

**Das Prinzip der Nichtdiskriminierung
in einem künftigen multilateralen Investitionsabkommen**

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Jun Xiao

März 2006

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	iv
Literaturverzeichnis.....	vii
Fallverzeichnis.....	xix
I. Teil Fragestellung und Methode.....	1
II. Teil Wert eines MIA im Rahmen der WTO.....	6
A. Verschiedene Positionen.....	6
B. Ist ein multilaterales Investitionsabkommen wünschenswert?.....	11
I. Der Beitrag von ausländischen Investitionen zur Entwicklung.....	11
II. Bedeutung völkerrechtlicher Abkommen für die Investitionsförderung.....	14
III. Der „Mehrwert“ eines MIA.....	19
IV. Kosten eines MIA für die Entwicklungsländer.....	23
C. Ist die WTO das richtige Forum?.....	31
D. Brennpunkt der Problematik: Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung.....	36
III. Teil Nichtdiskriminierung im WTO-Recht.....	42
A. Meistbegünstigung.....	43
I. Geschichte und Begriff.....	43
1. Kurzer Überblick in die Geschichte.....	43
2. Der Standard der Meistbegünstigung aufgrund des ILC-Entwurfs.....	45
a. Definition.....	45
b. Rechtlicher Inhalt: „no less favourable treatment“.....	48
c. Rechtliche Grundlage des MFN-Anspruchs: MFN-Klausel <i>per se</i>	49
d. Bedingte vs. unbedingte Meistbegünstigung.....	52
II. Eigenschaft und Funktion der Meistbegünstigung in der WTO.....	53
1. Klassifikation der Meistbegünstigung im WTO-Recht.....	54
2. Der unbedingte Charakter der WTO-Meistbegünstigung.....	55
a. Vorteile der unbedingten Meistbegünstigung.....	55
b. Meistbegünstigung und Reziprozität.....	57
aa. Stellung der Reziprozität im GATT.....	57
bb. Reziprozität im GATS und TRIPS.....	61
cc. Reziprozität in Verhandlungen: Nutzen und Probleme.....	64
dd. Reziprozität in der multilateralen Dimension: „diffuse reciprocity“.....	67
3. Special and Differential Treatment.....	70

a. Der Anspruch der Entwicklungsländer.....	70
b. Entwicklung und Spektrum des SDT.....	72
c. SDT und MFN: die Bewertung.....	81
III. Interpretationen der MFN-Normen in GATT/WTO-Streitbeilegungen.....	87
1. Art. I:1 GATT.....	87
a. Vorteile.....	89
b. „Like product“.....	91
c. „Unbedingt“.....	98
2. Art. II GATS.....	101
a. Anwendungsbereich.....	102
aa. „Any measure covered by this Agreement“.....	102
bb. Beziehungen zwischen GATS und GATT.....	105
b. Begünstigte.....	107
aa. Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer.....	107
bb. Ursprungsregeln.....	112
c. „Likeness“ und „no less favourable treatment“.....	114
3. Art. 4 TRIPS.....	116
IV. Zwischenergebnis.....	120
B. Inländerbehandlung.....	123
I. Inländerbehandlung aus der Sicht des allgemeinen Völkerrechts.....	123
II. Art. III GATT.....	125
1. Abs. 1: Anwendungsbereich und Zielsetzung.....	125
2. Abs. 2: Diskriminierung durch steuerrechtliche Maßnahmen.....	127
3. Abs. 4: Diskriminierung durch andere Maßnahmen.....	136
a. „Likeness“.....	138
b. „Treatment no less favourable“.....	141
III. Art. XVII GATS.....	144
a. „Likeness“.....	146
b. „Treatment no less favourable“.....	150
IV. Art. 3 TRIPS.....	152
V. Zusammenfassung.....	156
IV. Teil Nichtdiskriminierung in IIAs.....	159
A. Meistbegünstigung.....	159
I. Die Meistbegünstigung in den BITs.....	163

