspw. auch: Art. 4.5 Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA; Text abrufbar unter <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (zuletzt abgerufen am: 24.10.2020)); Art. 29 Abs. 1. lit. b) ASEAN Trade in Goods Agreement (ATIGA; Text abrufbar unter: https://fta.miti.gov.my/miti-fta/resources/2.ASEAN_Trade_in_Goods_Agreement_.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2020)). In Bezug auf die Harmonisierung der WTO-Ursprungsregeln fehlt eine genaue Berechnungsmethode bislang, vgl. bspw. die vage Definition des Wertschöpfungskriteriums in Bezug auf Kapitel 58 des HS, die so auch für andere Kapitel verwendet wird: WTO Committee on Rules of Origin, Draft Consolidated Text of Non-Preferential Rules of Origin, G/RO/W/111/Rev. 6, 2010, S. 157.

Materialien auch noch sämtliche unmittelbar auf die Ware bezogenen Arbeitsprozesse und allgemeinen Kosten zu erfassen und auf die jeweiligen hergestellten Waren aufzuteilen.³⁴⁷

Grundsätzlich spricht für das *value added criterion* allgemein zum einen seine Orientierung an tatsächlichen ökonomischen Verhältnissen sowie die im Grundsatz klare und präzise Bestimmbarkeit aufgrund eines vorher festgelegten Prozentsatzes.³⁴⁸ Nachteilig ist an dem *value added criterion* hingegen, dass der Prozentsatzermittlung eine Vielzahl verschiedener Bezugsgrößen zugrunde gelegt werden können, die – ohne Harmonisierung – das umfassende Verständnis und die Einhaltung entsprechender Regelungen für den Handel stark erschweren; nicht zu vergessen ist zudem, dass schwankende Kostenelemente und Wechselkurse, eine längerfristige Planung der Liefer- und Produktionskette zur Erzielung eines bestimmten Warenursprungs in der Realität erschweren.³⁴⁹ Hinzukommt, dass das *value added criterion* am ehesten dazu verleitet, den Bezug von Materialien an den festgelegten Prozentwerten auszurichten und sich nicht danach zu richten, wo die Materialien am besten und günstigsten hergestellt werden können.³⁵⁰ Demnach kann besonders das *value added criterion* auch handelsverzerrend wirken.³⁵¹ Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass angesichts weltweiter Liefer- und Produktionsketten zunehmende Nachweisprobleme bezüglich der in einer Ware enthaltenen importierten Materialien und Bestandteile und der Kosten hierfür zu befürchten sind.

Trotz des Umstands, dass das *value added criterion* von den genannten Kriterien zur Ursprungsbestimmung den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen am nächsten kommt, ist zu erwarten, dass sich in Zukunft insgesamt das *change in tariff classification criterion* in der Mehrzahl der Fälle als wesentliches Kriterium

347 *Inama/Crivelli*, GTCJ 4/2019, 146 (149 f.).

348 *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 455; *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 277 f.; Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

349 *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 444 f., 456; *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 278 ff.; *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Vorb. Art. 59-68 Rn. 46; Einleitung Anlage D.1 zur Kyoto-Konvention.

350 *Jackson/Davey et al.*, Legal Problems of International Economic Relations, 5. Aufl., 2008, S. 418; *Palmeter*, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round, 1997, 341 (347). So offenbar auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 344.

351 Eine allgemeine Untersuchung der handelsverzerrenden Wirkungen von Ursprungsregeln kam zu dem Ergebnis, dass ohne die NAFTA-Ursprungsregeln Mexikos Importe von Zwischenprodukten 45 % höher ausfallen würden: *Conconi/García-Santana et al.*, From Final Goods to Inputs, 2017, S. 32.

zur Ursprungsbestimmung durchsetzen wird.³⁵² Dies hat seinen Grund nicht zuletzt auch in den Schwierigkeiten, die sich bei der Berechnung und dem Nachweis der entsprechenden Prozentsätze ergeben. Gleichwohl findet das *value added criterion* aber immer wieder noch in Einzelfällen Anwendung oder aber wird in Kombination mit dem *change in tariff classification criterion* verwendet.³⁵³

cc) Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen im Rahmen von Ursprungsregeln

Betrachtet man die zuvor grob skizzierten Möglichkeiten zur Bestimmung des Warenursprungs, so fällt auf, dass am ehesten die Ursprungsbestimmung mittels des *value added criterion* geeignet ist, verkörperte Dienstleistungen zu erfassen. Insbesondere das *change in tariff classification criterion* kann allenfalls mittelbar diejenigen verkörperten Dienstleistungen erfassen, die im Einzelfall einen Wechsel der Klassifizierung herbeiführen. Eine umfassende Berücksichtigung der in die Produktion eingeflossenen verkörperten Dienstleistungen ist jedoch nach diesem Kriterium nicht denkbar. Ebenso ist auch das *specified processing criterion* naturgemäß stark limitiert, was die Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen angeht. Insofern kommen vor allem noch sehr produktionsnahe Tätigkeiten, insbesondere bestimmte Be- und Verarbeitungstätigkeiten von den verkörperten Dienstleistungen zur Ursprungsbegründung in Betracht. Eine Erfassung sämtlicher in die Warenproduktion einfließender verkörperter Dienstleistungen ist jedoch angesichts der Menge in Frage kommender Dienstleistungen praktisch nicht umzusetzen.

Unter dem *value added criterion* können hingegen sämtliche Materialien, Prozesse und damit auch alle verkörperten Dienstleistungen prinzipiell mitberück-

352 *Felderhoff*, in: Summersberger/Merz et al. (Hrsg.), Aussenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll im 21. Jahrhundert, 2018, 233 (240); *Palmeter*, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round, 1997, 341 (343); *Wolffgang*, AW-Prax 7/2015, 221. Vgl. auch: Art. 9:2 lit. c) (ii) ARO. Vor allem in den präferentiellen Ursprungsregelsystemen der USA und Kanada spielt das *value added criterion* aber oftmals noch eine zentrale Rolle, *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 183; *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 267. Auch dies scheint sich jedoch zunehmend zu ändern, stellt doch auch das neue – in Zukunft NAFTA ablösende – Freihandelsabkommen zwischen Kanada, den USA und Mexiko (USMCA) in seinem Annex 4-B (Product-Specific Rules of Origin) überwiegend auf einen Wechsel der zolltariflichen Klassifizierung ab.

353 *Felderhoff*, in: Summersberger/Merz et al. (Hrsg.), Aussenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll im 21. Jahrhundert, 2018, 233 (239 f.); *Kaufmann*, Ursprungsregeln, 1996, S. 267; *Palmeter*, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round, 1997, 341 (346).

sichtigt werden. Insbesondere die Berechnungsmethoden, bei denen die ausländischen Materialien für das *value added criterion* maßgeblich sind (*import content* bzw. *build-down method*), erfassen insofern schon jetzt umfassend verkörperte Dienstleistungen.³⁵⁴ Soweit diese Methoden von den verschiedenen Ursprungsregimen verwendet werden, wird in der Regel lediglich der Wert der ausländischen Materialien zur Berechnung herangezogen; ausländische Dienstleistungen fließen hingegen nicht unmittelbar in die Berechnung ein.³⁵⁵ Entsprechend verbleiben bei Abzug der ausländischen Materialien vom Warenwert neben den nationalen Materialien auch alle in die Ware eingegangenen verkörperten Dienstleistungen nationalen und ausländischen Ursprungs. Dass dabei lediglich die ausländischen Materialien, nicht jedoch auch ausländische verkörperte Dienstleistungen im Zuge der *import content method* unmittelbar in die Berechnung einfließen, führt aber dazu, dass der Anteil ausländischer Materialien am Gesamtwarenwert lediglich einen Teil der auf das Ausland zurückgehenden Wertschöpfung widerspiegelt. Bei der *build-down method* führt die explizite Berücksichtigung lediglich ausländischer Materialien – nicht jedoch ausländischer Dienstleistungen – dazu, dass der nach Abzug der importierten Materialien verbleibende Anteil nationaler Wertschöpfung am Gesamtwarenwert sich nicht nur aus nationalen Materialien und verkörperten Dienstleistungen, sondern zwangsläufig auch aus importierten verkörperten Dienstleistungen zusammensetzt. In der Konsequenz können somit importierte verkörperte Dienstleistungen sogar in einem anderen Land, in dem die Be- oder Verarbeitung der Materialien tatsächlich stattfindet, ursprungsbegründend wirken, indem sie zwar insgesamt den Warenwert steigern, ohne aber bei der *import content* bzw. *build-down method* berücksichtigt zu werden.³⁵⁶

354 *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (301); *Foltea*, How to include ‘Mode 5’ services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 34 f.

355 Vgl. nur bspw. die entsprechenden Regelungen in großen Freihandelsabkommen: Art. 4.5 USMCA, Art. 29 Abs. 1. lit. b) ATIGA, Note 4.2 Annex 3-A zum Japan-EU Free Trade Agreement (JEFTA, Text abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684> (zuletzt abgerufen am: 06.02.2020)). Vgl. auch für die Bestimmung des nichtpräferentiellen Ursprungs im Unionsrecht bspw. die Ursprungsregeln zum Kapitel 63 im Anhang 22-01 zur UZK DelVO. Siehe auch: *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (849); *Geraets/Carroll et al.*, JIEL 2/2015, 287 (295).

356 Zur Verdeutlichung soll folgendes stark vereinfachtes Beispiel dienen: Eine Ware hat den Wert 100. Dieser setzt sich je zu einem Viertel (25) zusammen aus importierten Materialien, importierten Dienstleistungen, nationalen Materialien und nationalen Dienstleistungen. Die Ware hat ihren Ursprung dann in einem Land, wenn der *import content* nicht mehr als ein Viertel ausmacht, oder andersherum mindestens 75 % ihres Werts auf nationalen Ursprung zurückzuführen ist, was durch Abzug aller ausländischen Materialien zu ermitteln ist (*build-down method*). Berücksichtigt man nur die importierten Materialien (25), sind die Ursprungsvoraussetzungen erfüllt, obwohl rein tatsächlich nur die Hälfte

Dagegen ermöglicht die *build-up method* eine differenziertere Berücksichtigung auch der verkörperten Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs. So wird nicht bloß der Wert der Materialien nationalen Ursprungs, sondern es werden auch die direkten nationalen Produktionskosten, also verkörperte Dienstleistungen in die Berechnung mit einbezogen. Üblicherweise muss aber zusätzlich definiert werden, welche Kosten zu den direkten nationalen Produktionskosten zu zählen sind.³⁵⁷ Beispiele wie das ASEAN Trade in Goods Agreement (ATIGA)³⁵⁸ zeigen, dass eine Vielzahl verschiedener verkörperter Dienstleistungen einzubeziehen sein können und neben Kosten für Forschung und Entwicklung, Design und Ingenieursleistungen auch solche für z.B. Miete und Leasing von Fabrikanlagen, Versicherungen oder Darlehenszinsen für die genutzten Anlagen von den Produktionskosten erfasst sein können.³⁵⁹ Auch die USA nutzen im Rahmen ihres Allgemeinen Präferenzsystems eine Ursprungsdefinition, die auf der *build-up method* aufbaut und nach der ebenfalls Kosten u.a. für Forschung und Entwicklung neben den generellen Arbeitskosten für die Ermittlung der nationalen Wertschöpfung explizit zu berücksichtigen sind.³⁶⁰ Insofern scheinen die vorherigen Regelungen jedoch vorauszusetzen, dass tatsächlich auch Verarbeitungsschritte in dem Land, in dem die verkörperten Dienstleistungen ausgeübt wurden, stattgefunden haben.³⁶¹ Demnach können verkörperte Dienstleistungen auch nur dann ursprungsbegründend in einem Land wirken, wenn die Ware dort auch im herkömmlichen Sinne produziert wurde. Der Ursprung kann also gerade nicht in einem Land begründet werden, in dem beispielsweise lediglich die der eigentlichen Produktion vorgelagerten verkörperten Dienstleistungen ausgeführt wurden – selbst wenn diese den wesentlichsten Teil an dem gesamten Warenwert ausmachen.

Eine vollständige Berücksichtigung des Ursprungs sowohl der verwendeten Materialien als auch der verkörperten Dienstleistungen wäre dementsprechend am

des Warenwerts nationalen Ursprungs ist. Die ausländischen Dienstleistungen wirken hier also ursprungsbegründend. Würde hingegen die *build-up method* zur Ermittlung der nationalen Wertschöpfung verwendet, könnte ein Ursprung nicht begründet werden.

357 Vgl. nur: *Inama/Crivelli*, GTCJ 4/2019, 146 (149 f.).

358 Text abrufbar unter: https://fta.miti.gov.my/miti-fta/resources/2.ASEAN_Trade_in_Goods_Agreement_.pdf (zuletzt abgerufen am: 24.10.2020)

359 Art. 29 Abs. 2 lit. d) ATIGA. Ähnlich auch die Definition der direkten Kosten der Produktionsvorgänge im US-amerikanischen Code of Federal Regulations: 19 CFR 10.178, siehe hierzu auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 184 ff.

360 US Code of Federal Regulations: 19 CFR 10.178, siehe hierzu auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 184 ff.

361 Vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. a) ATIGA, wonach der Ursprung in dem Land begründet wird, in dem eine Be- oder Verarbeitung der Ware stattgefunden hat, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind.

ehesten möglich, wenn die verkörperten Dienstleistungen unabhängig von dem Ort der Be- und Verarbeitungsvorgänge einen Warenursprung begründen könnten. Um auch der eigentlichen Produktion vorgelagerte Tätigkeiten wie Forschung und Entwicklung und/oder Design noch berücksichtigen zu können, müsste insgesamt auf den Ursprung der am meisten zum Wert beitragenden Materialien und verkörperten Dienstleistungen abgestellt werden, ohne sich auf den letzten Be- oder Verarbeitungsschritt zu beschränken.³⁶² Die Berücksichtigung des Ursprungs aller verwendeten Materialien und verkörperten Dienstleistungen würde damit noch über den Ansatz der dargestellten Berechnungsmethoden für das *value added criterion* hinausgehen.

Insofern ist aber zu berücksichtigen, dass das ATIGA mit Art. 29 Abs. 1 lit. b) ATIGA auch alternativ noch die *build-down method* zur Bestimmung der nationalen Wertschöpfung zulässt. Auch nutzen die USA – so wie die überwiegende Mehrheit aller Länder – in ihren neueren Freihandelsabkommen ebenfalls immer weniger die *build-up method* und greifen stattdessen umso mehr auf die *build-down method* zurück.³⁶³ Damit werden von diesen Ländern auch verkörperte Dienstleistungen nicht zwangsläufig oder gar nicht mehr unmittelbar in die Berechnung mit einbezogen. Auch die EU nutzt für die Bestimmung des nichtpräferentiellen Ursprungs und des präferentiellen Ursprungs im Rahmen des Allgemeinen Präferenzsystems wie auch einseitig gewährter Präferenzen nicht die *build-up method*, sondern verwendet insofern die *import content method*.³⁶⁴ Die Gründe hierfür lassen sich – wie bereits zuvor dargestellt – im Wesentlichen in der leichteren Anwendbarkeit der entsprechenden Ursprungsregeln finden.

Es lässt sich also feststellen, dass auch im Rahmen von Freihandelsabkommen aus Einfachheitsgründen vermehrt auf die *build-down method* zurückgegriffen wird, obgleich sie einer gezielten Berücksichtigung auch des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen im Wege steht. Gleichzeitig steigt aber der Anteil, den verkörperte Dienstleistungen zum Wert einer Ware beitragen, immer weiter. Es stellt sich also die Frage, ob eine gezieltere Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen im Rahmen präferentieller und nichtpräferentieller Warenursprungsregeln möglicherweise erforderlich ist. Dabei muss auch berücksichtigt werden, wie der Ursprung von Dienstleistungen zu bestimmen ist und welche Auswirkungen die Ursprungsregeln für Dienstleistungen auf die Warenursprungsregeln haben.

362 So offenbar auch: *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (302).

363 *Inama/Crivelli*, GTCJ 4/2019, 146 (150). So auch zuletzt in Art. 4.5 USMCA.

364 Vgl. die verschiedenen Ursprungsregeln in Anhang 22-01, 22-03, 22-11 zur UZK DelVO. Die in der Einleitenden Bemerkung 1.3 zu Anhang 22-01 zur UZK DelVO erläuterte „Wertzuwachs-Regel“ wird in den zugehörigen Listen nicht verwendet.

(1) Erforderlichkeit der Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen bei dem präferentiellen Warenursprung

In Bezug auf den Sinn und Zweck präferentieller Ursprungsregeln³⁶⁵ erscheint eine Berücksichtigung auch des Ursprungs der verkörpertten Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs auf den ersten Blick ohne Weiteres sinnvoll. Sollen die Ursprungsregeln in Freihandelsabkommen verhindern, dass „Trittbrettfahrer“ in den Genuss der Zollpräferenzen kommen, obwohl sie selbst nicht Partei des Abkommens sind und daher auch nicht im Gegenzug zur Gewährung von Präferenzen verpflichtet sind, so lässt sich dieser Gedanke ohne Weiteres auch auf die in der Ware verkörpertten Dienstleistungen übertragen. Angesichts des steigenden Anteils dieser Dienstleistungen am Gesamtwert der Ware und damit einhergehend auch der wachsenden Bedeutung solcher Dienstleistungen für die jeweilige nationale Wirtschaft, sind Dienstleistungs-„Trittbrettfahrer“ hier ebenso von Bedeutung.³⁶⁶

Zugleich spricht auch der mit präferentiellen Ursprungsregeln verfolgte Zweck, die Wirtschaft der beteiligten Vertragsparteien gegenüber der an dem Abkommen nicht beteiligten Konkurrenz besonders zu fördern, für eine Berücksichtigung auch des Ursprungs der verkörpertten Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs. Hierdurch würden neben den nationalen Warenproduzenten auch die nationalen Dienstleister gefördert, indem deren bevorzugte Inanspruchnahme gegenüber ausländischer Konkurrenz notwendig gemacht wird, um einen bestimmten präferentiellen Ursprung zu erhalten. Zudem könnte bei Produkten mit einem hohen Dienstleistungsanteil auf diese Weise erreicht werden, dass für den Ursprung nicht mehr der Materialienanteil, sondern vor allem der Dienstleistungsanteil maßgeblich ist. Somit würden mittelbar auch die mit der Warenproduktion im Zusammenhang stehenden Dienstleister der jeweiligen Vertragspartner in den Genuss des Freihandelsabkommens kommen. Diese Motive sprechen demnach klar dafür, auch den Ursprung der verkörpertten Dienstleistungen bei der Bestimmung des präferentiellen Warenursprungs zu berücksichtigen.

365 Siehe hierzu zuvor unter: D.I.3.b)aa).

366 Beispielsweise könnte sämtliche Forschung und Entwicklung, Design, Vermarktung eines hoch komplexen Produkts (z.B. Computer-Chips) in Land A stattfinden. Um aber in den Vorteil einer Zollpräferenz zu kommen, würde die Produktion der Ware, die allein in Bezug auf die verbauten Teile einen unbedeutenden Wert hat, in Land B verlagert werden. In dieser Konstellation profitiert Land A über die verkörpertten Dienstleistungen gegenüber dem dritten Importland C – das ein Präferenzabkommen mit Land B hat – wesentlich von dem Präferenzabkommen, müsste aber umgekehrt keine vergleichbaren Zugeständnisse machen.

Gleichzeitig muss in Bezug auf die Förderung der Wirtschaft aber auch berücksichtigt werden, dass zu komplexe oder zu strenge Ursprungsregeln die Wirtschaft auch davon abhalten können, einen präferentiellen Ursprung nachzuweisen und folglich auch die Präferenz in Anspruch zu nehmen.³⁶⁷ *Keck/Lendle* stellen insofern dar, dass vor allem fixe Kosten, die sich beispielsweise aus Schulungen für Ursprungsregelungen oder aus der Ausstellung von Ursprungszertifikaten ergeben,³⁶⁸ ausschlaggebend dafür sind, ob eine Präferenz in Anspruch genommen wird.³⁶⁹ Zu den fixen Kosten lassen sich dabei auch solche Kosten zählen, die sich aus der Ermittlung des Ursprungs einer Ware ergeben. Insofern führt die Berücksichtigung weiterer Kostenfaktoren, wie verkörperter Dienstleistungen, bei der Bestimmung des Warenursprungs aber zu einem höheren Aufwand und damit auch zu höheren Kosten für die Ermittlung des Warenursprungs.³⁷⁰ Die Berücksichtigung auch des Ursprungs verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs könnte also bei zu komplizierten Anforderungen gleichzeitig auch die Wirtschaft davon abhalten, Präferenzen in Anspruch zu nehmen. Dies gilt umso mehr, wenn die ohne die Präferenz zu zahlenden Zölle ohnehin schon niedrig sind.³⁷¹

Zudem kann die unmittelbare Berücksichtigung des Ursprungs verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs insbesondere auch für Entwicklungsländer zusätzliche erhebliche Belastungen bedeuten. Angesichts dessen, dass weniger entwickelte Länder schon unter den bestehenden Regelungen immer wieder Schwierigkeiten haben, eine ausreichende ursprungsbegründende Wertschöpfung – insbesondere auf Grund deutlich niedrigerer Lohnkosten

367 *Hoekman/Kostecki*, The Political Economy of the World Trading System, 3. Aufl., 2009, S. 487; *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 360. Das *National Board of Trade Sweden* hat gemeinsam mit der UNCTAD in einer 2018 veröffentlichten Studie herausgefunden, dass der Gesamtwert von europäischen Exporteuren nicht in Anspruch genommener Präferenzen über 70 Billionen Euro betrug, dieser Betrag also bei Inanspruchnahme potentiell hätte eingespart werden können, *National Board of Trade Sweden/UNCTAD*, The Use of the EU's Free Trade Agreements, 2018, S. 20.

368 *Keck/Lendle*, New evidence on preference utilization, 2012, S. 12. Den fixen Kosten werden dabei variable Kosten gegenüber gestellt, die sich beispielsweise aus höheren Materialkosten infolge neuer Zulieferer aus anderen Ländern oder der eigenen Herstellung von Vormaterialien ergeben.

369 *Keck/Lendle*, New evidence on preference utilization, 2012, S. 16.

370 So auch: *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (304).

371 Vgl.: *National Board of Trade Sweden/UNCTAD*, The Use of the EU's Free Trade Agreements, 2018, S. 10.

und regelmäßig auf dem heimischen Markt nicht verfügbarer Rohstoffe und Materialien – zu erreichen,³⁷² machen zusätzliche bei der Ursprungsbestimmung zu berücksichtigende Faktoren, die – insbesondere in technologischen und wissensintensiven Bereichen – einen oftmals nicht unerheblichen Teil am endgültigen Warenwert ausmachen, es den Entwicklungsländern noch schwerer, die für eine Ursprungsbegründung erforderliche Wertschöpfung zu erreichen. Nicht zu vergessen ist dabei, dass hoch technologisierte und wissensintensive Dienstleistungen, die üblicherweise einen erheblichen Wert haben, auf den nationalen Märkten der Entwicklungsländer (noch) selten zur Verfügung stehen. Wollte man dem trotz Berücksichtigung auch der importierten verkörpert Dienstleistungen Rechnung tragen, müsste der Maximalanteil importierter Materialien und Dienstleistungen weiter erhöht, bzw. der Mindestanteil nationaler Materialien und Dienstleistungen weiter gesenkt werden.³⁷³ Dadurch werden zugleich aber auch die Hürden für „Trittbrettfahrer“ weiter gesenkt.

(2) Erforderlichkeit der Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen bei dem nichtpräferentiellen Warenursprung

(a) Im Hinblick auf die im ARO vereinbarten Ursprungsregeln

In Bezug auf nichtpräferentielle Warenursprungsregeln haben sich die Mitglieder im ARO darauf geeinigt, dass sich der Ursprung einer Ware in den zu erarbeitenden harmonisierten nichtpräferentiellen Ursprungsregeln entweder nach dem *wholly produced/wholly obtained-criterion* oder aber nach dem *last substantial transformation criterion* richten soll.³⁷⁴ Wie sowohl das der Konkretisierung³⁷⁵ des *last substantial transformation criterion* dienende *change in tariff heading criterion* als auch das *specified processing criterion* zeigen, ist für die Ursprungs-

372 Vgl.: *Bali Ministerial Conference*, Ministerial Decision of 7 December 2013, Preferential Rules of Origin for Least-Developed Countries, WT/MIN(13)/42, 2013, Rn. 1.3; *Brenton*, in: Newfarmer (Hrsg.), *Trade, Doha, and Development*, 2006, 281 (283 f.); *Dieter*, *Aussenwirtschaft* 3/2004, 273 (279); *Kaufmann*, *Ursprungsregeln*, 1996, S. 279 f.; *Keck/Low*, in: Evenett/Hoekman (Hrsg.), *Economic Development and Multilateral Trade Cooperation*, 2006, 147 (157 f.); *Palmeter*, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, 1997, 341 (347).

373 So bspw. auch schon in Bezug auf die derzeitigen Schwierigkeiten der Entwicklungsländer, die Ursprungsvoraussetzungen zu erfüllen: *Brenton*, in: Newfarmer (Hrsg.), *Trade, Doha, and Development*, 2006, 281 (285).

374 Art. 3 lit. b), 9.1 lit. b) ARO.

375 Vgl.: *Dinh*, *JIEL* 4/2016, 845 (855 f.).

begründung grundsätzlich eine physische Veränderung der Ware selbst erforderlich.³⁷⁶ Diese Veränderung führt entweder zu einer anderen zolltariflichen Einreihung, die die Begründung eines Ursprungs rechtfertigt, oder aber der zur Veränderung führende Be- oder Verarbeitungsschritt ist in der entsprechenden Liste als wesentlich genug für die Ursprungsbegründung aufgeführt. Entsprechend haben die Mitglieder in Art. 2 lit. c) S. 2, 9.1 lit. d) S. 3 ARO auch für gegenwärtige, wie auch für zukünftige gemeinsame Ursprungsregeln ausdrücklich festgehalten, dass nicht auf die Herstellung oder Verarbeitung bezogene Bedingungen nicht zur Voraussetzung für einen Ursprungserwerb gemacht werden dürfen.

Im Gegensatz dazu haben einige bisweilen wesentlich zum Wert einer Ware beiträgende verkörperte Dienstleistungen wie z.B. Forschung und Entwicklung oder Design aber keinen unmittelbaren Einfluss auf die Eigenschaften einer vorhandenen Ware oder vorhandener Materialien. Vielmehr müssen diese Dienstleistungen noch im Zuge eines eigenen Be- oder Verarbeitungsschritts in eine Ware umgesetzt werden, können vorhandene Waren oder Materialien aber nicht verändern. Gerade bei Waren, deren Wert sich immer weniger aus den verbauten Materialien und deren Be- oder Verarbeitung zu einer neuen Ware, sondern vielmehr vor allem aus den der eigentlichen Produktion vorausgehenden Dienstleistungen (z.B. Forschung und Entwicklung, Design) zusammensetzt, kann eine gezielte Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen bei der Ermittlung des Warenursprungs – beispielsweise im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Ursprungs der verbauten Materialien und der verkörperten Dienstleistungen – aber dazu führen, dass Tätigkeiten ursprungsbegründende Wirkung zugeschrieben wird, die sich gar nicht auf eine Ware auswirken, geschweige die für sich gesehen noch nicht einmal – ohne einen weiteren Umsetzungsschritt – zu dem Vorhandensein einer Ware führen. Konkret bedeutet dies, dass der Ursprung einer Ware möglicherweise nicht mehr dort läge, wo eine tatsächliche Veränderung im Sinne des Wortlauts der *last substantial transformation* stattgefunden hat, sondern dort, wo die Ware entworfen, geplant und designt wurde.³⁷⁷

376 Vgl. insofern auch die Bedeutung von „*transformation*“: „*The action of changing in form, shape, or appearance; metamorphosis*“, Brown, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, transformation, S. 3368.

377 So werden die Herstellungskosten eines *Apple iPhone X* beispielsweise auf lediglich die Hälfte des Großhandelspreises geschätzt (*Reuters*, Designed in California, made in China: how the iPhone skews U.S. trade deficit, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-china-apple-idUSKBN1GX1GZ> (zuletzt abgerufen am: 17.10.2020)), sodass davon auszugehen ist, dass ein Großteil des Preises auf von *Apple* in den USA ausgeführte Forschung und Entwicklung, Design, Gemeinkosten und Gewinn zurückzuführen ist.

Allerdings haben die Mitglieder in Bezug auf das *value added criterion* in Art. 2 lit. c) S. 3, Art. 9.1 lit. d) S. 4 ARO auch festgehalten, dass nicht unmittelbar auf die Herstellung oder Verarbeitung bezogene Kosten – beispielsweise also auch Forschung und Entwicklung oder Design – für die Anwendung des *value added criterion* mit einbezogen werden dürfen. Es ist jedoch fraglich, ob die Mitglieder damit ausdrücken wollten, dass das *value added criterion* auch so gestaltet werden kann, dass der eigentlichen Produktion vorgelagerte verkörperte Dienstleistungen in einem Land ursprungsbegründend wirken können, in dem kein Be- oder Verarbeitungsschritt stattgefunden hat. Schließlich haben die Mitglieder im bisherigen Entwurf gemeinsamer harmonisierter nichtpräferentieller Ursprungsregeln bislang in Bezug auf das *value added criterion* stets ausdrücklich klargestellt, dass die Wertsteigerung entweder auf Be- und Verarbeitung oder aber auf Materialien nationalen Ursprungs zurückzuführen sein muss.³⁷⁸ Im bisherigen Entwurf heißt es insofern:

*„The term ‘value acquired as a result of working and processing and incorporation of parts originating in the country of manufacture’ shall mean the increase in value resulting from the assembly itself, together with any preparatory, finishing and checking operations, and from the incorporation of any parts originating in the country where the operations in question were carried out, including profit and the general costs borne in that country as a result of the operations“.*³⁷⁹

Zwar werden insofern auch vorbereitende Tätigkeiten genannt, zu denen sich auch Forschung und Entwicklung oder Design zählen lassen. Solche Tätigkeiten sind allerdings nur zusammen („*together*“) mit der Montage zu berücksichtigen. Für ihre Berücksichtigung muss also stets auch eine Montage stattgefunden haben. Demnach können vorbereitende Tätigkeiten nach dem bisherigen Entwurf gemeinsamer harmonisierter nichtpräferentieller Ursprungsregeln nur dann Beachtung finden, wenn sie in dem Land ausgeführt wurden, in dem auch die eigentliche Montage erfolgte. Die vorbereitenden Tätigkeiten allein, bzw. losgelöst von der eigentlichen Herstellung der Ware können somit nicht den Warenursprung in einem Land begründen, in dem kein Be- oder Verarbeitungsschritt im herkömmlichen Sinn stattgefunden hat.

378 Siehe nur: *WTO Committee on Rules of Origin*, Draft Consolidated Text of Non-Preferential Rules of Origin, G/RO/W/111/Rev. 6, 2010, S. 157, 166, 230.

379 So nur: *WTO Committee on Rules of Origin*, Draft Consolidated Text of Non-Preferential Rules of Origin, G/RO/W/111/Rev. 6, 2010, S. 157, 166, 230 (Hervorhebung im Original).

Hinzukommt, dass einige bisweilen besonders wertstiftende Dienstleistungen wie Forschung und Entwicklung oder Design vor Beginn der eigentlichen Produktionstätigkeit erbracht werden. Eine Gesamtbetrachtung des Ursprungs aller verwendeten Materialien und verkörperten Dienstleistungen hätte potentiell zur Folge, dass einzelne verkörperte Dienstleistungen ursprungsbegründend wirken können, obwohl sie vor dem letzten wesentlichen Arbeitsschritt, oder sogar noch vor dem ersten eigentlichen Herstellungsschritt, erbracht wurden.

Nach alledem würde eine gezielte Berücksichtigung auch des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen über den Wortlaut des *last substantial transformation criterion*, dessen inhaltlicher Konkretisierung das *value added criterion* dienen soll,³⁸⁰ sowohl in Bezug auf „*last*“ als auch in Bezug auf „*transformation*“ hinaus gehen. Infolgedessen müsste – sollen auch besonders wertstiftende verkörperte Dienstleistungen gezielt ursprungsbegründend wirken können – neben dem in Art. 3 lit. b), 9.1 lit. b) ARO für die Bestimmung des Warenursprungs vorgesehenen *wholly produced/wholly obtained*- und dem *last substantial transformation criterion* noch ein weiteres Kriterium zur Ursprungsbegründung geschaffen werden, für das maßgeblich ist, auf welches Land insgesamt der größte Wertschöpfungsanteil in Bezug auf die fertige Ware zurückzuführen ist.³⁸¹ Hierfür wäre eine Änderung der bestehenden Regelungen im ARO erforderlich. In Anbetracht dessen, dass dann auch der eigentlichen Warenproduktion vorgelagerte Dienstleistungen erfasst werden würden, und damit sämtliche wertschöpfenden Arbeitsschritte, Materialien etc. im Hinblick auf ihren Ursprung betrachtet werden müssten, erscheint auch die Festlegung eines Mindestwertschöpfungsanteils nicht mehr sinnvoll; vielmehr müsste dann eine reine Mehrheitsbetrachtung erfolgen, die auf den Ursprung des insgesamt größten Wertschöpfungsanteils abstellt. Anderenfalls wäre es denkbar, dass mehrere Länder den erforderlichen Mindestwertschöpfungsanteil erreichen und der Ursprung der Ware nicht eindeutig nur einem Land zugeordnet werden könnte.

(b) Im Hinblick auf die Anwendungsbereiche nichtpräferentieller Ursprungsregeln

Ob und inwiefern die Schaffung eines solchen eigenen Ursprungskriteriums, innerhalb dessen eine Unterscheidung zwischen sämtlichen nationalen und ausländ-

380 Vgl.: *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (855 f.).

381 In ähnlicher Weise schlägt auch das *National Board of Trade Sweden* als mögliche Ursprungsregel anstelle der *substantial transformation* eine *significant value addition* vor: *National Board of Trade Sweden*, Rules of Origin for the 21st Century, 2020, S. 13.

dischen Waren und auch verkörperten Dienstleistungen erfolgt, für die Anwendungsbereiche nichtpräferentieller Ursprungsregeln über rein handelspolitische Interessen hinaus sinnvoll ist, lässt sich nicht eindeutig beantworten.

Im Hinblick auf das Meistbegünstigungsprinzip könnte eine solche Ursprungsregel, die auf den Ursprung der wesentlichsten Wertschöpfung der Ware abstellt, ermöglichen, dass Mitglieder Waren in Nicht-Mitgliedern produzieren lassen könnten, und diese Waren dennoch – sofern der wesentlichste Anteil der Wertschöpfung in Form verkörperter Dienstleistungen in dem Mitglied erbracht wurde – in den Genuss des Meistbegünstigungsprinzips nach dem GATT kommen. In Anbetracht dessen, dass die WTO derzeit 164 Mitglieder und 24 Beobachter hat,³⁸² erscheint dieser Vorteil aber zu vernachlässigen.

Auch in Bezug auf statistische Zwecke erscheint der Erkenntnisgewinn, der sich aus einer Verlagerung des Ursprungs weg von dem eigentlichen Herstellungsland hin in das Land, in dem die größte Wertschöpfung – potentiell gerade durch verkörperte Dienstleistungen – erfolgt, überschaubar. Schon jetzt sind Statistiken, wie die Trade in Value Added-Statistiken (TiVA) der OECD und der WTO, darauf ausgerichtet, den Ursprung der jeweils erfolgten Wertschöpfung durch verwendete Materialien und verkörperte Dienstleistungen zu erfassen.³⁸³ Auf diese Weise lässt sich ermitteln, welchen Beitrag die jeweiligen Länder zur Wertschöpfung exportierter Waren und Dienstleistungen geleistet haben. Solche Wertschöpfungsstatistiken erscheinen damit genauer und aussagekräftiger, als Statistiken, die darauf abstellen, welchen Gesamtursprung eine Ware hat – gleich, welche Faktoren bei der Bestimmung des Gesamtursprungs berücksichtigt werden.

Vor allem für Anti-Dumping-Maßnahmen könnte eine Ursprungsbestimmung in Abhängigkeit des Ursprungs besonders wertschöpfender verkörperter Dienstleistungen aber sinnvoll sein. Nach Art. 2.1 des Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Anti-Dumping-Agreement, ADA) liegt Dumping vor, wenn eine Ware unter ihrem normalen Wert in ein anderes Land importiert wird. Der normale Wert der Ware richtet sich dabei üblicherweise nach dem Verkaufspreis gleichartiger Waren im normalen Handelsverkehr, die für den Markt des Exportlands bestimmt sind. Stark vereinfacht liegt Dumping also vor, wenn eine Ware zu einem günstigeren Preis importiert

382 Eine vollständige Liste aller Mitglieder und Beobachter ist verfügbar unter: *WTO, Members and Observers*, abrufbar im Internet unter: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (zuletzt abgerufen am: 17.10.2020).

383 *OECD/WTO, Statistics on Trade in Value Added, 2020*, abrufbar im Internet unter: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/data/oecd-wto-statistics-on-trade-in-value-added_tiva-data-en (zuletzt abgerufen am: 17.10.2020).

wird, als sie üblicherweise auf ihrem heimischen Markt gehandelt wird.³⁸⁴ Das ADA geht dabei davon aus, dass sich das Exportland grundsätzlich mit dem Ursprungsland der Ware deckt.³⁸⁵ Unter Berücksichtigung der bislang geltenden Ursprungsregeln, die auf den letzten wesentlichen Be- oder Verarbeitungsschritt abstellen, geht das ADA also davon aus, dass eine Ware dort ihren heimischen Markt hat, wo sie vollständig hergestellt wurde oder der letzte wesentliche Be- oder Verarbeitungsschritt stattgefunden hat.³⁸⁶ Diese Grundannahme des ADA ist jedoch unzutreffend in den Fällen, in denen eine Ware von einem Unternehmen typischerweise in einem Industrieland vollständig entwickelt und designt wird, und in einem anderen Billiglohnland lediglich im Auftrag des Unternehmens zusammengesetzt und gebaut wird, um anschließend unmittelbar im Auftrag des Unternehmens in andere Märkte exportiert zu werden. In diesem Fall hat die Ware ihren Ursprung in dem Billiglohnland und wird auch von diesem aus exportiert, ohne dass die Ware aber in dem Billiglohnland ihren heimischen Markt hat. Das Billiglohnland stellt damit nicht zwangsläufig einen geeigneten Ansatzpunkt für die Ermittlung des normalen Werts der Ware dar; wesentlich geeigneter für einen Vergleich erscheint insofern der Markt, in dem das den Auftrag zur Warenproduktion gebende und letztlich auch den Verkaufspreis der Ware bestimmende Unternehmen seinen Sitz hat. Da das Industrieland aber nach den bisherigen Ursprungsregeln nicht das Ursprungs- und auch kein Exportland ist, kann unmittelbar kein Bezug zu dem eigentlichen heimischen Markt der Ware hergestellt werden. Eine Ursprungsregel, die gezielt berücksichtigt, dass ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung in Form von Forschung und Entwicklung, Design u.ä. nicht auf das Billiglohnland, sondern auf das Land, in dem die Ware ihren eigentlichen heimischen Markt hat, zurückgeht, könnte einen solchen Bezug hingegen herstellen.

Gleichwohl sieht Art. 2.2 ADA schon jetzt eine Möglichkeit vor, einen Vergleichsmarkt oder aber einen Vergleichspreis zu ermitteln, wenn auf dem heimischen Markt des Exportlands keine Vergleichsverkäufe vorliegen oder aber der heimische Markt des Exportlands wegen der besonderen Marktsituation für einen Vergleich nicht geeignet ist. Insofern ist eine Änderung der Ursprungsregeln dahingehend, dass für die Ursprungsbegründung entscheidend ist, wo insgesamt der größte Teil der Wertschöpfung unter Berücksichtigung auch des Ursprungs aller

384 *Berrisch/Düerkop*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.7. Rn. 2.

385 Vgl. Art. 2.5 ADA. So ausdrücklich auch in Art. 1 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 2016/1036 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Union gehörenden Ländern (Anti-Dumping-VO), ABl. 2016 Nr. L 176/21.

386 Vgl. auch Art. 2.5 ADA, wonach der Preis im Exportland nicht heranzuziehen ist, sondern stattdessen auf das Ursprungsland abzustellen ist, wenn die Ware im Exportland nicht hergestellt wird.

verkörpert Dienstleistungen stattgefunden hat, also nicht zwingend erforderlich zur Ermittlung, ob Dumping vorliegt. Zudem ist je nach der konkreten Wertschöpfungskette und der eingeflossenen Materialien und Dienstleistungen auch nicht stets sicher, ob mit Hilfe der Ursprungsregel letztlich auch ein Bezug genau zu dem Industrieland hergestellt werden kann.

Soweit Maßnahmen wie Anti-Dumping- oder Ausgleichszölle bei Subventionen an den Ursprung einer Ware anknüpfen und die Bestimmung des Ursprungs einer Ware entsprechend der Verhinderung von Umgehungsversuchen durch den Export über Drittländer, oder minimale weitere Behandlungen in Drittländern dient, erscheint eine Ursprungsbestimmung in Abhängigkeit des Ursprungs der insgesamt größten Wertschöpfung unter Berücksichtigung auch aller verkörpert Dienstleistungen ebenfalls nicht erforderlich. Zwar würde in Fällen wie Auftragsproduktionen bei einer Ursprungsbeurteilung – die im Hinblick auf die jeweiligen Wertschöpfungsketten nicht stets sicher feststehen muss – im Land des Auftraggebers, der wesentlich zum Wert einer Ware beitragende Forschungs- und Entwicklungsarbeit geleistet und die Ware designt hat, Verlagerungen der Produktion zur Umgehung entsprechender Maßnahmen insgesamt entgegen gewirkt werden können. So könnten Verlagerungen der Produktion nicht mehr zur Umgehung von Maßnahmen führen, wenn die Ware ihren Ursprung nicht in dem Land hat, in dem der letzte wesentliche Be- oder Verarbeitungsschritt stattgefunden hat, sondern dort, wo die im Einzelfall besonders wertstiftenden vorbereitenden Tätigkeiten wie Forschung und Entwicklung, Design etc. ausgeführt wurden. Ob der Ursprung letztlich aber in dem Land begründet würde, in dem diese Tätigkeiten ausgeführt wurden, hinge nicht zuletzt stets auch vom konkreten Einzelfall ab und kann nicht durch eine abstrakte Ursprungsregel, die auf den Ursprung der insgesamt größten Wertschöpfung abstellt, erreicht werden. Danach erscheint eine entsprechende Änderung der Ursprungsregeln auch nicht im Hinblick auf Umgehungskonstellationen zwangsläufig sinnvoll.

Letztlich sprechen damit auch typische Anwendungsfälle nichtpräferentieller Ursprungsregeln nicht eindeutig für eine gezielte Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Ursprungs einer Ware bzw. für die Einführung eines neuen Kriteriums der „wesentlichsten Wertschöpfung“ für die Bestimmung des Warenursprungs.

Insofern ist zudem in Erinnerung zu rufen, dass gerade der nichtpräferentielle Ursprung für alle Anwendungsfälle stets bestimmt und nachgewiesen werden können muss und für alle Beteiligten auch entsprechend einfach ermittel- und anwendbar sein muss. Dies spiegelt sich nicht zuletzt auch darin wider, dass das

value added criterion im Entwurf harmonisierter nichtpräferentieller Ursprungsregeln der WTO kaum mehr eine Rolle spielt.³⁸⁷ Soweit es dort herangezogen wird, ist es mit einigen wenigen Ausnahmen³⁸⁸ nicht das einzige Kriterium zur Ursprungsbestimmung, sondern darf lediglich alternativ zum ansonsten anzuwendenden *change in tariff classification criterion* angewendet werden. Statt des *value added criterion* haben sich die Mitglieder ansonsten entsprechend der Vorgabe für den Arbeitsprozess für die Entwicklung harmonisierter Ursprungsregeln in Art. 9.2 lit. c) (ii) ARO überwiegend allein auf das schnell und einfach anwendbare *change in tariff classification criterion* für die Ursprungsbestimmung geeinigt. Dieses Kriterium kommt von den zur Verfügung stehenden Kriterien zur Ursprungsbestimmung den in Art. 9.1 ARO an gemeinsame Ursprungsregeln formulierten Anforderungen – insbesondere objektive, vorhersehbare und nachvollziehbare Anwendbarkeit – sowie dem Umstand, dass der nichtpräferentielle Ursprung von den Verwaltungen einfach und schnell ermittelt und überprüft werden können soll, am nächsten.³⁸⁹ Die Frage, ob die Einführung eines neuen Ursprungskriteriums zur gezielten Berücksichtigung auch verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des nichtpräferentiellen Ursprungs sinnvoll ist, ist damit nicht zuletzt auch eine Frage der im Anschluss zu untersuchenden Machbarkeit und Praktikabilität.

(3) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für die explizite Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen im Rahmen der bestehenden Regeln zur Ursprungsbestimmung nach deren Wortlaut eigentlich kein Raum ist. Insbesondere der Umstand, dass nach dem Wortlaut der letzte wesentliche Bearbeitungsschritt in der Produktionskette entscheidend sein soll, spricht gegen eine gezielte Miteinbeziehung verkörperter, der eigentlichen Produktion der Ware vorgelagerter Dienstleistungen in die Bestimmung des Ursprungs einer Ware unter den bestehenden Regelungen. In Bezug auf nichtpräferentielle Ursprungsregeln ist eine solche Miteinbeziehung verkörperter Dienstleistungen in die Ermittlung des Warenursprungs bislang in dem Entwurf harmonisierter Ursprungsregeln

387 Das *value added criterion* lässt sich vor allem in Bezug auf die Kapitel 84-90 des HS im derzeitigen Entwurf harmonisierter nichtpräferentieller Ursprungsregeln finden. Auch in den in Anhang 22-01 zur UZK DelVO enthaltenen Regelungen zur Bestimmung des nichtpräferentiellen Warenursprungs der im Anhang enthaltenen Waren spielt das *value added criterion* kaum noch eine Rolle.

388 Beispielsweise soll das *value added criterion* nach dem derzeitigen Entwurf harmonisierter nichtpräferentieller Ursprungsregeln noch für Rechenmaschinen (8470 HS), Videogeräte (8521 HS) oder einzelne Fahrzeuge (8701-8705 HS) Anwendung finden.

389 Vgl.: Kaufmann, Ursprungsregeln, 1996, S. 281.

auch noch nicht enthalten, zumal die Aufnahme eines eigenen neuen Ursprungskriteriums auch eine Änderung von Art. 3 lit. b), 9.1 lit. b) ARO erfordern würde.

Im Unterschied zu den nichtpräferentiellen Ursprungsregeln wird mit präferentiellen Ursprungsregeln aber häufig auch ein über die bloße Ursprungsbestimmung hinausgehender handelspolitischer Zweck verfolgt. Die gezielte Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen kann also geeignet sein, den Dienstleistungssektor der an dem Präferenzabkommen beteiligten Länder besonders zu fördern. Die Berücksichtigung auch des Dienstleistungssektors in neueren Freihandelsabkommen³⁹⁰ zeugt von einem grundsätzlich vorhandenen Interesse zur Förderung auch des gemeinsamen Dienstleistungsmarktes. Insoweit sind den Mitgliedern für die konkrete Gestaltung der präferentiellen Ursprungsregeln durch das ARO auch keine Grenzen gesetzt, die – anders als in Bezug auf nicht-präferentielle Ursprungsregeln – gegen eine handelspolitisch motivierte Berücksichtigung, sowie die Vereinbarung neuer Ursprungsregeln und -kriterien sprechen. Demnach sind die Mitglieder weitestgehend frei, entsprechende ausländische verkörperte Dienstleistungen gezielt bei der Berechnung zu berücksichtigen. Insoweit müsste dann aber auch der Ursprung der einzelnen verkörperten Dienstleistungen ermittelt werden. Im Folgenden soll daher zunächst aufgezeigt werden, wie der Ursprung von Dienstleistungen zu bestimmen ist, um anschließend eine abschließende Beurteilung zu ermöglichen, ob der zusätzliche, mit der Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen im Rahmen der Ursprungsbestimmung verbundene Aufwand mit den jeweils verfolgten Zielen zu rechtfertigen ist.

(4) Ursprung von Dienstleistungen

Auch wenn im GATS der Begriff „Ursprung“ anders als im GATT explizit nicht verwendet wird, lassen sich im GATS mehrere Regelungen finden, über die sich der Ursprung einer Dienstleistung bestimmen lässt.³⁹¹ Der Anknüpfungspunkt für die Ursprungsbestimmung variiert dabei bei den grundsätzlich geltenden Ursprungsregeln³⁹² je nach Erbringungsmodalität.

390 Vgl. bspw. Kapitel 9 des umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommens zwischen Kanada einerseits und der EU und ihren Mitgliedstaaten andererseits (CETA, ABl. 2017 Nr. L 11/23), Kapitel 15 des USMCA, Kapitel 8 JEFTA.

391 *Abu-Akeel*, Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 2/1999, 189 (203); *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (851); *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1086).

392 Art. XXVII, V:6 GATS enthalten weitere spezielle Ursprungsregeln für den Entzug von Handelsvorteilen und für Freihandelsabkommen, siehe hierzu: *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1090).

(a) Modalitäten 1 und 2

Für die Modalitäten 1 und 2 gilt Art. XXVIII lit. f) i) GATS als grundlegende Methode zur Ursprungsbestimmung.³⁹³ Danach hat eine Dienstleistung ihren Ursprung in dem Land, von dem aus sie in ein anderes Land erbracht wird (Modalität 1) oder aber in dem Land, in dem sie an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Landes erbracht wird (Modalität 2).³⁹⁴ Bei der Bestimmung des Lands, von dem aus eine Dienstleistung erbracht wird, können sich Schwierigkeiten bei der Zuordnung vor allem bei über das Internet erbrachten Dienstleistungen ergeben; hier ist der Ort, von dem aus die Dienstleistung tatsächlich erbracht wird, mitunter nicht immer ohne Weiteres ermittelbar.³⁹⁵ Ebenso kann eine Zuordnung auch dann Schwierigkeiten bereiten, wenn der eigentliche Vertragspartner des Dienstleistungsnutzers und der tatsächliche Erbringer der Dienstleistung – insbesondere in Fällen des Dienstleistungsoutsourcings in Drittländer – voneinander abweichen.³⁹⁶ Für die Bestimmung des Ursprungs von Dienstleistungen, die nach Modalität 2 erbracht werden, dürfte die Ursprungsbestimmung hingegen keine großen Probleme bereiten.³⁹⁷ Grundsätzlich steht bei den Modalitäten 1 und 2 für die Bestimmung des Ursprungs aber die Frage, wo bzw. von wo die Dienstleistung von dem Dienstleistungserbringer selbst erbracht wird, im Mittelpunkt.³⁹⁸ Insofern stellt sich die Bestimmung des Ursprungs der Dienstleistung in der Regel abgesehen von wenigen Fällen entsprechend nicht als problematisch dar.

(b) Modalitäten 3 und 4

Für die Modalitäten 3 und 4 ist für die Ursprungsbestimmung hingegen Art. XXVIII lit. f) ii) GATS maßgeblich.³⁹⁹ Der Ursprung einer Dienstleistung richtet sich in diesen Fällen nach der Nationalität des Dienstleistungserbringers

393 *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (851); *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1087); *Zampetti/Sauvé*, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), *The Origin of Goods*, 2006, 114 (141); *Zdouc*, JIEL 2/1999, 295 (328).

394 Eine Ausnahme gilt lediglich für den Seeverkehr, bei dem sich der Ursprung entweder nach dem Land richtet, in dem das Schiff registriert ist oder nach der Nationalität der Person, die die Dienstleistung durch den Betrieb des Schiffes erbringt (Art. XXVIII lit. f) i) GATS). Siehe hierzu auch: *Feinäugle*, in: Wolfrum/Stoll et al., *WTO – Trade in Services*, Art. XXVIII GATS Rn. 23.

395 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1087).

396 *Fink/Nikomborirak*, in: Panizzon/Pohl et al. (Hrsg.), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, 2008, 111 (114). Die Autoren nennen als Beispiel die Erbringung von Call-Center-Dienstleistungen, die von dem Vertragspartner des Dienstleistungsnutzers an einen Dienstleistungserbringer in einem Drittland weiter delegiert werden.

397 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1087).

398 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1087); *Zdouc*, JIEL 2/1999, 295 (328).

399 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1088).

selbst.⁴⁰⁰ Der Ursprung der Dienstleistung wird hier also bloß mittelbar und unter der Annahme, dass die Dienstleistungserbringung grundsätzlich mit dem Dienstleistungserbringer selbst untrennbar verknüpft ist, bestimmt. Wird die Dienstleistung von einer natürlichen Person erbracht, richtet sich der Ursprung der Dienstleistung – sofern die natürliche Person in einem anderen Mitglied als dem Mitglied, in dem die Dienstleistung erbracht wird, ansässig ist – nach der Staatsbürgerschaft oder dem Aufenthaltsrecht⁴⁰¹ des Dienstleistungserbringers (Art. XXVIII lit. k) GATS).⁴⁰² Auch insoweit dürfte die Ursprungsbestimmung tendenziell unproblematisch sein.

Wird die Dienstleistung hingegen von einer juristischen Person im Sinne von Art. XXVIII lit. l) GATS nach den Modalitäten 3 und 4 erbracht, bestimmt sich die Nationalität der juristischen Person nach Art. XXVIII lit. m) GATS. Die Nationalität der juristischen Person entspricht grundsätzlich dem Land, nach dessen Recht sie gegründet oder anderweitig errichtet wurde und in dem sie zudem eine Geschäftstätigkeit von erheblichem Umfang ausübt (Art. XXVIII lit. m) i) GATS). Da aber eine kommerzielle Präsenz im Sinne der Modalität 3 unter anderem auch die Errichtung, den Erwerb oder die Fortführung einer juristischen Person erfasst und eine juristische Person immer nach geltendem Recht gegründet worden sein muss,⁴⁰³ ist die grundsätzliche Regel zur Bestimmung des Ursprungs einer juristischen Person in Bezug auf Modalität 3 nicht sinnvoll anwendbar.⁴⁰⁴ Die Nationalität der juristischen Person bestimmt sich für Modalität 3 daher abweichend nach Art. XXVIII lit. m) ii) GATS. Nach dieser Regelung richtet sich die Nationalität der juristischen Person, hier also der kommerziellen Präsenz, danach, ob sie im Eigentum natürlicher oder juristischer Personen eines anderen Mitglieds steht oder aber von solchen beherrscht wird. Eine juristische Person steht im Eigentum von Personen eines anderen Mitglieds, wenn diese mehr als 50 % des Eigenkapitals der juristischen Person in wirtschaftlichem Eigentum haben (Art. XXVIII lit. n) i) GATS). Personen eines anderen Mitglieds beherrschen die juristische Person, wenn sie berechtigt sind,

400 *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (851); *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1088); *Zampetti/Sauvé*, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), *The Origin of Goods*, 2006, 114 (142); *Zdouc*, JIEL 2/1999, 295 (328).

401 Siehe zur Unterscheidung näher: *Feinäugle*, in: Wolfrum/Stoll et al., *WTO – Trade in Services*, Art. XXVIII GATS Rn. 35 ff.

402 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1088).

403 Art. XXVIII lit. d) i), lit. l) GATS.

404 *Feinäugle*, in: Wolfrum/Stoll et al., *WTO – Trade in Services*, Art. XXVIII GATS Rn. 46. Siehe auch: *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1089 f.).

„[...] to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions“.⁴⁰⁵

In konzeptioneller Hinsicht bestehen in diesem Zusammenhang vor allem dann Probleme, wenn an der kommerziellen Präsenz zwei ausländische Personen unterschiedlicher Nationalität jeweils zu 50 % beteiligt sind, oder aber auch, wenn die Anteile auf mehrere Personen verschiedener Länder aufgeteilt sind, und keine dieser Personen oder nicht mehrere Personen aus dem gleichen Land mehr als 50 % der Anteile halten.⁴⁰⁶ In solchen Fällen ist eine Zuordnung der kommerziellen Präsenz zu einem bestimmten Land, und damit auch die Bestimmung ihrer Nationalität nicht möglich.

Neben diesen konzeptionellen Schwierigkeiten gerade bei der Bestimmung der Nationalität einer kommerziellen Präsenz ist die Bestimmung des Ursprungs einer Dienstleistung mittels der Nationalität des Dienstleistungserbringers aber auch im Hinblick auf die mit Präferenzabkommen von den beteiligten Ländern verfolgten wirtschaftlichen Zwecke problematisch. So kann es beispielsweise sein, dass die Dienstleistung tatsächlich gar nicht von dem Vertragspartner des Dienstleistungsnutzers selbst erbracht wird, sondern die tatsächliche Dienstleistungserbringung von dem Vertragspartner an einen Dritten, den eigentlichen Dienstleistungserbringer ausgelagert wurde; der vertragliche Dienstleistungserbringer und derjenige, der die Dienstleistung tatsächlich erbringt und damit den eigentlichen Wert der Dienstleistung schafft, weichen dann voneinander ab.⁴⁰⁷ Aus wirtschaftlicher Sicht ist das insofern problematisch, als dass das GATS insoweit nicht auf den tatsächlichen Dienstleistungserbringer, sondern auf den vertraglichen Dienstleistungserbringer abzustellen scheint.⁴⁰⁸ Zudem kann es je nach zu erbringender Dienstleistung auch sein, dass die Dienstleistung international arbeitsteilig erbracht wird.⁴⁰⁹ In einem solchen Fall kann es ebenfalls sein, dass der wirtschaftlich wichtigste Teil der Dienstleistungserbringung seinen eigentlichen Ursprung gar nicht in dem Land hat, dem der vertragliche Dienstleistungserbringer nach dem GATS zugerechnet wird.

405 Art. XXVIII lit. n) ii) GATS.

406 Wang, JWT 5/2010, 1083 (1092 ff.).

407 Abu-Akeel, Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 2/1999, 189 (198 ff.); Wang, JWT 5/2010, 1083 (1094 f.).

408 Vgl.: WTO-Appellate Body, Report v. 02.04.2004 – WT/DS204/R, *Mexico – Telecommunications* Rn. 7.42. So auch: Dinh, GTCJ 2017, 299 (303); Dinh, JIEL 4/2016, 845 (852); Wang, JWT 5/2010, 1083 (1095).

409 Wang, JWT 5/2010, 1083 (1094); Zampetti/Sauvé, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), *The Origin of Goods*, 2006, 114 (122).

Somit ist die im GATS vorgesehene Ursprungsbestimmung für nach den Modalitäten 3 und 4 erbrachte Dienstleistungen vor allem wegen der bloß mittelbaren Ursprungsbestimmung über die Nationalität des vertraglichen Dienstleistungserbringers problematisch. Unabhängig davon steht die Bestimmung der Nationalität einer kommerziellen Präsenz zusätzlich dem Problem gegenüber, dass mit Hilfe der bestehenden Regelungen eine Zuordnung rein konzeptionell aufgrund der Beteiligungsverhältnisse oftmals überhaupt nicht möglich ist. Während die Ursprungsregeln für Waren grundsätzlich geeignet sind, stets das Ursprungsland zu ermitteln, besteht in Bezug auf Dienstleistungen aufgrund der konzeptionellen Schwierigkeiten die Möglichkeit, dass der Ursprung einer Dienstleistung durchaus auch einmal gar nicht bestimmt werden kann.

(c) Anwendung von Wertschöpfungskriterien

Wie zuvor dargestellt, sind die im GATS für die Bestimmung des Ursprungs von Dienstleistungen vorgesehenen Regeln nicht immer geeignet, den tatsächlichen Ursprung einer Dienstleistung, also den Ort, an dem die Dienstleistung im Wesentlichen erarbeitet wurde bzw. an dem diejenigen Prozesse ausgeführt wurden, die den wesentlichen Wert der Dienstleistung ausmachen, zu bestimmen. Aus diesem Grund wird teilweise gefordert, den Ursprung von Dienstleistungen – den Warenursprungsregeln ähnlich – für jeden Dienstleistungssektor konkret zugeschnitten auf Grundlage des *substantial transformation criterion* zu bestimmen.⁴¹⁰ An anderer Stelle wird alternativ vorgeschlagen, dass entscheidend für den Ursprung einer Dienstleistung – jedenfalls für die Modalität 3 – sein solle, wo der wesentliche Teil einer Dienstleistung („*substantial input*“) tatsächlich erbracht wurde.⁴¹¹ Konkrete Ursprungsregeln, die diese recht vagen Konzepte näher konkretisieren, werden dort jedoch nicht vorgeschlagen.

So attraktiv solche Konzepte in der Theorie erscheinen mögen, so schwierig sind sie jedoch umzusetzen. Beispielsweise ist es angesichts dessen, dass Dienstleistungen immateriell sind und auch keine Materialien im „Endprodukt“ Dienstleistung verbaut sind, in der Praxis sehr schwer, die einzelnen Verarbeitungsschritte und deren Wertanteil an der endgültigen Dienstleistung objektiv zu bestimmen.⁴¹²

410 *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (855 ff.).

411 *Wang*, JWT 5/2010, 1083 (1103 f.). Vgl. auch schon: *GATT Group of Negotiations on Services*, Rules of Origin and Services: Conceptual Issues, MTN.GNS/W/140, 1991, Rn. 22.

412 *GATT Group of Negotiations on Services*, Rules of Origin and Services: Conceptual Issues, MTN.GNS/W/140, 1991, Rn. 22; *Hoekman*, JWT 4/1993, 81 (89); *Zampetti/Sauvé*, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), *The Origin of Goods*, 2006, 114 (145).

Beispiele wie Telekommunikationsdienstleistungen, die für ausländische Anbieter grenzüberschreitend in der Regel nicht ohne die Nutzung nationaler Telekommunikationsnetze im jeweiligen Zielland möglich sind,⁴¹³ zeigen zudem, dass eine einheitliche Regelung ohne Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten der einzelnen Dienstleistungssektoren kaum machbar sein dürfte. Die Schaffung neuer Ursprungsregeln würde im Vergleich zu den bislang bestehenden – grundsätzlich sehr einfach nachvollziehbaren und objektiv anwendbaren – Ursprungsregeln das Risiko einer weiteren Verkomplizierung und damit auch Verteuerung durch administrativen Mehraufwand für alle Parteien mit sich bringen⁴¹⁴ und würde zudem ermöglichen, dass die Mitglieder vielmehr als bislang mit Hilfe der Ursprungsregeln protektionistische Ziele verfolgen könnten.⁴¹⁵

(d) Ursprungsnachweis

Sowohl in Bezug auf den nichtpräferentiellen Warenursprung als auch in Bezug auf den präferentiellen Warenursprung ist in Norm 2 der Anlage D.2 zur Kyoto-Konvention⁴¹⁶ vereinbart worden, dass ein Ursprungsnachweis nur dann – aber auch immer dann –

„[...] verlangt werden [kann], wenn er für die Anwendung von Präferenzzöllen, von autonom oder vertraglich getroffenen Wirtschafts- oder Handelsmaßnahmen oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Gesundheit erforderlich ist.“

Für die europäische Union ist entsprechend in Art. 61 Abs. 1 UZK festgelegt worden, dass die Zollbehörden einen Ursprungsnachweis verlangen können, sofern in der Zollanmeldung aufgrund zollrechtlicher Vorschriften ein Ursprung angegeben wird. Eine solche Pflicht zur Angabe des nichtpräferentiellen Warenursprungs besteht beispielsweise bei der Anmeldung einer Ware zur Überlassung zum zollrechtlich freien Verkehr.⁴¹⁷ Ebenso muss der Ursprung auch für die Inanspruchnahme einer Präferenz angegeben und dem hierfür erforderlichen Antrag

413 In Abs. 5 des Annex on Telecommunications zum GATS ist daher vereinbart worden, dass ein Land, wenn es in Bezug auf Telekommunikationsdienstleistungen Zugeständnisse macht, ausländischen Dienstleistern auch den Zugang zu den nationalen Telekommunikationsnetzen ermöglichen muss.

414 Vgl. Wang, JWT 5/2010, 1083 (1104).

415 *Zampetti/Sauvé*, in: Cadot/Estevadeordal et al. (Hrsg.), *The Origin of Goods*, 2006, 114 (145). Ähnlich offenbar auch schon: *GATT Group of Negotiations on Services*, Rules of Origin and Services: Conceptual Issues, MTN.GNS/W/140, 1991, Rn. 22.

416 ABl. 1977 Nr. L 166/7.

417 Siehe auch zu weiteren Fällen, in denen der Warenursprung angegeben werden muss: *Generalzolldirektion*, Merkblatt zu Zollanmeldungen, summarischen Anmeldungen und Wiederausfuhrmitteilungen, 2019, S. 9 (dort unter Feld Nr. 34a).

auf Präferenzgewährung die nach den jeweiligen Präferenzregelungen erforderlichen Präferenznachweise oder -erklärungen beigelegt werden.⁴¹⁸ Sowohl für die Ausstellung eines Ursprungsnachweises als auch für die Überprüfung von dessen Richtigkeit bei Zweifeln oder für die Überprüfung einer Ursprungserklärung können weitere Unterlagen zum Nachweis des Ursprungs der Ware verlangt werden.⁴¹⁹

Während in Bezug auf die bei der Warenproduktion verwendeten Materialien ohne Ursprungseigenschaft zum Nachweis in der Regel auf Ursprungsnachweise der Vormaterialien, im Rahmen der Zollabwicklung der Vormaterialien ausgestellte Dokumente und Belege, Lieferantenerklärungen etc. zurück gegriffen werden kann, erfolgt eine vergleichbare Dokumentation des Ursprungs von Dienstleistungen bislang nicht.⁴²⁰ Insbesondere bei der Bestimmung des Ursprungs einer Ware mittels des *value added criteria* besteht aber ein hoher Bedarf an entsprechenden Unterlagen und Dokumenten. Schließlich kann insoweit – je nach konkreter Ausgestaltung des *value added criterion* – der Nachweis des Ursprungs verwendeter Materialien und auch des der Berechnung zugrunde gelegten Werts, wie von der jeweiligen Präferenzregel vorgesehen, von hoher Bedeutung sein. Für den Nachweis des Ursprungs einer Ware kann es daher einen Nachteil darstellen, wenn für einzelne in der Herstellung verwendete Materialien oder aber eben auch Dienstleistungen keine entsprechenden Dokumente oder Unterlagen vorhanden sind, die deren jeweiligen Ursprung belegen.

dd) Ergebnis für Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs

Im Anschluss an die vorangegangenen Ausführungen sollen nachfolgend nun verschiedene Argumente aufgezeigt werden, die für oder gegen die unmittelbare Berücksichtigung des Ursprungs verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung

418 *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Art. 64 Rn. 38.

419 So bspw. Art. 61 Abs. 2 UZK, Art. 19 Abs. 2 des Protokolls über Ursprungsregeln und Ursprungsbestimmungen zu CETA (ABl. 2017 Nr. L 11/465), Art. 5.2 Abs. 2 USMCA. In diesen Freihandelsabkommen (wie auch in vielen anderen Präferenzabkommen der EU) ist vorgesehen, dass der Exporteur einer Ware eine Ursprungserklärung abgibt. Die Zollbehörden können dann – bspw. bei Zweifeln – weitere Unterlagen zum Nachweis der Ursprungseigenschaft verlangen. Entsprechende Ursprungserklärungen sind mittlerweile auch im Rahmen des Allgemeinen Präferenzsystems der EU zugunsten von Entwicklungsländern anstelle von förmlichen Ursprungsnachweisen der Zollbehörden zur Erlangung einer Präferenzbehandlung vorgesehen, siehe hierzu: *Prieß/Stein*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Art. 64 Rn. 60.

420 Vgl. *Dinh*, JIEL 4/2016, 845 (847).

des Warenursprungs sprechen. Auf diese Weise soll abschließend eine eigene Einschätzung zu dieser Frage ermöglicht werden.

Für den präferentiellen Warenursprung mag die gezielte Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen innerhalb des *value added criterions* in protektionistischer Hinsicht zunächst geeignet scheinen, neben den nationalen Herstellern von Materialien auch den nationalen Dienstleistungssektor zu fördern und gegenüber ausländischer Konkurrenz zu bevorzugen. Schließlich besteht zur Erreichung eines bestimmten Präferenzursprungs ein Anreiz, bevorzugt auf nationale Dienstleister zurückzugreifen, wenn anderenfalls durch die Inanspruchnahme ausländischer Dienstleistungen der Anteil ausländischer Materialien und Dienstleistungen über das zulässige Maß steigen oder aber die Inanspruchnahme ausländischer Dienstleistungen die nationale Wertschöpfung unter den erforderlichen Mindestanteil absenken könnte. Im Hinblick auf den nichtpräferentiellen Warenursprung ist den Mitgliedern die Verfolgung protektionistischer Ziele durch die Gestaltung der Ursprungsregeln hingegen nach Art. 2 lit. b) ARO ausdrücklich untersagt. Protektionistische Ziele können damit allein im Hinblick auf den präferentiellen Warenursprung ein Argument für die unmittelbare Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen sein.

Gleichzeitig hat sich in der Praxis allerdings gezeigt, dass Präferenzabkommen gerade von kleinen und mittleren Unternehmen umso weniger in Anspruch genommen werden, umso strikter und aufwendiger die Ursprungsregeln in Bezug auf Erlangung und Ermittlung des Ursprungs sind.⁴²¹ Bei stetig sinkenden Zöllen kann sich der Aufwand, der mit der Bestimmung des präferentiellen Ursprungs verbunden ist, bisweilen für die Unternehmen gegebenenfalls gar nicht lohnen.⁴²² Vor diesem Hintergrund dürfen also auch präferentielle Ursprungsregeln in der Ermittlung, vor allem aber auch in dem Nachweis des Ursprungs nicht derart kompliziert sein, dass sie mit hohen Kosten verbunden sind oder schlichtweg nicht verstanden werden und Präferenzen daher von der Wirtschaft nicht umfassend in Anspruch genommen werden. Insofern zeugt jedoch gerade die zunehmende Heranziehung der *import content* bzw. *build-down method* im Rahmen des

421 *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 360, 362. Allerdings sind die Kosten, die aus der Einhaltung von Ursprungsregeln resultieren, für große Unternehmen größer, da diese ihre Materialien tendenziell aus vielen verschiedenen Ländern beziehen: *Cadot/Graziano et al.*, Do Rules of Origin Constrain Export Growth?, 2014, S. 12.

