

Binnenmarktrecht meets WTO-Recht im Vertragsverletzungsverfahren

Dipl.-Jur. Simon A. Miller, LL.M., MBA, Passau*

Wird die wirtschaftliche Freiheit im Binnenmarkt durch eine Maßnahme eines EU-Mitgliedstaates tangiert, ist diese Handlung insbesondere am Maßstab der Grundfreiheiten oder spezielleren Sekundärrechts zu messen. Darüber hinaus ist eine Überprüfung wirtschaftshindernder Maßnahmen anhand des WTO-Rechts nicht ausgeschlossen. Eine solche Konstellation liegt dieser Schwerpunkt Klausur zugrunde. Ergänzend wird die Beachtlichkeit des WTO-Rechts im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens thematisiert.

*Keywords: Binnenmarkt, Wirtschaftsbezogenheit von Bildungsangeboten, Grundfreiheiten, Sekundärrecht als *lex specialis*, WTO-Recht, GATS, Inländerbehandlung, Vertragsverletzungsverfahren*

Teil I

Sachverhalt

Die Kommission der Europäischen Union blickt mit Sorge auf die neuesten Legislativmaßnahmen im Mitgliedstaat M. Dieser hat ein Gesetzespaket verabschiedet, welches die universitäre Ausbildung in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen reglementiert. Unter anderem enthält das Hochschulgesetz (HG) folgende Vorschriften:

§ 5 Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags

- (1) Eine ausländische Hochschuleinrichtung darf eine zu einem Abschluss führende Lehrtätigkeit nur dann in M ausüben, wenn dies durch einen zwischen M und dem Staat, in dem die ausländische Hochschuleinrichtung ihren Sitz hat, geschlossenen völkerrechtlichen Vertrag vereinbart wurde.
- (2) Dies gilt nicht für ausländische Hochschuleinrichtungen, deren Sitz sich in einem Mitgliedstaat des EWR befindet.

§ 6 Erfordernis tatsächlicher Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung

- (1) Ausländische Hochschuleinrichtungen, die in M tätig sind, müssen in dem Land, in dem sich ihr Sitz befindet, als Hochschuleinrichtung staatlich anerkannt sein und dort auch tatsächlich eine Hochschulausbildung bereits durchführen.
- (2) Dies gilt auch für Hochschuleinrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedstaat des EWR.

Zur Begründung gibt der Gesetzgeber in M an, bereits ohne konkreten Anlass dadurch die öffentliche Ordnung in M präventiv aufrechtzuerhalten und irreführende Geschäftspraktiken zu vermeiden. Das

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl von Prof. Dr. Herrmann, LL.M.) an der Universität Passau. Die vorliegende Klausur wurde in leicht abgewandelter Form als Schwerpunkt Klausur an der Universität Passau gestellt. Ihr liegt das Urteil des EuGH v. 6.10.2020 in der Rs. C-66/18 (Kommission/Ungarn) zugrunde. Der Autor dankt Herrn Dipl.-Jur. Univ. Gideon Arnold sowie Frau Cassandra Weichenrieder für die wertvolle Unterstützung.

Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags ermöglichen M sicherzustellen, dass die Tätigkeit fremder Bildungseinrichtungen den politisch-gesellschaftlichen Zielen in M entspreche und auch der Sitzstaat seine Dienstleistungserbringer als vertrauenswürdig ansehe. Das Erfordernis einer tatsächlich ausgeübten Hochschulausbildung im Heimatland der Einrichtung ergänze diesen Schutz, indem es die Qualität der Lehrtätigkeit sichere, was auch im Interesse der EU sei. All dies sei bei privaten Hochschuleinrichtungen im Inland trotz ihrer kommerziellen Zwecke aber nicht nötig.

Die EU-Kommission sieht jedoch in der Bedingung eines internationalen Abkommens für die Erbringungsmöglichkeit von privaten Bildungsdienstleistungen einen Verstoß gegen die im GATS vorgesehene Verpflichtung zur Inländerbehandlung. Schließlich befinde sich der infrage stehende Bereich in der von M niedergelegten Liste spezifischer Verpflichtungen (Art. XVII, XX GATS), was zutrifft („privat finanzierte Hochschulbildungsdienstleistungen ohne Beschränkungen und Vorbehalte“). Dabei sei die Gefahr von politischer Willkür vorhanden, da M den Abschluss eines Vertrags nach eigenem Ermessen ablehnen könne. Ebenfalls sei das Erfordernis der Durchführung einer tatsächlichen Hochschulausbildung durch eine entsprechende Hochschuleinrichtung in dem Land, in dem sich ihr Sitz befindet, ein Verstoß gegen die genannte Verpflichtung aus dem GATS. Eine Rechtfertigung komme jeweils nicht in Betracht, da das GATS hohe Anforderungen an den Schutz der öffentlichen Ordnung stelle.

Ferner stellen die Regelungen nach Auffassung der EU-Kommission einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar, da das Gründen und Betreiben einer Hochschuleinrichtung in M erschwert werde. Ergänzend fügt die EU-Kommission hinzu, dass auch ohne eine dauerhafte Bildungseinrichtung in M ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliege, namentlich gegen Art. 56 AEUV und Art. 16 der Richtlinie 2006/123/EG. Gegen das Vorbringen der EU-Kommission wendet M ein, dass nicht alle Regelungen aus dem HG für andere EU-Mitgliedstaaten erschwerende Hürden vorsähen und es bereits an einem wirtschaftlichen Zusammenhang fehle. Zutreffend ist aber, dass private Hochschuleinrichtungen nicht aus staatlichen Mitteln, sondern durch Entgelte finanziert und daher auch durch ökonomische Interessen getragen werden. Ferner wurden die Gründung sowie der Betrieb solcher privaten Bildungseinrichtungen in M durch Inländer bereits mehrfach von M zugelassen. Jedenfalls diene das Erfordernis der Ausbildungsdurchführung im Sitzstaat zur Qualitätssicherung der universitären Ausbildung in M, was die EU gem. Art. 9, 165 f. AEUV zu unterstützen habe.

Bearbeitungshinweis

In einem umfassenden Rechtsgutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – zu prüfen, ob die von der EU-Kommission vorgetragene Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt. Auf den Auszug aus der Richtlinie 2006/123/EG am Ende des Sachverhalts wird hingewiesen.