II. Einschlägige Schiedssprüche.....	171
1. Maffezini.....	171
2. Nach Maffezini.....	176
a. Tecmed.....	176
b. MTD.....	177
c. Siemens.....	179
d. Salini.....	182
e. Plama.....	185
f. Gas Natural.....	187
3. Zusammenfassung.....	188
III. NAFTA Chapter 11.....	188
IV. ECT.....	190
B. Inländerbehandlung.....	192
I. Die Inländerbehandlung in den BITs.....	194
II. Einschlägige Schiedssprüche.....	197
a. Lauder und CME.....	197
b. Occidental.....	200
III. NAFTA Chapter 11.....	202
IV. Einschlägige NAFTA-Schiedssprüche.....	204
a. Myers.....	204
b. Pope.....	206
c. Feldman.....	211
d. ADF.....	213
e. Loewen.....	215
f. GAMI.....	216
g. US – Trucking.....	217
f. Zusammenfassung.....	221
V. ECT und Nykomb.....	224
C. Nichtdiskriminierung im MAI-Entwurf.....	227
I. Überblick.....	227
II. Meistbegünstigung und Inländerbehandlung im MAI-Entwurf.....	228
V. Teil Positionen der WTO-Mitglieder.....	232
VI. Teil Schlussfolgerung.....	238

Abkürzungsverzeichnis

AJIL	American Journal of International Law
AKP	Länder im afrikanischen, karibischen und pazifischen Raum, die mit der EU durch das Lomé-Abkommen verbunden sind
Art.	Artikel
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
Aufl.	Auflage
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BISD	Basic Instruments and Selected Documents
BITs	Bilateral Investment Agreements
DDA	Doha Development Agenda
ders.	derselbe
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECT	Energy Charter Treaty
ed.	edition/editors
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	Encyclopedia of Public International Law, hrsg. von R. Bernhardt
EU	European Union
EWG (EEC)	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f. (ff.)	folgende Seite(n)
FDI	Foreign Direct Investment
Fn.	Fußnote
FTA	Free Trade Agreement
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade in Services
GSP	Generalized System of Preferences
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	The Harmonized Commodity Description and Coding System
ICJ	International Court of Justice
ICJ Rep.	ICJ, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes

IGH	Internationaler Gerichtshof
IAs	International Investment Agreements
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports, E. Lauterpacht (Hrsg.), (bis 1956 hrsg. von H. Lauterpacht)
IPRs	Intellectual Property Rights
JIEL	Journal of International Economic Law
JWT(L)	Journal of World Trade (Law, bis 1987)
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MFN	Most-Favoured-Nation
MIA	Multilaterales Investitionsabkommen
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
MNEs	Multinationale Unternehmen
MTAs	Multilaterales Handelsabkommen
MTNs	Multilateral Trade Negotiations
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NGOs	Non-governmental Organisations
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PTA	Plurilaterales Handelsabkommen
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
REIO	Regional Economic Integration Organization
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	Seite
SCM	Subsidies and Countervailing Measures
SDT	Special and Differential Treatment
SMEs	Kleine und mittelständische Unternehmen
SPS	Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures
TBT	Agreement on Technical Barriers to Trade
TPRM	Trade Policy Review Mechanism
TRIMs	Agreement on Trade-Related Investment Measures
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u. a.	unter anderem; und andere

UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USA	United States of America
Vgl.	Vergleiche
Vol.	Volume
WGTI	Working Group on the Relationship between Trade and Investment
WTO	Welthandelsorganisation
WTOA	Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
z. B.	zum Beispiel

Literaturverzeichnis

- Abbott, F. M./Cottier, T.*, Dispute Prevention and Dispute Settlement in the Field of Intellectual Property Rights and Electronic Commerce: US – Section 211 Omnibus Appropriations Act 1998 ('Havana Club'), in: Petersmann, E.-U./Pollack, M. A. (Hrsg.), *Transatlantic Economic Disputes: The EU, the US, and the WTO* (2003).
- Abu-Akeel, Aly K.*, The MFN as it Applies to Service Trade: New Problems for an Old Concept, in: *JWT* 33(4) (1999), S. 103-129. (*Abu-Akeel 1999a*)
- ders.*, Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications, in: *George Washington Journal of International Law and Economics* (1999), S. 189-210. (*Abu-Akeel 1999b*)
- Afilalo, Ari*, Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11, in: *Northwestern Journal of International Law and Business* (2005), S. 279-314.
- Alvarez, Jose E.*, Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: the Hazards of Exon-Florio, in: *Virginia Journal of International Law* (1989), S. 1-172.
- Arkell, Julian*, The General Agreement on Trade in Service (GATS), Liberalisation Concepts, Structures and Modalities, in: Bourgeois, Jacques H. J. u. a. (Hrsg.), *The Uruguay Round Results: A European Lawyer's Perspective* (1995), S. 373-393.
- Arup, Christopher*, *The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Through Services and Intellectual Property* (2000).
- Atik, Jeffery*, National Treatment in the NAFTA Trucking Case, in: *South Texas Law Review* (2001), S. 1249-1258.
- Bagwell, Kyle/Staiger, Robert W.*, *GATT-Think* (2000), unter:
<http://www.columbia.edu/cu/economics/discpapr.htm>.
- Bartels, Lorand*, The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program, in: *JIEL* (2003), S. 507-532.
- Berg, Gerald C.*, An Economic Interpretation of "Like-Product", in: *JWT* 30(2) (1996), S. 195-209.
- Bhagwati, J./Hirsch, M.* (Hrsg.), *The Uruguay Round and Beyond* (1998).
- Bhala, Raj/Kennedy, Kevin*, *World Trade Law* (1998).
- Benedek, Wolfgang*, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht* (1990).
- Boscariol, John W./Silva, Orlando E.*, *The Widening of the MFN Obligation and Its Impact*

