

Ina Gätzschmann*

Die Meistbegünstigungsklausel in der WTO und im völkerrechtlichen Investitionsschutz

Abstract

Die Arbeit thematisiert das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung und dessen Wirkungsweise innerhalb der Rechtsordnung der WTO und des völkerrechtlichen Investitionsschutzes. Während die WTO ein in sich geschlossenes System von multi- und plurilateralen Verträgen unter dem Dach einer Internationalen Organisation darstellt, unterscheidet sich der völkerrechtliche Investitionsschutz davon insofern, als dass er von einer Ansammlung unterschiedlichster bilateraler und regionaler Verträge dominiert wird. Da multilateralen Verträgen hier nur eine marginale Rolle zukommt, verändert sich nicht nur der Wirkungskreis, sondern auch die Erscheinungsformen sog. Meistbegünstigungsklauseln.

Ziel ist es, das Rechtsinstitut sowohl vor dem Hintergrund wirtschaftswissenschaftlicher Theorien darzulegen, als auch Gemeinsamkeiten und grundlegende Unterschiede in den Bereichen Handel und Investition aufzuzeigen.

* *Ina Gätzschmann* studierte im Wintersemester 2008/2009 im 9. Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Aufsatz entstand im Rahmen der Vorlesung „Internationales Wirtschaftsrecht“ bei *PD Dr. Volker Röben*.

Das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung hat in den vergangenen Jahrhunderten stetig an Bedeutung gewonnen und wurde in vielfältigste völkerrechtliche Verträge inkorporiert. Während es seinen Ursprung in Handelsverträgen fand, weitete sich seine Anwendung zunehmend auf Übereinkommen zur Regelung von zwischenstaatlichen Verhaltensweisen im Investitionsschutz, im Transport und Verkehr, in diplomatischen Beziehungen, im Bereich des geistigen Eigentums etc. aus.¹

I. Allgemeines

1. Die Natur der Meistbegünstigung

a) Meistbegünstigung als Ausprägung des Prinzips der Nichtdiskriminierung

Das Prinzip der Nichtdiskriminierung von Staaten ist Ausfluss des völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatzes der souveränen Gleichheit aller Staaten² (vgl. Art. 2 Nr. 1 UN-Charta), gewährt diesen zunächst jedoch nur eine formelle „Gleichheit vor dem Recht“ und keine Gleichheit im materiellen Sinne.³ Staaten ist es aus völkerrechtlicher Sicht grundsätzlich nicht verwehrt, andere Völkerrechtssubjekte vor- oder nachteilig zu behandeln. Da jedoch erheblicher wirtschaftlicher und politischer Nutzen aus einer materiellrechtlichen Gleichbehandlung untereinander gezogen werden kann, tendieren Staaten in der Praxis dazu, den gewohnheitsrechtlichen Grundsatz der formellen Gleichheit im Wege des Völkervertragsrechtes zu einem Diskriminierungsverbot im materiellen Sinne fortzuentwickeln. Auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsverkehrs findet dieses Bestreben Ausdruck im Rechtsinstitut der Meistbegünstigung. Da sie mangels einer *opinio iuris* nicht im Völkergewohnheitsrecht verankert ist,⁴ werden entsprechende Klauseln in multilaterale, regionale und bilaterale Verträge aufgenommen.

b) Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Meistbegünstigungsklauseln verpflichten die Parteien, in ihren Rechtsetzungs- und Verwaltungsvorschriften den jeweils anderen Vertragspartner und dessen Staatsangehörige so zu behandeln, wie es der günstigsten Behandlung entspricht, die der gewährende Staat irgendeinem dritten Staat in gleicher Beziehung und unter gleichen Voraussetzungen zukommen lässt.⁵ Sachlich regelt sie also lediglich die Nichtdiskri-

1 *Ustor* in: Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, 1982, III/1, S. 468 („Most-Favoured-Nation Clause“).

2 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht Band I/1, 2. Auflage (1989), S. 236 ff.

3 *Tietje* Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, Diss. Hamburg 1997, S. 190 f.

4 *International Law Commission (I.L.C.)* The Most-Favoured-Nation Clause, in: Yearbook of the International Law Commission (1978) Volume II Part Two, UN Doc. A/CN.4/SER. A/1978/Add.1 (Part 2), S. 25; *Ustor* (Fn. 1), S. 468; *Schwarzenberger* International Law and Order, 1971, S. 137 f.

5 *Berrisch* in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, 2003, S. 96 f.; *Ustor* (Fn. 1), S. 468.

minierung von ausländischen Staatsangehörigen untereinander und greift im Unterschied zur sog. Inländerbehandlung gerade nicht in die Souveränität eines Staates ein, seinen eigenen Angehörigen eine bessere Behandlung zukommen zu lassen.

Die konkrete Behandlung der Vertragspartner ist nicht von vornherein fest umschrieben, sondern anhand eines Vergleichsmaßstabs in einem Dreiecksverhältnis geregelt: Grundlage des Anspruchs auf Gewährung der gleichen Behandlung ist der Vertrag zwischen gewährendem und begünstigtem Staat (sog. basic treaty), der die Meistbegünstigungsklausel enthält. Diese allein gesehen ist jedoch lediglich eine „Klausel ohne Inhalt“,⁶ die erst durch den Vertrag zwischen Gewährendem und Drittstaat (sog. third-party treaty) mit konkreten Forderungen ausgefüllt wird. Der Anspruch auf Gewähr eines Vorteils hängt somit stets vom (Fort-)Bestand der vorteilhaften Behandlung des Drittstaates ab.⁷ Dabei kann die Gleichheit der Staaten auf zweierlei Weise hergestellt werden: Der gewährende Staat hat die Wahl, dem aus der Meistbegünstigungsklausel berechtigten Staat ebenfalls die Vorteile zu gewähren, die er dem Drittstaat zu Gute kommen lässt, oder aber er entzieht auch dem Drittstaat die gewährten Vorteile wieder. Daraus folgt, dass die Meistbegünstigung lediglich auf die gleiche Behandlung aller beteiligten Staaten abzielt, aber gerade nicht mit einer bestimmten Wirtschaftspolitik verbunden ist. Sie kann sowohl in einem freihändlerischen als auch in einem protektionistischen System angewandt werden; ist also eine handelspolitisch neutrale Methode.⁸

c) Das *ejusdem generis*-Prinzip

Wird die Meistbegünstigung in einem freihändlerischem System eingesetzt, so führt sie rechtlich dazu, dass ein Staat Vergünstigungen aus einem Vertrag herleiten kann, an dem er nicht originär als Partei beteiligt ist. Grundlage hierfür ist der in der Meistbegünstigungsklausel ausgedrückte Wille des verpflichteten Staates, die Vorteile auszuweiten. Dies geschieht jedoch nicht schrankenlos, da die gleiche Behandlung dem Vertragspartner nur gewährt wird, wenn und soweit es sich bei dem in Rede stehenden Vorteil um denselben Gegenstand bzw. denselben Personenkreis handelt.⁹ Dieses sog. *ejusdem generis*-Prinzip beruht auf der allgemein anerkannten Regel der Vertragsauslegung im Völkerrecht, nach welcher ein Staat nicht über die im Vertrag eingegangenen Verpflichtungen hinaus gebunden ist.¹⁰ Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der rechtlichen Verpflichtungen unterliegt allein dem Willen der Vertrags-

6 *International Court of Justice (I.C.J.) Anglo-Iranian Oil Co. Case* (Vereinigtes Königreich v. Iran), I.C.J. Pleadings (1952), S. 1 (533); *Loher* Die Meistbegünstigungsklausel, Diss. Neuchâtel 1949, S. 70.

7 *Berrisch* (Fn. 5), S. 98; *Loher* (Fn. 6), S. 9 f.

8 *Ebd.* S. 69 f.; *Hudec* Essays on the Nature of International Trade Law, 1999, S. 281 (324).

9 *Arbitral Tribunal, The Ambatielos Claim* (Griechenland v. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland), Reports of International Arbitral Awards (R.I.A.A.) 12 (1956), S. 82 (107); I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 28 ff.; *Ustor* (Fn. 1), S. 472.

10 *Dahm/Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht I/3, 2. Auflage (2002), S. 634 ff.

parteien und kann daher im Wege des Konsenses zur bedingten oder unbedingten, einseitigen oder gegenseitigen Gewährung der Meistbegünstigung führen.