Teil II

Sachverhalt

Nachdem sich die EU-Kommission sicher ist, dass die gesetzlichen Regelungen des HG einen mehrfachen Rechtsverstoß darstellen, erwägt sie, eine Klage gegen M anzustreben. Dazu muss sie zuerst eruieren, welche Klageart bei einem Verstoß von Mitgliedstaat M gegen das Welthandels- und Unionsrecht einschlägig ist.

Als M von den Plänen der EU-Kommission erfährt, ist man empört. Der EuGH sei nicht zuständig, um Verstöße von EU-Mitgliedstaaten gegen das GATS im Verhältnis zu Drittstaaten zu prüfen. Man

würde dadurch den Streitbeilegungsmechanismus der WTO konterkarieren. Immerhin habe der EuGH es auch stets unterlassen, Einzelpersonen eine Berufung auf WTO-Recht zu ermöglichen. Die EU-Kommission argumentiert hingegen, dass die von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Abkommen „integraler Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung seien. Dies sei von ihrer Wirkung auf das Sekundärrecht und auf Privatpersonen zu unterscheiden. Auch Art. 216 Abs. 2 AEUV zeige, dass eine Verletzung des GATS zugleich eine Verletzung des Unionsrechts darstelle. Da die EU über eine ausschließliche Zuständigkeit für die Liberalisierung des Handels mit privaten Bildungsdienstleistungen verfüge – was zutrifft –, könne der EuGH auch einen Verstoß von M gegen das GATS prüfen.

Bearbeitungshinweis

Welche Klageart wird die EU-Kommission vor dem Gerichtshof der Europäischen Union erheben und wird der Gerichtshof über die Vereinbarkeit mit dem GATS entscheiden? Gehen Sie bei der Beantwortung auf die im Sachverhalt (Teil II) genannten Aspekte ein. Eine vollständige Prüfung der Zulässigkeit der statthaften Klageart wird nicht erwartet.

Richtlinie 2006/123/EG

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt

In Erwägung nachstehender Gründe:

[...]

(41) Der Begriff der öffentlichen Ordnung in der Auslegung des Gerichtshofs umfasst den Schutz vor einer tatsächlichen und hinreichend erheblichen Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt; [...]

[...]

wurde folgende Richtlinie erlassen:

[...]

Art. 2

(Anwendungsbereich)

(1) Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

[...]

Art. 4

(Begriffsbestimmungen)

Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

1. „Dienstleistung“ jede von Artikel 57 AEUV erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.

[...]

Art. 16

(Dienstleistungsfreiheit)

(1) Die Mitgliedstaaten achten das Recht der Dienstleistungserbringer, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen.

Der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, gewährleistet die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets.

[...]

(3) Der Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer begibt, ist nicht daran gehindert, [...] Anforderungen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen zu stellen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sind.

Lösungsvorschlag

Teil I

I. Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus dem GATS	291
1. Verstoß durch § 5 HG	291
a) Anwendbarkeit des GATS	291
b) Anwendbarkeit des Inländerbehandlungsgebots	293
c) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots	293
d) Rechtfertigung	293
aa) Schutz der öffentlichen Ordnung	294
bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken	294
cc) Zwischenergebnis	295
2. Verstoß durch § 6 HG	295
a) Anwendbarkeit	295
b) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots	295
c) Rechtfertigung	295
aa) Schutz der öffentlichen Ordnung	295
bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken	295
cc) Zwischenergebnis	296
II. Verstoß gegen Unionsrecht	296
1. Vereinbarkeit von § 5 HG mit den Grundfreiheiten	297
a) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	297
b) Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit	297
2. Vereinbarkeit von § 6 HG mit den Grundfreiheiten	298
a) Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	298
aa) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	298
bb) Eingriff	299
cc) Rechtfertigung	299
(1) Rechtfertigungsgrund	299
(a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	299
(b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	299

(2) Verhältnismäßigkeit	300
dd) Zwischenergebnis	301
b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit.....	301
aa) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit	301
bb) Verbleibender Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit	301
cc) Zwischenergebnis	301
3. Vereinbarkeit von § 6 HG mit der Dienstleistungs-Richtlinie	301
a) Anwendbarkeit der Dienstleistungs-Richtlinie.....	301
b) Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie.....	302
c) Rechtfertigung.....	302
d) Zwischenergebnis.....	302
III. Gesamtergebnis zu Teil I	302
Teil II	303
I. Statthaftes Verfahren.....	303
II. Verfahrensgegenstand	303
III. Gesamtergebnis zu Teil II	304

Teil I

Zu prüfen ist, ob die von der EU-Kommission vorgetragene Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt. In Betracht kommt ein Verstoß der von M erlassenen Vorschriften des HG gegen das Gebot der Inländerbehandlung („National Treatment“) aus dem GATS sowie gegen die Grundfreiheiten des Unionsrechts bzw. gegen unionsales Sekundärrecht.

I. Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus dem GATS

Fraglich ist, ob die Vorschriften des HG gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus Art. XVII GATS verstoßen.

1. Verstoß durch § 5 HG

Das in § 5 HG vorgesehene Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags könnte einen Verstoß gegen Art. XVII GATS darstellen.

a) Anwendbarkeit des GATS

Das GATS findet Anwendung auf den „Handel mit Dienstleistungen“ (Art. I:1 GATS). Nach Art. 1:3 lit. b GATS schließt der Dienstleistungsbegriff „jede Art von Dienstleistungen in jedem Sektor mit Ausnahme solcher Dienstleistungen ein, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden“. Diese

weite Formulierung führt in der Praxis zu einer Orientierung (i.S.v. Art. 32 WVK)¹ an der *Services Sectorial Classification List*,² die sich in ihrem fünften Sektor auf den Bildungsbereich bezieht.³ Allgemein kann für das GATS ein Verständnis der Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt angenommen werden.⁴ Das GATS betrifft allerdings nicht die Dienstleistungen als solche, sondern den „Handel“ mit diesen.⁵ Die erfassten Modalitäten des Handels werden in Art. 1:2 lit. a–d GATS beschrieben.⁶ Das GATS ist dabei nicht auf die klassischen Formen grenzüberschreitender Dienstleistungstransaktionen wie dem *cross-boarder supply* (Art. 1:2 lit. a GATS) oder *consumption abroad* (Art. 1:2 lit. b GATS) begrenzt, sondern bezieht auch die Erbringung einer Dienstleistung „mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“ (Art. 1:2 lit. d GATS) und darüber hinaus sogar die Erbringung „mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“ (Art. 1:2 lit. c GATS) ein.⁷