- on Investor Protection, in: *International Trade Law & Regulation* (2005), S. 61-67.
- Brewer, T. L./Young, S.*, *The Multilateral Investment System and Multilateral Enterprises* (1998).
- Brittan, Leon*, *Building on the Singapore Ministerial: Trade, Investment and Competition*, in: Bhagwati, J./Hirsch, M. (Hrsg.), *The Uruguay Round and Beyond* (1998), S. 265-277.
- Böhmer, Alexander*, *The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – an Assessment of the Negotiation Process in the OECD*, in: *German Yearbook of International Law (Jahrbuch für Internationales Recht)* 41, 1998, S. 267-298.
- Buckley, Ross P.* (Hrsg.), *The WTO and the Doha Round: the Challenging Face of World Trade* (2003).
- Chanda, Rupa*, *Movement of Natural Persons and GATS*, in: *World Economy* (2001), 631-654.
- Chen, Huiping*, *Comments on the MAI's General Principles for the Treatment of Foreign Investors and Their Investments. A Chinese Scholar's Perspective*, in: Nieuwenhuys, E. C./Brus, M. M. T. A. (Hrsg.), *Multilateral Regulation of Investment* (2001), S. 67-88.
- Cho, Sungjoon*, *A Bridge Too Far: the Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade Constitution*, in: *JIEL* (2004), S. 219-244.
- Chua, Adrian T. L.*, *Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence*, in: *Berkeley Journal of International Law* (1998), S. 171-196.
- Correa, C./Kumar, N.*, *Protecting Foreign Investment: Implications of a WTO Regime and Policy Options* (2003).
- Cottier, Thomas/Mavroidis, Petros C.* (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law* (2000).
- Cottier, Thomas/Oesch, Matthias*, *International Trade Regulation* (2005).
- Cremades, Bernardo M.*, *Promoting and Protecting International Investments*, in: *International Arbitration Law Review* (2000), S. 53-58 (*Cremades 2000*).
- ders.*, *Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues*, in: *Dispute Resolution Journal* (May-July, 2004), S. 78-84 (*Cremades 2004*).
- Dattu, Riyaz*, *A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the elusive Multilateral Agreement on Investment*, in: *Fordham International Law Journal* (2000), S. 275-315.
- Davey, W. J.*, *WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT 1994*, in: Ortino,