2. Arten der Meistbegünstigung

a) Einseitige und gegenseitige Klauseln

Einseitige Klauseln sind jedoch der Ausnahmefall, da sie ein ungleiches Machtverhältnis der Parteien widerspiegeln, in welchem lediglich eine Seite in den Genuss der Meistbegünstigung kommen kann.¹¹ Nach dem ersten Weltkrieg sind diese z. B. in Friedensverträgen inkorporiert worden (vgl. Art. 267 Vertrag von Versailles, nach welchem Deutschland auf die Dauer von fünf Jahren zur einseitigen Gewährung der Meistbegünstigung gegenüber den alliierten Mächten verpflichtet wurde). Abgesehen von diesen Verträgen wird die Meistbegünstigung heutzutage im Gegenseitigkeitsverhältnis gewährt, sodass beide Vertragspartner gleichzeitig berechtigter und verpflichteter Staat sind.

b) Bedingte und unbedingte Klauseln

Im Falle einer bedingten Meistbegünstigung müssen Zugeständnisse nur dann unentgeltlich auf den Vertragspartner ausgeweitet werden, wenn sie auch dem Drittstaat unentgeltlich gewährt wurden. Erhält der gewährende Staat vom Drittstaat jedoch eine Gegenleistung, so kann der Vertragspartner aus dem Basisvertrag den Vorteil nur beanspruchen, wenn dieser sich zur Gewährung derselben oder zumindest einer gleichwertigen Gegenleistung verpflichtet. Diese Form der Meistbegünstigung war in Europa bis zum sog. Chevalier-Cobden-Vertrag von 1860 und in den USA bis 1923 geläufige Praxis,¹² stellte sich jedoch als wenig zielführend heraus und ist spätestens seit den 20-iger Jahren des vorigen Jahrhunderts ungebräuchlich. Heute gilt die Verpflichtung zur Meistbegünstigung unabhängig davon, ob eine Gegenleistung erbracht wird. Insbesondere spielt die Tatsache, dass das gemachte Zugeständnis durch eine adäquate Vergünstigung an den gewährenden Staat „bezahlt“ wird, keine Rolle.¹³

II. Die Meistbegünstigung in der World-Trade-Organization (WTO)

1. Vertragliche Ausgestaltung

Das WTO-Übereinkommen¹⁴ legt in seiner Präambel das Prinzip der Nichtdiskriminierung als ein tragendes Leitprinzip der internationalen Wirtschaftsordnung fest:

11 I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 18 f.; *Loher* (Fn. 6), S. 17.

12 I.L.C. Yearbook (Fn. 4), S. 34 m. w. N.

13 *Jackson* *The World Trading System*, 2. Auflage (1997), S. 161 f.; *Schwarzenberger* (Fn. 4), S. 135 ff.

14 Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (Annahme 15. April 1994; In-Kraft-Treten 1. Januar 1995) 1867 United Nations Treaty Series (U.N.T.S.) S. 154.

„*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 and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations“.

In dem Bewusstsein, dass Diskriminierung neben misslichen wirtschaftlichen Folgen auch negativen Einfluss auf die Handelspolitik einzelner Regierungen haben (und insbesondere zur Instabilität politischer Systeme beitragen) kann, strahlt die Präambel des WTO-Übereinkommens das Leitmotiv der Nichtdiskriminierung auf alle seine inkorporierten Abkommen aus. Innerhalb dieser Abkommen untergliedert sich das Prinzip seinerseits in die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung. Beide garantieren durch ein wechselseitiges Zusammenspiel, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz zur effektiven Wirksamkeit gelangt.¹⁵ In Abwesenheit der Inländerbehandlung könnte die Meistbegünstigung nämlich dadurch unterwandert werden, dass zwar Zölle auf importierte Güter um einen bestimmten Prozentsatz reduziert würden, aber im Verhältnis zu nationalen Produkten Steuern mit einem entsprechenden Prozentsatz eingeführt werden würden.¹⁶

Die Meistbegünstigung ist damit eines der Kernelemente innerhalb der WTO¹⁷ und hat sich in ihrer unbedingten Form etabliert (vgl. Art. I: 1 GATT und Art. IV TRIPS: „shall be accorded [...] unconditionally“). Sobald ein WTO-Mitglied einem anderen Staat Zugeständnisse einräumt, werden diese automatisch multilateralisiert, ohne dass es weiterer Zwischenschritte bedarf.¹⁸ Der Vorteil dieses Mechanismus liegt darin, dass alle anderen Vertragspartner der WTO stets die aktuell günstigste Behandlung durch den verpflichteten Staat erfahren, ohne dafür mit ihm in kontinuierliche Verhandlungen treten zu müssen. Frei nach dem Motto „nobody else gets a better deal“.¹⁹

15 Hestermeyer in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr, WTO-Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Rn. 2.

16 Trebilcock/Howse The Regulation of International Trade, 2. Auflage (1999) S. 116: „[...] if country A agreed to reduce its tariffs on imported widgets from 20 % to 10 %, and then imposed differential domestic sales taxes on domestic and imported goods of 5 % and 15 % respectively, the tariff concession would effectively have been negated“.

17 Neben dem General Agreement on Tariffs and Trade (GATT, Art. I), dem General Agreement on Trade in Services (GATS, Art. II: 1) und dem Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS, Art. IV) findet sie Eingang in weitere Abkommen, wie z. B. Art. 2.3 SPS-Agreement, Art. 2.1 TBT-Agreement, Art. 2.1 Agreement on Preshipment Inspection und Art. 1.3 Agreement on Import Licensing Procedures.

18 WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment, Non-Discrimination: Most-Favoured-Nation Treatment and National Treatment, WT/WGTI/W/118 (4. Juni 2002), S. 6.

19 Schwartz/Sykes in: Bhandari/Sykes, Economic Dimensions in International Law, 1997, S. 43 (63).

2. Die Ausgestaltung der Meistbegünstigung im General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

a) Die Theorie des komparativen Kostenvorteils

Das GATT ist auf die Schaffung eines Weltwirtschaftssystems gerichtet, das sich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert und Handelshemmnisse tarifärer und nichttarifärer Art als Störfaktor ansieht.²⁰ Treibende Kraft für den fortschreitenden Welthandel ist die Erkenntnis, dass freier Handel und wirtschaftliches Wachstum direkt miteinander verbunden sind.

Faktisch befindet sich jeder Teilnehmer am internationalen Handel in einer unterschiedlichen Ausgangslage, da jeder Staat auf seinem Territorium unterschiedliche Produktionsbedingungen und eine naturgegebene Quantität und Qualität von Produktionsfaktoren wie z. B. Arbeit, Kapital und Boden vorfindet. Dadurch entstehen unterschiedliche Kosten für die Produktion bestimmter Güter in den jeweiligen Ländern. Nach der Theorie des komparativen Kostenvorteils²¹ ist es für zwei Staaten vorteilhaft, in wirtschaftliche Beziehungen zu treten und gerade nicht alle Güter selbst im Inland zu produzieren – sogar dann, wenn ein Staat effizienter in der Produktion aller benötigten Güter ist als der Andere. Die Menge der in einer Volkswirtschaft insgesamt zur Verfügung stehenden Güter kann nämlich dadurch erhöht werden, dass sich jeder Staat auf die Produktion derjenigen Waren spezialisiert, die er relativ gesehen am effizientesten herstellen kann (also den komparativen Kostenvorteil besitzt) und diese gegen andere Waren eintauscht. Der internationale Handel wird daher grundsätzlich als positiv bewertet.²² Die berühmte „win win“-Situation kann aber nur dann eintreten, wenn protektionistische Maßnahmen und deren marktverzerrende Wirkung möglichst weitgehend eliminiert sind. Hierzu dient das Rechtsinstitut der Meistbegünstigung, dessen Funktion es ist, ausländischen Wirtschaftsakteuren auf dem inländischen Markt untereinander gleiche Behandlung zu gewähren²³ und dadurch optimale Konkurrenzbedingungen zu schaffen.

b) Die Struktur der Meistbegünstigung im GATT

Das GATT zielt darauf ab, Handelshemmnisse abzubauen und Diskriminierung beim grenzüberschreitenden Austausch von Waren zu beseitigen. Neben Art. I: 1²⁴ als allgemeine Ausprägung der Meistbegünstigung existieren innerhalb des GATT

20 *Wolfrum* Das internationale Recht für den Austausch von Waren und Dienstleistungen, 1996, S. 570.

21 *Ricardo* Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung (Übersetzung 1994), S. 109 ff.; *Göttsche* Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, Diss. Hamburg 2004, S. 27 ff.; *Krajewski* Wirtschaftsvölkerrecht, 2006, S. 41 ff.

22 *Krajewski* (Fn. 21), S. 45.

23 *International Court of Justice (I.C.J.)*, Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (Frankreich v. Vereinigte Staaten von Amerika), (1952) I.C.J. Reports S. 176 (192).

24 Alle Artikel ohne genauere Bezeichnung beziehen sich auf die Vorschriften des GATT 1994.

spezifische Tatbestände, die das Prinzip auf verschiedene Regelungsmaterien übertragen. Als Beispiel sei an dieser Stelle nur auf Art. V: 5 (Transit) und Art. IX: 1 (Marks of Origin) verwiesen.²⁵ Der Ausgangspunkt der Betrachtung ist somit Art. I: 1, welcher den Grundgedanken der Meistbegünstigung in seiner weitgehend ausnahmslosen Form enthält.

c) Sachlicher Anwendungsbereich von Art. I: 1

Der umfassende Anwendungsbereich des Art. I: 1 verdeutlicht die tragende Bedeutung der Meistbegünstigung im GATT. Sie erstreckt sich nicht nur auf Maßnahmen an der Grenze, sondern durch den Verweis auf Art. III: 2 und Art. III: 4 gleichermaßen auf bestimmte Maßnahmen hinter der Grenze, die handelsbeschränkende Wirkungen entfalten können.

aa) Außenwirtschaftsverkehr

Dem Wortlaut des Art. I: 1 ist zu entnehmen, dass sich die Meistbegünstigung auf alle Zollvereinbarungen nach Art. II sowie Abgaben jeder Art bezieht, die die Einfuhr belasten oder anlässlich der Ein- oder Ausfuhr erhoben werden (sog. Quasizölle wie z. B. Steuern und Gebühren). Weiterhin umfasst die Vorschrift alle Methoden zur Erhebung von Zöllen und Abgaben sowie jegliche Rechtsvorschriften oder sonstige Formalitäten, die den Import oder Export von Waren betreffen.

bb) Binnenverkehr

Schließlich erstreckt sich die Meistbegünstigung durch den Verweis von Art. I: 1 auf Art. III: 2 und 4 auch auf diskriminierende Behandlung ausländischer Wettbewerber auf dem inländischen Markt.