Die §§ 5 und 6 HG reglementieren die Erbringung von Lehrtätigkeiten in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen. Lehrtätigkeiten sind zwar Dienstleistungen,⁸ allerdings ist fraglich, ob es sich dabei auch um Dienstleistungen im Sinne einer wirtschaftlichen Tätigkeit handelt, sodass das GATS zur Anwendung gelangt. Denn die Dienstleistungen von Hochschuleinrichtungen könnten als „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sein. Diese Ausnahme in Art. 1:3 lit. b GATS für Dienstleistungen „in Ausübung hoheitlicher Gewalt“ wird in Art. 1:3 lit. c GATS präzisiert. Danach ist die weite Anwendbarkeit des GATS durchbrochen für „jede Art von Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird“. Für Hochschultätigkeiten stellt sich das Problem, dass diese gleichermaßen als öffentliche Dienstleistung wie auch im Wettbewerb erbracht werden können.⁹ Allerdings hat M dem Hochschulbereich nicht den wirtschaftlichen Charakter entzogen und diesen daher nicht exklusiv als öffentliche Leistung geregelt. Vielmehr hat M bereits private und damit den wirtschaftlichen Maximen unterliegende Bildungseinrichtungen (durch Inländer) mehrfach zugelassen sowie diesen Bereich auch in die Liste spezifischer Verpflichtungen aufgenommen. Damit lässt sich für M die Durchbrechung des Anwendungsbereichs zugunsten öffentlicher Leistungen nicht herleiten. Die Hochschultätigkeiten durch private Bildungseinrichtungen stellen in M vielmehr eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Sie können – neben dem Angebot von digitaler Fernlehre (Art. 1:2 lit. a GATS) – entweder durch die Präsenz einer natürlichen Person in M (Art. 1:2 lit. d GATS) oder mithilfe einer in M errichteten Bildungseinrichtung (Art. 1:2 lit. c GATS) erfolgen. Mithin liegt ein „Handel mit Dienstleistungen“ vor. Der Anwendungsbereich des GATS ist folglich eröffnet.

¹ WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Appellate Body, 7.4.2005, WT/DS285/AB/R, para. 197.

² Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 24.

³ Diese Information enthält im Sachverhalt keine Entsprechung und war von Studierenden daher nicht erwartbar.

⁴ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 854.

⁵ Stoll/Schorkopf, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 532.

⁶ Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 31.

⁷ Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 32; Stoll/Schorkopf, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 533 ff.; Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 14 f.

⁸ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 855.

⁹ Vgl. Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 855.

b) Anwendbarkeit des Inländerbehandlungsgebots

Das Gebot der Inländerbehandlung ist in Art. XVII GATS und damit in Teil III des GATS geregelt. Die in diesem Teil des GATS geregelten Liberalisierungspflichten entstehen nicht bereits mit dem Vertragsabschluss zum GATS,¹⁰ sondern setzen zusätzlich das Zugeständnis des WTO-Mitglieds voraus, sich für den jeweiligen infrage stehenden Dienstleistungsbereich zu öffnen.¹¹ Die Selbstverpflichtungen sowie mögliche Vorbehalte werden in die Liste spezifischer Verpflichtungen niedergeschrieben, damit das Gebot der Inländerbehandlung in diesem Umfang zum Tragen kommt (vgl. Art. XX GATS).¹² Bezüglich des Inländerbehandlungsgebots ist für M in der Liste „privat finanzierte Hochschulbildungsdienstleistungen ohne Beschränkungen und Vorbehalte“ eingetragen, sodass die durch §§ 5 und 6 HG geregelten Bereiche an der Pflicht zur Inländerbehandlung teilnehmen.

c) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots

Das Gebot der Inländerbehandlung („National Treatment“) besagt, dass ein WTO-Mitglied die Dienstleistungen und Dienstleistungserbringenden eines anderen Mitglieds nicht weniger günstig behandeln darf als gleiche Dienstleistungen und Dienstleistungserbringende aus dem Inland, Art. XVII:1 GATS. Nicht verlangt wird dadurch eine formale Gleichheit (vgl. Art. XVII:2 GATS), sondern die Gewährung gleicher Wettbewerbsbedingungen für inländische und ausländische Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer (vgl. Art. XVII:2 GATS), also die Herstellung eines „level playing field“. ¹³ Die Erbringung von Hochschuldienstleistungen in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen setzt nach § 5 HG einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen M und dem Staat, in dem die ausländische Hochschuleinrichtung ihren Sitz hat, voraus. Eine solche Voraussetzung existiert für entsprechende Dienstleistungen durch inländische Bildungseinrichtungen (bzw. solche aus dem EWR) nicht, sodass eine formal unterschiedliche Behandlung vorliegt. Da der Abschluss des völkerrechtlichen Vertrags ferner nicht an Kriterien gebunden ist, sondern im Ermessen von M steht, führt diese auch zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, in denen die Hochschuleinrichtungen aus M (und dem EWR) bevorteilt sind. Damit ist eine weniger günstige Behandlung ausländischer Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringenden aus Mitgliedstaaten der WTO, die nicht dem EWR angehören, gegeben.¹⁴

d) Rechtfertigung

Der Verstoß gegen die Inländergleichbehandlung könnte jedoch gem. Art. XIV GATS gerechtfertigt sein. In Betracht kommen die Rechtfertigungsgründe des Schutzes der öffentlichen Ordnung, Art. XIV lit. a GATS, und der Verhinderung irreführender bzw. betrügerischer Geschäftspraktiken, Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Beide Bestimmungen erlauben Abweichungen auch von den spezifischen Verpflichtungen aus Teil III des GATS.¹⁵

¹⁰ Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 38.

¹¹ Stoll/Schorkopf, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 542.

¹² Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 65.

¹³ Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 42.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 121.