- F./Petersmann, E.-U. (Hrsg.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003* (2004), S. 191-216.
- Davey, W. J./Pauwelyn Joost*, MFN Unconditionality: A Legal Analysis of the Concept in View of its Evolution in the GATT/WTO Jurisprudence with Particular Reference to the Issue of “Like Product”, in: Cottier, T./Mavroidis, P. C. (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law* (2000), S. 13-50.
- Davies, Arwel*, Mandatory and Discretionary Legislation in WTO Law: A Distinction Worth Preserving?, in: *LIEI* 31 (3) (2004), S. 185-218.
- Dolzer, Rudolf/Myers, Terry*, After *Tecmed*: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements, in: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 19 (1) (2004), S. 49-60.
- Dunning, John H.*, *Multinational Enterprises and the Global Economy* (1992).
- Dunoff, Jeffrey L.*, The Post-Doha Trade Agenda: Questions About Constituents, Competence, and Coherence, in: Buckley, Ross P. (Hrsg.), *The WTO and the Doha Round: the Challenging Face of World Trade* (2003), S. 59-87.
- Ehring, Lothar*, *De Facto* Discrimination in World Trade Law: National and Most-Favoured-Nation Treatment – or Equal Treatment?, in: *JWT* 36(5) (2002), S. 921-977.
- Elshihabi, Saarmir*, The Difficulty Behind Securing Sector-Specific Investment Establishment Rights: the Case of the Energy Charter Treaty, in: *International Lawyer* (2001), S. 137-158.
- Espiell, Hector G.*, The Most-Favoured-Nation Clause, Its Present Significance in GATT, in: *JWTL* (1971), S. 29-44.
- Europäische Kommission*, *Report on United States Barriers To Trade and Investment – 2002*.
- Fauchald, O. K.*, *Environmental Taxes and Trade Discrimination* (1998).
- Feketekuty, Giza*, Trade in Services – Bringing Services into the Multilateral Trading System, in: Bhagwati, J./Hirsch, M. (Hrsg.), *The Uruguay Round and Beyond* (1998), S. 79-99.
- FitzGerald, E. V. K.*, Developing Countries and Multilateral Investment Negotiations, in: Nieuwenhuys, E. C./Brus, M. M. T. A. (Hrsg.), *Multilateral Regulation of Investment* (2001), S. 35 – 66.
- Franck, Susan D.*, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, in: *Fordham Law Review* (2005), S. 1521-1625.
- Gantz, David A.*, *Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation*

- under NAFTA's Chapter 11, in: *George Washington International Law Review* (2001), S. 651-752.
- Garcia, Carlos G.*, All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration, in: *Florida Journal of International Law* (2004), S. 301-369.
- Garcia-Amador, F.-W.*, Calvo Doctrine, Calvo Clause, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *EPIL* Vol. 1, 1992, S. 521-523.
- GATT*, Guide to GATT Law and Practice, 6. Aufl. (1994) (*GATT-Guide*).
- Graham, Edward M.*, Regulatory Takings, Supranational Treatment, and the Multilateral Agreement on Investment: Issues Raised by Nongovernmental Organizations, in: *Cornell International Law Journal* (1998), S. 599-614.
- Guzman, Andrew T.*, Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, in: *Virginia Journal of International Law* (1998), S. 639-688.
- Hamilton, Calvin A./Rochwerger, Paula I.*, Trade and Investment: Foreign Direct Investment Through Bilateral and Multilateral Treaties, in: *New York International Law Review* (2005), S. 1-59.
- Hart, M./Dymond, B.*, Special and Differential Treatment and the Doha "Development" Round, in: *JWT* 37(2) (2003), S. 395-415.
- Herdegen, Matthias*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. (2003).
- Hertel, T. W./Hoekman, B. M./Martin, W.*, *Developing Countries and a New Round of WTO Negotiations* (2000).
- Hoekman, Bernard M.*, Rules of Origin for Goods and Services, in: *JWT* 27(4) (1993), S. 81-99.
- Hoekman, B. M./Kostecki, M. M.*, *The Political Economy of the World Trading System*, 2. Aufl. (2001).
- Hoekman, B. M./Saggi, K.*, *Multilateral Disciplines for Investment-Related Policies*, World Bank Working Paper 2138 (1999).
- Horlick, Gary N.*, Over the Bump in Doha?, in: *JIEL* (2002), S. 195-201.
- Horn, H./Mavroidis, P. C.*, Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause, in: *European Journal of Political Economy*, Vol. 17 (2001), S. 233-279.
- Howse, Robert*, India's WTO Challenge to Drug Enforcement Conditions in the European Community Generalized System of Preferences: A Little Known Case with Major Repercussions for "Political" Conditionality in US Trade Policy, in: *Chicago Journal*