422 Vgl.: *Manchin/Pelkmans-Balaoing*, J. Asian Econ. 3/2008, 213 (219); *Palmer*, in: Demaret/Bellis et al. (Hrsg.), Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round, 1997, 341 (354 f.) Die Inanspruchnahme von Präferenzen wird aber auch von dem Handelsvolumen bzw. den absolut einsparbaren Kosten abhängig gemacht, da die Erfüllung von Ursprungsregeln und deren Nachweis Fixkosten darstellen: *Keck/Lendle*, New evidence on preference utilization, 2012, S. 15 f.

value added criterion auch von Ländern wie den USA, die bislang auch die *build-up method* verwendeten, davon, dass die ausdrückliche Berücksichtigung von verkörperten Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs diesen Anforderungen offenbar nicht genügt. Anderenfalls ist es nicht nachvollziehbar, warum von der direkten Ermittlung der erfolgten nationalen Wertschöpfung unter Berücksichtigung der nationalen verkörperten Dienstleistungen mit der *build-up method* zunehmend Abstand genommen wird und stattdessen nur noch auf die Materialien ausländischen Ursprungs bei der Berechnung in Form der *import content* und der *build-down method* abgestellt wird. Wenn aber schon die präferentiellen Ursprungsregeln immer mehr auf eine unmittelbare Berücksichtigung nationaler verkörperter Dienstleistungen verzichten, muss dies erst recht in Bezug auf nichtpräferentielle Ursprungsregeln gelten. Während sich bei ersteren ein Mehraufwand im Hinblick auf eine potentielle Zollbefreiung gegebenenfalls noch rechtfertigen ließe, fällt dieser Rechtfertigungsgrund bei dem nichtpräferentiellen Warenursprung, der vor allem einfach und schnell ermittelbar sein muss, aus.

Gleichwohl ist zugunsten einer Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen zunächst zuzugeben, dass die bestehenden Ursprungsregeln für Dienstleistungen vergleichsweise einfach anzuwenden sind, auch wenn sich einzelne Schwierigkeiten – insbesondere in Bezug auf Modalität 3 – sicherlich nicht verneinen lassen. Dies käme sowohl einer Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen bei der Bestimmung des präferentiellen als auch des nichtpräferentiellen Ursprungs zugute. Gleichzeitig ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Ursprung einzelner Dienstleistungen wegen nicht klarer Beteiligungsverhältnisse an der kommerziellen Präsenz gerade im Fall der Modalität 3 nicht immer ermittelt werden kann. Zwar muss dieser Umstand einer generellen Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen bei der Bestimmung des Warenursprungs nicht zwangsläufig entgegenstehen. So könnten verkörperte Dienstleistungen ohne feststellbaren Ursprung prinzipiell – ebenso wie Materialien, deren Ursprung nicht feststellbar ist – in die Berechnung einfließen. Allerdings stellt sich insofern die Frage, ob der Mehraufwand für die unmittelbare Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen insbesondere im Hinblick auf von multinationalen Unternehmen erbrachte Dienstleistungen gerechtfertigt ist, wenn diese gegebenenfalls wegen ihres nicht feststellbaren Ursprungs gar keinen eigenen Warenursprung begründen können.

Hinzukommt, dass die bestehenden Ursprungsregeln für Dienstleistungen darauf hinauslaufen, dass Dienstleistungen – insbesondere bei der Modalität 3 – als ausländisch gelten und daher den Anteil nationaler Wertschöpfung im Rahmen der Bestimmung des Ursprungs einer Ware minimieren, obwohl sie im Inland ausgeführt wurden. Dies liegt aber möglicherweise gar nicht im Interesse der Parteien

des Präferenzabkommens. Beispielsweise sichert auch die kommerzielle Präsenz Arbeitsplätze im Inland oder muss gegebenenfalls Steuern im Inland abführen,⁴²³ sodass je nach Einzelfall gar kein Interesse daran besteht, die kommerzielle Präsenz eines ausländischen Dienstleisters im Zusammenhang mit präferentiellen Warenursprungsregeln schlechter zu stellen. Dieses Problem durch individuell vereinbarte, vom GATS abweichende Ursprungsregeln auch für Dienstleistungen in dem jeweiligen Warenhandelsabkommen zu lösen, würde die Vielfalt präferentieller Ursprungsregeln erheblich erweitern. Ebenso würde auch die Anwendung präferentieller Warenursprungsregeln wegen der weiteren zu beachtenden Besonderheiten zusätzlich verkompliziert werden, sodass eigene Ursprungsregeln für Dienstleistungen insoweit keine geeignete Lösung darstellen. Gleiches gilt auch für die Kritik an den bestehenden Ursprungsregeln für Dienstleistungen bezüglich des Umstands, dass nach diesen oftmals nicht der wirtschaftliche Ursprung der Dienstleistung im Sinne der eigentlichen Wertschöpfung bestimmt wird; auch insofern würden individuell vereinbarte Regeln zur Bestimmung des tatsächlichen und nicht des vertraglichen Ursprungs der Dienstleistung die Ermittlung des präferentiellen Ursprungs zusätzlich verkomplizieren. Die Bedenken in Bezug auf die Bestimmung des Dienstleistungsursprungs mit Hilfe eigener vom GATS abweichender Regeln gelten in gleichem Maße für den nichtpräferentiellen Warenursprung.

In Bezug auf die Bedenken bezüglich des höheren Aufwands bei der Berücksichtigung des Ursprungs verkörperter Dienstleistungen ließe sich auch die Anzahl der zu berücksichtigenden verkörperten Dienstleistungen vorab durch eine Festlegung lediglich auf bestimmte, für den Warenwert besonders erhebliche verkörperte Dienstleistungen reduzieren. Dies würde eine Berücksichtigung verkörperter Dienstleistungen bei der Ermittlung des präferentiellen Warenursprungs vereinfachen. Bei nichtpräferentiellen Ursprungsregeln könnte eine solche Beschränkung lediglich auf bestimmte Dienstleistungen jedoch potentiell zu einem Konflikt mit Art. 2 lit. b) ARO führen. Vor allem bei Industriestaaten mit starken entsprechenden Dienstleistungsbranchen würde eine solche Beschränkung schnell den Eindruck erwecken können, doch unmittelbar durch die Gestaltung der Ursprungsregeln handelspolitische Ziele zu verfolgen.

Nichtsdestotrotz würde die Einbeziehung zusätzlicher Faktoren in die Berechnung für das *value added criterion* – auch wenn ihre Anzahl beschränkt ist – erst

423 Fink, in: Marchetti/Roy (Hrsg.), Opening Markets for International Trade in Services, 2009, 113 (127).

einmal ein Mehr an Rechenaufwand und damit auch höhere Kosten für die Bestimmung des Warenursprungs bedeuten.⁴²⁴ So würde auch durch eine Beschränkung der zu berücksichtigenden verkörperten Dienstleistungen ein wichtiges Problem in Bezug auf den Rechenaufwand nicht gelöst werden können. Anders als bei Materialien, bei denen mit Hilfe von Fertigungsplänen genau ermittelt werden kann, in welcher Menge diese in der endgültigen Ware verbaut wurden und daher eine stückgenaue Berechnung möglich ist, ist eine entsprechende stückgenaue Zuordnung bei verkörperten Dienstleistungen hingegen oftmals nicht möglich. Vielmehr müssen die Gesamtkosten vieler verkörperter Dienstleistungen bei der Ermittlung des Ursprungs einer Ware auf das Einzelstück genau heruntergerechnet werden. Insofern weisen *Geraets et al.* zwar darauf hin, dass manche Dienstleistungen im Zuge der Zollwertbestimmung bereits einer Ware hinzuge-rechnet werden (vgl. Art. 8.1 lit. b) iv) CVA), so dass insofern prinzipiell auch eine Aufteilung der Kosten der Dienstleistung auf die einzelnen daraus hergestellten Waren erfolgt.⁴²⁵ Allerdings sehen die *Interpretative Notes* zu Art. 8 CVA gleich drei verschiedene Optionen für die Aufteilung vor: entweder werden die gesamten Kosten a) auf die erste Lieferung, b) auf alle bis zu dem Zeitpunkt des Imports tatsächlich hergestellten Waren oder aber c) auf die gesamte geplante Produktionsmenge aufgeteilt, letzteres aber nur unter der Voraussetzung, dass die Produktionsmenge vertraglich oder durch andere feste Zusagen verbindlich im Vorhinein vereinbart ist.⁴²⁶ Verschiedene Aufteilungsmöglichkeiten bei der Berechnung für das *value added criterion* zuzulassen, ist im Sinne einer sicheren und zuverlässigen Ursprungsbestimmung aber sowohl für den präferentiellen als auch für den nichtpräferentiellen Warenursprung nicht sinnvoll. Denn anders als bei der Erhebung des Zolls, bei dem es letztlich gleichgültig ist, ob die Beistellung auf einmal oder Stück für Stück berücksichtigt wird, kommt es für die Ursprungsbestimmung gerade darauf an, die jeweiligen Kosten für jedes einzelne Stück genau zu ermitteln, um so bestimmen zu können, wie viel der Wertschöpfung auf welches Land zurückzuführen ist. Hinzukommt, dass bei der Zollwertbestimmung, falls eine Aufteilung nicht möglich ist, die Transaktionswertmethode zwar

424 Vgl. auch: *Dinh*, GTCJ 2017, 299 (304).

425 *Geraets/Carroll et al.*, JIEL 2/2015, 287 (301).

426 Erläuterungen zu Art. 8.1 lit. b) ii) Anhang I zum CVA; *Díaz Gavier/Guadalupe Báscones*, GTCJ 2014, 260 (263); *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 18. Siehe auch zu der europarechtlichen Regelung: *Niestedt*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Losebl. (Stand: Mai 2017), Art. 71 UZK Rn. 18.

keine Anwendung findet, dafür aber dann eine der anderen subsidiären Methoden zur Zollwertbestimmung herangezogen werden kann.⁴²⁷

Für den Warenursprung würde das bedeuten, dass eine Ursprungsregel, die auch den Ursprung der verkörperten Dienstleistungen berücksichtigt, nicht allein stehen könnte. Es müsste vielmehr stets noch eine weitere Ursprungsregel zur Verfügung stehen, die zur Anwendung kommen kann, wenn eine Aufteilung der Kosten der verkörperten Dienstleistungen nicht möglich ist. Anderenfalls könnte entweder eine Präferenz nicht in Anspruch genommen werden – was wegen der Vielzahl potentiell aufzuteilender verkörperter Dienstleistungen ein erheblicher Nachteil wäre – oder aber der nichtpräferentielle Ursprung könnte gar nicht erst bestimmt werden. Bislang werden solche Auffangregeln aber lediglich für den nichtpräferentiellen Ursprung, regelmäßig nicht jedoch für den präferentiellen Ursprung für erforderlich gehalten.⁴²⁸

Der Verweis von *Geraets et al.* ist darüber hinaus auch insofern problematisch, als dass die Hinzurechnung der in Art. 8.1 lit. b) iv) CVA genannten geistigen Beistellungen nur im Ausnahmefall und auch nur für bestimmte Dienstleistungen erfolgt, wenn diese kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung gestellt wurden. Bei der Bestimmung des Warenursprungs müsste vor dem Hintergrund, dass praktisch jede Ware auch einen nicht unerheblichen Anteil verkörperter Dienstleistungen enthält, stets eine Aufteilung erfolgen und nicht bloß im Ausnahmefall. Anders als bei den Hinzurechnungen für die Zollwertbestimmung wäre also stets ein erheblicher Rechen- und Nachweisaufwand erforderlich, der sich auch auf deutlich mehr Dienstleistungen erstrecken könnte als in Art. 8.1 lit. b) iv) CVA vorgesehen.

Nach alledem ist die Berücksichtigung ausländischer verkörperter Dienstleistungen bei der Bestimmung des Ursprungs einer Ware über das *value added criterion* theoretisch durchaus möglich und insbesondere das Problem der Nachweisbarkeit des Ursprungs einer Dienstleistung sicherlich lösbar. Allerdings würde die Berücksichtigung in der Realität einen erheblichen Mehraufwand bedeuten. Zudem stehen die Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Aufteilung der Kosten der verkörperten Dienstleistungen auf die einzelne Ware einer sicheren und vorhersehbaren Anwendbarkeit entgegen. Eine Berücksichtigung der ausländischen verkörperten Dienstleistungen im *value added criterion* liefe daher Gefahr, die sich

427 Erläuterungen zu Art. 8.3 Anhang I zum CVA; Díaz Gavier/Guadalupe Báscones, GTCJ 2014, 260 (264); Liu, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 5; Rosenow/O'Shea, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 43.

428 Inama, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 1 f.

eigentlich aus einem Präferenzabkommen ergebenden Vorteile zunichtezumachen und läuft daher dem eigentlich verfolgten Ziel, die nationale Wirtschaft zu fördern und zu stärken, entgegen. Dies verdeutlicht nicht zuletzt auch die zu beobachtende zunehmende Verwendung der *import content* und der *build down method*. Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die gezielte Unterscheidung auch zwischen ausländischen und nationalen verkörperten Dienstleistungen bei der Berechnung für das *value added criterion* mit den eigentlich durch die präferentiellen Warenursprungsregeln verfolgten Zielen nach hier vertretener Ansicht nicht vereinbar ist. Allenfalls könnte eine Regelung, die auch den Ursprung der verkörperten Dienstleistungen unmittelbar berücksichtigt, alternativ zu einer anderen Ursprungsregel aufgenommen werden. Auf diese Weise bestünde zumindest noch die Möglichkeit, den Warenursprung nach einer alternativen, einfacher anzuwendenden Ursprungsregel zu ermitteln.

Während sich die aufgezeigten Nachteile einer gezielten Unterscheidung nationaler und ausländischer verkörperter Dienstleistungen im Rahmen der Bestimmung des präferentiellen Warenursprungs mittels des *value added criterions* gegebenenfalls aus Sicht einzelner Länder für bestimmte Industrien noch hinnehmen ließen, sprechen sie hingegen gänzlich gegen eine solche Berücksichtigung bei der Bestimmung des nichtpräferentiellen Ursprungs einer Ware. Vor allem der erhebliche Mehraufwand für die Ermittlung des Warenursprungs bei der Berücksichtigung auch des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen spricht gegen eine solche Berücksichtigung bei der Ermittlung des nichtpräferentiellen Warenursprungs. Dieser Mehraufwand und die sich dabei ergebenden Unsicherheiten stehen im Konflikt zu dem Umstand, dass der nichtpräferentielle Ursprung einfach und schnell ermittelt und überprüft werden können muss. In Anbetracht dessen, dass die üblichen Anwendungsbereiche nichtpräferentieller Warenursprungsregeln die Berücksichtigung des Ursprungs der verkörperten Dienstleistungen nicht zwingend erforderlich machen, erscheint ein solcher Konflikt nicht zu rechtfertigen.

II. Anwendbarkeit von GATT und GATS bei produktbegleitenden Dienstleistungen

Wie bereits dargestellt, sind die Erscheinungsformen produktbegleitender Dienstleistungen so vielfältig, wie der Dienstleistungsmarkt selbst.⁴²⁹ Der besseren

429 Siehe zuvor unter: B.III.2.

Übersicht halber soll daher im Folgenden zwischen den *adapting services* und den *smoothing services* unterschieden werden.⁴³⁰

1. Produktbegleitende Dienstleistung als *adapting service*

Bei den *adapting services* handelt es sich um solche Dienstleistungen, durch die eine bestimmte Ware in ihrer Funktionsweise erweitert wird. Die von *Cusumano* hierfür angeführten Beispiele⁴³¹ lassen sich danach unterscheiden, ob die bestimmte Dienstleistung an der Ware selbst ausgeführt wird in Form baulicher, konstruktiver oder technischer Veränderungen, oder ob die Dienstleistung bezogen auf das Umfeld der Ware, bspw. durch besondere Mitarbeiterschulungen oder die Integration in ein bestimmtes System, aus dem sich ein Funktionszuwachs ergibt, erbracht wird.

a) Dienstleistung wird an Ware selbst ausgeführt

Wird die Dienstleistung an der Ware selbst ausgeführt, so stellt sich die Frage, ob nach der Konzeption von GATT und GATS überhaupt noch eine Dienstleistung bzw. eine Dienstleistungstransaktion vorliegt oder ob die Dienstleistung nicht vielmehr in dem Endprodukt aufgeht. Es liegt auf jeden Fall stets ein Grenzübertritt der Ware selbst vor, sodass insoweit das GATT Anwendung findet. Für die Anwendung des GATS bleibt daneben nur dann Raum, wenn neben der Warentransaktion auch noch eine Dienstleistungstransaktion erfolgt.⁴³²

aa) Bearbeitung als Dienstleistung im Sinne des GATS

Zunächst ist fraglich, ob die Anpassung einer bestimmten Ware an bestimmte Kundenwünsche bzw. -bedürfnisse noch eine Dienstleistung im Sinne des GATS darstellt. Gedanklich lässt sich die Individualisierung einer Ware von der Ware selbst trennen, sodass prinzipiell auch eine getrennte Betrachtung möglich ist. Zur Verbildlichung sei auf das Beispiel eines Anzugs hingewiesen: dieser wird von der Stange als Ware gekauft. Die spätere Anpassung des Anzugs durch einen Schneider nach dem Kauf lässt sich von dem eigentlichen Kauf gedanklich trennen und wird kaum noch als Teil des gesamten Herstellungsvorgangs des Anzugs zu betrachten sein.⁴³³ Schwieriger wird es hingegen, wenn der Anzug beim Maßkonfektionär gekauft und im Vorhinein vor der Einfuhr des fertigen Anzugs an

430 Siehe hierzu zuvor unter: B.III.2.

431 *Cusumano/Kahl et al.*, *Strategic Management Journal* 4/2015, 559 (563).

432 Vgl. *Trebilcock/Howse et al.*, *The Regulation of International Trade*, 4. Aufl., 2013, S. 494.

433 Beispiel angelehnt an: *Fleuter*, *Chi. J. Int'l L.* 1/2016, 153 (163).

die Bedürfnisse, genauer die Maße, des Kunden angepasst wird. In diesem Fall erscheint es deutlich schwieriger die Anpassung noch als eigene Dienstleistung neben dem Verkauf des maßkonfektionierten Anzugs zu sehen. Letztlich wird man jedoch in Bezug auf beide Konstellationen zugestehen müssen, dass das bloße Schneidern zunächst einmal eine Tätigkeit darstellt, die für sich betrachtet nicht berührbar ist – anders als das Ergebnis der Schneidertätigkeit – und eine mengenmäßige Messbarkeit beim Grenzübertritt der Schneiderleistung selbst nicht möglich ist.⁴³⁴ Die bereits erarbeiteten Dienstleistungsmerkmale lassen sich somit auch auf die Anpassung bereits bestehender Produkte anwenden, sodass die Anpassung als solche auf den ersten Blick als Dienstleistung im Sinne des GATS gesehen werden kann. Gleichwohl stellte das Panel in *China – Audiovisuals* fest:

*„Obviously, the simple production of a good could not be said to constitute a service, nor would it make sense to undertake commitments under the GATS as regards the production of a good.“*⁴³⁵

In der SSCL sind im Sektor *Business Services* allerdings auch *Services incidental to manufacturing* aufgeführt.⁴³⁶ Da die SSCL explizit auf die CPC verweist, können die hierzu vorhandenen Materialien herangezogen werden, um ein besseres Verständnis davon zu bekommen, was unter solchen Dienstleistungen „*incidental to manufacturing*“ zu verstehen ist.⁴³⁷ Die CPC versteht darunter all solche Tätigkeiten, durch die eine Ware unmittelbar auf Honorar- oder Auftragsbasis für andere hergestellt wird durch die Verarbeitung, Behandlung oder Veredelung von Rohstoffen, die nicht im Eigentum des Herstellers stehen.⁴³⁸ Dem GATS selbst

434 In den Modalitäten 2, 3 und 4 kann im Zeitpunkt des Grenzübertritts des Dienstleistungsnutzers, der Einrichtung einer kommerziellen Präsenz oder der Einreise des Schneiders selbst nicht gemessen werden, wie viele Anzüge letztlich hergestellt werden. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn man den fertigen Anzug als Trägermedium der Schneiderleistung selbst betrachten möchte (Modalität 1; siehe hierzu noch im Folgenden unter: D.II.1.a)bb)).

435 WTO-Panel, Report v. 12.08.2009 – WT/DS363/R, *China – Audiovisuals* Fn. 659. Übernommen in: WTO-Panel, Report v. 10.08.2018 – WT/DS476/R, *EU – Energy Package* Rn. 7.269.

436 Siehe 1. F. i. SSCL.

437 Vgl. zur Bedeutung der CPC für die jeweiligen GATS-Listen der Mitglieder auch: WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – WT/DS285/AB/R, *US – Gambling* Rn. 203.

438 UN, Provisional central product classification, 1991, S. 259. Vergleichbar auch die Dienstleistungsdefinition bei *Maleri*, nach der Dienstleistungen unter Einsatz externer Produktionsfaktoren produziert werden, *Maleri/Frietzsche*, Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 5. Aufl., 2008, S. 5, 31. Vgl. auch eine Notiz des GATT Sekretariats im Rahmen der GATS-Verhandlungen bzgl. des Begriffes „*trade in services*“, die offenbar

lässt sich aber eine solche Differenzierung danach, ob fremde Materialien zur Ausführung der Dienstleistung verwendet werden oder ein bestimmtes Ergebnis durch den Einsatz eigener Produktionsmittel erzielt wird, nicht grundsätzlich entnehmen. Vielmehr lassen sich in der SSCL ebenso Dienstleistungen finden, bei denen der Einsatz eigener Materialien zur Herstellung eines sachlichen Gegenstandes offenbar nicht schädlich ist.⁴³⁹ Zudem war der Appellate Body in *EC – Bananas III*⁴⁴⁰ der Ansicht, dass auch vertikal integrierte Einheiten innerhalb eines Unternehmens potentiell Dienstleistungen erbringen können und somit auch Dienstleistungserbringer im Sinne des GATS sein können,⁴⁴¹ sodass es auf die Unterscheidung danach, ob tatsächlich im Rahmen eines Auftragsverhältnisses zu Gunsten eines Dritten produziert wird bzw. die Produktionstätigkeit an fremdem Eigentum ausgeführt wird, nach Ansicht des Appellate Body offenbar nicht grundsätzlich ankommen kann.

Zwischen den Mitgliedstaaten bestand jedoch gerade in Bezug auf solche Dienstleistungen, die entweder auf die Herstellung einer Ware im Rahmen eines Auftragsverhältnisses oder im Zusammenhang mit der Warenproduktion erbracht werden, Uneinigkeit darüber, ob solche Dienstleistungen noch in den Anwendungsbereich des GATS fallen, steht an deren Ende doch letztlich stets eine Ware, die unstreitig allein in den Anwendungsbereich des GATT fällt.⁴⁴² Insofern wurde befürchtet, durch eine Zuordnung solcher Produktionstätigkeiten zu den Dienstleistungen die Unterscheidung wirtschaftlicher Tätigkeiten nach Waren und Dienstleistungen aufzuheben.⁴⁴³ Befürworter einer Zuordnung solcher Tätigkeiten zum GATS führten für ihre Position hingegen an, dass solche Tätigkeiten in

ebenfalls von einem notwendigen Fremdbezug als notwendiges Kriterium von Dienstleistungen ausgeht, *GATT Group of Negotiations on Services*, Glossary of Terms/Inventory of Concepts and Points in Discussion, MTN.GNS/W/43, 1988, S. 2.

439 So bspw. *General construction work for buildings, for civil engineering* (3. A., B. SSCL) oder *Packaging services* (1. F. q. SSCL).

440 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III*.

441 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 227.

442 Siehe hierzu: *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 28 November 2000, Note by the Secretariat, S/CSC/M/18/Rev. 1, 2001, Rn. 3 ff.; *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 4 October 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/17, 2000, Rn. 4 f.; *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 11 July 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/16, 2000, Rn. 4 ff. Vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Waren und Dienstleistungen bei den *manufacturing services* auch: Lang, in: Bethlehem/McRae et al. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009 (178 ff.).

443 *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 4 October 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/17, 2000, Rn. 4; *WTO Committee on Specific*

der CPC als Dienstleistungen genannt seien und sich die Mitglieder während der Uruguay-Runde an der CPC orientiert hätten, zumal einige Mitglieder auch entsprechende Zugeständnisse gemacht hätten.⁴⁴⁴ Wie problematisch eine solche Zuordnung solcher Tätigkeiten zu den Dienstleistungen ist, zeigt sich auch in der Aussage eines Befürworters einer Zuordnung zum GATS, wonach die bloße Tätigkeit zwar dem GATS zuzuordnen sei, das Ergebnis der Tätigkeit, also die Ware weiterhin in den Anwendungsbereich des GATT falle.⁴⁴⁵ Nicht nur ist diese Differenzierung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur schwer nachzuvollziehen, da es dem Auftraggeber solcher Tätigkeiten letztlich auf das Ergebnis, also die Ware, ankommt und er auch die Ware beauftragt. Zudem führt sie auch zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten, da das GATS nach Art. XXVIII lit. b) GATS als Dienstleistungserbringung auch den Verkauf und die Bereitstellung der Dienstleistung erfasst; es ist aber fraglich, was außer der fertigen Ware dann noch verkauft oder bereitgestellt werden kann. Die fertige Ware müsste vielmehr als Ergebnis der entsprechenden Tätigkeiten zugleich auch unter Berücksichtigung von Art. XXVIII lit. b) GATS in den Anwendungsbereich des GATS fallen. Zudem würde eine solche Zuordnung auf die Herstellung einer Ware gerichteter Tätigkeiten zum GATS mittelbar den durch das GATT vermittelten Schutz des grenzüberschreitenden Warenhandels weit über das ursprüngliche Maß hinaus erweitern, das – im Unterschied zum GATS – nur den Schutz des Handelsvorgangs als solchem, nicht aber auch den des Herstellers in Bezug auf den Herstellungsvorgang vorsieht.⁴⁴⁶ Ein Großteil der Mitglieder war entsprechend auch der Meinung, dass solche Tätigkeiten grundsätzlich nicht als Dienstleistungen eingeordnet werden und entsprechend auch nicht in den Anwendungsbereich des GATS fallen sollten.⁴⁴⁷ Letztlich wurde die Entscheidung über die Zuordnung solcher

Commitments, Report of the Meeting held on 11 July 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/16, 2000, Rn. 5.

444 *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 28 November 2000, Note by the Secretariat, S/CSC/M/18/Rev. 1, 2001, Rn. 4; *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 11 July 2000 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/16, 2000, Rn. 5.

445 *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 28 November 2000, Note by the Secretariat, S/CSC/M/18/Rev. 1, 2001, Rn. 4.

446 So explizit in Bezug auf die Inländerbehandlung (Art. III GATT): *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 27; GATT 47-Panel, Report v. 07.02.1984 – BISD 30S/140, *Canada – Foreign Investment Review Act* Rn. Rn. 6.5. Vgl. auch allgemein: *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 838.

447 *WTO Committee on Specific Commitments*, Report of the Meeting held on 28 November 2000, Note by the Secretariat, S/CSC/M/18/Rev. 1, 2001, Rn. 6.

Dienstleistungen seinerzeit von den Mitgliedstaaten jedoch nicht für wichtig erachtet und eine endgültige gemeinsame Entscheidung über deren Zuordnung nicht getroffen.⁴⁴⁸

Letztlich sind Gegenstand des GATS jedoch nicht Dienstleistungen generell, sondern speziell der grenzüberschreitende Handel mit solchen. Angesichts dessen, dass nach Art. I:3 lit. b) GATS grundsätzlich alle Dienstleistungen – lediglich mit Ausnahme solcher, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden – vom GATS erfasst sein sollen, und solche Tätigkeiten, die an einer Ware selbst ausgeführt werden, auch viele Charakteristika der dem GATS unterfallenden Dienstleistungen aufweisen, erscheint es daher sinnvoll, zusätzlich zu untersuchen, ob auch ein Handel mit solchen Tätigkeiten – will man sie denn als Dienstleistungen betrachten – vorliegt. Insbesondere Beispiele wie die Anpassung einer Maschine beim Käufer vor Ort zeigen zudem, dass es zu nicht unerheblichen Lücken kommen kann, schließt man solche Tätigkeiten ganz grundsätzlich vom Anwendungsbereich des GATS aus. Lassen sich schon über die Frage, ob der Handel mit solchen Tätigkeiten zeitgleich auch einen Warenhandel im Sinne des GATT bedeutet, Abgrenzungsschwierigkeiten beheben, steht einer Zuordnung von an einer Ware ausgeführten Tätigkeiten insgesamt oder zumindest im Einzelfall zu den Dienstleistungen und damit zum Anwendungsbereich des GATS nichts entgegen.

bb) Bearbeitung als Dienstleistungshandel im Sinne des GATS

Im Folgenden soll daher zusätzlich untersucht werden, inwieweit solche produktbezogenen Tätigkeiten, die an der Ware selbst ausgeführt werden und dadurch deren Funktionsumfang erweitern, den Erbringungsmodalitäten von Art. I:2 GATS zugeordnet werden könnten. Dabei ist nach dem Zeitpunkt der Erbringung der Tätigkeit zu unterscheiden, sprich danach, ob die Tätigkeit vor oder nach der Einfuhr einer Ware an dieser ausgeführt wird.

(1) Bearbeitung vor Einfuhr der Ware

Wird die Tätigkeit vor der Einfuhr der Ware an dieser ausgeführt, so kommen als Erbringungsformen allenfalls die Modalitäten 1 (*cross-border supply*) und 2 (*consumption abroad*) in Betracht. Denkbar wäre es, die angepasste Ware als Trägermedium der Anpassungstätigkeit zu sehen (Modalität 1) oder aber die Anpassung als Erbringung im Land des Produzenten an den Käufer der Ware als Dienstleistungsnutzer aus einem anderen Mitgliedsstaat der WTO (Modalität 2) zu sehen.

448 WTO Committee on Specific Commitments, Report of the Meeting held on 9 May 2001 – Note by the Secretariat, S/CSC/M/20, 2001, Rn. 5.

(a) *cross-border supply*

In Bezug auf die Dienstleistungserbringung im Sinne der Modalität 1 ist stets ein Grenzübertritt zumindest der Dienstleistung als solcher erforderlich.⁴⁴⁹ In Bezug auf die vor dem Wareneingang erfolgte Anpassung, Bearbeitung, Herstellung etc. wird man jedoch nur schwer sagen können, dass diese selbst mit Hilfe der Ware als Trägermedium die Grenze quert. Vielmehr ist die Ware das Ergebnis dieser Tätigkeit und nicht bloßes Hilfsmittel zur Übermittlung der Anpassungstätigkeit an den Dienstleistungsnutzer. Letztlich wurde die Anpassungstätigkeit im Zeitpunkt der Ausführung verbraucht und ist in der hergestellten bzw. veränderten Ware aufgegangen. Bereits in Bezug auf die Fälle, in denen die Ware als Trägermedium der Dienstleistung fungiert, wurde zudem festgestellt, dass für eine Anwendung des GATS neben der Anwendung des GATT auf das Trägermedium samt darin verkörperter Dienstleistung kein Platz mehr ist.⁴⁵⁰

(b) *consumption abroad* – Abgrenzung zwischen den Modalitäten 1 und 2

Ob sich produktbezogene Tätigkeiten, die vor Einfuhr einer Ware an dieser ausgeführt werden, als *consumtion abroad* verstehen lassen, hängt hingegen maßgeblich davon ab, ob wesentliche Voraussetzung für diese Erbringungsmodalität auch der physische Grenzübertritt des Dienstleistungsnutzers oder zumindest einer diesem gehörenden Sache hin zum Dienstleistungserbringer ist. Schließlich wird die Ware angepasst, bevor sie importiert und dem Empfänger zur Verfügung gestellt wird; sie überschreitet damit keine Grenze vom Empfänger der Ware hin zu ihrem Hersteller – und später wieder zurück zum Empfänger – sondern quert lediglich im Rahmen der Lieferung der fertig angepassten Ware hin zum Empfänger der Ware eine Grenze.

Der Wortlaut von Art. I:2 lit. b) GATS gibt hierüber keine eindeutige Auskunft. Danach ist zunächst entscheidend, dass die Dienstleistungserbringung im Hoheitsgebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds erbracht wird. Da die Erbringung einer Dienstleistung nach Art. XXVIII lit. b) GATS neben der eigentlichen Bereitstellung der Dienstleistung⁴⁵¹ an den Dienst-

449 Vgl. *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 842; *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 92; *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 32; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 17; *Zacharias*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 38.

450 So bereits zuvor unter: D.I.2.

451 In der englischen Fassung: „*delivery of a service*“.

leistungsnutzer auch die Produktion, den Vertrieb, die Vermarktung und den Verkauf der Dienstleistung erfasst,⁴⁵² erscheint es zunächst denkbar, dass für die Erbringung einer Dienstleistung im Sinne von Modalität 2 eine physische Nähe zwischen Dienstleistungsnutzer und -erbringer und damit ein tatsächlicher Grenzübertritt des Dienstleistungsnutzers nicht zwingend erforderlich ist. Schließlich setzen zumindest der Verkauf – man denke nur an den telefonischen oder elektronischen Abschluss eines Vertrags über eine bestimmte Dienstleistung – der Vertrieb, die Vermarktung und letztlich auch die Produktion nicht notwendig die zeitgleiche Anwesenheit auch des Dienstleistungsnutzers voraus. Wenn der GATS-Rat in Bezug auf den Anwendungsbereich der Modalität 2 aber formuliert:

*„Often the actual movement of the consumer is necessary as in tourism services. However, activities such as ship repair abroad, where only the property of the consumer ‘moves’, or is situated abroad, are also covered“*⁴⁵³

so setzt er offenbar einen grenzüberschreitenden Bezug auch im physischen Sinne als zwingende Bedingung bei der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Modalität 2 voraus. Auch das Panel ging in *US – Gambling* offenbar davon aus, dass lediglich die Dienstleistungserbringung nach der Modalität 1 keine gleichzeitige Anwesenheit von Dienstleistungsempfänger und -nutzer am gleichen Ort voraussetzt.⁴⁵⁴

Offenbar im Widerspruch dazu wies der GATS-Rat im Angesicht der steigenden Bedeutung des Online-Handels und der Möglichkeiten zur Dienstleistungserbringung mittels des Internets aber darauf hin, dass letztlich in allen vier Erbringungs-Modalitäten auch die elektronische Übermittlung von Dienstleistungen möglich

452 Auf diese weite Definition der Dienstleistungserbringung stützte sich seinerzeit auch die EG im Rahmen der Diskussionen über die Klassifizierung von „*digitised products*“. Danach stelle die Entwicklung einer Software eine Dienstleistung dar, deren elektronische Übermittlung aus dem Ausland als „*delivery of a service*“ (Hervorhebungen wie im Original) ebenfalls von der Definition der Dienstleistungserbringung in Art. XXVIII lit. b) GATS umfasst sei, *WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 17.*

453 *WTO Council for Trade in Services, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, Rn. 29* (Hervorhebungen wie im Original).

454 Vgl. WTO-Panel, Report v. 10.11.2004 – *WT/DS285/R, US – Gambling* Rn. Rn. 6.29 ff. Dem ist auch der Appellate Body gefolgt, wenn er die Maßnahme allein im Hinblick auf die von den USA in Bezug auf Modalität 1 gemachten Zugeständnisse hin überprüft, siehe: WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – *WT/DS285/AB/R, US – Gambling* Rn. 215. So auch: *Wunsch-Vincent, WTR 3/2006, 319 (326).*

ist,⁴⁵⁵ die zeitgleiche Anwesenheit von Dienstleistungserbringer und -nutzer am gleichen Ort also in allen vier Modalitäten nicht mehr zwangsläufig erforderlich ist. Überzeugend nennt das WTO-Sekretariat u.a. das Online-Banking einer ausländischen Bank mit einer lokalen Niederlassung als Beispiel einer solchen elektronischen Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Modalität 3.⁴⁵⁶ Im Ergebnis kommt es daher nach der Ansicht des WTO-Sekretariats, anders als die Beschreibungen der einzelnen Erbringungsmodalitäten in den *Scheduling Guidelines* zunächst vermuten lassen, nicht (immer) auf die tatsächliche physische Nähe zwischen Dienstleistungserbringer und -nutzer an.

Angesichts dessen erscheint es bisweilen schwierig, insbesondere die Modalitäten 1 und 2 voneinander abzugrenzen.⁴⁵⁷ So wird darauf verwiesen, dass auch der Besuch einer Internetseite eines Dienstleistungserbringers und der Vertragsschluss über diese Internetseite durch einen Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds als „virtuelle“ Wanderung des Nutzers hin zum Dienstleistungserbringer gesehen werden kann.⁴⁵⁸ In diesem Fall ließe sich dann auch die Anpassung und Bearbeitung von Waren vor deren Einfuhr als *consumption abroad* verstehen, solange sie zumindest – telefonisch oder online – im Land des Dienstleistungserbringers beauftragt wurde.

Diese Argumentation weist jedoch Schwachstellen auf. Zum einen wird hier dem Ort des Vertragsschlusses offenbar deutlich mehr Augenmerk geschenkt als der Dienstleistung selbst. Zwar deckt sich dies – wie bereits dargestellt – zunächst

455 *WTO Council for Trade in Services*, The Work Programme on Electronic Commerce – Note by the Secretariat, S/C/W/68, 1998, Rn. 3. Dies entspricht dem allgemeinen Verständnis der WTO-Mitglieder, *WTO General Council*, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, WTO Work Programme on Electronic Commerce, Communication from the European Communities and their Member States, WT/GC/W/306, 1999, Rn. 4.

456 *WTO Council for Trade in Services*, The Work Programme on Electronic Commerce – Note by the Secretariat, S/C/W/68, 1998, Rn. 3.

457 Vgl. zum Ganzen: *Drake/Nicolaïdis*, in: Sauvé/Stern (Hrsg.), GATS 2000, 2000 (412 ff.); mit zahlreichen weiteren Verweisen auf die entsprechenden Diskussionen innerhalb der WTO-Mitglieder: *Farrokhnia/Richards*, JWT 5/2016, 793 (805); *Wunsch-Vincent*, WTR 3/2006, 319 (324 ff.).

458 *Drake/Nicolaïdis*, in: Sauvé/Stern (Hrsg.), GATS 2000, 2000 (413); *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 844. Diese Argumentation geht auf einen Vorschlag der USA zurück, vgl. *WTO*, Work Programme on Electronic Commerce, Submission by the United States, WT/GC/16, 1999, S. 4. *Wunsch-Vincent* weist aber treffend darauf hin, dass die USA in *US – Gambling* in eigenen Interessen diese Argumentation nicht verfolgten und die Erbringung nach Modalität 1 voraussetzten, *Wunsch-Vincent*, WTR 3/2006, 319 (324 f.). Vgl. auch das Beispiel bei: *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 34.

mit der weiten Definition der Dienstleistungserbringung, wie sie sich in Art. XXVIII lit. b) GATS finden lässt. Auch hat diese Ansicht grundsätzlich das Effektivitätsprinzip, nach dem eine Auslegung grundsätzlich nicht dazu führen darf, dass eine Vorschrift bedeutungslos wird,⁴⁵⁹ auf ihrer Seite. Allerdings würde dies bedeuten, dass sich regelmäßig auch Dienstleistungstransaktionen, die bislang unproblematisch Modalität 4 zugeordnet wurden, ebenso als Modalität 2 einordnen ließen. So ist für die Dienstleistungserbringung mittels *Presence of natural persons* ausdrücklich klargestellt, dass diese Modalität nicht den Aufenthalt natürlicher Personen eines Mitglieds zwecks Arbeitssuche in einem anderen Mitglied oder deren Daueraufenthalt erfasst.⁴⁶⁰ Ein Großteil solcher Dienstleistungstransaktionen wird daher ebenfalls zuvor von dem Dienstleistungsnutzer im Heimatland des Dienstleistungserbringers telefonisch oder über das Internet beauftragt werden. Wollte man dem Verkauf einer Dienstleistung als Bestandteil der Dienstleistungserbringung eine gleichrangige Bedeutung wie der Dienstleistungserbringung selbst beimessen, so müsste man konsequenterweise auch solche Fälle der Modalität 2 zuordnen. Dies ist jedoch vor dem Hintergrund des bisherigen Verständnisses der Vertragsparteien von den einzelnen Erbringungsmodalitäten und den auf dieser Grundlage gemachten Zugeständnissen⁴⁶¹ sowie der Folgefrage, wie letztlich die Zuordnung erfolgen soll, wenn der Ort des Vertragschlusses und der Ort der eigentlichen Dienstleistungserbringung auseinanderfallen, wenig sinnvoll. Angesichts dessen sollte der Wortlaut von Art. XXVIII lit. b) GATS im Zusammenhang mit der Zuordnung von Dienstleistungstransaktionen

459 Göttsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 5 Rn. 62; Stoll, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Institutions and dispute settlement, Art. 3 DSU Rn. 36; vgl. zum Ganzen auch: Scholten-dorf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005, S. 311 ff.

460 Ziff. 2 des Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services Under the Agreement zum GATS.

461 Üblicherweise sind die Zugeständnisse in Bezug auf Modalität 2 großzügiger, da die Mitgliedstaaten insoweit nach dem klassischen Verständnis in Bezug auf den Dienstleistungserbringer selbst keine Möglichkeit zur Regulierung haben, vgl. Drake/Nicolaidis, in: Sauvé/Stern (Hrsg.), GATS 2000, 2000 (413); Tinawi/Berkey, E-Services and the WTO: The Adequacy of the GATS Classification Framework, S. 6. Die Autoren weisen darüber hinaus zutreffend darauf hin, dass Zugeständnisse in der Annahme gemacht wurden, dass für die Erbringung von Dienstleistungen nach Modalität 2 die Ausreise des Dienstleistungsnutzers erforderlich ist. Dadurch, dass auch die „virtuelle“ Ausreise für ausreichend gehalten wird, werden die Zugeständnisse (die eigentlich im Rahmen gegenseitiger Verhandlungen auszuhandeln sind, Art. XIX:1 GATS) gegen den Willen der jeweiligen Mitglieder erheblich erweitert, ohne dass dies in entsprechenden Verhandlungen vereinbart wurde.

zu den einzelnen Erbringungsmodalitäten einschränkend dahin gehend verstanden werden, dass primär der eigentlichen Dienstleistungserbringung an den Nutzer das Hauptaugenmerk zukommt.

Zum anderen basieren die verschiedenen Erbringungsmodalitäten auf der Unterscheidung einerseits der Herkunft des Dienstleistungserbringers und -nutzers und andererseits der Art und Intensität der territorialen Präsenz der Beteiligten im Zeitpunkt der Dienstleistungserbringung.⁴⁶² Der Unterscheidung lag zum Zeitpunkt der Entwicklung der Systematik des internationalen Dienstleistungshandels in der Literatur,⁴⁶³ wie sie sich auch in den Erbringungsmodalitäten des GATS wiederfindet, die Annahme zugrunde, dass ein Großteil des Dienstleistungshandels die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien an einem Ort voraussetzt.⁴⁶⁴ Daraus ergibt sich, dass für die Mitglieder das für die Einteilung der verschiedenen Erbringungsmodalitäten entscheidende Kriterium nicht der tatsächliche Ort der Dienstleistungserbringung war – dieser war schließlich mit Ausnahme der Modalität 1 an den Aufenthalt des Dienstleistungserbringers gekoppelt – sondern vielmehr die territoriale Veränderung der Beteiligten, die für die Dienstleistungserbringung im jeweiligen Fall tatsächlich erforderlich ist. Dies spiegelt sich auch im Wortlaut der einzelnen Erbringungsmodalitäten wider: während sich allein die Modalität 1 für die Herstellung des internationalen Bezugs der Dienstleistungstransaktion auf die Hoheitsgebiete zweier unterschiedlicher Staaten bezieht, stellen die übrigen Modalitäten lediglich auf das Hoheitsgebiet desjenigen Staats ab, in dem die Dienstleistung erbracht wird; der grenzüberschreitende Bezug wird bei diesen erst durch die Ortsveränderungen von Dienstleistungsnutzer bzw. -erbringer hergestellt. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Erbringungsmodalitäten, wie sie das GATS vorsieht, danach unterscheiden, ob Dienstleistungserbringer und -nutzer sich im Zeitpunkt der Dienstleistungserbringung a) im Hoheits-

462 *GATT Group of Negotiations on Services*, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 1993, Rn. 18; diese Unterscheidung wurde in den aktualisierten Guidelines wortwörtlich übernommen: *WTO Council for Trade in Services*, Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services, S/L/92, Rn. 26; *Chang/Karsenty et al.*, JWT 3/1999, 93 (94 f.); *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 842; *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 35.

463 Siehe hierzu ausführlich: *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 36 ff.

464 *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), 1999, S. 37; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.II. Rn. 15.

gebiet verschiedener Mitglieder (Modalität 1), b) im Hoheitsgebiet des Dienstleistungserbringers (Modalität 2) oder c) im Hoheitsgebiet des Dienstleistungsnutzers aufhalten (Modalitäten 3 und 4).⁴⁶⁵

Letztlich bietet die Unterscheidung der verschiedenen Erbringungsmodalitäten anhand des tatsächlichen physischen Aufenthalts von Dienstleistungserbringer und -nutzer auch den Vorteil, dass sich die Erbringungsmodalitäten sauber voneinander trennen lassen.⁴⁶⁶ Der Vorschlag des WTO-Sekretariats zur Lösung von Abgrenzungsschwierigkeiten, danach zu unterscheiden, ob eine bestimmte staatliche Maßnahme den Dienstleistungserbringer daran hindert, eine Dienstleistung aus dem Ausland heraus zu erbringen (Modalität 1) oder aber den Dienstleistungsnutzer daran hindert, eine solche Dienstleistung im Ausland einzukaufen (Modalität 2),⁴⁶⁷ ist insoweit nicht zielführend. Letztlich wird das Abgrenzungsproblem lediglich von der Frage nach dem Ort der Dienstleistungserbringung hin zu der Frage, ob nun der Dienstleistungserbringer oder der -nutzer mehr beeinträchtigt wird, verschoben. Die Frage, ob eine Maßnahme eher den Dienstleister daran hindert, eine Dienstleistung aus dem Ausland zu erbringen oder aber den Dienstleistungsnutzer daran hindert, eine solche Dienstleistung im Ausland einzukaufen, ist eher eine Frage der Sichtweise auf die betreffende Maßnahme und ist damit kein geeignetes Kriterium für eine saubere Abgrenzung der verschiedenen Erbringungsmodalitäten. So ist beispielsweise das Verbot, medizinische Beratungsleistungen von im Inland staatlich nicht zugelassenen Ärzten in Anspruch zu nehmen, auf den ersten Blick unmittelbar an den Nutzer gerichtet. Letztlich kommt dieses Verbot aber ebenso einem Verbot des Angebots solcher Beratungsleistungen aus dem Ausland heraus gleich. Gemachte Zugeständnisse könnten so über die Formulierung entsprechender Maßnahmen leicht im Nachhinein umgangen werden.

Nach alledem ist für eine Dienstleistungstransaktion im Sinne von Modalität 2 ein tatsächlicher physischer Bezug des Dienstleistungsnutzers zum Hoheitsgebiet des Staats, in dem die Dienstleistung erbracht wird, erforderlich. Damit eine Dienstleistungstransaktion als *consumption abroad* verstanden werden kann, ist daher erforderlich, dass sich entweder der Dienstleistungsnutzer selbst oder aber zumindest eine dem Dienstleistungsnutzer gehörende Sache, an der die Dienstleistung ausgeführt werden soll, im Hoheitsgebiet des Dienstleistungserbringers

465 Vgl. in diesem Sinne schon grundlegend zur Systematik des internationalen Dienstleistungshandels: *Sampson/Snape*, World Econ. 2/1985, 171 (173).

466 So auch: *Drake/Nicolaïdis*, in: Sauvé/Stern (Hrsg.), GATS 2000, 2000 (414).

467 *WTO Council for Trade in Services*, The Work Programme on Electronic Commerce – Note by the Secretariat, S/C/W/68, 1998, Rn. 8.

befinden. Dass auch der „virtuelle“ Besuch bisweilen als ausreichend für die Anwendung der Modalität 2 gesehen wird, ist einerseits wirtschaftlichen Interessen einzelner Mitglieder angesichts der grundsätzlich weiteren Zugeständnisse in Bezug auf diese Erbringungsmodalität⁴⁶⁸ und vor allem auch der weiten Definition der Erbringung von Dienstleistungen in Art. XXVIII lit. b) GATS geschuldet. Wie jedoch bereits allein praktische Erwägungen zeigen, ist diese weite Definition im Rahmen der Erbringungsmodalitäten nicht wortwörtlich zu verstehen.⁴⁶⁹ Maßgeblich für die Bestimmung der Erbringungsmodalität sollte daher die tatsächliche Ausführung der Dienstleistung sein, nicht jedoch deren Produktionsort, der Ort des Verkaufs oder der Ort der Vermarktung.

(c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lassen sich daher die vor der Einfuhr einer Ware an dieser ausgeführten Bearbeitungstätigkeiten keiner Erbringungsmodalität des GATS zuordnen. Insoweit erfolgt also kein grenzüberschreitender Dienstleistungshandel im Sinne des GATS. Insoweit besteht aber letztlich auch kein besonderes Schutzbedürfnis in Bezug auf solche Tätigkeiten. Im Zeitpunkt der Einfuhr der veränderten bzw. angepassten Ware ist diese vollkommen durch das GATT geschützt. Danach sind grundsätzlich alle handelsbeschränkenden Maßnahmen – mit Ausnahme von Zöllen – beim Grenzübergang von Waren verboten.⁴⁷⁰ Die Bearbeitung selbst kann also vom Heimatland des Empfängers der Ware grundsätzlich nicht weiter als im GATT vorgesehen behindert werden. Mangels Ausreise des Empfängers der Ware oder Versand einer dem Empfänger der Ware gehörenden Sache, besteht auch insoweit keine Möglichkeit für das Mitglied, dem der Käufer der Ware angehört, die Bearbeitung zu behindern. Am Ort der Anpassung der Ware hingegen wird es ebenfalls keines besonderen Schutzes bedürfen, ist die Anpassung der Ware doch auch im wirtschaftlichen Interesse des Mitglieds, in dessen Hoheitsgebiet die Anpassung erfolgt; handelsbeschränkende Maßnahmen werden von dem Mitglied insoweit also nicht zu erwarten sein. In Bezug auf anpassende Tätigkeiten, die vor Einfuhr an der Ware ausgeführt werden, führt eine Zuordnung solcher Tätigkeiten zu den Dienstleistungen damit nicht zu Überschneidungen mit

468 *Drake/Nicolaïdis*, in: Sauvé/Stern (Hrsg.), GATS 2000, 2000 (413); *Wunsch-Vincent*, WTR 3/2006, 319 (324 f.).

469 Im Widerspruch dazu hatte der Appellate Body in *EC – Bananas III* aber noch ausdrücklich festgestellt, dass sich dem Wortlaut von Art. XXVIII lit. b) GATS nicht entnehmen lasse, dass dessen Anwendungsbereich einzuschränken sei, WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 220.

470 Vgl. Art. XI:1 GATT; *Bender*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 10 Rn. 20; *Berrisch*, in: Priß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 147; *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 464.

dem GATT, da insofern kein Dienstleistungshandel vorliegt, der mit dem Warenhandel zusammenfällt. Damit stünde zumindest die Bearbeitung der Ware vor ihrer Einfuhr einer Zuordnung der anpassenden Tätigkeiten generell zu den Dienstleistungen nicht im Weg.

(2) Bearbeitung nach Einfuhr der Ware

Angesichts dessen, dass eine zweifelsfreie Einordnung von bearbeitenden Tätigkeiten in die Kategorien Ware und Dienstleistung nicht möglich ist, soll zunächst geprüft werden, ob solche bearbeitenden Tätigkeiten, die erst nach der Einfuhr der Ware an dieser ausgeführt werden, ausreichend durch das GATT geschützt sind. Ist ein ausreichender Schutz nicht gewährleistet, so drängt sich die Frage auf, ob dann nicht eine Einordnung dieser Tätigkeiten in den Anwendungsbereich des GATS geboten ist.

(a) Ausreichender Schutz durch das GATT?

Wird die Ware nach ihrer Einfuhr bearbeitet bzw. angepasst, und betrachtet man dies nicht als Dienstleistung,⁴⁷¹ so ist der Hersteller der Ware, will er diese noch vor Ort als Teil eines Gesamtpakets anpassen, unmittelbar durch das GATT nicht geschützt, sieht dieses doch grundsätzlich nur den Schutz des grenzüberschreitenden Warenhandels als solchem vor. Es ließe sich allenfalls daran denken, dass die Bearbeitung der Ware nach deren Einfuhr stets auch reflexartig durch das Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse (Art. XI GATT) oder das Gebot der Inländerbehandlung (Art. III GATT) mit geschützt wird. Da zu klären ist, ob anpassende Tätigkeiten grundsätzlich insgesamt durch die genannten Pflichten geschützt sind, soll im Folgenden eine allgemeine Betrachtung von Maßnahmen, die die Ausübung anpassender Tätigkeiten durch ausländische Anbieter im Inland generell beschränken, erfolgen.

Damit die Bearbeitung der Ware durch das Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse in Art. XI GATT mit geschützt wird, müsste die staatliche Maßnahme, die die Bearbeitung der Ware vor Ort einschränkt bzw. verbietet, als Grundvoraussetzung zugleich auch einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. XI:1 GATT, nämlich der Freiheit des Imports und des Exports,⁴⁷² darstellen. Grundsätzlich wird der Anwendungsbereich von Art. XI:1 GATT weit verstanden, sodass jede staatliche Maßnahme, durch die der Handel mit einer Ware im Ergebnis verboten

471 Siehe hierzu zuvor unter: D.II.1.a)aa).

472 Vgl. *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 274.

oder eingeschränkt wird, einen Eingriff in diesen Schutzbereich darstellt.⁴⁷³ Angesichts dessen, dass die Ware auch vollkommen unabhängig von der Bearbeitung importiert werden kann, ist die Einschränkung der weiteren Bearbeitungsmöglichkeit für den Hersteller nach dem Import der Ware aber nicht grundsätzlich geeignet, den Handel mit der Ware vollständig zu verhindern. Solche Maßnahmen können damit nicht grundsätzlich zu einem vollständigen Import- bzw. Export-Verbot im Sinne des Art. XI:1 GATT⁴⁷⁴ des Handels mit der entsprechenden Ware führen.

Allgemein können Einschränkungen der Bearbeitungsmöglichkeiten regelmäßig lediglich dazu führen, dass ein bestimmtes Geschäftsmodell für den Hersteller weniger attraktiv ist, weil er diese Tätigkeiten nicht zusätzlich zur Ware anbieten und in Rechnung stellen kann, und der reine Warenimport sich für den Hersteller als weniger lohnend darstellt; sie könnten also im weitesten Sinne handelsbeschränkend wirken. Angesichts dessen, dass in diesen Fällen eine Beschränkung von Warenimporten allgemein allenfalls mittelbar dadurch in Betracht kommt, dass das Geschäftsmodell des Herstellers auch eine Anpassung bzw. Bearbeitung der Ware vor Ort vorsieht, der Import einer Warengruppe also hierdurch nicht per se eingeschränkt wird, drängt sich die Frage auf, ob Art. XI:1 GATT noch derart weit verstanden werden kann. Hiergegen spricht jedoch bereits der Vergleich mit den anderen in Art. XI:1 GATT genannten Maßnahmen, namentlich den Kontingenten und den Ein- und Ausfuhrbewilligungen, die Verbote oder Beschränkungen des Warenverkehrs im Sinne der Vorschrift darstellen. Diese Maßnahmen knüpfen stets an eine bestimmte Warengruppe als solche an, verhindern oder behindern also auch den Handel in Bezug auf diese Warengruppe generell.⁴⁷⁵ Gegen ein solch weites Verständnis spricht auch Art. XIII GATT, der bestimmte Voraussetzungen für ausnahmsweise erlaubte⁴⁷⁶ nicht-tarifäre Handelshemmnisse vorsieht. Dort ist in Abs. 2 vorgeschrieben, dass bei der Anwendung von einfuhrbeschränkenden Maßnahmen angestrebt werden soll, die Einfuhrbeschränkungen so auf die einzelnen Handelspartner aufzuteilen, dass dadurch die Einfuhranteile

473 Siehe nur: *Bender*, in: Hilt/Oeter, WTO-Recht, § 10 Rn. 20; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 146 f.; *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 464. Dieses weite Verständnis knüpft an den Begriff „*other measures*“ in Art. XI:1 GATT an, durch die der Warenimport verboten oder beschränkt wird.

474 Vgl. zum Verbots- und zum Beschränkungsbegriff in Art. XI:1 GATT: *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 144; *Wolfrum*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XI GATT Rn. 11.

475 Vgl. *Wolfrum*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XI GATT Rn. 12 f. Siehe auch den Überblick über mögliche nicht-tarifäre Handelsbeschränkungen bei: *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 147.

476 Das GATT sieht u.a. in Art. 11 Abs. 2, 12, 18 Abschnitt B, 19 GATT bestimmte Ausnahmen von dem Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse vor.

etwa gleichbleiben. Eine solche Verteilung wäre jedoch nicht denkbar, wollte man auch solche Maßnahmen in den Anwendungsbereich von Art. XI:1 GATT fallen lassen, die zu der Ware selbst keinen unmittelbaren Bezug haben, sondern lediglich eine (von mehreren möglichen) Folgeverwendungen betreffen. Der Schutz von Art. XI:1 GATT kann daher nur soweit gehen, wie durch eine bestimmte Maßnahme die Einfuhr bzw. Ausfuhr einer bestimmten Warengruppe als solcher beschränkt wird.⁴⁷⁷ Und so formulierte auch das WTO-Panel in Anlehnung an frühere Entscheidungen:

“We are nevertheless cognizant that not every measure affecting the opportunities for entering the market would be covered by Article XI of the GATT 1994, but only those measures that constitute a prohibition or restriction on the importation of products, i.e. those measures which affect the opportunities for importation itself.”⁴⁷⁸

Diese Aussage setzt damit die gängige Praxis der Abgrenzung von Art. XI GATT und Art. III GATT fort, nach der entscheidend für die Abgrenzung ist, ob eine Maßnahme bereits zum Zeitpunkt des Imports ansetzt und damit den Marktzugang von vornherein zumindest beschränkt oder aber erst nach dem Import Anwendung findet, den Marktzugang also ermöglicht aber den Wettbewerb gegenüber nationalen Produkten erschwert.⁴⁷⁹ Da durch eine Beschränkung der bloßen Bearbeitungsmöglichkeit generell von ausländischen Waren deren Zugang aber im Grundsatz schon gar nicht beschränkt wird, ist Art. XI:1 GATT im Ergebnis daher nicht geeignet, solche anpassenden Tätigkeiten, die an einer Ware nach deren Import ausgeführt werden, umfassend vor beeinträchtigenden Maßnahmen zu schützen.

Gleichwohl sind Einzelfälle denkbar, in denen die Ware zwingend auf eine bestimmte anpassende Tätigkeit nach ihrem Import angewiesen ist, ohne diese also nicht ordnungsgemäß funktioniert oder zweckgemäß verwendet werden kann, oder aber ohne die Ausführung einer bestimmten anpassenden Tätigkeit zumindest wesentlich unattraktiver aus Kundensicht ist. Beschränkungen oder Verbote der konkreten anpassenden Tätigkeiten könnten in diesem Fall auf ein tatsächliches Verbot oder zumindest eine tatsächliche Beschränkung in Bezug auf den Import der betroffenen Ware hinauslaufen, die nach dem Panel ebenfalls in den

477 Vgl. auch: *Dolzer/Laule*, EuZW 8/2000, 229 (233 f.).

478 WTO-Panel, Report v. 10.08.2018 – WT/DS476/R, *European Union and its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector* Rn. Rn. 7.992 (Hervorhebungen durch den Autor).

479 Ausführlich zur Abgrenzung: *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nicht-tarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 225 ff.

Anwendungsbereich von Art. XI:1 GATT fallen.⁴⁸⁰ In solchen Fällen würden die entsprechenden Tätigkeiten reflexartig durch Art. XI:1 GATT mitgeschützt.

Aber auch das Gebot der Inländerbehandlung in Art. III GATT kann einen ausreichenden umfassenden Schutz eine Ware anpassender Tätigkeiten über Einzelfälle hinaus nicht gewährleisten. Beeinträchtigt ein Mitglied die Bearbeitung von importierten Waren vor Ort durch den (ausländischen) Hersteller der importierten Ware, so ist diesbezüglich im Rahmen der Inländerbehandlung am ehesten Art. III:4 GATT einschlägig. Dort heißt es:

„The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.“

Anknüpfend an die Verwendung des Begriffs „affecting“ wird der Anwendungsbereich dieser Vorschrift weit verstanden, sodass nicht nur Maßnahmen erfasst werden, die die aufgezählten Aktivitäten in Bezug auf die Ware, wie den Verkauf oder den Einkauf, direkt betreffen, sondern darüber hinaus grundsätzlich alle staatlichen Regelungen erfasst werden sollen, die die Wettbewerbsbedingungen ausländischer gegenüber inländischen Waren auf dem nationalen Markt grundsätzlich nachteilig ändern.⁴⁸¹ Neben rechtlichen Benachteiligungen werden dabei – wie auch in Bezug auf Art. XI:1 GATT – auch rein tatsächliche Benachteiligungen erfasst.⁴⁸²

Angesichts dessen, dass für die Bearbeitung durch den Hersteller vor Ort auch die Einreise natürlicher Personen oder zumindest eine Niederlassung mit eigenen Mitarbeitern erforderlich ist, und für die funktionserweiternde Bearbeitung häufig gute Kenntnisse der Ware erforderlich sind, ließe sich daran denken, dass bereits generell geltende Einreiseschranken oder ein entsprechendes Tätigkeitsverbot ausländischer Personen zu einem Wettbewerbsnachteil entsprechender Waren im Sinne von Art. III:4 GATT führen. Schließlich könnte der nationale Hersteller mangels erforderlicher Einreise bzw. eines für ihn geltenden Tätigkeitsverbotes entsprechende Bearbeitungen vornehmen, während dies dem ausländischen Her-

480 WTO-Panel, Report v. 19.12.2000 – WT/DS155/R, *Argentina – Hides and Leather* Rn. 11.17.

481 Siehe nur jeweils mit weiteren Verweisen auf entsprechende Panel- und Appellate Body-Entscheidungen: *Berrisch*, in: Prietz/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 71; *Hestermeyer*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. III GATT Rn. 80.

482 WTO-Panel, Report v. 31.03.1998 – WT/DS44/R, *Japan-Films* Rn. 10.380.

steller nicht vergleichbar möglich ist; dies mag grundsätzlich ein nicht unerheblicher Wettbewerbsvorteil der nationalen Hersteller sein. Ein derart weites Verständnis würde den Anwendungsbereich des Art. III:4 GATT jedoch weit über den eigentlichen, in Art. III:1 GATT zum Ausdruck kommenden Zweck dieser Vorschrift, interne, die nationale Warenproduktion schützende Regelungen zu vermeiden, ausdehnen.⁴⁸³ Angesichts dessen, dass Einreisestranken für ausländische Staatsangehörige grundsätzlich üblich sind, liefe diese Ansicht – konsequent weitergedacht – darauf hinaus, dass schon der bloße Standortvorteil nationaler Hersteller bereits nicht mehr mit dem Gebot der Inländerbehandlung vereinbar wäre. Da sich der Standortvorteil aber nicht beheben lässt und stets bei im Inland hergestellten Waren gegenüber ausländischen Waren besteht, kann hierin – wie auch in Bezug auf Einreisestranken – keine Maßnahme gesehen werden, die auf den Schutz der nationalen Warenproduktion zielt.⁴⁸⁴

Darüber hinaus spricht aber auch die Systematik von Art. III:4 GATT gegen ein solch weites Verständnis. Dort wird zwischen Waren und ihrem Pendant inländischen Ursprungs unterschieden; es wird also auf einzelne Warengruppen zur Feststellung einer Ungleichbehandlung nationaler und ausländischer Waren abgestellt. Betreffen bestimmte Regelungen ausländische Waren aber über sämtliche Warengruppen hinweg – wie beispielsweise ein generelles Verbot für ausländische Warenhersteller, Waren im Inland zu bearbeiten –, spricht dies dagegen, dass eine bestimmte Maßnahme im Hinblick auf die nationale Warenproduktion protektionistische und damit nach Art. III:4 GATT untersagte Ziele verfolgt.⁴⁸⁵ Zudem zeigt der Umstand, dass im Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services Under the Agreement zum GATS explizit klargestellt wurde, dass

483 Vgl. WTO-Appellate Body, Report v. 12.03.2001 – WT/DS135/AB/R, *EC – Asbestos* Rn. 100. Der Appellate Body stellte hier überzeugend fest, dass sich der allgemeine Zweck des Art. III:1 GATT in Abs. 4 in der Formulierung „[...] less favourable treatment [...]“ wiederfindet. Siehe zur Frage, inwieweit Art. III:1 GATT generell im Rahmen der Anwendung der übrigen Absätze des Art. III GATT Berücksichtigung findet, auch: *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 40 ff.; *Weiler/Horn*, in: Horn/Mavroidis (Hrsg.), *The WTO Case Law of 2001, 2003*, 14 (18 ff.). Hintergrund des Gebots der Inländerbehandlung war, dass die Mitglieder Sorge hatten, dass die auf gegenseitiger Basis gemachten Zollzugeständnisse durch anderweitige benachteiligende Regelungen zunichte gemacht werden könnten, siehe nur: *Grossman/Horn et al.*, in: Horn/Mavroidis (Hrsg.), *Legal and Economic Principles of World Trade Law*, 2013, 205 (224 f.).

484 Vgl. insofern auch Fn. 10 zu Art. XVII GATS, wonach Zugeständnisse in Bezug auf die Inländerbehandlung nicht so auszulegen sind, dass Wettbewerbsnachteile infolge des ausländischen Charakters der Dienstleistung oder des Dienstleistungserbringers ausgeglichen werden müssen.

485 So i. Erg. auch: *Mavroidis*, *Trade in Goods*, 2. Aufl., 2013, S. 305.

Zugeständnisse im Rahmen der Modalität 4 die jeweiligen Staaten nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf die Einreise oder den vorübergehenden Aufenthalt zu treffen, eine entsprechende Regelung im GATT jedoch nicht vorhanden ist,⁴⁸⁶ dass die Mitglieder der WTO bei Vereinbarung des GATT ein derart weites Verständnis nicht vor Augen hatten. Letztlich verdeutlichen aber auch die in Art. III:4 GATT aufgezählten Regelungsbereiche möglicher staatlicher Maßnahmen – namentlich: Verkauf, Angebot, Einkauf, Beförderung, Verteilung und Verwendung der Waren –, dass die jeweiligen Maßnahmen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. III:4 GATT stets einen gewissen Sachbezug aufweisen müssen. Bei Regelungen, bloß die spätere Bearbeitungstätigkeit durch den ausländischen Hersteller betreffend, ist ein solcher Sachbezug unmittelbar nicht mehr gegeben. Vielmehr steht hier die die Tätigkeit erbringende Person im Mittelpunkt der Maßnahme. Ein Schutz auch natürlicher ausländischer Personen vor Ungleichbehandlungen gegenüber den vergleichbare Tätigkeiten anbietenden nationalen Personen ist vom Gebot der Inländerbehandlung in Art. III:4 GATT jedoch nicht vorgesehen.⁴⁸⁷

Im Ergebnis wird man daher festhalten müssen, dass sich Ungleichbehandlungen bzw. einschränkende Maßnahmen in Bezug auf die Bearbeitungstätigkeit generell auch über das Gebot der Inländerbehandlung nicht vermeiden lassen; über das Gebot der Inländerbehandlung im GATT lässt sich schon nicht vermeiden, dass Bearbeitungstätigkeiten ausländischen Anbietern generell untersagt werden oder ausländische Anbieter bei deren Angebot, Ausführung, Verkauf etc. erheblich schlechter gestellt werden, als nationale Anbieter entsprechender Tätigkeiten.⁴⁸⁸

(b) Anwendung des GATS

Angesichts dieser grundsätzlichen Schutzlücke in Bezug auf die nach der Einfuhr der Ware an dieser ausgeführten anpassenden Tätigkeiten spricht daher einiges dafür, solche Tätigkeiten, die nach Einfuhr der Ware an dieser ausgeführt werden,

486 Eine solche Regelung wäre wohl am ehesten in Art. XX GATT zu erwarten, der allgemeine Ausnahmen von den im GATT vorgesehenen Ge- und Verboten vorsieht. Die dortigen Ausnahmen knüpfen jedoch stets an die Ware als solche an, nicht jedoch an die Person des Herstellers.

487 Vgl. *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, S. 225.

488 Es sind allerdings auch Konstellationen vorstellbar, in denen Einschränkungen der Bearbeitungsmöglichkeit durch ausländische Anbieter tendenziell auch in den Anwendungsbereich von Art. III:4 GATT fallen könnten. Bspw. wäre eine denkbar in den Anwendungsbereich von Art. III:4 GATT fallende Maßnahme, ein Verbot, importierte Waren der Warengruppe X von ausländischen Anbietern/Herstellern bearbeiten zu lassen. Wie solche Konstellationen zu lösen sind, soll nachfolgend unter F. untersucht werden.

auch dann, wenn sie vom Hersteller selbst ausgeführt werden, als Dienstleistungen im Sinne des GATS zu betrachten. Schließlich ist nach den Präambeln des WTOA, des GATT sowie des GATS eines der primären Ziele der WTO-Mitglieder, die Steigerung des Wirtschaftswachstums zum Zwecke eines allgemeinen Wohlstandsgewinns.⁴⁸⁹ Angesichts dessen, dass solche bearbeitenden Tätigkeiten sehr nahe Bezüge einerseits zum Waren- und andererseits auch zum Dienstleistungshandel haben, ist die Zuordnung zu einem dieser Übereinkommen vor dem Hintergrund des allgemeinen Zwecks der WTO-Übereinkommen daher gerechtfertigt.