¹⁵ Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 109.

aa) Schutz der öffentlichen Ordnung

Für die in Art. XIV lit. a GATS gelisteten Regelungsziele haben die Mitglieder das Recht, das für sie angemessene Schutzniveau eigenständig zu bestimmen.¹⁶ Außerdem ist der Inhalt sowohl zeitlich als auch örtlich variabel und hängt von sozialen, kulturellen, ethischen und religiösen Einflüssen ab.¹⁷ Einschränkend können die Mitglieder aber nur dann Schutzmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gem. Art. XIV lit. a GATS ergreifen, wenn „eine wirkliche, ausreichend schwere Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft vorliegt“ (so die Anmerkung Nr. 5 zum GATS).¹⁸ Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, da M ohne konkreten Anlass – also ohne eine „wirkliche [...] Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft“ – die öffentliche Ordnung beschirmt. Eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. a GATS scheidet somit aus.¹⁹

bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken

Art. XIV lit. c GATS nennt drei Regelbeispiele, in denen eine Rechtfertigung zur „Einhaltung von Gesetzen“ möglich ist, darunter die „Verhinderung irreführender und betrügerischer Geschäftspraktiken“, Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Durch einen völkerrechtlichen Vertrag kann der Sitzstaat signalisieren, dass er die betreffende Hochschuleinrichtung als vertrauenswürdig einstuft, was gesetzeswidrige bzw. irreführende Geschäftspraktiken regelmäßig – aber nicht zwingend – ausschließt. Eine dahingehende Prüfung durch M wäre aufwendiger als durch den Sitzstaat. Auch für die Hochschulen wäre eine Überprüfung der Geschäftspraktiken im Ausland (also in M) eine bürokratische Zusatzbelastung. Diese in Richtung Aufwand und Wirksamkeit zielenden Argumente greifen aber nur für solche ausländischen Hochschuleinrichtungen, die noch nicht in M präsent sind und die vom Sitzstaat zutreffend als vertrauenswürdig eingestuft werden. Für jene, die bereits auf dem Markt von M agieren, ist eine Überprüfung der Geschäftspraktiken vor Ort durch M aufgrund der territorialen und sachlichen Betroffenheit von M wirksamer als durch den Sitzstaat.²⁰ Zudem dürfen die Maßnahmen zur Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken sich nicht als „ein Mittel zu willkürlicher oder unberechtigter Diskriminierung“ darstellen (sog. *chapeau* des Art. XIV GATS).²¹ Daran ist zu zweifeln, da der Abschluss des völkerrechtlichen Vertrags im freien Ermessen von M liegt. § 5 HG gibt keine Kriterien für eine Ermessenslenkung vor, woraufhin M angegeben hat, die politisch-gesellschaftlichen Ziele in M zementieren zu wollen und sich daher beim Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages (bzw. bei der Verweigerung eines Abschlusses) nicht an bildungsrelevanten Kriterien sowie der Gesetzeskonformität und Lauterkeit der Geschäftspraktiken zu orientieren. Der Abschluss des Vertrages beruht somit letztlich auf dem politischen Willen von M, was den Eintritt oder die Fortführung von Dienstleistungen ausländischer Hochschuleinrichtungen auf dem Markt von M willkürlich verhindern kann. Eine Rechtfertigung ist daher auf Grundlage von Art. XIV lit. c GATS nicht möglich.²²

¹⁶ WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Panel, 10.11.2004, WT/DS285/R, para. 6.461.

¹⁷ WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Panel, 10.11.2004, WT/DS285/R, para. 6.461.

¹⁸ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 119.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 132.

²⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 137.

²¹ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 901; Michaelis, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 111.

²² EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 138.

cc) Zwischenergebnis

§ 5 HG stellt einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar.

2. Verstoß durch § 6 HG

Das in § 6 HG vorgesehene Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung könnte ebenfalls einen Verstoß gegen Art. XVII GATS darstellen.

a) Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des GATS und des Inländerbehandlungsgebots aus Art. XVII GATS ist gegeben (s.o.).

b) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots

Die in § 6 HG aufgestellten Erfordernisse für ausländische Hochschuleinrichtungen müssten eine Änderung der Wettbewerbsbedingungen zugunsten gleicher Dienstleistungserbringender in M bewirken. Letztere können unmittelbar in M eine Hochschuleinrichtung gründen und betreiben. Ausländische Hochschuleinrichtungen können sich nicht zuerst in M gründen und dort tätig werden, denn das Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Hochschulausbildung im Land ihres Sitzes zwingt sie, zunächst in diesem Land eine Hochschuleinrichtung zu gründen und dort auch entsprechende Dienstleistungen tatsächlich anzubieten und durchzuführen. Für ausländische Hochschuleinrichtungen resultiert aus den zusätzlichen Bedingungen ein Wettbewerbsnachteil gegenüber gleichen Dienstleistungserbringenden in M, sodass das Gebot der Inländerbehandlung missachtet wird.²³

c) Rechtfertigung

Die Abweichung vom Gebot der Inländerbehandlung aus Art. XVII GATS könnte jedoch gerechtfertigt sein. Wie bereits für § 5 HG kommen auch für § 6 HG der Schutz der öffentlichen Ordnung sowie die Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken als Rechtfertigungsgründe in Betracht.

aa) Schutz der öffentlichen Ordnung

Das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung könnte dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen. Dazu muss „eine wirkliche, ausreichend schwere Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft“ vorliegen. Eine solche ist aber nicht gegeben. Eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. a GATS scheidet somit aus.

bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken

Das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung könnte hingegen der Verhinderung betrügerischer und irreführender Geschäftspraktiken dienen, Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Auf diese Voraussetzungen hat M – anders als bei jenen des § 5

²³ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 149.

HG – keinen Einfluss. Allerdings trägt M die Beweislast für das Vorliegen einer Rechtfertigung,²⁴ muss also darlegen, warum das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung zur Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken notwendig ist. Hierzu könnte M vortragen, dass § 6 HG dem Schutz der für den Staat essenziellen Bildung vor bildungsfremden Zielen diene, welche von ausländischen Organisationen – getarnt als Hochschuleinrichtungen – durchgesetzt werden könnten. Zugleich hebe § 6 HG den wirtschaftlichen Charakter von Hochschultätigkeiten nicht auf, sondern berücksichtige nur die Besonderheit und Bedeutung dieser Tätigkeiten für den Staat. Daher könnte sogar ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gerechtfertigt sein, da dieses die Rechte ausländischer Hochschulen grundsätzlich unberührt lasse und nur einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterwerfe. Da eine derartige Kontrolle in M ohne vorherige Anwesenheit im dortigen Markt einen enormen bürokratischen (grenzüberschreitenden) Aufwand für die Hochschule bedeutet (s.o.), ist eine Anerkennung durch den Sitzstaat und dortige Durchführung von Lehrtätigkeiten unter Umständen der deutlich geringere Aufwand als eine Rechtmäßigkeitskontrolle, ebenfalls ohne das anschließende Recht auf die Aufnahme von Lehrtätigkeiten in M zu berühren. Zudem mangelt es M bei einem Markteintritt an Hintergrundinformationen, über welche der Sitzstaat eher verfügt (z.B. Motive der Hochschulgründung etc.). Daher ist dessen Entscheidung über die Anerkennung als Hochschuleinrichtung fundierter als eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch M.