In jedem Fall muss die erhobene Maßnahme einem anderen Staat einen Vorteil im Sinne der Vorschrift („any advantage, favour, privilege or immunity“) verschaffen.

d) Gleichartige Produkte

aa) Die Gleichartigkeit als Vergleichsmaßstab

Dieser Vorteil muss nach Art. I: 1 jedem gleichartigen Produkt aus einem anderen WTO-Mitgliedsstaat gewährt werden. Das Erfordernis gleichartiger Waren ist eine besondere Ausprägung des *ejusdem generis*-Prinzips, nach welchem nur Produkte vom Gebot der Nichtdiskriminierung profitieren können, die derselben Kategorie von Gegenständen oder Personen angehören. Aus praktischer Sicht ist dies eine der Kernfragen der Meistbegünstigung: Staaten, die anderen Staaten im Streitfall einen bestimmten Vorteil gewähren sollen, werden sich regelmäßig darauf berufen, dass es sich tatsächlich nicht um gleichartige Produkte handelt. Während anspruchstellende Staaten in umgekehrter Weise argumentieren werden. Fraglich ist demnach, unter welchen Voraussetzungen die Gleichartigkeit zweier Produkte vorliegt und welche Vergleichskriterien hierfür maßgeblich sind. Aus der Spruchpraxis der GATT-Panels

25 *Bhala/Kennedy World Trade Law*, 1998, S. 68 f. m. w. N; *Wolftrum* (Fn. 20), S. 572.

ergibt sich insofern, dass die Auslegung des Begriffs „Gleichartigkeit“ in den verschiedenen Vorschriften des GATT uneinheitlich ist und dass es in Ermangelung einer Legaldefinition stets einer individuellen Einzelfallentscheidung bedarf.²⁶ Gleichartigkeit liegt nämlich nicht bereits dann vor, wenn die Produkte miteinander konkurrieren oder substituierbar sind.²⁷ Als Anhaltspunkte für den Vergleich schlug eine im Jahre 1968 eingesetzte Arbeitsgruppe in ihrem Report on Border Tax Adjustments²⁸ folgende Kriterien vor:

- den Endverbrauch des Produkts in einem bestimmten Markt,
- die Vorlieben und Gewohnheiten der Verbraucher (insbesondere deren Erwartungen und Konsumverhalten) und
- physische Eigenschaften, Natur und Qualität des Produkts.

Zollklassifikationen können nur als Anhaltspunkt herangezogen werden, wenn sie hinreichend detailliert sind.²⁹ Diese Faktoren haben jedoch lediglich Indizwirkung und entbehren nicht einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles.

bb) Gleichartigkeit trotz unterschiedlicher Produktionsmethoden

Als besonderes Problem stellt sich die Frage, ob unterschiedliche Produktionsmethoden zweier (ausländischer) Produkte Einfluss auf deren Gleichartigkeit haben können. Relevant wurden diese sog. production and process methods (PPMs) insbesondere bei diskriminierenden Handelsbeschränkungen auf Grund umwelt- oder sozialfreundlich hergestellter Waren. Grundsätzlich dürfen nämlich nur solche Vergleichskriterien herangezogen werden, die das Produkt als solches bzw. dessen unmittelbare Eigenschaften betreffen.³⁰ Beschränkungen, die allein auf dessen Herstellungsmethoden abstellen, verknüpfen die Meistbegünstigung daher mit einer nach dem GATT unzulässigen Bedingung.³¹ Nur ausnahmsweise darf auf PPMs abgestellt werden, wenn diese sich in der physischen Beschaffenheit des Endproduktes niederschlagen.³²

e) Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung i. S. v. Art. I: 1 liegt dann vor, wenn der betroffene Staat im Vergleich zu anderen Staaten schlechter gestellt wird; ihm also nicht „unverzüglich

26 *WTO Appellate Body*, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (4. Oktober 1996), Abschnitt H. 1.(a); *WTO Panel Canada/Japan – Tariffs on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber*, BISD/36S/167 (19. Juli 1989), Paragraph 3.29; *Hudec* in: Bronckers, *New Directions in International Economic Law*, 2000, S. 187 (198 f).

27 *Wolfsum* (Fn. 20) S. 572; *Zedalis* A Theory of the GATT „Like“ Product Common Language Cases, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 27 (1994), S. 33 (68).

28 *Working Party on Border Tax Adjustment*, Report of the Working Party on Border Tax Adjustment, BISD 18S/97 (2. Dezember 1970), Paragraph 18.

29 *WTO Appellate Body*, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Fn. 25), Abschnitt H. 1.(a); *Hestermeyer* (Fn. 15), Rn. 31; *Zedalis* (Fn. 27), S. 33 (78 ff.).

30 *Hestermeyer* (Fn. 15), Rn. 73.

31 *Hudec* (Fn. 26), S. 192.

32 *Krajewski* (Fn. 21), S. 100: wie z. B. Pestizidrückstände beim Vergleich von konventionell und ökologisch angebautem Obst.

und bedingungslos“ derselbe Vorteil gewährt wird. Zu unterscheiden ist bei der Untersuchung des Tatbestandsmerkmals „bedingungslos“, ob der betreffende Vorteil schon ursprünglich unter einer Bedingung stand (also im Basisvertrag) oder ob dieser nur unter einer Bedingung an andere Mitgliedsstaaten der WTO weitergegeben wird.³³ Während erstere Konstellation nicht *per se* zu einer unzulässigen Diskriminierung führt, ist dies bei letzterer Konstellation der Fall. „Unverzüglich“ ist die Weitergabe der Zugeständnisse nur dann, wenn sie ohne zeitliche Verzögerung allen anderen Mitgliedsstaaten eingeräumt wird.

Der Umfang der Meistbegünstigung erstreckt sich neben den sog. *de jure*- auch auf die sog. *de facto*-Diskriminierungen.³⁴ Von *de jure*-Diskriminierung spricht man bei Ungleichbehandlungen, die ausdrücklich auf die Herkunft eines Produktes abstellen, während es bei *de facto*-Diskriminierung zwar formal nicht auf die Herkunft der Ware ankommt, tatsächlich aber trotzdem nur Waren einer bestimmten Herkunft den Vorteil in Anspruch nehmen können.

f) Durchsetzungsmechanismen

Verstöße gegen die Verpflichtung zur Meistbegünstigung müssen in dem für alle WTO-Übereinkommen geltenden Verfahren vor einem Panel bzw. dem Appellate Body geltend gemacht werden. Diese sind jedoch nur Staaten zugänglich, sodass die Diskriminierung einzelner Produzenten im Wege des diplomatischen Schutzes des Heimatstaates gegen den verletzenden Staat gerügt werden kann. Der betroffene Staat macht insofern die Verletzung eigener Rechte aus dem GATT geltend. Gemäß Art. 22 des Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) kann der Heimatstaat- nicht aber der betroffene Produzent- Schadensersatz verlangen oder entsprechende Zugeständnisse seinerseits gegenüber dem verletzenden Staat einstellen (i. S. v. völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen³⁵).

3. Auswirkungen auf die Weltwirtschaft

a) Chancen

aa) Globale Wohlfahrtsgewinne

Da jedem Staat unterschiedliche Produktionsbedingungen und Produktionsfaktoren zur Verfügung stehen, befinden sie sich im internationalen Wirtschaftsverkehr *de facto* in einer ungleichen Ausgangslage. Die Meistbegünstigung stellt sicher, dass alle Teilnehmer am Welthandel gleichermaßen be- und entlastet werden und dass der Preismechanismus ungestört funktioniert. Der Abbau von handelshemmenden und wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen gegenüber einzelnen Marktteilnehmern zeigt, welche Nation am effektivsten in der Produktion einzelner Waren ist. Die

33 WTO Panel, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Panel Report), WT/DS139/R, WT/DS142/R (11. Februar 2000), Paragraphen 10.24.

34 Berrisch (Fn. 5), S. 101 f.

35 Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 10), S. 983.

Meistbegünstigung bildet in gewissem Maße den Grundstein für das ungestörte Funktionieren des Marktmechanismus nach der Theorie des komparativen Kostenvorteils. Um die naturgegebenen Wettbewerbsbedingungen optimal nutzen zu können, ist es angezeigt, dass sich Staaten auf die Produktion genau der Güter spezialisieren, die sie am effektivsten beherrschen, und diese untereinander austauschen. Somit kommt es einerseits zu einer optimalen Nutzung vorhandener Ressourcen und andererseits zu den von der WTO angestrebten, globalen Wohlfahrtsgewinnen durch internationale Arbeitsteilung.³⁶

bb) Fortschreitende Liberalisierung

Die Meistbegünstigung sichert darüber hinaus den Wert der jeweiligen Zugeständnisse für die Zukunft.³⁷ Sie verhindert, dass Staaten die gewährten Vorteile dadurch relativieren, dass gegenüber dritten Staaten noch günstigere Konditionen geschaffen werden. Jede weitere Herabsetzung der Zollsätze gegenüber irgendeinem Staat (gleichgültig ob Mitgliedstaat der WTO oder Drittstaat³⁸), kommt automatisch allen anderen Mitgliedern zu Gute, sodass es innerhalb der WTO zu einem *status quo* von Handelsbeschränkungen kommt.

cc) Transparenz und Konfliktabbau durch Vertrauensbildung

Durch die so erzeugte Transparenz und Berechenbarkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse kann die Meistbegünstigung zur vereinfachten Handelsabwicklung führen und die Bereitschaft der Staaten steigern, in weitere Verhandlungen zur Liberalisierung des Welthandels zu treten. Die Möglichkeit, auf politischer Ebene mit protektionistischen Maßnahmen in unlauterer Weise zu drohen oder Staaten gegenseitig auszuspielen und dadurch wiederum politische Instabilität durch Vergeltungsmaßnahmen zu provozieren,³⁹ verliert ihre Grundlage.

b) Risiken

aa) Die Free-Rider-Problematik

Das Meistbegünstigungsprinzip kann jedoch auch negative Auswirkungen auf das strategische Verhalten während multilateraler Verhandlungsrunden haben. So können Staaten darauf spekulieren, Vorteile aus den Vereinbarungen zwischen zwei anderen Staaten zu ziehen, ohne dabei selbst Zugeständnisse *quid pro quo* anbieten zu müssen.⁴⁰ Wenn jeder Verhandlungsteilnehmer diesem Anreiz unterliegt, kommt es letzten Endes dazu, dass keinerlei Vergünstigungen angeboten werden.