Insoweit ist demnach danach zu unterscheiden, ob die Tätigkeit vor oder nach dem Import der Ware an dieser ausgeführt wird. Diese Differenzierung mag auf den ersten Blick willkürlich erscheinen. Der Kunde erhält zwar jeweils im Endergebnis eine individualisierte Ware; wird die Ware erst nach ihrem Import vor Ort angepasst, erhält der Kunde aber zunächst eine Standard-Ware, die erst noch in einem weiteren Schritt angepasst werden muss. Aus Sicht des Kunden ergeben sich hier also zwei Lieferverhältnisse. Ebenso sind die Zeitpunkte, in denen ein Warenhandel im Sinne des GATT und ein Dienstleistungshandel im Sinne des GATS stattfindet, voneinander unterscheidbar. Zudem wird die Ware in den Fällen, in denen sie noch vor Ort angepasst wird, in aller Regel schon in das Eigentum des Käufers übergegangen sein, sodass diese Tätigkeit auch im Einklang mit der CPC eine Dienstleistung darstellt. Letztlich ist diese Unterscheidung aber auch dem Umstand geschuldet, dass das GATT insoweit keine Differenzierung kennt. Quert eine bereits individualisierte Ware eine Grenze, so sieht das GATT keine Differenzierung zwischen einem möglichen Waren- und einem Dienstleistungsanteil vor; im Zeitpunkt der Grenzüberschreitung der Ware ist die Dienstleistung in dieser bereits aufgegangen.⁴⁹⁰

489 So auch: *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 62 ff.; in Bezug speziell auf das GATS: *Herrmann/Weiß et al.*, Welthandelsrecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 833. Dafür, dass sich die Zielsetzungen trotz des in Teilen abweichenden Wortlauts der jeweiligen Präambeln decken, auch: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 377. Vgl. auch allgemein zu der den WTO-Übereinkommen zugrundeliegenden Freihandelstheorie: *Göttsche*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 2 Rn. 12.

490 Siehe zu den verkörperten Dienstleistungen zuvor unter: D.I.1. Ein davon abweichendes Ergebnis würde man jedoch dann erzielen, würde man die Bearbeitungstätigkeit grundsätzlich als Dienstleistung einordnen und im Rahmen der Modalität 2 (*consumption abroad*) eine Grenzüberschreitung weder des Dienstleistungsempfängers noch einer diesem gehörenden Ware hin zum Dienstleistungserbringer fordern. In diesem Fall würde dieselbe Transaktion sowohl einen Waren- als auch einen Dienstleistungshandel darstellen, sodass sowohl die Rechte und Pflichten des GATT, als auch des GATS gelten würden. Zu daraus möglicherweise resultierenden Konflikten siehe nachfolgend unter: F.

Auch ein grenzüberschreitender Handel im Sinne des GATS mit solchen Dienstleistungen ist im Falle der Bearbeitung der Ware in einem weiteren Schritt nach ihrer Einfuhr dann gegeben. Wird die Ware nach ihrer Einfuhr zusätzlich bearbeitet, so sind hierauf ohne Weiteres die Modalitäten 3 und 4 anwendbar. Die Anpassung vor Ort kann entweder von einer Niederlassung des Herstellers und Dienstleisters im Importland (Modalität 3) oder von eigens für die Anpassung beim Kunden eingereisten Mitarbeitern des Herstellers der Ware durchgeführt werden (Modalität 4). Insoweit bestehen – erkennt man der bloßen Anpassung Dienstleistungsqualität zu⁴⁹¹ – keine Zuordnungsprobleme. Die Bearbeitung der Ware kann jedoch eng mit der Ware als solcher verknüpft sein, setzt sie doch bei zunehmender Komplexität der Ware auch eine besondere Kenntnis und Auseinandersetzung mit dieser voraus. Ware und Dienstleistung können daher in besonderem Maße miteinander verbunden sein, sodass sich Einschränkungen beispielsweise in Bezug auf die Dienstleistungserbringung auch besonders auf den Handel mit der entsprechenden Ware auswirken können.

(c) Zwischenergebnis

Angesichts dessen, dass der Waren- und Dienstleistungshandel bei der Bearbeitung der Ware nach ihrer Einfuhr aufgrund unterschiedlicher Handelszeitpunkte voneinander unterscheidbar sind, und jeweils auch eine grenzüberschreitende Transaktion im Sinne von GATT und GATS vorliegt, sind insofern sowohl die Rechte und Pflichten der Mitglieder nach dem GATT als auch diejenigen nach dem GATS zu beachten. Wegen der bisweilen engen Verknüpfung zwischen der Waren- und der Dienstleistungstransaktion ist es denkbar, dass Maßnahmen in Bezug auf den einen Teil der Transaktion sich im Einzelfall zeitgleich auch auf den anderen Teil auswirken können. Entsprechend stellt sich in der Folge die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Rechten und Pflichten des GATT und des GATS. Da sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen GATT und GATS – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – auch in Bezug auf andere Arten verbundener Dienstleistungen stellt, soll hierauf erst im Anschluss an die Untersuchung der jeweiligen Arten verbundener Dienstleistungen eingegangen werden.⁴⁹²

⁴⁹¹ Siehe hierzu zuvor unter D.II.1.a)aa).

⁴⁹² Siehe hierzu im Folgenden unter F.

b) Dienstleistung wird bezogen auf das Umfeld der Ware ausgeführt

Als Beispiele für Dienstleistungen, die bezogen auf das Umfeld der Ware ausgeführt werden, können insbesondere Schulungen, sowie Planungs- und Beratungsdienstleistungen genannt werden.⁴⁹³ Auch die Anbindung autonom fahrender Fahrzeuge oder des IoT an Telekommunikationsnetze oder Datenverarbeitungsanlagen erfolgt bezogen auf das Umfeld der Ware. Diese Tätigkeiten sind Dienstleistungen im Sinne des GATS⁴⁹⁴ und lassen sich auch denklogisch von der bloßen Warentransaktion als solcher trennen. In der Folge liegt in solchen Fällen daher sowohl eine Warentransaktion, die dem GATT zuzuordnen ist, als auch eine Dienstleistungstransaktion, die dem Anwendungsbereich des GATS unterfällt, vor. Die Besonderheit liegt darin, dass die genannten Dienstleistungen, die bezogen auf das Umfeld der Ware ausgeführt werden, ebenso wie die Bearbeitung, besonderen Einfluss auf den tatsächlichen Funktionsumfang der Ware haben; der Unterschied liegt lediglich darin, wie diese Funktionserweiterung herbeigeführt wird. Angesichts dessen, dass solche Dienstleistungen aber in der Regel auch eine besonders intensive Auseinandersetzung mit der Ware bzw. Kenntnis von dieser erfordern,⁴⁹⁵ sind hier ebenfalls enge Verknüpfungen zwischen Ware und Dienstleistung denkbar. Je enger die Verknüpfung ist, desto wahrscheinlicher ist es auch hier, dass sich Einschränkungen in Bezug auf den Handel mit einer der Komponenten auch einschränkend auf den Handel mit der jeweils anderen Komponente auswirken können.

Ist es beispielsweise für das autonome Fahren erforderlich, dass neben dem eigentlichen Fahrzeug über die gesamte Nutzungsdauer nach dem Kauf eine besondere digitale Infrastruktur bereitgestellt wird, das Fahrzeug mit Informationen versorgt wird, zugleich Informationen ausgewertet und analysiert werden etc., kann beispielsweise ein Verbot des Angebots solcher Dienstleistungen oder die Zugangsbeschränkung zu öffentlichen Telekommunikationsnetzwerken für ausländische Anbieter, den Funktionsumfang von Fahrzeugen ausländischer Hersteller erheblich beeinträchtigen und einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil darstellen. Ein weiteres Beispiel sind Notebooks, die mit vergleichsweise schwacher Leistung ausgestattet sind und die bei der Nutzung von Programmen und dem Betriebssystem überwiegend auf externe Server zugreifen und so eine deutlich höhere Leistung zur Verfügung stellen können; die Einschränkung der Angebots-

493 Vgl. *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (563).

494 Siehe bspw. *Other education services* (S. E. SSCL), *(Integrated) engineering services* (I. A. e., f. SSCL), oder *Data processing services* (I. B. c. SSCL).

495 *Cusumano/Kahl et al.*, Strategic Management Journal 4/2015, 559 (562).

möglichkeiten für auf externe Server ausgelagerte Software könnte bis zur praktischen Nutzlosigkeit solcher Notebooks führen. Letztlich ist daher auch in Bezug auf solche *adapting services*, die auf das Umfeld der Ware bezogen ausgeführt werden, von wesentlicher Bedeutung, in welchem Verhältnis GATT und GATS zueinanderstehen.

2. Produktbegleitende Dienstleistung als *smoothing service*

Smoothing services sind grundsätzlich weniger eng mit der Ware als solcher verknüpft und verändern deren Funktionalität nicht. Beispiele hierfür sind Finanzierungsdienstleistungen, zusätzliche Versicherungen, der Aufbau und die Installation von Anlagen oder auch einfache Schulungen in Bezug auf die grundsätzliche Funktionsweise der Ware.⁴⁹⁶ Diese sind klassische Dienstleistungen, die sich als solche auch in der SSCL wiederfinden lassen.⁴⁹⁷

Allerdings werden einige dieser Dienstleistungen explizit auch im Zusammenhang mit der Zollwertbestimmung im CVA, das Bestandteil der Übereinkommen zum Warenhandel ist, genannt. So sind nach Abs. 3 der Erläuterungen zu Artikel 1 im Anhang 1 zum CVA die Kosten für den Bau, die Errichtung, die Montage, die Instandhaltung und technische Unterstützung nicht in den Zollwert einzubeziehen, sofern diese Tätigkeiten nach der Einfuhr der betreffenden Ware vorgenommen werden. Umgekehrt steht es den Mitgliedern frei, Transportkosten bis zur Einfuhr der Ware oder die Kosten für Transportversicherungen,⁴⁹⁸ dem Transaktionswert hinzuzurechnen.⁴⁹⁹ Auch im GATT selbst lassen sich einzelne produktbegleitende Dienstleistungen finden. So sieht Art. III GATT vor, dass Vorschriften bezüglich des Verkaufs, Vertriebs oder der Beförderung von Waren von einem Mitglied nicht in einer ausländische Waren diskriminierenden Weise angewendet werden dürfen.⁵⁰⁰ Es stellt sich also die Frage, ob die Nennung dieser einzelnen Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem GATT bedeutet, dass diese auch dessen Anwendungsbereich unterfallen. In der Konsequenz ließe sich daraus dann möglicherweise der Schluss ziehen, dass bestimmte zum Warenhandel bloß komplementäre Dienstleistungen, die für den Warenhandel aber meist

496 Cusumano/Kahl et al., Strategic Management Journal 4/2015, 559 (563).

497 So bspw.: *All insurance and insurance-related services* (7. A. SSCL), *Financial Leasing* (7. B. c. SSCL), *Installation and assembly work* (3. C. SSCL).

498 Der Text des CVA nennt nur allgemein Versicherungen. Der Vergleich mit den anderen fakultativ hinzurechenbaren Positionen lässt jedoch erkennen, dass lediglich Transportversicherungen gemeint sind: Liu, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 52.

499 Art. 8 Abs. 2 CVA.

500 Vgl. Art. III:1, 4 GATT.

zwingend erforderlich sind, nach der Konzeption der WTO-Übereinkommen dem Anwendungsbereich des GATS entzogen sind.

Der Wortlaut von Art. III GATT lässt jedoch bereits erkennen, dass das Diskriminierungsverbot vor allem dem Schutz ausländischer Waren und nicht dem Schutz der genannten Dienstleistungen dienen soll.⁵⁰¹ Und auch der in der Präambel zum GATT genannte Zweck des Übereinkommens, die Produktion und den Austausch von Waren zu steigern, ohne dabei komplementäre Dienstleistungen zu erwähnen, spricht dafür, dass das Ziel des GATT nicht der Schutz dieser komplementären Dienstleistungen ist. Dienstleistungen, wie der Verkauf, Vertrieb oder die Beförderung von Waren bieten als solche neben der Erhebung von Einfuhrzöllen weitere Ansatzpunkte für die Diskriminierung ausländischer gegenüber gleichartigen inländischen Waren auch noch nach der Einfuhr der Waren und werden daher in diesem Zusammenhang im GATT genannt. Das Diskriminierungsverbot im GATT gilt jedoch als solches nicht für die genannten Dienstleistungen selbst, schützt diese also nicht vor Beeinträchtigungen, wenn dadurch die jeweiligen Waren gegenüber inländischen entsprechenden Waren nicht schlechter gestellt werden.⁵⁰²

Vom Wortlaut weniger eindeutig sind hingegen die im Zusammenhang mit der Zollwertbestimmung genannten Dienstleistungen. Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf, dass im Text nicht die Dienstleistungen als solche für die Zollwertbestimmung eine Rolle spielen, sondern stets nur die für die Dienstleistung jeweils aufgewendeten Kosten.⁵⁰³ Zudem sprechen auch Sinn und Zweck des CVA dagegen, die genannten Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATT mit einzubeziehen. Ausweislich der Präambel des CVA dient das CVA

501 Vgl. Art. III:1 GATT: „[...] affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products [...] should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production“ (Hervorhebungen durch den Autor) und Art. III:4 GATT: „The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin [...]“.

502 So offenbar auch der WTO-Appellate Body in *EC – Bananas III*, wenn er formuliert: „Under the GATT 1994, the focus is on how the measure affects the goods involved“, WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221. Umgekehrt schränkt das GATS aber auch nicht den Anwendungsbereich von Art. III:4 GATT ein (*Hestermeyer*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. III GATT Rn. 82; WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 19; WTO-Panel, Report v. 02.07.1998 – WT/DS54, 55, 59, 64/R, *Indonesia – Autos* Rn. Rn. 14.35. Siehe im Übrigen auch schon zuvor unter: D.II.1.a)bb)(2)(a).

503 Vgl. Art. 8 Abs. 2 CVA und Erläuterungen zu Artikel 1 Abs. 3 Anhang I zum CVA.

der Konkretisierung und Vereinheitlichung der Regelungen zur Zollwertbestimmung im GATT, wodurch die eigentlichen Zielsetzungen des GATT weiter gefördert werden sollen.⁵⁰⁴ Wenn das CVA aber im Wesentlichen dem Zweck dient, die vagen Zollwertbestimmungen im GATT weiter zu präzisieren, lässt sich aus der bloßen Nennung einzelner Dienstleistungen im CVA nicht schließen, dass diese dem gesamten Anwendungsbereich des GATT unterfallen sollen. Darüber hinaus werden die angesprochenen Dienstleistungen im CVA systematisch stets im Zusammenhang mit dem für eine bestimmte Ware gezahlten Preis genannt – der nach der vorrangigen Transaktionswertmethode maßgeblich für die Zollwertbestimmung ist. Das CVA trifft daher gar keine Aussage über die Dienstleistung als solche, sondern vielmehr darüber, aus welchen Kosten sich der für eine Ware gezahlte Preis zusammensetzt.⁵⁰⁵

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich der bloßen Nennung einzelner Dienstleistungen im Text des GATT und des zugehörigen CVA nicht entnehmen lässt, dass diese dem Anwendungsbereich des GATT unterfallen und daher selbst den durch das GATT vermittelten Schutz genießen. Letztlich würde eine Ausklammerung der komplementären Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des GATS auch Art. I:3 lit. b) GATS widersprechen, wonach grundsätzlich alle Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATS fallen.

Daraus resultiert, dass auch bei den *smoothing services* Ware und Dienstleistung voneinander zu unterscheiden sind und jeweils dem Anwendungsbereich des GATT bzw. des GATS zuzuordnen sind. Auch hier stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Übereinkommen zueinander. Allerdings sind *smoothing services* im Vergleich zu den *adapting services* nicht so eng mit der Ware als solcher verwoben, weshalb sich Einschränkungen in Bezug auf einzelne Dienstleistungen nicht so gravierend auf den zugehörigen Warenhandel auswirken und umgekehrt.

504 Insbesondere dient das CVA dazu, eine einheitliche und neutrale Bewertungsmethode für den „*actual value*“, der laut Art. VII:2 lit. a) GATT Grundlage der Zollwertermittlung sein soll, zu schaffen, Prieß, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.8. Rn. 1; Puth/Stranz, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 43.

505 Vgl. Rosenow/O'Shea, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 41 f.

3. Auswirkungen des Ergebnisses

a) Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung

Je nach Einzelfall kann auch das Angebot zusätzlicher produktbegleitender Dienstleistungen neben dem Verkauf der Ware Auswirkungen auf die Bestimmung des Zollwerts der Ware haben. Im Folgenden soll dargestellt werden, ob und inwieweit Zahlungen für produktbegleitende Dienstleistungen bei der Zollwertermittlung nach der Transaktionswertmethode zu berücksichtigen sind. Zudem soll untersucht werden, welche Auswirkungen es auf die Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode hat, wenn der Verkäufer die Ware zusammen mit der Dienstleistung anbietet und die Ware dabei gegebenenfalls auch zu einem niedrigeren Preis anbietet, um so beispielsweise den Absatz der von ihm angebotenen Dienstleistungen zu steigern.

aa) Berücksichtigung produktbegleitender Dienstleistungen bei der Zollwertermittlung

Betrachtet man zunächst den Wortlaut von Art. 1.1 CVA, so scheint es auf den ersten Blick eindeutig, dass Zahlungen für produktbegleitende Dienstleistungen bei der Zollwertermittlung nach der Transaktionswertmethode nicht zu berücksichtigen sind. Danach soll primär der tatsächlich für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis⁵⁰⁶ maßgeblich für die Zollwertermittlung sein. Auch die Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA geben ein vergleichbares Bild ab. Allerdings deutet sich hier schon an, dass nicht allein der unmittelbar für die Ware als solche gezahlte Preis maßgeblich ist, da die gesamte Zahlung für die Ware maßgeblich sein soll.⁵⁰⁷ Tatsächlich haben die Mitglieder in Abs. 7 des Anhang III zum CVA dann auch verbindlich⁵⁰⁸ festgehalten, dass der tatsächliche gezahlte oder zu zahlende Preis

„[...] includes all payments actually made or to be made as a condition of sale of the imported goods, by the buyer to the seller, or by the buyer to a third party to satisfy an obligation of the seller.“

506 Art. 1.1 CVA: *„[...] the price actually paid or payable for the goods [...]“*.

507 Abs. 1 der Erläuterungen zu Art. 1 Anhang I zum CVA: *„[...] the total payment made or to be made by the buyer to or for the benefit of the seller for the imported goods.“*

508 Gemäß Art. 14 CVA bilden auch die Anhänge I, II und III zum CVA einen integralen Bestandteil des Übereinkommens und sind entsprechend auch bei der Ermittlung der Bedeutung des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises i.S.v. Art. 1.1 CVA zu berücksichtigen. Siehe auch: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 1; *Rosenow/O’Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 31.

Diese Klarstellung ist weiter als die Definition des Transaktionswerts in Art. 1.1 CVA, schließt sie nach dem Wortlaut nicht mehr nur die Zahlungen für eine Ware selbst ein, sondern vielmehr „[...] *all payments [...] made as a condition of sale of the imported goods [...]*“.⁵⁰⁹

Entsprechend dieser Vorgaben, dass der Transaktionswert die gesamte für die Ware geleistete Zahlung enthalten soll und auch solche Zahlungen einbezogen werden sollen, die als Bedingung für den Kauf der Ware geleistet wurden, enthält das CVA in Art. 8 verschiedene Hinzurechnungen zum tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis, die sich auf von der Ware unterscheidbare Dienstleistungen beziehen.⁵¹⁰ Über die explizit im CVA genannten Dienstleistungen, deren Kosten dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis hinzuzurechnen sind, wenn sie in diesem noch nicht enthalten sind, hinaus hat der Technische Ausschuss für den Zollwert⁵¹¹ unter Berufung auf Abs. 7 des Anhang III zum CVA auch Kosten für weitere Dienstleistungen⁵¹² in den tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einbezogen, wenn die Ware nur unter der Bedingung verkauft wird, dass der Käufer auch die Kosten für die Dienstleistung bezahlt.⁵¹³ Praktisch kann aber jede beliebige Dienstleistung zum Gegenstand einer solchen Bedingung gemacht werden, sodass sich die Frage stellt, wie weit insbesondere Abs. 7 des Anhang III zum CVA zu verstehen ist, und welche Kosten für Dienstleistungen danach noch in den Transaktionswert mit einbezogen werden dürfen. Diese Frage stellt sich vor allem deshalb, weil nach Art. 1.1 CVA maßgeblich für den

509 Vgl. auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 74.

510 Vgl. bspw. die in Art. 8.1 lit. a) CVA genannten Provisionen und Maklerlöhne oder Verpackungskosten oder die in Art. 8.2 CVA genannten Transport- und Versicherungskosten.

511 Der Technische Ausschuss für den Zollwert wurde nach Art. 18.2 CVA unter der Schirmherrschaft der WCO (ehemals Rat für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zollwesens) eingesetzt, um auf technischer Ebene eine einheitliche Auslegung und Anwendung des CVA zu sichern (siehe Abs. 2 des Anhang II zum CVA). Zwar sind die Instrumente des Technischen Ausschusses für den Zollwert für die Mitglieder nicht in gleicher Weise verbindlich wie die einzelnen WTO-Übereinkommen selbst; nichtsdestotrotz sollen sie aber zumindest eine wichtige Rolle bei der einheitlichen Auslegung und Anwendung des CVA generell spielen (*WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, General, Rn. 8 f.).

512 Im Beispielsfall wurde die Zahlung für eine Schulung in der Bedienung einer Maschine zur Bedingung für den Verkauf der Maschine gemacht.

513 *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Case Study 7.1, Rn. 9 ff. Ähnlich auch in Bezug auf Kosten für eine vom Verkäufer zugesicherte Garantie: *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 20.1, Rn. 7 ff.

Transaktionswert eigentlich nur der tatsächlich für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis sein soll.⁵¹⁴ Im Folgenden soll daher zunächst dargestellt werden, welche Dienstleistungen ausdrücklich im Zusammenhang mit der Zollwertbestimmung genannt werden und entsprechend in diese mit einzubeziehen sind oder auch nicht. Aufbauend auf den daraus gewonnenen Erkenntnissen soll im Anschluss geprüft werden, ob Kosten für Dienstleistungen darüber hinaus unter Berufung auf Abs. 7 des Anhang III zum CVA als Bedingung für ein Warenkaufgeschäft noch in den Transaktionswert mit einbezogen werden können und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist.

(1) Explizit genannte Dienstleistungen

Das CVA nennt als dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis hinzuzurechnende Kosten für Dienstleistungen Provisionen – mit Ausnahme von Einkaufsprovisionen –⁵¹⁵ und Maklergebühren,⁵¹⁶ Verpackungskosten,⁵¹⁷ sowie optional Transportkosten bis zum Ort der Einfuhr,⁵¹⁸ Ladekosten und Kosten für die Behandlung der eingeführten Ware, die mit ihrer Beförderung zusammenhängen, und Versicherungskosten.⁵¹⁹ Sind diese Kosten bereits im tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis enthalten, erfolgt keine Hinzurechnung mehr,⁵²⁰ sodass sie dann als Bestandteil des tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preises betrachtet werden.

514 *Vonderbank* wirft insofern auch die Frage nach einem möglichen Widerspruch zwischen Art. 1.1 CVA und Abs. 7 des Anhang III zum CVA auf: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 72.

515 Siehe zur Unterscheidung: *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 44 ff.; *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 17.1.

516 Art. 8.1 lit. a) i) CVA. Provisionen sind Vergütungen für Vermittler, Agenten und Kommissionäre, die für ihre Mitwirkung beim Abschluss des Kaufvertrages gezahlt werden, Maklergebühren werden einem Makler für seine Mitwirkung beim Abschluss des Kaufvertrages gezahlt, *Rimmert*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Art. 71 Rn. 9 f. Siehe auch: *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Explanatory Note 2.1.

517 Art. 8.1 lit. a) iii) CVA.

518 In jedem Fall sollen aber vom Käufer zugunsten des Verkäufers für die Lagerung der Waren im Ausland vor deren Import geleistete Zahlungen in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einzubeziehen sein, *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 7.1, Rn. 10 f.

519 Art. 8.2 CVA. Erfasst sein sollen aber nur Versicherungen für den Transport, Be- und Entladung und Behandlung der Waren während des Transportes, *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 13.1, Rn. 2 Abs. 2.

520 *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 41; *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4271 Rn. 4.

Nicht in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis für die Ware einzubeziehen sind hingegen Zahlungen – sofern sie von dem für die Ware tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis unterscheidbar sind – für den Bau, die Errichtung, die Montage, die Instandhaltung oder die technische Unterstützung an der Ware, die nach deren Einfuhr vorgenommen werden,⁵²¹ und die Kosten für den Transport nach der Einfuhr.⁵²² Entsprechend sollen sich solche Zahlungen also grundsätzlich – sofern sie vom eigentlichen Warenpreis unterschieden werden können – nicht auf die Bestimmung des Werts einer Ware für Zollzwecke auswirken.⁵²³

Allgemein haben die Mitglieder in Abs. 4 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA zudem festgehalten, dass der tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis einen gewissen Warenbezug haben muss und daher Dividenden und andere Zahlungen des Käufers an den Verkäufer nicht mit einzubeziehen sind. Entsprechend sollen auch vom Käufer zu zahlende Zinsen im Rahmen einer Ratenvereinbarung als Gegenleistung für ein gewährtes Darlehen⁵²⁴ – nicht für die Ware – unter bestimmten Bedingungen, die im Wesentlichen der Betrugsbekämpfung dienen,⁵²⁵ nicht in den Transaktionswert mit einbezogen werden.⁵²⁶

Die nach Art. 8.1 CVA dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis hinzuzurechnenden Kosten für bestimmte Dienstleistungen haben gemeinsam, dass sie

521 Abs. 3 lit. a) der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA. Nach Ansicht des Technischen Ausschusses für den Zollwert sollen nicht nur die nach dem Import der Ware im Importland ausgeführten Tätigkeiten erfasst sein, sondern sämtliche im Zusammenhang mit der Installation und Errichtung der Ware im Importland ausgeführten Tätigkeiten, unabhängig davon, ob sie vor oder nach Import der Ware ausgeführt wurden, *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 9.1, Rn. 6.

522 Abs. 3 lit. b) der Erläuterungen zu Art. 1 Anhang I zum CVA.

523 Nach *Vonderbank* erfolgt bei diesen Zahlungen kein Abzug vom tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis; die Kosten sind vielmehr generell nicht Bestandteil des Zollwerts: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 420.

524 *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 32; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 33.

525 Vgl. *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 33.

526 *WCO*, Decision 3.1, Treatment of Interest Charges in the Customs Value of Imported Goods. Diese Entscheidung wurde bereits auf der ersten Sitzung des WTO Ausschusses für den Zollwert von allen Mitgliedern angenommen. Die Mitglieder sind verpflichtet, dem Ausschuss das Datum mitzuteilen, von dem an sie die Entscheidung umsetzen, *WTO Committee on Customs Valuation*, Decisions Concerning the Interpretation and Administration of the Agreement on Implementation of Article VII of the GATT 1994 (Customs Valuation), G/VAL/5, 1995, S. 2. Im UZK ist die Decision 3.1 in Art. 72 lit. c) UZK umgesetzt.

üblicherweise im Zusammenhang mit dem Verkauf der Ware ins Ausland, der Vorbereitung der Ware zum Transport und dem Transport der Ware selbst anfallen. Entsprechend wird der Verkäufer – sofern er diese Tätigkeiten selbst ausführt oder ausführen lässt, um die Ware überhaupt auch im Ausland verkaufen zu können – diese Kosten bei der Kalkulierung des Verkaufspreises der Ware üblicherweise auch berücksichtigen.⁵²⁷ Entsprechend tragen diese Kosten auch zum Wert der Ware bei. Dass die in Art. 8.1 CVA genannten Dienstleistungen wertbildende Faktoren der Ware selbst sind, spiegelt sich nicht zuletzt auch in dem Umstand wider, dass die Kosten hierfür in jedem Fall, also auch wenn sie dem Käufer der Ware anfallen, in den Transaktionswert für die Bemessung des Zollwerts der importierten Ware einbezogen werden sollen – entweder unmittelbar als Bestandteil des tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preises oder aber als Hinzurechnung nach Art. 8.1 CVA. Schließlich soll der Zollwert einer Ware nach Art. VII:2 lit. a) GATT auf Grundlage des tatsächlichen Werts der importierten Ware bemessen werden, dessen Bestimmung primär die Transaktionswertmethode – die auch die gegebenenfalls erforderliche Hinzurechnung der in Art. 8.1 CVA genannten Kosten erfasst – dienen soll. Ebenso wie die in Art. 8.1 CVA genannten Kosten üblicherweise vom Verkäufer in den Verkaufspreis der Ware eingerechnet werden und damit wertbildende Faktoren der Ware sind, haben diese Kosten auch aus Sicht des Kunden für ihn keinen eigenen Wert. Aus wirtschaftlicher Sicht ermöglichen sie ihm lediglich, dass er die im Ausland gekaufte Ware erhält, ohne dass sie über den Erhalt der Ware hinaus für ihn noch einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert haben. Anders ist dies hingegen beispielsweise bei einem Darlehen. Bei dem Darlehen erhält der Käufer neben der Ware noch den im Rahmen des Darlehensvertrags gewährten Geldbetrag; die gezahlten Zinsen beziehen sich also auf eine eigenständige Leistung des Verkäufers neben der Ware und fließen entsprechend auch nicht in den Wert der Ware ein.

Daneben lässt sich dem Umstand, dass Kosten für den Bau, die Errichtung, die Montage, die Instandhaltung, sowie die technische Unterstützung, die nach dem Import der Ware im Inland ausgeführt werden, und Kosten für den Transport der Ware nach ihrem Import nicht in den Transaktionswert mit einbezogen werden sollen, zudem entnehmen, dass Kosten nur solange noch wertbeeinflussend für Zollzwecke sein sollen, bis dass die Ware importiert wurde.⁵²⁸ Das ist vor dem

527 Vgl.: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 494.

528 Vgl. auch *Vonderbank*, der ebenfalls den Umstand, dass die in Art. 72 UZK genannten Dienstleistungen erst nach der Einfuhr der Ware durchgeführt werden, als einendes Element sieht: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4272 Rn. 22.

Hintergrund des auf *Karl Lamp* zurückgehenden Wirtschaftszollgedankens⁵²⁹ nur konsequent. Ist Anlass für die Erhebung eines Zolls der wirtschaftliche Vorgang des Eingangs einer Ware in einen fremden Wirtschaftskreislauf und die von diesem Eingang in einen fremden Wirtschaftskreislauf ausgehenden Auswirkungen auf die Preisbildung, so können nur solche preis- und wertbildenden Umstände berücksichtigt werden, die schon vor dem Zeitpunkt des Eingangs der Ware in den fremden Wirtschaftskreislauf vorliegen. Insofern ist allerdings zu berücksichtigen, dass Mitglieder den Zeitpunkt des Imports einer Ware selbst definieren können,⁵³⁰ sodass die Zeitpunkte des Imports einer Ware und des endgültigen Eingangs der Ware in den Wirtschaftskreislauf nicht immer genau übereinstimmen müssen.⁵³¹

Zusammenfassend lässt sich den explizit im CVA und seinen Anhängen aufgezählten Kosten für einzelne Dienstleistungen entnehmen, dass diese Kosten in den Transaktionswert mit einbezogen werden sollen, weil sie üblicherweise Bestandteile des Verkaufspreises der Ware sind und damit einen Teil des Werts der Ware für Zollbemessungszwecke ausmachen. Zudem erhält der Käufer bei diesen Zahlungen keine weitere eigenständige Gegenleistung neben der gelieferten Ware. In zeitlicher Hinsicht lässt sich festhalten, dass den Wert der Ware beeinflussende Kosten nur solange im Rahmen der Zollwertbemessung zu berücksichtigen sind, solange sie den Wert der Ware schon vor ihrem Import beeinflusst haben.

(2) Dienstleistung als Bedingung für den Kauf der Ware

Neben den in Art. 8 CVA genannten, dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis hinzuzurechnenden Kosten für die dort genannten Dienstleistungen, können dem Wortlaut von Abs. 7 des Anhangs III zum CVA zufolge prinzipiell auch Kosten für andere Dienstleistungen Bestandteil des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises sein, wenn zumindest die Zahlung für die Dienstleistung Bedingung für den Verkauf der Ware ist. Dem steht auch Art. 8.4 CVA nicht entgegen, wonach andere als die in Art. 8 CVA genannten Kosten dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis nicht hinzuzurechnen sind. Nach Abs. 7 des Anhangs III zum CVA sind alle als Bedingung für ein Kaufgeschäft geleisteten oder

529 Siehe hierzu zuvor schon unter: D.I.3.a)aa).

530 *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 61.

531 Bspw. sind in der EU nach Art. 71 Abs. 1 lit. e) UZK Transportkosten nur bis zum Ort des Verbringens der Ware in das Zollgebiet der EU, also dem Ort, an dem die Ware die Grenze des Zollgebietes der EU passiert, in den Transaktionswert mit einzubeziehen. Anschließend muss die Ware allerdings noch zu einer Zollstelle befördert werden (Art. 135 UZK) und kann dann dort u.a. dem Zollverfahren der Überlassung zum zollrechtlich freien Verkehr (Art. 201 UZK) zugeführt werden, an dessen Ende sie dann in den Wirtschaftskreislauf eingeht (vgl. Art. 201 Abs. 3 UZK).

zu leistenden Zahlungen Bestandteil des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises; entsprechend erfolgt also keine Zurechnung im Sinne von Art. 8.4 CVA, da die als Bedingung für das Kaufgeschäft geleisteten Zahlungen per se schon Teil des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises sind, diesem also nicht hinzugerechnet werden.⁵³² Betrachtet man dabei Abs. 7 des Anhang III zum CVA isoliert, so könnten grundsätzlich Kosten für sämtliche denkbaren Dienstleistungen in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einbezogen werden, solange die Zahlung für diese Dienstleistungen zur Bedingung für den Abschluss eines Kaufgeschäfts über eine importierte Ware gemacht wird. Gleichzeitig stellen aber Art. 1.1 CVA und Abs. 4 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA ausdrücklich klar, dass sich der tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis nur auf den für die Ware gezahlten Preis bezieht. Entsprechend stellt sich die Frage, ob bei der Ermittlung des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises vor allem ein Fokus auf das Vorliegen einer Bedingung für den Abschluss des Kaufgeschäfts zu legen ist und die Frage des Warenbezugs dahinter in den Hintergrund rückt – entsprechend also grundsätzlich alle Dienstleistungen in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einbezogen werden können – oder ob auch Kosten für Dienstleistungen als Gegenstand einer Bedingung nur insofern in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis einbezogen werden können, wenn sie selbst noch einen Warenbezug aufweisen.

Insofern wurden bislang – sofern die Zahlung durch den Käufer zugunsten des Verkäufers Voraussetzung für den Kauf der importierten Ware ist – als Bestandteil des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises Zahlungen für eine Schulung, die vor dem Import in den Geschäftsräumen des Verkäufers durchgeführt wird,⁵³³ und solche für eine vom Verkäufer oder einer von diesem beauftragten dritten Person übernommene Garantie für die Ware⁵³⁴ angesehen. Basierend auf den Abs. 7 des Anhang III zum CVA im Wesentlichen entsprechenden Vorgängervorschriften von Art. 70 Abs. 2 UZK bezog der EuGH in den Entscheidungen *Sommer*⁵³⁵ und *Dollond & Aitchison*⁵³⁶ zudem die Kosten für eine in der EU durchgeführte vertraglich vereinbarte Analyse der eingeführten Ware⁵³⁷ sowie für

532 *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 62; offenbar ebenso: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 7 f.

533 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Case Study 7.1, Rn. 9 ff.

534 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 20.1, Rn. 7 f.

535 EuGH, Urt. v. 19.10.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:574, *Sommer*.

536 EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison*.

537 EuGH, Urt. v. 19.10.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:574, *Sommer* Rn. 24.

eine Kontaktlinsenberatung und -anpassung sowie ggf. erforderliche Nachsorgeleistungen⁵³⁸ in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit ein. Auch wenn Entscheidungen des EuGH bloß die Ansicht eines Mitglieds der WTO zu den jeweiligen Regelungen in indirekter⁵³⁹ Weise wiedergeben, so können sie doch zumindest einen gewissen Eindruck davon vermitteln, wie die jeweiligen Regelungen von den Mitgliedern verstanden und umgesetzt werden, ohne dabei aber für alle Mitglieder verbindlich zu sein. Vor allem bei dem Einbezug von Kosten für eine Schulung, sowie für eine Kontaktlinsenberatung und -anpassung und späteren Nachsorgeleistungen scheint der Fokus stärker auf dem Umstand, dass es sich bei diesen Kosten um eine Bedingung für das Kaufgeschäft handelte, als auf dem Warenbezug der Zahlung zu liegen;⁵⁴⁰ in diesen Fällen lässt sich neben der Warentransaktion noch eine zusätzliche Leistung ausmachen, die der Käufer erhält und für die er einen Teil des Preises zahlt.⁵⁴¹

Der starke Fokus auf die Frage, ob eine Zahlung Bedingung für den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Ware ist, und der daraus resultierende Einbezug auch von Kosten, die keinen direkten Warenbezug haben, ist jedoch bedenklich. Zwar lässt sich Abs. 7 des Anhang III zum CVA durchaus in diesem weiten Sinne auslegen, dass sämtliche Kosten, die zur Bedingung für den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Ware gemacht wurden, in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einzubeziehen sind.⁵⁴² Eine solche Auslegung würde jedoch in einem unmittelbaren Widerspruch zu Art. 1.1 CVA und Abs. 4 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA stehen, die beide einen Bezug des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises zu den Waren – nicht zu dem Abschluss des Kaufvertrags – fordern. Zudem enthält Abs. 7 des Anhang III zum

538 EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison* Rn. 34. In der Sache hatten die Parteien allerdings auch einen Gesamtpreis für alle Waren und Leistungen vereinbart, sodass die Kosten für die Dienstleistungen nicht unterscheidbar waren, worauf der EuGH sein Urteil letztlich auch stützte. Siehe hierzu noch nachfolgend unter: D.II.3.a)bb)(3).

539 Die unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Übereinkommen wird bislang abgelehnt. Oftmals erlangen die WTO-Übereinkommen aber über den Grundsatz völkerrechtskonformer Auslegung oder über Transformationsakte mittelbare Geltung, *Hörmann*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 8 Rn. 31, 35, 41 ff.

540 So auch in Bezug auf die Case Study 7.1 der WCO: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 80.

541 So auch in Bezug auf die Case Study 7.1 der WCO: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 84. Auch der EuGH hat in der Sache *Dollond & Aitchison* ausdrücklich anerkannt, dass neben der Warentransaktion auch noch eine Dienstleistungstransaktion vorliegt: EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison* Rn. 32.

542 *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 89.

CVA lediglich eine klarstellende Aussage über den Inhalt des in Art. 1.1 CVA und Abs. 4 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA verwendeten Begriffs des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises, stellt jedoch keine eigenständige Definition dieses Begriffs dar. Dass Abs. 7 des Anhang III zum CVA keine eigenständige Definition darstellt, lässt sich der nicht abschließenden Formulierung von Abs. 7 des Anhang III zum CVA mit der Verwendung des Wortes „includes“ anstelle von „means“ entnehmen. Trifft Abs. 7 des Anhang III zum CVA aber nur eine klarstellende Aussage über den Inhalt des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises, kann hierdurch nicht die Voraussetzung, dass sich der tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis auf die Ware selbst beziehen muss, aufgehoben werden. Auch weist *Vonderbank* zutreffend darauf hin, dass auch die nach Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA ausdrücklich nicht in den Transaktionswert mit einzubeziehenden Kosten beispielsweise für die Montage als eigenständige Dienstleistungen ebenfalls zum Gegenstand einer Bedingung für den Kauf der Ware gemacht werden könnten.⁵⁴³ Es lässt sich jedoch kein nachvollziehbarer Grund erkennen, warum gerade die in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA genannten Kosten nicht in den Transaktionswert einbezogen werden sollen, obwohl sie ebenfalls auf eigenständige Dienstleistungen neben der Ware entfallen und ebenfalls Gegenstand von Bedingungen für das Kaufgeschäft sein können, während alle anderen Kosten für Dienstleistungen ohne Warenbezug einbezogen werden können, solange sie nur Gegenstand einer Bedingung für den Kauf der Ware sind.⁵⁴⁴

Alternativ lässt sich Abs. 7 des Anhang III zum CVA allerdings auch enger dahingehend auslegen, dass nur diejenigen Bedingungen erfasst werden, ohne die der Kaufvertrag über die Ware nicht zu dem gezahlten Preis geschlossen worden wäre. Entsprechend würden nur solche Bedingungen erfasst, in die ein Teil des eigentlich für die Ware selbst zu zahlenden Preises ausgelagert wurde, sodass der Rechnungspreis für die Ware nicht die vollständige Gegenleistung für die Ware darstellt. Wäre der Käufer mit der Bedingung nicht einverstanden, würde der Verkäufer die Kosten also entweder im Rechnungspreis für die Ware berücksichtigen oder aber – weil er ein besonderes Interesse gerade an der Auslagerung eines Teils seiner Kosten in die Bedingung hat – den Kaufvertrag nicht abschließen. Diese enge Auslegung stünde entsprechend auch nicht im Widerspruch zu Art. 1.1 CVA und Abs. 4 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA, da nur solche Bedingungen erfasst würden, in die ein Teil des tatsächlich für die Ware gezahlten

⁵⁴³ *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 86.

⁵⁴⁴ So offenbar auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 86.

oder zu zahlenden Preises ausgelagert wurde. Entsprechend kann diese Auslegung für sich die Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten in Anspruch nehmen.

Für diese engere Auslegung spricht aber vor allem auch der Sinn und Zweck der Transaktionswertmethode, die der Bestimmung des Zollwerts einer Ware ausgehend von dem tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis dient. Grundsätzlich soll sich der Zollwert einer Ware nach Art. VII:2 lit. a) GATT nach dem wirklichen Wert⁵⁴⁵ einer Ware richten. Die im CVA enthaltenen Regelungen zur Zollwertbestimmung sollen dabei die Regelungen zur Bestimmung des wirklichen Werts einer Ware für Zollzwecke vereinheitlichen und vereinfachen⁵⁴⁶ und dienen lediglich der Konkretisierung von Art. VII GATT.⁵⁴⁷ Dass hierbei die Transaktionswertmethode, die im Wesentlichen auf den auf einem freien Markt ausgehandelten Preis einer Ware abstellt, vorrangig angewendet werden soll, lässt sich damit begründen, dass sie den tatsächlichen Marktwert einer Ware am besten wiedergibt.⁵⁴⁸ Werden aber auch Kosten für andere neben der Ware zu erbringende Dienstleistungen unter Berufung auf Abs. 7 des Anhang III zum CVA in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einbezogen, so wird hierdurch regelmäßig der Wert der Ware über ihren eigentlichen wirklichen Wert hinaus, wie ihn der Transaktionswert eigentlich wiedergeben soll, künstlich erhöht, ohne dass sich für eine solche Erhöhung ohne Weiteres Gründe finden lassen.

Nach alledem erfasst die engere Auslegung von Abs. VII des Anhang III zum CVA, vor allem solche Bedingungen, deren Gegenstand eigentlich in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fallende Aufgaben sind und die dieser daher normalerweise in den Verkaufspreis der Ware einkalkulieren würde.⁵⁴⁹ In der EU werden als solche Aufgaben beispielsweise Analyse- und Zertifizierungskosten gesehen, wenn der Verkäufer vertraglich oder gesetzlich die Einhaltung bestimmter Sicherheitsstandards oder Qualitätsanforderungen sicherstellen muss. Ebenso können Kosten für vom Verkäufer veranlasste Werbung, Kosten für Garantieleistungen des Verkäufers oder vor dem Verkauf der Ware angefallene Lagerkosten als Gegenstand einer Bedingung in den tatsächlich für die Ware gezahlten oder

545 Im engl. Original: „*actual value*“.

546 Vgl. zu Verfahrensweisen zur Bestimmung des Zollwertes einer Ware nach den Grundsätzen von Art. VII GATT vor Vereinbarung des CVA und deren Nachteilen: *Müller-Eiselt*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 S. 29 ff.; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 5 ff.

547 *Prieß*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.8. Rn. 1.

548 *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 22.

549 Vgl.: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 101.

zu zahlenden Preis mit einbezogen werden.⁵⁵⁰ Von den produktbegleitenden Dienstleistungen kommen damit zur Einbeziehung in den Zollwert potentiell nur diejenigen *smoothing services* in Betracht, deren Kosten vom Verkäufer üblicherweise in den Verkaufspreis der Ware einkalkuliert werden. Solche Dienstleistungen beschränken sich im Wesentlichen auf die bislang genannten Kosten. Von den *adapting services* kommen potentiell nur solche zur Einbeziehung in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis in Betracht, die sich unmittelbar wertverändernd auf die Ware auswirken. Entsprechend sind hier vor allem diejenigen *adapting services* relevant, die unmittelbar an der Ware selbst ausgeführt werden.

Daneben kommen im Rahmen der engeren Auslegung von Abs. VII des Anhang III zum CVA noch Bedingungen in Betracht, die zwar eine eigenständige Leistung ohne Bezug zu der Ware zum Gegenstand haben, in deren Kosten aber zusätzlich noch ein Teil des Gegenwerts für die Ware versteckt ist;⁵⁵¹ erbringt der Verkäufer der Ware auch die Dienstleistung, erhält er die Kosten insgesamt, sodass es für ihn unerheblich ist, ob der Käufer für die Ware einen vermeintlich geringeren Preis zahlt. Gegenstand solcher Bedingungen können letztlich alle denkbaren Dienstleistungen sein, wobei dann zu klären ist, ob in solchen Fällen die Gesamtkosten – also entsprechend auch diejenigen, die tatsächlich als Gegenleistung für die Dienstleistung zu sehen sind – als tatsächlich gezahlter oder zu zahlender Preis heranzuziehen sind, ob die Kosten gegebenenfalls aufzuteilen sind oder aber ob die Transaktionswertmethode möglicherweise gänzlich ausgeschlossen ist, weil der für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis nicht sicher festgestellt werden kann.⁵⁵² Entsprechend ist aber nicht die Dienstleistung entscheidend für die Einbeziehung, sondern vielmehr, wie mit solchen in anderen Kosten versteckten Gegenleistungen für die Ware umzugehen ist.

Zusammenfassend lässt sich daher zunächst für die Frage, welche Dienstleistungen Gegenstand einer Bedingung im Sinne von Abs. 7 des Anhang III zum CVA sein können, festhalten, dass vor allem diejenigen Dienstleistungen hiervon erfasst werden, die üblicherweise in den Verkaufspreis der Ware einkalkuliert werden, oder die den Wert der Ware unmittelbar beeinflussen. Ob darüber hinaus

550 Siehe hierzu insgesamt: *Vonderbank*, Zollwert, 2. Aufl., 2018, S. 68 ff.; *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 448 ff.

551 *Vonderbank* vermutet in dem Risiko, dass Teile des für die Ware zu zahlenden Preises in die Kosten für eine Dienstleistung, die sich nicht auf die Ware bezieht, verlagert werden, den Grund für die Entscheidung des Technischen Ausschusses für den Zollwert in der Case Study 7.1: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 91.

552 Siehe hierzu nachfolgend unter: D.II.3.a)bb)(2).

auch Kosten für andere Dienstleistungen in den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis vollständig mit einzubeziehen sind, wenn in ihren Kosten auch noch teilweise Kosten für die Ware enthalten sind, wird nachfolgend zu erörtern sein.

(3) Ort und Zeit der Ausführung der Dienstleistung

In der Entscheidung *Sommer* hatte der EuGH Kosten für die Analyse von Honig in den Transaktionswert mit einbezogen, obwohl die Analyse erst nach dem Import des Honigs im Zielland erfolgte.⁵⁵³ Offenbar gegensätzlich dazu handelt es sich bei den nach Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA nicht in den Zollwert einzubeziehenden Kosten um solche für Leistungen, die erst nach dem Import der Ware im Importland erbracht werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die nach Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA nicht in den Zollwert einzubeziehenden Kosten abschließend geregelt sind,⁵⁵⁴ oder aber ob sich ihnen nicht eine grundsätzliche Wertung dahingehend entnehmen lässt, dass Kosten für Leistungen, die erst nach dem Import oder im Importland anfallen, generell nicht in den Zollwert einbezogen werden sollen.

Insoweit muss der Hintergrund des CVA beachtet werden. Der wesentliche Hauptzweck des CVA war, für alle Mitglieder verbindliche Regeln zur praktischen Ermittlung des wirklichen Werts der Ware im Sinne von Art. VII:2 GATT zu schaffen.⁵⁵⁵ Dabei verdeutlicht schon Art. VII:2 lit. b) GATT, dass zur Bestimmung des Werts einer Ware stets auch ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt werden muss, zu dem der Wert der Ware gemessen werden muss.⁵⁵⁶ Schließlich kann der Wert einer Ware je nachdem, zu welchem Zeitpunkt der Wert gemessen wird, unterschiedlich ausfallen. Angaben zu diesem Zeitpunkt enthalten die in Art. 1 CVA festgelegten Regelungen in Bezug auf die Transaktionswertmethode nicht. Der Abschnitt „[...] *when sold for export* [...]“⁵⁵⁷ bezieht sich allein auf die Art des für die Wertbestimmung maßgeblichen Kaufgeschäfts über eine Ware – nämlich ein solches, das auf den Export der Ware ausgerichtet ist –, enthält aber keine

553 EuGH, Urt. v. 19.10.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:574, *Sommer* Rn. 20.

554 So für die entsprechende Vorschrift in Art. 72 UZK: *Krüger*, in: Dorsch/Rüsken, Zollrecht, Losebl. (Stand: Juli 2018), Art. 72 UZK Rn. 5; *Vonderbank*, Zollwert, 2. Aufl., 2018, S. 233.

555 Vgl.: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, General Introductory Commentary CVA Rn. 10, 37; WTO-Appellate Body, Report v. 07.06.2016 – WT/DS461/AB/R, *Colombia – Textiles* Rn. 5.38.

556 Art. VII:2 lit. b) GATT: „[...] *at a time and place determined by the legislation of the country of importation* [...]“.

557 Art. 1.1 CVA.

Angabe zum genauen Zeitpunkt der Wertbestimmung.⁵⁵⁸ Allerdings hat der Technische Ausschuss für den Zollwert im Commentary 22.1 dargestellt, dass für die Transaktionswertmethode in einer Reihe von Kaufgeschäften das letzte Kaufgeschäft vor dem Import der Ware entscheidend ist.⁵⁵⁹ Dementsprechend kann sich der Wert der Ware infolge weiterer Verkäufe noch bis zum Zeitpunkt des Imports verändern. Kann sich der Wert der Ware für Zollwertbemessungszwecke aber noch bis zum Zeitpunkt des Imports einer Ware infolge weiterer Verkäufe verändern – danach hingegen nicht mehr –, muss der für die Zollwertbestimmung, also die Bestimmung des wirklichen Werts der Ware, entscheidende Zeitpunkt derjenige des Imports der Ware sein. Dieses Ergebnis unterstreichen auch die nach Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 Anhang I zum CVA auf jeden Fall nicht mehr in den Zollwert mit einzubeziehenden Kosten für Leistungen, die erst nach dem Import der Ware anfallen. Ebenso spricht auch der Wirtschaftszollgedanke dafür, dass der tatsächliche Wert einer Ware im Zeitpunkt ihres Imports zu bestimmen ist. Wenn der Grund für die Erhebung von Zöllen der Eingang einer Ware in einen fremden Wirtschaftskreislauf ist, und die Ware mit dem Import in diesen Wirtschaftskreislauf eingeht, können Veränderungen des Werts der Ware nach deren Eingang in den Wirtschaftskreislauf zollrechtlich nicht mehr relevant sein.⁵⁶⁰

Nach alledem dürften also all diejenigen Kosten für Dienstleistungen, die sich erst nach dem Import der Ware wertverändernd auf die Ware auswirken, nicht in den Zollwert einzubeziehen sein, unabhängig davon, ob die Dienstleistung in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA aufgeführt ist.⁵⁶¹

Entsprechend könnten im Regelfall auch solche Dienstleistungen, die im Importland ausgeführt werden – unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Ausführung – nicht in den Zollwert einzubeziehen sein,⁵⁶² da sie sich entweder erst nach dem Import der Ware wertverändernd auf die importierte Ware auswirken oder aber vor dem Import der Ware regelmäßig keinen unmittelbaren Einfluss auf den Wert der Ware haben.

558 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Explanatory Note 1.1, Rn. 3.

559 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 22.1, Rn. 10 ff. Siehe hierzu auch: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 11 ff. Für die EU ist das nunmehr in Art. 128 Abs. 1 UZK-IA umgesetzt worden.

560 In diesem Sinne auch: *Traub*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Art. 85 Rn. 3.

561 So auch für Kosten, die nicht in dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis enthalten sind: WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 9.1, Rn. 3 f.

562 So auch: WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 9.1, Rn. 6.

Anders ist dies jedoch bislang vom EuGH⁵⁶³ gesehen worden.⁵⁶⁴ Insbesondere in der Sache *Sommer* erfolgte dabei eine intensivere Auseinandersetzung mit der Frage, ob Kosten für Analysen, die erst nach dem Import der Ware im Inland durchgeführt wurden, ebenfalls in den Zollwert mit einbezogen werden müssen. Der EuGH ist dabei im Wesentlichen den Schlussanträgen des Generalanwalts *Mischo* gefolgt.⁵⁶⁵ In der Sache hatte sich der Verkäufer des Honigs verpflichtet, Honig zu liefern, „dessen *Qualität im Kaufvertrag* ,lt. *ausweisender Analyse des Verkäufers entsprechend der deutschen Honigverordnung*‘ bestimmt“⁵⁶⁶ worden war. Die Analysen wurden erst nach dem Import des Honigs in der EU von dort niedergelassenen Unternehmen durchgeführt.⁵⁶⁷ Wie Generalanwalt *Mischo* zu treffend feststellte, erhielt der Honig durch die Analyse und das Zertifikat, das die Übereinstimmung des Honigs mit den Bestimmungen der Honigverordnung bestätigte, eine Wertsteigerung gegenüber dem noch nicht analysierten und zertifizierten Honig.⁵⁶⁸ Da der Zollwert der wirtschaftlichen Realität der betreffenden Transaktion entsprechen müsse, seien auch die Analysekosten, die zu der Wertsteigerung geführt haben, in den Zollwert mit einzubeziehen.⁵⁶⁹ Die gleiche Argumentation ließe sich jedoch auch auf einen Vertrag, nach dem der Verkäufer neben der Lieferung einer Maschine auch zu deren Aufbau beim Kunden verpflichtet ist, übertragen; auch die fertig aufgebaute und zusammengesetzte Maschine hat einen größeren Wert, als ihre Einzelteile. Allerdings erfolgt hier die Wertsteigerung erst vor Ort beim Käufer der Maschine nach dem Import der Einzelteile. Gleiches gilt aber auch für die Wertsteigerung des Honigs infolge der nach dem Import des Honigs durchgeführten Analyse und Zertifizierung. Auch hier erfolgt die Wertsteigerung erst nach dem für die Zollwertbestimmung maßgeblichen Zeitpunkt des Imports der Ware – die schon vor dem Import des Honigs

563 So in: EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison* Rn. 31; EuGH, Urt. v. 19.10.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:574, *Sommer* Rn. 23 ff.

564 Ort und Zeit der Ausführung der zusätzlichen Leistung hält auch *Vonderbank* für unerheblich: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 77. Allerdings erkennt er gleichzeitig auch den Umstand, dass einige der in Art. 72 UZK genannten Dienstleistungen erst nach dem Import der Ware ausgeführt werden, als Grund für deren Abzug vom tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis an: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4272 Rn. 22.

565 Vgl.: EuGH, Urt. v. 19.10.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:574, *Sommer* Rn. 26.

566 Generalanwalt *Mischo*, Schlussantrag v. 14.03.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:123, *Sommer* Rn. 26.

567 Generalanwalt *Mischo*, Schlussantrag v. 14.03.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:123, *Sommer* Rn. 21.

568 Generalanwalt *Mischo*, Schlussantrag v. 14.03.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:123, *Sommer* Rn. 40.

569 Generalanwalt *Mischo*, Schlussantrag v. 14.03.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:123, *Sommer* Rn. 41 f.

bestehende bloße vertragliche Verpflichtung des Verkäufers, eine solche Wertsteigerung herbeizuführen, genügt hingegen noch nicht für die Wertsteigerung. Der Zeitpunkt, in dem die Wertsteigerung stattfindet, ist aber weder von Generalanwalt *Mischo* noch vom EuGH berücksichtigt worden. Wie aber schon Art. VII:2 lit. b) GATT verdeutlicht, ist für die Bestimmung des Werts einer Ware immer auch ein bestimmter Zeitpunkt festzulegen. Wie eingangs dargestellt, ist dies bei der Transaktionswertmethode der Zeitpunkt des Imports der Ware. Im Zeitpunkt des Imports der Ware war der Honig aber noch nicht analysiert und zertifiziert und hatte daher – wie auch Generalanwalt *Mischo* anerkennt⁵⁷⁰ – einen niedrigeren Wert als nach der Analyse. Der wirtschaftlichen Realität hätte daher im Zeitpunkt des Imports des Honigs der tatsächlich für den Honig gezahlte Preis ohne die Analysekosten entsprochen.

Nach alledem erscheint es daher den grundlegenden Gedanken der Zollwertbestimmung eher zu entsprechen, die Kosten für solche Dienstleistungen, die den Wert einer Ware erst nach deren Import beeinflussen, über die in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA aufgeführten Dienstleistungen hinaus nicht in den Zollwert mit einzubeziehen.

bb) Auswirkungen des gemeinsamen Angebots von Ware und Dienstleistung auf die Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode

Bieten Warenhersteller nicht mehr bloß die hergestellten Waren selbst, sondern zusätzlich auch verschiedene Dienstleistungen an, können die angebotenen Dienstleistungen einen erheblichen Anteil an dem Gesamtgewinn ausmachen.⁵⁷¹ Entsprechend kann es sich für den Warenhersteller bisweilen sogar auch lohnen, die Ware zu einem vergünstigten Preis anzubieten, um so beispielsweise den Absatz seiner produktbegleitenden Dienstleistungen zu fördern, oder sich durch die günstiger angebotene Ware im Hinblick auch auf seine darüber hinaus gehenden Leistungen am Markt zu etablieren. Ebenso können auch Teile des Gegenwerts für die Ware in den Kosten für die Dienstleistung – beispielsweise zur Reduzierung des Zollwerts – versteckt werden. Entsprechend stellt sich die Frage, wie

570 Generalanwalt Mischo, Schlussantrag v. 14.03.2000 – C-15/99, ECLI:EU:C:2000:123, *Sommer* Rn. 40.

571 So gingen bspw. im Q3/2020 fast 40% des Gesamtgewinns von *Apple* auf die angebotenen Dienstleistungen zurück. Bei den von *Apple* angebotenen Dienstleistungen ist die Gewinnmarge zudem erheblich größer als bei den von *Apple* angebotenen Waren, *Apple Inc.*, Konsolidierter Quartalsbericht Q3/2020, abrufbar im Internet unter: https://www.apple.com/newsroom/pdfs/FY20-Q3_Consolidated_Financial_Statements.pdf (zuletzt abgerufen am: 13.10.2020).

sich das gemeinsame Angebot von Ware und Dienstleistung – und ein in der Folge möglicherweise auch geringerer für die Ware zu zahlender Preis – auf die Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode auswirkt.

(1) Auswirkungen bei optionalen Dienstleistungen

Wird die Ware zu einem günstigeren Preis als vergleichbare Waren an den Käufer verkauft, ohne dass der Käufer aber verpflichtet ist, zusätzliche Dienstleistungen des Verkäufers in Anspruch zu nehmen, liegt insoweit schon keine Bedingung vor, die nach Art. 1.1 lit. b) CVA der Anwendung der Transaktionswertmethode zur Zollwertbestimmung möglicherweise im Wege stehen könnte oder deren Kosten Bestandteil des tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preises sein könnten. Der Verkäufer kalkuliert dann allenfalls damit, dass der Käufer in Zukunft auch bevorzugt die von ihm angebotenen produktbegleitenden Dienstleistungen in Anspruch nimmt, ohne darauf aber einen Anspruch gegenüber dem Käufer zu haben. Entsprechend muss er das Risiko, dass ein Käufer später nicht mehr auch die optionale Dienstleistung in Anspruch nehmen wird, in den Umfang der Vergünstigung mit einberechnen.⁵⁷²

Der Umstand allein, dass eine Ware zu günstigen Konditionen angeboten wird, ist in den Ausschlussgründen für die Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode in Art. 1.1 lit. a) – d) CVA auch generell nicht aufgeführt. Hingegen haben die Mitglieder in Abs. 5 der Präambel zum CVA festgehalten, dass der Transaktionswert so weit wie möglich maßgeblich für die Zollwertbemessung sein soll. Entsprechend steht auch ein niedrigerer Preis als für die Ware üblich der Anwendung der Transaktionswertmethode nicht entgegen, solange keiner der in Art. 1.1 lit. a) – d) CVA genannten Ausschlussgründe greift.⁵⁷³ Nach Art. 17 CVA steht es den Mitgliedern aber auch weiterhin frei, den angemeldeten Zollwert zu überprüfen, wenn sie Zweifel daran haben, dass der angemeldete Zollwert auch der tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis ist und keine weiteren Leistungen des Käufers an den Verkäufer geschuldet sind.

(2) Auswirkungen bei verpflichtenden Dienstleistungen

Eine Ware kann aber auch unter der verpflichtenden Bedingung verkauft werden, dass der Käufer neben der Ware noch zusätzliche Dienstleistungen des Verkäufers in Anspruch nimmt und bezahlt. Eine solche Bedingung könnte jedoch eine

572 Vgl. auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 95.

573 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 2.1, Rn. 2; WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Case Study 12.1, Rn. 6 ff.

Bedingung im Sinne von Art. 1.1 lit. b) CVA darstellen, deren Wert im Hinblick auf die Ware nicht bestimmt werden kann und die daher zu einem Ausschluss der Transaktionswertmethode führt. Welche Fälle die Mitglieder bei der Vereinbarung des Ausschlusstatbestands von Art. 1.1 lit. b) CVA im Sinn hatten, verdeutlichen die in Abs. 1 der Erläuterungen zu Art. 1.1 lit. b) Anhang I zum CVA aufgeführten Beispiele.⁵⁷⁴ Danach hatten die Mitglieder vor allem Kopplungsgeschäfte, Kompensationsgeschäfte (countertrade) oder andere Preisvereinbarungen, die auf Zahlungsformen beruhen, die für solche Waren üblicherweise nicht vereinbart werden, als typische Fälle von Art. 1.1 lit. b) CVA im Sinn.

In Abs. 2 der Erläuterungen zu Art. 1.1 lit. b) Anhang I zum CVA haben die Mitglieder daneben klargestellt, dass Bedingungen, die sich auf die Herstellung oder die Vermarktung der Ware beziehen, die Anwendung der Transaktionswertmethode nicht ausschließen. Solche Bedingungen spiegeln sich üblicherweise in dem für die Ware vereinbarten Preis wider oder haben auf diesen zumindest insofern keinen Einfluss, wenn sie dem Verkäufer – wie beispielsweise im Fall von vom Käufer auf eigene Rechnung durchgeführten Vermarktungsmaßnahmen – nicht unmittelbar zugutekommen. Der hinter dem Ausschlusstatbestand von Art. 1.1 lit. b) CVA stehende Gedanke ist damit, dass der vereinbarte Preis den tatsächlichen Wert der Ware nicht vollständig wiedergibt.⁵⁷⁵ Der Käufer schuldet dem Verkäufer vielmehr infolge der Bedingung neben dem vereinbarten Preis noch andere Leistungen als Gegenwert für die Ware. Entsprechend hätten die Parteien ohne die Bedingung einen anderen Kaufpreis vereinbart. Von Art. 1.1 lit. b) CVA werden danach also nur solche Bedingungen erfasst, die den tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis beeinflussen.⁵⁷⁶ Kann der Wert der Bedingung im Hinblick auf die Ware nicht bestimmt werden, kann auch nicht der volle Gegenwert für die Ware ermittelt werden, sodass die Anwendung der Transaktionswertmethode zur Ermittlung des wirklichen Werts der Ware für Zollzwecke nicht mehr in Betracht kommt.

Als Beispiel für eine solche Bedingung, deren Wert nicht bestimmt werden kann, nennt Abs. 1 lit. a) der Erläuterungen zu Art. 1.1 lit. b) im Anhang I zum CVA

574 *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 53; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 68.

575 *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 53. Vgl. Auch in Bezug auf Art. 70 UZK: *Krüger*, in: Dorsch/Rüsken, Zollrecht, Losebl. (Stand: Juni 2020), Art. 70 UZK Rn. 52 f.

576 *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 289. Vgl. auch in Bezug auf Art. 70 UZK: *Rinnert*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), Art. 70 Rn. 61.

die Bedingung des Verkäufers, neben der zu kaufenden Ware auch noch eine andere Ware in einer vorgegebenen Menge kaufen zu müssen. Vergleichbar ist insoweit auch die Bedingung, neben der Ware noch eine zusätzliche Dienstleistung in Anspruch nehmen und bezahlen zu müssen. Soll Art. 1.1 lit. b) CVA aber nur solche Bedingungen erfassen, bei denen zu befürchten ist, dass sie den Kaufpreis für die Ware beeinflusst haben, entsprechend also noch ein Teil des für die Ware zu zahlenden Preises in der Bedingung versteckt ist, können aber nicht sämtliche Bedingungen dieser Art automatisch zu einem Ausschluss der Transaktionswertmethode führen.⁵⁷⁷ Vielmehr muss die Transaktionswertmethode auch dann weiterhin Anwendung finden können, wenn der jeweils für die Ware und die Dienstleistung in Rechnung gestellte Preis jeweils auch dem ohne die Bedingung üblicherweise in Rechnung gestellten Preis entspricht.⁵⁷⁸

Aber auch dann, wenn der für die Ware in der Kombination mit der Dienstleistung zu zahlende Preis niedriger ist, als derjenige der allein für die Ware zu zahlen wäre, darf die Transaktionswertmethode nicht grundsätzlich nach Art. 1.1 lit. b) CVA ausgeschlossen sein. Vielmehr soll die Anwendung der Transaktionswertmethode auch bei Mengenrabatten, bei denen der Kauf von Waren zu einem bestimmten Gesamtwert die Bedingung für einen insgesamt niedrigeren Preis ist, nicht ausgeschlossen sein.⁵⁷⁹ Solche Mengenrabatte folgen üblichen kaufmännischen Erwägungen, ohne dass dabei anzunehmen ist, dass der Käufer dem Verkäufer den gewährten Rabatt durch eine andere (versteckte) Leistung ausgleicht. Vielmehr wird auf die gekauften Waren insgesamt ein Rabatt gewährt, es wird also der Preis aller Waren gleichmäßig um einen bestimmten Wert gesenkt. Vergleichbare Überlegungen sind aber auch bei der Bedingung, neben der Ware noch eine Dienstleistung in Anspruch nehmen und bezahlen zu müssen, möglich. Auch hier kann es sich für den Verkäufer der Ware als wirtschaftlich sinnvoll erweisen, Ware und Dienstleistung gekoppelt jeweils zu günstigeren Preisen als bei einem Einzelverkauf von Ware und Dienstleistung zu verkaufen. Ebenso wie bei herkömmlichen Mengenrabatten darf die Transaktionswertmethode dann aber ebenfalls auch nicht ausgeschlossen sein. Kann also nachgewiesen werden, dass die Kosten für Ware und Dienstleistung jeweils in gleichem Maße reduziert wurden oder gegebenenfalls sogar die Kosten für die Dienstleistung infolge der häufig bei Dienstleistungen größeren Gewinnmarge stärker als diejenigen Kosten für die Ware reduziert wurden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Teil des Gegenwerts für die Ware in der Bedingung versteckt wurde. Entsprechend muss

⁵⁷⁷ So offenbar auch: *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 11.1, Rn. 3.

⁵⁷⁸ In diesem Sinne auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 290.

⁵⁷⁹ *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 11.1, Rn. 4.

die Transaktionswertmethode auch weiterhin Anwendung finden können und der im Vergleich zu dem isolierten Verkauf der Ware niedrigere Preis für die Ware anerkannt werden.

Gelingt der Nachweis hingegen nicht und liegt der Verdacht nahe, dass der reduzierte Preis für die Ware darauf zurückzuführen ist, dass ein Teil des Gegenwerts für die Ware noch in den Kosten für die Dienstleistung versteckt ist, und kann dieser Teil nicht ermittelt werden, so ist die Anwendung der Transaktionswertmethode hingegen nach Art. 1.1 lit. b) CVA ausgeschlossen. In einem solchen Fall verbietet es sich, die gesamten Kosten für die zusätzliche Bedingung dem tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis hinzuzurechnen. Dies würde dazu führen, dass das Verstecken eines Teils der Gegenleistung für die Ware in der Bedingung mit einer höheren Zollwertbemessung und entsprechend auch potentiell höheren Zoll- und Abgabenbelastung sanktioniert würde. Für eine Sanktionierung betrügerischen Verhaltens sind die Regeln zur Zollwertbemessung aber das falsche Mittel.

(3) Auswirkungen eines Gesamtpreises für Ware und Dienstleistung

Werden Ware und Dienstleistung gemeinsam angeboten, ist es auch möglich, dass Käufer und Verkäufer einen Gesamtpreis vereinbaren, ohne dass die Kosten für die einzelnen Leistungen voneinander unterscheidbar sind. Das ist vor allem dann möglich, wenn Ware und Dienstleistung so aufeinander abgestimmt sind, dass sich daraus – wie insbesondere bei den hybriden Produkten – ein Komplettpaket ergibt, das für den Kunden einen erhöhten Nutzen mit sich bringt.