Allerdings könnte auch der Sitzstaat an einer gezielten Beeinflussung der Bildung im Ausland interessiert sein, sodass dessen Anerkennung der Hochschuleinrichtung weder vor bildungsfremden Zielen schützt noch fundiert sein muss. Daher ist eine identische Handhabung wie bei irreführenden Geschäftspraktiken durch inländische Hochschuleinrichtungen, die sich unmittelbar in M gründen und tätig werden konnten, mindestens genauso effektiv, aber als anlassbezogenes Einschreiten in M eine weniger stark einschränkende Maßnahme als die präventive Auferlegung von Bedingungen. Zudem würden die welthandelsrechtlichen Errungenschaften massiv beeinträchtigt werden, wenn sie ohne stichhaltige Begründung mit einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder ähnlichen staatlichen Maßnahmen versehen werden könnten. Da auch sonst nicht ersichtlich ist, warum eine Differenzierung zwischen ausländischen und inländischen Hochschuleinrichtungen zum Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken erforderlich sei, scheidet eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. c GATS aus.²⁵

cc) Zwischenergebnis

Auch § 6 HG stellt einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar.

II. Verstoß gegen Unionsrecht

Die Vorschriften des HG könnten darüber hinaus im Widerspruch zum Unionsrecht stehen. Möglich erscheint sowohl ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten als auch gegen Sekundärrecht.

²⁴ Weiß/Ohler/Bungenberg, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 901.

²⁵ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 155.

1. Vereinbarkeit von § 5 HG mit den Grundfreiheiten

a) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten zählen zum „Markenkern“²⁶ des unionalen Binnenmarktes, dessen Errichtung (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 26 AEUV) sie garantieren.²⁷ Sie schützen daher grundsätzlich nur vor Beeinträchtigungen des innerunionalen Wirtschaftsverkehrs (vgl. etwa „zwischen den Mitgliedstaaten“ in Art. 30, 34 und 36 S. 2 AEUV sowie „im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats“ in Art. 49 AEUV oder „in einem anderen Mitgliedstaat“ in Art. 56 Abs. 1 AEUV).²⁸ Überdies nimmt der EWR vollumfänglich am Binnenmarkt teil.²⁹ Das Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrages gilt ausweislich § 5 Abs. 2 HG nicht für ausländische Hochschuleinrichtungen, deren Sitz sich in einem Mitgliedstaat des EWR befindet. Mangels Relevanz für den innerunionalen Wirtschaftsverkehr bzw. den EWR ist die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten damit grundsätzlich nicht gegeben. Allerdings ist der ausschließliche Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten mit Geltung auch für den EWR nicht für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV vorgesehen.³⁰ Diese Grundfreiheit verbietet nicht nur Beschränkungen „zwischen den Mitgliedstaaten“, sondern auch „zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“. Damit kommt nur ein Verstoß von § 5 HG gegen die in Art. 63 AEUV normierte Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in Betracht.

b) Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

Für die Gründung und den Betrieb einer Hochschuleinrichtung ist nicht die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 2 AEUV) relevant, da dies keinen Transfer von Geld zur Begleichung schuldrechtlicher Leistungen darstellt.³¹ § 5 könnte daher einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV darstellen, sofern die Kapitalverkehrsfreiheit tatsächlich betroffen ist. Um dies zu beantworten, ist vorliegend die Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit essenziell. Die in Art. 49 AEUV verbürgte Niederlassungsfreiheit sichert die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats mittels einer festen und dauerhaften Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat,³² wohingegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV auf das Kriterium der festen und dauerhaften Infrastruktur verzichtet.³³ Durch die Kapitalverkehrsfreiheit wird das Kapital, welches von einem Mitgliedstaat in ein anderes oder aber von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat bzw. umgekehrt transferiert wird, geschützt.³⁴ Die neuere Rechtsprechung des EUGH räumt unter Bezugnahme auf den Gegenstand der nationalen Regelung sachgerechten Grundfreiheit den Vorrang im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses ein.³⁵ § 5 HG will nicht nur gewisse Investitionsmaßnahmen in M

²⁶ *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 44.

²⁷ *Bieber u.a.*, Die Europäische Union, 14. Aufl. 2021, § 10 Rn. 1.

²⁸ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1.

²⁹ *Hakenberg*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 613.

³⁰ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1.

³¹ *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 120.

³² *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 840.

³³ *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 880.

³⁴ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 167.

³⁵ EuGH, Urt. v. 3.10.2006 – C-452/04 (Fidium Finanz), Rn. 34; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 33, 38.

unter Bedingungen stellen, sondern gerade die Gründung von Hochschuleinrichtungen und ihre Lehrtätigkeit in M reglementieren. Daher ist nicht der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern den anderen Grundfreiheiten der ausschließliche Vorrang einzuräumen. Allerdings gelangen diese nur für binnenmarktinterne Sachverhalte sowie jene im EWR zur Anwendung. In einem solchen Fall ersatzweise dennoch auf die Kapitalverkehrsfreiheit abzustellen, würde die territorialen Grenzen der Grundfreiheiten überspielen und Drittstaatsangehörigen „unter dem Mantel der Kapitalverkehrsfreiheit“ jene Schutzgehalte zuerkennen, die anderen Grundfreiheiten zuzuordnen sind.³⁶ Daher ist keine Grundfreiheit anwendbar, insofern § 5 HG keinen Verstoß gegen Grundfreiheiten darstellen kann.