Mithin kann der durch die Meistbegünstigung entstehende Zwang zur Multilateralisierung sämtlicher Zugeständnisse aus bilateralen Verträgen mit Drittstaaten dazu

36 Götsche (Fn. 21), S. 27; Tietje (Fn. 3), S. 196.

37 Schwartz/Sykes (Fn. 19), S. 62; Tietje (Fn. 3), S. 196.

38 Schmahl „Enabling Clause“ versus Meistbegünstigungsprinzip, Archiv des Völkerrechts 42 (2004), S. 389 (394); Wolfrum (Fn. 20), S. 571 f.

39 Tietje (Fn. 3), S. 196; Hudec (Fn. 8) S. 285.

40 Schwartz/Sykes (Fn. 18), S. 46.

führen, dass zurückhaltend verhandelt wird und nur Zugeständnisse in geringem Umfang gewährt werden.

bb) Verhinderung angebrachter Diskriminierung

Die ausnahmslose Anwendung der Meistbegünstigung verhindert zudem die Diskriminierung in solchen Situationen, in denen es durchaus sinnvoll erscheinen mag, bestimmte Interessen vorteilig zu behandeln. So werden junge, sich noch entwickelnde Industrien (sog. infant industries) der starken, ausländischen Konkurrenz des Weltmarktes ausgesetzt, neben der sie bestehen müssen.⁴¹ Gerade für einzelne Wirtschaftszweige in Entwicklungsländern ist dieser Vorgang problematisch, da sie auf Grund mangelnder oder gar fehlender Effizienz in der Produktion nur schwer in die Aufwärtsspirale einsteigen können. Im Hinblick auf einzelne Wirtschaftszweige in Industrieländern ist jedoch festzuhalten, dass der Untergang schwächerer Industrien gerade die denklogische Konsequenz aus der Theorie der komparativen Kostenvorteile ist: Wenn sich ein Staat auf die Produktion derjenigen Waren spezialisieren soll, die er am effektivsten beherrscht, so geht diese Spezialisierung mit dem Aussterben schwacher Industriezweige einher.

c) Schlussfolgerung

Die Meistbegünstigung hat nicht zum Ziel, Staaten von einer *de facto* ungleichen Ausgangslage in eine *de facto* gleiche Endlage zu bringen. Vielmehr werden den Teilnehmern am internationalen Wirtschaftsverkehr gleiche Wettbewerbschancen an die Hand gegeben, um aus den unterschiedlichen Vorkommnissen von Produktionsfaktoren den größtmöglichen Gewinn zu erzielen, ohne daran durch protektionistische Maßnahmen gehindert zu werden.

Bedenklich erscheint unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten jedoch die Tatsache, dass die Meistbegünstigung formal alle Wettbewerbsteilnehmer (Industrie- sowie Entwicklungsländer) gleich stellt, welche aber *de facto* nicht gleich sind. Nach der Theorie von *Ricardo* können dadurch zwar alle Beteiligten ihre Wohlfahrtsgewinne steigern. Derjenige Staat, der jedoch in der Herstellung beider Produkte effizienter ist (in den meisten Fällen also der Industriestaat), kann seine Gewinne in größerem Umfang maximieren als derjenige Staat, der auf Grund einer schlechteren Ausgangslage bezüglich seiner Produktionsfaktoren nur relativ geringe Wohlfahrtssteigerungen erfährt. Die Meistbegünstigung löst nicht das Problem der unterschiedlichen Verteilung von Rohstoffen, sondern führt eher dazu, dass besser entwickelte Industrienationen und Entwicklungsländer unter gleichen Bedingungen miteinander konkurrieren. Hierin kann u. U. eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegen, welcher gerade auch besagt, dass wesentlich Ungleiches nicht gleich behandelt werden darf.

Eine umfassende Kosten-Nutzen-Abwägung kommt mithin zum Ergebnis, dass die Meistbegünstigung zu einem Übergewicht von Vorteilen für den internationalen Wirtschaftsverkehr führt. Generierte Kosten müssen durch die Schaffung besonderer

41 *Loher* (Fn. 6), S. 24.

Ausnahmetatbestände abgemildert werden. Die WTO (sowie das GATT 1947) haben diese Notwendigkeit schon früh erkannt und durch ein ausdifferenziertes System von Vorschriften reguliert.

4. Ausnahmetatbestände

Eine ausnahmslose Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots kann es aus vielfältigsten, bereits angedeuteten Gründen nicht geben. Jeder Staat, der eine Meistbegünstigung gewährt, setzt heimische Industriezweige der ausländischen Konkurrenz aus. Er profitiert zwar auf der einen Seite von den positiven Nutzen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, aber auf der anderen Seite ist er auch bestrebt, die Folgen der Klauseln im Inneren des Landes abzuschwächen.⁴² Mithin können verschiedene, zum Teil unvorhersehbare Situationen auftreten, in denen es den Mitgliedsstaaten nicht zugemutet werden kann, bedingungslos an der Meistbegünstigung festzuhalten.⁴³

a) Allgemeine Ausnahmetatbestände im GATT

aa) Artikel XX

Die wichtigsten Ausnahmetatbestände finden sich in Art. XX. Er gilt allgemein für alle aus dem GATT erwachsenden Verpflichtungen und wirkt bereits tatbestandsausschließend. Im Streitfall werden sich Staaten neben der Argumentation, zwei Produkte seien *de facto* gar nicht gleichartig, hilfsweise darauf berufen, es liege eine besondere Ausnahmesituation nach Art. XX vor, die die bestehende Diskriminierung legitimiert. Art. XX trägt nämlich der Erkenntnis Rechnung, dass es in besonderen Grenzfällen sinnvoll ist, individuellen staatlichen Interessen Vorrang vor den Gemeinschaftsgütern der WTO zu geben.⁴⁴

Die Prüfung des Art. XX vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst muss einer der in lit. (a)–(j) abschließend aufgezählten Schutzzwecke nachgewiesen werden. Außerdem muss die ergriffene Maßnahme dem sog. Chapeau entsprechen. Dabei obliegt die Darlegungs- und Beweislast derjenigen Streitpartei, zu deren Gunsten Art. XX eingreift.⁴⁵

(1) Legitimer Schutzzweck

Die praktisch bedeutsamsten Rechtsgüter sind wohl die öffentliche Moral nach lit. (a), Lebens- und Gesundheitsschutz für Mensch, Tier und Pflanzen nach lit. (b) sowie der Erhalt erschöpflicher Naturschätze nach lit. (g). An den Nachweis eines legitimen Schutzgutes schließt sich mithin eine Bedürftigkeitsprüfung an. Die diskriminierende Maßnahme muss geeignet sein, den Schutz des Gutes zu erreichen, sie muss

42 Loher (Fn. 6), S. 24.

43 Wolfrum (Fn. 20), S. 573 f.

44 Tietje (Fn. 3), S. 312; Krajewski (Fn. 21), S. 105.

45 Tietje (Fn. 3), S. 311 f.

am wenigsten handelsbeschränkend sein und vernünftigerweise zur Verfügung stehen („reasonable available“).⁴⁶

(2) Chapeau

Auf einer zweiten Stufe ist zu prüfen, ob die konkrete Anwendung der Maßnahme trotz des verfolgten legitimen Schutzzweckes zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung führt oder eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellt. Das Chapeau verhindert also den Rechtsmissbrauch und stellt als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben sicher, dass die genannten Schutzziele nicht vorgeschoben werden, um die eigentliche Diskriminierung zu verschleiern.⁴⁷ Bezogen auf die Verpflichtung der Meistbegünstigung lässt sich festhalten, dass ein Staat einen Staat nur dann besser behandeln darf als andere, wenn tatsächlich der Schutz der o. g. Rechtsgüter bezweckt wird.

bb) Weitere Ausnahmetatbestände

Im GATT finden sich zudem weitere, allgemein anwendbare Ausnahmetatbestände, die auch die Meistbegünstigung umfassen. Beispielhaft sei hier nur auf den sog. „waiver“ in Art. XXV: 5 oder die sog. „security exceptions“ in Art. XI hingewiesen.

b) „Meistbegünstigungs-spezifische“ Ausnahmetatbestände im GATT

Zunächst finden sich in Art. I: 2–3 historisch begründete Ausnahmen zur Meistbegünstigung, welche jedoch ihre praktische Relevanz mit der Zeit verloren haben. Weitaus wichtiger sind die Integrationsabkommen nach Art. XXIV: 4–10 sowie die allgemeinen Präferenzsysteme für Entwicklungsländer nach der sog. Enabling Clause.

aa) Integrationsabkommen

Unter engen Voraussetzungen können gem. Art. XXIV: 4–10 Freihandelszonen, Zollunionen und sog. Interim Agreements geschlossen werden, welche vom Grundsatz her der Meistbegünstigung widersprechen.