In der Sache *Dollond & Aitchison* hatte der EuGH einen solchen Gesamtpreis einerseits für die Kontaktlinsen und Pflegelösungen und andererseits für verschiedene Dienstleistungen, wie eine Erstberatung, regelmäßige Überprüfungen und Nachsorgeleistungen der gesamten Höhe nach als Transaktionswert für die eingeführten Waren herangezogen.⁵⁸⁰ Dem Gesamtpreis ließ sich dabei nicht entnehmen, welcher Teil des Gesamtpreises auf welche Leistungen entfällt, sprich wie sich der Gesamtpreis im Einzelnen zusammen setzt.⁵⁸¹ Entsprechend wurden zwangsläufig auch die Kosten für die Dienstleistungen in den Transaktionswert mit einbezogen, sodass der eigentliche Gegenwert für die Ware um die Kosten für die Dienstleistungen erhöht wurde. In Anbetracht dessen, dass in der Sache

580 EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison* Rn. 35.

581 EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-491/04, ECLI:EU:C:2006:144, *Dollond & Aitchison* Rn. 32.

aber nicht bloß ein Kaufvertrag über die Kontaktlinsen und Pflegelösungen vorlag, sondern zusätzlich auch noch verschiedene Dienstleistungen geschuldet wurden, lässt sich aber die Frage stellen, ob bei einem solchen gemischten Vertrag überhaupt noch ein Kaufgeschäft im Sinne von Art. 1.1 CVA vorliegt.⁵⁸² *Vonderbank* bejaht diese Frage unter Hinweis auf die Zielsetzung des GATT, die Transaktionswertmethode möglichst weitgehend anzuwenden,⁵⁸³ und auf das grundsätzlich weite Begriffsverständnis in Bezug auf den Verkauf einer Ware, das auch gemischte Verträge erfasst.⁵⁸⁴ Zudem begründet er seine Auffassung damit, dass auch die in Art. 72 lit. b) UZK aufgezählten Kosten für Dienstleistungen – die denjenigen in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA und der Decision 3.1 der WCO entsprechen – nicht zum Ausschluss der Transaktionswertmethode führen, wenn sie nicht vom Rechnungspreis für die Ware unterscheidbar sind.⁵⁸⁵ Dass die in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA aufgezählten Kosten nicht zum Ausschluss der Transaktionswertmethode führen, wenn sie von dem für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis nicht unterscheidbar sind, mag noch überzeugen. Bei solchen Kosten wird es sich regelmäßig um im Vergleich zum Warenpreis geringe Kosten handeln, die den Schwerpunkt des Vertrags nicht ändern. Entsprechend wird man in solchen Fällen die Erhöhung des eigentlichen Gegenwerts der Ware um die Kosten für die Dienstleistung noch im Interesse einer möglichst weitreichenden Anwendung der Transaktionswertmethode hinnehmen können.

Hat allerdings die Dienstleistung einen höheren Stellenwert als die in Abs. 3 der Erläuterungen zu Art. 1 im Anhang I zum CVA und in der Decision 3.1 der WCO genannten Dienstleistungen neben der Ware und ähnelt der Wert der Dienstleistung dem Wert der Ware oder übersteigt diesen sogar, so erscheint es nicht mehr interessengerecht, auch weiterhin den Gesamtpreis für die Feststellung des Zollwerts der Ware heranzuziehen. Schließlich geht dann ein nicht unbeträchtlicher Teil des Gesamtpreises auf Kosten zurück, die eigentlich nicht als für die Ware gezahlt oder zu zahlen zu betrachten sind; der Zollwert wird also auf Grundlage eines Werts ermittelt, der – nicht unerheblich – über dem tatsächlich für die Ware selbst gezahlten oder zu zahlenden Preis liegt. *Vonderbank* sieht entsprechend bei einem Fortbildungsprogramm, bei dem lediglich ein kleinerer Teil der Gesamtkosten auf Studienunterlagen, also Waren, entfällt, den Schwerpunkt auf der

582 So in Bezug auf Art. 70 Abs. 1 UZK: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 112.

583 Siehe insofern auch Abs. 5 der Präambel zum CVA.

584 *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 113, 115.

585 *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 114.

Dienstleistung, sodass die Transaktionswertmethode generell nicht mehr Anwendung finden könne.⁵⁸⁶

Ein solcher pauschaler Ausschluss der Transaktionswertmethode erscheint jedoch auch nicht stets interessengerecht. So kann beispielsweise der Preis für die Ware im konkreten Einzelfall unter dem Preis für gleiche oder ähnliche Waren liegen, die ohne die Dienstleistung verkauft werden. Ein solcher niedrigerer Preis kann sich beispielsweise aus der Überlegung ergeben, dass es für den Verkäufer einfacher ist, ein Gesamtpaket an einen Kunden zu verkaufen, als stets aufs Neue über jede einzelne Leistung einen eigenen Vertrag mit dem Käufer zu schließen. Von dem so erhaltenen „Mengenrabatt“ würde der Käufer bei grundsätzlicher Ablehnung der Anwendbarkeit der Transaktionswertmethode nicht mehr profitieren können. Zudem erfolgt auch dann, wenn die Dienstleistung den Schwerpunkt des gemischten Vertrages ausmacht, immer noch auch ein Verkauf der Ware.

Statt eines vollständigen Ausschlusses der Transaktionswertmethode in Fällen, bei denen der Verkauf der Ware nicht das das Geschäft prägende Element ist, ließe sich alternativ versuchen, den Gesamtpreis auf die einzelnen Bestandteile aufzuteilen. So soll dem Technischen Ausschuss für den Zollwert zufolge, bei Pauschalgeschäften, bei denen mehrere verschiedene Waren zu einem Gesamtpreis verkauft werden, die Transaktionswertmethode zumindest dann nicht ausgeschlossen sein, wenn der Gesamtpreis auf die verschiedenen Waren angemessen aufgeteilt werden kann.⁵⁸⁷ Mögliche Kriterien für eine solche Aufteilung des Gesamtpreises könnten danach die für gleiche oder vergleichbare Waren in früheren Importen gezahlten Preise oder auf allgemein anerkannten Rechnungslegungsstandards aufbauende Kostenaufschlüsselungen sein.⁵⁸⁸ Ebenso könnte aber auch bei einem Gesamtangebot von Ware und Dienstleistung zu einem einheitlichen Gesamtpreis eine entsprechende Aufteilung erfolgen. Dafür ist jedoch erforderlich, dass entsprechende Unterlagen vorliegen, die eine solche Aufteilung erst möglich und nachvollziehbar machen. Das ergibt sich aus dem von den Mitgliedern in der Präambel zum CVA festgehaltenen Bedürfnis nach einem gemeinsamen System zur Zollwertbestimmung, das die Anwendung willkürlicher oder fiktiver Zollwerte ausschließt⁵⁸⁹ und den Zollwert auf Grundlage einfacher und gerechter Kriterien bestimmt.⁵⁹⁰

Liegen hingegen keinerlei solcher Unterlagen vor, anhand derer der Gesamtpreis zuverlässig und nachvollziehbar auf die einzelnen Leistungen aufgeteilt werden

586 *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 169.

587 *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 8.1, Rn. 3.

588 *WCO*, Customs Valuation Compendium, 2014, Commentary 8.1, Rn. 4.

589 Abs. 4 der Präambel zum CVA.

590 Abs. 6 der Präambel zum CVA.

kann, widerspricht es aber dem Ansatz der Transaktionswertmethode, der auf der Annahme fußt, dass der Transaktionswert den tatsächlichen Wert der Ware am besten widerspiegelt,⁵⁹¹ wenn der Gesamtpreis der Zollwertbemessung zugrunde gelegt wird. Vielmehr ist dann konsequenterweise vor dem Hintergrund, dass der Gesamtpreis nicht nur den für die Ware tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis umfasst, davon auszugehen, dass der tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis für die Ware allein nicht bestimmt werden kann. Kann der tatsächlich für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis nicht ermittelt werden, sind nach dem klaren Wortlaut der Art. 2 ff. CVA⁵⁹² aber die nachrangigen Bemessungsmethoden für die Zollwertermittlung heranzuziehen.

Daraus ergibt sich, dass bei Vorliegen eines Gesamtpreises der Zollwert mit der Transaktionswertmethode nur dann ermittelt werden kann, wenn sich der Gesamtpreis mit Hilfe entsprechender Unterlagen nachvollziehbar auf die verschiedenen Leistungen aufteilen lässt. Anderenfalls bildet der Gesamtpreis nicht allein den tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis für die Ware ab, sodass die nachrangig anzuwendenden Methoden zur Zollwertermittlung heranzuziehen sind, da der für die Ware allein tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis nicht ermittelt werden kann.

cc) Ergebnis der Auswirkungen produktbegleitender Dienstleistungen auf die Zollwertbestimmung

Zusammengefasst sind die Kosten für produktbegleitende Dienstleistungen immer dann in den Zollwert mit einzubeziehen, wenn sie zu den in Art. 8 CVA genannten Dienstleistungen zählen. Darüber hinaus können Kosten für Dienstleistungen auch dann noch in den Zollwert mit einbezogen werden, wenn die Zahlung für die Dienstleistung eine Bedingung für den Abschluss des Kaufgeschäfts ist und die Kosten für die Dienstleistung üblicherweise bei der Kalkulation des Warenpreises vom Verkäufer berücksichtigt werden und/oder, wenn sich die Dienstleistung unmittelbar auf den Wert der Ware auswirkt. Das ist vor allem bei den *adapting services*, die an der Ware selbst ausgeführt werden, der Fall. Eine Rücknahme davon ist aber dann zu machen, wenn die Dienstleistung erst nach der Einfuhr der Ware bzw. im Importland ausgeführt wird.

591 Vgl.: *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 22.

592 Art. 2.1 lit. a) CVA: „If the customs value of the imported goods cannot be determined under the provisions of Article 1 [...]“. Ähnlich die nachfolgenden Regelungen.

Wird die Ware in der Hoffnung, dadurch einen erhöhten Absatz der zusätzlich optional angebotenen produktbegleitenden Dienstleistungen zu erreichen, günstiger als üblicherweise angeboten, steht dies der Anwendung der Transaktionswertmethode nicht entgegen. Ist die Inanspruchnahme der Dienstleistung hingegen eine Bedingung für den Kauf der Ware, ist die Transaktionswertmethode nicht pauschal ausgeschlossen. Es ist vielmehr genau zu prüfen, ob der für die Ware gezahlte Preis durch die Bedingung beeinflusst wurde und insbesondere neben dem für die Ware vereinbarten Preis keine zusätzlichen, in der Bedingung versteckten Leistungen des Käufers an den Verkäufer für die Ware geschuldet sind. Wurde ein Teil der Gegenleistung für die Ware in den Kosten für die Dienstleistung versteckt und lässt sich dieser Teil nicht ermitteln, ist die Transaktionswertmethode ausgeschlossen. Ist hingegen anzunehmen, dass der für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis trotz der Bedingung die vollständige Gegenleistung für die Ware ist, kann die Transaktionswertmethode weiterhin Anwendung finden. Ist hingegen ein Gesamtpreis für Ware und Dienstleistung vereinbart worden, kann die Transaktionswertmethode nur dann Anwendung finden, wenn die Kosten für Ware und Dienstleistung voneinander unterscheidbar sind. Anderenfalls sind die in den Art. 2 ff. CVA genannten nachrangigen Methoden zur Zollwertermittlung anzuwenden.

b) Auswirkungen auf den Warenursprung

Für die Bestimmung des Ursprungs einer Ware haben produktbegleitende Dienstleistungen in der Regel keine Bedeutung. Sowohl bei Anwendung des *change in tariff classification criterion* als auch des *specified processing criterion*⁵⁹³ sind nur wenige Fälle denkbar, in denen produktbegleitende Dienstleistungen den Ursprung beeinflussen könnten. Lediglich dann, wenn eine produktbegleitende Dienstleistung vor Einfuhr der Ware an dieser ausgeführt wird und dies zu einem Wechsel der Zollklassifizierung führt oder gerade eine solche Dienstleistung einen ursprungsbegründenden Verarbeitungsschritt darstellt, wären nach diesen Kriterien Auswirkungen auf die Ursprungsbestimmung denkbar; praktisch sind solche Fälle jedoch nur schwer vorstellbar, müssten die im Raum stehenden Dienstleistungen schließlich dafür wesentliche Verarbeitungsschritte auf dem Weg zur endgültigen Ware darstellen.

Allenfalls im Rahmen des *value added criterion* könnten produktbegleitende Dienstleistungen Eingang in die Ursprungsbestimmung finden. So werden die ausländischen Materialien teilweise mit ihrem Zollwert zugrunde gelegt und dabei bisweilen explizit auch Transport-, Verpackungs- und Versicherungskosten

593 Siehe zu den Kriterien der Ursprungsbestimmung zuvor unter: D.I.3.b)bb).

bis zum Import der Ware mit einbezogen.⁵⁹⁴ Auf diesem Weg können auch die in dem Zollwert nach dem Vorangehenden noch enthaltenen Kosten für Dienstleistungen mittelbar Eingang in die Bestimmung des Warenursprungs finden. Für diejenigen Dienstleistungen, die in den Zollwert mit einbezogen wurden, weil sie den Wert der Materialien selbst gesteigert haben, ist das bei Anwendung des *value added criterion* zur Ursprungsbestimmung nur konsequent, gehen die Materialien schließlich auch mit dem infolge der Dienstleistung gesteigerten Wert in die hergestellte Ware ein. Soweit daneben auch die in Art. 8 CVA genannten Dienstleistungen in den Zollwert der Materialien mit einbezogen werden, deckt sich auch dies mit dem Ziel des *value added criterion*, den Ursprung mit Hilfe der letzten wesentlichen Wertschöpfung zu ermitteln. Da die Kalkulation des Preises für die hergestellte Ware üblicherweise sämtliche mit der Herstellung verbundenen Kosten erfasst, würden bei Nichteinbeziehung der Kosten der in Art. 8 CVA genannten Dienstleistungen in den Wert der ausländischen Materialien diese Kosten letztlich zugunsten der nationalen Wertschöpfung gehen, ohne dass diese Leistungen auch im Inland erbracht wurden.

Soweit im Rahmen des *value added criterion* der Wert der hergestellten Ware auf Basis der Transaktionswertmethode nach dem CVA festgestellt wird,⁵⁹⁵ können produktbegleitende Dienstleistungen auch insofern in die Ursprungsbegründung einfließen. Allerdings ist insofern zu berücksichtigen, dass Transport- und Versicherungskosten stark in Abhängigkeit davon variieren, auf welchem Weg und über welche Distanz die Waren bis zum Import befördert werden müssen, sodass bei Einbeziehung dieser Kosten in den Wert der hergestellten Ware je nachdem, wohin die Ware exportiert wird, diese einen unterschiedlichen Ursprung haben könnte.⁵⁹⁶ Das widerspricht jedoch der Bestimmung des Ursprungs einer Ware in Abhängigkeit davon, wo der letzte wesentliche Herstellungsschritt stattgefunden hat. Entsprechend wird hier vertreten, solche Kosten nicht in den Wert der hergestellten Ware für ursprungsrechtliche Zwecke mit einzubeziehen.⁵⁹⁷

594 So bspw.: Note 4.1 lit. f) Annex 3-A zum JEFTA; Art. 4.6 lit. a) USMCA. Siehe auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 436.

595 So bspw.: Art. 4.5 USMCA. Die Kyoto-Konvention schlägt insofern allerdings in der Empfohlenen Praktik 5 vor, für die hergestellten Waren auf den Ab-Werk-Preis oder den Ausführpreis abzustellen.

596 *Inama/Crivelli*, GTCJ 4/2019, 146 (151). Vgl. auch: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 407 f.

597 So bspw. auch die Definition des Transaktionswerts in Artikel 1 des Protokolls über Ursprungsregeln und Ursprungsbestimmungen zu CETA.

III. Anwendbarkeit von GATT und GATS bei nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen

Bei den nutzungs- und ergebnisorientierten Systemen ist ein Verkauf der Ware selbst nicht mehr vorgesehen. Diese wird allenfalls importiert, um dem Nachfrager allein die Nutzungsmöglichkeit der Ware bzw. ein bestimmtes Ergebnis zur Verfügung zu stellen. Bereits zuvor⁵⁹⁸ wurde dargestellt, dass das GATT nicht danach unterscheidet, was der Grund dafür ist, dass eine bestimmte Ware aus dem Gebiet eines Mitglieds in das Gebiet eines anderen Mitglieds eingeführt wird; es findet grundsätzlich immer dann Anwendung, wenn Waren aus dem Gebiet eines Mitglieds – egal aus welchem Grund – in das Gebiet eines anderen Mitglieds importiert werden. Für die allein für Zwecke einer Dienstleistungserbringung importierte Ware findet danach also grundsätzlich ebenfalls das GATT Anwendung, auch wenn mit der Ware kein Handel im klassischen Sinne getrieben wird.

1. Vorrangige Anwendung des GATS – auch in Bezug auf die Ware?

Es drängt sich jedoch die Frage auf, ob nicht angesichts dessen, dass die Waren allein zu dem Zweck eingeführt werden, eine bestimmte Dienstleistung anbieten zu können, das GATS vorrangig Anwendung finden sollte. Schließlich liegt der wirtschaftliche Wert der Ware nicht unmittelbar in ihr selbst, sondern vielmehr in der anschließenden Verwertung der Ware im Rahmen eines übergeordneten Dienstleistungsangebots; der Kunde zahlt nicht für den Erhalt der Ware als solcher, sondern vielmehr unmittelbar für die Erbringung der Dienstleistung für deren Ausführung die Ware aber benötigt wird.

Ähnlich hatte auch China in der Sache *China – Audiovisuals* argumentiert, in der u.a. zu klären war, ob analoge Filmrollen mitsamt des enthaltenen Filmmaterials, die ausschließlich für Vorführungszwecke importiert werden, dem Warenbegriff zuzuordnen sind.⁵⁹⁹ Zutreffend wiesen die USA jedoch u.a. darauf hin, dass letzt-

598 Siehe zuvor unter: C.I.2.

599 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 173. Genau genommen stand jedoch nicht unmittelbar der Warenbegriff im Sinne des GATT im Mittelpunkt der Entscheidung, sondern vielmehr der Warenbegriff im Sinne des Beitrittsprotokolls Chinas. Darin hatte China zugestanden, die Handelsmöglichkeiten innerhalb Chinas weiter zu liberalisieren „[...] so that, within three years after accession, all enterprises in China shall have the right to trade in all goods throughout the customs territory of China [...]“ (Art. 5.1 des chinesischen Beitrittsprotokolls vom 23.11.2001, WT/L/432, Hervorhebungen durch den Autor). In Art. 5.1 wird jedoch ein Bezug auch zum GATT hergestellt, sodass nichts dagegen spricht, dass die Ergebnisse des Appellate

lich ein Großteil der Waren seinen tatsächlichen Wert erst durch die auf den Import folgende Verwertung im Rahmen weiterer Dienstleistungen erfährt und Chinas Argumentation daher darauf hinaus laufe, dass ein Großteil gehandelter Waren als Dienstleistungen eingestuft werden müssten.⁶⁰⁰ Der Appellate Body entschied deshalb ungeachtet des Umstands, dass die Filmrollen allein zum Zwecke späterer Filmvorführungen – sprich zur weiteren Verwertung im Rahmen einer Dienstleistung – importiert werden, dass es sich bei den (analogen) Filmrollen um Waren handelt,⁶⁰¹ sodass letztlich auch das GATT insoweit Anwendung findet.⁶⁰² Der Appellate Body begründete sein Ergebnis dort insbesondere damit, dass der Film auf einem greifbaren Trägermedium importiert wird, und dass die streitgegenständliche Maßnahme vorsieht, dass die für den Import von Filmen zuständige Stelle nach Prüfung des Inhalts den Importvorgang beim Zoll beendet.⁶⁰³

Dass der Appellate Body seine Argumentation im Wesentlichen auf die materiellen Eigenschaften (analoger) Filmrollen stützte, wird bisweilen aber auch kritisch gesehen. Im Sinne einer Zuordnung nach dem vorgesehenen Verwendungszweck fragen *Conconi/Pauwelyn*:

*„[...] will the Appellate Body automatically find a good whenever it sees tangible material? Is, for example, a paper lottery ticket automatically a good – so that cross-border restrictions on lottery activities affect trade in goods? – or merely an element in the supply of (lottery) services, making the entire activity subject only to GATS?“*⁶⁰⁴

Zudem solle das GATT nur dann Anwendung finden können, wenn auch tatsächlich eine Warentransaktion vorliege, die sich von einer Dienstleistungstransaktion

Body entsprechend auf das GATT insgesamt anzuwenden sind (so offenbar auch: *Conconi/Pauwelyn*, WTR 1/2011, 95 (97 ff.)).

600 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 173.

601 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 188.

602 Vgl. insb. auch Art. 5.1 des chinesischen Beitrittsprotokolls.

603 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 188.

604 *Conconi/Pauwelyn*, WTR 1/2011, 95 (101). Die Frage, ob auch Lotteriescheine Waren sind, hatte der EuGH bereits im Rahmen einer Vorlagefrage in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit im Recht der EU zu klären und dort die Zuordnung der Lotteriescheine zur Warenverkehrsfreiheit verneint, da die Lotteriescheine nicht zum Selbstzweck sondern allein zur Durchführung der Lotterie als Dienstleistung eingeführt wurden, EuGH, Urt. v. 24.03.1994 – C-275/92, ECLI:EU:C:1994:119, *Schindler* Rn. 22 ff.

unterscheiden und trennen lasse; letztlich müsse also tatsächlich auch ein Handelsgeschäft über die Ware von der staatlichen Maßnahme betroffen sein.⁶⁰⁵

Insbesondere das zweite Argument des Appellate Body, dass auch die Filmrollen, die allein für Filmvorführungen eingeführt werden, – wie alle anderen Waren auch – ein Zollverfahren zu durchlaufen haben, deutet auf ein wesentliches Gegenargument gegen diese Kritik hin. Wie bereits dargestellt,⁶⁰⁶ findet das GATT auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr Anwendung, unabhängig von dem Grund für die Warenbewegung. Dies erscheint nur konsequent, berücksichtigt man, dass das GATT ein wesentliches Mittel zur Erreichung seiner Ziele u.a. in dem Abbau von Zöllen sieht,⁶⁰⁷ und dass Zölle grundsätzlich – vorausgesetzt die entsprechende Warengruppe ist nicht generell vom Zoll befreit – allein aus Anlass des Wareneingangs in ein Wirtschaftsgebiet erhoben werden. Vor diesem Hintergrund sieht das GATT etliche Regelungen vor, die speziell die Erhebung von Zöllen und den stückweisen Abbau von Zöllen zum Gegenstand haben.⁶⁰⁸ Vergleichbare Regelungen enthält das GATS nicht, da eine Erhebung von Zöllen speziell auf Dienstleistungen nicht üblich ist. Sollen nun aber Waren, die im Zeitpunkt der Einfuhr⁶⁰⁹ allein für Dienstleistungszwecke bestimmt eingeführt werden, generell dem Anwendungsbereich des GATT entzogen werden und dem GATS zugeordnet werden, so würde dies bedeuten, dass der durch diese speziellen Regelungen vermittelte Schutz insoweit nicht mehr zur Anwendung käme. Angesichts dessen, dass Mitglieder unter dem GATS zu Zugeständnissen in den einzelnen Dienstleistungssektoren nicht verpflichtet sind und das Maß der Liberalisierung selbst festlegen können, wäre es bspw. denkbar, dass – abweichend von den Zollzugeständnislisten – ein höherer Zollsatz verlangt wird, oder eine nachteilige Zollwertmethode angewendet wird.

605 *Trebilcock/Howse et al.*, The Regulation of International Trade, 4. Aufl., 2013, S. 494.

606 Siehe zuvor unter: C.I.2.

607 Vgl. die Präambel des GATT.

608 Bspw. knüpft das Meistbegünstigungsprinzip in Art. I GATT explizit an Zölle an, sieht Art. II GATT vor, dass ein Mitglied keine höheren Zölle als in den Zollzugeständnislisten vorgesehen erheben darf, schreibt Art. VII GATT i.V.m. CVA für alle Mitglieder verbindliche Regelungen für die Bestimmung des der Wertzollbestimmung zugrundeliegenden Zollwerts vor oder schreibt Art. VIII GATT vor, dass die von den Vertragsparteien im Rahmen der Ein- oder Ausfuhr erhobenen Gebühren etwa den tatsächlichen Kosten für die erbrachten Dienstleistungen (Verwaltungsaufwand) entsprechen.

609 Letztlich wird sich wohl häufig im Zeitpunkt der Einfuhr schon gar nicht mit abschließender Gewissheit sagen lassen, wie die eingeführten Waren nach der Einfuhr weiterverwendet werden. Ein Großteil der im Rahmen nutzen- bzw. ergebnisorientierter Systeme eingeführten Waren wird sich wohl ebenfalls verkaufen lassen.

Darüber hinaus schreibt Art. 10 Abs. 9.1 TFA vor, dass Waren, die lediglich vorübergehend für einen bestimmten Zweck eingeführt werden, ganz oder teilweise von Zöllen befreit werden sollen.⁶¹⁰ Diese Regelung betrifft damit offenbar genau den hier vorliegenden Fall, dass eine Ware lediglich für einen bestimmten Zweck (vorübergehend) eingeführt wird, ohne dass aber ein Verkauf der Ware erfolgt. Sieht aber auch das TFA, das den multilateralen Übereinkommen über den Warenhandel zuzuordnen ist und dem Zweck dient, einzelne für den Warenhandel relevante Aspekte weiter zu präzisieren und zu verbessern,⁶¹¹ genau für den Fall, dass eine Ware für einen bestimmten Zweck – also auch für die Ausführung einer bestimmten Dienstleistung – vorübergehend eingeführt wird, eine spezielle Regelung vor, so widerspricht es dieser Regelung – und damit letztlich auch dem erst vor kurzem geäußerten Willen der WTO-Mitglieder – solche Waren dem Anwendungsbereich des GATT zu entziehen.

Eine Zuordnung solcher allein für eine spätere Dienstleistungserbringung benötigter Waren allein zum GATS würde daher nach alledem keinen grundsätzlichen Liberalisierungsfortschritt oder mehr Planungssicherheit für den Dienstleistungserbringer bedeuten; im Gegenteil würde diese Ansicht sogar dazu führen, dass speziell für den Warenverkehr unter allen WTO-Mitgliedern entwickelte Regelungen nicht mehr zur Anwendung kämen und somit eine Lücke entstünde, die von jedem Mitglied jeweils individuell gefüllt werden könnte. Dies liefe allerdings auf ein Minus an Rechtssicherheit im Vergleich zum derzeitigen Status quo hinaus und kann daher nicht grundsätzlich gewollt sein.

Abgesehen davon werden sich einzelne Waren nur in sehr wenigen Ausnahmefällen so klar nur einer späteren Verwendungsmöglichkeit in Form einer bestimmten Dienstleistung zuordnen lassen. Für einen Großteil vorhandener Waren dürfte es allein von der Phantasie des Dienstleistungsanbieters abhängen, in welcher Form diese später weiterverwendet werden und damit für den jeweiligen Nutzer wirtschaftlichen Wert gewinnen. Der von *Conconi/Pauwelyn* gezogene Vergleich mit Lotterielosen übersieht zudem, dass das Los als solches Zugangsvoraussetzung des Dienstleistungsnutzers zu einer bestimmten Dienstleistungserbringung – nämlich der Veranstaltung einer Lotterie – ist; die Filmrollen sind hingegen Grundvoraussetzung dafür, dass der Dienstleistungserbringer eine bestimmte

610 Mit dem Carnet ATA-Verfahren, das seine Rechtsgrundlage in dem Zollübereinkommen über das Carnet ATA für die vorübergehende Einfuhr von Waren vom 6. Dezember 1961 (BGBl. 1965 II S. 949 ff.) und dem Übereinkommen über die vorübergehende Verwendung (Istanbuler Konvention) vom 26. Juni 1990 (BGBl. 1993 II S. 2215 ff.) hat, existierenden vergleichbare Regelungen schon vor Vereinbarung des TFA.

611 Vgl. Präambel TFA.

Dienstleistung überhaupt erbringen kann. Das Los ist damit Bestandteil (nicht jedoch Ergebnis) der Dienstleistungserbringung als solcher, während die Filmrolle es dem Filmvorführer überhaupt erst ermöglicht, eine bestimmte Dienstleistung später zu erbringen. Im Fall des Lotterieloses lässt sich daher tatsächlich von einer einheitlichen Transaktion sprechen, während der Filmvorführer überhaupt erst eine Transaktion machen muss, damit er im Nachhinein eine Dienstleistung erbringen kann, sodass in dieser Konstellation zwei verschiedene Transaktionen vorliegen. Hat der Filmvorführer im Übrigen keinen Auslandsbezug wird man insofern auch nicht von einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung sprechen können, sodass in diesem Fall dann auch das GATS nicht Anwendung finden könnte.

2. Folgen für die Anwendung von GATT und GATS

Nach alledem unterfallen die zum Zwecke späterer Dienstleistungserbringungen eingeführten Waren weiterhin dem GATT. Der Dienstleistungsanteil ist hingegen dem GATS zuzuordnen. Aus dem bloßen Umstand, dass die Ware, mit der eine bestimmte Dienstleistung ausgeführt wird, berührbar ist, folgt jedoch nicht, dass in diesen Fällen keine Dienstleistung vorliegt. Vielmehr besteht die Dienstleistung hier oftmals in der Zurverfügungstellung einer konkreten Nutzungsmöglichkeit oder in dem Herbeiführen eines bestimmten von dem Dienstleistungsempfänger gewünschten Ergebnisses. Diese weisen wesentliche Dienstleistungsmerkmale auf, sind sie doch unmittelbar nicht berührbar und demnach auch nicht physisch messbar. Dass sich solche Dienstleistungen auch in der SSCL wiederfinden lassen,⁶¹² bestätigt dies. Angesichts dessen, dass im Rahmen nutzungs-/ergebnisorientierter Systeme für die Dienstleistungserbringung aber stets auch die zugehörige Ware erforderlich ist, haben Maßnahmen insbesondere in Bezug auf diese Ware auch erheblichen Einfluss auf die Dienstleistungserbringung als solche. Auch hier wird daher im Folgenden zu klären sein, wie sich GATT und GATS zueinander verhalten.

3. Auswirkungen auf die Zollwertbestimmung und den Warenursprung

Sowohl für die Bestimmung des Zollwerts als auch des Ursprungs der zum Zweck der Dienstleistungserbringung im Rahmen nutzungs-/ergebnisorientierter Systeme importierten Waren hat der Umstand, dass die Waren allein zur Ausführung

612 Vgl. *Rental/Leasing Services without Operators* (1. E. SSCL), *Services incidental to manufacturing* (1. F. i. SSCL).

bestimmter Dienstleistungen importiert werden, keine Auswirkungen auf die bisherigen Regelungen. In Bezug auf die Zollwertbestimmung ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Transaktionswertmethode ein Kaufgeschäft über die Ware voraussetzt.⁶¹³ Auch wenn der Begriff des Kaufgeschäfts nach Ansicht des Technischen Ausschusses für den Zollwert grundsätzlich weit zu verstehen ist,⁶¹⁴ so ist doch grundsätzlich – auch damit der Wert der Ware sich in der vereinbarten Gegenleistung vollständig widerspiegeln kann – zumindest erforderlich, dass durch das Kaufgeschäft das Eigentum an der Ware auf eine andere Person übergeht und dafür eine Gegenleistung vereinbart wird.⁶¹⁵ So sind entsprechend nach der zutreffenden Ansicht des Technischen Ausschusses für den Zollwert die für nutzungs-/ergebnisorientierte Systeme typischen Fälle der Vermietung, des Leasings oder der Verleihung der Ware gerade nicht als Kaufgeschäfte im Sinne von Art. 1.1 CVA zu betrachten.⁶¹⁶ Dem entsprechend kann in Bezug auf die im Rahmen dieser Systeme eingeführten Waren deren Zollwert nicht nach der Transaktionswertmethode bemessen werden. Stattdessen sind die nachrangigen Methoden in den Art. 2 ff. CVA anzuwenden, sodass insbesondere der Transaktionswert gleicher oder – subsidiär – vergleichbarer Waren⁶¹⁷ der Zollwertbemessung zugrunde zu legen ist. Anlass über eine Alternative für die Transaktionswertmethode für die Fälle nutzungs-/ergebnisorientierter Systeme nachzudenken, besteht im Angesicht der Vielzahl nachrangig vorgesehener Methoden zur Zollwertbestimmung im CVA und der festgelegten Reihenfolge der Anwendbarkeit dieser Methoden untereinander nicht.

Zudem ist in Bezug auf die Erhebung von Zöllen zu berücksichtigen, dass die Waren gegebenenfalls nur vorübergehend zum Zweck der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung eingeführt werden. Insofern sind die Mitglieder nach Art. 10 Abs. 9.1 TFA verpflichtet, Regelungen für die vollständige oder teilweise Befreiung von Zöllen und sonstigen Abgaben vorzusehen.⁶¹⁸ Sind die Voraussetzungen entsprechender nationaler Regelungen erfüllt, können auf diese Weise bei den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen also gegebenenfalls Zollabgaben gespart werden.

613 Art. 1.1 CVA: „[...] *when sold for export* [...]“ (Hervorhebungen durch den Autor).

614 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 1.1, lit. b).

615 So auch: *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 6.

616 WCO, Customs Valuation Compendium, 2014, Advisory Opinion 1.1, Nr. V, VI.

617 Siehe zu den Begriffen der gleichen und der vergleichbaren Waren: Art. 15.2 lit. a), b) CVA. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Waren im gleichen Land hergestellt wurden (Art. 15.2 lit. d) CVA) und nach Möglichkeit auch von demselben Hersteller (Art. 15.2 lit. e) CVA: „[...] *produced by the same person* [...]“.

618 Im UZK ist dies unter dem besonderen Verfahren der vorübergehenden Verwendung in den Art. 250 ff. UZK geregelt.

In Bezug auf die bestehenden Ursprungsregeln hat der bloße Umstand, dass sich der Zweck des Imports der Ware ändert, keine Auswirkungen. Die Ware, sowie auch die Methoden der Herstellung verändern sich durch die geplante Verwendung im Rahmen nutzungs-/ergebnisorientierter Systeme nicht. Allenfalls für die Bestimmung des Werts der hergestellten Ware für das *value added criterion* ist es sinnvoll, nicht den Zollwert – der mangels Kaufgeschäft gegebenenfalls nur näherungsweise bestimmt werden kann (vgl. Art. 5, 6 CVA) – heranzuziehen. Stattdessen empfiehlt es sich, auf den Ab-Werk-Preis der Ware abzustellen.⁶¹⁹

⁶¹⁹ So bspw. in Note 4.2 Annex 3-A zum JEFTA. Siehe auch zu einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten diesbezüglich: *Inama*, Rules of Origin in International Trade, 2009, S. 440 ff.

E. Sonderfall: Digitale Produkte

Die vorangehenden Untersuchungen bauen darauf auf, dass sich die Handelsgegenstände entweder den Waren oder den Dienstleistungen – und damit auch dem Anwendungsbereich von GATT und GATS – zuordnen lassen. Ausgerechnet für einen Bereich, der infolge der Digitalisierung heutzutage aus der wirtschaftlichen Realität nicht mehr wegzudenken ist, ist eine Zuordnung bis heute unter den Mitgliedern umstritten. Obwohl die Mitglieder bereits 1998 im Angesicht des zunehmenden elektronischen Handels vereinbart hatten,⁶²⁰ dessen handelsrelevante Aspekte in einem gemeinsamen Arbeitsprogramm⁶²¹ zu untersuchen, ist bis heute unklar, ob digitale Produkte dem Anwendungsbereich eines der WTO-Übereinkommen unterfallen und wenn ja, welchem von diesen.

Unter digitalen Produkten werden dabei Produkte verstanden, die ursprünglich in körperlicher Form gehandelt wurden, nunmehr aber (auch) in digitaler Form beispielsweise über das Internet gehandelt werden können.⁶²² Typische Beispiele hierfür sind Filme und Musik, E-Books oder auch Software.⁶²³ Dabei spielt insbesondere Software in Verbindung mit Waren eine besonders wichtige Rolle. Software ermöglicht erst, dass viele Waren, wie beispielsweise Computer, IoT oder autonom fahrende Autos, funktionieren, miteinander kommunizieren können, Daten erfassen und auswerten oder auch neue Funktionen erhalten.⁶²⁴ Einer Studie von *McKinsey* zufolge soll Software beispielsweise bis 2030 bis zu 30 % des Werts eines Autos ausmachen.⁶²⁵ Während unter anderem die EU – wie auch

620 *Geneva Ministerial Conference*, Declaration on Global Electronic Commerce, Adopted on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2, 1998.

621 *WTO*, Work Programme on Electronic Commerce, Adopted by the General Council on 25 September 1998, WT/L/274, 1998.

622 *Hernekamp*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 21 Rn. 31. In diesem Sinne auch, allerdings die Begriffe „*E-Products*“ bzw. „*virtual goods*“ verwendend: *Baker/Lichtenbaum et al.*, *Int'l Lawyer* 1/2001, 5 (6); *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 26.

623 *Baker/Lichtenbaum et al.*, *Int'l Lawyer* 1/2001, 5 (6); *Fleuter*, *Chi. J. Int'l L.* 1/2016, 153 (158); *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 20 Rn. 26.

624 Beispielsweise bietet Tesla durch zusätzliche Software-Updates die Möglichkeit, zusätzliche Funktionen, wie bspw. eine Sitzheizung oder Fahrassistentensysteme, später freizuschalten, *Sommer*, Tesla Model 3 Upgrade: In fünf Minuten zur Fond-Sitzheizung, 2020, abrufbar im Internet unter: <https://www.auto-motor-und-sport.de/elektroauto/tesla-model-3-upgrade-sitzheizung/> (zuletzt abgerufen am: 14.07.2020).

625 *McKinsey*, *Race 2050 – A Vision for the European Automotive Industry*, 2019, S. 12.

die Mehrzahl der Mitglieder⁶²⁶ – solche digitalen Produkte dem GATS zuordnen möchte,⁶²⁷ befürworten die USA und Japan eine Zuordnung zum GATT, zumindest jedenfalls die Anwendung eines GATT-gleichen Standards.⁶²⁸ Die Gründe für diese gegensätzlichen Positionen liegen darin, dass sich die Befürworter einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATT ein von Anfang an⁶²⁹ möglichst hohes Liberalisierungsniveau zur Förderung ihrer nationalen Digital-Industrie erhoffen,⁶³⁰ während sich die Befürworter einer Zuordnung zum GATS – insbesondere die EU und Kanada – den Schutz ihrer kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungsbranchen vor dem Einfluss der starken amerikanischen Filmindustrie mit Hilfe des Positiv-Listen-Ansatzes des GATS offen halten wollen.⁶³¹

Im Folgenden soll daher unter Bezugnahme auf die anfangs erarbeiteten Unterscheidungskriterien zwischen Waren und Dienstleistungen, sowie unter Darstellung und Abwägung der verschiedenen Argumente⁶³² für und wider die Zuordnung zu einem der beiden Übereinkommen untersucht werden, ob eine Zuordnung zu einem der beiden Übereinkommen möglich und sinnvoll ist, oder, ob digitale Produkte gegebenenfalls gar keinem der Übereinkommen zuzuordnen sind und daher ein weiteres Übereinkommen erforderlich sein könnte.

626 *Hernekamp*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 21 Rn. 31; *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 153.

627 *WTO General Council*, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, WTO Work Programme on Electronic Commerce, Communication from the European Communities and their Member States, WT/GC/W/306, 1999, Rn. 4.

628 *WTO*, Work Programme on Electronic Commerce, Submission by the United States, WT/GC/16, 1999, S. 5; *WTO General Council*, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Electronic Commerce, Communication from Japan, WT/GC/W/253, 1999, Rn. 3.

629 Im Rahmen des GATS müssten Liberalisierungen für jeden Sektor gesondert ausgehandelt werden, wären also abhängig von zusätzlichen Verhandlungen. Im Hinblick auf die Geltung des GATS auch für den Dienstleistungserbringer und die verschiedenen geschützten Erbringungsarten wird jedoch darauf hingewiesen, dass nach dem GATS potentiell ein höheres Liberalisierungsniveau erreicht werden kann: *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 59.

630 *Baker/Lichtenbaum et al.*, Int'l Lawyer 1/2001, 5 (7). Siehe ausführlich zum Hintergrund der Position der USA: *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 103 ff.

631 *Hernekamp*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 21 Rn. 32. Siehe ausführlich zum Hintergrund der Position der EU: *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 129 ff.

632 Siehe ausführlich zu verschiedenen Argumenten der jeweiligen Positionen auch: *Farrokhnia/Richards*, JWT 5/2016, 793 (801 ff.).

I. Zuordnung von digitalen Produkten

1. Zuordnung nach den allgemeinen Unterscheidungskriterien

Betrachtet man die allgemeinen Definitionsansätze von Dienstleistungen und Waren, so ergibt sich für die Zuordnung von digitalen Produkten ein gemischtes Bild. Folgt man der Drei-Sektoren-Theorie zur Abgrenzung von Ware und Dienstleistung, so müssten digitale Produkte dem dritten, also dem Dienstleistungssektor zuzuordnen sein. So lassen sich digitale Produkte weder der Gewinnung noch der industriellen Verarbeitung von Rohstoffen zuordnen. Vielmehr sind sie im weitesten Sinne auf die Übertragung von Informationen, Gedanken und/oder geistigen Schöpfungen ausgerichtet.

Ebenso lassen sich auch unter den beschreibenden Definitionsansätzen Punkte finden, die für eine Zuordnung zum Bereich der Dienstleistungen sprechen. So sind digitale Produkte nicht berührbar und zunächst auch unsichtbar – erst ihre Verarbeitung mittels für das Auslesen und die Wiedergabe der Daten geeigneter Programme macht sie wahrnehmbar.

Gleichzeitig sind digitale Produkte aber auch speicher- also gewissermaßen lagerbar⁶³³ und unabhängig von demjenigen, der das digitale Produkt bzw. dessen Inhalt geschaffen hat, über Datennetze oder Funk transportierbar. Infolge der Speicherbarkeit können digitale Produkte auch jederzeit wiedergegeben und genutzt werden; sie werden also nicht – wie sonst bei Dienstleistungen üblich – im Zeitpunkt ihrer Erbringung auch verbraucht. Insoweit weisen sie also zugleich auch Ähnlichkeiten zu herkömmlichen Waren auf.

Die aktuelle Central Product Classification Liste der UN führt digitale Produkte hingegen nunmehr in Abgrenzung zu Waren und Dienstleistungen als „*other products*“.⁶³⁴ Danach sind sie also weder Ware noch Dienstleistung im herkömmlichen Sinne. Nach Ansicht der UN sind digitale Produkte nicht mit der Dienstleistungsdefinition aus dem SNA⁶³⁵ vereinbar, wonach Dienstleistungen das Ergebnis einer Produktionstätigkeit sind, durch das entweder die Beschaffenheit von

633 Für *Sucker* spricht u.a. die Lagerfähigkeit von Daten gegen eine Zuordnung zum GATS: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 155.

634 UN, Central Product Classification (CPC), Version 2.1, 2015, Rn. 44. Damit soll jedoch keine Aussage für die Zuordnung im Rahmen anderer Regelwerke getroffen werden, UN, Central Product Classification (CPC), Version 2.1, 2015, Rn. 48. Ähnlich auch *Hill*, der die Inhalte, die die digitalen Produkte und ihre gegenständlichen Pendanten ausmachen, als „*originals*“ bezeichnet und diese der Kategorie der „*intangible goods*“ zuordnet: *Hill*, The Canadian Journal of Economics 2/1999, 426 (438 ff.).

635 Siehe oben unter: B.I.1.b).

Verbrauchseinheiten verändert wird, oder die den Austausch von Produkten und Vermögenswerten erleichtern.⁶³⁶ Allerdings wird durch die Speicherung der digitalen Produkte beispielsweise auf einer Festplatte, einem USB-Stick oder nur vorübergehend im Arbeitsspeicher stets die magnetische oder elektronische Ladung der jeweiligen Speichermedien in physikalischer Hinsicht verändert, sodass digitalen Produkten durchaus zugeschrieben werden könnte, dass sie die Beschaffenheit von Verbrauchseinheiten verändern. Eine Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren wiederum scheitert letztlich daran, dass digitale Produkte – anders als Waren – keine körperlichen Gegenstände sind.⁶³⁷

Diese kurze Übersicht zeigt mithin, dass eine eindeutige Zuordnung digitaler Produkte entweder zu den Waren oder aber zu den Dienstleistungen nach den allgemeinen Kriterien nicht ohne Weiteres möglich ist. Nachfolgend soll daher eine Zuordnung gezielt anhand der GATT und GATS zugrunde liegenden Unterscheidungskriterien versucht werden.

2. Zuordnung nach den GATT-/GATS-Unterscheidungskriterien

a) Körperlichkeit/Berührbarkeit

Ein wesentliches Unterscheidungskriterium ist auch für den Appellate Body bislang immer die Körperlichkeit bzw. Berührbarkeit von Waren im Unterschied zu Dienstleistungen gewesen. So war die Körperlichkeit einer Zeitung in der Entscheidung *Canada – Periodicals* ein wesentlicher Grund für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des GATT;⁶³⁸ in der Entscheidung *China – Audiovisuals* stellte der Appellate Body umgekehrt fest, dass Dienstleistungen nicht berührbar seien.⁶³⁹

Auch die Befürworter einer Zuordnung digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATS führen für ihre Position ins Feld, dass das GATT allein für körperliche Waren vereinbart wurde.⁶⁴⁰ Umgekehrt wird für eine Zuordnung zum GATT hingegen vorgebracht, dass das GATT an keiner Stelle erkennen lässt, dass

636 UN, Central Product Classification (CPC), Version 2.1, 2015, Rn. 43.

637 UN, Central Product Classification (CPC), Version 2.1, 2015, Rn. 42.

638 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17.

639 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 379.

640 WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 7.

es ausschließlich für berührbare körperliche Waren gilt.⁶⁴¹ Allerdings definiert das GATT schon generell nicht, was Waren sind und enthält auch keine Regelung, die den Anwendungsbereich des GATT umschreibt; eine gemeinsame übereinstimmende Position in Bezug auf den Anwendungsbereich wurde also offenbar stillschweigend vorausgesetzt. In Anbetracht dessen, dass sich über viele Jahre hinweg ein gemeinhin anerkanntes Verständnis des Warenbegriffs entwickelt hat, verwundert dies auch nicht. Eine ausdifferenzierte Katalogisierung derjenigen allgemein als Waren anerkannten Wirtschaftsgüter enthält das HS, das nahezu ausschließlich körperliche Handelsgüter enthält. Eine gewisse Ausnahme davon stellt elektrischer Strom (HS 2716 00) dar, der zwar nicht unmittelbar greifbar, jedoch ebenfalls physisch an der Grenze messbar ist. Die EG sah hierin seinerzeit die Ausnahme, die die Regel bestätigt und argumentierte, dass diejenigen nicht berührbaren Güter, die die Mitglieder dem GATT zuordnen wollten, ausdrücklich in das HS aufgenommen wurden.⁶⁴² Entsprechend lässt sich also entgegen halten, dass das GATT das allgemeine Verständnis von Waren als körperliche Wirtschaftsgüter stillschweigend vorausgesetzt hat.⁶⁴³ Stellt man damit allein auf die Berührbarkeit ab, wären digitale Produkte zumindest keine Waren und daher nicht dem GATT zuzuordnen. Gleichzeitig zeigt aber auch das TRIPS, dass nicht alle unberührbaren Wirtschaftsgüter automatisch dem GATS zuzuordnen sind.

b) Zollfähigkeit

Im Zusammenhang mit der Zollfähigkeit wird teilweise vorgebracht, dass auch elektrischer Strom, also der Fluss von Elektronen, im HS genannt wird,⁶⁴⁴ sodass kein Grund bestehe, den Fluss von Daten nicht ebenso zu behandeln und ihn als Ware zu betrachten.⁶⁴⁵ Dieser Vergleich ist jedoch nicht ganz treffend. Während es bei elektrischem Strom um den Strom selbst geht, der gehandelt wird, die an der Grenze gemessene Menge an Strom letztlich also auch den eigentlichen Gegenstand des Handelsgeschäfts und damit auch selbst den zu verzollenden Gegenstand darstellt, sind Daten lediglich Träger bzw. Übermittler einzelner Informationen, die den eigentlichen Gegenstand des Handelsgeschäfts darstellen.⁶⁴⁶

641 WTO, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 6.

642 WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 7.

643 Vgl. auch: WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 5 ff.

644 HS 2716 00.

645 Neeraj, WTR S1/2019, 121 (128).

646 Ähnlich auch: *Hernandez-Lopez*, J. World Intell. Prop. 4/2001, 557 (567).

Die gemessene Menge an Daten gibt also noch keinerlei Auskunft über Art, Gegenstand und Menge der eingegangenen Handelsgegenstände. Zudem führt ein solcher Vergleich zu dem widersinnigen Ergebnis, dass praktisch alle der nach Mode 1, also per Telefon, E-Mail oder Ähnlichem übermittelten Dienstleistungen zugleich Waren im Sinne des GATT sein müssten und damit auch verzollt werden könnten, da sie als Daten bzw. elektrische Signale übermittelt werden.

Gleichwohl wird die Erhebung von Zöllen auf digitale Produkte von den Mitgliedern aber offenbar durchaus prinzipiell für möglich gehalten. So haben sich die Mitglieder schon vor Beginn des E-Commerce Arbeitsprogramms selbst in einem Moratorium,⁶⁴⁷ das von den Mitgliedern seitdem immer wieder bis heute verlängert wurde,⁶⁴⁸ darauf geeinigt, keine Zölle auf elektronische Übertragungen zu erheben. Zudem ist in den letzten Jahren von einigen Mitgliedern angeregt worden, das Moratorium zu überdenken und gegebenenfalls anzupassen, da durch die zunehmende Online-Übertragung von Software, Musik, aber auch 3D-Druck-Vorlagen u.Ä. anstelle der entsprechenden physischen Waren insbesondere für Entwicklungsländer wichtige Einnahmequellen absehbar wegbrechen.⁶⁴⁹ Neben der Funktion von Zöllen als Einnahmequelle verlieren die Mitglieder durch das Moratorium auch die – vor allem für Entwicklungsländer besonders wichtige – Möglichkeit der Erhebung von Zöllen zum Aufbau und zum Schutz einer eigenen nationalen, auf die Herstellung digitaler Produkte ausgerichteten Industrie.⁶⁵⁰ Im Hinblick auf die Umsetzbarkeit der Erhebung von Zöllen auch auf digitale Produkte verweisen Indien und Südafrika dabei auf verschiedene nationale Mehrwertsteuerregelungen, die auch die Erhebung von Steuern auf digitale Importe

647 *Geneva Ministerial Conference, Declaration on Global Electronic Commerce*, Adopted on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2, 1998: „[...] we also declare that Members will continue their current practice of not imposing customs duties on electronic transmission.“

648 So zuletzt im Dezember 2019: *WTO, Work Programme on Electronic Commerce*, General Council Decision, Adopted on 10 December 2019, WT/L/1079, 2019.

649 *WTO General Council, Work Programme on Electronic Commerce*, Moratorium on Customs Duties on Electronic Transmissions: Need for a Re-Think, Communication from India and South Africa, WT/GC/W/747, 2018, Rn. 2.1 ff.

650 *WTO General Council, Work Programme on Electronic Commerce*, The E-Commerce Moratorium: Scope and Impact, Communication from India and South Africa, WT/GC/W/798, 2020, Rn. 2.6, 2.8 ff.

vorsehen – unter anderem auch auf die europäische Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (MwStSystRL)⁶⁵¹.⁶⁵² Dabei schuldet regelmäßig der ausländische Anbieter der digitalen Produkte die Mehrwertsteuer im Inland.⁶⁵³ Einen gänzlich anderen Weg ist Argentinien gegangen, wo nunmehr der jeweilige Zahlungsdienstleister die Mehrwertsteuer auf die Zahlung des argentinischen Empfängers an den Anbieter des digitalen Produkts erheben und an den Fiskus abführen muss.⁶⁵⁴ Allen Beispielen ist dabei jedoch gemein, dass sie nicht unmittelbar an die Bewegung eines digitalen Produkts anknüpfen, sondern entweder auf entsprechende Steuererklärungen des ausländischen Anbieters angewiesen sind oder – wie im Fall von Argentinien – aus der bloßen Zahlungsbewegung auf den Import eines digitalen Produkts geschlossen wird. Entsprechend lässt sich den Beispielen schon keine Aussage im Hinblick auf eine Zollfähigkeit digitaler Produkte im Sinne einer Feststellbarkeit an einer Grenze entnehmen. Eine wesentliche Schwachstelle in praktischer Hinsicht ist in den Fällen, in denen die Mehrwertsteuer – wie bei elektronischen Dienstleistungen – auf Grundlage einer Erklärung des ausländischen Anbieters erhoben wird, zudem, dass die Erhebung erheblich von der Kooperation des Anbieters abhängt, der sich registrieren lassen muss und wahrheitsgemäße aber wegen seines Sitzes außerhalb des Hoheitsgebiets der EU-Mitglieder nur bedingt überprüfbare Angaben machen muss.⁶⁵⁵ Insoweit besteht

651 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2020/285 vom 18.2.2020.

652 *WTO General Council*, Work Programme on Electronic Commerce, The E-Commerce Moratorium and Implications for Developing Countries, Communication from India and South Africa, WT/GC/W/774, 2019, Rn. 4.1.

653 So gilt bspw. in der EU nach Art. 58 Abs. 1 lit. c) MwStSystRL bei elektronischen Dienstleistungen an Privatpersonen deren Wohnort als Ort der Dienstleistung. Die Mehrwertsteuer schuldet in solchen Fällen der ausländische Dienstleistungserbringer nach Art. 193 MwStSystRL. Siehe auch die Beispiele weiterer Besteuerungssysteme in: *WTO General Council*, Work Programme on Electronic Commerce, The E-Commerce Moratorium and Implications for Developing Countries, Communication from India and South Africa, WT/GC/W/774, 2019, Rn. 4.1.

654 Eine Zusammenfassung der neuen Regelungen bietet: *DLA Piper*, Argentina introduces VAT on digital services, 2018, abrufbar im Internet unter: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2018/09/argentina-introduces-vat-on-digital-services/> (zuletzt abgerufen am: 17.09.2020). Auf EU-Ebene sind die Mitgliedstaaten bis zum 31. Dezember 2020 verpflichtet, Regelungen zu erlassen, nach denen die Betreiber von Marktplatzplattformen wie Amazon o.Ä. selbst verpflichtet werden, die Umsatzsteuer auf Fernverkäufe von Waren – nicht auf Dienstleistungen – bis zu einem Wert von 150 € aus Drittländern zu zahlen, Art. 2 Abs. 2 RL (EU) 2017/2455 vom 5. Dezember 2017, ABl. 2017 L 348/7.

655 *Europäischer Rechnungshof*, Elektronischer Handel: Zahlreiche Herausforderungen bei der Erhebung von MwSt. und Zöllen müssen noch angegangen werden, 2019, Rn. 16, 19.

trotz entsprechender Regelungen beispielsweise in der EU insbesondere bei Lieferungen aus Drittländern insoweit schon jetzt ein erhebliches Vollzugsdefizit.⁶⁵⁶ Der Bundesrechnungshof schlägt insofern zur Minimierung von Umsatzsteuer ausfällen im Internet lediglich erweiterte Haftungsregelungen für Plattformbetreiber, Verbesserungen in Bezug auf Steuerklärungs- und Aufzeichnungspflichten oder den Zugriff auf Zahlungsdienstleister als Informationsquelle, nicht jedoch Kontrollen im Hinblick auf den Datenverkehr selbst vor.⁶⁵⁷ Dass daneben nicht auch Mechanismen vorgeschlagen werden, die unmittelbar an der Datenbewegung anknüpfen, und damit eine Erhebung der Steuer ähnlich wie bei der Einfuhrumsatzsteuer bei Waren ermöglichen würden, bei der die Erhebung nicht allein von der Mitwirkung Dritter abhängt, verdeutlicht die Schwierigkeiten bei der Erfassung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs. Jedenfalls dürfte schon eine nur stichprobenartige Überprüfung der digitalen Datenströme in Echtzeit im Hinblick auf deren Übereinstimmung mit etwaigen Zollanmeldungen die Mitglieder vor erhebliche – mit den bislang verfügbaren Mitteln wohl kaum behebbar – technische Herausforderungen stellen.

Technische Herausforderungen wären insoweit vor allem die Menge an Daten und entsprechenden Anmeldungen, die – um den flüssigen Betrieb des Internets aufrecht zu erhalten – praktisch ohne Zeitverzug überprüft bzw. bearbeitet werden müssten, sowie die Einteilung der Daten in verschiedene digitale Produkte bzw. allein schon die Herausfilterung der digitalen Produkte aus dem sonstigen Datenverkehr, der beispielsweise durch den Aufruf einer Internetseite, ein Videotelefonat oder das Versenden einer E-Mail entsteht. Auch wenn die verschiedenen internationalen Internetknotenpunkte theoretisch – Häfen oder Flughäfen vergleichbar – einen festen Punkt darstellen, an dem digitale Produkte zentral „angeliefert“ werden und sich dort theoretisch den heutigen Zollverfahren vergleichbar Zölle erheben ließen, erscheint eine Verzollung digitaler Produkte mit den heutigen technischen Standards aber weder machbar, noch – im Hinblick auf die erforderliche Rechen- und Verwaltungskapazität – wirtschaftlich sinnvoll.⁶⁵⁸

Selbst wenn man aber die grundsätzliche Zollfähigkeit digitaler Produkte anerkennen wollte, stellt sich im Hinblick auf die Funktionsweise des Internets und

656 *Erdbrügger*, DStR 2018, 593 (595). Siehe insofern auch: *Bundesrechnungshof*, Bericht nach § 99 BHO über Maßnahmen zur Verbesserung der Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung, 2020, S. 26 ff.

657 *Bundesrechnungshof*, Bericht nach § 99 BHO über Maßnahmen zur Verbesserung der Umsatzsteuerbetrugsbekämpfung, 2020, S. 31 ff.

658 So auch: *ICC Working Group on E-Commerce*, The business case for a permanent prohibition on customs duties on electronic transmissions, 2019, S. 7.

der Datenübertragung die Frage, ob eine Verzollung digitaler Produkte im herkömmlichen Sinne überhaupt sinnvoll ist, bzw. den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht wird. So werden Zölle grundsätzlich bei Grenzübertritt einer Ware, aus Anlass eben dieses Grenzübertritts erhoben.⁶⁵⁹ Wird aber beispielsweise aus Deutschland Software von einem US-amerikanischen Softwarehersteller gekauft und über das Internet herunter geladen, so ist es nicht zwingend notwendig, dass die Software auch „importiert“, also von einem Server in den USA über Unterseekabel an den Käufer in Deutschland geschickt wird. Vielmehr kann es für den Software-Anbieter sinnvoll sein – beispielsweise um den langen störungsanfälligen Weg der Software über Unterseekabel bei jedem Kauf oder aber auch die Erhebung von Zöllen zu vermeiden – eine Kopie der Software bzw. Kopien einzelner Teile der Software auf Servern in Deutschland oder Europa zu speichern, die dann ohne „Import“, also ohne weiteren Grenzübertritt an den Käufer geliefert werden kann.⁶⁶⁰ In solchen Fällen würde zwar eine Verzollung bei der erstmaligen Speicherung auf einem nationalen Server, also beim „Import“ einmalig erfolgen. Dadurch würde jedoch nicht der eigentliche Handel mit dem digitalen Produkt zwischen dem Software-Anbieter und den späteren Software-Käufern erfasst, den die Mitglieder offenbar vor Augen haben, wenn sie die Erhebung von Zöllen zur Einnahmengenerierung und zum Schutz bzw. zur Förderung beim Aufbau der eigenen nationalen digitalen Wirtschaft fordern. Bei dem späteren Abruf der Software von dem nationalen Server findet jedenfalls kein Grenzübertritt mehr statt, aus dessen Anlass Zölle erhoben werden könnten. Die spätere Erhebung von Zöllen bei jedem Abruf der Daten von einem nationalen Server dürfte zudem nach erstmaliger Zollerhebung auf die Ursprungsdaten gegen das Inländergebot (Art. III GATT) verstoßen, nach dem importierte Waren nach ihrem Import nationalen Waren gegenüber nicht nachteilig behandelt werden dürfen. Auch Beispiele wie das Cloud-Computing und „Software as a Service“-Angebote, bei denen die Software gar nicht mehr an den Käufer geliefert wird, sondern auf einem externen Server ausgeführt wird, auf den der Nutzer nur zugreift, zeigen,

659 Hahn, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. II GATT Rn. 17; Hilf/Puth, in: Bogdandy/Mavroidis et al. (Hrsg.), European Integration and International Coordination, 2002, 199 (Rn. 4); Wolfgang, in: Witte/Wolfgang, Lehrbuch des Zollrechts der Europäischen Union Rn. A1000.

660 Dies entspricht bspw. der Praxis von *Netflix*: *Netflix*, So liefert Netflix zusammen mit Internetdiensteanbietern weltweit ein großartiges Unterhaltungserlebnis, 2020, abrufbar im Internet unter: <https://media.netflix.com/de/company-blog/how-netflix-works-with-isps-around-the-globe-to-deliver-a-great-viewing-experience> (zuletzt abgerufen am: 18.07.2020). Vgl. auch das Beispiel bei: ICC Working Group on E-Commerce, The business case for a permanent prohibition on customs duties on electronic transmissions, 2019, S. 6.

dass ein Import der digitalen Produkte nicht zwangsläufig erfolgen muss. Entsprechend gibt es mangels Imports auch keinen Ansatzpunkt, um Zölle zu erheben.

Ein weiteres Problem im Hinblick auf die Zollfähigkeit, insbesondere auf die Legitimation der Erhebung von Zöllen, ergibt sich im Anschluss an die vorangehenden Ausführungen aus dem Umstand, dass digitale Produkte nach dem Import – urheberrechtliche Aspekte außer Acht gelassen – beliebig in identischer Form vervielfältigt werden können. Daraus ergeben sich insbesondere für den Wirtschaftszollgedanken Rechtfertigungsprobleme. In Anbetracht der praktisch beliebigen Vervielfältigungsmöglichkeit digitaler Produkte lässt sich deren eigentlicher Eingang in einen Wirtschaftskreislauf nicht messen. Anders als bei Waren, bei denen die importierte Menge sicher mit der später im Inland verfügbaren Menge übereinstimmt, lässt sich beim Import digitaler Produkte nicht vorhersagen, wie viele Vervielfältigungen der digitalen Produkte später tatsächlich in den Wirtschaftskreislauf eingehen und am Marktgeschehen teilnehmen werden.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass auch im Hinblick auf die Zollfähigkeit digitaler Produkte keine eindeutige Entscheidung für eines der beiden Übereinkommen möglich ist. Es lassen sich jedenfalls im Vergleich zu den bisherigen Zollverfahren, die infolge langer Übung für Waren weitestgehend eingespielt sind, etliche Schwierigkeiten feststellen, für die erst noch technische Lösungen gefunden werden müssen und es ist zudem sehr fraglich, ob vergleichbare Verfahren für digitale Produkte überhaupt möglich sind. Es bestehen damit also zumindest nicht unerhebliche Zweifel an der tatsächlichen Zollfähigkeit digitaler Produkte.

c) Nennung in HS und SSCL

In Bezug auf die Nennung im HS oder in der SSCL lässt sich feststellen, dass sich die physischen Pendanten zu digitalen Produkten üblicherweise im HS wiederfinden lassen.⁶⁶¹ Entsprechend wird die Nähe digitaler Produkte zu ihren physischen Pendanten im HS bzw. den physischen Trägermedien als Argument für die Zuordnung digitaler Produkte zum GATT herangezogen; schließlich würden anderenfalls unterschiedliche Regelungen für die physische und die digitale Übermittlung der Inhalte gelten.⁶⁶² Zudem gelte in der WTO der Grundsatz der Technologie-

661 So z.B. Bücher (HS 4901 10, 4901 99), Musik-CDs, Film-DVDs, Software-CDs (HS 8523 49), Audio- und Video-Kassetten (HS 8523 29).

662 *Baker/Lichtenbaum et al.*, Int'l Lawyer 1/2001, 5 (9); *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 152 f. Vgl. auch: *WTO*, Fifth

neutralität, nach dem es nicht darauf ankommt, welche Technologie zur Übertragung einer Leistung genutzt wird.⁶⁶³ Würde der Grundsatz der Technologieneutralität uneingeschränkt auch für das GATT gelten, so würde sich danach aber auch die unterschiedliche Behandlung beispielsweise von Kassetten gegenüber CDs bei der Erhebung von Zöllen verbieten, wird doch auch hier ein Unterschied zwischen verschiedenen Trägermedium-Technologien gemacht; eine uneingeschränkte Geltung des Grundsatzes der Technologieneutralität auch unter dem GATT scheint damit schon von den Mitgliedern nicht grundsätzlich vorgesehen. Entsprechend können schon allein unter dem GATT in Bezug auf die physischen Pendants digitaler Produkte unterschiedliche Regelungen in Abhängigkeit des Speichermediums gelten. Die Vermeidung ungleicher Regelungen in Bezug auf digitale Produkte und ihre physischen Pendants ist damit kein tragfähiges Argument für die Zuordnung aller digitalen Produkte zum GATT.

Vor allem ist im Hinblick auf die Klassifizierung im HS jedoch darauf hinzuweisen, dass für die Klassifizierung weitestgehend nicht der Inhalt selbst entscheidend ist, sondern allein das Trägermedium; entscheidend ist also nicht, ob auf der CD/DVD ein Film, ein Musikalbum oder eine Software importiert wird, sondern allein ob eine CD, eine Kassette oder ähnliches importiert wird.⁶⁶⁴ Lediglich für Bücher wird innerhalb des HS danach unterschieden, ob es sich bspw. um Wörterbücher und Enzyklopädien (HS 4901 91), Bilderbücher (HS 4903) oder andere Bücher (HS 4901 99) handelt. Bei CDs und DVDs wird hingegen allein danach unterschieden, ob diese einen Inhalt (HS 8523 49) oder keinen Inhalt haben (HS 8523 41). Es wird insofern also nicht nach der Art des Inhalts unterschieden, sodass es unerheblich ist, ob es sich um Software oder Musik handelt.⁶⁶⁵

Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 9; *WTO Council for Trade in Goods*, Work Programme on Electronic Commerce, Information provided to the General Council, G/C/W/158, 1999, Rn. 2.6.

663 *Baker/Lichtenbaum et al.*, Int'l Lawyer 1/2001, 5 (10). Siehe zum Grundsatz der Technologieneutralität in Bezug auf das GATS: *WTO Council for Trade in Services*, Work Programme on Electronic Commerce, Progress Report to the General Council, Adopted by the Council for Trade in Services on 19 July 1999, S/L/74, 1999, Rn. 4.

664 Vgl.: *WTO*, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 4.

665 Siehe insofern auch: *WTO*, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 4; *WTO Council for Trade in Goods*, Work Programme on Electronic Commerce, Background Note by the Secretariat, G/C/W/128, 1998, Rn. 2.2.

Letztlich besteht damit aber auch keine Ungleichbehandlung zwischen einerseits den auf einem physischen Trägermedium übertragenen Inhalten und andererseits digital übertragenen Inhalten.⁶⁶⁶ So haben die Inhalte selbst kein physisches Äquivalent, zu dem sich eine Ungleichbehandlung ergeben könnte; den Anwendungsbereich des GATT eröffnet erst das Trägermedium, für dessen Zuordnung sein Inhalt unerheblich ist. Selbst wenn man eine Ungleichbehandlung digitaler Produkte zu den im HS genannten analogen Trägermedien samt ihres Inhalts aber annehmen wollte, so wird sich das Problem ungleicher Behandlung in Zukunft infolge zunehmender direkter Übertragung der digitalen Produkte und die damit einhergehende Abnahme des Handels mit analogen Trägermedien⁶⁶⁷ aber immer weiter relativieren und weitestgehend erübrigen. Entsprechend schwindet die Überzeugungskraft des Arguments der ansonsten vermeintlich drohenden Ungleichbehandlung digitaler Produkte gegenüber ihren physischen Pendanten zunehmend und droht im Zuge fortschreitender digitaler Übertragung sogar gänzlich in Vergessenheit zu geraten.

Umgekehrt wird zugunsten einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATS vorgetragen, dass diese bereits in der SSCL erfasst seien und daher unter das GATS fielen.⁶⁶⁸ So sind in der SSCL beispielsweise auch *Software implementation services* erfasst.⁶⁶⁹ In der CPC prov. wird dieser Bereich als

„All services involving consultancy services on, development and implementation of software“⁶⁷⁰

666 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Trägermedium und Inhalt auch *Decision 4.1: Valuation of Carrier Media bearing Software for Data Processing Equipment* (Carrier Media Exception) der WCO vom 24.09.1984.

667 Siehe zur Abnahme des Handels mit digitalisierbaren Waren: *WTO*, World Trade Report 2018, 2018, S. 92 f.

668 *WTO*, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 16 f. Siehe auch: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 153; *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 56.

669 1. B. b. SSCL.

670 *UN*, Provisional central product classification, 1991, S. 237 (dort zu CPC prov. 842; Hervorhebungen durch den Autor). Dass auch die Software-Entwicklung von CPC prov. 84 erfasst sein soll, haben einige Mitglieder – darunter die EU, Japan, Kanada und die USA – in einer gemeinsamen Kommunikation festgehalten: *WTO Council for Trade in Services*, Communication from Albania, Australia, Canada, Chile, Colombia, Croatia, the European Communities, Hong Kong China, Japan, Mexico, Norway, Peru, the Separate Customs Territory of Taiwan Penghu, Kinmen and Matsu, Turkey and the United States, Understanding on the scope of coverage of CPC 84 – Computer and Related Services, TN/S/W/60, S/CSC/W/51, 2007, Annex Rn. 3.

definiert. Da das GATS auch die Übertragung bzw. Auslieferung der Dienstleistung – also beispielsweise der programmierten Software – erfasst,⁶⁷¹ falle auch die Software als Ergebnis dieser Dienstleistung unter das GATS.⁶⁷² Vor allem individuell programmierte Software, bei der die Programmierung noch stark im Fokus des Auftragsverhältnisses steht, ließe sich damit einer der Kategorien der SSCL, nämlich den *Software implementation Services*, zuordnen; dort ist die Software das unmittelbare Ergebnis der bestellten Dienstleistung, nämlich der Anfertigung, Anpassung oder der auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnittenen Kombination vorhandener Software und stellt damit die Übermittlung der Dienstleistung dar.⁶⁷³

Daneben lässt sich in 2. D. SSCL der Bereich *Audiovisual Services* finden. Dieser Abschnitt umfasst unter anderem *Motion picture and video tape production and distribution services*,⁶⁷⁴ *Radio and television services*,⁶⁷⁵ *Radio and television transmission services*⁶⁷⁶ und *Sound recording*.⁶⁷⁷ Zu der Unterkategorie *Other*,⁶⁷⁸ im Bereich audiovisueller Dienstleistungen könnte nach Ansicht des GATS-Rats auch speziell der Inhalt von Multimedia-Produkten gezählt werden.⁶⁷⁹ Dieser Bereich weist also zumindest eine gewisse Ähnlichkeit mit digitalen Filmen und digitaler Musik auf. Gleichwohl fällt es schwer, digitale Produkte als solche einer dieser Kategorien – der aktuellen CPC vergleichbar – zweifelsfrei zuzuordnen.⁶⁸⁰ So bezieht sich beispielsweise die Film- und Videoproduktion nach der Beschreibung in der CPC prov. auf die erstmalige Herstellung, also die Aufnahme und den Schnitt des Films,⁶⁸¹ was dafür sprechen könnte, dass sich die im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung nach Art. XXVIII lit. b) GATS ebenfalls erfasste

671 Art. XXVIII lit. b) GATS.

672 WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 17.

673 Siehe auch: WTO, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 2 f.

674 2. D. a. SSCL.