2. Vereinbarkeit von § 6 HG mit den Grundfreiheiten

Einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten könnte jedoch § 6 HG darstellen, da das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat ausweislich § 6 Abs. 2 HG auch für Hochschuleinrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedstaat des EWR gilt.

a) Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

§ 6 HG könnten gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV verstoßen.

aa) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Art. 49 AEUV gewährt die Freiheit grenzüberschreitender Niederlassungen innerhalb des Binnenmarktes und gesamten EWR.³⁷ Sie schützt die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats oder durch gleichgestellte Gesellschaften (Art. 54 AEUV) mittels einer festen und dauerhaften Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat (s.o.).³⁸ Gründen sich somit Hochschuleinrichtungen aus dem EWR in M und werden dort in stabiler und kontinuierlicher Weise tätig, unterfällt dies grundsätzlich dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Da die Grundfreiheiten – im Unterschied zu den unionalen Grundrechten – nur auf grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten anwendbar sind,³⁹ bezieht sich der durch Art. 49 AEUV gewährte Schutz ausschließlich auf Niederlassungen in „Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit“.⁴⁰ Daher stellt sich die Frage, ob die Lehrtätigkeit einer Hochschuleinrichtung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Unionsrecht zu qualifizieren ist. Dagegen könnte sprechen, dass Bildung grundsätzlich eine staatliche Aufgabe ist, die im Rahmen des nationalen Bildungssystems und nicht als gewinnbringende Tätigkeit erfüllt wird. Allerdings ist es auch möglich, dass Bildungstätigkeiten gegen Entgelt von Privaten angeboten und durchgeführt werden. Derartige Bildungstätigkeiten stuft der EuGH als wirtschaftliche Leistung ein.⁴¹ Selbst wenn private Hochschuleinrichtungen die rechtliche Befugnis zur Verleihung akademischer Grade haben, widerspricht dies nicht der wirtschaftlichen Ausrichtung der Tätigkeit.⁴² Folglich werden Hochschuleinrichtungen aus

³⁶ Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 74. Lfg., Stand: November 2021, AEUV Art. 63 Rn. 382, 395.

³⁷ Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 114; zum EWR Hakenberg, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 613.

³⁸ Hobe, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 840.

³⁹ Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 3.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 25.7.1991 – C-221/89 (Factortame), Rn. 20.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 160.

⁴² EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-393/17 (Kirchstein), Rn. 58.

EU-Mitgliedstaaten, die in M in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Lehrtätigkeit erbringen bzw. erbringen wollen, durch die Niederlassungsfreiheit geschützt.

bb) Eingriff

Dieser Schutz könnte durch § 6 HG beeinträchtigt sein. Die primär an die Mitgliedstaaten adressierte Niederlassungsfreiheit verbietet sowohl direkte und indirekte Diskriminierungen als auch sonstige Beschränkungen.⁴³ Direkte Diskriminierungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie an die Staatsangehörigkeit bzw. an den Sitz einer Gesellschaft knüpfen.⁴⁴ Diesbezüglich ist § 6 HG deutlich, da er sich explizit auf „[a]usländische Hochschuleinrichtungen“ bezieht. Diesen werden mit dem Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat zusätzliche Pflichten bzw. Bedingungen auferlegt, die Hochschuleinrichtungen aus M nicht erfüllen müssen. Mithin liegt eine offene Diskriminierung vor.⁴⁵

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein. Das ist der Fall, wenn der Eingriff durch einen Rechtfertigungsgrund getragen und zusätzlich verhältnismäßig ist.

(1) Rechtfertigungsgrund

(a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Eine „Sonderregelung für Ausländer“ kann gem. Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit („Ordre-Public-Vorbehalt“) gerechtfertigt sein. Aufgrund der daraus resultierenden Möglichkeit zur Einschränkung von Grundfreiheiten sind die Rechtfertigungsgründe eng auszulegen.⁴⁶ Vorliegend kommt der Schutz der öffentlichen Ordnung in Betracht. Was unter der „öffentlichen Ordnung“ im unionsrechtlichen Sinn zu verstehen ist, definiert das Primärrecht nicht.⁴⁷ Nach der EU-Rechtsprechung meint sie die wesentlichen Interessen eines Staates⁴⁸ bzw. die hoheitlich normierten Grundinteressen der Gesellschaft.⁴⁹ Einschränkung fordert der EuGH, dass eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung dieser Interessen vorliegen muss.⁵⁰ Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt, schließlich erlässt der Gesetzgeber in M das HG „ohne konkreten Anlass“. Mithin scheidet eine Rechtfertigung zum Schutz der öffentlichen Ordnung aus.

(b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen sind auch ungeschriebene, zwingende Gründe

⁴³ Bieber u.a., Die Europäische Union, 14. Aufl. 2021, § 13 Rn. 7.

⁴⁴ Wendland, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 57.

⁴⁵ Der EuGH prüft und bejaht hingegen (nur) eine Beschränkung, vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 167 ff.; wie hier aber EuGH (Kokott), Schlussanträge v. 5.3.2020 – C-66/18, Rn. 154 ff.

⁴⁶ Hobe, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 851.

⁴⁷ Wojcik, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 63 Rn. 19.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 23.11.1978 – C-7/78 (Thompson), Rn. 32/34.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 27.10.1977 – C-30/77 (Bouchereau), Rn. 33/35.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 28.10.1975 – C-36/75 (Rutili), Rn. 26/28.

des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgrund durch den EuGH anerkannt.⁵¹ Allerdings ist fraglich, ob diese auch für offene Diskriminierungen herangezogen werden können. Einerseits wird eingewandt, dass eine Unterscheidung zwischen den Eingriffsformen und Rechtfertigungshürden nicht gerechtfertigt sei und stattdessen Umgehungsversuche der Grundfreiheitsadressaten provozieren könne.⁵² Die Rechtsprechung wendet jedoch die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht auf direkte Diskriminierungen an.⁵³ Dafür spricht, dass der evident protektionistische Charakter einer direkten Diskriminierung den Grundprinzipien des Binnenmarktes derart schwerwiegend widerspricht, dass nur eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV – der „Sonderregeln für Ausländer“ vorsieht – gerechtfertigt werden kann.⁵⁴ Seine Haltung hat der EuGH allerdings in der Rs. PreussenElektra aufgeweicht, indem er unmittelbar diskriminierende Regelungen aus Gründen des in geschriebenen Rechtfertigungskatalogen nicht erwähnten Umweltschutzes für zulässig erachtete.⁵⁵ Der Umweltschutz ist jedoch als Querschnittsmaterie in Art. 11 AEUV niedergelegt und korrespondiert mit den Zielbestimmungen der EU (Art. 191 AEUV).⁵⁶ Fraglich ist daher, ob sich auch für die „Qualität der Lehrtätigkeit“ eine Entsprechung im Primärrecht findet. Gem. Art. 9 AEUV trägt die EU bei der „Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen [...] einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung [...] Rechnung“. Die Art. 165 f. AEUV ermöglichen der EU vor allem die Förderung und Unterstützung des mitgliedstaatlichen Bildungswesens.⁵⁷ Damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Qualitätssicherung der Bildung zur Rechtfertigung direkter Diskriminierungen taugt.