Während solche Integrationsabkommen auf regionaler Ebene Vorteile für ihre Mitglieder schaffen, haben sie global gesehen sowohl vor- als auch nachteilige Auswirkungen auf die Wirtschaft. Einerseits können sie durch den Wegfall von Binnenschranken zu verstärktem innerregionalem Handel und damit zur schrittweisen Liberalisierung führen (sog. Dominoeffekt).⁴⁸ Andererseits besteht die Gefahr, genau die dem Ziel der Meistbegünstigung gegenläufigen Folgen zu erzeugen: Namentlich könnte der internationale Markt durch die Diskriminierung effizienterer Produzenten außerhalb der Region verzerrt werden und intraregionale Konflikte zwischen

⁴⁶ *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 143 f.

⁴⁷ *WTO Appellate Body*, U.S. – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products WT/DS58/AB/R (12. Oktober 1998), Rn. 160; *Göttsche* (Fn. 21), S. 268.

⁴⁸ *Hilpold* Regional Integration According to Article XXIV GATT – Between Law and Politics, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003), S. 219 (223 f.).

den einzelnen Handelsblöcken generieren. Gerechtfertigt wird diese Ausnahme damit, dass Integrationsabkommen solange für den Handel förderlich sind, wie die handelsschaffenden Impulse die handelsbeeinträchtigenden Auswirkungen überwiegen.⁴⁹ Dies ist nach Art. XXIV: 5 der Fall, wenn die Interessen der WTO-Mitglieder außerhalb des Integrationsabkommens gewahrt bleiben und wenn nach Art. XXIV: 8 substantiell alle Handelshemmnisse zwischen den beteiligten Staaten eliminiert werden.

bb) Allgemeine Präferenzsysteme

Wie bereits festgestellt, trägt die Meistbegünstigung zwar zur optimalen Nutzung von Ressourcen bei, sie ändert hingegen nichts an deren bereits bestehender Verteilung in den verschiedenen Staaten. Primär profitieren somit Industriestaaten von diesem Prinzip,⁵⁰ die zumeist konkurrenz- und leistungsfähiger sind als Entwicklungsländer bzw. die am wenigsten entwickelten Länder (Least Developed Countries, LDC). Um diesem Ungleichgewicht entgegenzusteuern, wurde 1979 im Rahmen der Tokio-Runde ein Allgemeines Präferenzsystem (General System of Preferences, GSP) entwickelt.⁵¹ Industrieländer sind damit in der Lage, Entwicklungsländern vorübergehend eine privilegierte Behandlung zukommen zu lassen, ohne diese im Wege der Meistbegünstigung auf andere (Industrie-) Staaten ausweiten zu müssen. Umgekehrt können sich auch Entwicklungsländer untereinander Präferenzen zukommen lassen, ohne diese an Industrieländer weitergeben zu müssen.⁵² Bereits die Bezeichnung als „Enabling Clause“ macht deutlich, dass Staaten die Möglichkeit haben, solche unilateralen Zugeständnisse zu machen; sie sind jedoch nicht dazu verpflichtet. Voraussetzung ist nach Fußnote 3 zur Ziffer 2(a) der Enabling Clause allein, dass die Präferenzen allgemeiner Art sind, keine Gegenleistung erfordern und keine diskriminierende Wirkung entfalten. Letzteres Tatbestandsmerkmal wurde vom Appellate Body⁵³ in der Weise ausgelegt, dass allen Entwicklungsländern, die „similar-situated“ sind, die gleiche Vorzugsbehandlung zu Teil werden muss. Damit findet das allgemeine Gleichbehandlungsgebot in der Form der Meistbegünstigung Eingang in die „Enabling Clause“. Industrieländer müssen fortan Vorteile, die sie einem bestimmten Entwicklungsland gewähren, bedingungslos auf andere Entwicklungsländer mit vergleichbarem wirtschaftlichem Entwicklungsstand ausweiten. Die Parallele zum Konzept der „gleichartigen Produkte“, die im Wettbewerb unter gleichen Bedingungen frei miteinander konkurrieren sollen, liegt auf der Hand. Länder mit vergleichbarem *status quo* sollen vergleichbare Chancen haben, ihre Wirtschaft zu stärken und sich schrittweise in den Welthandel zu integrieren.

49 *Trebilcock/Howse* (Fn. 16), S. 130.

50 *Schmahl* (Fn. 38), S. 389 (396).

51 Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (3. Dezember 1979) GATT Dok. L/4903 BISD 26S/203 (sog. „Enabling Clause“).

52 *Schmahl* (Fn. 38), S. 389 (398).

53 *WTO Appellate Body*, *European Communities – Conditions for the Granting of Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R (7. April 2004), Rn. 153.

5. Die Ausgestaltung der Meistbegünstigung im General Agreement on Trade in Services (GATS)

Um der stetig wachsenden Bedeutung von grenzüberschreitendem Handel mit Dienstleistungen Rechnung zu tragen, wurde 1994 im Rahmen der Uruguay-Runde das GATS beschlossen.

a) Gemeinsamkeiten von GATS und GATT

Auch hier findet sich das Prinzip Meistbegünstigung in Form einer generellen Verpflichtung für alle WTO-Mitglieder wieder und ist in weiten Zügen mit der Meistbegünstigung aus dem GATT vergleichbar. Dabei ist der Anwendungsbereich sehr weit und umfasst jeglichen Handel mit Dienstleistungen in Form der vier in Art. I: 2 GATS genannten Modi.⁵⁴ Ähnlich wie im GATT darf Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern nach Art. II: 1 keine weniger günstige Behandlung zukommen als vergleichbaren Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern aus anderen Ländern. Erfasst sind hierbei ebenfalls beide Formen der Diskriminierung (sowohl *de jure* als auch *de facto*). Schließlich enthält das GATS ebenfalls allgemeine⁵⁵ sowie spezifische⁵⁶ Ausnahmen zum Prinzip der Meistbegünstigung.

b) Unterschiede zwischen GATS und GATT

Im Vergleich zum GATT konnten WTO-Mitglieder bis zum Abschluss der Verhandlungsrunden unter bestimmten Voraussetzungen länderspezifische Ausnahmen in sog. lists of exemptions einreichen (sog. Negativ-Listen-Ansatz). Diese dürfen nach dem „Annex on Article II Exemptions“ im Prinzip eine Dauer von zehn Jahren nicht überschreiten, müssen Gegenstand weiterer Verhandlungsrunden sein und nach fünf Jahren einer nochmaligen Überprüfung durch den Council for Trade in Services unterzogen werden. Grund für diese Sonderregelung im GATS ist einerseits die Unbestimmtheit und Weite des Begriffs der Dienstleistung. Diese sind im Gegensatz zu Produkten weder unmittelbar quantifizierbar noch durch physische Eigenschaften gekennzeichnet, sondern als fortwährender Prozess zu verstehen. Sie existieren meist erst in ihrer endgültigen Form, wenn sie konsumiert sind,⁵⁷ weshalb es nicht möglich ist, bei ihnen an den konkreten Zeitpunkt des Grenzübertritts anzuknüpfen. Hinzu tritt die ohnehin schon weite Natur der Meistbegünstigung. Betonung fand im Rahmen der Verhandlungen zum GATS vor allem der unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungsstand der WTO-Mitglieder, weshalb die

54 Grenzüberschreitende Erbringung, Konsum im Ausland, kommerzielle Präsenz sowie Präsenz natürlicher Personen im Ausland.

55 Z. B. allgemeine Ausnahmen im Art. XIV GATS (vgl. Art. XX GATT).

56 Z. B. Ausnahmen zu Gunsten von Integrationsabkommen nach Art. V GATS (vgl. Art. XXIV: 4–10 GATT).

57 *Abu-Akeel* 'The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an Old Concept', *Journal of World Trade* 33 (1999), S. 103 (111).

zeitlich begrenzten Ausnahmen als Konsens der verschiedenen, zum Teil widerstrebenden Interessen zwischen Industrienationen und Entwicklungsländern zu verstehen sind.⁵⁸

6. Abschließende Betrachtung und Würdigung

In den multilateralen Handelsverträgen der WTO ist die Verpflichtung zur Meistbegünstigung ein Kernelement zum Schutz gleicher Wettbewerbschancen der Mitglieder. Ungewissheiten ergeben sich bei der Inkorporation derartiger Klauseln insofern, als sich beide Parteien bei Vertragsschluss an unbestimmte, relative Zugeständnisse binden („drafting by reference“) und diese ohne weitere Zwischenschritte automatisch multilateralisiert werden. Die Befürchtung, unbemerkt staatliche Einflussmöglichkeiten auf die Gewährung von Vorteilen zu verlieren, ist insoweit unberechtigt, als dass Staaten grundsätzlich frei sind, zu entscheiden, ob und welche Zugeständnisse erteilt werden.

Das Konzept der Meistbegünstigung im System der WTO wird durch Ausnahmen zu Gunsten von Entwicklungsländern durchbrochen, welche den fairen Umgang auf multilateraler Ebene vorantreiben und letztendlich sicherstellen sollen,

„[...] that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development“ (Präambel der WTO).

III. Die Meistbegünstigung im völkerrechtlichen Investitionsschutz

1. Allgemeines

Internationaler Handel und Investitionen sind eng miteinander verbunden und ergänzen sich gegenseitig. In beiden Fällen führen Liberalisierungsbestrebungen und die Anwendung des Prinzips der Nichtdiskriminierung zu globalen Wohlfahrtsgeinnen. Wenn gleichartige Wettbewerbsbedingungen für Produzenten bzw. Investoren geschaffen werden, kann das freie Spiel der Marktkräfte eine optimale Verteilung vorhandener Ressourcen und die gewinnbringende Nutzung von Technologie begünstigen.