675 2. D. c. SSCL.

676 2. D. d. SSCL.

677 2. D. e. SSCL.

678 2. D. f. SSCL.

679 WTO Council for Trade in Services, Audiovisual Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/40, 1998, Rn. 3.

680 Vgl. auch: Wunsch-Vincent, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 51.

681 Vgl. UN, Provisional central product classification, 1991, S. 280 (dort zu CPC prov. 96112): „*Production services of theatrical and non-theatrical motion pictures, whether on film or on video tape, for direct projection in theatres, for broadcasting on television, or for sale or rental to others. [...]*“.

Übermittlung der Dienstleistung schon in der Übermittlung des fertigen Originals, also der Erstaufnahme erschöpft und weitere Kopien des Originals nicht mehr als Übermittlung der Dienstleistung betrachtet werden können. Die Video- und Film-Vermarktung erfasst hingegen den eigentlichen Vertrieb des fertig gestellten Films an Dritte, ebenfalls jedoch nicht unmittelbar die aus dem Original hergestellten Kopien.⁶⁸² Auch scheinen Tonaufnahmedienstleistungen vor allem den Aufnahmeprozess zu erfassen, nicht jedoch die aus der Original-Aufnahme erstellten Daten, die später unabhängig weiter vermarktet werden.

Die bloße Übertragung von Daten – also auch den digitalen Produkten – über das Internet fällt hingegen in den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen.⁶⁸³ Die EU weist daher zugunsten einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATS allgemein darauf hin, dass elektronische Übertragungen aus verschiedenen Dienstleistungen bestünden und daher dem GATS zuzuordnen seien.⁶⁸⁴ Allgemein wird auch – offenbar weil Telekommunikationsdienstleistungen die Übertragung von Daten erfassen⁶⁸⁵ – vertreten, dass alle elektronischen Übertragungen Dienstleistungen sein müssen.⁶⁸⁶ Dieses letzte Argument ist jedoch nur schwer nachzuvollziehen, besteht doch ein eindeutiger Unterschied zwischen dem Transport eines Handelsguts und dem Handelsgut selbst. Schließlich wird auch eine Ware nicht zur Dienstleistung bloß, weil sie von einem Frachtunternehmen⁶⁸⁷ über die Grenze transportiert wird.

Letztlich ist damit auch im Hinblick auf die SSCL eine Zuordnung digitaler Produkte nicht eindeutig und zweifelsfrei möglich. Im Falle einer Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen könnte eine Erweiterung der SSCL in Anlehnung an die aktuelle CPC allerdings Klarheit schaffen und den Mitgliedern

682 UN, Provisional central product classification, 1991, S. 280 (dort zu CPC prov. 96113): „Distribution services of motion pictures and video tapes. This involves the sale or rental of movies or tapes to other industries for public entertainment, television broadcasting, or sale or rental to others.“

683 2. C. SSCL.

684 WTO Council for Trade in Services, Communication from the European Communities and their Member States, Electronic Commerce Work Programme, S/C/W/183, 2000, Rn. 6.

685 Vgl. WTO, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 6: „[...] it did not support the notion that electronically supplied products became a service merely by virtue of the fact that they were delivered via a service.“

686 WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 3.

687 Transport Services sind in 11. SSCL erfasst.

präzisere Zugeständnisse ermöglichen.⁶⁸⁸ Um Überschneidungen mit den die digitalen Produkte herstellenden Dienstleistungen zu vermeiden, bietet sich alternativ aber auch die Aufnahme einer Klarstellung dahingehend an, dass die das digitale Produkt herstellenden Dienstleistungen auch das fertige digitale Produkt und Kopien hiervon erfassen.

d) Produkt vs. Tätigkeit

An der soeben angedeuteten Unterscheidung zwischen individuell programmierter oder angepasster Software und solcher, die standardisiert verkauft wird, lässt sich auch ein anderes Argument für die Zuordnung digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATT darstellen. Grundsätzlich wird zumindest die individuelle Programmierung von Software als Dienstleistung verstanden, zu der auch der Download der programmierten Software gehört; entsprechend stellt der Download einen Teil der Dienstleistungstransaktion dar und fällt somit ebenfalls in den Anwendungsbereich des GATS.⁶⁸⁹ Standardisierte digitale Produkte können allerdings – ähnlich den Waren⁶⁹⁰ – unabhängig von ihren Herstellern verkauft und heruntergeladen werden, Erstellung, Speicherung und Übertragung müssen bei ihnen nicht zeitgleich erfolgen und bei ihnen ist keine besondere Beziehung zwischen dem Hersteller und dem Empfänger für die Übertragung erforderlich.⁶⁹¹ Bei standardisierter Software lässt sich eine Verbindung zwischen dem fertigen Handelsgegenstand und der bestellten Dienstleistung daher nur noch schwer festmachen. Vielmehr hat der Käufer einer standardisierten Software kei-

688 Siehe zur Frage, ob die GATS-Listen geeignet sind, auch „neue“ Dienstleistungen zu erfassen: *Meltzer*, WTR S1/2019, 23–48 (38–39); *Wunsch-Vincent*, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 70 ff. Eine Änderung der SSCL befürworten auch: *Foltea*, How to include ‘Mode 5’ services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 17; *Weber/Baisch*, Hong Kong L. J. 1/2013, 77 (109 f.) (siehe dort auch die Untersuchung neuer Dienstleistungsformen und ihrer Zuordnung zu bestehenden Listen ab S. 99 ff.). Kritisch zur Anpassung der SSCL aber unter Verweis auf ihren umfassenden Charakter: *Tuthill*, DigiWorld Econ. J. 107/2017, 95 (104 f.). Siehe insofern auch für eine Untersuchung „neuer“ digitaler Dienstleistungen und ihrer Einordnung in die SSCL: *Willemyns*, JWT 1/2019, 59 (S. 63, 72 ff.).

689 WTO, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 2 f.

690 Diese Parallele zieht auch: *Marsoof*, Int’l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (302).

691 WTO, Fifth Dedicated Discussion on Electronic Commerce under the Auspices of the General Council on 16 May and 11 July 2003, Summary by the Secretariat of the Issues Raised, WT/GC/W/509, 2003, S. 7, 8. Siehe auch: *Fleuter*, Chi. J. Int’l L. 1/2016, 153 (163).

nen Einfluss mehr auf deren Eigenschaften, sodass für ihn mehr das fertige Produkt im Mittelpunkt steht und die vorausgegangene Programmierung entsprechend für ihn keine wesentliche Rolle mehr spielt. Insofern können sie daher im Unterschied zu vielen anderen Dienstleistungen losgelöst von der eigentlichen Tätigkeit, sprich der Ausführung der Dienstleistung, betrachtet und auch gehandelt werden, lassen sich also als eigenständiges Produkt betrachten.⁶⁹² Entsprechend wurde im Rahmen der E-Commerce-Verhandlungen von einer Delegation auch vorgeschlagen, nur personalisierte digitale Produkte dem GATS zuzuordnen; digitale Produkte, die standardisiert in großer Menge verkauft werden, sollen danach hingegen dem GATT zugeordnet werden.⁶⁹³

Dass standardisierte digitale Produkte auch als eigenständiges Produkt gesehen werden können, muss jedoch nicht zwangsläufig dazu führen, dass sie nicht mehr dem GATS zugeordnet werden können. So wurde bereits anfangs⁶⁹⁴ dargestellt, dass auch dem GATS bisweilen ein produktbezogenes Verständnis von Dienstleistungen nicht immer fremd ist, ihm jedenfalls nicht zu entnehmen ist, dass allein bloße Tätigkeiten erfasst sein sollen. Dass bei standardisierten digitalen Produkten vor allem das fertige Produkt im Fokus des Kunden steht, lässt sich damit erklären, dass der Kunde hier keinen Einfluss im Laufe des Herstellungsprozesses mehr auf die Beschaffenheit des fertigen digitalen Produkts hat und er daher allein die Beschaffenheit des fertigen Produkts im Hinblick auf die Befriedigung seiner individuellen Bedürfnisse hin überprüfen kann; die Standardisierung macht den Herstellungsvorgang für ihn nebensächlich. Der Fokus verschiebt sich entsprechend infolge der Standardisierung weg von der Tätigkeit hin zum fertigen Produkt und fördert damit, Herstellungsvorgang und fertiges Produkt stärker voneinander getrennt betrachten zu können.

Dieser besondere Fokus des Kunden auf das Produkt bei standardisierten digitalen Produkten bringt jedoch keine wesentlichen Unterschiede im Herstellungsvorgang im Vergleich zu individuell erstellten digitalen Produkten mit sich.⁶⁹⁵ So

692 Ähnlich auch: *Hernandez-Lopez*, J. World Intell. Prop. 4/2001, 557 (565).

693 *WTO Council for Trade in Goods*, Work Programme on Electronic Commerce, Information provided to the General Council, G/C/W/158, 1999, Rn. 2.7. Vgl. insofern auch: *Marsoof*, Int'l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (300 ff.).

694 Siehe unter: C.I.1.d).

695 So auch: *Marsoof*, Int'l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (302). Vgl. insofern auch die gemeinsame Kommunikation u.a. der EU, Japan, Kanada und den USA, in der klargestellt wird, dass Software im Rahmen der *Software implementation services* (CPC prov. 84) sowohl standardisierte als auch individualisierte Software meint und zu den *Software implementation services* entsprechend die Entwicklung sowohl personalisierter als auch standardisierter Software zu zählen ist: *WTO Council for Trade in Services*, Communication from Albania, Australia, Canada, Chile, Colombia, Croatia, the European

werden beispielsweise bei einer Software entweder die spezifischen Bedürfnisse eines bestimmten Nutzers ermittelt und dazu eine passende Software geschrieben oder aber es werden die Bedürfnisse einer Vielzahl von Nutzern aus Erfahrungen, Befragungen, Rückmeldungen etc. ermittelt und dann entsprechend ebenfalls in eine Software umgesetzt. Lediglich die Form der Ermittlung des Nutzerbedürfnisses unterscheidet sich. Wegen des breiter angelegten potentiellen Kundenkreises und der entsprechend breiter angelegten Bedürfnisermittlung ist bei den standardisierten digitalen Produkten auch eine unmittelbare Kommunikation zwischen jedem einzelnen Kunden und dem Hersteller des digitalen Produkts nicht mehr erforderlich. Bei den individuell angefertigten digitalen Produkten macht hingegen nur der Umstand, dass der Hersteller die konkreten Bedürfnisse des Kunden noch nicht kennt, eine unmittelbare Kommunikation zwischen ihm und seinem Kunden erforderlich; entsprechend liegt es auch nahe, dass der Hersteller das nach den individuellen Bedürfnissen erstellte fertige digitale Produkt unmittelbar an den Kunden verkauft, ohne noch weitere Zwischenhändler einzuschalten. Entsprechend ist auch insofern im Wesentlichen die Standardisierung ursächlich dafür, dass sich Unterschiede im Herstellungs- und Vertriebsprozess standardisierter und individualisierter digitaler Produkte feststellen lassen.

Auch im Hinblick auf die Speicherbarkeit und die Zeitpunkte der Erstellung und Auslieferung bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen individualisierten und standardisierten digitalen Produkten. Auch individuell angefertigte digitale Produkte lassen sich ohne Weiteres speichern, sodass auch bei ihnen die Zeitpunkte der Erstellung und Übertragung nicht zusammenfallen müssen. Wegen der individuellen Erstellung liegt es jedoch nahe, das digitale Produkt in zeitlicher Nähe zur Fertigstellung auch auszuliefern. Da standardisierte digitale Produkte ihre Herstellungskosten durch den Verkauf an eine Vielzahl möglicher Kunden wieder amortisieren müssen, liegt es bei ihnen hingegen näher, das digitale Produkt über einen längeren Zeitraum zu speichern und auch noch etliche Zeit nach der Fertigstellung noch Kunden zur Verfügung zu stellen. Auch insofern lassen sich Unterschiede damit wieder auf das Maß der Standardisierung zurückführen.

Ganz grundsätzlich muss darüber hinaus die Speicherbarkeit und damit auch die Möglichkeit unterschiedlicher Erstellungs- und Auslieferungszeitpunkte einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATS nicht im Wege stehen. So lassen sich

Communities, Hong Kong China, Japan, Mexico, Norway, Peru, the Separate Customs Territory of Taiwan Penghu, Kinmen and Matsu, Turkey and the United States, Understanding on the scope of coverage of CPC 84 – Computer and Related Services, TN/S/W/60, S/CSC/W/51, 2007, Annex to the Understanding on the Scope of Coverage of CPC 84 Computer and Related Services (S. 4 dort zu 842).

auch in anderen typischen Dienstleistungsbranchen, wie z.B. den *Legal Services*⁶⁹⁶ oder den *Educational Services*⁶⁹⁷ Beispiele finden, in denen Tätigkeit, Übermittlung und spätere Nutzung durch den Dienstleistungsempfänger nicht zwingend zusammenfallen müssen. Beispielsweise kann ein anwaltliches Gutachten, das per Mail verschickt wurde, auch erst wesentlich später bearbeitet und ausgewertet werden, oder aber auch erst einmal eine Zeit lang auf einem Datenträger bei dem Anwalt gespeichert sein, bevor es abgeschickt wird. Ebenso können standardisierte Bildungsangebote mit verschiedenen Lern- und Übungseinheiten online zur Verfügung gestellt und Zugänge zu diesem Lernangebot an eine Vielzahl von Personen verkauft werden.⁶⁹⁸ In diesen Fällen wäre es jedoch fernliegend, das Gutachten, also das Ergebnis der juristischen Prüfung, oder das Bildungsprogramm wegen ihrer Speicherbarkeit oder Standardisierung nicht als Dienstleistung, sondern als Ware zu begreifen.

Insgesamt lässt sich damit die bei standardisierten digitalen Produkten zu herkömmlichen Waren bisweilen gesehene Nähe im Herstellungs- und Vermarktungsprozess bei genauer Betrachtung auf das Maß der Standardisierung zurückführen. Gleichzeitig werden individuell angefertigte digitale Produkte wegen des offensichtlicheren Zusammenhangs zwischen Erstellung und Auslieferung des fertigen Produkts aber den Dienstleistungen und damit dem Anwendungsbereich des GATS zugeordnet. Weder im GATT noch im GATS lassen sich jedoch Anhaltspunkte dafür finden, dass das Maß der Standardisierung ein geeignetes Unterscheidungskriterium zwischen Waren und Dienstleistungen ist. Vielmehr fällt beispielsweise auch ein maßgeschneiderter Anzug wegen seiner Körperlichkeit in den Anwendungsbereich des GATT, obwohl er vollkommen individualisiert und auf die persönlichen Bedingungen des Kunden zugeschnitten unmittelbar vom Schneider an den Kunden verkauft wird. Entsprechend kann die Standardisierung und die sich daraus ergebenden Besonderheiten im Herstellungs- und Vertriebsprozess digitaler Produkte auch nicht eine unterschiedliche Behandlung individualisierter und standardisierter digitaler Produkte in Bezug auf ihre Zuordnung zum GATT oder GATS rechtfertigen.

e) Zwischenfazit

Die vorangegangenen Darstellungen haben gezeigt, dass eine zweifelsfreie Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren oder den Dienstleistungen und damit auch zu einem der beiden Übereinkommen GATT oder GATS nicht möglich ist. Gleichwohl sind zumindest zwei Feststellungen in jedem Fall möglich.

696 1. A. a. SSCL.

697 5. A.-E. SSCL.

698 Vgl. in diesem Sinne auch: Peng, JWT 5/2020, 669 (701).

Zum einen lässt sich klar feststellen, dass digitale Produkte nicht physisch greifbar und auch nicht unmittelbar physisch messbar sind.⁶⁹⁹ Darin unterscheiden sie sich auf jeden Fall von allen anderen Waren, die die Mitglieder gemeinhin als Waren ansehen und auf die sie das GATT ursprünglich zugeschnitten haben.⁷⁰⁰ Dies ist insofern wichtig, als dass sich über viele Jahre ein gemeinsames und gefestigtes Verständnis des Warenbegriffs entwickelt hat, das sich in der ausdifferenzierten Katalogisierung des HS widerspiegelt. In dieses System haben die physisch in einem Trägermedium verkörpert digitalen Produkte nur indirekt über die Speicherung auf einem im HS aufgeführten physischen Speichermedium Eingang gefunden. Ohne das physisch greifbare Speichermedium würden digitale Produkte im Vergleich zu allen anderen im HS erfassten Waren mit ihrer Unberührbarkeit ein Merkmal aufweisen, das keine andere Ware sonst hat. Dies wiegt umso schwerer, als dass durch eine Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren wegen der Zuordnung analoger Trägermedien zu den Waren dieses allen Waren gemeinsame und damit eigentlich für Klarheit bei der Zuordnung sorgende Merkmal aufgegeben würde; gleichzeitig verliert dabei das Argument der Nähe digitaler Produkte zu ihren auf Trägermedien übermittelten Pendanten wegen der zunehmenden digitalen Übertragung und dem damit einhergehenden Wegfall der Verwendung analoger Trägermedien aber immer mehr an Bedeutung. Im Gegensatz zu den Waren hat sich hingegen bislang kein einheitliches Kriterium, das alle Dienstleistungen ausnahmslos eint, finden lassen; vielmehr lassen sich zu allen Definitionsversuchen immer wieder auch Gegenbeispiele finden, die einem übergreifenden Definitionsansatz im Wege stehen. Dass digitale Produkte sich dabei von vielen anderen Dienstleistungen durch ihre Loslösung vom ursprünglichen Herstellungsprozess und dem Verzicht auf eine enge Beziehung zwischen Dienstleister und Dienstleistungsempfänger unterscheiden, steht einer Zuordnung zu den Dienstleistungen im Allgemeinen mangels allgemein gültiger Definition – anders als bei den Waren im Hinblick auf deren Berührbarkeit bzw. physische Messbarkeit – damit nicht zwangsläufig entgegen.

Zum anderen lässt sich feststellen, dass digitale Produkte in jedem Fall auf eine oder die Kombination mehrerer Dienstleistungen zurückzuführen sind, diese also dem digitalen Produkt zwingend stets vorausgehen müssen. Die Zurverfügungstellung des Ergebnisses dieser Dienstleistungen ließe sich als „*distribution*“ im

699 Die übermittelten Daten könnten jedoch gemessen werden. Der Datenmenge lässt sich jedoch unmittelbar nicht entnehmen, ob es sich bei den übermittelten Informationen um ein digitales Produkt handelt, um welches digitale Produkt es sich handelt und wie viele Einheiten dieses digitalen Produktes übermittelt wurden. Entsprechend wäre zusätzlich – anders als bei elektrischem Strom – eine Untersuchung der Daten selbst erforderlich.

700 Ähnlich auch: WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Classification Issue, Submission from the European Communities, WT/GC/W/497, 2003, Rn. 5 ff.

Sinne von Art. XXVIII lit. b) GATS betrachten. Dass digitale Produkte dennoch nach Ansicht einiger Mitglieder eher den Waren und damit dem GATT zugeordnet werden sollen, liegt offenbar auch an der Standardisierung und der infolge der Standardisierung wegfallenden direkten Kommunikation zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger. Eine solche Unterscheidung zwischen individuell oder standardisiert erbrachten Dienstleistungen lässt sich aber weder dem GATS noch dem GATT entnehmen. Auch für die Anwendung des GATT ist es unerheblich, ob eine Ware standardisiert oder individuell angefertigt wurde. Zuordnungskriterium ist also auch insoweit nicht die Standardisierung, sondern die Körperlichkeit.

Insgesamt lässt sich damit als erstes Zwischenfazit festhalten, dass eine Zuordnung digitaler Produkte zum GATT den bisherigen Unterscheidungskriterien zwischen Waren und Dienstleistungen vor allem im Hinblick auf die Berührbarkeit in jedem Fall widersprechen würde. Die Standardisierung digitaler Produkte ist daneben ein wesentlicher Punkt, der in Bezug auf einzelne Dienstleistungsbranchen teilweise Zweifel an einer Zuordnung auch dieser digitalen Produkte zum GATS weckt, ohne dass sich dem GATT oder dem GATS aber Hinweise auf die Standardisierung als Unterscheidungskriterium entnehmen ließen. Entsprechend dürften standardisierte und individualisierte digitale Produkte auch nicht allein wegen der Standardisierung unterschiedlich behandelt werden. Jedenfalls können aber zumindest individuell angefertigte digitale Produkte den in der SSCL enthaltenen Dienstleistungen zugeordnet werden und fallen somit auch unter die ebenfalls vom GATS erfasste Übermittlung der Dienstleistung, was grundsätzlich für eine Zuordnung aller digitalen Produkte zum GATS spricht.

3. Zuordnung anhand schon vorhandener Regelungen

Da eine zweifelsfreie Zuordnung digitaler Produkte offenbar nicht ohne Weiteres möglich ist, wird immer wieder auch vorgeschlagen, spezielle Regelungen für digitale Produkte, ggf. sogar ein eigenes Übereinkommen für den Handel mit solchen digitalen Produkten zu vereinbaren.⁷⁰¹ In Anbetracht dessen, dass die Mitglieder aber bereits seit über 20 Jahren noch nicht einmal eine Einigung über die genaue Zuordnung digitaler Produkte zu einem der bestehenden Übereinkommen, geschweige denn über Regelungen speziell für den Handel mit digitalen Produkten erzielen konnten, erscheint es im Hinblick auf den technologischen Fortschritt, der im gleichen Zeitraum stattgefunden hat, nicht sinnvoll, ein neues

701 So bspw.: *Farrokhnia/Richards*, JWT 5/2016, 793 (815) (m.w.N.); *Marsoof*, Int'l J.L. & Info. Tech. 4/2012, 291 (307).

Übereinkommen vorzuschlagen, wenn die bestehenden Regelungen grundsätzlich geeignet sind, auch den Handel mit digitalen Produkten zu erfassen.⁷⁰² Es darf jedenfalls angenommen werden, dass ein neues Übereinkommen nach den erforderlichen Verhandlungen bereits im Zeitpunkt seiner Vereinbarung dem zwischenzeitlich stattgefundenen technologischen Fortschritt schon nicht mehr gerecht würde.⁷⁰³

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob die wesentlichen Prinzipien, in der Form, in der sie in den bestehenden Übereinkommen umgesetzt sind, auf den Handel mit digitalen Produkten sinnvoll angewendet werden können. Überlegungen, digitale Produkte dem TRIPS zuzuordnen, da bei digitalen Produkten nur das Recht zur Nutzung verkauft werde, das dem TRIPS zuzuordnen sei,⁷⁰⁴ können dabei von vorneherein außer Acht gelassen werden. Zum einen genügt bei digitalen Produkten nicht allein die Übertragung eines bestimmten Nutzungsrechts zu deren Wahrnehmung; stets ist für die Nutzung neben der Übertragung von Nutzungsrechten auch die Übermittlung entsprechender Daten, die ausgelesen, verarbeitet und in Bild, Ton, Informationen etc. umgesetzt werden können, erforderlich. Das TRIPS dient insofern zudem lediglich der Festlegung gemeinsamer Mindeststandards für den Schutz geistiger Eigentumsrechte und deren Durchsetzung,⁷⁰⁵ und enthält daher keine Regelungen in Bezug auf die Liberalisierung des Handels mit solchen Rechten.⁷⁰⁶ Hinzukommt, dass ein internationaler grenzüberschreitender Handel mit geistigen Eigentumsrechten in der Regel schon nicht

702 Vgl. insofern auch das gemeinsame Statement von 76 Mitgliedern – darunter auch die EU und die USA –, Verhandlungen über handelsbezogene Aspekte des E-Commerce führen zu wollen und dabei auf den bestehenden WTO-Übereinkommen und -Regelungen aufbauen zu wollen: *WTO*, Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056, 2019. Insofern wurde auch ein allgemeiner Wille der Mitglieder gesehen, ein gänzlich eigenes Handelsregime speziell für digitale Produkte zu vermeiden: *Baker/Lichtenbaum et al.*, *Int'l Lawyer* 1/2001, 5 (6).

703 So auch: *Fleuter*, *Chi. J. Int'l L.* 1/2016, 153 (175).

704 *WTO Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Electronic Commerce Work Programme, Submission from Australia, IP/C/W/233, 2000, Rn. 13; *WTO General Council*, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Work Programme on Electronic Commerce, Communication from Indonesia and Singapore, WT/GC/W/247, 1999, Rn. 12.

705 *Bender/Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, *WTO-Recht*, § 22 Rn. 1.

706 *Sucker*, *Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht*, 2018, S. 163; *Wunsch-Vincent*, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products*, 2006, S. 61. So offenbar auch: *Drake/Nicolaïdis*, in: *Sauvé/Stern* (Hrsg.), *GATS 2000*, 2000 (410).

möglich ist, da die entsprechenden Rechte weitestgehend in jedem Staat neu beantragt werden müssen.⁷⁰⁷ Das TRIPS verfolgt damit lediglich eine Grundvoraussetzung für den Handel unter anderem mit digitalen Produkten – nämlich den Schutz der geistigen Eigentumsrechte –, kann jedoch nicht für den generellen Abbau von Handelshemmnissen bei dem Handel mit digitalen Produkten herangezogen werden.⁷⁰⁸

a) Prinzip der Nichtdiskriminierung und Prinzip der offenen Märkte

Im GATT finden sich das Prinzip der Nichtdiskriminierung und das Prinzip der offenen Märkte im Wesentlichen in den Art. I:1 (Meistbegünstigungspflicht), Art. III (Gebot der Inländerbehandlung), Art. II (Listen der Zollzugeständnisse) und Art. XI GATT (Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen) wieder. Im GATS lassen sich vergleichbare Regelungen in Art. II:1 (Meistbegünstigungspflicht), Art. XVII (Inländerbehandlung) und Art. XVI GATS (Marktzugang) finden.

Zunächst kann insofern festgestellt werden, dass keine der genannten Regelungen gänzlich ungeeignet ist für die Anwendung auf digitale Produkte. Bei den GATT-Regelungen ist jedoch auf den Fokus auf die Erhebung von Zöllen hinzuweisen. So soll ein möglichst freier Marktzugang einerseits durch das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen in Art. XI:1 GATT erreicht werden, das die Mitglieder zur Erhöhung der Transparenz handelslenkender Maßnahmen⁷⁰⁹ und wegen ihrer weniger handelsverzerrenden Wirkung⁷¹⁰ auf die Erhebung von Zöllen verweist. Trotz des grundsätzlichen Ziels der Liberalisierung des Welthandels werden den Mitgliedern also Zölle als legitimes handelslenkendes Mittel belassen, sodass das GATT keine Liberalisierung um jeden Preis vorsieht.

Gleichzeitig soll aber auch in Bezug auf die Zölle durch die Bindung fester Zollsätze in den Listen der Zollzugeständnisse (Art. II GATT) und deren stetige Reduzierung im Wege regelmäßiger Verhandlungen (Art. XVIII *bis* GATT) ein stetig wachsendes Liberalisierungsmaß erreicht werden. Auffallend ist in Bezug auf di-

707 *Bender/Michaelis*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 22 Rn. 5.

708 Siehe ausführlich zur Heranziehung des TRIPS als alternativen Lösungsansatz für die Diskussion um die Zuordnung digitaler Produkte: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 159 ff.

709 *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 143; *Puth/Stranz*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 11 Rn. 9.

710 *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 10 Rn. 17.

gitale Produkte aber insofern, dass Zölle auf digitale Produkte schon vor Vereinbarung des Zollmoratoriums nicht üblich waren⁷¹¹ und entsprechend der Liberalisierungsansatz des GATT in Form stetiger Zollreduzierungen ins Leere läuft.

Zwar lässt sich insofern argumentieren, dass bei digitalen Produkten in Betracht dessen, dass schon jetzt keine Zölle auf diese erhoben werden, das Liberalisierungsziel des GATT insofern ohne weitere Schritte schon jetzt erreicht sei und daher gar keine Zollreduzierungen mehr erforderlich seien. Allerdings zeigen die seit über 20 Jahren geführten Diskussionen über die Zuordnung digitaler Produkte zu einem der beiden Übereinkommen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Möglichkeiten der Mitglieder, handelspolitische Maßnahmen treffen zu dürfen, dass bei digitalen Produkten durchaus bei einigen Mitgliedern ein Interesse an der Regulierung des Zugangs ausländischer digitaler Produkte zu ihren nationalen Märkten besteht. Dieses Interesse schlägt sich lediglich nicht – wie bei herkömmlichen Waren üblich – in der Erhebung von Zöllen nieder, sondern in anderen handelspolitischen Maßnahmen. Entsprechend sind Handelsbarrieren im Unterschied zu herkömmlichen Waren bei digitalen Produkten auf andere Maßnahmen als Zölle beschränkt. Für deren Abbau im Zuge der Marktöffnung scheint das Liberalisierungskonzept des GATT mit einem generellen Verbot mengenmäßiger Beschränkungen, dem Verweis auf – bei digitalen Produkten nicht übliche – Zölle, deren Bindung in Zolllisten und ihre anschließende stetige Reduzierung aber nur bedingt geeignet. Entsprechend scheint das Liberalisierungskonzept des GATT in Bezug auf den Handel mit digitalen Produkten schon nicht passend.

Im Vergleich der Regelungen in GATT und GATS fällt allerdings auch auf, dass das Gebot der Inländerbehandlung und der Marktzugang im GATS nicht automatisch gelten, sondern von den Mitgliedern für sämtliche Dienstleistungssektoren jeweils individuell festgelegt werden kann, ob und wie weit ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistern Zugang zum nationalen Markt und eine Behandlung gewährt wird, die gleich günstig ist, wie die den gleichen nationalen Dienstleistungen und Dienstleistern gewährte Behandlung. In wesentlichen Punkten würden die Prinzipien der Nichtdiskriminierung und der offenen Märkte bei einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATS also nicht ohne Weiteres gelten.

Dieser Unterschied hat jedoch für die grundsätzliche Frage, ob die im GATS enthaltenen Vorschriften in Bezug auf das Prinzip der Nichtdiskriminierung und das Prinzip der offenen Märkte sinnvoll auf digitale Produkte angewendet werden können, keine Auswirkung. Vielmehr spiegelt er eine grundlegende Entscheidung

711 *Geneva Ministerial Conference*, Declaration on Global Electronic Commerce, Adopted on 20 May 1998, WT/MIN(98)/DEC/2, 1998.

wider, dass Mitglieder in Bezug auf den Handel mit Dienstleistungen zunächst mehr Freiheiten erhalten sollen, das Maß, in dem sie ihren nationalen Markt öffnen, zu bestimmen.⁷¹² Diese Entscheidung lässt sich damit begründen, dass Mitglieder in Bezug auf Dienstleistungen grundsätzlich nicht die Möglichkeit zur Erhebung von Zöllen zur – auch von der WTO grundsätzlich zugestandenen – Regulierung des nationalen Markts haben und stattdessen auf andere Beschränkungen beim Marktzugang oder der Inländerbehandlung zur Regulierung des nationalen Markts angewiesen sind.⁷¹³ Die Zuordnung digitaler Produkte allein wegen des höheren Liberalisierungsgrads zum GATT würde diese bewusste Entscheidung der Mitglieder jedoch ungeachtet des Hintergrunds des im GATS vorgesehenen Liberalisierungsmechanismus umgehen.

Insofern ist insbesondere zu berücksichtigen, dass – nach dem GATT legitime und gegenüber anderen handelsbeschränkenden Maßnahmen bevorzugte⁷¹⁴ – Zölle auf digitale Produkte bislang unüblich sind. Es ist zudem – anders als bei herkömmlichen Waren – äußerst fraglich, ob die Erhebung von Zöllen auf digitale Produkte überhaupt technisch und wirtschaftlich sinnvoll umsetzbar wäre.⁷¹⁵ Eine Zuordnung digitaler Produkte zum GATT würde einzelne Mitglieder – insbesondere diejenigen ohne wettbewerbsfähige digitale Industrie – aber wegen des grundsätzlichen Verbots anderer handelsbeschränkender Maßnahmen⁷¹⁶ dazu zwingen, im Wesentlichen auf Zölle zur Regulierung des nationalen Markts zurückzugreifen,⁷¹⁷ obwohl Zölle hierfür eigentlich kein realistisch geeignetes Mittel darstellen. Insofern würde also durch eine Zuordnung digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATT das von den Mitgliedern in den jeweiligen Übereinkommen sorgsam austarierte Verhältnis zwischen einerseits dem sich in der

712 Ohne diese Freiheit hätten viele Mitglieder dem GATS wohl nicht zugestimmt: *Krajewski/Engelke*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XVII GATS Rn. 10; WTO, Market Access: Unfinished Business, S. 99.

713 Vgl.: *Delimatsis/Molinuevo*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XVI GATS Rn. 7.

714 *Puth/Stranz*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 9. So auch ausdrücklich: WTO-Panel, Report v. 31.05.1999 – WT/DS34/R, *Turkey – Textiles* Rn. 9.63: „A basic principle of the GATT system is that tariffs are the preferred and acceptable form of protection.“

715 Siehe zuvor unter: E.I.2.b).

716 Siehe Art. XI:1 GATT.

717 Das Zollmoratorium kann insofern außer Acht gelassen werden, als dass sich die Mitglieder bislang nicht auf eine dauerhafte Vereinbarung einigen konnten und bislang auf eine regelmäßige Verlängerung angewiesen sind. Im Hinblick auf die jüngsten Bestrebungen einiger Mitglieder, das Zollmoratorium zu überdenken (vgl. *WTO General Council*, Work Programme on Electronic Commerce, The E-Commerce Moratorium: Scope and Impact, Communication from India and South Africa, WT/GC/W/798, 2020) bleibt jedoch abzuwarten, ob das Zollmoratorium auch in Zukunft noch regelmäßig verlängert werden wird.

Marktöffnung und der Nichtdiskriminierung widerspiegelndem grundsätzlichem Interesse der Mitglieder an einer stetigen Liberalisierung des weltweiten Waren- und Dienstleistungshandels und andererseits dem einer vollständigen Liberalisierung⁷¹⁸ entgegenstehendem Interesse der einzelnen Mitglieder an einer Regulierung des Zugangs ausländischer Waren und Dienstleistungen zu ihrem nationalen Markt zunichte gemacht. Ein solches Interesse einzelner Mitglieder zur Regulierung des Marktzugangs ausländischer Waren und Dienstleistungen kann sich beispielsweise aus dem Interesse am Aufbau neuer Industriezweige, die in ihrer Anfangsphase im Wettbewerb mit der internationalen Konkurrenz noch nicht mithalten können, dem Schutz bestehender Wirtschaftszweige, die für die Versorgung der Bevölkerung besonders wichtig sind, oder aber auch dem politischen Druck einzelner Wählergruppen, die um ihren Arbeitsplatz in international nicht wettbewerbsfähigen Industriezweigen fürchten, ergeben und steht einem uneingeschränkten Freihandel entgegen.⁷¹⁹

Im Vergleich zwischen den jeweiligen entsprechenden Regelungen im GATT und GATS fällt darüber hinaus aber auch noch ein weiterer Punkt auf, der dem bislang vertretenen Argument eines höheren Liberalisierungsniveaus im GATT⁷²⁰ entgegensteht. Im Vergleich zeigt sich, dass die der Umsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips und des Prinzips offener Märkte dienenden Regelungen im GATS nicht nur die Dienstleistung selbst, sondern stets auch den Dienstleister erfassen; vom GATT wird hingegen nur die Ware selbst erfasst, nicht jedoch der Waren-exporteur oder -hersteller. Maßnahmen, die nur an den Dienstleister anknüpfen, nicht jedoch an die Dienstleistung selbst, können damit – anders als unter dem GATT – ebenfalls unzulässig sein. Für den Handel mit digitalen Produkten kann dies unter anderem bei Maßnahmen relevant sein, die ausländischen Anbietern digitaler Produkte die Buchung von Serverkapazitäten im Inland untersagen, obwohl eine Speicherung auf nationalen Servern für eine flüssigere oder sicherere Übertragung des digitalen Produkts oder wegen zusätzlicher nationaler Bestimmungen erforderlich ist. Bestehen entsprechende Zugeständnisse in Bezug auf das digitale Produkt, wäre nach dem GATS danach auch die allein an den Anbieter anknüpfende Maßnahme unzulässig; das GATT enthält hingegen keine Regelung,

718 Auch innerhalb der WTO soll die Handelsliberalisierung nicht bedingungslos, sondern in „vernünftig erscheinenden Maßstäben“ vorangetrieben werden: *Göttsche*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 5 Rn. 39.

719 Siehe ausführlich zu verschiedenen Aspekten, die einem uneingeschränkten Freihandel entgegenstehen: *Lester/Mercurio et al.*, *World Trade Law*, 3. Aufl., 2018, S. 20 ff. Siehe insofern auch: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 487; *Tietje*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, A.II. Rn. 10 ff.

720 WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Submission by the United States, WT/GC/16, 1999, S. 5.

nach der solche Maßnahmen unmittelbar unzulässig wären. Allenfalls könnte insofern Art. III:4 GATT einschlägig sein, wonach Benachteiligungen importierter Waren gegenüber gleichartigen Waren nationalen Ursprungs in Bezug auf den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, die Beförderung, Verteilung oder Verwendung im Inland unzulässig sind. Allerdings wird auch hier nur an die Waren anknüpft, sodass zunächst ein Zusammenhang zwischen der an den Exporteur anknüpfenden Maßnahme und den Waren nachgewiesen werden müsste. Zudem ist fraglich, ob sich die Speicherung von Daten überhaupt einem der in Art. III:4 GATT genannten Bereiche zuordnen lässt. Unmittelbar ist eine Verbindung solcher Maßnahmen zu dem Verkauf, Angebot, Einkauf, der Beförderung, Verteilung oder Verwendung digitaler Produkte jedenfalls nicht ohne Weiteres auszumachen.

Eine zusätzliche Absicherung der von den Mitgliedern gemachten Zugeständnisse erfahren Dienstleistungserbringer, die für die Übertragung ihrer Dienstleistungen auf öffentliche Telekommunikationsnetze angewiesen sind, unter dem GATS zudem durch den Annex on Telecommunications.⁷²¹ Danach müssen die Mitglieder dafür Sorge tragen, dass ausländischen Dienstleistungsanbietern zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugang zu den nationalen öffentlichen Telekommunikationsnetzen gewährt wird⁷²² – unabhängig davon, ob diese von privater Hand oder öffentlich betrieben werden.⁷²³ Für digitale Produkte, die im Wesentlichen über das Internet übertragen werden, würde dieses Übereinkommen – vorausgesetzt digitale Produkte würden den Dienstleistungen zugeordnet werden – eine zusätzliche Absicherung der zu ihren Gunsten gemachten Zugeständnisse insbesondere in Bezug auf die Inländerbehandlung und den Marktzugang darstellen. Das GATT enthält keine vergleichbaren Regelungen, die die Nutzung nationaler Telekommunikationsinfrastruktur für die Übertragung der digitalen Produkte absichern könnte. Insbesondere verbietet Art. III:4 GATT nur staatliche Maßnahmen, die sich gegenüber nationalen gleichartigen Waren nachteilig auf den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, die Beförderung, Verteilung oder Verwendung im Inland auswirken. Art. III:4 GATT enthält jedoch keine Verpflichtung, die auch die Telekommunikationsanbieter selbst zur Verfügungstellung ihrer öffentlichen Netze verpflichten könnte.

In Bezug auf die Prinzipien der Nichtdiskriminierung und der offenen Märkte lässt sich danach zunächst festhalten, dass die jeweiligen Regelungen keine

721 So auch: *WTO General Council*, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Work Programme on Electronic Commerce, Communication from Indonesia and Singapore, WT/GC/W/247, 1999, Rn. 20.

722 Abs. 5 Annex on Telecommunications.

723 *Hernekamp*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 21 Rn. 24.

grundsätzlichen Hindernisse enthalten, die einer Anwendung auf digitale Produkte gänzlich entgegenstünden. Jedoch laufen insbesondere die im GATT enthaltenen Vorschriften, die die zunehmende Liberalisierung des Handels durch die Reduzierung von Zöllen verfolgen, bei digitalen Produkten leer. Es erscheint zudem nicht interessengerecht, die Mitglieder zur Regulierung des Markts mit digitalen Produkten durch Zuordnung dieser zum GATT allein auf insofern bislang wohl technisch und praktisch ungeeignete Zölle zu verweisen, wenn von beiden Übereinkommen die Liberalisierung ansonsten nicht uneingeschränkt verfolgt wird. Dagegen bieten einzelne Regelungen des GATS – die erforderlichen Zugeständnisse vorausgesetzt – ein höheres Liberalisierungs- und Schutzniveau, das den besonderen Aspekten des Handels mit digitalen Produkten über das Internet und den dafür erforderlichen technischen Voraussetzungen in einzelnen Punkten besser gerecht wird. All dies spricht also bis hier für eine Zuordnung digitaler Produkte zum GATS.

b) Prinzip der Souveränität

Das Souveränitätsprinzip lässt sich im GATT und GATS vor allem in den verschiedenen Ausnahmevorschriften, wie z.B. Art. XIX GATT (Notstandsmaßnahmen),⁷²⁴ Art. XX GATT und Art. XIV GATS (Allgemeine Ausnahmen) wiederfinden. Ebenfalls Ausdruck nationaler Souveränität sind die Regelungen im GATT (Art. XVI GATT) und im Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCMA)⁷²⁵ bezüglich der Gewährung von Subventionen, die Subventionen unter bestimmten Voraussetzungen⁷²⁶ erlauben.⁷²⁷ Im Gegensatz zum GATT hat das Souveränitätsprinzip zudem an prominenter Stelle Eingang in das GATS gefunden. Dort erkennen die Mitglieder in Abs. 4 der Präambel

724 Für das GATS haben sich die Mitglieder in Art. X GATS lediglich zu Verhandlungen über gemeinsame Regelungen für Maßnahmen bei Notstandslagen verpflichtet. Die Verhandlungen haben jedoch bis heute zu keinem finalen Ergebnis geführt, WTO negotiations on GATS rules, 2017, abrufbar im Internet unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_rules_negs_e.htm (zuletzt abgerufen am: 29.07.2020).

725 Das SCMA ist Bestandteil des Anhangs 1 A zum WTOA und ist daher für alle Mitglieder verbindlich.

726 Siehe hierzu näher: *Nowak*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 13 Rn. 4 ff.

727 Unter dem GATS bestehen keine vergleichbar konkreten Regelungen Subventionen betreffend. In Art. XV GATS haben sich die Mitglieder lediglich zu gemeinsamen Verhandlungen über entsprechende Regelungen und zu einer wohlwollenden Prüfung von Konsultationsersuchen anderer Mitglieder, die sich durch Subventionen beeinträchtigt fühlen, verpflichtet.

„[...] the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives [...]“⁷²⁸

an. Die Mitglieder haben dabei unter dem GATS eine besonders große Freiheit, ihre eigenen politischen Ziele zu verfolgen, indem sie sich entscheiden können, ob und inwieweit sie für die einzelnen Dienstleistungssektoren Zugeständnisse machen.⁷²⁹ Gleichzeitig sind viele Handelshemmnisse im Dienstleistungshandel, auf deren Beseitigung das GATS abzielt, oftmals nicht unmittelbar von handelspolitischen Erwägungen, sondern von anderen Erwägungen, wie dem Verbraucherschutz, der nationalen Sicherheit oder der Versorgungssicherheit getragen.⁷³⁰ Damit wird der Dienstleistungshandel auch weniger durch Maßnahmen direkt an der Grenze, sondern vielmehr durch innerstaatliche Gesetze und Regelungen betroffen, sodass bei entsprechenden Zugeständnissen das GATS auch einen wesentlich größeren Einfluss auf diese und damit auch auf die Souveränität der einzelnen Mitglieder hat.⁷³¹

Bei den digitalen Produkten unterscheiden sich die etwaigen Maßnahmen zugrunde liegenden nationalen politischen Interessen im Wesentlichen danach, ob es sich bei dem digitalen Produkt um audiovisuelle Medien oder aber um Software handelt.

728 Hervorhebungen durch den Autor.

729 Hestermeyer, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Preamble GATS Rn. 20.

730 Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 20 Rn. 12. Vgl. auch: WTO, Market Access: Unfinished Business, S. 97.

731 Hestermeyer, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Preamble GATS Rn. 20.

aa) Audiovisuelle digitale Produkte

Bei Maßnahmen in Bezug auf audiovisuelle digitale Produkte steht für viele Mitglieder vor allem der Schutz der eigenen Kulturindustrie, die letztlich Zeugnis von „Traditionen und Identität eines Landes“⁷³² ist, im Mittelpunkt.⁷³³ Wirtschaftliche Interessen sind insofern nicht zwangsläufig Anlass für Maßnahmen in diesem Bereich. Auch von den USA, die ansonsten vor allem aus wirtschaftspolitischen Interessen zugunsten ihrer einflussreichen Film- und Musikindustrie⁷³⁴ für eine Zuordnung digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATT wegen dessen höheren Liberalisierungsniveaus plädieren, wird die grundsätzliche Bedeutung dieser Industrie für die jeweiligen Mitglieder anerkannt. So haben die USA in einer Mitteilung an den GATS-Rat ausgeführt:

*„The United States wishes to join with the Secretariat in underscoring that audiovisual services reflect the social and cultural characteristics of a nation and its peoples, and in acknowledging the great social and political importance of these services – as a source of entertainment and education, as a means for helping to integrate a nation domestically, and in presenting to the rest of the world a nation’s unique identity.“*⁷³⁵

Hintergrund von Maßnahmen der Mitglieder in diesem Bereich ist entsprechend regelmäßig die Sorge, dass bei einer vollständigen Liberalisierung des Markts mit audiovisuellen Produkten, Erzeugnisse, die für einen möglichst breiten nationalen oder internationalen Markt in der Regel in englischer Sprache aufgrund von Skaleneffekten günstiger produziert werden können, nationale audiovisuelle Formate, die Ausdruck einer bestimmten nationalen Identität, Kultur und Geschichte sind, verdrängen könnten.⁷³⁶ Als mögliche Maßnahmen zur Förderung der natio-

732 Stellungnahme zum Grünbuch – Strategische Optionen für die Stärkung der Programmindustrie im Rahmen der audiovisuellen Politik der Europäischen Union, ABl. 1994 Nr. C 393/25. Siehe zur gesellschaftspolitischen Bedeutung audiovisueller Medien auch: Sucker, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 28 ff.

733 Vgl. Scharfe, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 29 Rn. 3.

734 Sucker, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 34; Wunsch-Vincent, The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, 2006, S. 108 f.

735 WTO Council for Trade in Services, Communication from United States, Audiovisual Services, S/C/W/78, 1998, S. 1.

736 Siehe hierzu ausführlich m.w.N.: Sucker, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 37 ff. Siehe auch zu den Wettbewerbsvorteilen der US-amerikanischen gegenüber der europäischen Filmindustrie: Scharfe, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 29 Rn. 8.

nen Kulturindustrie kommen neben der Erhebung von Zöllen auf die Trägermedien audiovisueller Produkte an der Grenze vor allem staatliche Beihilfen in Betracht; daneben können aber auch bestimmte Sendequoten für nationale Inhalte im Radio, Fernsehen oder Kino, sowie zusätzliche innerstaatliche Abgaben auf ausländische Produktionen in Betracht kommen.⁷³⁷ Zudem können aus kulturellen Gründen auch Koproduktionsabkommen mit anderen Ländern abgeschlossen werden, die einen gemeinsamen kulturellen Hintergrund haben; dadurch können auch ausländische Produktionen wie inländische behandelt werden und erhalten beispielsweise Zugang zu staatlichen Förderungen.⁷³⁸

Bei einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATT kommen bei solchen Handelshemmnissen vor allem Verstöße gegen die Inländerbehandlung in Art. III GATT,⁷³⁹ sowie gegen die Meistbegünstigungspflicht in Art. II GATT in Betracht. Gleichzeitig sieht das GATT aber auch verschiedene Regelungen vor, die zumindest einzelne solcher Handelshemmnisse rechtfertigen könnten. So erlaubt Art. III:10 i.V.m. Art. IV GATT für Kinofilme die Festlegung von Spielzeitkontingenten. Dabei ist jedoch umstritten, ob diese Ausnahme allein für Kinos gilt oder auch TV-Übertragungen hierunter fallen können.⁷⁴⁰ Radio und das bei digitalen audiovisuellen Produkten mittlerweile verbreitete Musik- und Video-Streaming werden von dieser Ausnahmegvorschrift jedoch auf jeden Fall nicht erfasst.⁷⁴¹ Allgemein können Maßnahmen über Spielzeitkontingente hinaus zum Schutz nationaler Kulturschätze von künstlerischem, historischem oder archäologischem Wert nach Art. XX lit. f) GATT gerechtfertigt sein. Diese Vorschrift wurde jedoch vor allem zur Vermeidung des Verlusts des Kulturerbes durch Export oder Zerstörung vereinbart,⁷⁴² sodass der Schutz der heimischen Kulturindustrie vor den Importen der im Wettbewerb überlegenen ausländischen Konkurrenz schon von der ursprünglichen Intention des Art. XX lit. f) GATT nicht erfasst wird. Darüber hinaus werden aktuelle Filme und Musik nur selten unter Art. XX

737 Siehe zu typischen Handelshemmnissen im Kulturbereich: *Scharfe*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 29 Rn. 9 ff.; *Voon*, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 19 ff. Zölle sind zumindest bei digitalen audiovisuellen Produkten bislang unüblich.

738 Siehe zu Koproduktionsabkommen auch: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 222 ff.

739 So auch für Sendequoten: *Hahn*, ZaöRV 1996, 315 (318 f.).

740 Siehe zur Diskussion insgesamt: *Voon*, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 94 ff. Ablehnend u.A.: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 188 f. (m.w.N.); befürwortend hingegen: *Ehring*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. IV GATT Rn. 13.

741 *Ehring*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. IV GATT Rn. 13.

742 *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 197. Vgl. auch: *Matz-Lück*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XX lit. f) GATT Rn. 3 ff.

lit. f) GATT fallen, müssen sie hierfür doch von besonderem, herausragenden künstlerischem Wert sein.⁷⁴³ Ebenso wenig lassen sich Koproduktionsabkommen unter Berufung auf Art. XX lit. f) GATT rechtfertigen, da durch diese wegen der länderübergreifenden Zusammenarbeit keine nationalen Kulturgüter geschützt werden.⁷⁴⁴ Entsprechend sind die vorhandenen Ausnahme-Regelungen im GATT nur in wenigen Fällen geeignet, dem Bedürfnis der Mitglieder, ihre eigene nationale Kulturgüterindustrie zu schützen und zu fördern, Rechnung zu tragen.

Allein Subventionen für digitale audiovisuelle Produkte⁷⁴⁵ können – bei einer Zuordnung solcher Produkte zu den Waren – unter die allgemein gültigen Vorschriften bzgl. Subventionen in Art. III:8 lit. b), XVI GATT und im SCMA fallen und danach unter bestimmten Umständen zulässig sein. Diese Regelungen erfassen jedoch keine Koproduktionsabkommen mit anderen Mitgliedern, im Rahmen derer auch ausländischen Produktionen Subventionen gewährt werden,⁷⁴⁶ sodass die aufgrund solcher Koproduktionsabkommen zur kulturellen Zusammenarbeit ausländischen Kulturschaffenden bestimmter Herkunft gewährten Subventionen bei einer Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum GATT in der Regel gegen Art. I:1 GATT verstoßen würden.⁷⁴⁷

Grundsätzlich tragen die Regelungen im GATT bezüglich Subventionen und das SCMA zum einen dem Umstand Rechnung, dass Mitglieder mit Subventionen in Ausübung ihrer Souveränität eigene Ziele verfolgen wollen und legen zeitgleich Regelungen fest, um zu vermeiden, dass die Ausübung staatlicher Souveränität in Form von Subventionen zu Lasten anderer Mitglieder zu stark wettbewerbsverzerrend wirkt.⁷⁴⁸ Zudem sieht das SCMA mit dem multilateralen Track II-

743 Sucker, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 198; Voon, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 105.

744 Voon, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 105.

745 Dazu können auch Subventionen für die Herstellung des digitalen audiovisuellen Produktes, wie bspw. für die Erstellung des Drehbuchs, zählen, vgl.: Hahn, ZaöRV 1996, 315 (337).

746 So gilt Art. III:8 lit. b) GATT ausdrücklich nur für Zahlungen, die ausschließlich an „domestic producers“ gewährt werden, und Art. 1.1 lit. (a)(1) SCMA definiert Subventionen als Zahlungen, die innerhalb des Gebiets eines Mitglieds geleistet werden. Art. XVI:1 GATT erfasst nur Subventionen, durch die ein Mitglied Exporte aus seinem Gebiet steigern oder Importe in sein Gebiet reduzieren möchte.

747 Anders jedoch Hahn, der allerdings nicht den nationalen Bezug der jeweiligen Vorschriften, die Subventionen ausnahmsweise erlauben, berücksichtigt: Hahn, ZaöRV 1996, 315 (340).

748 Adamantopoulos, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade Remedies, Art. 1 SCMA Rn. 1.

Verfahren,⁷⁴⁹ das auf die Aufhebung oder die Beseitigung der nachteiligen Auswirkungen der Subvention zielt, und dem unilateralen Track I-Verfahren⁷⁵⁰ zur Erhebung von Ausgleichszöllen, verbindliche Regelungen⁷⁵¹ für Reaktionen auf nach dem SCMA verbotene⁷⁵² oder anfechtbare⁷⁵³ Subventionen vor. In Bezug auf Subventionen würde eine Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zu den Waren also den Mitgliedern durchaus ermöglichen, die eigene Kulturindustrie – nicht jedoch die kulturelle Zusammenarbeit mit anderen Ländern – mit Beihilfen zu fördern und gleichzeitig aber auch die durch solche Beihilfen möglicherweise beeinträchtigten Interessen anderer Mitglieder berücksichtigen. Eine Zuordnung zu den Waren würde also den Vorteil bereits bestehender verbindlicher Regelungen über Subventionen, die einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen verfolgen, mit sich bringen, wenngleich dadurch auch die Souveränität der Mitglieder insofern eingeschränkt wird.

Im Vergleich dazu enthält das GATS keine spezifisch kulturelevanten Regelungen. Stattdessen können die Mitglieder innerhalb ihrer Listen von vornherein selbst entscheiden, ob und wie weit sie Zugeständnisse machen. Auch in Bezug auf die grundsätzlich allgemein geltende Meistbegünstigungspflicht haben die Mitglieder die Möglichkeit, Ausnahmen hiervon einzutragen.⁷⁵⁴ Typischerweise der Stärkung, Förderung oder dem Schutz der nationalen Kulturgüterindustrie dienende Maßnahmen können also bei einer Zuordnung digitaler audiovisueller Produkte zum GATS prinzipiell wesentlich freier erlassen werden, sodass das GATS den Mitgliedern generell ein höheres Maß an Flexibilität bei der Ausübung ihrer Souveränität in Bezug auf die Verfolgung kulturpolitischer Ziele ermöglicht.⁷⁵⁵ Während die Mitglieder bei einer Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zu den Waren von vorne herein nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen die Möglichkeit zu kulturpolitisch motivierten Förder- und Schutzmaßnahmen haben, besteht bei einer Zuordnung zum GATS die Möglichkeit, solche Interessen weitestgehend ungehindert zu verfolgen. Eine Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATS würde also der Souveränität der

749 Art. 4, 7 SCMA.

750 Art. 10 ff. SCMA.

751 Siehe hierzu ausführlich: *Nowak*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 13 Rn. 17 ff.; *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, B.I.12. Rn. 100 ff.

752 Art. 3 SCMA. Hierbei handelt es sich um Subventionen, die an die Ausfuhrleistung anknüpfen, oder die von der Verwendung nationaler Materialien statt importierter Materialien abhängen.

753 Art. 5 SCMA. Hierbei handelt es sich um Subventionen, die nachteilige Auswirkungen auf die Interessen anderer Mitglieder haben, bspw. indem ein inländischer Wirtschaftszweig durch die Subvention geschädigt wird.

754 Art. II:2 GATS.

755 *Voon*, *Cultural Products and the World Trade Organization*, 2007, S. 110.

Mitglieder im kulturpolitischen Bereich wesentlich mehr dienen als eine Zuordnung zum GATT.

Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass nach dem GATS einmal gemachte Zugeständnisse nur schwer wieder rückgängig gemacht werden können. Zwar haben Mitglieder bei schwerwiegenden Veränderungen infolge gemachter Zugeständnisse nach Art. X:2 GATS bereits nach einem Jahr nach den gemachten Zugeständnissen die Möglichkeit, gemachte Zugeständnisse zu ändern oder wieder aufzuheben. Dafür müssen sich die schwerwiegenden Veränderungen aber schnell zeigen und hängen damit letztlich schon mit den gemachten Zugeständnissen im Zeitpunkt von deren Inkrafttreten zusammen. Zukünftige Veränderungen im Kultursektor, beispielsweise in Form neuer Angebots- und Vertriebsformate, können dadurch also nicht abgedeckt werden. Allgemein haben die Mitglieder darüber hinaus nach Ablauf von drei Jahren ab Inkrafttreten der gemachten Zugeständnisse aber auch noch die Möglichkeit, die Zugeständnisse nach Art. XXI:1 lit. a) GATS zu ändern oder aufzuheben. Andere Mitglieder, die durch die geplante Änderung oder Aufhebung betroffen sein können, können jedoch in Verhandlungen mit dem ändernden Mitglied treten, um Ausgleichsmaßnahmen zu vereinbaren. Diese sollen möglichst das Liberalisierungsniveau erhalten, das vor der Änderung oder Aufhebung bestand.⁷⁵⁶ Eine Änderung oder Aufhebung gemachter Zugeständnisse ist daher in der Regel wirtschaftlich wenig sinnvoll.⁷⁵⁷ Mangels zusätzlicher kulturrelevanter Ausnahmenvorschriften im GATS haben die Mitglieder daher bei einmal gemachten Zugeständnissen häufig keine Möglichkeit mehr, auf unvorhergesehene Entwicklungen im Kultursektor zu reagieren.⁷⁵⁸ In Anbetracht des für die eigene nationale Identität bedeutenden Kultursektors erscheint es daher aus Vorsichtsgründen sinnvoll, keine umfassenden Zugeständnisse zu machen, die später nur schwer wieder rückgängig gemacht werden können. Entsprechend haben bislang auch erst 40 Mitglieder, also weniger als ein Viertel aller Mitglieder, überhaupt Zugeständnisse im Bereich audiovisueller Dienstleistungen gemacht.⁷⁵⁹ Bei einer Zuordnung audiovisueller digitaler Pro-

756 Art. XXI:2 lit. a) GATS.

757 *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 220.

758 Vgl. *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 220.

759 Eine Übersicht über die gemachten Zugeständnisse lässt sich auf folgender Seite abrufen: <http://i-tip.wto.org/services/Search.aspx> (zuletzt abgerufen am: 17.08.2020).

dukte zum GATS steht das grundsätzliche Nichtvorhandensein kultur-spezifischer Ausnahmegesetze⁷⁶⁰ einer weiteren Liberalisierung in dem für viele Mitglieder besonders sensiblen Kulturbereich also gewissermaßen entgegen.

Zumindest solange keine oder nur begrenzte Zugeständnisse im Bereich audiovisueller Dienstleistungen gemacht wurden, würde eine Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum GATS die Souveränität der Mitglieder in diesem Bereich aber durchaus erhalten. Gleichzeitig bringt eine solche Zuordnung zum GATS aber auch den Nachteil mit sich, dass den im GATT teilweise vorhandenen Regelungen, die einen Ausgleich zwischen nationalen Interessen im Kulturbereich und den Interessen anderer Mitglieder an einer Liberalisierung des Handels mit solchen Produkten verfolgen, vergleichbare Regelungen im GATS nicht vorhanden sind. Die Mitglieder können daher eigene Interessen mehr oder wenig beliebig zulasten anderer Mitglieder verfolgen, soweit sie keine entsprechenden Zugeständnisse gemacht haben.

Doch trotz dieser bestehenden Nachteile auch bei einer Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATS erscheint eine Zuordnung zum GATS zur weiteren Ermöglichung üblicher Schutz- und Fördermaßnahmen im Kulturbereich als die zufriedenstellendere Lösung. Das GATT erlaubt insofern im Wesentlichen lediglich die Gewährung von Subventionen, wobei auch hier der Zusammenarbeit mit einzelnen anderen Mitgliedern mit einem gleichen kulturellen Hintergrund die Meistbegünstigungspflicht im Weg steht; darüber hinaus sind nur noch praktisch mittlerweile wenig bedeutende⁷⁶¹ Spielzeitkontingente in Kinos vom GATT erfasst. Eine Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum GATT würde also dazu führen, dass viele Maßnahmen in Ausübung staatlicher Souveränität zur Verfolgung kulturpolitischer Interessen in diesem Bereich mangels ausreichender und für bei digitalen audiovisuellen Produkten verbreitete Vertriebsformen geltende Ausnahmegesetze unzulässig wären. Die vorhandenen Ausnahmegesetze erscheinen jedenfalls nicht geeignet, den kulturpolitischen Interessen der Mitglieder ausreichend Rechnung zu tragen. Dies trägt umso schwerer, als dass bei digitalen audiovisuellen Produkten – anders als bei den auf einem analogen Trägermedium übermittelten audiovisuellen Produkten – auch die Erhebung von Zöllen als Mittel zum Schutz und zur Förderung der nationalen Kulturgüterindustrie nicht in Betracht kommt. Solange aber kein Konsens über gemeinsame Regelungen besteht, die die kulturpolitischen Interessen der Mitglieder und das Interesse der jeweils anderen Mitglieder an einer Liberalisierung des

760 Siehe zur Idee der Einführung einer kulturspezifischen Ausnahmegesetz: *Voon*, UCLA En. L. Rev. 1/2007, 1 (26 f.).

761 *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 189.

Handels mit solchen Produkten in Einklang bringen, erscheint es nicht interessengerecht, die Mitglieder in der Verfolgung kulturpolitischer Interessen durch eine Zuordnung audiovisueller digitaler Produkte zum GATT erheblich einzuschränken. Eine Zuordnung solcher Produkte zum GATS stünde der Aufrechterhaltung solcher Maßnahmen – soweit keine anderweitigen Zugeständnisse gemacht wurden – hingegen nicht entgegen. Die Mitglieder haben also bei einer Zuordnung zum GATS die Möglichkeit, weiterhin eigene kulturpolitische Interessen zu verfolgen, bis sie eine Einigung über gemeinsame Regelungen in diesem Bereich insgesamt, die allen betroffenen Interessen Rechnung tragen, gefunden haben.

bb) Digitale Software

Allgemein lässt sich Software als eine Zusammenstellung von Befehlen, die erforderlich sind, damit Computer funktionieren und kommunizieren können, beschreiben.⁷⁶² Dabei erfüllt Software diese Aufgabe nicht mehr bloß in herkömmlichen Computern, sondern fügt auch gewöhnlichen Gegenständen im Rahmen des IoT „intelligente“ Funktionen hinzu und lässt diese untereinander kommunizieren.⁷⁶³ Auf diese Weise erhält Software immer mehr Eingang in eine Vielzahl privater und wirtschaftlicher Lebensbereiche.⁷⁶⁴ Daraus ergeben sich aber auch verschiedene Risiken, auf deren Vermeidung Maßnahmen in Bezug auf Software zielen können. In Anbetracht der Anbindung eines Großteils der Computer und des IoT an das Internet und den damit möglichen Zugriff auf persönliche Daten beispielsweise durch Hacker spielen Sicherheits- und Verbraucherschutzaspekte eine wichtige Rolle.⁷⁶⁵ Gleichzeitig sammeln viele dieser Geräte auch Daten über ihre Nutzer und senden diese bestimmungsgemäß an externe Server zur Auswertung; insofern kann also auch der Schutz der Privatsphäre eine wichtige Rolle bei Maßnahmen bezogen auf die Software, die solche Datenübertragungen steuert und ermöglicht, spielen.⁷⁶⁶ Maßnahmen zur Verfolgung dieser Interessen können sich in konkreten Sicherheitsanforderungen, aber auch in Maßnahmen, die regeln,

762 UN, Provisional central product classification, 1991, S. 237 (dort zu CPC prov. 842).

763 Vgl. *Chander*, WTR S1/2019, 9 (10).

764 Siehe für verschiedene Anwendungs-Beispiele: *U.S. Government Accountability Office*, Internet of Things, 2017, S. 62 ff.

765 Vgl. allgemein zum IoT ohne ausdrücklichen Bezug explizit zu Software: *Chander*, WTR S1/2019, 9 (12-13). Siehe für konkrete Beispiele solcher Hacker-Angriffe: *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, Com(2020) 64 final, 2020, S. 6 f.

766 *Chander*, WTR S1/2019, 9 (12-13). Insgesamt vergleichbare Hintergründe von Maßnahmen im Bereich des E-Commerce beschreibt auch: *Tuthill*, DigiWorld Econ. J. 107/2017, 95 (99).

ob und welche Daten die Software sammeln darf und ob diese an Server in Drittländern übermittelt werden dürfen⁷⁶⁷ niederschlagen. In den meisten Fällen, in denen Software Daten sammelt, übermittelt und auswertet, wird dies jedoch Gegenstand anderer übergeordneter Dienstleistungen⁷⁶⁸ sein, in denen die Software dann erst die eigentliche Dienstleistung ermöglicht; insoweit findet dann jedoch ohnehin das GATS Anwendung.

In den Fällen, in denen bestimmte Maßnahmen unmittelbar an die Software selbst anknüpfen sollen, indem sie bestimmte Sicherheitsstandards zum Schutz anderer Rechtsgüter vorgeben, die die Software erfüllen muss, ist das Recht der Mitglieder, Maßnahmen zum Schutz solcher Rechtsgüter zu erlassen, allgemein anerkannt.⁷⁶⁹ Das Recht, den Schutz bestimmter Rechtsgüter zu verfolgen und das Schutzniveau selbst festzulegen, ist letztlich Ausdruck grundsätzlich zugestandener staatlicher Souveränität.⁷⁷⁰ Anders als bei den audiovisuellen digitalen Produkten kann der Schutz bestimmter Rechtsgüter dabei grundsätzlich auch ohne protektionistische Maßnahmen auskommen. Gleichwohl besteht aber insofern immer auch die Gefahr eines versteckten Protektionismus in Form von Sicherheitsstandards, die aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Gründe von ausländischen Anbietern nur schwer eingehalten werden können; die mit den Sicherheitsstandards verfolgten Ziele werden von den Mitgliedern dann nur als Vorwand genutzt.⁷⁷¹

Für Waren haben sich die Mitglieder in Bezug auf technische Vorschriften und Standards⁷⁷² auf gemeinsame Regelungen einigen können, die diesem Risiko entgegenwirken sollen und diese in einem eigenen Übereinkommen, dem TBT festgehalten. Danach müssen technische Vorschriften und Standards in jedem Fall Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung berücksichtigen (Art. 2.1 TBT). Zudem dürfen technische Vorschriften und Standards den Handel

767 Zum Schutz der Privatsphäre durch Regelungen zur Datenlokalisierung: *Meltzer*, WTR S1/2019, 23-48 (36).

768 In Frage können insofern u.a. die Subsektoren der *Data processing services* (1. B. c. SSCL) und der *Data base services* (1. B. d. SSCL) kommen.

769 *Tietje*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 1 (unter Verweis auf Abs. 6 der Präambel zum Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)).

770 *Koebele*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Technical Barriers and SPS Measures, Preamble TBT Rn. 13.

771 *Jessen*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 18 Rn. 5; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 2.

772 Dabei handelt es sich um rechtlich verbindliche (technische Vorschriften) bzw. unverbindliche (technische Standards) Dokumente, die bestimmte Produktmerkmale oder Produktionsmethoden vorgeben (Nr. 1, 2 Annex 1 zum TBT). Siehe ausführlich zu diesen Begriffen auch: *Tietje*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 25 ff.

nicht stärker beeinträchtigen, als dies zur Verfolgung legitimer Ziele notwendig ist (Art. 2.2 TBT). Zwar wird insbesondere der Schutz der Privatsphäre im TBT nicht als legitimes Ziel aufgezählt,⁷⁷³ allerdings sind die dort aufgezählten legitimen Ziele auch nicht abschließend,⁷⁷⁴ sodass der Schutz der Privatsphäre durchaus ein vom TBT anerkanntes legitimes Ziel technischer Vorschriften und Standards darstellen kann. Gleichzeitig sollen die Mitglieder ihre eigenen technischen Vorschriften und Standards aber auch mit bestehenden internationalen entsprechenden Standards abstimmen und diese soweit möglich auch nutzen (Art. 2.4 TBT), um so auf lange Sicht insgesamt eine weitestgehende Harmonisierung technischer Vorschriften und Standards zu erreichen.⁷⁷⁵ Zudem verpflichten die Art. 2.9 ff. TBT die Mitglieder dazu, andere Mitglieder frühzeitig über geplante technische Standards, die sich empfindlich auf den Handel anderer Mitglieder auswirken können, zu informieren und diesen die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Darüber hinaus sind Mitglieder verpflichtet, nationale Auskunftsstellen zu errichten, die anderen Mitgliedern und Wirtschaftsbeteiligten anderer Mitglieder Fragen im Bereich technischer Vorschriften und Standards beantworten und entsprechende Dokumente zur Verfügung stellen können (Art. 10 TBT). Insgesamt stellt das TBT damit schon ein umfassendes Regelwerk⁷⁷⁶ dar, das typische Risiken in Bezug auf technische Vorschriften und Standards zu vermeiden sucht und gleichzeitig auf eine fortschreitende Harmonisierung gerichtet ist. Eine Zuordnung digitaler Software zu den Waren würde also den Vorteil mit sich bringen, dass der Gefahr eines versteckten Protektionismus durch vorgeschobene andere mit der Maßnahme verfolgte Ziele mit dem TBT verbindlich entgegengewirkt werden kann. Zudem bestünde mit dem TBT ein fester Rahmen, innerhalb dessen auf gemeinsame Standards hingewirkt werden kann.