(2) Verhältnismäßigkeit

Der mit § 6 HG verbundene Eingriff in die Niederlassungsfreiheit müsste auch verhältnismäßig, also geeignet und erforderlich sein.⁵⁸ Eine mitgliedstaatliche Maßnahme ist zur Zielerreichung geeignet, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, das verfolgte Ziel in stimmiger, kohärenter und systematischer Weise zu erreichen, wobei es ausreichend ist, dass das zu erreichende Ziel gefördert wird.⁵⁹ Zwar wird durch das Erfordernis der Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung eine gewisse Routine in der Lehre für die Expansion nach M verlangt. Allerdings ist damit genauso wenig wie mit einer staatlichen Anerkennung eine Aussage über die Qualität der Hochschullehre verbunden.⁶⁰ Daher werden gerade im Hinblick auf die Internationalisierung der Hochschulbildung stattdessen etwa sog. Akkreditierungsverfahren durchgeführt, welche die Qualität des Studienangebotes einer Hochschule anhand aussagekräftiger Kriterien voraussetzen bzw. stichhaltig belegen. Für die Sicherung hoher Lehrqualität sind das in § 6 HG vorgesehene Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung folglich nicht geeignet. Eine Rechtfertigung scheidet somit aus.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (Gebhard), Rn. 37.

⁵² Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 51.

⁵³ Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 49 Rn. 73.

⁵⁴ Wendland, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 97.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 13.3.2001 – C-379/98 (Preussen Elektra), Rn. 73 ff.

⁵⁶ Arnold/Miller, ZJS 2021, 182 (187).

⁵⁷ Eingehend Grzeszick, in: Wegener, Europäische Querschnittspolitiken, Bd. 8, 2. Aufl. 2021, § 9.

⁵⁸ Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH Herrmann/Michl, Examens-Repetitorium Europarecht, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2022, Rn. 161.

⁵⁹ Arnold/Miller, ZJS 2021, 182 (187).

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 188.

dd) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt – soweit Hochschuleinrichtungen aus einem Mitgliedstaat bzw. dem EWR betroffen sind – einen ungerechtfertigten Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.⁶¹

b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Darüber hinaus könnte § 6 HG in diesem räumlichen Umfang auch einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen, da die Reglementierungen ebenfalls für Lehrtätigkeiten ohne feste und dauerhafte Infrastruktur in M zur Anwendung gelangen.

aa) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Dazu müsste die in Art. 56 ff. AEUV verbürgte Dienstleistungsfreiheit überhaupt als Maßstab heranzuziehen sein. Ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten ist ausgeschlossen, wenn Sekundärrecht auf den Sachverhalt anwendbar ist, das gegenüber der infrage stehenden Grundfreiheit spezieller ist.⁶² Vorliegend könnte die Richtlinie 2006/123/EG („Dienstleistungs-Richtlinie“) spezieller sein. Gem. Art. 2 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie gilt diese für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Mithin werden solche Fälle geregelt, in denen Hochschuleinrichtungen mit Niederlassung im EU-Ausland bzw. EWR in M eine Lehrtätigkeit erbringen. Damit ist die Dienstleistungs-Richtlinie in einem solchen Fall als *lex specialis* anzuwenden.

bb) Verbleibender Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit

Für Dienstleistungserbringer ohne eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat ist die Dienstleistungs-Richtlinie nicht einschlägig. Möchten diese in M ihre Lehrtätigkeit erbringen, stellt § 6 HG daher einen Eingriff in Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV dar, der allerdings aus gleichen Gründen wie der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nicht gerechtfertigt werden kann.

cc) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt auch einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar, sofern er Hochschuleinrichtungen aus der EU bzw. dem EWR als Dienstleistungserbringende ohne Niederlassungen betrifft. Ansonsten scheidet ein Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit aus.

3. Vereinbarkeit von § 6 HG mit der Dienstleistungs-Richtlinie

§ 6 HG könnte daher auch gegen Art. 16 der Dienstleistungs-Richtlinie verstoßen.

a) Anwendbarkeit der Dienstleistungs-Richtlinie

Die Dienstleistungs-Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden (Art. 2 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie). Als Dienstleistung im Sinne der Richtlinie wird gem. Art. 4 Nr. 1 „jede von Art. 57 AEUV erfasste selbständige Tätigkeit, die gegen Entgelt erbracht wird“, verstanden. Die Lehrtätigkeit ist eine nicht-körperliche Tätigkeit, die von den ausländischen Hochschuleinrichtungen in M erbracht werden kann.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 190.

⁶² Hakenberg, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 323.

Angeboten werden diese Leistungen gegen Entgelt. Somit ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungs-Richtlinie eröffnet.

b) Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie

Gem. Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie achten die Mitgliedstaaten das Recht der Dienstleistungserbringenden, ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen. Dazu zählt nach S. 2 die Gewährleistung der freien Aufnahme und freien Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten. Durch das von § 6 HG normierte Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung sind die freie Aufnahme und Ausübung der Lehrtätigkeit jedoch beschränkt. Denn Einrichtungen, die ihre Tätigkeit zuerst in M und nicht in dem Mitgliedstaat ihres Sitzes ausüben wollen, sowie jene, die ihre Lehrtätigkeit ausschließlich in M ausüben möchten, werden mit den zusätzlichen Bedingungen konfrontiert.⁶³

c) Rechtfertigung

Der Verstoß könnte jedoch gerechtfertigt sein. Als Rechtfertigungsgründe listet Art. 16 Abs. 3 der Dienstleistungs-Richtlinie die öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit und öffentliche Gesundheit sowie den Umweltschutz auf. Darüber hinaus muss die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.⁶⁴ Jedoch ist bereits das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zweifelhaft, denn auch die Richtlinie verlangt ein enges Verständnis. Erwägungsgrund 41 verdeutlicht dies, indem auf die zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ergangene Rechtsprechung des EuGH mit der darin aufgestellten Bedingung einer „tatsächlichen und hinreichend erheblichen Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“, verwiesen wird. Da der Gesetzgeber in M ohne konkreten Anlass das HG erließ, scheidet eine Rechtfertigung somit aus.

d) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt auch einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie dar.