Im Gegensatz zum Handel, welcher vornehmlich den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen (also Endprodukten) betrifft, ist die Tötigung von Investitionen mit längerfristigen und weitaus einschneidenderen Folgen für die innerstaatlichen Angelegenheiten des Gaststaates verbunden. Schon die Zulassung von Investitionen zum inländischen Markt (sog. pre-establishment Phase) stellt einen sehr sensiblen Bereich dar, in welchem Regierungen vor der Entscheidung

58 Wang Most-Favoured-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services – And Its Application in Financial Services, *Journal of World Trade* 30 (1996), S. 91 (92).

stehen, welche Konkurrenten sie ihrer heimischen Industrie in Zukunft dauerhaft aussetzen. In der Phase nach der Etablierung im Inland (sog. post-establishment Phase) zeigt sich der wirtschaftliche und politische Einfluss multinationaler Unternehmen daran, dass Regierungen oftmals bemüht sind, den Rückfluss des erwirtschafteten Kapitals in das Heimatland des Investors zu bremsen und Anreize zu schaffen, um Reinvestitionen in die eigene Wirtschaft zu begünstigen. Der Wirkungsbereich des Prinzips der Nichtdiskriminierung erstreckt sich also auf eine wesentlich breitere Materie von Sachverhalten und tangiert Probleme verschiedenster innerstaatlicher Regelungsbereiche (wie z. B. Arbeits- und Sozialrecht, Umweltschutz, Steuerrecht, Polizei- und Ordnungsrecht⁵⁹).

2. Die Meistbegünstigung in multilateralen Verträgen

Die Aufnahme von Meistbegünstigungsklauseln in internationale Investitionsschutzverträge wirft daher tendenziell größere Schwierigkeiten auf, als dies bei Handelsverträgen der Fall ist.⁶⁰ Meistbegünstigung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass Investoren oder Investitionen einer Vertragspartei nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als vergleichbare Investoren oder Investitionen aus Drittstaaten. Das grundlegende Konzept der Meistbegünstigung ist im internationalen Handel und im Investitionsschutz also vergleichbar. Wegen der zum Teil erheblichen Divergenz der Meinungen darüber, was als Standard eines akzeptablen völkerrechtlichen Investitionsschutzes anzusehen sei,⁶¹ ist die Meistbegünstigung jedoch in verschiedenster Form ausgestaltet. Insbesondere kam bisher noch kein umfassendes, multilaterales Investitionsschutzabkommen zustande, wie dies im geschlossenen System der WTO für Fragen des internationalen Handels der Fall ist. Vorhandene multilaterale Abkommen zum Investitionsschutz sind weitgehend lückenhaft in Bezug auf materiellrechtliche Schutzelemente mit der Folge, dass sich ein dichtes Netz an sog. Bilateralen Investitionsschutz- bzw. -förderverträgen entwickelt hat.

a) Multilaterale Verträge im Rahmen der WTO

Nach dem Scheitern der Havanna-Charta, welche in ihren Artikeln 11 und 12 Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen vorsah,⁶² regeln das GATS und das Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) teilweise die angesprochenen Problemfelder.

aa) GATS

Das GATS deckt über den dritten Modus der Dienstleistungserbringung (kommerzielle Präsenz) ausländische Investitionen im Zusammenhang mit Dienstleistungen

59 *Karl* Internationaler Investitionsschutz – Quo vadis?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 99 (2000), S. 143 (165).

60 *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment* (Fn. 18), S. 10; *Kurtz* in: Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, 2005, S. 523 (531).

61 *Theodorou* Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten, Diss. Regensburg 2001, S. 477 f.

62 *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 135.

ab. Die Meistbegünstigung gilt zwar im GATS generell für alle WTO-Mitglieder, ist aber im Wege der lists of exemptions länderspezifischen Ausnahmen zugänglich. Dienstleistungserbringer, die ausländische Investitionen im Zusammenhang mit ihren Dienstleistungen tätigen, sind somit von der Meistbegünstigung aus Art. II GATS geschützt, wenn auch in einem von Staat zu Staat unterschiedlichen Umfang.

bb) TRIMs

Das Agreement on Trade-Related Investment Measures ist das einzige Vertragswerk im Kontext der WTO, das unmittelbar den Investitionsschutz betrifft. Obwohl es gewisse Sicherheitsstandards durch Bestimmungen bezüglich der Inländerbehandlung und quantitativen Importbeschränkungen gewährt (siehe Art. II TRIMs), enthält es keine Verpflichtungen zur Meistbegünstigung.

b) Das Multilateral Agreement on Investment der OECD

Im Jahr 1995 begann die OECD ihre Arbeit zum Multilateral Agreement on Investment (MAI), welches umfassende Regelungen zum internationalen Investitionsschutz beinhalten sollte und u. a. vorsah, die Vorschriften zur Meistbegünstigung und Inländerbehandlung auf Investitionen auszuweiten.⁶³ Es handelte sich um einen multilateralen, zunächst unter den Mitgliedern der OECD geschlossenen Vertrag, welcher schrittweise zur Unterzeichnung durch Nicht-Mitglieder geöffnet werden sollte. Letztendlich scheiterte die Umsetzung der Entwürfe jedoch an dem massiven Protest von Umwelt- und Menschenrechtsgruppen, sowie am fehlenden Konsens und den unterschiedlichen Positionen von Industrie- und Entwicklungsländern bezüglich einheitlicher Schutzstandards für Auslandsinvestitionen.⁶⁴

c) Regionale Verträge am Beispiel von NAFTA

Kapitel 11 des North American Free Trade Agreements (NAFTA)⁶⁵ enthält ausführliche Regelungen zum Schutz von Investitionen. So formuliert Art. 1103 eine Klausel zur Meistbegünstigung, die sowohl die pre- als auch die post-establishment Phase umfasst und damit einen ausgeprägten Schutzstandard zu Gunsten von Investoren in vergleichbaren Situationen garantiert. Hierdurch sollen verstärkt Anreize für Investitionen innerhalb der Region geschaffen und gerade Diskriminierungen verhindert werden, die Investoren abhalten, sich um die Zulassung zum inländischen Markt zu bemühen. Dieser relativ weitreichende Schutz erfährt jedoch dahingehend eine Relativierung, dass allgemeine Ausnahmen bezüglich bereits bestehender und zukünftiger Diskriminierung vorgesehen sind (vgl. Art. 1108 NAFTA). Das NAFTA gleicht insofern das Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach größtmöglichem

63 *Bhala/Kennedy* (Fn. 25), S. 142.

64 *Sornarajah* *The International Law on Foreign Investment*, 2. Auflage (2004) S. 296 f.; *Theodorou* (Fn. 61), S. 496.

65 *North American Free Trade Agreement* (Annahme 17. Dezember 1992; In-Kraft-Treten 1. Januar 1994), *International Legal Materials* (I.L.M.) 32 (1993), S. 289.

Schutz bzw. effektiver Förderung von Investitionen innerhalb der Region einerseits und der Wahrung staatlicher Souveränität andererseits aus.

3. Die Meistbegünstigung in bilateralen Verträgen

a) Allgemeines

In der Praxis haben mangelnde Regelungen zum Investitionsschutz auf multilateraler Ebene und die damit fortbestehende Ungewissheit für Investoren dazu geführt, dass vermehrt Schutz durch bilaterale Verträge (sog. Bilateral Investment Treaties, BITs) gesucht wurde. Vorgänger der Investitionsschutz- bzw. -förderverträge waren die allgemeinen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge, die in breitem Umfang Meistbegünstigungsklauseln enthielten.⁶⁶ Während diese Verträge eine weite Regelungsmaterie umfassten, sind die modernen BITs ausschließlich darauf gerichtet, Auslandsinvestitionen auf einer Basis gegenseitigen Vertrauens zu fördern und zu schützen. Vorrangiges Ziel von Industrieländern ist hierbei, Investoren gegen politische, nicht-kommerzielle Risiken (wie z. B. Enteignung, Krieg, Transferbeschränkungen und mangelndem Rechtsschutz) abzusichern, während Entwicklungsländer an den erwirtschafteten Gewinnen teilhaben wollen. Der Vorteil gegenüber multilateralen Verträgen liegt darin, dass materiellrechtliche Schutzstandards an die individuellen Bedürfnisse der Parteien angepasst werden können und die Bereitschaft zur Einhaltung derartig spezieller Verpflichtungen größer ist.

b) Deutscher Mustervertrag

Die Vielzahl der vorhandenen bilateralen Verträge führt nicht selten dazu, dass Meistbegünstigungsklauseln in unterschiedlichster Formulierung existieren und somit in jedem Einzelfall ein unterschiedlich hohes Schutzmaß für ausländische Investoren bieten. Als mögliche Vorlage für BITs, an denen die Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, dient ein Mustervertrag.⁶⁷

aa) Die Reichweite der Meistbegünstigung in zeitlicher Hinsicht

Dieser Mustervertrag verpflichtet die Vertragsparteien in seinem Art. 3 II zur Meistbegünstigung. Art. 2 I legt den zeitlichen Anwendungsbereich fest und bestimmt, dass Investitionen nur in der post-establishment Phase geschützt sein sollen, während die nationalen Rechtsvorschriften bezüglich der Zulassung zum inländischen Markt ausdrücklich unberührt bleiben. Somit erstreckt sich die Verpflichtung der Meistbegünstigung nicht auf Fragen der Zulassung zum inländischen Markt. Fraglich bleibt damit, inwiefern es Investoren praktisch nützt, nur in der post-establishment Phase geschützt zu sein und nicht auf eine diskriminierungsfreie Behandlung während des gesamten Daseins der Investition, insbesondere also beim Marktzugang.