Das GATS enthält bislang keine vergleichbar umfassenden Regelungen. In Art. VI:4 GATS haben sich die Mitglieder lediglich zur Ausarbeitung entsprechender Regelungen verpflichtet; bis heute ist allerdings kein endgültiges Ergebnis erzielt worden.⁷⁷⁷ Bis ein gemeinsames Ergebnis erzielt wird, gelten zwar auch

773 Genannt werden in Art. 2.2 S. 3 TBT u.a. die Verhinderung betrügerischer Praktiken oder der Schutz menschlicher Gesundheit und Sicherheit.

774 Vgl. Art. 2.2 S. 3 TBT: „*Such legitimate objectives are, inter alia [...]*“ (Hervorhebungen durch den Autor). Siehe auch mit Nennung weiterer legitimer Ziele (darunter u.a. Verbraucherschutz und ein fairer Wettbewerb): *Tamiotti*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Technical Barriers and SPS Measures, Art. 2 TBT Rn. 21.

775 *Jessen*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 18 Rn. 21.

776 *Tietje*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.5. Rn. 148.

777 WTO, Services – WTO negotiations on domestic regulation disciplines, 2020, abrufbar im Internet unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/dom_reg_negs_e.htm (zuletzt abgerufen am: 04.08.2020).

für technische Normen in Bezug auf Dienstleistungen, durch die Zugeständnisse beeinträchtigt oder zunichtegemacht werden, gewisse Voraussetzungen, die solche Normen erfüllen müssen, um zulässig zu sein. Danach müssen technische Normen u.a. auf objektiven und transparenten Kriterien beruhen, dürfen nicht belastender sein, als zur Gewährung der Qualität der Dienstleistung erforderlich, und dürfen zum Zeitpunkt des Zugeständnisses noch nicht absehbar gewesen sein (Art. VI:5 GATS), dürfen also erst nach dem Zugeständnis eingeführt worden sein.⁷⁷⁸ Diese grundlegenden Pflichten kommen den im TBT enthaltenen Regelungen – insbesondere zur Transparenz und Offenlegung entsprechender technischer Standards – jedoch nicht annähernd gleich und können so auch nicht vergleichbar den potentiell handelsbeeinträchtigenden Auswirkungen technischer Standards im Dienstleistungsbereich entgegen wirken.

Soweit sich die Ausübung staatlicher Souveränität bezogen auf Software also darin erschöpft, Standards für die Verfolgung legitimer Ziele – wie insbesondere den Schutz der Privatsphäre, den Verbraucherschutz oder aber auch den Schutz vor Hackerangriffen – festzulegen, stehen dem zwar sowohl die Warenübereinkommen in Anhang 1 A zum WTOA als auch das GATS prinzipiell nicht entgegen. Wegen des Risikos, dass sich hinter dem Vorwand der Verfolgung solcher Ziele immer wieder auch protektionistische Interessen verbergen können, erscheint das TBT mit seinen umfassenden Regelungen, die auf die Vermeidung nicht notwendiger handelsbeeinträchtigender Auswirkungen entsprechender Maßnahmen gerichtet sind, aber wesentlich vorteilhafter.

Über die zuvor dargestellten, grundsätzlich nicht protektionistischen Interessen hinaus, können Maßnahmen, wie insbesondere die Gewährung von Subventionen, aber auch auf die Verfolgung industrie- bzw. wirtschaftspolitischer Ziele gerichtet sein. Insoweit bietet auch das SCMA in dem TBT vergleichbarer Weise bereits ausgereifte Regelungen, die – wie bereits zuvor dargestellt⁷⁷⁹ – einen Rechtsrahmen bieten, der zwar Subventionen auch zur Förderung der nationalen Software-Industrie zuließe, gleichzeitig aber versucht, zu stark wettbewerbsverzerrende Auswirkungen zu vermeiden.

Bei einer Zuordnung von digitaler Software zu den Waren könnte damit, insbesondere in Anbetracht des TBT und des SCMA, also auf einen bestehenden Rechtsrahmen aufgebaut werden, der die verschiedenen im Raum stehenden Interessen der Mitglieder in vielen Bereichen in einen angemessenen Ausgleich bringt. Gleichzeitig gilt es aber auch hier zu beachten, dass Mitglieder vom GATT zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Interessen ansonsten grundsätzlich auf die

⁷⁷⁸ *Krajewski*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. VI GATS Rn. 69.

⁷⁷⁹ Siehe unter: E.I.3.b)aa).

Erhebung von Zöllen verwiesen werden, die jedoch auch bei digital übertragener Software unter tatsächlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht oder nicht sinnvoll möglich ist, sodass ihnen insofern neben Subventionen bei einer Anwendung des GATT auf digitale Software keine Möglichkeiten zum Schutz und zur Förderung der eigenen Software-Industrie mehr blieben.

In Bezug auf digitale Software ergibt sich damit ein gemischtes Bild für die Zuordnung zu einem der beiden Übereinkommen unter Souveränitätsgesichtspunkten. Soweit es bei Software-bezogenen Maßnahmen um die Verfolgung besonderer Interessen, wie den Schutz der Privatsphäre oder den Schutz vor Hackerangriffen geht, bietet eine Zuordnung zu den Waren den Vorteil, dass solche Maßnahmen zwar ermöglicht werden, gleichzeitig aber einem versteckten Protektionismus im Widerspruch zu eingegangenen Verpflichtungen entgegengewirkt werden kann. Auch für Subventionen würde das SCMA bei einer solchen Zuordnung digitaler Software zu den Waren Regelungen vorhalten, die auf einen angemessenen Ausgleich zwischen einerseits Schutz- und Förderinteressen und andererseits dem Interesse der anderen Mitglieder an einem möglichst freien Wettbewerb gerichtet sind. Für eine Zuordnung digitaler Software zu den Dienstleistungen und damit zum GATS spricht hingegen, dass das grundsätzlich im GATT vorgesehene Mittel der Wahl für protektionistische Maßnahmen zum Aufbau und zur Förderung einer eigenen Software-Industrie, nämlich die Erhebung von Zöllen, für digitale Software nicht effektiv anwendbar ist. Unter dem GATS hätten Mitglieder dabei grundsätzlich weitreichendere Möglichkeiten, entsprechende Maßnahmen zu erlassen.

c) Prinzip der Solidarität mit den Entwicklungsländern

Im GATT findet sich das Prinzip der Solidarität mit den Entwicklungsländern im Wesentlichen in Art. XVIII GATT und in Teil IV des GATT wieder.⁷⁸⁰ Art. XVIII GATT enthält dabei verschiedene Ausnahmen von den nach dem GATT grundsätzlich bestehenden Pflichten. Unterschieden wird dabei in Bezug auf die Zulässigkeit solcher Ausnahmen zwischen

„a) [...] a contracting party, the economy of which can only support low standards of living and is in the early stages of development [...]“⁷⁸¹

und

780 Berrisch, in: Priëß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 307; Senti/Hilpold, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 603.

781 Art. XVIII:4 lit. a) GATT.

*„b) A contracting party, the economy of which is in the process of development, but which does not come within the scope of subparagraph (a) above [...]“.*⁷⁸²

In den Anfangsstadien der Entwicklung befindet sich eine Wirtschaft dabei auch, wenn das Mitglied seine Wirtschaft anfängt zu industrialisieren, um eine zu starke Abhängigkeit von der Rohstoffproduktion zu beseitigen.⁷⁸³ Mitgliedern steht es dabei frei, sich selbst einer dieser beiden Kategorien zuzuordnen und entsprechende Ausnahmen in Anspruch zu nehmen; empfinden andere Mitglieder die Inanspruchnahme solcher Ausnahmenvorschriften als ungerechtfertigt, können sie diese jedoch anfechten,⁷⁸⁴ wobei dann letztlich auch die Zuordnung des Mitglieds zu einer der Kategorien zu überprüfen ist.

Mitglieder, die in Kategorie a) fallen, dürfen danach Zollzugeständnisse aufheben oder zurücknehmen,

*„[...] in order to promote the establishment of a particular industry with a view to raising the general standard of living of its people [...]“.*⁷⁸⁵

Zudem dürfen Mitglieder der Kategorie a) nach Art. XVIII:8 ff. GATT mengenmäßige Beschränkungen zum Schutz ihrer Zahlungsbilanz einführen; Hintergrund hierfür sind potentielle Zahlungsbilanzschwierigkeiten, die sich unter anderem aus den Bemühungen dieser Mitglieder „[...] to expand their internal markets [...]“⁷⁸⁶ ergeben können. Im Wesentlichen gleicht diese Ausnahme aber der generell für alle Mitglieder geltenden Ausnahmenvorschrift in Art. XII GATT.⁷⁸⁷

Darüber hinaus sind Mitglieder der Kategorie a) nach Art. XVIII:13 ff. GATT berechtigt, zum Aufbau ihrer Wirtschaft andere als die zuvor genannten Maßnahmen zu ergreifen, müssen hierfür jedoch die Ministerkonferenz⁷⁸⁸ konsultieren und deren Entscheidung über die Notwendigkeit der beabsichtigten Maßnahme abwarten⁷⁸⁹ bzw. die Zustimmung der von der Maßnahme betroffenen Mitglieder einholen.⁷⁹⁰ Vergleichbar dürfen auch Mitglieder der Kategorie b) Maßnahmen, die sich nicht in der Aufhebung oder Änderung von Zollzugeständnissen oder

782 Art. XVIII:4 lit. b) GATT.

783 Annex I zu Art. XVIII GATT.

784 *Jessen*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. XVIII GATT Rn. 16.

785 Art. XVIII:7 lit. a) GATT.

786 Art. XVIII:8 GATT.

787 Siehe insofern auch die Gegenüberstellung bei: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 607.

788 Zwischen den Treffen der Ministerkonferenz nimmt der Allgemeine Rat deren Aufgaben wahr, Art. IV:2 WTOA.

789 Art. XVIII:14 ff. GATT.

790 Art. XVIII:18 GATT.

zahlungsbilanzbezogenen mengenmäßigen Beschränkungen erschöpfen, zum Aufbau eines Wirtschaftszweigs einführen, sind hierfür jedoch zwingend auf die Zustimmung der Ministerkonferenz angewiesen.⁷⁹¹

Während es sich bei den zuvor genannten Sonderregelungen zugunsten von Entwicklungsländern um rechtlich bindende Regelungen handelt, enthält Teil IV des GATT mit Art. XXXVI:8 GATT lediglich eine einzige verbindliche Bestimmung.⁷⁹² Danach sind Mitglieder verpflichtet, bei Verhandlungen mit Entwicklungsländern über Zollzugeständnisse auf den Grundsatz der Reziprozität in Ausnahme von Art. XXVIII bis:1 GATT zu verzichten. Soweit es den Mitgliedern irgend möglich ist, „[...] *that is, except when compelling reasons, which may include legal reasons, make it impossible* [...]“,⁷⁹³ sollen sie zudem u.a. Handelschranken für Waren, deren Ausfuhr für Entwicklungsländer wichtig ist, bevorzugt abbauen und von unangemessenen Zolleskalationen absehen,⁷⁹⁴ sowie von der Einführung oder effektiveren Gestaltung von Handelshemmnissen auf Waren der Entwicklungsländer absehen.⁷⁹⁵ Teil IV des GATT nimmt aber vor allem die Industriestaaten zur Förderung der Entwicklungsländer in die Pflicht, ohne den Entwicklungsländern – vergleichbar zu Art. XVIII GATT – besondere Rechte zu gewähren, mit denen sie selbst aktiv ihre eigene Wirtschaft schützen oder fördern können.

Außerhalb des GATT erhalten die Entwicklungsländer zudem u.a.⁷⁹⁶ im SCMA besondere zusätzliche Rechte für warenbezogene Maßnahmen. Dabei sind die Mitglieder der Erkenntnis gefolgt, dass Subventionen in den Wirtschaftsentwicklungsprogrammen der Entwicklungsländer eine wichtige Rolle spielen können.⁷⁹⁷ Danach werden Entwicklungsländern in Ausnahme von Art. 3.1 lit. a) SCMA auch Exportsubventionen zugestanden.⁷⁹⁸ Die ursprünglich ebenfalls vorgese-

791 Art. XVIII:22 f. GATT.

792 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, B.I.1. Rn. 312; *Jessen*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 26 Rn. 24; *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 617.

793 Art. XXXVII:1 GATT.

794 Art. XXXVII:1 lit. a) GATT.

795 Art. XXXVII:1 lit. b) GATT.

796 Siehe zu den Sonderbestimmungen in den Zusatzabkommen insgesamt: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 621 ff.

797 Art. 27.1 SCMA.

798 Art. 27.2 SCMA. Zu beachten ist die Unterscheidung zwischen den am wenigsten entwickelten Entwicklungsländern und den übrigen Entwicklungsländern, für die die Ausnahme zeitlich begrenzt ist (Art. 27.4 SCMA).

hene Ausnahme vom Verbot von Subventionen, die an die Verwendung nationaler statt importierter Materialien anknüpfen (Art. 3.1 lit. b) SCMA), ist hingegen mittlerweile ausgelaufen.⁷⁹⁹

In Bezug auf Sonderregelungen für Entwicklungsländer im Dienstleistungsbereich lassen sich hingegen im GATS kaum Sonderregelungen finden.⁸⁰⁰ Zwar haben die Mitglieder die besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer explizit in die Präambel zum GATS – anders als im GATT – mit aufgenommen. So wird dort das besondere Bedürfnis der Entwicklungsländer anerkannt, wegen der „[...] *asymmetries existing with respect to the degree of development of services regulations in different countries* [...]“⁸⁰¹ von dem Recht aller Mitglieder, zur Erreichung nationaler politischer Ziele den Dienstleistungsmarkt zu regeln und neue Vorschriften hierfür einzuführen, Gebrauch zu machen. Zudem haben die Mitglieder das Ziel einer „[...] *increasing participation of developing countries in trade in services and the expansion of their service exports*“, das sie „*inter alia, through the strengthening of their domestic services capacity and its efficiency and competitiveness*“⁸⁰² erreichen wollen, mit in die Präambel aufgenommen.

Allerdings verfolgt das GATS – im Unterschied zum GATT – diese Ziele im Wesentlichen nicht durch eine im Vergleich zu den Industrieländern besondere Behandlung der Entwicklungsländer in Bezug auf bestehende Rechte und Pflichten.⁸⁰³ Stattdessen soll die Beteiligung der Entwicklungsländer am weltweiten Dienstleistungshandel vor allem durch eine verstärkte Liberalisierung des Dienstleistungshandels insgesamt erreicht werden.⁸⁰⁴ Darüber hinaus gewährt der Positivenansatz des GATS allen Mitgliedern – also auch den Entwicklungsländern – eine große Flexibilität bei der Entscheidung darüber, ob und wie weit sie ihren nationalen Markt für ausländische Dienstleistungen und Dienstleistungsanbieter öffnen und diesen die gleiche Behandlung zukommen lassen, die sie auch den nationalen Dienstleistungen und Dienstleistungsanbietern zukommen lassen. Auf diese Weise können die Mitglieder frei entscheiden, inwieweit sie ihre eigene Dienstleistungsindustrie der ausländischen Konkurrenz aussetzen. Besondere

799 Art. 27.3 SCMA.

800 Siehe die Zusammenstellung der wenigen Sonderregelungen bei: *Senti/Hilpold*, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 636 ff.

801 Abs. 4 Präambel GATS.

802 Abs. 5 Präambel GATT.

803 Besondere Regeln sind vor allem in Bezug auf die Errichtung von Auskunftsstellen (Art. III:4, IV:2 GATS) sowie für die Anforderungen an Integrationsabkommen (Art. V:3 GATS) vorgesehen.

804 *Hestermeyer*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Preamble GATS Rn. 24; *Jessen*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 26 Rn. 33.

Ausnahmeregelungen speziell für Entwicklungsländer wurden von den Mitgliedern daher für das GATS über den Positivlistenansatz hinaus weitestgehend nicht für erforderlich gehalten.⁸⁰⁵

Von dem Recht, den Umfang der Marktöffnung in den jeweiligen Dienstleistungssektoren selbst festzulegen, haben Entwicklungsländer bislang umfassend Gebrauch gemacht und im Schnitt in weniger als einem Drittel aller Subsektoren Zugeständnisse gemacht.⁸⁰⁶ Auch in den für digitale Produkte besonders relevanten Bereichen *Audiovisual Services* sowie den *Software implementation services* haben die Entwicklungsländer nur zurückhaltend Zugeständnisse gemacht. So hat im Bereich *Audiovisual Services* nur etwa ein Viertel aller Entwicklungsländer überhaupt irgendwelche Zugeständnisse gemacht; im Bereich der *Software implementation services* waren etwa 2/5 der Entwicklungsland-Mitglieder zu Zugeständnissen bereit.⁸⁰⁷ In zukünftigen Verhandlungen über Zugeständnisse sind die besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer und deren Entwicklungsstand insgesamt und in dem jeweiligen betroffenen Dienstleistungssektor⁸⁰⁸ besonders zu berücksichtigen, sodass Entwicklungsländer weniger Zugeständnisse in den verschiedenen Dienstleistungssektoren machen müssen⁸⁰⁹ und entsprechend vom Grundsatz der Reziprozität befreit sind.⁸¹⁰ Daher ist damit zu rechnen, dass auch in Zukunft nur langsam weitere Zugeständnisse von den Entwicklungsländern gemacht werden.

In entwicklungstechnischer Hinsicht wird vor allem in dem Software-Sektor ein besonderes Potential zur Förderung auch der Entwicklungsländer gesehen, da in diesem Bereich ohne einen hohen Kapitaleinsatz neue Arbeitsplätze, Innovationen und Exporteinnahmen geschaffen werden können.⁸¹¹ Zudem bietet der Aufbau einer eigenen Software-Industrie die Möglichkeit, innovativer, kostengünstiger und auf die individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Markts zugeschnittener

805 Grote, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. IV GATS Rn. 1. Vgl. auch: Jessen, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 26 Rn. 36.

806 WTO, World Trade Report 2019, 2019, S. 168 (Abb. E.3).

807 Eigene Auswertung der auf <http://i-tip.wto.org/services/Search.aspx> (zuletzt abgerufen am: 17.08.2020) abrufbaren Daten, ausgehend von 127 Entwicklungsland-Mitgliedern (siehe: Senti/Hilpold, WTO, 2. Aufl., 2017, Rn. 567).

808 Vgl. Delimatsis, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XIX GATS Rn. 8; Hong Kong Ministerial Conference, Ministerial Declaration of 18 December 2005, WT/MIN(05)/DEC, 2005, Rn. 26.

809 Art. XIX:2 GATS.

810 Jessen, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 26 Rn. 36.

811 UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 2.

Software-Lösungen; ebenso können Abhängigkeiten von ausländischen Anbietern reduziert und Ressourcen im Land gehalten werden.⁸¹² Grundsätzlich haben Entwicklungsländer im Digital-Bereich jedoch regelmäßig auch Nachteile gegenüber den Industriestaaten, die unter anderem aus einer schlechter ausgebauten Infrastruktur herrühren.⁸¹³ Gleichwohl erfolgreiche Beispiele unter den Entwicklungs- und Schwellenländern, wie z.B. Indien, Brasilien oder China, zeigen dabei, dass der Aufbau einer eigenen Software-Industrie nicht ohne staatliche Unterstützung möglich ist.⁸¹⁴ Diese kann sich u.a. in der Errichtung von Technologiezentren, der Schaffung von entsprechenden Bildungsangeboten, finanziellen Förderprogrammen oder der Steigerung der Nachfrage nach entsprechenden Angeboten beispielsweise auch durch öffentliche Einrichtungen niederschlagen.⁸¹⁵ Maßnahmenpakete sind dabei nicht universell einsetzbar, sondern müssen individuell auf die jeweiligen Gegebenheiten und auf die in dem jeweiligen Land vorherrschenden Bedingungen ausgerichtet werden.⁸¹⁶ So setzt beispielsweise Argentinien zur Förderung der Software-Industrie u.a. auf steuerliche Vergünstigungen, die unter der Voraussetzung gewährt werden, dass in Forschung und Entwicklung und/oder die Fortbildung der Mitarbeiter investiert wird, die Qualität der angebotenen Dienstleistungen und Produkte kontinuierlich verbessert wird und ein bestimmter Anteil am Gesamtumsatz auf den Export entfällt,⁸¹⁷ sowie auf verbesserte Ausbildungsangebote und besondere Anreize wie spezielle Stipendien für Studenten im IT-Bereich und auf staatliche Zuschüsse zu Software-Innovationsprojekten.⁸¹⁸ In Abhängigkeit davon, ob auch ausländische Anbieter Zugang beispielsweise zu Vergünstigungen oder Zuschüssen haben, oder ebenfalls an dem öffentlichen Beschaffungswesen⁸¹⁹ teilhaben können, sind je nach Einzelfall immer wieder auch

812 UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 4.

813 Fleuter, Chi. J. Int'l L. 1/2016, 153 (172).

814 Siehe zu den jeweiligen Märkten und begleitenden politischen Maßnahmen: UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 38 ff.

815 Siehe zu verschiedenen möglichen Fördermaßnahmen: UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 84 ff.

816 UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 80.

817 Zuletzt verlängert für den Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2029 durch das Gesetz 27506 vom 10. Juni 2019, abrufbar im Internet unter: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/209350/20190610> (zuletzt abgerufen am: 18.08.2020). Zu den Voraussetzungen dort unter Art. 4.

818 UNCTAD, Information Economy Report 2012, 2012, S. 81.

819 Im GATS ist das öffentliche Beschaffungswesen jedoch unter der Voraussetzung, dass die Dienstleistung nicht für kommerzielle Zwecke genutzt wird, von den Verpflichtungen zur Meistbegünstigung, zum Marktzugang und zur Inländerbehandlung ausgenommen (Art. XIII:1 GATS). Eine ähnliche Ausnahme existiert auch im GATT für die Inländerbehandlung (Art. III:8 lit. a) GATT) und nach nahezu einhelliger Auffassung auch für die Verpflichtung zur Meistbegünstigung, Götsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 23 Rn. 6.

Verletzungen der entsprechenden GATT- bzw. GATS-Verpflichtungen zur Inländerbehandlung oder Meistbegünstigung denkbar.

Ein Vergleich der jeweiligen Regelungen im GATT und GATS zeigt dabei, dass Entwicklungsländer unter dem GATS – vorausgesetzt, dass keine entgegen gesetzten Zugeständnisse gemacht wurden – erheblich mehr Freiheiten haben, Maßnahmen-Pakete zum Aufbau und zur Förderung einer nationalen Software-Industrie zu schnüren. Im GATT beziehen sich die Sonderregelungen zugunsten von Entwicklungsländern vor allem auf die Erhebung von Zöllen, die bei digitaler Software jedoch – wie bereits dargestellt⁸²⁰ – bislang keine Rolle spielt. Auch die Ausnahme in Bezug auf mengenmäßige Beschränkungen in Art. XVIII:8 ff. GATT erfasst mit ihrer Beschränkung auf Zahlungsbilanzschwierigkeiten nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich, der bei Maßnahmen zum Aufbau und zur Förderung einer nationalen Software-Industrie nicht unmittelbar im Vordergrund steht. Zwar ermöglicht Art. XVIII:13 ff. GATT daneben auch noch andere Maßnahmen als die Änderung oder Aufhebung von gemachten Zollzugeständnissen oder mengenmäßige Beschränkungen wegen Zahlungsbilanzschwierigkeiten. Diese sind jedoch von Konsultationen abhängig und sind für all diejenigen Entwicklungsländer, deren Volkswirtschaft nicht nur einen niedrigen Lebensstandard zulässt und/oder die sich nicht mehr in den Anfangsstadien der Entwicklung befinden, sogar nur mit Genehmigung der Ministerkonferenz zulässig.⁸²¹ Auch Exportsubventionen werden nur noch wenigen Entwicklungsländern bedingungslos von Art. 27.2 lit. a) SCMA zugestanden, während der Großteil der anderen Entwicklungsländer bestehende Exportsubventionen bis Ende 2015 abbauen sollte.⁸²² Für den Software-Bereich sind damit für viele Entwicklungsländer etliche der für den Warenhandel geltenden Sonderregelungen zugunsten von Entwicklungsländern nicht oder nicht sinnvoll anwendbar.

Auch wenn das GATS den Entwicklungsländern kaum Sonderregelungen gewährt, haben sie unter dem GATS weitaus größere Freiheiten, Regelungen zum Aufbau und zur Förderung einer nationalen Software-Industrie zu erlassen. Das GATS erkennt dabei zudem den insbesondere auch im Digital-Bereich relevanten

Mit dem plurilateralen Revised Agreement on Government Procurement (ABJ. 2014 Nr. L 68/2), dem auch die EU angehört, haben sich jedoch einige Mitglieder gemeinsame Regeln für das öffentliche Beschaffungswesen für Waren und jeweils individuell ausgewählte Dienstleistungen gegeben.

820 Siehe zuvor unter: E.I.2.b).

821 Art. XVIII:22 GATT.

822 *WTO Committee on Subsidies and Countervailing Measures*, Notification Provisions under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Background Note by the Secretariat, G/SCM/W/546/Rev. 9, Rn. 19.

grundsätzlich ungleichen Entwicklungsstand in Entwicklungsländern im Vergleich zu Industrieländern explizit an und strebt danach, diesen abzubauen.⁸²³ Ein besonderer Vorteil des GATS gegenüber dem GATT liegt in Bezug auf digitale Produkte darin, dass Entwicklungsländer unter dem GATS den Zugang ausländischer digitaler Produkte zu ihren nationalen Märkten wesentlich freier regulieren können und damit der eigenen Industrie Freiräume schaffen können, innerhalb derer sie sich unbeeinträchtigt von der regelmäßig stärker entwickelten Konkurrenz aus Industrieländern entwickeln kann. Unter dem GATT verbliebe zu diesem Zweck vor allem die bei digitalen Produkten bislang nicht praktisch denkbare Erhebung von Zöllen. Unter entwicklungstechnischen Gesichtspunkten erscheint damit eine Zuordnung digitaler Produkte zum GATS wesentlich besser geeignet, dem Interesse der Mitglieder an einer Förderung der Entwicklungsländer Rechnung zu tragen.⁸²⁴

4. Fazit für die Zuordnung digitaler Produkte und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich für die Zuordnung digitaler Produkte zu einem der beiden Übereinkommen zunächst festhalten, dass keines der beiden Übereinkommen Regelungen enthält, die einer Zuordnung von vornherein gänzlich im Wege stehen. Gleichwohl unterscheiden sich digitale Produkte durch ihre fehlende Körperlichkeit von allen anderen vom GATT erfassten Handelsgegenständen. Die Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren würde dieses alle Waren bislang einende und damit auch für Klarheit bei der Zuordnung sorgende Merkmal ohne Not aufweichen. Wegen der fehlenden Körperlichkeit ist auch die Erhebung von Zöllen, die im GATT eine wesentliche Rolle spielt – sei es als Ansatzpunkt für potentielle weitere Liberalisierungsansätze oder aber auch als bevorzugtes Mittel der Wahl zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Interessen – bei digitalen Produkten nicht oder zumindest nicht realistisch möglich. Damit liefern wesentliche Regelungen des GATT bei einer Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren leer. Entsprechend können auch Grundprinzipien der WTO-Rechtsordnung bei einer Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren – allenfalls mit Ausnahme des Ziels fortschreitender Handelsliberalisierung – nicht oder nur eingeschränkt verfolgt werden. Diese Punkte sprechen damit auch gegen eine Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren und damit zum Anwendungsbereich des GATT.

Das GATS bietet den Mitgliedern hingegen eine größere Flexibilität und hat ohnehin schon von Beginn an mit der Vielgestaltigkeit von Dienstleistungen und

823 Vgl. Abs. 4, 5 Präambel GATS.

824 So auch: *Fleuter*, Chi. J. Int'l L. 1/2016, 153 (172).

deren möglichen Erscheinungsformen, die sich keiner allgemein gültigen übergreifenden Definition unterordnen lassen, zu kämpfen.⁸²⁵ Diese größere Flexibilität ermöglicht – anders als unter dem GATT – die effektivere Verfolgung der wesentlichen Grundprinzipien bei digitalen Produkten. Insofern würde sich eine Zuordnung digitaler Produkte zum Anwendungsbereich des GATS also zum Vorteil erweisen.

Eine Zuordnung zum GATS bringt jedoch zeitgleich auch den Nachteil mit sich, dass in vielen Bereichen, für die das GATT und die Zusatzübereinkommen bereits gemeinsame, die widerstreitenden Interessen ausgleichende Regelungen enthalten, bislang kein Konsens über vergleichbare Regelungen gefunden werden konnte. Die große Flexibilität unter dem GATS erweist sich insofern damit zugleich auch als Nachteil, ermöglicht sie den einzelnen Mitgliedern doch auch in viel größerem Umfang, Maßnahmen zulasten der Interessen der anderen Mitglieder zu erlassen. Dieser Umstand steht einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATS jedoch nicht entgegen. So ist dieser Umstand nicht den digitalen Produkten als solchen, sondern dem GATS selbst geschuldet und gilt in gleichem Maße auch für alle anderen Dienstleistungen.

Zudem wären bei einer Zuordnung digitaler Produkte zum GATT explizit neue Regelungen erforderlich, die dem Umstand Rechnung tragen, dass Zölle zur Verfolgung wirtschaftlicher Interessen als geeignetes Mittel nicht zur Verfügung stehen; unter dem GATS müssten die Mitglieder hingegen lediglich den ohnehin schon im GATS enthaltenen Verpflichtungen, gemeinsame Regelungen u.a. für Subventionen oder technische Handelshemmnisse zu erarbeiten, nachkommen und könnten damit für Dienstleistungen insgesamt einen besseren Ausgleich der widerstreitenden Interessen erreichen.

Insgesamt sprechen damit unter Berücksichtigung der Unterscheidungskriterien zwischen Waren und Dienstleistungen sowie auch der jeweiligen Regelungen in GATT und GATS, die der Verwirklichung der wesentlichen Grundprinzipien der WTO dienen, die besseren Argumente für eine Zuordnung digitaler Produkte zum GATS. Ob eine solche Zuordnung in Zukunft von den Mitgliedern einvernehmlich erklärt wird, wird jedoch im Hinblick auf die schon seit vielen Jahren ergebnislos vor allem aus wirtschafts- und kulturpolitischen Gründen geführte Diskus-

825 Vgl. in diesem Sinne auch *Voon*, die darauf hinweist, dass die Regelungen des GATT eine lange Tradition haben und einfach auf Waren angewendet werden können, die physisch eine Grenze queren, während sich die Mitglieder in Bezug auf Dienstleistungen noch immer in einem Lernprozess in Bezug auf Handelsregeln befänden, sodass auch digitale Produkte bei den Dienstleistungen besser aufgehoben wären: *Voon*, Cultural Products and the World Trade Organization, 2007, S. 223.

sion letztlich aller Wahrscheinlichkeit nach davon abhängen, ob auch im Dienstleistungsbereich ein größeres Liberalisierungsniveau für diesen Bereich ermöglicht wird und/oder Mitglieder die Möglichkeit erhalten, in Ausnahme von den bestehenden Verpflichtungen kulturpolitische Maßnahmen zu erlassen.⁸²⁶

Doch auch wenn sich die Mitglieder für die hier favorisierte Zuordnung digitaler Produkte zum GATS entscheiden, werden damit nicht sämtliche Fragen des digitalen Handels geklärt sein. Aus diesem Grund haben 76 Mitglieder der WTO Anfang 2019 in einer gemeinsamen Erklärung ihren gemeinsamen Willen bekräftigt, Verhandlungen auf Grundlage der bestehenden Übereinkommen zu den besonderen handelsbezogenen Aspekten des E-Commerce, zu dem auch der Handel mit digitalen Produkten gehört, zu führen.⁸²⁷ Aus Sicht der EU sind dabei in den Verhandlungen unter anderem Fragen des Verbraucherschutzes, des Schutzes persönlicher Daten und der Privatsphäre, der Übertragung und des Zugangs zu Quellcode, der Ermöglichung grenzüberschreitenden Datenflusses und des offenen Internetzugangs zu klären.⁸²⁸ Diese Fragen müssen jedoch nicht in einem eigenen unabhängigen Übereinkommen münden. Vielmehr erscheint es wegen der besonderen Nähe vieler dieser Aspekte zu den Dienstleistungen sinnvoller, diese Fra-

826 Von *Greenpeace* geleakte Verhandlungsdokumente zu den derzeitigen plurilateralen Verhandlungen von derzeit 23 WTO-Mitgliedern – darunter die EU, die USA, Kanada und Japan – zu einem Trade in Services Agreement (TiSA) enthalten in einem Annex on Electronic Commerce und einem Annex Electronic Services auch Regelungen zu elektronisch übermittelten Inhalten – sprich digitalen Produkten. Dies wird sich sicherlich auch mit dem von TiSA anvisierten wesentlich höheren Liberalisierungsniveau des Dienstleistungshandels unter den Vertragsparteien erklären lassen. Eine entsprechende dahingehende Klarstellung würde sicherlich in Anbetracht des Stellenwerts, den die an den Verhandlungen beteiligten Parteien innerhalb der WTO haben, Klarheit auch für andere, nicht an dem Abkommen beteiligte Mitglieder bezüglich der Zuordnung digitaler Produkte mit sich bringen und eine lange währende Ungewissheit beenden. Die geleakten Dokumente sind abrufbar unter: <https://trade-leaks.org/tisa/> (zuletzt abgerufen am: 29.10.2020).

827 WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, WT/L/1056, 2019.

828 WTO, Joint Statement on Electronic Commerce, EU Proposal for WTO Disciplines and Commitments relating to Electronic Commerce, Communication from the European Union, INF/ECOM/22, 2019. Ähnliche zu klärende Fragen sehen auch: *Chander*, WTR S1/2019, 9 (12 ff.); *Meltzer*, WTR S1/2019, 23-48 (35 ff.); *Tuhill*, DigiWorld Econ. J. 107/2017, 95 (99). Auch die geleakten Verhandlungsdokumente zu TiSA sehen im Annex on Electronic Commerce und Annex Electronic Services entsprechende Regelungen u.a. zum Verbraucherschutz, zum Schutz persönlicher Daten und zur Übertragung und Offenlegung von Quellcode vor.

gen im Rahmen eines Anhangs zum GATS – vergleichbar den Anhängen zu Luftverkehrsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen, Seeverkehrsdienstleistungen und Telekommunikationsdienstleistungen – zu regeln.⁸²⁹

II. Auswirkungen der Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen auf die Zollwertbestimmung

Ordnet man digitale Produkte insgesamt – wie hier vertreten – den Dienstleistungen zu, sind von den zuvor dargestellten Kombinationen von Waren und Dienstleistungen letztlich alle Fälle denkbar. Vor allem Software kann in allen drei Konstellationen eine Rolle spielen. So ist es beispielsweise denkbar, dass Software verkörpert in einem Computer oder einem Auto oder aber auch auf einer CD oder Festplatte als Trägermedium die Grenze quert. Ebenso kann Software aber auch zusätzlich zu einer Ware in der Form verkauft werden, dass sie später noch heruntergeladen und auf der Ware installiert werden muss. In diesem Fall fügt sie der Ware nach ihrem Import regelmäßig neue Funktionen hinzu, die sich entweder aus der Ware unmittelbar selbst ergeben oder aber aus der von der Software ermöglichten Einbindung der Ware in ein bestehendes System beispielsweise aus Serverinfrastruktur und externer Datenauswertung und -verarbeitung. Entsprechend wird man die Software insofern regelmäßig den *adapting services* zuordnen können. Im Zusammenhang mit nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen kann Software beispielsweise den Zugriff auf eine einem Dritten gehörende Maschine ermöglichen – so beispielsweise beim Cloud Computing, bei dem die Server, auf denen Daten gespeichert oder Programme ausgeführt werden, nicht einmal direkt beim Kunden vor Ort aufgestellt sein müssen. Entsprechend lassen sich die vorangegangenen Ausführungen zur Anwendbarkeit von GATT und GATS in den jeweiligen Waren/Dienstleistungs-Kombinationen auch auf die Kombinationen digitaler Produkte mit Waren übertragen. Nichtsdestotrotz war gerade die Behandlung von Software bei der Zollwertbemessung immer wieder auch Gegenstand von Diskussionen und besonderen Regelungen. Entsprechend soll im Folgenden noch einmal speziell auf verschiedene Konstellationen eingegangen werden, in denen Software bei der Zollwertbemessung eine Rolle spielen kann.

829 Siehe insofern für Möglichkeiten von Regelungen im Rahmen der WTO-Rechtsordnung für den audiovisuellen Sektor insgesamt auch: *Sucker*, Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht, 2018, S. 430 ff.

1. Software ist bei Import auf Ware aufgespielt

In den Fällen, in denen die Software bereits vor dem Import voll funktionsfähig auf eine Ware, wie beispielsweise einen Computer, ein Auto oder einen dem IoT zuzuordnendem Gegenstand, aufgespielt ist, wird nach der Transaktionswertmethode der gesamte für die Ware tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis der Ermittlung des Zollwerts zugrunde gelegt. Entsprechend fließen auch die Kosten für die Software in den Zollwert mit ein – entweder als Teil eines Gesamtpreises für Ware und aufgespielte Software oder aber als getrennt in Rechnung gestellter Teil des tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preises.⁸³⁰

Dieser Einbezug von Software in die Zollwertbemessung und die daraus resultierende indirekte Verzollung auch der auf einer Ware aufgespielten Software wird bisweilen aber unter Hinweis darauf, dass der isolierte Import der Software nicht zu verzollen ist, in Frage gestellt.⁸³¹ Insofern gelten jedoch die bereits zuvor dargestellten Überlegungen zur Miteinbeziehung verkörperter Dienstleistungen in den Zollwert⁸³² auch für die auf einer Ware beim Import installierte Software. Die Software macht die Ware oftmals – wie beispielsweise bei einem Betriebssystem – überhaupt erst funktionsfähig oder fügt der Ware wesentliche Funktionen hinzu. Entsprechend trägt die Software wesentlich zum Wert der Ware bei.⁸³³ Soll aber für den Zollwert einer Ware ihr wirklicher Wert ausschlaggebend sein und die Anwendung willkürlicher oder fiktiver Zollwerte ausgeschlossen sein,⁸³⁴ lässt sich grundsätzlich – ebenso wie bei allen anderen verkörperten Dienstleistungen – der Abzug von Kosten für installierte Software mit den bestehenden Regelungen und den diesen zugrunde liegenden Überlegungen nicht rechtfertigen.

a) Sonderfall 1: Software wird dem Verkäufer der Ware vom Käufer zur Verfügung gestellt

Wird die Software dem Verkäufer der Ware von deren späteren Käufer kostenlos oder zu einem vergünstigten Preis zur Verfügung gestellt und entsprechend nicht

830 *Brouillard/Terwilliger*, WCJ 2/2013, 119 (121). So auch in Bezug auf Art. 70 UZK: *Vonderbank*, Zollwert, 2. Aufl., 2018, S. 48; *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 130.

831 So vor allem: *Antimiani/Cernat*, Liberalizing global trade in mode 5 services: How much is it worth?, 2017, S. 16; *Cernat*, Trade rules and technological change: The case for mode 5 services, 2015, abrufbar im Internet unter: <http://e15initiative.org/blogs/trade-rules-and-technological-change-the-case-for-mode-5-services/> (zuletzt abgerufen am: 13.11.2020).

832 Siehe zuvor unter: D.I.3.a)cc).

833 Vgl. auch zu Art. 71 Abs. 1 lit. b) UZK: EuGH, Urt. v. 10.09.2020 – C-509/19, ECLI:EU:C:2020:694, *BMW Bayerische Motorenwerke AG* Rn. 20.

834 So ausdrücklich: Art. VII:2 lit. a) GATT.

in den Kaufpreis mit einbezogen, kann die Software als Beistellung im Sinne von Art. 8.1 lit. b) CVA betrachtet werden, deren Kosten entsprechend dem Zollwert hinzuzurechnen sind. Der Gedanke hinter der Hinzurechnung von kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung gestellten Beistellungen nach Art. 8.1 lit. b) CVA ist, dass der Verkäufer der Ware ohne die Beistellung vom Käufer darauf angewiesen wäre, sich die Beistellung für die Herstellung der Ware selbst zu beschaffen, so dass deren Kosten dann auch in den Verkaufspreis, der den wirklichen Wert der Ware widerspiegelt, eingerechnet würden. Stellt der Käufer die Beistellungen dem Verkäufer hingegen kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung und werden ihre Kosten entsprechend nicht in den Verkaufspreis der Ware mit einberechnet, spiegelt der Verkaufspreis allein nicht den gesamten wirklichen Wert der Ware wider; vielmehr stellt die Beistellung neben dem für die Ware gezahlten Preis eine weitere Gegenleistung des Käufers an den Verkäufer für die Ware dar und ist entsprechend zur Ermittlung des wirklichen Werts der Ware in den Transaktionswert mit einzubeziehen.⁸³⁵

Auch wenn die Frage der Hinzurechnung von Softwarekosten auf Grundlage von Art. 8.1 lit. b) CVA bislang noch nicht Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens in der WTO war und Software auch nicht ausdrücklich in Art. 8.1 lit. b) CVA genannt wird, gilt der Grundgedanke von Art. 8.1 lit. b) CVA genauso auch für Software. Auch diese kann zur Herstellung einer Ware mit den vereinbarten Funktionen erforderlich sein und muss entsprechend grundsätzlich vom Hersteller der Ware beschafft und im Verkaufspreis der Ware berücksichtigt werden. Auch ist die Software ein wesentliches wertbildendes Merkmal der Ware, sodass der infolge einer kostenlos oder vergünstigt vom Käufer der Ware zur Verfügung gestellten erforderlichen Software niedrigere Warenpreis nicht den vollständigen wirklichen Wert der Ware wiedergibt. Entsprechend sind auch Kosten für vom Käufer der Ware dem Verkäufer kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung gestellte Software nach Art. 8.1 lit. b) CVA grundsätzlich in den Transaktionswert mit einzubeziehen.⁸³⁶

Von den in Art. 8.1 lit. b) CVA genannten Arten möglicher Beistellungen könnte Software entweder unter

*„materials, components, parts and similar items incorporated in the imported goods“*⁸³⁷

835 GIC.1 CVA; Liu, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 13; Rosenow/O’Shea, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 49.

836 So auch in Bezug auf Art. 32 ZK (nunmehr Art. 71 UZK): EuGH, Urt. v. 16.11.2006 – C-306/04, ECLI:EU:C:2006:716, Compaq Rn. 37.

837 Art. 8.1 lit. b) (i) CVA.

oder aber unter

*„engineering, development, artwork, design work, plans and sketches, undertaken elsewhere than in the country of importation and necessary for the production of the imported goods“*⁸³⁸

fallen. Eine genaue Zuordnung ist insofern wichtig, als dass nur bei einer Zuordnung von Software zu den in Art. 8.1 lit. b)(iv) CVA genannten Beistellungen, die Kosten für die Software nicht in den Transaktionswert mit einzubeziehen sind, wenn die Software im Importland erarbeitet wurde. Bei einer Zuordnung von Software zu den in Art. 8.1 lit. b)(i) CVA genannten Beistellungen ist eine solche Ausnahme hingegen nicht vorgesehen.

Entsprechend stellt sich zunächst zwangsläufig die Frage, welcher dieser beiden Arten von Beistellungen Software genau zuzuordnen ist. Insofern fällt auf, dass eine Hinzurechnung der in Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA genannten Beistellungen davon abhängig ist, ob die vom Käufer dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Techniken, Entwicklungen, Entwürfe, Pläne und Skizzen⁸³⁹ notwendig für die Herstellung der importierten Ware sind. Der Fokus liegt bei diesen Beistellungen also auf dem Herstellungsprozess, der ohne die genannten geistigen Beistellungen nicht möglich wäre. Zudem haben die genannten geistigen Beistellungen allesamt gemein, dass sie zunächst nur Wissen vermitteln, das allerdings noch praktisch im Herstellungsprozess beachtet und in eine fertige Ware umgesetzt werden muss.⁸⁴⁰ Im Unterschied dazu müssen die in Art. 8.1 lit. b) (i) CVA genannten Beistellungen dem Wortlaut nach in der hergestellten Ware noch enthalten sein und damit einen Bestandteil der fertigen Ware darstellen.⁸⁴¹ Voraussetzung dafür ist entsprechend, dass sie zuvor vom Hersteller entsprechend zur Ware verarbeitet oder in diese eingebaut wurden, ohne dass es hierfür aber – wie bei den geistigen Beistellungen – eines zusätzlichen eigenen Umsetzungsschritts bedurfte.⁸⁴² Wird danach also zur Abgrenzung der geistigen Beistellungen von den in Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA genannten Beistellungen darauf abgestellt, ob die Beistellung noch

838 Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA.

839 Nachfolgend insgesamt auch: „geistige Beistellungen“.

840 Vgl. auch zu Art. 71 UZK: *Krüger*, in: Dorsch/Rüsken, Zollrecht, Losebl. (Stand: Juni 2020), Art. 71 UZK Rn. 32; *Vonderbank*, *ZfZ* 12/2019, 369 (372).

841 In der EU wird für Art. 71 Abs. 1 lit. b) i) UZK allerdings eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vertreten, wonach nicht nur die in der Ware selbst körperlich enthaltenen Materialien erfasst werden, sondern auch die bei der Herstellung von den zur Verfügung gestellten Materialien übrig gebliebenen Abfälle, Reste, Ausschusswaren etc. Siehe hierzu ausführlich: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4271 Rn. 161 ff.

842 So auch zu Art. 71 UZK: *Vonderbank*, *ZfZ* 12/2019, 369 (372).

eines eigenen Umsetzungsschritts im Rahmen des Herstellungsprozesses bedarf oder ob die Beistellung ohne Weiteres im Herstellungsprozess eingesetzt und in die Ware eingebaut werden kann, wird man auf die Ware aufgespielte Software regelmäßig den Beistellungen im Sinne von Art. 8.1 lit. b) (i) CVA zuordnen müssen.⁸⁴³ Die Software muss vom Hersteller lediglich noch auf der Ware installiert werden, ohne dass der Hersteller hierfür noch einen eigenen Umsetzungsbeitrag leisten muss. Zudem ist die Software auch noch im Zeitpunkt des Imports auf der Ware aufgespielt, also in dieser unmittelbar enthalten.⁸⁴⁴

Unter den bestehenden Regelungen führt diese Zuordnung allerdings dazu, dass die Kosten für die vom Käufer dem Verkäufer der Ware kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung gestellte Software stets in den Transaktionswert einzubeziehen sind, unabhängig davon, ob die Software im Importland erarbeitet wurde oder nicht. Es stellt sich daher die Frage, ob die der für geistige Beistellungen geltenden Ausnahme, wonach eine Hinzurechnung ausnahmsweise dann nicht zu erfolgen hat, wenn die geistige Beistellung im Importland erarbeitet wurde, zugrunde liegenden Gedanken auch entsprechend auf Software übertragen werden können. Insofern wird der Grund für die bevorzugte Behandlung im Importland erarbeiteter geistiger Beistellungen gegenüber anderswo erarbeiteten geistigen Beistellungen darin gesehen, dass hierdurch die entsprechende nationale Industrie, die die genannten geistigen Beistellungen erarbeitet, gefördert werden soll.⁸⁴⁵ Dieser Gedanke lässt sich aber ebenso auch auf die Software-Industrie übertragen. Auch für die Software-Industrie kann es sich als vorteilhaft erweisen, wenn Software, die im Importland erarbeitet wurde, einem ausländischen Warenhersteller zur Verfügung gestellt werden kann, damit dieser die Software auf der Ware installiert, ohne dass die Software später in den Transaktionswert mit einbezogen werden muss. Insofern lässt sich zudem auch kein Unterschied zwischen der Software-Industrie und denjenigen Industrien, die auf die Entwicklung der in Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA genannten geistigen Beistellungen ausgerichtet sind, ausmachen, der es

843 So zuletzt ausdrücklich in Bezug auf Art. 71 UZK: EuGH, Urt. v. 10.09.2020 – C-509/19, ECLI:EU:C:2020:694, *BMW Bayerische Motorenwerke AG* Rn. 20 f.

844 *Vonderbank* weist insofern zudem darauf hin, dass sich die Software – anders als geistige Beistellungen – auch wieder von der Ware trennen lässt: *Vonderbank*, ZfZ 12/2019, 369 (372).

845 *Díaz Gavier/Guadalupe Bäscones*, GTCJ 2014, 260 (262); *Foltea*, How to include 'Mode 5' services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 28; *Liu*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Goods, Art. 8 CVA Rn. 16 Fn. 10. Siehe auch ausführlich zur Diskussion über den Hintergrund dieser Ausnahme: *WTO Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting of 27 March 2002, G/VAL/M/26, 2002, Rn. 1.25 ff.

rechtfertigen könnte, diese Industrien gegenüber der Software-Industrie stärker zu fördern und zu bevorzugen.

Auch lässt sich dem Umstand, dass allein für die geistigen Beistellungen eine solche Ausnahme vorgesehen ist, die im Importland erarbeitete geistige Beistellungen von einer Hinzurechnung ausnimmt, während bei den anderen in Art. 8.1 lit. b) CVA genannten Beistellungen eine solche Ausnahme nicht explizit aufgeführt ist, nicht entnehmen, dass allein die geistigen Beistellungen von einer solchen Ausnahme profitieren sollen. So sehen etliche Mitglieder in ihren jeweiligen nationalen Zollgesetzen Regelungen vor, die einen Abzug der Kosten für die in der importierten Ware enthaltenen Materialien mit inländischem Ursprung ermöglichen.⁸⁴⁶ Mit Art. 10 Abs. 9.2 TFA haben die Mitglieder zudem mittlerweile eine Regelung geschaffen, die sie grundsätzlich verpflichtet, entsprechende Regelungen für die passive Veredelung im Ausland vorzusehen. Entsprechend ist also durchaus – Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA vergleichbar – auch eine Bevorzugung nationaler in der importierten Ware enthaltener Materialien gegenüber denjenigen ausländischen Ursprungs nach den nationalen Zollgesetzgebungen möglich, ohne dass dem Regelungen des GATT oder des CVA entgegen stehen.

Für Software – ebenso wie für alle anderen, nicht zu den geistigen Beistellungen zu zählenden Dienstleistungen – bestehen aber bislang keine vergleichbaren Regelungen, die es ermöglichen, auch den Wert nationaler Software von der Zollwertbemessung auszunehmen. Diese Lücke lässt sich jedoch nicht mit einer Besonderheit von Software gegenüber anderen körperlichen Materialien erklären. Vielmehr lässt sie sich damit erklären, dass die Mitglieder die Bedeutung von Software für die Warenproduktion geschweige denn deren Zurverfügungstellung über das Internet im Zeitpunkt der Vereinbarung des CVA noch nicht im Blick hatten und entsprechend auch nicht bei der Vereinbarung der entsprechenden Regelungen berücksichtigt haben.⁸⁴⁷ In Anbetracht dessen und der Bedeutung, die

846 *Díaz Gaviera/Guadalupe Báscones*, GTCJ 2014, 260 (262); *Foltea*, How to include ‘Mode 5’ services commitments in bilateral free trade agreements and at multilateral stage?, 2018, S. 28; *Rosenow/O’Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 51. Vgl. in diesem Sinne auch: *WTO Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting of 27 March 2002, G/VAL/M/26, 2002, Rn. 1.31. In der EU ermöglicht das besondere Verfahren der passiven Veredelung (Art. 259 ff. UZK) die Nicht-Miteinbeziehung verwendeter nationaler, in der importierten Ware enthaltener Materialien in den Zollwert. Siehe ausführlich zum Zollwert bei der passiven Veredelung: *Vonderbank*, Zollwert, 2. Aufl., 2018, S. 284 ff.

847 Beispielsweise sah die europäische Kommission Software grundsätzlich nicht von Art. 71 Abs. 1 lit. b) UZK erfasst, während u.a. Deutschland lange Zeit die Auffassung vertrat, dass sämtliche nicht körperlichen Beistellungen – also auch Software – den geistigen Beistellungen zuzuordnen sind, *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-

Software mittlerweile spielt, erscheint es aber nur sinnvoll, gemeinsame Regelungen zu schaffen, die einen Abzug auch der Kosten für im Importland erarbeitete Software – ähnlich wie bei den ebenfalls nicht körperlichen geistigen Beistellungen – ermöglicht.⁸⁴⁸

b) Sonderfall 2: Software ist auf Trägermedium aufgespielt

Eine weitere Besonderheit in Bezug auf Software ergibt sich, wenn die Software auf einem Trägermedium, also einem Datenträger aufgespielt ist, und damit gerade die Software übertragen werden soll, das Trägermedium also lediglich Mittel zum Zweck ist und für den Käufer der Software keine eigenständige Bedeutung hat. Unter der Brüsseler Zollwertdefinition⁸⁴⁹ wurde der Wert der Software in solchen Fällen für die Zollwertbestimmung nicht berücksichtigt, sodass sich der Zollwert allein aus dem Materialwert des Datenträgers und den für das Aufspielen der Software auf den Datenträger entstandenen Kosten zusammensetzte.⁸⁵⁰ Das CVA und die darin für die Bestimmung des Zollwerts einer Ware vorrangig vorgesehene Transaktionswertmethode standen einer solchen Sonderregelung jedoch im Weg – maßgeblich sollte danach der gesamte für die Ware, also den bespielten Datenträger, tatsächlich gezahlte oder zu zahlende Preis sein, der damit auch die Kosten für die Software enthält.⁸⁵¹ Die Transaktionswertmethode führte damit zu einer Erhöhung des Zollwerts von Datenträgern um den Wert der aufgespielten Software im Vergleich zu dem nach der Brüsseler Zollwertdefinition bestimmten Zollwert und damit auch entsprechend zu höheren Zollschienden.⁸⁵² Ausgerechnet

Zollrecht/Zollwert, Fach 4271 Rn. 177, 179. Bis heute war weder die genaue Zuordnung von Software zu einer der in Art. 8.1 lit. b) CVA genannten Beistellungen, noch die Unterscheidung der Beistellungsarten untereinander Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens vor der WTO.

848 In diesem Sinne auch: *Vonderbank*, ZfZ 12/2019, 369 (373).

849 Die Brüsseler Zollwertdefinition wurde vor Vereinbarung des CVA in vielen Ländern zur Ermittlung des Zollwerts einer Ware angewendet. Sie ermöglichte es den Zollbehörden, den vom Käufer gezahlten Rechnungspreis zurückzuweisen, wenn dieser nicht dem üblichen Wettbewerbspreis entsprach. Maßgeblich war damit – im Unterschied zu der im CVA vorrangig anzuwendenden Transaktionswertmethode – ein theoretischer Wertbegriff. Siehe weitergehend zur Brüsseler Zollwertdefinition: *Müller-Eiselt*, in: *Müller-Eiselt/Vonderbank*, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4100 S. 29 ff.; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 6

850 *GATT Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting held on 4-5 May 1982, VAL/M/4, 1982, Rn. 37; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 35.

851 *Liu*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Goods, Art. 1 CVA Rn. 42; *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 35.

852 *Rosenow/O'Shea*, A Handbook on the WTO Customs Valuation Agreement, 2010, S. 35.

die USA, die bis heute für eine Zuordnung digitaler Produkte zu den Waren kämpfen, schlugen daher vor, auch unter der Transaktionswertmethode die Kosten für auf einem Datenträger enthaltene Software vom Zollwert auszunehmen.⁸⁵³ Ausgehend von diesem Vorschlag wurde letztlich vom Ausschuss für den Zollwert⁸⁵⁴ die Decision 4.1: Valuation of Carrier Media Bearing Software for Data Processing Equipment (Carrier Media Exception)⁸⁵⁵ vereinbart, die den Mitgliedern ein Wahlrecht gewährt, entweder den gesamten Preis für den Datenträger einschließlich der enthaltenen Software der Zollwertbemessung zugrunde zu legen oder aber den Wert der Software vom Zollwert des Datenträgers abzuziehen.⁸⁵⁶ Diese Ausnahme gilt allerdings ausdrücklich nur für Software, nicht aber für Ton-, Film- oder Videoaufnahmen.⁸⁵⁷ Zudem gilt sie nicht für Software, die auf integrierten Schaltungen, Halbleitern und ähnlichen Vorrichtungen oder Gegenständen, die solche Schaltungen oder Vorrichtungen enthalten, aufgespielt ist.⁸⁵⁸ Entsprechend gilt die Carrier Media Exception nicht für auf USB-Sticks oder Festplatten übertragene Software,⁸⁵⁹ sondern findet im Wesentlichen auf CDs, CD-ROMs, DVDs und Magnetbänder Anwendung.⁸⁶⁰ Um auch auf USB-Sticks oder

853 *GATT Committee on Customs Valuation*, Possible Amendments to the Agreement, Communication from the United States Concerning the Valuation of Computer Software, VAL/W/7, 1982. Eine solche Sonderbehandlung von Software erscheint jedoch widersprüchlich, wenn Software auch in digitaler Form den Waren zugerechnet werden soll – auch für herkömmliche körperliche Materialien ist ein solcher Abzug vom Zollwert grundsätzlich nicht pauschal vorgesehen, zumal sich auch keine Gründe erkennen lassen, die für einen solchen Abzug sprechen könnten.

854 Der Ausschuss für den Zollwert wurde nach Art. 18.1 CVA zur Verwaltung des CVA eingesetzt und „*dient den Mitgliedern als Forum zur Diskussion aller mit der Zollwertbestimmung zusammenhängenden Fragen*“, Puth/Stranz, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 11 Rn. 46.

855 Abrufbar im Internet unter: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/valuation/instruments-and-tools/decisions/wto_val_decision_4_1.pdf?la=en (zuletzt abgerufen am: 09.10.2020).

856 Eine Liste derjenigen Länder, die sich für den Abzug von Software-Kosten vom Zollwert von Datenträgern entschieden haben, enthält: *WTO Committee on Customs Valuation*, Information on the Application of the Decisions on the Treatment of Interest Charges in the Customs Value of Imported Goods and on the Valuation of Carrier Media Bearing Software for Data Processing Equipment, G/VAL/W/5/Rev.31, 2019.

857 Abs. 4 Carrier Media Exception.

858 Abs. 4 Carrier Media Exception.

859 *WTO Committee on Customs Valuation*, Valuation of Carrier Media Bearing Software for Data Processing Equipment, Communication from the Chairman of the Technical Committee on Customs Valuation (TCCV), G/VAL/W/229, 2013, S. 4 Rn. 3.

860 *WTO Committee on Customs Valuation*, Valuation of Carrier Media Bearing Software for Data Processing Equipment, Communication from the Chairman of the Technical Committee on Customs Valuation (TCCV), G/VAL/W/229, 2013, S. 11 Rn. 5.

Festplatten übertragene Software zu erfassen, hat Uruguay eine entsprechende Erweiterung vorgeschlagen, die den Kreis der bislang erfassten Datenträger auch um integrierte Schaltungen, Halbleiter und ähnliche Vorrichtungen oder Gegenstände, die solche Schaltungen oder Vorrichtungen enthalten, erweitert, solange sie ausschließlich der Speicherung der enthaltenen Software dienen.⁸⁶¹

Hintergrund der Carrier Media Exception ist dabei, dass der Käufer der Software grundsätzlich kein besonderes Interesse an dem Datenträger selbst hat, sondern allein die Software haben möchte; sofern die technischen Voraussetzungen gegeben sind, kann die Software auch ohne das Trägermedium in digitaler Form übertragen werden, ohne dass überhaupt Zölle anfallen⁸⁶² – ein Gedanke, der sich im Übrigen ohne Weiteres auch auf die von der Carrier Media Exception nicht erfassten Ton-, Film- und Videoaufnahmen übertragen lässt. In dieser Hinsicht drängt sich also die Frage auf, warum dann nicht auch bei anderen auf einem Datenträger enthaltenen digitalen Produkten ein Abzug vom Zollwert möglich sein soll.

Zudem stellt der Abzug des Werts von Software vom Transaktionswert des Trägermediums – so richtig die der Carrier Media Exception zugrunde liegenden Feststellungen auch sein mögen – eine nicht unerhebliche Abweichung von den der Transaktionswertmethode zugrundeliegenden Prinzipien dar. So soll der Zollwert einer Ware, also auch eines Trägermediums, grundsätzlich nach dem wirklichen Wert einer Ware bemessen werden und die Anwendung willkürlicher oder fiktiver Zollwerte ausgeschlossen sein.⁸⁶³ Der Wert eines mit einer Software bespielten Trägermediums ist aber stets höher, als der Wert des unbespielten Trägermediums. Vielmehr führt der Abzug allein der Software-Kosten vom Zollwert des bespielten Trägermediums zu einem fiktiven Wert, der sich in dieser Form nicht in der wirtschaftlichen Realität wiederfinden lässt. Insofern kommt noch erschwerend hinzu, dass ein Abzug der Software-Kosten vom Zollwert wegen der Nichtanwendbarkeit der Carrier Media Exception auf USB-Sticks, Festplatten und ähnliche Datenträger nicht in Betracht kommt, sondern allein bei CDs und dergleichen. Warum aber der wirkliche Wert einer CD mit aufgespielter Software zollwertrechtlich ganz anders ermittelt werden soll, als der einer vergleichbaren CD mit einem Film oder aber einer Festplatte mit aufgespielter Software lässt sich

861 *WTO Committee on Customs Valuation*, Proposal for Updating the 'Decision on the Valuation of Carrier Media Bearing Software for Data Processing Equipment', G/VAL/W/241/Rev.1, 2014.

862 Erklärung des Vorsitzenden bei der Sitzung des Ausschusses für den Zollwert vom 24. September 1984, enthalten in: *GATT Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting held on 24 September 1984, VAL/M/10, 1984, Rn. 5.

863 Art. VII:2 lit. a) GATT.

nicht nachvollziehen. Vielmehr stärkt der stark begrenzte Anwendungsbereich der Carrier Media Exception den Eindruck der Zugrundelegung fiktiver Zollwerte anstelle des wirklichen Werts der entsprechenden CDs und ähnlicher Trägermedien.

Soll also tatsächlich eine Ungleichbehandlung von analog und digital übertragener Software bei der Erhebung von Zolsschulden vermieden werden, erscheint es wesentlich konsequenter, sich darauf zu einigen, auf Trägermedien allgemein grundsätzlich keine Zölle mehr zu erheben.⁸⁶⁴ Auf diese Weise wird eine Ungleichbehandlung zwischen der digital und der analog übertragenen Software im Hinblick auf die mögliche Erhebung von Zolsschulden gänzlich vermieden. Schließlich muss dann auch bei der analog übertragenen Software ebenfalls keine Zolsschuld mehr beglichen werden, auch nicht in Bezug auf das Trägermedium, das allein dazu dient, die Software vom Verkäufer zum Käufer zu transportieren. Nach der Carrier Media Exception würde die analog übertragene Software immer noch mit einer Zolsschuld zumindest für das erforderliche Trägermedium belastet werden, während bei der digitalen Übertragung keine vergleichbaren Kosten anfielen. Mit dem plurilateralen Information Technology Agreement (ITA)⁸⁶⁵ haben sich entsprechend aber mittlerweile 52 Mitglieder – darunter die EU, die USA, Kanada und China⁸⁶⁶ – auf den stetigen Abbau bis hin zur vollständigen Aufhebung von Zollsätzen auf Produkte der Informations- und Kommunikationstechnologie geeinigt. Davon erfasst sind auch alle Datenträger, auf denen Software übermittelt werden kann.⁸⁶⁷ Entsprechend ist infolge des ITA in denjenigen Mitgliedern, die sich an diesem Abkommen beteiligen, eine Ungleichbehandlung von digital und analog übermittelter Software in Bezug auf die Erhebung von Zöllen mittlerweile unabhängig von der Carrier Media Exception beseitigt worden. Hintergrund waren dabei aber weniger die Bedenken, die im Hinblick auf die Carrier Media Exception bestehen, als vielmehr ein generelles Interesse der sich am ITA

864 Auch Australien hatte seinerzeit schon vorgeschlagen, Softwarekosten im Rahmen der Zollsätze anstelle der Regelungen zur Bestimmung des Zollwerts zu berücksichtigen: *GATT Committee on Customs Valuation*, Minutes of the Meeting held on 4-5 May 1982, VAL/M/4, 1982, Rn. 41.

865 *Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products*, WT/MIN(96)/16, zuletzt aktualisiert auf der Ministerkonferenz in Nairobi vom 15.-18. Dezember 2015, WT/MIN(15)/25.

866 Eine aktuelle Übersicht der Mitglieder, die an dem ITA teilnehmen, ist abrufbar im Internet unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/inftec_e/itscheds_e.htm (zuletzt abgerufen am: 09.10.2020).

867 Eine vollständige Liste der erfassten Waren enthalten jeweils die Anhänge A und B der beiden Ministererklärungen.

beteiligten Mitglieder an einem möglichst freien Welthandel mit Informationstechnologien und an einer kontinuierlichen weltweiten Weiterentwicklung der entsprechenden Industrien.⁸⁶⁸

c) Sonderfall 3: Software ist auf Ware aufgespielt, wird aber erst nach dem Import freigeschaltet

Software kann auch in der Weise auf einer Ware zum Zeitpunkt des Warenimports aufgespielt sein, dass erst noch eine separate Zahlung erforderlich ist, in deren Folge der Käufer einen Freischaltcode erhält, den er für die Freischaltung der Software eingeben muss, oder in deren Folge die Software über das Internet freigeschaltet wird. Die Software ist also im Zeitpunkt des Imports der Ware bereits auf der Ware aufgespielt, wird aber erst nach dem Import der Ware infolge eines zusätzlich erforderlichen Freischaltverfahrens nutzbar.

Ob die für das Freischaltverfahren anfallenden Kosten in den Transaktionswert mit einbezogen werden sollen, war zwischen 2013 und 2016 Gegenstand von Diskussionen im Technischen Ausschuss für den Zollwert, ohne dass aber ein gemeinsames Ergebnis für die Behandlung solcher Kosten im Rahmen der Transaktionswertmethode gefunden werden konnte.⁸⁶⁹ Den Diskussionen im Technischen Ausschuss für den Zollwert lag dabei die Konstellation zugrunde, dass die freigeschaltete Software für das Funktionieren der Maschine nicht erforderlich war, sondern lediglich eine zusätzliche Funktion freischaltete, und dass der Käufer der Ware zu einem späteren Zeitpunkt frei entscheiden konnte, ob er die Software freischaltet; die Freischaltung war also entsprechend nicht zur Bedingung für den Kauf der Ware gemacht worden.⁸⁷⁰

Die Befürworter einer Miteinbeziehung späterer freiwilliger Freischaltkosten in den Transaktionswert führten für ihre Position an, dass der Käufer, der später die Freischaltkosten zahlt, mit der Freischaltung eine Ware mit zusätzlichen Funktionen erhält; für diese Ware mit zusätzlichen Funktionen hat er einerseits den eigentlichen Preis für die Ware mit der gesperrten Software und andererseits den

868 Abs. 3, 4 der Präambel zur *Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products*, WT/MIN(96)/16.

869 WTO, World Trade Report 2018, 2018, S. 157, 159.

870 Siehe zur Vorlagefrage: *WCO Technischer Ausschuss für den Zollwert*, Treatment of Fees for Unlocking a Function of Imported Goods after Importation (Application of Articles 1, 8.1 (c) and 8.1 (d) of the Agreement, VT0893E1, 2013, Annex I.

Preis für die Freischaltung gezahlt, sodass die Summe aus diesen Kosten maßgeblich für den Transaktionsaktionswert sein soll.⁸⁷¹ Insofern ist aber schon bedenklich, dass der tatsächlich für die Ware mit den später zusätzlich freigeschalteten Funktionen gezahlte oder zu zahlende Preis im Zeitpunkt des Imports der Ware noch gar nicht bestimmt werden kann, da zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht absehbar ist, ob der Käufer der Ware von der Freischaltoption Gebrauch machen und die Freischaltkosten zahlen wird. Zudem wird bei einer Hinzurechnung später freiwillig gezahlter Freischaltkosten nach Ausübung der Freischaltoption der Zeitpunkt für die Bewertung des Warenwerts auf einen Zeitpunkt nach dem Import der Ware – nämlich der Freischaltung der zusätzlichen Funktionen – verlagert. Erst im Zeitpunkt der Freischaltung steigert sich auch der Wert der Ware infolge der zusätzlichen Funktionen. Eine solche Verlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Bestimmung des Warenwerts im Rahmen der Zollwertbestimmung ist aber in den entsprechenden Regelungen nicht vorgesehen und lässt sich auch nicht mit dem Wirtschaftszollgedanken, nach dem entscheidend ist, mit welchem Wert eine Ware in einen fremden Wirtschaftskreislauf eingeht – nicht welchen Wert sie später innerhalb des Wirtschaftskreislaufes möglicherweise entwickelt – rechtfertigen. Im Zeitpunkt des Imports ist lediglich eine Ware mit der freiwilligen Option der Freischaltung zusätzlicher Funktionen vorhanden, für die auch der eigentliche Rechnungspreis – ohne die späteren Freischaltkosten – zu zahlen ist. Entsprechend stellt auch nur der eigentliche Rechnungspreis den tatsächlich für die Ware mit der Freischaltoption gezahlten oder zu zahlenden Preis dar. Auch fehlt es infolge der Freiwilligkeit an einer Bedingung für das Kaufgeschäft im Sinne von Abs. 7 des Anhang III zum CVA oder von Art. 8.1 lit. c) CVA.⁸⁷² Entsprechend kann eine Hinzurechnung der freiwillig nach dem Import gezahlten Freischaltkosten zum Transaktionswert der Ware auch nicht über Abs. 7 des Anhang III zum CVA oder über Art. 8.1 lit. c) CVA gerechtfertigt werden.

Anders sind Freischaltkosten hingegen zu beurteilen, wenn ihre zusätzliche Zahlung zur Bedingung im Sinne von Abs. 7 des Anhang III zum CVA oder Art. 8.1 lit. c) CVA für das Kaufgeschäft gemacht wird. Zwar wird auch in diesen Fällen zunächst eine Ware ohne bestimmte – später noch freizuschaltende – Funktionen

871 *WCO Technischer Ausschuss für den Zollwert*, Treatment of Fees for Unlocking a Function of Imported Goods after Importation (Application of Articles 1, 8.1 (c) and 8.1 (d) of the Agreement, VT0937E1, 2014, Annex II Rn. 6 ff.