III. Gesamtergebnis zu Teil I

Die von der EU-Kommission monierten Rechtsverstoße bestehen größtenteils. §§ 5 und 6 HG stellen jeweils einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar. § 5 HG stellt keinen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar. Allerdings verstößt § 6 HG gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV sowie – in Abhängigkeit einer vorhandenen Niederlassung – alternativ gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV oder gegen Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie.

⁶³ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 200.

⁶⁴ Hobe, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 902.

Teil II

I. Statthaftes Verfahren

Die Verfahren, für welche die Rechtsprechungsorgane der EU zuständig sind, werden in den Verträgen enumerativ aufgeführt.⁶⁵ Darunter befindet sich das vorliegend in Betracht kommende Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. AEUV), mit dem die EU-Kommission gem. Art. 258 AEUV einen mitgliedstaatlichen Verstoß „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen“ durch den EuGH feststellen lassen kann.⁶⁶

II. Verfahrensgegenstand

Unter den mitgliedstaatlichen Verpflichtungen „aus den Verträgen“ werden zunächst jene aus dem EUV und AEUV verstanden, ferner aber das gesamte Unionsrecht.⁶⁷ Ein Verstoß seitens M gegen die Grundfreiheiten aus dem AEUV ist mithin tauglicher Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens. Gleiches gilt für den Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie. Fraglich ist, ob auch das GATS zum Prüfungsmaßstab im Rahmen des Verfahrens gehört, da Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens nur die Nichteinhaltung einer sich aus dem Unionsrecht ergebenden Verpflichtung sein kann.⁶⁸ Von der EU geschlossene Abkommen mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen sind nach der EuGH-Rechtsprechung ab ihrem Inkrafttreten „integraler Bestandteil“ des Unionsrechts.⁶⁹ Als Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind sie infolgedessen tauglicher Prüfungsmaßstab im Vertragsverletzungsverfahren.⁷⁰ Für das zum WTO-Übereinkommen gehörende GATS gilt zunächst, dass es mit der Unterzeichnung, Genehmigung und dem Inkrafttreten des WTO-Übereinkommen einen Bestandteil des Unionsrecht bildet.⁷¹ Dies spricht für einen Einbezug des GATS in das Vertragsverletzungsverfahren, wie es grundsätzlich für internationale Übereinkünfte der EU i.S.v. Art. 216 AEUV der Fall ist. Allerdings weist das WTO-Recht spezifische und umstrittene Fragestellungen auf,⁷² die daher nicht vernachlässigt werden können. Trotz der unionsrechtlichen Bindung der EU gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV an internationale Übereinkünfte lehnt der EuGH eine Überprüfung des Sekundärrechts am Maßstab des WTO-Rechts ab.⁷³ Gleiches gilt für die unmittelbare Anwendbarkeit bzw. Wirkung des WTO-Rechts.⁷⁴ Jedoch ist die hiermit angesprochene Wirkung des WTO-Rechts in der Unionsrechtsordnung von der Geltung zu unterscheiden.⁷⁵ Daher kann die EU-Kommission bereits durch die unionsrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten an das geltende bzw. integrale WTO-Recht (Art. 216 Abs. 2 AEUV) ein Vertragsverletzungsverfahren wegen WTO-rechtswidrigen Verhaltens der Mitgliedstaaten im Bereich einer Unionskompetenz einleiten.⁷⁶ Dadurch wird schließlich die Gefahr einer internationalen Haftung der EU für Verstöße durch ihre Mitgliedstaaten (vgl. Art. XVI

⁶⁵ Herdegen, *Europarecht*, 24. Aufl. 2023, § 9 Rn. 1.

⁶⁶ Cremer, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV, Kommentar*, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 258 Rn. 1.

⁶⁷ Herrmann/Rosenfeldt, *Europäisches Prozessrecht*, 2019, Rn. 183.

⁶⁸ EuGH, *Urt. v. 19.3.2002 – C-13/00 (Kommission ./ Irland)*, Rn. 13.

⁶⁹ Erstmals EuGH, *Urt. v. 30.4.1974 – C-181/73 (Haegeman)*, Rn. 2/6.

⁷⁰ Schroeder, *Grundkurs Europarecht*, 7. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3.

⁷¹ EuGH, *Urt. v. 6.10.2022 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn)*, Rn. 71.

⁷² Herrmann/Streinzi, in: v. Arnould, *Europäische Außenbeziehungen*, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 2, 116 ff.

⁷³ EuGH, *Urt. v. 23.11.1999 – C-149/96 (Portugal ./ Rat)*, Rn. 47.

⁷⁴ Weiß/Ohler/Bungenberg, *Welthandelsrecht*, 3. Aufl. 2021, Rn. 136.

⁷⁵ Herrmann/Streinzi, in: v. Arnould, *Europäische Außenbeziehungen*, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 119.

⁷⁶ Herrmann/Streinzi, in: v. Arnould, *Europäische Außenbeziehungen*, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 114.

Abs. 4 des WTO-Übereinkommens und Art. I Abs. 3 lit. a GATS) reduziert.⁷⁷ Fraglich bleibt somit noch, ob ein Vertragsverletzungsverfahren den Streitbeilegungsmechanismus auf WTO-Ebene konterkariert. Dafür könnte sprechen, dass der EuGH (nur) die Auslegung und einheitliche Anwendung von internationalen Abkommen innerhalb der EU sicherzustellen hat,⁷⁸ wohingegen die Verstöße des HG auch in Bezug auf Drittstaaten bestehen. Da aber die EU als WTO-Mitglied verpflichtet ist, für einen WTO-rechtskonformen Zustand auf ihrem Hoheitsgebiet bzw. in ihrer Rechtsordnung gegenüber allen WTO-Mitgliedern zu sorgen, ist gerade das Vertragsverletzungsverfahren ein hierfür geeignetes Mittel.⁷⁹ Insbesondere bleiben durch das Vertragsverletzungsverfahren die Zuständigkeiten und Kompetenzen des WTO-Streitbeilegungsmechanismus unberührt.⁸⁰ Daher ist Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens auch die Überprüfung des Verstoßes gegen das GATS.

III. Gesamtergebnis zu Teil II

Die EU-Kommission wird eine Vertragsverletzungsklage gegen M erheben, weshalb sich der EuGH mit den beanstandeten Rechtsverstößen – auch mit dem Verstoß gegen das GATS – befassen wird.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 6.10.2022 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 81 ff.

⁷⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.9.1996 – C-61/96 (Kommission ./ Deutschland), Rn. 16.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 86.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./ Ungarn), Rn. 89, 91.