⁶⁶ Sornarajah (Fn. 64), S. 210.

⁶⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Deutscher Mustervertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (Stand 2005) http://www.zar.uni-karlsruhe.de/DATA/SS2007/Vorlesung/Welthandelsrecht/BITS_fbf44a8.pdf (11. November 2008).

gang, der Betätigung und der Liquidation, vertrauen zu können.⁶⁸ Diskriminierungen in der pre-establishment Phase können unter Umständen dauerhaft als „Makel“ an einer Investition haften bleiben und somit deren Wettbewerbsfähigkeit auf dem inländischen Markt beeinträchtigen. Insofern wurde der Mustervertrag zu Gunsten der staatlichen Souveränität der Vertragspartner und zu Lasten von Investoren gestaltet.

bb) Die Reichweite der Meistbegünstigung in persönlicher und sachlicher Hinsicht

Art. 3 I und II des Mustervertrages nehmen ausdrücklich Bezug auf den Schutz von Investoren und deren Kapitalanlagen, welche in Art. 1 I und III (a) legaldefiniert werden. Berechtigt sind hiernach Deutsche i. S. d. Grundgesetzes sowie juristische Personen, Handelsgesellschaften oder sonstige Gesellschaften oder Vereinigungen, die ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Sie dürfen nach der Meistbegünstigungsklausel nicht „weniger günstig als [...] Investoren dritter Staaten“ behandelt werden. Obwohl in Art. 3 II kein ausdrücklicher Vergleichsmaßstab definiert ist, wie dies in den einzelnen Abkommen der WTO (z. B. „like products“) oder NAFTA („like circumstances“) anhand des Gleichartigkeitskriteriums erfolgt, begrenzt das *ejusdem generis*-Prinzip den sachlichen Anwendungsbereich der Meistbegünstigung auf vergleichbare Sachverhalte.

Von der Verpflichtung zur Meistbegünstigung sind gem. Art. 3 III ausdrücklich solche Vorrechte ausgenommen, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten wegen der Mitgliedschaft in einer Zoll- oder Wirtschaftsunion, einem gemeinsamen Markt oder einer Freihandelszone einräumt. Hintergrund dieser „meistbegünstigungs-spezifischen“ Ausnahme ist die Erkenntnis, dass Integrationsabkommen den Fluss von Investitionen innerhalb der Region fördern und einen induktiven Effekt für weitere Liberalisierungsbestrebungen erzeugen können (sog. Dominoeffekt, vgl. II. 4. b) aa), S. 253). Art. 3 IV trägt Souveränitätsgesichtspunkten Rechnung, indem er Vergünstigungen in Zusammenhang mit Doppelsteuerabkommen oder sonstiger Vereinbarungen über Steuerfragen vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigung ausnimmt.

c) Durchsetzungsmechanismen

Dem Investor stehen verschiedene Möglichkeiten offen, sein Recht, nicht schlechter behandelt zu werden als vergleichbare Investoren, gerichtlich geltend zu machen. Zunächst kann der Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes ein Verfahren gegen den Gaststaat anstrengen (sog. state to state-Verfahren, siehe Art. 10 Deutscher Mustervertrag). Ähnlich wie im internationalen Handelsrecht macht er eine Verletzung eigener Rechte aus dem jeweiligen multilateralen, regionalen oder bilateralen Vertrag vor dem vertraglich festgelegten (Schieds-) Gericht geltend. Diese Variante ist jedoch für den Investor relativ unbefriedigend, da er grundsätzlich keinen Anspruch auf Ausübung des diplomatischen Schutzes genießt und nach allgemeinem

⁶⁸ WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment (Fn. 18), S. 16.

Völkerrecht zunächst den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft haben muss.⁶⁹ Ebenso wenig Erfolg versprechend erscheint dem Investor die Beschreitung des innerstaatlichen Rechtswegs des Gaststaates, was vorrangig an der Befürchtung der mangelnden Unparteilichkeit des nationalen Gerichts liegen mag. Aus der Sicht von Investoren sind sog. investor to state-Verfahren (siehe Art. 11 Deutscher Mustervertrag) vor verständigen internationalen Schiedsgerichten wie dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) eine besonders gute Möglichkeit, ihr Recht durchzusetzen. Dabei machen sie die Verletzung eigener Rechte aus dem Vertrag (zumeist aus dem jeweiligen BIT) geltend und haben als unmittelbare Verfahrensbeteiligte Einfluss auf den Ausgang der Streitigkeit.

d) Der *Maffezini*-Fall und das Problem des „BITs-Shopping“

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Meistbegünstigungsklauseln in BITs die Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts begründen können. Dieses Problem stellt sich insbesondere dann, wenn Meistbegünstigungsklauseln nur vage oder sehr weit formuliert sind, sodass deren Anwendungsbereich im Wege der allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung ermittelt werden muss. Zumeist treffen Klauseln in BITs keine expliziten Aussagen darüber, ob neben materiellen Zugeständnissen auch günstigere Verfahrensvorschriften zur Streitbeilegung auf ausländische Investoren auszuweiten sind (so schweigt z. B. auch der Deutsche Mustervertrag in Art. 3 zu dieser Frage). Erstmals wurde das Problem im Jahre 2000 im sog. *Maffezini*-Fall vor dem ICSID aufgeworfen.

aa) Der Sachverhalt

Der argentinische Investor Emilio *Maffezini* machte im Schiedsverfahren gegen Spanien geltend, dass die Beklagte Vorschriften aus dem argentinisch-spanischen BIT von 1991⁷⁰ verletzt habe. Spanien beantragte, die Klage als unzulässig abzuweisen, da der Kläger nicht zuvor den nationalen Rechtsweg beschritten hatte, wie in Art. X: 3 (a) des BITs vorgesehen. *Maffezini* bestritt dies nicht, wendete hingegen ein, dass die Meistbegünstigungsklausel aus Art. IV: 2 des argentinisch-spanischen BITs ihn ermächtige, sich auf günstigere Vorschriften aus einem zwischen Spanien und Chile geschlossenen Vertrag zu berufen, welcher gerade keine vorherige Anrufung nationaler Gerichte als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Schiedsverfahren vor dem ICSID forderte.

bb) Die Entscheidung

Das Schiedsgericht legte daraufhin den spanisch-argentinischen Vertrag und dessen Meistbegünstigungsklausel aus und hielt fest, dass dieser grundsätzlich die Reichwei-

69 *Wegen/Raible* Unterschätzt die deutsche Wirtschaft die Wirksamkeit des völkerrechtlichen Investitionsschutzes?, Zeitschrift für Schiedsverfahren (2006), S. 225 (231); *Wolftrum* (Fn. 20), S. 626.

70 Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Argentina-Spain (3. Oktober 1991), in ICSID Investment Promotion and Protection Treaties (1997) Band 3, Release 972.

te der Zugeständnisse festlegt (*ejusdem generis*-Prinzip).⁷¹ Dieser enthielt neben materiellrechtlichen Gesichtspunkten auch Fragen der Streitbeilegung, insbesondere den streitgegenständlichen Artikel X: 3 (a), der den Ablauf einer 18-monatigen Frist zur Streitbeilegung vor den zuständigen nationalen Gerichten voraussetzte, um auf internationaler Ebene prozessieren zu können. Der Wortlaut der Meistbegünstigungsklausel⁷² (und die damit verbundene Ausweitung eventueller Zugeständnisse) bezog sich auf „alle in dem Vertrag geregelten Materien“. Nach Ansicht des Schiedsgerichts stellen verfahrensrechtliche Regelungen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten einen so wesentlichen Bestandteil zur Verwirklichung des vereinbarten Schutzstandards dar („inextricably related to the protection of foreign investors“),⁷³ dass eine Trennung vom materiellen Schutzgehalt nicht mehr vertretbar sei. Da die Meistbegünstigungsklausel im konkreten Fall sehr weit formuliert war und keine expliziten Ausnahmen enthielt, wurde die Vereinbarung aus dem chilenisch-spanischen BIT zu Gunsten des Klägers übertragen und eine Klage vor dem ICSID auch ohne vorherige Anrufung spanischer Gerichte als zulässig erachtet. *Maffezini* konnte sich also dank der Meistbegünstigungsklausel auf den spanisch-chilenischen BIT berufen, ohne selbst spanischer oder chilenischer Investor zu sein.

cc) Praktische Konsequenzen

Die Ausweitung der Anwendung von Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen kann in Anbetracht dessen zum sog. BITs-Shopping führen. Investoren haben die Möglichkeit, verfahrensrechtliche Beschränkungen aus dem Basisvertrag zu umgehen, indem sie sich im Sinne einer „Rosinentheorie“ auf den günstigsten vom Gaststaat mit einem Drittstaat geschlossenen BIT berufen. Die Zugeständnisse könnten sich selbst dann auf den Investor erstrecken, wenn die verfahrensrechtlichen Beschränkungen im Basisvertrag bewusst ausgehandelt wurden und den besonderen Bedürfnissen der Vertragsparteien Rechnung tragen.

dd) Ausnahmen

Das ICSID-Schiedsgericht erkannte, dass die Möglichkeit der autonomen Gestaltung der Verhältnisse zweier Staaten stark eingeschränkt würde und führte insofern aus, dass eine derartig weite Interpretation nicht schrankenlos erfolgen kann.⁷⁴ Insbesondere dürften Erwägungen zum öffentlichen Wohl („public policy considerations“) nicht außer Kraft gesetzt werden, die für die Parteien von grundlegender Be-

71 *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Emilio Augustín Maffezini v. Kingdom of Spain (Entscheidung vom 25. Januar 2000) ICSID Case No. ARB/97/7, ICSID Rev./FILJ 16 (2001), S. 212 (Paragraph 45).