872 So auch die vielfach geäußerte Ansicht in den Diskussionen im Technischen Ausschuss für den Zollwert: *WCO Technischer Ausschuss für den Zollwert*, Treatment of Fees for Unlocking a Function of Imported Goods after Importation (Application of Articles 1, 8.1 (c) and 8.1 (d) of the Agreement, VT0918E1, 2013, Annex I Rn. 2 ff., Annex IV Rn. 2 f., Annex V Rn. 2 ff.

verkauft, sodass sich bei strenger Beachtung des für die Bestimmung des wirklichen Werts einer Ware in zollwertrechtlicher Hinsicht maßgeblichen Zeitpunkts die zuvor genannten Argumente auch insofern gegen eine Hinzurechnung der verpflichtend zu zahlenden Freischaltkosten anführen ließen. Allerdings steht in den Fällen, in denen die Freischaltkosten verpflichtend zu zahlen sind, im Zeitpunkt des Imports schon fest, dass der Käufer die Kosten zu zahlen hat und die Funktionen zeitnah zum Import freigeschaltet werden. In Anbetracht dessen, dass die Funktionen infolge der aufgespielten Software auch schon in der Sache angelegt sind, erhält der Käufer der Ware bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Ware mit zusätzlichen Funktionen. Aus seiner Sicht spielt es keine Rolle, ob die Funktionen schon im Zeitpunkt des Imports freigeschaltet sind, oder ob sie ohne wesentliche weitere Schritte zeitnah nach dem Import ohne wesentliches Zutun freigeschaltet werden. Wegen der verpflichtenden Bedingung zur Zahlung der Freischaltkosten kauft er – anders als bei einer freiwilligen Freischaltoption – von vorneherein eine Ware mit zusätzlichen Funktionen. Entsprechend können die zusätzlichen Funktionen in wirtschaftlicher Hinsicht als schon im Zeitpunkt des Imports der Ware vorhanden angesehen werden, sodass es auch gerechtfertigt ist, den Gesamtpreis aus dem Rechnungspreis für die Ware und den verpflichtenden Freischaltkosten im Rahmen der Transaktionswertmethode als tatsächlich für die Ware mit zusätzlichen Funktionen gezahlten oder zu zahlenden Preis heranzuziehen.

Unabhängig davon, ob die Zahlung von Freischaltkosten zum Gegenstand einer Bedingung für das Kaufgeschäft gemacht wurde, sollen nach *Vonderbank* auch Freischaltkosten für Software, ohne die die Ware nicht funktionsfähig ist, in den Zollwert mit einbezogen werden.⁸⁷³ *Vonderbank* geht dabei davon aus, dass der Käufer die Freischaltkosten ohnehin zahlen wird, da er die Ware anderenfalls gar nicht benutzen kann.⁸⁷⁴ Der Verkäufer muss die Zahlung der Freischaltkosten in diesem Fall gar nicht zum Gegenstand einer Bedingung für das Kaufgeschäft machen, da angesichts des Interesses des Käufers an einer nutzbaren Ware ohnehin klar ist, dass er die Freischaltkosten zahlen wird. Entsprechend ersetzt der Umstand, dass die Ware ohne die Freischaltung der Software überhaupt nicht nutzbar ist, eine ausdrücklich zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarte Bedingung. In der Folge können die vorangegangenen Ausführungen entsprechend übernommen werden, sodass auch in den Fällen, in denen eine Ware ohne die Freischaltung der Software nicht nutzbar ist, die Freischaltkosten als Teil des tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preises anzusehen sind und entsprechend in den Transaktionswert mit einzubeziehen sind. Es muss jedoch genau

⁸⁷³ *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 136.

⁸⁷⁴ *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 136.

geprüft werden, ob der Käufer die Ware tatsächlich zu dem durch die notwendige Softwarefreischaltung erforderlichen Zweck erworben hat und entsprechend die eine ausdrückliche Bedingung ersetzende Annahme, dass er die Software ohnehin freischalten wird, weil die Ware anderenfalls für ihn überhaupt keinen Nutzen hat, im konkreten Einzelfall auch Gültigkeit hat. Stellt sich also heraus, dass der Käufer die Software gar nicht freigeschaltet hat, können die für die Freischaltung der Software sonst zu zahlenden Kosten auch nicht in den Transaktionswert mit einbezogen werden.

2. Software wird erst nach Import aufgespielt

Neben den vorangegangenen Fällen ist es auch möglich, dass eine Ware ohne die für ihre Funktion insgesamt oder für einzelne Funktionen erforderliche Software importiert wird und die Software getrennt über das Internet zur Verfügung gestellt wird und nach dem Import der Ware noch auf dieser installiert werden muss. Während in den vorangegangenen Fällen stets nur eine grenzüberschreitende Warenbewegung – inklusive der auf der Ware aufgespielten Software – erfolgte, quert hier also neben der Ware noch zusätzlich die Software in digitaler Form die Grenze. Es liegen also zwei getrennte grenzüberschreitende Bewegungen von Wirtschaftsgütern vor. Während die grenzüberschreitende Warenbewegung dem GATT unterfällt, unterfällt der grenzüberschreitende Download der Software nach hier vertretener Ansicht dem GATS. Auf die Ware können entsprechend Zölle erhoben werden, während dies für die digital übermittelte Software wegen ihrer Zuordnung zu den Dienstleistungen nicht möglich ist.⁸⁷⁵ Zur Ermittlung des Zollwerts der Ware kommen dabei die üblichen Methoden zur Anwendung, so dass entsprechend vorrangig der tatsächlich für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis maßgeblich für den Zollwert der Ware ist. Wegen der getrennten Wirtschaftsgüterbewegungen von Ware und Software und in Anbetracht dessen, dass die Software erst nach dem Import in einem weiteren Schritt noch auf die Ware aufgespielt und installiert werden muss, sind die Kosten für die Software nicht in den tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis mit einzubeziehen.⁸⁷⁶ Im Zeitpunkt ihres Imports enthält die Ware noch keine Software, sodass sich ihr Wert entsprechend auch nur aus dem Warenwert, nicht aber zusätzlich noch aus dem Wert auch der Software zusammensetzen kann. Dies gilt selbst

875 Ähnlich auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 126.

876 So auch: *Vonderbank*, in: Müller-Eiselt/Vonderbank, EU-Zollrecht/Zollwert, Fach 4270 Rn. 133 f. Siehe insofern allgemein zur Berücksichtigung von Dienstleistungskosten bei der Zollwertermittlung auch schon zuvor unter: D.II.3.a).

dann noch, wenn die digitale Lieferung der Software zum Gegenstand einer Bedingung für den Kauf der Ware gemacht wurde. Die Bedingung hat auf den Wert der Ware im Zeitpunkt ihres Imports noch keine Auswirkungen. Vielmehr wirkt sich die Installation der Software erst nach dem Import der Ware wertverändernd auf die Ware aus und bedarf zudem – wie auch bei dem Bau oder der Montage – eines zusätzlichen weiteren Arbeitsschritts.

Zwar mag es auf den ersten Blick willkürlich erscheinen, dass der Wert einer Software, die bereits auf der Ware installiert ist, in den Zollwert mit einbezogen wird, während der Wert von Software, die erst noch heruntergeladen werden und nach dem Import auf die Ware aufgespielt werden muss, nicht in den Zollwert einbezogen wird. Insofern ist die später herunter geladene Software aber vergleichbar mit Materialien, die der Käufer zusätzlich zu der Ware kauft, um die Materialien nach dem Import in die Ware einzubauen und auf diese Weise zusätzliche Funktionen zu erhalten. Auch in diesen Fällen kommt es zu einer getrennten Behandlung der Waren- und Materialimporte, während die schon vor ihrem Import umgebaute Ware als einheitliches Ganzes betrachtet wird. Entsprechend ist es auch bei dem getrennten Import von Ware und zusätzlichem Material möglich, dass die gesamte Zollbelastung für Ware und Material wegen unterschiedlicher zolltariflicher Einreihung und unterschiedlicher Zollsätze von der Zollbelastung für die schon fertig umgebaute Ware, bei der der Wert der vor dem Import eingebauten Materialien in den Zollwert der fertigen Ware einfließt und keiner eigenen tariflichen Einreihung und Verzollung unterliegt, abweicht. Letztlich ist damit die unterschiedliche Behandlung einer Ware mit aufgespielter Software und einer Ware, für die die erforderliche Software noch zusätzlich heruntergeladen und installiert werden muss, in zollwertrechtlicher Hinsicht nicht Willkür geschuldet. Ihren Grund hat die unterschiedliche Behandlung vielmehr in dem Umstand, dass jede importierte Ware in zollwertrechtlicher Hinsicht einzeln einzureihen und zu behandeln ist. Entsprechend sind getrennt voneinander importierte Wirtschaftsgüter auch anders zu behandeln als die einzelnen Wirtschaftsgüter, die schon vor dem Import zu einer fertigen Gesamtware kombiniert wurden.

III. Auswirkungen der Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen auf den Warenursprung

In ursprungsrechtlicher Hinsicht ist bei digitalen Produkten, die auf eine Ware aufgespielt werden, im Unterschied zu vielen anderen verkörpertten Dienstleistungen zu berücksichtigen, dass sich der Wert der Ware unmittelbar durch das Aufspielen bzw. Speichern verändert und die Wertsteigerung entsprechend auch einem bestimmten Verarbeitungsschritt zugeordnet werden kann. Anders als bei

vielen anderen verkörperten Dienstleistungen kann das Aufspielen des digitalen Produkts also prinzipiell einem bestimmten – also auch dem letzten – Arbeitsschritt zugeordnet werden. Zudem werden der Ware durch das Aufspielen des digitalen Produkts unmittelbar auch weitere Funktionen hinzugefügt; die Ware wird also in funktioneller Hinsicht unmittelbar durch das Aufspielen auch verändert. Entsprechend ließe sich das Aufspielen eines digitalen Produkts auf eine Ware auch als Be- oder Verarbeitung im weitesten Sinne betrachten. Auch wenn es sich hierbei um eine Wertungsfrage handelt, kann das Aufspielen eines digitalen Produktes je nach Warengruppe auch als wesentlicher Be- oder Verarbeitungsschritt betrachtet werden. Gerade Software – hierunter vor allem Betriebssysteme – ermöglicht oftmals erst, dass eine Ware überhaupt erst nutzbar und funktionsfähig wird.⁸⁷⁷ Erst durch das Aufspielen und Installieren der Software erhält die Ware also ihre eigentliche bestimmungsgemäße Funktion. In einer Gesamtbetrachtung kann das Aufspielen der Software in diesen Fällen also guten Gewissens auch als wesentlich bezeichnet werden. Insofern bestehen also bei einer Berücksichtigung auch des Aufspielvorgangs des digitalen Produkts auf eine Ware im Rahmen der Bestimmung ihres nichtpräferentiellen Ursprungs keine grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Wortlaut von Art. 3 lit. b), 9.1 lit. b) ARO. Entsprechend erübrigen sich zunächst auch Bedenken im Hinblick auf die Verfolgung wirtschaftspolitischer Interessen durch die Gestaltung nichtpräferentieller Ursprungsregeln. Solange und soweit einzelne Tätigkeiten vom Wortlaut der Ursprungsregeln erfasst sind, kann ihre Berücksichtigung bei der Bestimmung des Warenursprungs nicht *per se* schon unter Hinweis auf das Verbot der Verfolgung handelspolitischer Interessen abgewiesen werden.

In Anbetracht dessen, dass fertige digitale Produkte einfach und praktisch überall auf eine Ware aufgespielt werden können, ließe sich bei Berücksichtigung lediglich des Orts, an dem das digitale Produkt auf die Ware aufgespielt wird – bei entsprechender Gestaltung der Ursprungsregel – praktisch an jedem beliebigen Ort ein entsprechender Ursprung begründen. Dies würde jedoch in Anbetracht dessen, dass der Aufspielprozess im Vergleich zum Herstellungsprozess des digitalen Produkts praktisch unbedeutend ist, nicht der wirtschaftlichen Realität gerecht werden. Es müsste vielmehr auch berücksichtigt werden, welchen Ursprung das digitale Produkt selbst hat. Wegen der hier vertretenen Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen kann insofern auf die vorherigen Ausführungen⁸⁷⁸ zur Bestimmung des Ursprungs des digitalen Produkts verwiesen werden.

877 Vgl. das Beispiel bei: *National Board of Trade Sweden*, Rules of Origin for the 21st Century, 2020, S. 12.

878 Siehe zuvor unter: D.I.3.b)cc)(4).

Entsprechend ist aber auch hier zu berücksichtigen, dass die Ursprungsregeln in Bezug auf Dienstleistungen nicht stets die eindeutige Bestimmbarkeit des Ursprungs der Dienstleistung ermöglichen. Sollen auch digitale Produkte und deren Ursprung im Zuge der Bestimmung des Warenursprungs berücksichtigt werden, muss also stets auch eine Alternativregelung zur Bestimmung des Warenursprungs vorgesehen werden, die herangezogen werden kann, wenn der Ursprung des digitalen Produkts nicht bestimmt werden kann. Die Schaffung neuer Regelungen zur Bestimmung des Ursprungs digitaler Produkte für Zwecke der Bestimmung des Warenursprungs würde auch hier die Bestimmung des Warenursprungs weiter erschweren, was aus präferentieller Sicht zumindest den Nutzen einer solchen Regelung in Frage stellt und sich in nichtpräferentieller Hinsicht im Hinblick auf die erforderliche Einfachheit der Ursprungsbestimmung verbietet.

Konkret lässt sich der Ursprung eines digitalen Produkts bei der Bestimmung des Warenursprungs am ehesten mit Hilfe des *value added criterion* berücksichtigen. In Anlehnung an die in Bezug auf die Zuordnung von Software zu den verschiedenen Arten von Beistellungen vertretene Ansicht, wonach Software für Zwecke der Zollwertbestimmung den

*„materials, components, parts and similar items incorporated in the imported goods“*⁸⁷⁹

zuzuordnen ist,⁸⁸⁰ ließe sich auch insofern der Bereich der erfassten Materialien auch auf die auf der hergestellten Ware aufgespielten digitalen Produkte als „immaterielle Bestandteile“⁸⁸¹ ausdehnen. Der hieraus folgende Mehraufwand bei der Ermittlung des Ursprungs im Hinblick auf die Menge der zu berücksichtigenden Faktoren wird in den meisten Fällen überschaubar bleiben, da sich die Anzahl der aufgespielten digitalen Produkte regelmäßig in einem überschaubaren Bereich halten wird. Gleichwohl sind insofern Schwierigkeiten bei der genauen Ermittlung des konkreten Werts der aufgespielten digitalen Produkte im Hinblick auf die einzelne Ware zu befürchten. Infolge von Skaleneffekten sinkt der Wert des einzelnen aufgespielten digitalen Produkts mit jeder weiteren Ware, auf die das digitale Produkt aufgespielt wird. Anders als die materiellen Bestandteile einer Ware, lassen sich digitale Produkte beliebig oft vervielfältigen und auf weitere Waren aufspielen. Der Wert des einzelnen digitalen Produkts lässt sich lediglich dann eindeutig und objektiv bestimmen, wenn die Anzahl der Waren, auf die das

879 Art. 8.1 lit. b)(i) CVA.

880 Siehe zuvor unter: E.II.1.a)

881 EuGH, Urt. v. 10.09.2020 – C-509/19, ECLI:EU:C:2020:694, *BMW Bayerische Motorenwerke AG* Rn. 20.

digitale Produkt aufgespielt werden darf, von vorneherein, beispielsweise im Rahmen eines Lizenzabkommens, begrenzt wird.

Alternativ zu dem *value added criterion* ließe sich das Aufspielen des digitalen Produkts auch unter dem *specified processing criterion* als konkreter ursprungs-begründender Herstellungsschritt definieren.⁸⁸² Um zu vermeiden, dass allein das bloße Aufspielen schon ursprungs-begründend wirkt, müsste das digitale Produkt als weitere Bedingung zusätzlich noch seinen Ursprung in demselben Land haben, in dem es auf die Ware aufgespielt wird. Anders als das *value added criterion* bietet das *specified processing criterion* allerdings unmittelbar keine Möglichkeit zu berücksichtigen, wie wichtig das digitale Produkt für die gesamte Ware bzw. für deren Gesamtwert ist. Dies ließe sich jedoch beheben, indem zum einen das Aufspielen eines digitalen Produkts im Rahmen des *specified processing criterion*s lediglich für bestimmte Warengruppen, bei denen das digitale Produkt typischerweise einen wichtigen Beitrag zum Gesamtwert bzw. zur Gesamtfunktion der Ware hat, als Ursprungskriterium festgelegt wird, und zum anderen die Art des digitalen Produkts begrenzt wird, beispielsweise in der Form, dass lediglich dem Aufspielen von Betriebssystemen ursprungs-begründende Wirkung zugeschrieben wird. Alternativ wäre auch die Kombination mit der Voraussetzung, dass die Software einen Mindestanteil an dem Gesamtwarenwert ausmachen muss, denkbar.

Zusammenfassend lässt sich damit in Bezug auf die Folgen der Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen in ursprungsrechtlicher Hinsicht festhalten, dass eine gezielte Berücksichtigung auch des Aufspielens des digitalen Produkts und seines Ursprungs bei der Bestimmung des Warenursprungs – anders als bei verkörperten Dienstleistungen insgesamt – durchaus möglich und vor allem auch im Hinblick auf den nichtpräferentiellen Ursprung mit dem Wortlaut von Art. 3 lit. b), 9.1 lit. b) ARO vereinbar ist. Nichtsdestotrotz lassen sich hierbei aber auch Schwierigkeiten insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung des Ursprungs des digitalen Produkts, wie auch der Aufteilung des Werts des digitalen Produkts auf die einzelnen Waren, auf die es aufgespielt wurde, feststellen, sodass auch eine alternative Ursprungsregel erforderlich ist, die ohne die Berücksichtigung auch des digitalen Produkts auskommt.

882 Vgl. in diesem Sinne auch: *National Board of Trade Sweden, Rules of Origin for the 21st Century*, 2020, S. 13.

F. Verhältnis von GATT und GATS

Bei den produktbegleitenden Dienstleistungen, wie auch bei den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen kann es vorkommen, dass Maßnahmen in Bezug auf den einen Teil der Leistung, also in Bezug auf die Ware oder die Dienstleistung, zugleich auch den anderen Teil – zumindest mittelbar – beeinträchtigen. Ebenso ist es denkbar, dass eine Maßnahme nicht unmittelbar auf die Regulierung des Waren- oder Dienstleistungshandels gerichtet ist, dabei aber dennoch tatsächlich den Handel mit einer Ware und einer produktbegleitenden Dienstleistung oder einem nutzungs-/ergebnisorientierten System beeinträchtigt und sich nicht ohne Weiteres feststellen lässt, welches Handelssubjekt vorrangig betroffen ist.⁸⁸³ Da sich GATT und GATS inhaltlich nicht decken, sind Konflikte zwischen den einzelnen Regelungen der jeweiligen Übereinkommen in solchen Fällen durchaus denkbar. Während Art. XVI:3 WTOA eine Bestimmung zu Kollisionen zwischen dem WTOA und den einzelnen Handelsabkommen und die Allgemeine Auslegungsregel zum Anhang 1A zum WTOA eine Bestimmung zu Kollisionen zwischen dem GATT und den anderen im Anhang 1A enthaltenen Übereinkommen zum Warenhandel vorsehen, existiert eine vergleichbare Regelung für das Verhältnis zwischen dem GATT und dem GATS nicht. Damit Konflikte zwischen GATT und GATS aber überhaupt erst möglich sein können, müssten beide Abkommen zunächst einmal nebeneinander anwendbar sein, dürften sich also nicht gegenseitig ausschließen. Dass sich GATT und GATS nicht gegenseitig ausschließen, ist in mehreren Entscheidungen des Appellate Body klargestellt worden. Diese Entscheidungen sollen daher zunächst dargestellt werden, um im Anschluss darzustellen, welche Konflikte zwischen GATT und GATS überhaupt potentiell möglich sind. Im Anschluss werden aus dem internationalen Recht bereits bekannte Konfliktlösungsregeln und Konfliktlösungsvorschläge aus der Literatur zum Verhältnis von GATT und GATS dargestellt und beurteilt. Auf diese Weise soll abschließend ein eigener Lösungsansatz vorgestellt werden.

I. WTO-Entscheidungen zum Verhältnis von GATT und GATS

Der Appellate Body hat sich bislang erst in einigen wenigen Entscheidungen mit dem Verhältnis zwischen GATT und GATS auseinandergesetzt. Dabei hat er stets

883 Vgl. das Beispiel bei: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (711 f.).

festgestellt, dass GATT und GATS grundsätzlich auch nebeneinander Anwendung finden können. Im Folgenden sollen daher zunächst diejenigen Entscheidungen der WTO-Streitschlichtungsorgane dargestellt werden, in denen die Frage nach der parallelen Anwendbarkeit von GATT und GATS aufgeworfen wurde.

1. *Canada – Periodicals*⁸⁸⁴

In dem Verfahren *Canada – Periodicals* stellte der Appellate Body erstmals ausdrücklich fest, dass Verpflichtungen aus dem GATT und dem GATS nebeneinander stehen können, und dass das eine Übereinkommen das andere nicht verdrängt.⁸⁸⁵ Auch wenn der Appellate Body letztlich darauf verzichtete,⁸⁸⁶ zu prüfen, ob Überschneidungen der Anwendungsbereiche von GATT und GATS generell möglich sind, ist die Entscheidung vor allem im Hinblick auf die Argumente für die Zuordnung einer Maßnahme zum Anwendungsbereich des GATT interessant.

In der Sache hatten die USA das WTO-Streitbeilegungsverfahren wegen bestimmter kanadischer Maßnahmen⁸⁸⁷ in Bezug auf sogenannte „*Split-Run*“-Zeitschriften⁸⁸⁸ in die Wege geleitet. Unter anderem hatte Kanada zum Schutz kanadischer Zeitschriftenverlage – in Reaktion auf die Ankündigung der amerikanischen *Sports Illustrated*, in Kanada eine eigene „*Split-Run*“-Ausgabe herauszugeben⁸⁸⁹ – eine Verbrauchssteuer in Höhe von 80 % der Brutto-Anzeigegebühren aller in einer „*Split-Run*“-Ausgabe enthaltenen Werbeanzeigen eingeführt.⁸⁹⁰ Die

884 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals*; WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals*.

885 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 19.

886 Beide Parteien (Kanada und USA) waren übereinstimmend der Meinung, dass die Frage möglicher Überschneidungen der Anwendungsbereiche in der Sache nicht relevant ist (WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 19). Das Panel hatte die Möglichkeit von Überschneidungen hingegen ausdrücklich bejaht und sogar vorhergesagt, dass solche Überschneidungen mit zunehmender Technologisierung und Globalisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten zunehmen werden (WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 5.18).

887 Siehe zum Hintergrund dieser Maßnahmen: *Charmody*, Law & Pol’y Int’l Bus. 2/1999, 231 (277 ff.).

888 „*Split-Run*“-Zeitschriften sind Zeitschriften, die mit im Wesentlichen gleichen redaktionellen Inhalt aber unterschiedlichen Werbeanzeigen für verschiedene Märkte produziert werden.

889 *Charmody*, Law & Pol’y Int’l Bus. 2/1999, 231 (287). Vgl. auch: WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 3.25 f.

890 WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 2.6.

USA sahen durch diese Verbrauchssteuer Art. III:2 GATT verletzt, wonach importierte ausländische Waren weder direkt noch indirekt höheren Steuern oder anderen Abgaben als gleichartige inländische Waren unterliegen dürfen.⁸⁹¹ Kanada argumentierte dagegen, dass der Anwendungsbereich des GATT schon gar nicht eröffnet sei, da durch die Verbrauchssteuer die Einnahmen aus den verkauften Anzeigen besteuert würden und der Verkauf von Anzeigen eine Dienstleistung sei, sodass allein das GATS einschlägig sei; in Bezug auf Werbedienstleistungen habe Kanada in seiner Liste aber keine Zugeständnisse gemacht, gegen die die Verbrauchssteuer hätte verstoßen können.⁸⁹² Darüber hinaus argumentierte Kanada vor dem Appellate Body, dass das GATT nicht allein aufgrund des Umstands, dass eine Dienstleistung eine Ware als Kommunikationsmedium nutzt, herangezogen werden dürfe gegen Maßnahmen, die sich ersichtlich nur auf diese Dienstleistungen beziehen.⁸⁹³

Weder das Panel noch der Appellate Body folgten der Argumentation Kanadas. Der Appellate Body stellte insofern zunächst dar, dass es sich bei einer Zeitschrift um eine Ware handelt – auch wenn diese einen Dienstleistungsanteil haben mag.⁸⁹⁴ Den Dienstleistungsanteil einer Ware, also die in der Ware verkörperten Dienstleistungen, hielt der Appellate Body hingegen für unerheblich im Hinblick auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des GATS.⁸⁹⁵ In Anbetracht dessen, dass die Maßnahme eindeutig an eine Ware anknüpft, sah er eine Prüfung von Kanadas Rechten und Pflichten nach dem GATS als nicht angebracht an.⁸⁹⁶ Bereits nach dem Titel „*Tax on Split-Run Periodicals*“ des entsprechenden Verbrauchssteuergesetzes werde zudem an eine Zeitschrift und nicht an die darin enthaltene Werbung angeknüpft.⁸⁹⁷ Hinzu komme, dass die Verbrauchssteuer nach

891 WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 3.32.

892 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 4; WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 3.34 f.

893 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 3.

894 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17.

895 Siehe insofern auch schon zuvor unter: D.I.

896 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 20.

897 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 17.

ihrer ursprünglichen Intention⁸⁹⁸ eine Ergänzung zu dem kanadischen Zolltarifcode 9958 sei,⁸⁹⁹ der zusammen mit einer Regelung im kanadischen Zolltarif ein Importverbot auf „*Split-Run*“-Zeitschriften verhängte. Daher müsse auch die Verbrauchssteuer im gleichen Licht, wie auch das Importverbot, betrachtet werden.⁹⁰⁰ Neben diesen eher technischen Argumenten sah der Appellate Body es auch als erheblich an, dass die Verbrauchssteuer auf die Zeitschrift pro Ausgabe erhoben wird und daher der Herausgeber, Vertriebshändler, Drucker oder Großhändler, jedenfalls aber nicht der Inserent die Verbrauchssteuer schuldet.⁹⁰¹ Für den Appellate Body war damit von wichtiger Bedeutung für die Frage, ob eine Maßnahme sich auf Dienstleistungen oder Waren bezieht, welche Intention eine Maßnahme hat und wen oder was die Maßnahme nach Art und Anwendung in erster Linie tatsächlich trifft.

Letztlich verdeutlicht die Entscheidung, dass bei Maßnahmen in Bezug auf eine Ware nicht parallel auch noch das GATS für die in der Ware verkörperten Dienstleistungen Anwendung finden kann. Insofern ist ein Nebeneinander von GATT und GATS bei verkörperten Dienstleistungen also nach dem Appellate Body nicht möglich.

2. **EC – Bananas III**⁹⁰²

Während in der Entscheidung *Canada – Periodicals* die Frage, ob sich die Anwendungsbereiche von GATT und GATS auch überschneiden können, vom Appellate Body noch offengelassen wurde, bejahte er diese Frage nunmehr erstmals in der Entscheidung *EC – Bananas III*. Dort stellte der Appellate Body dar:

„There is yet a third category of measures that could be found to fall within the scope of both the GATT 1994 and the GATS. These are measures that involve a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a particular good. In all such cases in this third category, the measure in question could be scrutinized under both the GATT 1994 and the GATS. However, while

898 Siehe hierzu: WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 3.25.

899 Siehe hierzu: WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 2.2 ff.

900 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 18.

901 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 18.

902 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III*; WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III*.

*the same measure could be scrutinized under both agreements, the specific aspects of that measure examined under each agreement could be different. Under the GATT 1994, the focus is on how the measure affects the goods involved. Under the GATS, the focus is on how the measure affects the supply of the service or the service suppliers involved.*⁹⁰³

Danach soll es also durchaus möglich sein, dass eine bestimmte Maßnahme sowohl im Lichte des GATT als auch des GATS zugleich zu betrachten ist. Dabei sollen die einzelnen Facetten der Maßnahme und ihre Auswirkungen sowohl in Bezug auf die betroffenen Waren als auch in Bezug auf die betroffenen Dienstleistungen und Dienstleistungsanbieter jeweils im konkreten Einzelfall zu durchleuchten sein.⁹⁰⁴

In der Sache griffen mehrere Länder, in denen Bananen angebaut werden,⁹⁰⁵ und die USA im Interesse der dort ansässigen Fruchthandels-Großkonzerne⁹⁰⁶ einzelne Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13. Februar 1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen⁹⁰⁷ (GMOB) an. Die GMOB sah infolge der Errichtung eines gemeinsamen europäischen Binnenmarkts zum Schutz⁹⁰⁸ der europäischen Bananenerzeuger⁹⁰⁹ (EG-Bananen) und der traditionellen Bananenerzeuger unter den AKP-Staaten⁹¹⁰ (AKP-Bananen) vor der von US-amerikanischen Unternehmen⁹¹¹ dominierten Konkurrenz aus

903 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221.

904 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221.

905 Namentlich: Ecuador, Guatemala, Honduras und Mexiko. Als Drittparteien (Art. 10.2 DSU) haben Belize, Kamerun, Kolumbien, Costa Rica, Dominica, die Dominikanische Republik, Ghana, Grenada, Jamaika, Japan, Nicaragua, St. Lucia, St. Vincent und die Grenadinen, Senegal, Suriname und Venezuela an dem Streitverfahren teilgenommen.

906 Komuro, JWT 5/2000, 1 (11 f.); Maurer, Die Marktordnung für Bananen, 2001, S. 86.

907 ABl. 1993 Nr. L 47/1.

908 Vgl. insb. Erwägungsgründe 3, 10 und 11 zur GMOB; siehe zu den Hintergründen auch: Komuro, JWT 5/2000, 1 (2 ff.); Tangermann, in: Josling/Taylor (Hrsg.), *Banana Wars*, 2003, 17 (19 ff.); Wolffgang, ZfZ 6/1996, 162 (162 f.).

909 Europäische Bananen wurden bzw. werden u.a. auf den Kanarischen Inseln, Martinique, Guadeloupe, Madeira, den Azoren, an der Algarve, Kreta und in Lakonien angebaut (Komuro, JWT 5/2000, 1 (S. 3 Fn. 7)).

910 Bei den sog. AKP-Staaten (Afrika, Karibik, Pazifik) handelt es sich um eine Gruppe von mittlerweile 79 Ländern, die zu einem großen Teil ehemalige Kolonien europäischer Staaten sind. Traditionelle Bananenerzeuger unter ihnen waren die Elfenbeinküste, Kamerun, Suriname, Somalia, Jamaika, St. Lucia, St. Vincent und die Grenadinen, Dominica, Belize, Kap Verde, Grenada und Madagaskar (vgl. Anhang zur GMOB).

911 Der weltweite Bananen-Handel wurde von den drei Firmen *Chiquita Brands International*, *Dole Food Co.* und *Del Monte* dominiert, die ihre Bananen im Wesentlichen aus

Süd- und Mittelamerika (Dollarbananen) ein System mit unterschiedlichen Zollsätzen und Einfuhrkontingenten vor. Aufgrund schlechterer klimatischer Bedingungen, oftmals wesentlich kleineren Anbauflächen, höheren Lohn- und Transportkosten und einer geringeren Qualität waren die EG- und AKP-Bananen den Dollarbananen gegenüber im freien Wettbewerb sonst nicht konkurrenzfähig.⁹¹² Während EG-Bananen daher durch besondere Regelungen für EG-Erzeugerorganisationen (Titel II) und verschiedene Beihilfen (Titel III) besonders gefördert werden sollten, wurden in Titel IV Regelungen für die Einfuhr von Bananen aus Drittländern (AKP- und Dollarbananen) geschaffen. Danach sollten AKP-Bananen aus den traditionellen AKP-Erzeugerländern bis zur Höhe der bisherigen Einfuhren (insg. 857.700 Tonnen;⁹¹³ traditionelle AKP-Bananen) zollfrei eingeführt werden dürfen. Darüber hinaus wurde ein Kontingent für die über die traditionellen Einfuhrmengen aus AKP-Staaten hinausgehenden Importe (nicht-traditionelle AKP-Bananen) und für Dollarbananen von ursprünglich 2 Mio. Tonnen festgelegt, das sich an den Verbrauchsmengen in der Union orientierte.⁹¹⁴ Innerhalb dieses Kontingents sollten die nichttraditionellen AKP-Bananen zollfrei eingeführt werden dürfen, während auf Dollarbananen ein Gewichtszoll von 100 ECU⁹¹⁵/Tonne erhoben wurde. Auf über das Einfuhrkontingent hinausgehende Einfuhren wurde ein Prohibitivzoll⁹¹⁶ von 750 ECU/Tonne für nichttraditionelle AKP-Bananen und von 850 ECU/Tonne für Dollarbananen erhoben.⁹¹⁷ Zusätzlich war für alle Bananeneinfuhren eine Einfuhrbescheinigung erforderlich (Art. 17 GMOB). Diese Einfuhrbescheinigungen wurden in Bezug auf das Zollkontingent auf die Vermarkter von Dollar- und/oder nichttraditionellen AKP-Bananen (66,5 %), auf die Vermarkter von EG- und/oder traditionellen AKP-Bananen (30 %) – unabhängig davon, ob sie zuvor in dem von dem Zollkontingent betroffenen Marktsegment tätig waren – und auf sog. Newcomer, die erst 1992 mit der Ver-

Ecuador, Costa Rica, den Philippinen, Kolumbien, Panama, Guatemala und Honduras erhielten, *Paggi/Spreen*, in: Josling/Taylor (Hrsg.), *Banana Wars*, 2003, 7 (12 f.).

912 *Maurer*, Die Marktordnung für Bananen, 2001, S. 9 ff.; *Wolffgang*, ZfZ 6/1996, 162 (162).

913 Siehe zur Aufteilung den Anhang zur GMOB.

914 Art. 18 Abs. 1 GMOB.

915 European Currency Unit; Währungseinheit, die mit Einführung des Europäischen Währungssystems Anfang 1979 geschaffen wurde und Vorgängerin des Euro war, *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Losebl. (Stand: April 2017), Art. 320 AEUV Rn. 6 ff.

916 *Wolffgang*, ZfZ 6/1996, 162 (163).

917 Art. 18 Abs. 2 GMOB.

marktung von Dollar- und/oder nichttraditionellen AKP-Bananen begonnen hatten, (3,5 %) anhand ihrer bisherigen Marktanteile aufgeteilt (Art. 19 Abs. 1, 2 GMOB).⁹¹⁸

Die Beschwerdeführer sahen durch diese Regelungen nicht bloß Bestimmungen des GATT verletzt,⁹¹⁹ sondern rügten darüber hinaus unter anderem, dass das Lizenzsystem und die Verteilung der zur Verfügung stehenden Lizenzen zu Ungleichbehandlungen ausländischer Bananenhändler als „*suppliers of ,wholesale trade services‘*“⁹²⁰ untereinander sowie auch gegenüber inländischen Anbietern führe. Entsprechend sahen sie neben den GATT-Regelungen auch Art. II (Meistbegünstigungsprinzip) und Art. XVII GATS (Gebot der Inländerbehandlung) verletzt.⁹²¹ Auffallend ist dabei, dass die Beschwerdeführer durch dieselbe Maßnahme – nämlich das Lizenzsystem – sowohl Vereinbarungen des GATT, als auch des GATS verletzt sahen.

Aus Sicht der EG war das GATS hingegen schon gar nicht anwendbar, da die streitgegenständlichen Maßnahmen ersichtlich der Regulierung des Handels mit Waren – nämlich mit Bananen – dienten und der Handel mit Dienstleistungen allenfalls mittelbar betroffen sei; GATT und GATS schlossen sich aber gegenseitig in der Weise aus, dass sie nur Anwendung finden könnten, wenn eine Maßnahme den Waren- oder Dienstleistungshandel direkt betrifft.⁹²² Hinzukomme, dass infolge der Schaffung von Freihandelszonen (Art. XXIV GATT) oder der Befreiung eines Mitglieds von seinen Verpflichtungen nach Art. XXV:5 GATT eigentlich zulässige Ungleichbehandlungen bei Geltung des GATS auch bei indirekter

918 Diese Aufteilung der Einfuhrlicenzen in Bezug auf das Kontingent auch auf Vermarkter von EG- und traditionellen AKP-Bananen, und der Umstand, dass die Einfuhrlicenzen insofern übertragbar waren (Art. 13 VO (EG) Nr. 1442/93, ABl. 1993 Nr. L 142/6.), führte zu einem regen Handel mit den Lizenzen zugunsten der Vermarkter von EG- und/oder traditionellen AKP-Bananen und zulasten der Vermarkter von Dollarbananen. Das war ein wesentlicher Grund dafür, dass sich die Bananen auf dem deutschen Markt infolge der Einführung der GMOB erheblich verteuerten. Siehe hierzu ausführlich: *Maurer*, Die Marktordnung für Bananen, 2001, S. 53 ff. Siehe auch: WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.336.

919 Siehe zu den Verletzungen im Detail: WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 4.369 ff. Siehe auch die Zusammenfassung bei: *Komuro*, JWT 5/2000, 1 (16 ff.).

920 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.274.

921 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 4.676 ff. Siehe auch die Zusammenfassung bei: *Komuro*, JWT 5/2000, 1 (18 ff.).

922 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 4.614, 4.617 f.

Betroffenheit des Dienstleistungshandels angegriffen werden könnten und damit letztlich unwirksam würden.⁹²³

Weder das Panel,⁹²⁴ noch der Appellate Body⁹²⁵ folgten der Argumentation der EG. Dabei führte insbesondere das Panel ausführlich aus, dass der Anwendungsbereich des GATS weit zu verstehen sei. Die Argumentation wurde dabei im Wesentlichen auf Art. I:1 GATS⁹²⁶ gestützt. Die Verwendung des Begriffs „*affecting*“ zeige, dass maßgeblich sei, welchen Effekt eine bestimmte Maßnahme hat, unabhängig davon, welchen Regelungsbereich sie unmittelbar vor Augen hatte.⁹²⁷ Zudem sei der Begriff „*affecting*“ auch schon vor Einführung des GATS unter dem GATT 47 weit verstanden worden, sodass nicht nur unmittelbar den Kauf und Verkauf von Waren regelnde Maßnahmen erfasst wurden.⁹²⁸ Das Panel konnte zudem weder dem GATT, noch dem GATS Regelungen entnehmen, die darauf schließen ließen, dass sich die beiden Übereinkommen gegenseitig ausschließen. Zudem befürchtete das Panel, dass anderenfalls Verpflichtungen und Zugeständnisse der Länder unter einem Übereinkommen leicht umgangen werden könnten, wenn keine Möglichkeit bestünde, auch Maßnahmen, die sich nur indirekt auf den Handel mit Waren oder Dienstleistungen auswirken, anzugreifen.⁹²⁹

Der Appellate Body schloss sich der Argumentation des Panels insoweit ohne Nennung zusätzlicher Argumente vollständig an und kam zu der schon eingangs zitierten Feststellung. Bemerkenswert ist insofern aber, dass allein das Panel auf die von der EG angesprochene Konsequenz möglicher Konflikte zwischen den Übereinkommen bei zeitgleicher Anwendung auf dieselbe Maßnahme einging. Da das Panel einen solchen Konflikt in der Sache aber nicht gegeben sah, blieb es eine Antwort auf die von der EG angesprochene Konsequenz schuldig und wies nur darauf hin, dass Ausnahmen entsprechend umsichtig entworfen werden müssten und sich die wesentlichen Ausnahmevorschriften von GATT und GATS zumindest ähneln.⁹³⁰

923 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 43; WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 4.618.

924 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.277 ff.

925 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 220 ff.

926 Art. I:1 GATS: „*This Agreement applies to measures by Members affecting trade in services.*“

927 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.280.

928 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.281.

929 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.283.

930 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.284.

Mit diesem sehr weiten Ansatz haben das Panel und der Appellate Body der Exklusivität von GATT und GATS in Bezug auf dieselbe Maßnahme eine klare Absage erteilt. Damit bleiben sie dem weit verstandenen Anwendungsbereich von GATT und GATS treu. Anders als im Fall *Canada – Periodicals*, in dem die Dienstleistung in der Ware verkörpert war, lag hier mit den Großhandelsdienstleistungen auch eine produktbegleitende Dienstleistung neben der Ware vor, die zeitgleich von der auf die Ware bezogenen Maßnahme betroffen war. Zumindest das von *Peng* angesprochene Zuordnungsproblem bei Maßnahmen, die sowohl den Waren- als auch den Dienstleistungshandel betreffen, ohne dass sich sagen lässt, welcher Handelsgegenstand vorrangig von der Maßnahme betroffen ist,⁹³¹ relativiert sich damit im Grundsatz. Bei einer parallelen Anwendbarkeit des GATT und seiner Zusatzübereinkommen und dem GATS bestehen zunächst auch einmal die jeweiligen Rechte und Pflichten nebeneinander und müssen entsprechend auch zeitgleich von den Mitgliedern bei der Gestaltung ihrer Maßnahmen berücksichtigt werden. Gleichwohl ist der gewählte weite Ansatz und das daraus folgende Nebeneinander von GATT und GATS nicht ganz unproblematisch. So berücksichtigt das Panel nicht, dass es in Anbetracht des Listenansatzes des GATS, wonach die Mitglieder weitestgehend frei entscheiden können, in welchen Dienstleistungsbereichen sie welche Zugeständnisse machen und Verpflichtungen eingehen, durchaus wahrscheinlich ist, dass Mitglieder Maßnahmen treffen dürfen, die den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen, zugleich aber auch mittelbar den Warenhandel beeinträchtigen. Entsprechend kann dieselbe Maßnahme mangels entsprechender Zugeständnisse nach dem GATS zulässig sein, zeitgleich aber gegen Vorschriften des GATT verstoßen. Durch das weite Verständnis des Panels und des Appellate Bodys von dem Begriff „affecting“ drohen solche Konflikte sogar eher gefördert zu werden. Wie solche Konflikte in Zukunft zu lösen sein sollen hat der Appellate Body hingegen nicht ausgeführt, sondern lediglich vage angedeutet, dass stets im Einzelfall entschieden werden muss, ob die Maßnahme entweder unter dem GATT oder dem GATS oder unter beiden Übereinkommen gemeinsam zu überprüfen ist.⁹³²

3. *Canada – Autos*⁹³³

In der Entscheidung *Canada – Autos* beklagten Japan und die EG Verstöße Kanadas unter anderem gegen das GATT und das GATS durch dieselbe Maßnahme

931 Vgl.: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (712 f.).

932 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, *EC – Bananas III* Rn. 221. Siehe auch: *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 4 Rn. 76.

933 WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos*; WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos*.

– die kanadische Umsetzung des Canada-United States Automotive Products Agreement (Auto Pact). Die kanadische Umsetzung des Auto Pacts erlaubte es einigen Autoherstellern, die traditionellerweise in Kanada produzierten und bestimmte Kriterien⁹³⁴ erfüllten, Autos zollfrei in Kanada zu importieren.⁹³⁵ Die Beschwerdeführer sahen durch diese Regel den Handel mit Großhandelsdienstleistungen in Bezug auf Autos beeinträchtigt, da Autohersteller, die von der Zollbefreiung profitierten, anderen Autogroßhändlern gegenüber, die keine entsprechende Zollbefreiung erhielten, besser gestellt würden.⁹³⁶ Unter Berufung auf die Entscheidung des Appellate Bodys in der Sache *EC – Bananas III* ging das Panel von einem weiten Anwendungsbereich des GATS aus, hielt es aber nicht für nötig, zu prüfen, ob die Zollbefreiung den Dienstleistungshandel tatsächlich beeinträchtigte und der Anwendungsbereich nach Art. I:1 GATS damit eröffnet ist, sondern ging unmittelbar dazu über, die Zollbefreiung im Lichte einzelner GATS-Vorschriften zu überprüfen.⁹³⁷

Bei der Überprüfung der Entscheidung des Panels bestätigte der Appellate Body zwar seine Entscheidung in der Sache *EC – Bananas III* im Hinblick auf den weit zu verstehenden Anwendungsbereich des GATS.⁹³⁸ Allerdings stellte der Appellate Body deutlich klar, dass es das Panel versäumt habe, vorab zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des GATS überhaupt eröffnet ist.⁹³⁹ Nach Ansicht des Appellate Body müsse vorab im Rahmen von Art. I:1 GATS stets geprüft werden, ob Handel mit Dienstleistungen im konkreten Einzelfall tatsächlich vorliegt und

934 Siehe hierzu genauer: WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 2.3. Siehe auch die Zusammenfassung bei: *Bhala/Gantz*, *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 1/2001, 1 (22 ff.).

935 Siehe zu den Hintergründen: *Holmes*, in: *Irish* (Hrsg.), *The Auto Pact*, 2004, 3 (4 ff.).

936 WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 6.711, 6.726.

937 WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 10.234. Allerdings wurde diese Frage im Rahmen der Prüfung einer Verletzung von Art. II GATS zumindest theoretisch geprüft und mit der Begründung, dass – ebenso wie in der Sache *EC – Bananas III* – auch hier bestimmten Großhändlern leichtere Importbedingungen ermöglicht würden, als anderen, bejaht (WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 10.246). Der Appellate Body rügte aber auch insoweit, dass es das Panel unterlassen habe, auch insofern tatsächliche Feststellungen zu machen (WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 181).

938 WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 158 ff.

939 WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 165.

ob die streitgegenständliche Maßnahme sich hierauf tatsächlich auch auswirkt.⁹⁴⁰ Allein weil es das Panel versäumt hatte, in tatsächlicher Hinsicht den kanadischen Automarkt zu untersuchen, und dabei zu prüfen, welche Unternehmen tatsächlich Großhandelsdienstleistungen anbieten – ob also letztlich auch die von der Zollbefreiung betroffenen Autohersteller solche Dienstleistungen anbieten – wies es die Entscheidung des Panels insofern zurück.⁹⁴¹

Bemerkenswert ist an der Entscheidung jedoch, dass der Appellate Body offenbar nicht abgeneigt ist, dem Argument der EG und Japans, dass die Zollbefreiung GATS-widrig einigen Großhändlern bessere Konditionen ermögliche als anderen, grundsätzlich zu folgen.⁹⁴² Eine sicher erhellende Entscheidung des Appellate Body in Bezug auf die Frage, wie weit der Anwendungsbereich des GATS im Hinblick auf das Wort „*affecting*“ ist, scheiterte damit letztlich allein daran, dass das Panel versäumt hatte, tatsächliche Feststellungen in Bezug auf die Gestaltung des kanadischen Automarkts und die Auswirkungen des Auto Pacts auf den Handel mit Auto-Großhandelsdienstleistungen in Kanada zu machen.

Wie Kanada aber nicht völlig zu Unrecht mehrfach betonte, droht ein solch weites Verständnis letztlich sehr häufig dazu zu führen, dass Zollbefreiungen auch eine Benachteiligung von Händlern der entsprechenden Ware und damit eine mögliche Verletzung des GATS mit sich bringen würden.⁹⁴³ Kanada wies zudem darauf hin, dass in einem Nachtrag zu den Hinweisen zur Erstellung der GATS-Listen⁹⁴⁴ klargestellt worden sei, dass das Recht, Zölle zu erheben, sowie Regelungen in Bezug auf den Warenverkehr nicht in die Listen mitaufzunehmen sind, da solche Maßnahmen Gegenstand des GATT sind.⁹⁴⁵ Allein der Umstand, dass für die Zollbefreiung von dem importierenden Autohersteller bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen sind, und die Zollbefreiung daher nicht allein an die Ware anknüpft, weicht von den sonst üblichen Gestaltungen in Bezug auf die Erhebung bzw. Befreiung von Zöllen ab.

940 WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 155. Kritisch hierzu aber: *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (225 f.).

941 WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 164.

942 Vgl.: WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 166, 183.

943 WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 6.747, 6.820, 6.824.

944 *GATT Group of Negotiations on Services*, Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, Addendum, MTN.GNS/W/164/Add.1, 1993, S. 2, Frage 6.

945 WTO-Panel, Report v. 11.02.2000 – WT/DS139, 142/R, *Canada – Autos* Rn. 6.740.

II. Potentielle Konflikte zwischen GATT und GATS

In der WTO-Streitschlichtung spielte der Konflikt-Begriff bislang vor allem im Zusammenhang mit der Allgemeinen Auslegungsregel zu Anhang 1A zum WTOA eine Rolle.⁹⁴⁶ Diesbezüglich hat das Panel zunächst festgestellt, dass ein Konflikt dann besteht, wenn eine Verpflichtung aus dem GATT und eine Verpflichtung aus einem der anderen im Anhang 1A genannten Übereinkommen einander derart gegenüber stehen, dass sie nicht zeitgleich befolgt werden können; darüber hinaus soll ein Konflikt vorliegen, wenn ein Übereinkommen etwas ausdrücklich erlaubt, das das andere Übereinkommen verbietet.⁹⁴⁷ In nachfolgenden Entscheidungen wurde der Konflikt-Begriff hingegen dahingehend enger verstanden, dass ein Konflikt nur im ersten Fall vorliegen soll.⁹⁴⁸ Schließlich könnte ein Konflikt im zweiten Fall vermieden werden, indem auf die Inanspruchnahme eines bestimmten Erlaubnistatbestands zugunsten der Verpflichtung aus einem anderen Übereinkommen verzichtet wird.⁹⁴⁹

Ein derart enges Begriffsverständnis würde jedoch bereits bestehende Rechte bei neu hinzukommenden Pflichten immer stärker einschränken und damit zunichtemachen.⁹⁵⁰ Zudem dürfen nach dem Prinzip effektiver Vertragsauslegung Verträge nicht so ausgelegt werden, dass dadurch einzelne Rechte oder Pflichten ihre Bedeutung verlieren.⁹⁵¹ Geht man aber davon aus, dass im Falle eines Verbots nach dem einen Übereinkommen und einer ausdrücklichen Erlaubnis nach einem anderen Übereinkommen ein Konflikt von vornherein nicht vorliege, da das Mitglied verpflichtet sei, sich ungeachtet des Erlaubnistatbestands in jedem Fall an das Verbot zu halten, würde der Erlaubnistatbestand von vornherein ausgehöhlt werden; dies liefе dem Prinzip effektiver Vertragsauslegung zuwider.⁹⁵² Entspre-

946 *Davey/Zdouc*, in: Cottier/Mavroidis et al. (Hrsg.), *Intellectual Property*, 2003, 53 (61).

947 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.159.

948 WTO-Panel, Report v. 31.05.1999 – WT/DS34/R, *Turkey – Textiles* Rn. 9.92; WTO-Panel, Report v. 02.07.1998 – WT/DS54, 55, 59, 64/R, *Indonesia – Autos* Rn. 14.49. Ausführlich zum Konfliktbegriff in der Streitschlichtungspraxis der WTO: *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 190 ff.

949 Vgl. WTO-Panel, Report v. 02.07.1998 – WT/DS54, 55, 59, 64/R, *Indonesia – Autos* Rn. 14.99. So auch: *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 193.

950 *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 198 f.

951 WTO-Panel, Report v. 31.05.1999 – WT/DS34/R, *Turkey – Textiles* Rn. 9.96. Siehe zum Prinzip effektiver Vertragsauslegung allgemein und zur Anwendung in der WTO-Streitschlichtungspraxis: *Schollendorff*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2005, S. 66 ff., 315 ff.

952 So offenbar auch: *Chase*, *Int. Comp. Law Q.* 4/2012, 791 (803 f.); *Davey/Zdouc*, in: Cottier/Mavroidis et al. (Hrsg.), *Intellectual Property*, 2003, 53 (63).

chend ist auch in solchen Situationen, in denen ein Übereinkommen etwas ausdrücklich erlaubt, das ein anderes Übereinkommen verbietet, ein Konflikt anzunehmen, dessen Auflösung dann Gegenstand einer anschließenden Prüfung ist.⁹⁵³

Ein weites Konfliktverständnis unterstellt, kommen als mögliche Konflikte damit grundsätzlich folgende Fälle in Betracht:

- (a) in einer bestimmten Situation bestehen für ein Land zwei Verpflichtungen mit unterschiedlichem bzw. widersprüchlichem Inhalt;
- (b) in einer bestimmten Situation besteht für ein Land eine Verpflichtung, X zu tun, und gleichzeitig ein Verbot, X zu tun;
- (c) in einer bestimmten Situation besteht für ein Land eine Verpflichtung, X zu tun, und gleichzeitig eine Berechtigung, X nicht tun zu müssen; und
- (d) in einer bestimmten Situation besteht für ein Land ein Verbot, X zu tun, und gleichzeitig ein Recht, X tun zu dürfen.⁹⁵⁴

Die insofern relevanten Regelungen des GATS sind als Pflichten („*shall*“) formuliert.⁹⁵⁵ Insofern lassen sich im GATS allgemeine⁹⁵⁶ und spezifische⁹⁵⁷ Verpflichtungen unterscheiden. Die spezifischen Verpflichtungen ergeben sich aus den in den jeweiligen GATS-Listen der Mitglieder gemachten Zugeständnissen.

953 So auch: *Chase*, Int. Comp. Law Q. 4/2012, 791 (804); *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 200. Offenbar ebenso: *Bartels*, in: Griller (Hrsg.), *At the Crossroads: The World Trading System and the Doha Round*, 2008, 129 (134). Siehe zur Diskussion um die Auslegung des Konfliktbegriffs allgemein auch: *Vranes*, EJIL 2/2006, 395 (401 ff.).

954 Ausführlich zu den Konfliktsituationen mit Beispielen: *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 179 ff.

955 Von Verboten sprechen hingegen: *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 160; *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (233). Im Ergebnis sind jedoch die gleichen Regelungen gemeint; Verpflichtungen sieht *Vranes* daneben im GATS nicht.

956 Siehe vor allem Art. II:1 GATS (Meistbegünstigung). Allerdings dürfen die Mitglieder nach Art. II:2 GATS Ausnahmen von dem Meistbegünstigungsgrundsatz festlegen, die sie in einer dem Annex on Article II Exceptions zum GATS entsprechenden Liste festhalten.

957 Art. XVI (Marktzugang), Art. XVII (Inländerbehandlung) und Art. XVIII GATS (zusätzliche Verpflichtungen). Lediglich in Art. XVI:2 GATS werden die infolge eines Zugeständnisses unzulässigen Maßnahmen als Verbote definiert.

Daneben bestehen verschiedene Ausnahmenvorschriften, die den Mitgliedern erlauben, von ihren Pflichten abzuweichen.⁹⁵⁸ Sind die Mitglieder in einzelnen Sektoren keine oder nur beschränkte spezifische Verpflichtungen eingegangen, treffen sie – unabhängig davon, ob die Voraussetzungen eines bestimmten Ausnahmetatbestands erfüllt sind – keine entsprechenden Verpflichtungen, sie dürfen also in diesem Bereich entsprechend Maßnahmen erlassen.

Auch viele der relevanten Regelungen des GATT sind als Verpflichtungen formuliert.⁹⁵⁹ Daneben bestehen aber auch Verbote.⁹⁶⁰ Ebenso, wie auch das GATS, sieht das GATT verschiedene Ausnahmen von den Verpflichtungen und Verboten vor.⁹⁶¹

Damit könnten grundsätzlich sämtliche der zuvor genannten Konfliktsituationen auch im Verhältnis von GATT und GATS auftreten. Allerdings basieren die jeweiligen Verbote und Verpflichtungen jeweils auf denselben Grundprinzipien. Die Verbote und Verpflichtungen decken sich daher weitestgehend oder sind einander zumindest ähnlich.⁹⁶² Zudem lassen sich die jeweiligen Verpflichtungen in der Regel ohne Weiteres in Verbote umformulieren, sodass die Begriffe Verpflichtung und Verbot häufig auch alternativ im Zusammenhang mit den einzelnen Verpflichtungen verwendet werden.⁹⁶³ Die Konfliktsituationen (a) und (b) spielen daher im Verhältnis zwischen GATT und GATS keine Rolle.⁹⁶⁴ Unterschiede bestehen jedoch vor allem bei den jeweiligen Ausnahmenvorschriften. So

958 Siehe u.a.: Art. V (Wirtschaftliche Integration), Art. XII (Maßnahmen zum Schutz der Zahlungsbilanz), Art. XIV (Allgemeine Ausnahmen) und Art. XIV^{bis} GATS (Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit).

959 Siehe u.a.: Art. I:1 (Meistbegünstigung), Art. II:1 (Zollbindung) und Art. V:2 GATT (Durchfuhrfreiheit).

960 Siehe u.a.: Art. III:2, 4 (Inländerbehandlung), Art. VI:3 ff. (Antidumping- und Ausgleichszölle) und Art. XI:1 GATT (Verbot mengenmäßiger Beschränkungen).

961 Siehe u.a.: Art. XII (Maßnahmen zum Schutz der Zahlungsbilanz), Art. XIX (Notstandsmaßnahmen bei der Einfuhr bestimmter Waren), Art. XX (Allgemeine Ausnahmen), Art. XXI (Ausnahmen zur Wahrung der Sicherheit) und Art. XXIV:5 GATT (Zollunion und Freihandelszonen).

962 Siehe bspw.: Art. I:1 GATT und Art. II:1 GATS, Art. III:2 GATT und Art. XVII:1 GATS oder Art. XI:1 GATT und Art. XVI:2 GATS.

963 Siehe z.B.: *Wolftrum*, in: *Wolftrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Services, Art. II GATS Rn. 31; WTO-Appellate Body, Report v. 31.05.2000 – WT/DS139, 142/AB/R, *Canada – Autos* Rn. 84 (in Bezug auf Art. I:1 GATT)). Siehe auch *Pauwelyn*, der in den WTO-Übereinkommen kaum Verpflichtungen, sondern überwiegend Verbote sieht, und bspw. auch den als Verpflichtung formulierten Meistbegünstigungsgrundsatz in Art. I GATT als Verbot betrachtet, *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 160.

964 So offenbar auch: *Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 401.

enthält das GATS beispielsweise keine Vorschrift, die es den Mitgliedern erlaubt, parallel zu Art. VI:2 GATT, Dumping-Ausgleichsmaßnahmen zu treffen.⁹⁶⁵ Gleiches gilt für die in Art. XIX GATT vorgesehenen Notstandsmaßnahmen bei der unerwartet hohen Einfuhr von Waren zum Schaden der nationalen Wirtschaft. Auch weichen die jeweiligen allgemeinen Ausnahmekataloge in Art. XIV GATS und Art. XX GATT – zumindest teilweise – inhaltlich voneinander ab. Zudem haben die Mitglieder in Bezug auf die wesentlichen Grundprinzipien, wie den Meistbegünstigungsgrundsatz, die Inländerbehandlung oder den Marktzugang nach dem GATS die Möglichkeit, zu entscheiden, ob und wie weit sie sich diesen Prinzipien in den einzelnen Dienstleistungssektoren verpflichten wollen. Darin dürfte der wohl wichtigste Unterschied für mögliche Konflikte zwischen dem GATT und dem GATS liegen. Zuletzt lassen sich Unterschiede auch bei den Regelungen Subventionen und technische Handelshemmnisse betreffend feststellen. Während mit dem TBT und dem SCMA umfangreiche entsprechende Regelwerke für den Warenverkehr bestehen, enthält das GATS mit Art. VI GATS für technische Handelshemmnisse und Art. XV GATS für Subventionen in Bezug auf den Dienstleistungsverkehr lediglich provisorische Übergangsvorschriften.⁹⁶⁶ Gleichwohl lassen sich insofern trotz der für Dienstleistungen nur wenig ausgereiften diesbezüglichen Regelungen keine gegensätzlichen, zueinander im Widerspruch stehenden Rechte und Pflichten erkennen. Die nach dem SCMA und dem TBT bestehenden Rechte und Pflichten lassen sich also parallel zu Art. VI, XV GATS befolgen, sodass insofern keine Konfliktsituationen bei einer parallelen Anwendung auf eine sowohl den Waren- als auch den Dienstleistungshandel betreffende Maßnahme zu befürchten sind. Insofern sind jedoch ebenfalls dann, wenn Mitglieder im Rahmen des GATS in ihren Listen keine entsprechenden Zugeständnisse gemacht haben, Konflikte mit entgegenstehenden Pflichten nach dem TBT oder dem SCMA denkbar.

In Anlehnung an *Vranes*⁹⁶⁷ kommen daher als mögliche Konfliktsituationen im Verhältnis zwischen dem GATT – samt der zugehörigen Zusatzübereinkommen

965 *Conconi/Pauwelyn*, WTR 1/2011, 95 (98).

966 Vgl. auch: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (712).

967 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (234). *Vranes* sieht darüber hinaus auch einen Konflikt, wenn ein Verhalten nach dem GATT bzw. dem GATS verboten ist, während dasselbe Verhalten von dem anderen Übereinkommen weder explizit verboten noch erlaubt, also nur implizit erlaubt ist. Nach dem sog. *Single-Undertaking-Grundsatz* (Art. II:2 WTOA) sind Mitglieder aber grundsätzlich verpflichtet, jederzeit alle Verpflichtungen aus den verschiedenen WTO-Übereinkommen einzuhalten (WTO-Panel, Report v. 31.05.1999 – WT/DS34/R, *Turkey – Textiles* Rn. 9.92). Steht einer Verpflichtung bzw. einem Verbot nach dem einen Übereinkommen aber keine widersprüchliche Pflicht oder Ausnahme gegenüber, kann ein Konflikt dann auch nicht angenommen werden.

– und dem GATS grundsätzlich vor allem die folgenden Konstellationen in Betracht:

- (a) ein GATT-Verbot steht im Konflikt zu fehlenden bzw. eingeschränkten Zugeständnissen in Bezug auf die spezifischen GATS-Pflichten oder einer GATS-Ausnahme von dem Meistbegünstigungsgrundsatz;
- (b) ein GATT-Verbot bzw. -Pflicht steht im Konflikt zu einer GATS-Ausnahmevorschrift; oder
- (c) ein GATS-Verbot bzw. -Pflicht steht im Konflikt zu einer GATT-Ausnahmevorschrift.

III. Konfliktlösungsregeln im internationalen Recht

Zur Lösung der zuvor dargestellten potentiellen Konfliktsituationen zwischen GATT und GATS sollen zunächst im internationalen Recht bekannte Ansätze zur Lösung von Konflikten dargestellt werden. Dabei sollen auch verschiedene bereits in der Literatur vorhandene Ansätze zur Lösung speziell von Konflikten zwischen dem GATT und GATS, die sich auf einzelne der Konfliktlösungsregeln berufen, berücksichtigt werden.

1. *Lex superior-* und *Lex posterior-*Grundsatz

Im internationalen Recht bestehen verschiedene Ansätze dazu, wie Konflikte zu lösen sind, bzw. welche von verschiedenen Normen vorrangig anzuwenden sind. Zu diesen Grundsätzen zählen der *lex superior-* und der *lex posterior-*Grundsatz. Der *lex superior-*Grundsatz findet innerhalb eines Rechtssystems Anwendung, wenn sich eine Hierarchie zwischen einzelnen Normen feststellen lässt. Danach findet eine Norm, die in der Normenhierarchie an höherer Stelle steht, vorrangig Anwendung vor einer anderen Norm, die an niedrigerer Stelle steht.⁹⁶⁸ Innerhalb der WTO-Rechtsordnung schreibt Art. XVI:3 WTOA eine solche Hierarchie zugunsten des WTOA vor. Danach ist das WTOA bei Widersprüchen mit den multilateralen Übereinkommen vorrangig anzuwenden. Unter den multilateralen Übereinkommen selbst existiert jedoch keine solche Hierarchie. Vielmehr stehen die verschiedenen multilateralen Handelsübereinkommen alle gleichberechtigt nebeneinander und ergänzen sich gegenseitig.⁹⁶⁹ Für Konflikte zwischen den

968 Michaels/Pauwelyn, Duke Journal of Comparative & International Law 3/2012, 349 (354); Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2019, § 2 Rn. 37.

969 Götsche, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 5 Rn. 13.

gleichberechtigt nebeneinanderstehenden Übereinkommen GATT und GATS stellt der *lex superior*-Grundsatz daher keinen geeigneten Ansatz zur Konfliktlösung dar.

Zwischen mehreren auf derselben Hierarchie-Stufe nebeneinander in Konflikt stehenden Normen kann allerdings der *lex posterior*-Grundsatz zur Anwendung kommen, nach dem bei einem Konflikt zwischen zwei Regelungen oder Verträgen die zuletzt getroffene Regelung bzw. der zuletzt geschlossene Vertrag anzuwenden ist.⁹⁷⁰ Dieser Grundsatz ist auch in Art. 30 Abs. 3 WVK festgehalten.⁹⁷¹ Der grundlegende Gedanke hinter dem *lex posterior*-Grundsatz ist, dass der letzte Vertrag den aktuellen Willen der Vertragsparteien widerspiegelt und der neuere Vertrag daher vorrangig sein muss.⁹⁷² In Anbetracht dessen, dass das GATS und das GATT 94, das auch die Regelungen des GATT 47 einschließt, zur gleichen Zeit vereinbart wurden, lässt sich jedoch keine zeitliche Reihenfolge zwischen den beiden Übereinkommen feststellen;⁹⁷³ entsprechend bietet der *lex posterior*-Grundsatz ebenfalls keine geeignete Grundlage für eine Lösung potentieller Konflikte zwischen dem GATT und dem GATS.⁹⁷⁴

Selbst wenn man darauf abstellen wollte, dass zumindest das GATT 47 schon deutlich vor dem GATS vereinbart wurde und vollständig in das GATT übernommen wurde, so würde der *lex posterior*-Grundsatz dazu führen, dass grundsätzlich das GATS vorrangig anzuwenden wäre. Vor dem Hintergrund, dass sich die Mitglieder bzw. die jeweiligen Arbeitsgruppen seinerzeit des Ausmaßes potentieller Schnittpunkte zwischen den einzelnen Übereinkommen nicht (vollumfänglich) bewusst waren,⁹⁷⁵ kann ein genereller Vorrang des GATS vor dem GATT aber

970 Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2019, § 4 Rn. 132.

971 Siehe ausführlich zur Anwendung des *lex posterior*-Grundsatzes auf internationale Verträge nach Art. 30 Abs. 3 WVK: Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 361 ff.

972 Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2019, § 4 Rn. 132; Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 96, 362. Dieser grundlegende Gedanke lässt sich aber nur begrenzt in das internationale Recht übertragen, siehe hierzu ausführlich: Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 368 ff.

973 Vgl.: WTO-Appellate Body, Report v. 14.12.1999 – WT/DS121/AB/R, *Argentina – Footwear* Rn. 81.

974 So auch: Chase, Int. Comp. Law Q. 4/2012, 791 (800); Davey/Zdouc, in: Cottier/Mavroidis et al. (Hrsg.), Intellectual Property, 2003, 53 (60). Offenbar ebenso: Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 404.

975 Chase, Int. Comp. Law Q. 4/2012, 791 (798 f.); Davey/Zdouc, in: Cottier/Mavroidis et al. (Hrsg.), Intellectual Property, 2003, 53 (S. 62 Fn. 27); Leroux, in: Panizzon/Pohl et al. (Hrsg.), GATS and the Regulation of International Trade in Services, 2008, 236 (S. 240 Fn. 15).

kaum dem von dem *lex posterior*-Grundsatz unterstellten dahingehenden Willen der Mitglieder entsprechen.

2. *Lex specialis*-Grundsatz

Teilweise wird daher vorgeschlagen, mögliche Konflikte zwischen dem GATT und dem GATS unter Zuhilfenahme des *lex specialis*-Grundsatzes zu lösen.⁹⁷⁶ *Pauwelyn* zufolge soll danach diejenige Regelung Anwendung finden, die den Sachverhalt besser und genauer abdeckt. Dabei soll einerseits der Inhalt der jeweiligen Regelung zu berücksichtigen sein und andererseits die streitgegenständliche Maßnahme; es sei zu ermitteln, ob die Maßnahme bspw. ihrer Struktur und ihrem Anwendungsbereich oder aber auch der wirtschaftlichen Folgen nach eher eine Maßnahme ist, die den Handel mit Waren oder aber den mit Dienstleistungen reguliert.⁹⁷⁷

Auch wenn der *lex specialis*-Grundsatz in der WVK nicht explizit aufgeführt ist, wird grundsätzlich angenommen, dass er auch im internationalen Recht Anwendung finden kann.⁹⁷⁸ Auch in den einzelnen WTO-Übereinkommen lassen sich an verschiedenen Stellen Konfliktlösungsregeln finden, die offenbar auf dem *lex specialis*-Gedanken aufbauen.⁹⁷⁹ Diesem schon im Römischen Recht bekannten Grundsatz zufolge soll von mehreren anwendbaren Gesetzen grundsätzlich die speziellere Regelung anzuwenden sein, die den zugrundeliegenden Sachverhalt am besten erfasst.⁹⁸⁰ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die speziellere Regelung für den konkreten Sachverhalt die effektivere oder präzisere Regelung dar-

976 *Chase*, Int. Comp. Law Q. 4/2012, 791 (809); *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 405. Vgl. in diesem Sinne auch für die Zuordnung auf den eine Gesamttransaktion prägenden Gegenstand abstellend: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (715).

977 *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 405.

978 *International Law Commission*, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 2006, Rn. 61; *Lindroos*, Nordic Journal of International Law 1/2005, 27 (37); *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 385.

979 Vgl. Allgemeine Auslegungsregel zu Anhang 1 A (siehe insofern auch: *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 397 ff.), Art. 20.1 Übereinkommen über die Landwirtschaft, Art. 1.2 DSU.