72 „En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país“ (Betonung hinzugefügt).

73 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 54; *Dolzer* Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, in: Böhmer, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte FS für Georg Ress, 2005, S. 47 (48).

74 *ICSID* (Fn. 71), Paragraph 62; *Wegen/Raible* (Fn. 69), S. 234.

deutung für Akzeptanz des Basisvertrags sind.⁷⁵ Als erste, allgemeine Ausnahmen zur Meistbegünstigung werden insofern Vereinbarungen aufgezählt, die die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs betreffen. Diese sei ausdrücklich in Art. 26 ICSID Konvention⁷⁶ vorgesehen und reflektiere eine so grundlegende Regel des internationalen Rechts, dass hiervon nicht durch die einseitige Einrede des Investors abgewichen werden soll. Als zweite Ausnahme führt das Schiedsgericht die sog. „fork in the road“-Klauseln an, die dem Investor die Wahl lassen, einen Streit durch nationale oder internationale Verfahren beizulegen. Die einmal getroffene Entscheidung bezüglich des Rechtswegs ist insoweit ausschließlich und unwiderruflich. Gerechtfertigt sei die Ausnahme, weil die Endgültigkeit der Entscheidung in vielen Rechtsordnungen als äußerst wichtig für die öffentliche Ordnung erachtet werden würde.⁷⁷ Schließlich könnten ausdrückliche Vereinbarungen zur Festlegung eines besonderen Streitbeilegungsforums (wie z. B. ICSID) oder eines institutionalisierten Systems zur Schiedsgerichtsbarkeit (wie z. B. NAFTA) nicht umgangen werden.⁷⁸

Die Ausnahmetatbestände stellen somit auf den erkennbaren Willen der Verhandlungspartner ab und betonen die Autonomie der Parteien selbst zu bestimmen, inwieweit sie durch einen Vertrag gebunden werden sollen. Materiellrechtliche Sonderregelungen genießen daher Vorrang vor der als allgemein verstandenen Meistbegünstigungsklausel.⁷⁹ Ziel ist es, einen Ausgleich zwischen dem legitimen Multilateralisierungseffekt von Meistbegünstigungsklauseln einerseits und dem missbräuchlichen BITs-Shopping andererseits zu finden.

4. Abschließende Betrachtung und Würdigung

Das ICSID-Schiedsgericht trägt im *Maffezini*-Fall dem grundsätzlichen Anliegen der Meistbegünstigung Rechnung, ausländischen Investoren tatsächlich gleiche Wettbewerbschancen auf dem Markt des Gastlandes zu gewähren. Nach richtiger Auffassung des Schiedsgerichts ist es nötig, materiell- und formellrechtliche Schutzstandards aneinander zu koppeln, um dem Ziel der diskriminierungsfreien Behandlung von Investitionen zur effektiven Wirksamkeit zu verhelfen. Andererseits werden im *Maffezini*-Fall die allgemeinen Entwicklungen im völkerrechtlichen Investitionsschutz deutlich, nach welchen der Meistbegünstigung gerade keine einheitlich vorbestimmte Reichweite für alle Staaten verliehen werden soll. Der fehlende Wille der Staaten, ein gemeinsames multilaterales Investitionsabkommen zu verfassen, taucht spiegelbildlich in den vom ICSID-Schiedsgericht entwickelten Ausnahmetatbeständen wieder auf. Gerade die besondere Sensibilität der Materie in den verschiedenen innerstaatlichen Bereichen und die Befürchtung des schleichenden Verlustes staatlicher Souve-

75 ICSID (Fn. 71), Paragraph 62 ff.

76 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Annahme 18. März 1965; In-Kraft-Treten 14. Oktober 1966), 575 United Nations Treaty Series (U.N.T.S.), S. 159.

77 ICSID (Fn. 71), Paragraph 63; Dolzer (Fn. 73), S. 49.

78 ICSID (Fn. 71), Paragraph 63.

79 Dolzer (Fn. 73), S. 50.

ränität begründen die Tatsache, dass bestimmte individuell gemachte Zugeständnisse nicht ohne weiteres multilateralisiert werden sollen. Der Kernbereich eines Investitionsschutzvertrages soll daher von den Parteien des Vertrages selbst in autonomer Weise abschließend geregelt werden.⁸⁰ Damit kann die Meistbegünstigungsklausel im völkerrechtlichen Investitionsschutz im Gegensatz zum internationalen Handel gerade nicht als „Klausel ohne Inhalt“ bezeichnet werden, zu deren Ausfüllung es erst beim Entwurf des Vertrages mit dem Drittstaat kommt. Der Klausel wird im Basisvertrag bereits ein gewisser Rahmen gegeben, über den nicht im Wege extensiver Wortlautauslegung hinweggegangen werden kann.

Obwohl Schiedssprüche des ICSID gem. Art. 53 I ICSID Konvention nur die Parteien *inter partes* binden und keinen Einfluss auf zukünftige Schiedssprüche ausüben, wurde den Verfassern von BITs die „Gefährlichkeit“ von weit formulierten Meistbegünstigungsklauseln bewusst. Die weite Interpretation des ICSID-Schiedsgerichts im *Maffezini*-Fall hat in verschiedenen Ländern zu neuerlichen Beratungen über konkretere Formulierungen der Meistbegünstigungsklauseln geführt. Beispielsweise fand im kanadischen Mustervertrag zu Investitionsschutzverträgen vorsorglich ein Annex III Eingang, der genaue Ausnahmen zur Meistbegünstigung definiert und damit der kanadischen Regierung die Möglichkeit gibt, besser zu kontrollieren, in welcher Form und welchem Umfang Verpflichtungen zur Meistbegünstigung in zukünftigen BITs eingegangen werden.⁸¹

IV. Vergleichende Betrachtungen zur Ausgestaltung und Wirkungsweise der Meistbegünstigung in der WTO und im völkerrechtlichen Investitionsschutz

Die Meistbegünstigung ist im internationalen Wirtschaftsrecht ein weit verbreitetes Instrumentarium, um diskriminierende Verhaltensweisen zwischen Staaten und deren Staatsangehörigen zu unterbinden. Durch die Ausgestaltung als relativer Standard unterwirft sie die vertraglichen Verpflichtungen der Parteien einem dynamischen Anpassungsprozess an die rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen auf internationaler Ebene.

In der Regel finden Meistbegünstigungsklauseln in ihrer gegenseitigen, unbedingten und unbestimmten Form Eingang in Verträge. Die Wirkungsweise der Meistbegünstigung hängt jedoch nicht allein von der Ausgestaltung der Klausel an sich ab, sondern auch von der Ausgestaltung des Vertrages, in welchen sie integriert wird.

Im System der WTO besteht zwischen den Vertragspartnern weitgehend Einigkeit darüber, dass freier Handel wohlfahrtssteigernd wirkt und durch die Verpflichtung zur Meistbegünstigung vorangetrieben werden kann. Das WTO-Übereinkommen verschafft der Meistbegünstigung einen umfassenden Anwendungs- und Wirkungs-

80 *Dolzer* (Fn. 73), S. 52.

81 *Kurtz* (Fn. 60), S. 552 m. w. N.

bereich, indem die Klausel weit formuliert und der jeweilige Vertrag gleichzeitig so ausgestaltet wird, dass ein Multilateralisierungseffekt eintritt. Gewährt ein Mitglied irgendeinem Staat einen Vorteil, so muss er diesen auf alle anderen Mitglieder ausweiten.

Vom Grundsatz her bestimmt *eine* Meistbegünstigungsklausel das Verhältnis aller Mitgliedsstaaten und wirkt im Sinne eines materiellen Gleichbehandlungsgebots. Ausnahmen hiervon können in begrenztem Umfang gemacht werden, wenn dies dem Schutze der nationalen Ordnung und staatlichen Souveränität einerseits oder der Förderung der Interessen von Entwicklungsländern andererseits dient.

Im Gegensatz zum internationalen Handel überwiegt die Zurückhaltung vieler Staaten gegenüber ausländischen Investitionen auf ihrem Territorium. Diese stellen eine besonders sensible Materie dar, weshalb insbesondere Entwicklungsländer bisher nicht bereit waren, ein umfassendes multilaterales Abkommen zu schaffen. Es existiert eine schier unüberschaubare Vielzahl von BITs, in denen die Meistbegünstigung von Fall zu Fall individuell ausgestaltet ist. Im völkerrechtlichen Investitionsschutz gibt es daher nicht *die eine* Meistbegünstigungsklausel.⁸² Folglich ist auch das Schutzniveau für Entwicklungsländer unterschiedlich hoch und besonders vom Verhandlungsgeschick der Vertragsparteien abhängig. In der Regel tendieren Staaten dazu, sowohl den Anwendungs- als auch den Wirkungsbereich der Meistbegünstigung zu beschränken. Die Anwendung der Meistbegünstigung wird zumeist nur in der post-establishment Phase von Investitionen zugelassen und zusätzlich durch individuell vereinbarte Ausnahmetatbestände begrenzt. Staaten legen in diesem Bereich einen größeren Wert auf Flexibilität der Regelungen zum Schutz ihrer eigenen Interessen mit der Folge, dass Investitionen in geringerem Umfang durch die Meistbegünstigung gefördert werden können als dies beim grenzüberschreitenden Handel mit Waren und Dienstleistungen der Fall ist.

82 Schwarzenberger (Fn. 4), S. 139.