980 *International Law Commission*, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 2006, Rn. 56; *Lindroos*, Nordic Journal of International Law 1/2005, 27 (35).

stellt und daher weniger Ausnahmen von ihr gemacht werden müssen und sie zudem am ehesten den Willen der beteiligten Parteien für die jeweilige Situation widerspiegelt.⁹⁸¹

Damit der *lex specialis*-Grundsatz aber Anwendung finden kann, müssen die Regelungen, zwischen denen ein Konflikt besteht, so zueinander im Verhältnis stehen, dass eine der beiden Regelungen als die allgemeinere, die andere als die speziellere Norm betrachtet werden kann; sind beide Regelungen speziell, hilft der *lex specialis*-Grundsatz nicht weiter.⁹⁸² Damit ein solches Verhältnis zwischen zwei Regelungen bestehen kann, müssen diese aber grundsätzlich auch den gleichen Regelungsgegenstand haben, wobei die speziellere Regelung die allgemeine Regelung abändert oder dieser etwas hinzufügt; die allgemeinere Regelung muss in der spezielleren also grundsätzlich enthalten sein.⁹⁸³ Vranes hält den *lex specialis*-Grundsatz daher bei Konflikten zwischen Regelungen des GATT und des GATS für nicht anwendbar, da GATT und GATS grundsätzlich verschiedene Regelungsgegenstände hätten – einerseits den Handel mit Waren und andererseits den mit Dienstleistungen – und sich selbst bei Überschneidungen in bestimmten Sachverhalten keine Regelungen finden lassen, die vollständig in einer anderen, spezielleren Regelung enthalten sind.⁹⁸⁴ Pauwelyn zufolge soll der gemeinsame Regelungsgegenstand allerdings weiter zu verstehen und immer schon dann zu bejahen sein, wenn zwei Regelungen auf den gleichen Sachverhalt anwendbar sind und ein Konflikt zwischen diesen Regelungen besteht; anderenfalls könnten die Regelungen nicht den gleichen Regelungsgegenstand haben.⁹⁸⁵

Gegen die strikte Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes auf das Verhältnis zwischen GATT und GATS sprechen jedoch mehrere Gründe. Eine pauschal vorrangige Anwendung einer Regelung in Abhängigkeit davon, welcher Handelsgegenstand (Ware oder Dienstleistung) von der Maßnahme stärker betroffen ist, liefe dem eigentlichen Willen der Mitglieder nach einem möglichst weiten An-

981 *International Law Commission*, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/CN.4/L.682, 2006, Rn. 60; Lindroos, *Nordic Journal of International Law* 1/2005, 27 (36); Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 387.

982 Lindroos, *Nordic Journal of International Law* 1/2005, 27 (42).

983 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 88; Lindroos, *Nordic Journal of International Law* 1/2005, 27 (S. 44, 46); Vranes, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (227).

984 Vranes, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (227). Ähnlich hält auch Pitschas normative Überschneidungen zwischen GATT und GATS für nicht denkbar: Pitschas, in: Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch*, B.II. Rn. 7.

985 Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, S. 364 f., 389.

wendungsbereich und einer damit einhergehenden möglichst umfassenden Förderung des Waren- und Dienstleistungshandels, wie er sich in der Verwendung des Worts „*affecting*“ widerspiegelt, zuwider. Die Prämisse des *lex specialis*-Grundsatzes, dass die speziellere von zwei Regelungen den entsprechenden Willen der Parteien für die jeweilige Situation am besten wiedergibt, würde damit gerade nicht zutreffen. Auf diese Weise könnte eine Maßnahme nur im Lichte desjenigen Übereinkommens überprüft werden, dessen Anwendungsbereich von der Maßnahme stärker betroffen ist; dass auch der Anwendungsbereich des jeweils anderen Übereinkommens betroffen ist, würde nicht berücksichtigt werden können. Zudem würde eine uneingeschränkte Anwendung des *lex specialis*-Grundsatzes zu einer Erweiterung der Rechte einzelner Mitglieder zulasten der sich aus dem GATT ergebenden Rechte der anderen Mitglieder führen. Beeinträchtigt eine auch den Warenhandel betreffende Maßnahme stärker den Handel mit einer bestimmten Dienstleistung, für die das jeweilige Mitglied aber keine entsprechenden Zugeständnisse gemacht hat, wäre diese Maßnahme nach dem GATS zulässig; anders als vor Einführung des GATS, würde der *lex specialis*-Grundsatz dann aber dazu führen, dass die Zulässigkeit derselben Maßnahme von vornherein nicht mehr im Lichte des GATT auf ihre Zulässigkeit hin überprüft werden könnte. Die Einführung des GATS sollte den Anwendungsbereich des GATT aber gerade nicht grundsätzlich schmälern.⁹⁸⁶

Aber auch in praktischer Hinsicht bringt der *lex specialis*-Grundsatz einige Probleme mit sich. So dürfte es insbesondere bei eng verflochtenen Waren- und Dienstleistungstransaktionen schwierig sein, zu ermitteln, welcher Handelsgegenstand von einer bestimmten Maßnahme stärker betroffen ist.⁹⁸⁷ Gerade in Grenzfällen ist es dann auch nur schwer zu rechtfertigen, warum eine Maßnahme im Hinblick auf die einschlägigen Rechte und Pflichten nur nach einem der beiden Übereinkommen überprüft werden sollte. Hinzukommt, dass die Anwendungsbereiche von GATT und GATS grundsätzlich verschieden sind und die beiden Übereinkommen unterschiedliche Schutz- und Förderaspekte verfolgen. Ob einzelne Regelungen im Verhältnis zu anderen einschlägigen Regelungen spezieller sind, kann damit nicht aus den Regelungen selbst heraus ermittelt werden, sondern hängt stets von dem zugrundeliegenden Sachverhalt im Einzelfall ab. Verstärkt wird diese Schwierigkeit dadurch, dass beide Übereinkommen im Vergleich zueinander insgesamt speziell sind, da sie jeweils auf die Besonderheiten und jeweiligen Interessen der Mitglieder in Bezug auf den Handel einerseits mit Waren und andererseits mit Dienstleistungen zugeschnitten sind. Die Ermittlung

986 WTO-Appellate Body, Report v. 23.06.1997 – WT/DS31/AB/R, *Canada – Periodicals* S. 19.

987 Vgl. in diesem Sinne auch: *Peng*, JWT 5/2020, 669 (716).

der spezielleren Regelung kann damit – anders als beispielsweise nach dem von *Larenz* erarbeiteten *lex specialis*-Konzept⁹⁸⁸ – nicht allein anhand objektiver Kriterien erfolgen, sondern bedarf stets auch einer Wertung, welche Norm den Sachverhalt besser erfasst, oder ob der Handel mit Waren oder derjenige mit Dienstleistungen stärker von der Maßnahme betroffen ist.⁹⁸⁹ In Anbetracht der für eine solche Wertung erforderlichen Abwägung zwischen den betroffenen Handelsgegenständen und der Bewertung der Intensität des jeweiligen Eingriffs erscheint eine so starre Entscheidung über die letztlich anzuwendende Regelung, wie sie der *lex specialis*-Grundsatz vorsieht, aber unbefriedigend. Letztlich ist nach allem auch der *lex specialis*-Grundsatz – zumindest in einer starren Form – nicht geeignet, potentielle Konflikte zwischen GATT und GATS zufriedenstellend aufzulösen.

3. Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten und Effektivitätsprinzip

Genau genommen nicht der Konfliktlösung, sondern bereits im Vorfeld der Konfliktvermeidung,⁹⁹⁰ dient die bei der Auslegung zur Anwendung kommende Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten. Danach soll von zwei möglichen Auslegungen einer Regelung diejenige gewählt werden, die zu keinen Konflikten mit anderen Regelungen führt.⁹⁹¹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass sich Staaten grundsätzlich gesetzes- bzw. vertragstreu verhalten und entsprechend auch nicht widersprüchliche Vereinbarungen treffen.⁹⁹² Die Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten soll nach Ansicht des *Panels* insbesondere auch für die WTO-Übereinkommen gelten, da diese zur gleichen Zeit von den gleichen Parteien und im gleichen Rahmen ausgehandelt wurden.⁹⁹³

Ein ähnliches Ziel verfolgt das Prinzip effektiver Vertragsauslegung. Nach diesem auch in der WTO-Streitschlichtungspraxis⁹⁹⁴ häufig in Bezug genommenen Prinzip darf die Auslegung einzelner Regelungen nicht dazu führen, dass sie

988 Siehe hierzu: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 88.

989 Vgl. auch: *Lindroos*, Nordic Journal of International Law 1/2005, 27 (42).

990 *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 243.

991 *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 240 f.

992 WTO-Panel, Report v. 02.07.1998 – WT/DS54, 55, 59, 64/R, *Indonesia – Autos* Rn. 5.349; *Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 241.

993 WTO-Panel, Report v. 02.07.1998 – WT/DS54, 55, 59, 64/R, *Indonesia – Autos* Rn. 14.28.

994 Siehe die ausführliche Zusammenfassung entsprechender WTO-Entscheidungen bei: *Schollendorff*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005, S. 312 ff.

selbst oder andere Regelungen bedeutungslos werden.⁹⁹⁵ Zudem ist nach dem Effektivitätsprinzip von mehreren möglichen Auslegungen diejenige zu wählen, die den Zielen des entsprechenden Vertrags am ehesten dient.⁹⁹⁶

Wenn auch nicht unmittelbar durch Auslegung einzelner Vertragsregelungen des GATT und des GATS, verfolgt auch ein Ansatz von *Gaffney* das Ziel, Konflikte zwischen dem GATT und dem GATS von vornherein zu vermeiden.⁹⁹⁷ Ihm zufolge können die jeweiligen Pflichten aus GATT und GATS nicht zeitgleich auf dieselbe Maßnahme – oder zumindest einzelne Aspekte dieser Maßnahme – angewendet werden; vielmehr solle vorab – in Anlehnung an die im europäischen Recht durchgeführte Abgrenzung zwischen der Dienstleistungsfreiheit und dem freien Warenverkehr⁹⁹⁸ – geprüft werden, ob die Maßnahme nach ihrem Gegenstand und ihren Auswirkungen vorrangig den Warenhandel oder aber den Dienstleistungshandel betrifft und entsprechend auch nur die jeweiligen Verpflichtungen aus dem jeweiligen Übereinkommen Anwendung finden.⁹⁹⁹ *Gaffney* begründet dieses Ergebnis damit, dass das GATS seinerzeit geschaffen wurde, um den Dienstleistungshandel, also einen Bereich der dem GATT nicht zugeordnet werden konnte, zu erfassen. Da das GATS also einen von dem GATT nicht erfassten Bereich internationalen Handels abdecken sollte, könnten seiner Ansicht nach, Verpflichtungen aus beiden Übereinkommen nicht zeitgleich auf dieselbe Maßnahme oder denselben Aspekt einer solchen Maßnahme Anwendung finden.¹⁰⁰⁰ Seiner Ansicht nach schließen sich also die jeweiligen Verpflichtungen aus GATT und GATS in Bezug auf dieselbe Maßnahme gegenseitig aus.¹⁰⁰¹

Gaffneys Vorschlag widerspricht damit klar dem bisherigen Ansatz in der WTO-Streitschlichtungspraxis, dass GATT und GATS auch nebeneinander Anwendung finden können. Zudem lässt er sich auch nicht mit dem Wortlaut der beiden Übereinkommen vereinbaren.¹⁰⁰² Nach Art. I:1 GATS findet das GATS Anwendung

995 WTO-Appellate Body, Report v. 29.04.1996 – WT/DS2/AB/R, *US – Gasoline* S. 23: „*An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility.*“ Siehe allgemein zum Effektivitätsprinzip auch: *Schollendorf*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005, S. 66 ff.

996 *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen/Epping/Heintschel von Heinegg, Völkerrecht, § 14 Rn. 16; *Schollendorf*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005, S. 67.

997 *Gaffney*, LJIL 1999, 135 (148 f.).

998 Siehe hierzu: *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje et al., EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 57 AEUV Rn. 29.

999 *Gaffney*, LJIL 1999, 135 (152).

1000 *Gaffney*, LJIL 1999, 135 (S. 137, 147 f.).

1001 *Gaffney*, LJIL 1999, 135 (152).

1002 So auch: *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (226).

auf alle Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen bzw. sich auf diesen auswirken („*affecting trade in services*“). Unter Berufung auf die Bedeutung des Wortes „*affecting*“¹⁰⁰³ stellte der Appellate Body klar, dass der Anwendungsbereich des GATS grundsätzlich weit zu verstehen ist.¹⁰⁰⁴ Damit wurde das schon in Bezug auf Art. III GATT 47 angenommene weite Begriffsverständnis auch für das GATS übernommen.¹⁰⁰⁵ Schon 1958 hatte das GATT 47-Panel in Bezug auf Art. III:4 GATT 47 entschieden, dass sich aus der Verwendung des Worts „*affecting*“ ergibt, dass nicht nur Gesetze und Regelungen, die Verkaufs- und Einkaufsbedingungen direkt regeln, sondern auch alle anderen Gesetze und Regelungen, die den Wettbewerb zwischen nationalen und importierten Waren nachteilig ändern, erfasst sein sollen.¹⁰⁰⁶ Der sich daraus für Art. III:4 GATT ergebende weite Anwendungsbereich ist auch anderen GATT-Vorschriften zugrunde gelegt worden.¹⁰⁰⁷ Die Verwendung des Worts „*affecting*“ spricht damit letztlich gegen den Ansatz von *Gaffney*, dass für die Zuordnung einer Maßnahme zu dem Anwendungsbereich des GATT oder aber des GATS entscheidend sein soll, welchen Handelsgegenstand die Maßnahme primär regelt. Schließlich führt der bislang jeweils weit verstandene Anwendungsbereich der beiden Übereinkommen dazu, dass auch mittelbare, indirekte oder de facto Beschränkungen von den jeweiligen Übereinkommen erfasst werden.¹⁰⁰⁸

Auch ist *Gaffneys* Annahme, dass sich GATT und GATS gegenseitig ausschließen müssten, da das GATS vereinbart wurde, um einen vom GATT 47 noch nicht erfassten Bereich des internationalen Handels abzudecken, nicht folgerichtig. Zwar erfasst das GATT tatsächlich nicht den internationalen Dienstleistungshandel und bietet insofern auch keinen entsprechenden Schutz, sodass das GATS erforderlich war, um auch den Dienstleistungshandel weiter zu fördern. Allerdings lässt sich daraus nicht schließen, dass immer dann, wenn eine Maßnahme in den

1003 „*influence*“, *Brown*, The new shorter Oxford English dictionary on historical principles, 1994, affect, S. 35. In seiner Entscheidung verstand der Appellate Body ohne Nachweis die gewöhnliche Bedeutung des Wortes „*affecting*“ dazu vergleichbar als „*a measure that has 'an effect on'*“, WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, EC – Bananas III Rn. 220.

1004 WTO-Appellate Body, Report v. 09.11.1997 – WT/DS27/AB/R, EC – Bananas III Rn. 220.

1005 WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, EC – Bananas III Rn. 7.281; *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (223); *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 29.

1006 GATT 47-Panel, Report v. 23.10.1958 – BISD 7S/60, *Italy – Agricultural Machinery* Rn. 12.

1007 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (222).

1008 *Zacharias*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. I GATS Rn. 28.

Anwendungsbereich des GATT fällt, auch Dienstleistungen ausreichend geschützt sind und umgekehrt. Vielmehr sind die beiden Übereinkommen auf die jeweiligen Besonderheiten des zugrundeliegenden Handelsgegenstands zugeschnitten und können daher darüberhinausgehend den Besonderheiten des jeweils anderen Handelsgegenstands nicht ausreichend Rechnung tragen. Es ist zudem nicht ungewöhnlich, dass dieselbe Maßnahme Auswirkungen auf verschiedene, voneinander abweichende Interessen, Rechte oder Schutzgüter hat.¹⁰⁰⁹ Eine Anwendung allein desjenigen Übereinkommens, auf dessen Handelsgegenstand sich eine Maßnahme stärker auswirkt, ignoriert diesen Umstand; zumal sich ein Verzicht auf die sich aus dem zurücktretenden Übereinkommen ergebenden Rechte und Pflichten auch nicht ohne Weiteres damit rechtfertigen ließe, dass der von diesem Übereinkommen geschützte Handelsgegenstand nicht so sehr betroffen ist. Einem solchen pauschalen Ausschluss desjenigen Übereinkommens, dessen Handelsgegenstand von einer bestimmten Maßnahme nicht so sehr betroffen ist, stünde – insbesondere, wenn sich die jeweiligen Regelungen nicht widersprechen – letztlich auch das Effektivitätsprinzip entgegen, würden doch einzelne Regelungen in der konkreten Situation (ohne nennenswerten Grund) keine Anwendung mehr finden können.

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie *Gaffney* kommt in Teilen auch *Vranes*.¹⁰¹⁰ Auch seiner Meinung nach sollen Maßnahmen, die eindeutig den Handel mit Dienstleistungen regeln oder diesen zumindest überwiegend betreffen und nur geringfügige Auswirkungen auf den Warenhandel haben, vom Anwendungsbereich des GATT ausgenommen sein; gleiches soll auch umgekehrt gelten.¹⁰¹¹ Zu diesem Ergebnis kommt er über eine restriktive Auslegung des in beiden Übereinkommen verwendeten Begriffs „*affecting*“. Zwar erkennt er durchaus an, dass die Bedeutung des Worts „*affecting*“ wie auch das grundsätzliche Ziel der beiden Übereinkommen, Wettbewerbsgleichheit zwischen importierten und nationalen Waren und Dienstleistungen zu schaffen, für ein weites Begriffsverständnis sprechen.¹⁰¹² Allerdings müsste eine Auslegung sich auch immer nach dem Gegenstand und Zweck der Übereinkommen richten und den gemeinsamen Interessen der Mitglieder Rechnung tragen; gerade in Konfliktsituationen seien auch zusätzliche Auslegungskriterien zu berücksichtigen.¹⁰¹³ Ohne weitere Begründung

1009 Vgl.: *Lindroos*, *Nordic Journal of International Law* 1/2005, 27 (47 f.) (mit Beispielen).

1010 So auch *Vranes* selbst: *Vranes*, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (230).

1011 *Vranes*, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (230).

1012 *Vranes*, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (228).

1013 *Vranes*, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (228).

nimmt er dabei auch die Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten unter Hinweis auf die potentiellen Konfliktsituationen¹⁰¹⁴ in Bezug.¹⁰¹⁵

Vor allem versucht er die enge Auslegung des Begriffs „*affecting*“ aber mit dem Sinn und Zweck der GATS-Listen zu begründen. In Bezug auf die in den Listen nicht oder nur begrenzt gemachten Zugeständnisse liege deren Zweck gerade darin, dem entsprechenden Mitglied die Freiheit zu lassen, in den jeweiligen Sektoren Maßnahmen zu erlassen, die sich gerade nicht mit den spezifischen Verpflichtungen decken.¹⁰¹⁶ In Anbetracht dessen, dass die GATS-Listen – wie auch die GATT-Zolllisten – infolge der vorausgehenden Verhandlungen letztlich aber eine gemeinsame Vereinbarung aller Mitglieder darstellen – wenngleich sie Verpflichtungen auch nur für eine Partei begründen –,¹⁰¹⁷ soll es nach *Vranes* Ansicht nicht möglich sein, nicht oder nur beschränkt gemachte Zugeständnisse mit Hilfe des GATT bei nur unwesentlichen Beeinträchtigungen des Warenhandels anzugreifen; schließlich sei die Erklärung eines Mitglieds, in einem bestimmten Dienstleistungssektor gar nicht oder nur begrenzt Zugeständnisse machen zu wollen, von den übrigen Mitgliedern akzeptiert worden.¹⁰¹⁸ Um eine solche Umgehung zu vermeiden, soll seiner Ansicht nach daher der Begriff „*affecting*“ entsprechend eng dahin gehend auszulegen sein, dass nur geringfügige Beeinträchtigungen des Warenhandels durch eine vorwiegend den Dienstleistungshandel betreffende Maßnahme nicht dem Anwendungsbereich des GATT unterfallen; gleiches soll seiner Ansicht nach auch umgekehrt gelten.¹⁰¹⁹ Im Hinblick auf die von ihm genannten Ausnahmesituationen¹⁰²⁰ hat er dabei offenbar vor allem eine von einer GATT-Ausnahme gedeckte Maßnahme, die gleichzeitig aber auch den Dienstleistungshandel geringfügig beeinträchtigt, vor Augen gehabt.

Auch *Vranes* enge Auslegung des Begriffes „*affecting*“ und die sich daraus ergebende Reduzierung möglicher Konflikte zwischen GATT und GATS¹⁰²¹ läuft damit der bisherigen Auslegung zuwider. Problematisch ist daran zunächst, dass eine restriktive Auslegung nur schwer mit dem Wortlaut zu vereinbaren ist, da sich der Bedeutung des Worts „*affecting*“ keine Unterscheidung nach Ausmaß

1014 Siehe zuvor unter: F.II.

1015 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (229).

1016 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (229).

1017 WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – WT/DS285/AB/R, *US – Gambling* Rn. 159 f. Siehe auch Art. XX:3 GATS.

1018 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (230).

1019 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (230).

1020 *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (228 f.).

1021 Nach *Vranes* sollen Konflikte auch weiterhin noch möglich sein, wenn sowohl der Handel mit Waren als auch derjenige mit Dienstleistungen jeweils nicht nur geringfügig betroffen ist: *Vranes*, Legal Issues of Economic Integration 3/2009, 215 (230 f.).

und Intensität des Eingriffs entnehmen lässt. Zudem besteht – wie auch *Vranes* selbst festgestellt hat – ein grundsätzliches Bedürfnis nach einem weiten Begriffsverständnis. Allein in Konfliktsituationen zwischen den beiden Übereinkommen erweist sich das weite Begriffsverständnis als problematisch, ist es doch ein wesentlicher Grund dafür, dass ein Konflikt überhaupt erst möglich wird. Andererseits sind Konflikte aber nicht zwingend vorprogrammiert und bei zunehmenden Zugeständnissen in den GATS-Listen¹⁰²² wird auch das Konfliktpotential immer weiter reduziert werden. Eine grundsätzlich restriktive, den Anwendungsbereich der Übereinkommen insgesamt einschränkende Auslegung des Begriffs „*affecting*“ würde aber dazu führen, dass wesentliche Pflichten – auch wenn die Beeinträchtigung nur gering sein mag – nicht mehr beachtet werden müssten, obwohl dies möglich wäre, ohne einen Konflikt zu verursachen. Eine restriktive Auslegung allein um des Vermeidens potentieller Konfliktsituationen Willen würde damit den grundsätzlichen Zielen von GATT und GATS schaden, ohne dass dies im Hinblick auf die nicht zwangsläufig auftretenden Konfliktsituationen bei paralleler Anwendung der beiden Übereinkommen zwingend geboten wäre. Zudem liefe eine solche restriktive Auslegung unabhängig von dem Vorliegen eines Konflikts in dem jeweiligen Einzelfall dem *Single-Undertaking-Grundsatz* zuwider, nach dem die Mitglieder grundsätzlich verpflichtet sind, sämtliche Verpflichtungen aus den WTO-Übereinkommen einzuhalten.¹⁰²³

Eine je nachdem, ob im konkreten Einzelfall ein Konflikt zwischen GATT und GATS vorliegt, engere oder weitere Auslegung des Begriffes „*affecting*“ würde hingegen zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen im Hinblick auf dieselbe Regelung in Abhängigkeit von den Begebenheiten des jeweiligen Einzelfalles führen. Das Auslegungsergebnis wäre dann vom (gewünschten) Ergebnis her gedacht und würde letztlich dem jeweiligen Sachverhalt angepasst, was ein erhebliches Maß an Unsicherheit über den Inhalt der entsprechenden Regelungen verursachen würde. Eine unterschiedliche Auslegung des Begriffes „*affecting*“ je nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles verbietet sich daher gänzlich.

1022 Nach Art. XIX:1 GATS sind die Mitglieder zu regelmäßig stattfindenden Verhandlungen verpflichtet, mit denen schrittweise ein höheres Liberalisierungsniveau erreicht werden soll.

1023 Art. II:2 WTOA; WTO-Appellate Body, Report v. 07.08.2014 – WT/DS431, 432, 433/AB/R, *China – Rare Earths* Rn. 5.30; WTO-Appellate Body, Report v. 22.10.1999 – WT/DS34/AB/R, *Turkey – Textiles* Rn. 9.92; WTO-Appellate Body, Report v. 21.02.1997 – WT/DS22/AB/R, *Brazil – Desiccated Coconut* S. 12.

IV. Lösungsvorschlag

Da die Streitschlichtungspraxis der WTO bislang nicht zu erkennen gegeben hat, wie mögliche Konflikte zwischen GATT und GATS zu lösen sein sollen und auch die bisherigen Ansätze in der Literatur nicht vollständig zufriedenstellend sind, soll im Anschluss ein eigener Lösungsvorschlag gemacht werden. Dabei soll insbesondere auch der grundsätzlich weit verstandene Anwendungsbereich der beiden Übereinkommen sowie der *Single-Undertaking-Grundsatz* berücksichtigt werden. Im Rahmen des Lösungsvorschlags soll zwischen den beiden möglichen Konfliktsituationen, dass a) ein Konflikt zwischen einem GATT-Verbot und einem fehlenden bzw. nur eingeschränkten GATS-Zugeständnis oder b) ein Konflikt zwischen einem GATT-/GATS-Verbot und einer GATS-/GATT-Ausnahmevorschrift besteht, unterschieden werden.

1. Konflikt zwischen GATT-Verbot und GATS-Liste

Besteht ein Konflikt zwischen einem GATT-Verbot und einem nicht oder nur beschränkt gemachten Zugeständnis in Bezug auf die spezifischen GATS-Verpflichtungen oder einer Ausnahme vom GATS-Meistbegünstigungsgrundsatz nach Art. II:2 GATS, so wird vorgeschlagen, sich diesem Konflikt im Wege der Auslegung zu nähern. Sowohl die GATS-Listen in Bezug auf die spezifischen Verpflichtungen als auch die Listen mit den Ausnahmen vom GATS-Meistbegünstigungsgrundsatz sind Bestandteil des GATS.¹⁰²⁴ Auch wenn jede Liste jeweils nur ein Mitglied bindet, sind sie jeweils in Verhandlungen gemeinsam von allen Mitgliedern vereinbart worden.¹⁰²⁵ Sie spiegeln damit letztlich auch den gemeinsamen Willen der Mitglieder wider, der entsprechend im Wege der Auslegung zu ermitteln ist.¹⁰²⁶ Insoweit kann zumindest schon einmal ein grundlegender Wille aller Mitglieder in Bezug auf die jeweiligen Listen der anderen

1024 Art. XX:3 GATS. Die Listen mit den Ausnahmen vom Meistbegünstigungsgrundsatz sind Bestandteil des Annex on Article II Exceptions zum GATS und damit nach Art. XXIX GATS ebenfalls Bestandteil des GATS, siehe auch: *Wolfrum*, in: *Wolfrum/Stoll et al.*, *WTO – Trade in Services*, Annex on Article II Exemptions Rn. 1.

1025 WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – WT/DS285/AB/R, *US – Gambling* Rn. 159 f. Auch wenn die Ausnahmen von Art. II GATS ursprünglich einseitig festgelegt werden konnten, sind sie zumindest nach Abs. 6 des Annex on Article II Exceptions zum GATS ebenfalls Gegenstand von Verhandlungen in nachfolgenden Verhandlungsrunden. Entsprechend kann auch ihr Inhalt (mittlerweile) als gemeinsamer Wille der Parteien angesehen werden.

1026 WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – WT/DS285/AB/R, *US – Gambling* Rn. 159 f.

Mitglieder angenommen werden, dass sie dem jeweiligen Mitglied in den entsprechenden Dienstleistungssektoren zugestehen, entsprechend mehr oder weniger frei Regelungen zur Verfolgung eigener Ziele zu treffen; in den jeweiligen Dienstleistungssektoren haben sich die übrigen Mitglieder also damit einverstanden erklärt, der Souveränität¹⁰²⁷ des einzelnen Mitglieds in dem in der Liste festgehaltenen Maße Vorrang vor dem allgemeinen Interesse an der Liberalisierung des Dienstleistungshandels einzuräumen.

Mit diesem grundlegenden Gedanken im Hinterkopf sind dann die entsprechenden Einträge in den jeweiligen GATS-Listen auszulegen. Bei der Auslegung gilt es zunächst den Gegenstand des jeweiligen Sektors und den Inhalt des entsprechenden Eintrags zu ermitteln. Ausgehend von dem ermittelten Gegenstand und Inhalt des Eintrags ist anschließend zu prüfen, ob auch eine Beeinträchtigung des Warenhandels von dem entsprechenden Eintrag in der GATS-Liste erfasst ist. Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn Maßnahmen in dem jeweiligen Dienstleistungssektor notwendigerweise auch den Warenhandel beeinträchtigen bzw. der jeweilige Dienstleistungssektor nicht in sinnvoller Weise ohne eine Beeinträchtigung auch des Warenhandels geregelt werden kann; entsprechend ist dann auch vernünftigerweise mit der streitgegenständlichen Beeinträchtigung des Warenhandels bei Zugeständnis der entsprechenden nationalen Souveränität in dem Dienstleistungssektor zu rechnen.¹⁰²⁸ Für dieses Ergebnis lässt sich auch die Vermutung gegen das Vorliegen von Konflikten heranziehen. Schließlich würde ein Konflikt geradezu provoziert werden, würde einem anderen Mitglied in einem bestimmten Dienstleistungssektor das vermeintliche Recht eingeräumt werden, diesen frei zu regulieren, ohne dass dieses Mitglied von diesem Recht aber angesichts der bei einer Regulierung notwendigerweise eintretenden reflexartigen Verletzung von GATT-Pflichten sinnvoll Gebrauch machen könnte. Es wäre dann ein Recht gewährt worden, das tatsächlich in dieser Form nicht besteht. Zudem würden sich Mitglieder, die einem fehlenden oder beschränkten Zugeständnis zugestimmt haben, widersprüchlich verhalten, wenn sie dieses Einverständnis wegen einer aus dem Einverständnis notwendigerweise resultierenden Beeinträchtigung auch des Warenhandels über das GATT wieder angreifen.

1027 Vgl. Abs. 3 Präambel GATS. Siehe grundlegend auch: *Hestermeyer*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Preamble GATS Rn. 20.

1028 Ähnlich auch: *Vranes*, *Legal Issues of Economic Integration* 3/2009, 215 (235).

Besonders naheliegend sind solche Beeinträchtigungen auch des Warenhandels in Dienstleistungssektoren, die von vorneherein einen engen Warenbezug aufweisen, wie beispielsweise im Bereich von *Wholesale trade services*¹⁰²⁹ oder *Franchising*¹⁰³⁰ oder aber auch im Bereich von *Consultancy services related to the installation of computer hardware*.¹⁰³¹ Je geringfügiger eine eigentlich der Regulierung eines bestimmten Dienstleistungssektors dienende Maßnahme den Warenhandel (reflexartig) beeinträchtigt, umso weiter wird man aber auch den Kreis der Dienstleistungssektoren ziehen können, in denen vernünftigerweise mit solchen minimalen, reflexartigen Beeinträchtigungen des Warenhandels zu rechnen ist. In Anbetracht des sich stets wandelnden Dienstleistungsmarkts und neuer Dienstleistungsprodukte ist bei der Auslegung grundsätzlich auch zu beachten, dass nicht das Verständnis der jeweiligen Dienstleistungssektoren zum Zeitpunkt der Einreichung der jeweiligen Liste entscheidend ist, sondern vielmehr das Verständnis zum Zeitpunkt der Eröffnung eines Streitschlichtungsverfahrens.¹⁰³² Schließlich ist das GATS – und damit auch die zugehörigen Listen – ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag mit fortlaufenden Pflichten,¹⁰³³ zumal weitere spezifische Verpflichtungen in den Verhandlungsrunden – gegebenenfalls gegen eigene Zugeständnisse – verhandelt werden können.

Nach den vorangegangenen Erwägungen muss also vermieden werden, dass ein Mitglied seine Rechte aus dem GATT missbraucht, um die in den GATS-Listen einem anderen Mitglied für einen bestimmten Dienstleistungssektor zugestandene staatliche Souveränität wieder aufzuheben. Danach sollten bloß reflexartige GATT-widrige Beeinträchtigungen des Warenhandels in Ausübung der von den anderen Mitgliedern im Rahmen der GATS-Listen zugestandenen staatlichen Souveränität ausnahmsweise als zulässig betrachtet werden. Gleichzeitig gilt es aber auch zu berücksichtigen, dass auch die GATS-Listen nicht im luftleeren Raum stehen, sondern grundsätzlich jederzeit alle anderen Pflichten aus den übrigen WTO-Übereinkommen zu befolgen sind. Entsprechend muss ebenso vermieden werden, dass Mitglieder ihre GATS-Listen missbrauchen, um ihre Verpflichtungen nach dem GATT zu umgehen.¹⁰³⁴ Es muss also versucht werden, die

1029 4. B. SSCL.

1030 4. D. SSCL.

1031 1. B. a. SSCL.

1032 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 396 f. So auch: *Willemys*, JWT 1/2019, 59 (69).

1033 WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 396.

1034 Vgl. die in die gleiche Richtung gehenden Sorgen des Panels in der Sache *EC – Bananas III*, würden sich GATT und GATS gegenseitig ausschließen, WTO-Panel, Report v. 22.05.1997 – WT/DS27/R/USA, *EC – Bananas III* Rn. 7.283.

Rechte aus dem GATT mit der in den GATS-Listen zugestandenen staatlichen Souveränität in Einklang zu bringen, bzw. dem auf beiden Seiten bestehenden Missbrauchspotential in Bezug auf die gewährten Rechte möglichst entgegen zu wirken.

In der Streitschlichtung gilt es daher in den Fällen, in denen sich ein Mitglied auf seine GATS-Liste zur Rechtfertigung einer Maßnahme beruft, ein anderes hingegen durch dieselbe Maßnahme seine GATT-Rechte verletzt sieht, zunächst zu klären, ob bei Maßnahmen zur Regulierung des betroffenen Dienstleistungssektors typischerweise mit einer Beeinträchtigung auch des Warenhandels gerechnet werden kann. Anschließend sollte dann ermittelt werden, ob die Maßnahme auch tatsächlich im Rahmen der über die GATS-Liste zugestandenen staatlichen Souveränität erlassen wurde, ob die Maßnahme also tatsächlich der Regulierung eines bestimmten Dienstleistungssektors dienen soll. Ein wichtiger Hinweis hierfür kann beispielsweise sein, ob eine Maßnahme Wirkung für den gesamten betroffenen Dienstleistungssektor hat, oder lediglich an einzelne Bereiche, die einen besonderen Bezug zu bestimmten Waren haben, anknüpft, ob eine Maßnahme in tatsächlicher Hinsicht vor allem den Warenhandel oder aber den Dienstleistungshandel in dem in Bezug genommenen Dienstleistungssektor trifft, oder aber ob die Maßnahme die Vermeidung oder Reduzierung typischer Gefahren oder Risiken des jeweiligen Dienstleistungssektors zum Ziel hat. In vergleichbarer Weise – wenn auch in Bezug auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des GATS – hatte beispielsweise auch das Panel in der Entscheidung *Canada – Periodicals* Zweifel daran geäußert, dass Kanadas Mehrwertsteuer tatsächlich der Regulierung von Werbendienstleistungen dient, da keine vergleichbare Maßnahme für Werbung über andere Kanäle als „*Split-Run*“-Zeitschriften vorgesehen war und die Steuer tatsächlich pro verkaufter Zeitschrift, also pro verkaufter Ware erhoben wurde.¹⁰³⁵ Um auch den weiterhin fort bestehenden Pflichten aus dem GATT ausreichend Rechnung zu tragen, müsste dann in einem letzten Schritt geprüft werden, ob die Beeinträchtigung des Warenhandels in dem gegebenen Maße auch tatsächlich für die Ausübung der zugestandenen staatlichen Souveränität in dem betroffenen Dienstleistungssektor erforderlich ist. Es muss also im jeweiligen Einzelfall ermittelt werden, ob das Mitglied die ihm in der GATS-Liste zugestandenen Rechte nicht auch ohne oder mit einer geringeren Beeinträchtigung der Rechte des anderen Mitglieds aus dem GATT in vergleichbarer Weise hätte ausüben können.

Diese Prüfungsschritte mögen zunächst an die aus dem deutschen und europäischen Recht vertraute Verhältnismäßigkeitsprüfung erinnern, wo sie allgemein

1035 WTO-Panel, Report v. 14.03.1997 – WT/DS31/R, *Canada – Periodicals* Rn. 5.15.

gesagt dem Ausgleich verschiedener gegenläufiger Interessen bzw. Rechte dient.¹⁰³⁶ Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine Abwägung der verschiedenen Interessen im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne als dritter Prüfungsschritt – im Unterschied zu der bekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung – nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz nicht erfolgt. Eine solche Abwägung widerspräche dem in der WTO allgemein anerkannten Grundsatz,¹⁰³⁷ dass die Mitglieder das Maß, in dem sie bestimmte Interessen verfolgen – dort wo ihnen dies zugestanden wird –, selbst bestimmen können.¹⁰³⁸ Auch im Rahmen nicht oder nur begrenzt gemachter Zugeständnisse in den jeweiligen GATS-Listen wird dem entsprechenden Mitglied zugestanden, diesen Bereich entsprechend frei zu regeln; entsprechend kann es auch den Umfang, in dem es von diesem Recht Gebrauch macht, selbst bestimmen. Um insoweit Exzesse zulasten der bestehenden Verpflichtungen aus dem GATT zu vermeiden, muss entsprechend gründlich geprüft werden, ob in dem jeweiligen Dienstleistungssektor üblicherweise auch mit reflexartigen Beeinträchtigungen des Warenverkehrs zu rechnen ist, ob die Maßnahme tatsächlich in den betreffenden Sektor fällt und ob die verfolgten Ziele, derentwegen keine oder nur begrenzte Zugeständnisse gemacht wurden, in vergleichbarer Weise auch ohne die Verletzung von GATT-Pflichten erreicht werden könnten.

Mit dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz soll vermieden werden, dass weder die einem Mitglied von den anderen Mitgliedern in bestimmten Dienstleistungssektoren zugestandenen Rechte zur Regulierung dieser Sektoren im Falle eines Konflikts mit einschlägigen GATT-Pflichten ohne Weiteres aufgehoben werden, noch dass die entsprechenden GATT-Rechte angesichts der Anwendbarkeit auch des GATS im jeweiligen Einzelfall keine Bedeutung mehr haben. Stets wird im Einzelfall ein Ausgleich zwischen den jeweils zugestandenen Rechten zu suchen sein, bei dem den auf allen Seiten bestehenden Rechten genügend Rechnung getragen wird. Dieses Ergebnis kann weder über den gegenseitigen Ausschluss von GATT und GATS noch über eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der beiden Übereinkommen vergleichbar gut erreicht werden, da in diesen Fällen die jeweiligen Rechte wegen des eingeschränkten Anwendungsbereichs von vorneherein nicht anwendbar sind.

1036 Siehe allgemein zu den Funktionen des Verhältnismäßigkeitsprinzips: *Andenas/Zleptnig*, Camb. Rev. Int. Aff. 1/2007, 71 (73 f.). Siehe zu verschiedenen Herleitungsansätzen auch: *Vranes*, AVR 1/2009, 1 (12 ff.).

1037 Siehe nur: WTO-Appellate Body, Report v. 22.05.2014 – WT/DS400, 401/AB/R, *EC – Seal Products* Rn. 5.200; WTO-Appellate Body, Report v. 07.04.2005 – WT/DS285/AB/R, *US – Gambling* Rn. 308; WTO-Appellate Body, Report v. 12.03.2001 – WT/DS135/AB/R, *EC – Asbestos* Rn. 168.

1038 So auch: *Regan*, WTR 3/2007, 347 (348).

2. Konflikt zwischen GATT-/GATS-Verbot und GATS-/GATT-Ausnahme

Wird eine bestimmte Maßnahme von einer Ausnahmegvorschrift eines der beiden Übereinkommen gedeckt, die in dem jeweils anderen Übereinkommen nicht vorgesehen ist und ist die Maßnahme nach dem anderen Übereinkommen daher unzulässig, wird zur Lösung dieses Konflikts ein ganzheitlicher Ansatz vorgeschlagen. Dabei sollen die beiden Übereinkommen nicht völlig losgelöst voneinander, sondern – insbesondere unter Berücksichtigung des *Single-Undertaking*-Grundsatzes – als gleichberechtigt nebeneinanderstehende Teile innerhalb der WTO-Rechtsordnung gesehen werden.

Grundsätzlich ist insoweit zunächst festzuhalten, dass beide Übereinkommen jeweils primär die Liberalisierung des Handels – wenn auch mit unterschiedlichen Handelsgegenständen – verfolgen¹⁰³⁹ und dabei den Besonderheiten des jeweiligen Handelsgegenstands bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten Rechnung tragen. Die jeweils enthaltenen Ausnahmegvorschriften erlauben den Mitgliedern jedoch von den der Liberalisierung des Handels dienenden Pflichten zur Verfolgung bestimmter, in den Ausnahmegvorschriften vorgesehener Interessen abzuweichen. Von den Mitgliedern ist also grundsätzlich anerkannt, dass einzelne Mitglieder die in den Ausnahmegvorschriften genannten Interessen der Liberalisierung des Handels vorziehen dürfen, diese also wichtiger sein können als die Liberalisierung des Handels.¹⁰⁴⁰ Ist nun also eine Maßnahme von einer Ausnahmegvorschrift eines der beiden Übereinkommen gedeckt, existiert für das jeweils andere Übereinkommen aber keine entsprechende Ausnahmegvorschrift, könnte dieselbe Maßnahme also wegen des Verstoßes gegen eines der beiden Übereinkommen vertragswidrig und daher aufzuheben sein. Dies würde jedoch zwangsläufig eine unterschiedliche Gewichtung der beiden Handelsgegenstände Ware und Dienstleistung bedeuten. Eine Ausnahme, die wichtig genug ist, um eine der Liberalisierung beispielsweise des Warenhandels dienende Pflicht einzuschränken, gleichzeitig aber nicht wichtig genug ist, eine entsprechende Pflicht aus dem GATS einzuschränken, führt entsprechend zu einer höheren Gewichtung der

1039 Vgl. Abs. 3 Präambel GATT, Abs. 2, 3 Präambel GATS.

1040 Vgl. *Wolftrum*, in: *Wolftrum/Stoll et al.*, WTO – Trade in Goods, Art. XX GATT – Introduction Rn. 1. Der Vorrang wird allerdings nicht vorbehaltlos gewährt. Vielmehr darf durch die Verfolgung der Interessen der Warenhandel nicht mehr als nötig beeinträchtigt werden (vgl. bspw. Art. VI:2, 3 GATT wonach die Erhebung von Antidumping- und Ausgleichszöllen auf die Dumping- oder Subventionsspanne begrenzt wird oder Art. XII:2 lit. d), e) GATS, wonach Ausnahmen zum Schutz der Zahlungsbilanz nur solange und soweit zulässig sind, wie dies zum Schutz der Zahlungsbilanz erforderlich ist) bzw. die Ausnahme sich nicht als verschleierte Handelsbeschränkung herausstellen (Art. XX GATT, Art. XIV GATS *Chapeau*).

Liberalisierung des Dienstleistungshandels im Vergleich zur Liberalisierung des Warenhandels. Mit einer solchen unterschiedlichen Gewichtung ließe sich dann aber auch eine vorrangige Geltung eines der beiden Übereinkommen vor dem anderen Übereinkommen rechtfertigen. Ein solcher Vorrang wurde jedoch bereits an anderer Stelle abgelehnt.¹⁰⁴¹

Trotz dieser theoretischen Überlegungen, wonach Ausnahmen nach dem einen Übereinkommen in Anbetracht der Gleichwertigkeit von Waren- und Dienstleistungshandel eigentlich auch für das jeweils andere Übereinkommen gelten müssten, lassen sich jedoch durchaus Unterschiede innerhalb der Ausnahmetatbestände finden. Diese Unterschiede sind insofern auch die Ursache potentieller Konflikte zwischen GATT und GATS. Besonders klar lassen sich diese Unterschiede bei den jeweiligen allgemeinen Ausnahmetatbeständen Art. XX GATT und Art. XIV GATS erkennen. So sieht Art. XX GATT zehn öffentliche Interessen vor, die Verstöße gegen das GATT rechtfertigen können, während Art. XIV GATS nur fünf solcher Interessen enthält. Bei genauer Betrachtung fällt jedoch auf, dass etliche der nur im GATT enthaltenen Interessen einen mehr oder weniger stark ausgeprägten Warenbezug haben.¹⁰⁴² Dass sie nicht in das GATS übernommen wurden, ist damit nicht darauf zurückzuführen, dass sie als nicht wichtig genug betrachtet wurden, um eine Verletzung von GATS-Pflichten zu rechtfertigen; vielmehr ist anzunehmen, dass die Mitglieder diese Interessen durch den Dienstleistungshandel nicht beeinträchtigt sahen und entsprechende Ausnahmen daher für nicht erforderlich hielten.¹⁰⁴³ In umgekehrter Richtung fällt vor allem die Erweiterung legitimer Interessen im GATS um Maßnahmen, die zur Beibehaltung der öffentlichen Ordnung notwendig sind,¹⁰⁴⁴ auf; die parallele Vorschrift im GATT,¹⁰⁴⁵ nach der nur Maßnahmen zum Schutz öffentlicher Moralvorstellungen Verletzungen von GATT-Pflichten rechtfertigen können, wurde diesbezüglich also erweitert. Auch insoweit wird die Ursache für diesen Unterschied zwischen GATT und GATS aber in den Besonderheiten von Dienstleistungen vermutet. So sei es wesentlich wahrscheinlicher, dass durch die Ausübung einer Tätigkeit, also einer Dienstleistung, die öffentliche Ordnung gefährdet wird als

1041 Siehe zuvor unter: F.III.1.

1042 Vgl. Art. XX lit. c), e) – j) GATT.

1043 *Cottier/Delimatsis et al.*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XIV GATS Rn. 17. Siehe insoweit auch ausführlich zur Diskussion um die Aufnahme von Maßnahmen zum Erhalt nicht-erneuerbarer natürlicher Ressourcen (Art. XX lit. g) GATT) in das GATS: *Cottier/Delimatsis et al.*, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. XIV GATS Rn. 35 f.

1044 Art. XIV lit. a) GATS.

1045 Art. XX lit. a) GATT.

dies bei dem Angebot von Waren der Fall ist.¹⁰⁴⁶ Auch insoweit liegt es also näher, den Grund für die Erweiterung in den Besonderheiten von Dienstleistungen zu sehen, als in einer bewussten Ungleichgewichtung von Waren- und Dienstleistungshandel.¹⁰⁴⁷

Wesentliche Unterschiede lassen sich bei den Ausnahmevorschriften auch noch in Bezug auf Ausnahmen vom Verbot mengenmäßiger Beschränkungen im GATT¹⁰⁴⁸ finden, zu denen im GATS unmittelbar keine parallele Vorschrift existiert. Allerdings steht es den Mitgliedern nach dem GATS ohnehin frei, den Umfang, in dem sie ihren Markt für Dienstleistungen öffnen und ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistern die gleiche Behandlung wie den inländischen Dienstleistungen und Dienstleistern zukommen lassen, in ihren GATS-Listen festzulegen;¹⁰⁴⁹ entsprechend bedarf es auch keiner Ausnahmevorschrift parallel zum GATT. Vergleichbar ist auch keine Ausnahmevorschrift parallel zu Art. VI GATT zur Erhebung von Antidumping- und Ausgleichszöllen im GATS sinnvoll, da auf Dienstleistungen generell keine Zölle erhoben werden; Mitglieder haben jedoch das Recht, auf Subventionen und Dumping mit Verhandlungen mit dem betreffenden Mitglied zu reagieren.¹⁰⁵⁰ Zudem existieren (bislang) keine Art. XIX GATT vergleichbaren Regelungen in Bezug auf Schutzmaßnahmen im GATS. Die Mitglieder haben sich in Art. X:1 GATS lediglich dazu verpflichtet, Verhandlungen über solche Maßnahmen zu führen, die allerdings bis heute zu keinem Ergebnis geführt haben.¹⁰⁵¹ Dass seinerzeit keine Regelungen zu Schutzmaßnahmen in das GATS aufgenommen wurden ist aber ebenfalls auf die Besonderheiten des Dienstleistungsmarkts zurückzuführen. Wegen der Vielzahl möglicher Dienstleistungsformen und der verschiedenen Erbringungsmöglichkeiten konnte

1046 Diebold, JIEL 1/2008, 43 (73).

1047 So hat auch das WTO-Sekretariat die öffentliche Ordnung als gemeinsames politisches Ziel im Rahmen der GATT- und GATS-Vorschriften bezeichnet: „*Policy objectives that are common to both the GATT and the GATS are the protection of public morals and public order [...]*“, WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment, Exceptions and Balance-of-Payments Safeguards, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/137, 2002, Rn. 16.

1048 Art. XI:2, XIII GATT.

1049 Art. XVI, XVII GATS.

1050 Art. XV:2, IX:2 GATS.

1051 Siehe zum derzeitigen Stand der Verhandlungen: WTO, Annual Report of the Working Party on GATS Rules to the Council for Trade in Services (2016), S/WPGR/27, 2016, Rn. 1.1; WTO, Report by the Chairperson of the Working Party on GATS Rules, S/WPGR/21, 2011, Rn. 3 f.

man sich nicht auf eine einheitliche Regelung für den gesamten Dienstleistungshandel bis zum Abschluss des GATS einigen.¹⁰⁵² Zudem wird eine vergleichbare Regelung wegen der über die GATS-Listen ohnehin schon bestehenden Möglichkeiten zum Schutz nationaler Dienstleistungsbranchen und der in Art. XXI GATS vorgesehenen Möglichkeit, Zugeständnisse nach Ablauf von drei Jahren wieder zurückzunehmen, von einigen Mitgliedern auch nicht für erforderlich gehalten.¹⁰⁵³ Im Gegensatz dazu konnten im GATS die Vorschriften aus dem GATT und dem Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the GATT 1994 über Maßnahmen zum Schutz der Zahlungsbilanz in Art. XII GATS weitestgehend übernommen werden.¹⁰⁵⁴

Aus diesem Überblick über die verschiedenen Ausnahmenvorschriften und die insoweit bestehenden Unterschiede zwischen GATT und GATS ergibt sich, dass sich die bestehenden Unterschiede stets mit den Besonderheiten des Dienstleistungshandels oder der Liberalisierungssystematik des GATS erklären lassen. Dass bestimmte Interessen nur in Bezug auf einen der beiden Handelsgegenstände als wichtig genug erachtet wurden, um von einzelnen der Liberalisierung des Handels dienenden Pflichten abzuweichen, lässt sich dem Vergleich und den Gründen für die Unterschiede hingegen nicht entnehmen.

Für Konflikte, die sich daraus ergeben, dass eine Pflichten sowohl des GATT als auch des GATS verletzende Maßnahme nur nach einem der beiden Übereinkommen von einer Ausnahmenvorschrift gedeckt ist, wird daher hier vorgeschlagen, die Maßnahme auch in Bezug auf die Verletzung des jeweils anderen Übereinkommens als gerechtfertigt anzusehen. Dies widerspricht allerdings teilweise dem Wortlaut einzelner Ausnahmenvorschriften, wenn dort formuliert ist: „*Nothing in this Agreement [...]*“.¹⁰⁵⁵

Unter Verweis auf diese Formulierung hat das Panel in der Entscheidung *China – Raw Materials* bereits dargestellt, dass Ausnahmen nur für das jeweilige Über-

1052 Grote, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. X GATS Rn. 1. Siehe zu den Schwierigkeiten im Einzelnen auch: *WTO Working Party on GATS Rules*, Communication from the European Communities and their Member States, S/WPGR/W/38, 2002, S. 2 ff.

1053 Grote, in: Wolfrum/Stoll et al., WTO – Trade in Services, Art. X GATS Rn. 7.

1054 *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment*, Exceptions and Balance-of-Payments Safeguards, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/137, 2002, Rn. 35 f.

1055 Art. XX, XXI GATT, Art. XIV, XIV bis GATS.

einkommen, nicht aber ohne Weiteres auch für Verstöße gegen ein anderes Übereinkommen gelten können.¹⁰⁵⁶ Für GATT und GATS würde dies jedoch – wie bereits ausgeführt – zwangsläufig auf eine von den Mitgliedern nicht gewollte Ungleichgewichtung zwischen Waren- und Dienstleistungshandel hinauslaufen, zumal Mitglieder gegebenenfalls die von einem anderen Mitglied zur Verfolgung seiner Interessen in Anspruch genommene Ausnahmegesetzgebung durch Geltendmachung von Rechten aus dem jeweils anderen Übereinkommen umgehen könnten. Entsprechend dürfen eigentlich nach einem der beiden Übereinkommen gerechtfertigte Maßnahmen in den hier beschriebenen Konfliktsituationen nicht pauschal unter Verweis auf den Wortlaut der Ausnahmegesetzgebung wegen des Verstoßes gegen Pflichten aus dem anderen Übereinkommen für unzulässig erklärt werden.

Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Mitglieder die Ausnahmegesetzgebungen jeweils den Besonderheiten des jeweiligen Handelsgegenstands angepasst haben, bei Nichtvorhandensein einer Ausnahmegesetzgebung also nicht damit rechneten, dass die von der Ausnahmegesetzgebung nach dem anderen Übereinkommen zugestandenen Interessen der Liberalisierung des Handels entgegenstehen könnten. Das bedeutet, dass stets im Einzelfall genau geprüft werden muss, ob die (reflexhafte) Beeinträchtigung auch des anderen Handelsgegenstands auch tatsächlich erforderlich war zur Verfolgung der in der Ausnahmegesetzgebung vorgesehenen Interessen. Anderenfalls ist anzunehmen, dass ein Mitglied die Ausnahmegesetzgebung lediglich als Vorwand nutzt, um seine Pflichten aus dem jeweils anderen Übereinkommen zu umgehen. Ein solcher Missbrauch der im Rahmen der Ausnahmegesetzgebung gewährten Rechte zulasten des gemeinsamen Ziels der Liberalisierung des Handels, also eine verschleierte Handelsbeeinträchtigung ist

1056 WTO-Panel, Report v. 05.07.2011 – WT/DS394, 395, 398/R, *China – Raw Materials* Rn. 7.153. Von Appellate Body bestätigt: WTO-Appellate Body, Report v. 30.12.2012 – WT/DS394, 395, 398/AB/R, *China – Raw Materials* Rn. 304. In der Sache ging es jedoch darum, ob sich dem Wortlaut von Art. 11.3 in Chinas Beitrittsprotokoll entnehmen lässt, dass die Ausnahmegesetzgebungen aus dem GATT auch für die in Art. 11.3 übernommenen Pflichten aus dem Beitrittsprotokoll gelten sollen; im Raum stand also nicht die Geltung der Ausnahmegesetzgebungen aus dem einen Übereinkommen für Pflichten in Bezug auf ein gleichwertiges Handelsobjekt aus einem anderen Übereinkommen. Unter Verweis auf einen anderen Wortlaut in Art. 5.1 desselben Beitrittsprotokolls wurde eine Geltung der GATT-Ausnahmegesetzgebungen für die dort enthaltenen Pflichten allerdings anerkannt, WTO-Appellate Body, Report v. 21.12.2009 – WT/DS363/AB/R, *China – Audiovisuals* Rn. 222 f. Die Frage der Geltung von GATT-Ausnahmen für Pflichten aus dem ADA wurde in einer anderen Sache offen gelassen, da die streitgegenständliche Maßnahme den Anforderungen der Ausnahmegesetzgebung schon nicht gerecht wurde, WTO-Appellate Body, Report v. 16.07.2008 – WT/DS343, 345/AB/R, *US – Shrimp (Thailand)* Rn. 310, 319.

von den Mitgliedern aber generell nicht gewollt.¹⁰⁵⁷ Es muss also geprüft werden, ob das Ziel genauso gut auch ohne die Verletzung von Pflichten aus dem anderen Übereinkommen von dem Mitglied hätte verfolgt werden können.

Der hier vorgeschlagene Lösungsansatz vermeidet damit, dass bestehende Rechte eines Mitglieds ohne Weiteres unter Verweis auf den Verstoß gegen das andere Übereinkommen aufgehoben werden können. Vielmehr trägt dieser Lösungsansatz dem Umstand, dass die Liberalisierung jeweils des Waren- und des Dienstleistungshandels innerhalb der WTO auf gleicher Ebene nebeneinanderstehende Ziele sind, besondere Rechnung. Gleichzeitig wird auch der *Single-Undertaking*-Grundsatz berücksichtigt, nach dem alle Mitglieder grundsätzlich verpflichtet sind, alle Rechte und Pflichten – auch diejenigen der anderen Mitglieder – jederzeit in vollem Umfang zu berücksichtigen, da der Lösungsansatz einen Ausgleich zwischen den auf allen Seiten bestehenden Rechten und Pflichten unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden Wertentscheidungen im Gesamtkontext der WTO-Rechtsordnung sucht.¹⁰⁵⁸

1057 Vgl. Art. XX GATT, Art. XIV GATS *Chapeau*. Dies ist letztlich auch Ausdruck des im internationalen Recht generell anerkannten Grundsatzes von Treu und Glauben, WTO-Appellate Body, Report v. 12.10.1998 – WT/DS58/AB/R, *US – Shrimp* Rn. 158.

1058 Vgl. auch: WTO-Appellate Body, Report v. 07.08.2014 – WT/DS431, 432, 433/AB/R, *China – Rare Earths* Rn. 5.55: „*This jurisprudence indicates that the specific relationship among individual terms and provisions of the Multilateral Trade Agreements, and between such provisions and the Marrakesh Agreement, must be determined on a case-by-case basis through a proper interpretation of the relevant provisions of these agreements. In other words, this specific relationship must be ascertained through scrutiny of the provisions concerned, read in the light of their context and object and purpose, with due account being taken of the overall architecture of the WTO system as a single package of rights and obligations, and any specific provisions that govern or shed light on the relationship between the provisions of different instruments (such as the General Interpretative Note to Annex 1A).*“

G. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vorausgehende Untersuchung sollte der Frage nachgehen, ob die voneinander getrennten Übereinkommen GATT und GATS noch geeignet sind, den zu beobachtenden Verbindungen zwischen Waren und Dienstleistungen gerecht zu werden.

Insofern wurden die Verbindungen zwischen Waren und Dienstleistungen zunächst in verkörperte Dienstleistungen, produktbegleitende Dienstleistungen/Leistungsbündel und die nutzungs-/ergebnisorientierten Systeme unterteilt. Die verkörperten Dienstleistungen erfassen alle Dienstleistungen, die in den Produktions- bzw. Herstellungsprozess einer Ware eingeflossen sind. Produktbegleitende Dienstleistungen sind solche, die erst im Zuge des Verkaufs der Ware eine Rolle spielen und zusätzlich zu der Ware angeboten werden. Diese wurden weitergehend in solche Dienstleistungen unterteilt, die die Ware selbst anpassen (*adapting services*) und solche, die den Erwerb der Ware oder deren Nutzung erleichtern (*smoothing services*). Bei den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen wird die Ware nicht mehr verkauft, sondern lediglich die Nutzungsmöglichkeit oder das Ergebnis der Ware dem Kunden zur Verfügung gestellt. Alle diese Kombinationen lassen sich grundsätzlich noch mit den allgemeinen Kategorien „Ware“ und „Dienstleistung“ erfassen und erfordern nicht die Schaffung einer gänzlich neuen Kategorie.

GATT und GATS sind jeweils grundsätzlich geeignet, die verschiedenen Verbindungen von Waren und Dienstleistungen zu erfassen.

So werden verkörperte Dienstleistungen als Bestandteile einer berührbaren Ware vollständig dem GATT zugeordnet. Das GATS ist insofern mangels eigenständiger Dienstleistungstransaktion neben der Ware nicht mehr anwendbar. Insofern besteht aber auch keine Lücke, für die es der Schaffung einer neuen Dienstleistungserbringungsmodalität bedürfte.

In zollwertrechtlicher Hinsicht ist ein genereller Abzug des Werts der verkörperten Dienstleistungen vom Warenwert nicht mit dem Wirtschaftszollgedanken vereinbar. Nach diesem dienen Zölle im Wesentlichen der Preisregulierung und der Abschöpfung ungerechtfertigter Preisvorteile infolge niedrigerer Lohn- oder Produktionskosten. Solche Preisvorteile lassen sich dabei auch auf die verkörperten Dienstleistungen zurückführen. In Bezug auf diejenigen in Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA genannten kostenlos oder ermäßigt dem Hersteller der Ware zur Verfügung

gestellten Dienstleistungen ist ein Abzug jedoch möglich, sofern sie im Importland erarbeitet wurden. Wegen der Erarbeitung im Inland bestehen insofern keine ungerechtfertigten Preisvorteile, die auszugleichen wären.

In ursprungsrechtlicher Hinsicht werden verkörperte Dienstleistungen bislang lediglich teilweise mit dem *value added criterion* berücksichtigt. Verkörperte Dienstleistungen können dabei aber nur beschränkt Einfluss auf den Ursprung einer Ware haben. Auf jeden Fall ist es nach den bestehenden Regelungen nicht möglich, dass eine Ware ihren Ursprung in dem Land hat, in dem sie entwickelt und designt wurde, wenn in diesem Land nicht auch ein Be- oder Verarbeitungsschritt stattgefunden hat. Dies wäre allenfalls durch die Schaffung eines neuen Ursprungskriteriums möglich, das auf den Ursprung der insgesamt größten Wertschöpfung unter Berücksichtigung aller Materialien und verkörperten Dienstleistungen abstellt. Sowohl in präferentieller als auch in nichtpräferentieller Hinsicht erscheint ein solches Ursprungskriterium aber weder notwendig noch praktikabel.

Bei den produktbegleitenden Dienstleistungen/Leistungsbündeln und den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen erfolgt jeweils eine Zuordnung des Warenteils zum GATT und eine Zuordnung des Dienstleistungsteils zum GATS. Insofern ist jedoch zu beachten, dass bei den produktbegleitenden Dienstleistungen, die vor dem Import der Ware selbst an der Ware ausgeführt werden (*adapting services*) keine der Erbringungsmodalitäten des GATS einschlägig ist, sodass das GATS insofern auch keine Anwendung findet.

In zollwertrechtlicher Hinsicht ist bei den produktbegleitenden Dienstleistungen/Leistungsbündeln zu berücksichtigen, dass sich der Zollwert einer Ware grundsätzlich nach dem tatsächlich für die Ware gezahlten oder zu zahlenden Preis richten soll. Dieser dient der Konkretisierung des „*actual value*“ in Art. VII:2 lit. a) GATT. Entsprechend können produktbegleitende Dienstleistungen nur dann in den Zollwert einer Ware mit einbezogen werden, wenn sie in Art. 8 CVA genannt sind, sie eine Bedingung für den Abschluss des Kaufvertrags zu den vereinbarten Konditionen sind, der Verkäufer diese Kosten also anderenfalls typischerweise in den Warenpreis einbezogen hätte und/oder die Dienstleistung sich unmittelbar auf den Wert der Ware auswirkt – sofern die Dienstleistung nicht erst nach der Einfuhr der Ware bzw. im Importland ausgeführt wird. Wird für die Ware und die nicht in den Zollwert einzubeziehende Dienstleistung ein Gesamtpreis vereinbart und lassen sich die jeweiligen Kosten nicht voneinander unterscheiden, ist der tatsächlich für die Ware gezahlte oder zu zahlende Preis nicht feststellbar, sodass nach hier vertretener Ansicht die Transaktionswertmethode zur Bestimmung des Zollwerts der Ware nicht herangezogen werden darf und stattdessen auf eine der subsidiären Methoden zur Zollwertbestimmung zurück zu greifen ist.

In ursprungsrechtlicher Hinsicht können produktbegleitende Dienstleistungen/Leistungsbündel allenfalls für das *value added criterion* eine Rolle spielen, wenn sie in den Zollwert der verwendeten Materialien oder der hergestellten Ware einbezogen werden. Zumindest Transport- und Versicherungskosten sollten davon aber abgezogen werden, um Unterschiede in Bezug auf den festgestellten Ursprung infolge unterschiedlicher Transportwege zu vermeiden.

In zollwert- und ursprungsrechtlicher Hinsicht bestehen bei den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen keine Besonderheiten. Insofern ist lediglich zu berücksichtigen, dass der Zollwert der entsprechenden Waren mangels eines Verkaufs nicht mit Hilfe der Transaktionswertmethode bestimmt werden kann. Für die Bestimmung des Ursprungs dieser Waren mit Hilfe des *value added criterion* sollte daher für den Wert der entsprechenden Waren auch auf den Ab-Werk-Preis und nicht auf den nur näherungsweise bestimmten Zollwert abgestellt werden.

Während Verbindungen aus Waren und Dienstleistungen nach alledem allgemein grundsätzlich von GATT und GATS erfasst werden können, besteht bis heute Uneinigkeit über die Zuordnung digitaler Produkte – zu denen auch Software zu zählen ist – zu einem der beiden Übereinkommen. Auch wenn diese Frage letztlich eher im Wege von Verhandlungen zu klären sein wird, wird hier die Ansicht vertreten, dass digitale Produkte den Dienstleistungen und damit dem GATS zuzuordnen sind. Dafür spricht zum einen die fehlende Berührbarkeit und physische Messbarkeit digitaler Produkte im Unterschied zu allen anderen Waren. Zudem lassen sich die dem GATT und GATS zugrundeliegenden Prinzipien in Bezug auf digitale Produkte besser mit Hilfe der Regelungen des GATS verfolgen. Insofern können digitale Produkte – vor allem aber Software – in allen Verbindungsformen von Waren und Dienstleistungen eine Rolle spielen.

In zollwertrechtlicher Hinsicht besteht bei Software allerdings die Besonderheit, dass diese auf eine Ware aufgespielt wird und damit in dieser enthalten ist. Sie ist daher den Beistellungen i.S.v. Art. 8.1 lit. b) (i) CVA zuzuordnen. Dies führt aber dazu, dass die Kosten einer im Inland entwickelten und dem Hersteller kostenlos oder vergünstigt zur Verfügung gestellten Software zwangsläufig in den Zollwert einzubeziehen sind. Damit besteht für Software, für die anders als bei Waren nicht das Verfahren der passiven Veredelung zur Verfügung steht, und für die im Unterschied zu den geistigen Beistellungen in Art. 8.1 lit. b) (iv) CVA auch keine Ausnahme von der Hinzurechnungspflicht vorgesehen ist, aber eine Lücke. Diese Lücke ist durch Schaffung einer entsprechenden Ausnahmenvorschrift oder der Erweiterung des Verfahrens der passiven Veredelung auch auf Software zu schließen.

In ursprungsrechtlicher Hinsicht kann Software entweder über das *value added criterion* unmittelbar in die Bestimmung des Warenursprungs einfließen, wenn man Software den Materialien und anderen Bestandteilen zuordnet, oder aber das Aufspielen von Software wird als ursprungsbegründender Verarbeitungsschritt im Rahmen des *specified processing criterions* festgelegt. Nichtsdestotrotz können insofern aber Probleme bei der Bestimmung des Ursprungs der Software und der Aufteilung des Werts der Software auf die damit hergestellten Waren bestehen, sodass eine Alternative zur Bestimmung des Warenursprungs vorgesehen werden sollte.

Im Hinblick darauf, dass bei den produktbegleitenden Dienstleistungen/Leistungsbündeln und den nutzungs-/ergebnisorientierten Systemen jeweils der Warenteil dem GATT und der Dienstleistungsteil dem GATS zuzuordnen ist, beide Teile aber voneinander abhängig sind, stellt sich auch die Frage nach dem Verhältnis beider Übereinkommen zueinander. Insofern ist festzustellen, dass beide Übereinkommen nebeneinander Anwendung finden können. Daraus können sich vor allem Konflikte ergeben, wenn in Bezug auf eine Dienstleistung keine Zugeständnisse gemacht wurden, durch entsprechende Regelungen in Bezug auf die Dienstleistung aber zeitgleich eine Pflicht nach dem GATT verletzt wird. Ebenso sind Konflikte denkbar, die sich daraus ergeben, dass die jeweiligen Ausnahmenvorschriften in GATT und GATS nicht jeweils identisch sind.

Zur Lösung ersterer Konflikte wird im Interesse aller bestehenden Rechte und Pflichten vorgeschlagen, den Inhalt der gemachten bzw. nicht gemachten GATS-Zugeständnisse dahingehend zu untersuchen, ob Maßnahmen im Rahmen des nach der GATS-Liste Zulässigen typischerweise auch die im Raum stehende Beeinträchtigung des Warenhandels mit sich bringen. Daran anschließend sollte geprüft werden, ob die Maßnahme auch tatsächlich in Ausübung der in der GATS-Liste zugestandenen Souveränität erlassen wurde, also der Regulierung des entsprechenden Dienstleistungssektors diene und abschließend, ob die Maßnahme auch erforderlich zur Erreichung des verfolgten Ziels war, ob das Ziel also nicht auch ohne die Verletzung von GATT-Pflichten in gleicher Weise hätte erreicht werden können. Auf diese Weise kann den nach beiden Übereinkommen bestehenden Rechten und Pflichten gleichberechtigt Rechnung getragen werden.

Konflikte, die sich aus unterschiedlichen Ausnahmenvorschriften in den beiden Übereinkommen ergeben, sollen nach hier vertretener Ansicht dahin gehend gelöst werden, dass Ausnahmenvorschriften bei Eröffnung des Anwendungsbereichs beider Übereinkommen auch für das jeweils andere Übereinkommen gelten können. Auch insofern ist jedoch genau zu prüfen, ob die Beeinträchtigung des jeweils anderen Handelsgegenstands durch die Inanspruchnahme der Ausnahmenvorschrift nach dem einen Übereinkommen auch erforderlich war. Auch insofern

wird also ermöglicht, dass den jeweils bestehenden Rechten und Pflichten ausreichend Rechnung getragen wird und Ausnahmenvorschriften des einen Übereinkommens nicht im Zuge eines Pflichtverstoßes gegen das jeweils andere Übereinkommen praktisch wirkungslos werden.

Insgesamt bleibt damit abschließend festzuhalten, dass die bestehenden Übereinkommen mit ihren jeweiligen Regelungen insgesamt auch weiterhin im Wesentlichen geeignet scheinen, der Verbindung von Waren und Dienstleistungen Rechnung zu tragen. Es empfiehlt sich jedoch, endlich Klarheit in Bezug auf die Zuordnung digitaler Produkte zu den Dienstleistungen zu schaffen. Vor allem bei Konflikten zwischen GATT und GATS infolge der Verbindung von Waren und Dienstleistungen sollte zudem in Zukunft vermehrt auf die gleichberechtigte Berücksichtigung aller bestehenden Rechte und Pflichten und einen angemessenen Ausgleich zwischen diesen nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz geachtet werden. Da es aber grundsätzlich möglich ist, Konflikte zwischen den jeweiligen Rechten und Pflichten angemessen aufzulösen, sind auch im Hinblick auf die zunehmende Verzahnung von Waren und Dienstleistungen keine gänzlich neuen, den Waren- und Dienstleistungshandel insgesamt erfassenden Regelungen erforderlich.