- of International Law (2003), S. 385-405.
- Hu, Jiaxiang*, The Role of International Law in the Development of WTO Law, in: *JIEL* (2004), S. 143-167.
- Hudec, Robert E.*, Essays on The Nature of International Trade Law (1999) (*Hudec 1999*).
- ders.*, “Like Product”: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III, in: Cottier, T./Mavroidis, P. C. (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law* (2000), S. 101-123 (*Hudec 2000*).
- Inama, Stefano*, Trade Preferences and the World Trade Organization Negotiations on Market Access: Battling for Compensation of Erosion of GSP, ACP and Other Trade Preferences or Assessing and Improving Their Utilization and Value by Addressing Rules of Origin and Graduation?, in: *JWT* 37(5) (2003), S. 959-976.
- International Law Commission*, Most-Favoured-Nation Clause, in: *JWTL* (1978), S. 548-558 (*ILC-Bericht*).
- Ipsen, Knut*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. (2004).
- Jackson, John H.*, Economic Law, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *EPIL* Vol. 2, 1995, S. 20-31 (*Jackson 1995*).
- ders.*, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2. Aufl. (1999) (*Jackson 1999*).
- ders.*, *The Jurisprudence of GATT and the WTO* (2000) (*Jackson 2000*).
- Jackson, John H./Davey, William/Sykes, Alan O.*, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 4. Aufl. (2002).
- Jaenicke, Günther*, Meistbegünstigungsklausel, in: Schlochauer, H.-J. (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts: Sonderdrucke, Band II*, 2. Aufl. (1961), S. 497-503.
- Jennings, Robert/Watts, Arthur*, *Oppenheim’s International Law, Volume 1, Peace*, 9. Aufl. (1992).
- Kelly, Claire R.*, Realist Theory and Real Constraints, in: *Virginia Journal of International Law* (2004), S. 545-636.
- Kennedy, Daniel L./Southwick, James D.* (Hrsg.), *The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec* (2002).
- Kennedy, Kevin C.*, A WTO Agreement on Investment: A Solution in Search of a Problem? In: *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (2003), S. 77-188.
- Keohane, R. O.*, Reciprocity in international relations, in: *International Organization* 40(1)

- (1986), S. 1 – 27.
- Kewenig, Wilhelm*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Band 1: Der Begriff der Nichtdiskriminierung (1972).
- Krajewski, Markus*, Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, in: *JIEL* (2003), S. 341-367.
- Kramer, Stefan*, Die Meistbegünstigung, in: *RIW* (1989), S. 473-481.
- Krasner, Stephen D.*, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, in: ders. (Hrsg.), *International Regimes* (1983), S. 1-21.
- Kumuro, Norio*, International Harmonisation of Rules of Origin, in: *Ruttley, Philip* (Hrsg.), *The WTO and International Trade Regulation* (1998), S. 86-115.
- Kurtz, Jürgen*, A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment, in: *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (2002), S. 713-789 (*Kurtz 2002*).
- ders., The MFN Standard and Foreign Investment – An Uneasy Fit?, in: *Journal of World Investment & Trade* 5(6) (2004), S. 861-886 (*Kurtz 2004*).
- Langer, Stefan*, Grundlage einer internationalen Wirtschaftsverfassung (1995).
- Leroux, Eric H.*, Trade in Financial Services under the World Trade Organization, in: *JWT* 36(3) (2002), S. 413-442.
- Lloyd, P. J.*, The architecture of the WTO, in: *European Journal of Political Economy* 17 (2001), S. 327-353.
- Lowenfeld, Andreas F.*, *International Economic Law* (2002) (*Lowenfeld 2002*).
- ders., Investment Agreements and International Law, in: *Columbia Journal of Transnational Law* (2003), S. 123-130 (*Lowenfeld 2003*).
- Mathis, James H.*, Benign Discrimination and the General System of Preferences (GSP), in: *LIEI* 31(4) (2004), S. 289-304.
- Mattoo, Aaditya*, National Treatment in the GATS: Corner-Stone or Pandora's Box, in: *JWT* 31(1) (1997), S. 107-135 (*Mattoo 1997*).
- ders., MFN and the GATS, in: *Cottier, T./Mavroidis, P.* (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination* (2000), S. 51-99 (*Mattoo 2000*).
- Mattoo, A./Olarreaga, M.*, Should Credit be given for Autonomous Liberalization in Multilateral Trade Negotiations?, mimeo, The World Bank (2000). (*Matto/Olarreaga 2000a*).
- Mattoo, A./Olarreaga, M.*, Reciprocity across Modes of Supply in the World Trade

- Organization: A Negotiating Formula, Policy Research Working Paper 2373, The World Bank (2000). (*Matto/Olarreaga 2000b*).
- Matushita, Mitsuo*, Appellate Body Jurisprudence on the GATS and TRIPS Agreements, in: Ortino, F./Petersmann, E.-U. (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003 (2004), S. 455-474.
- Meng, Werner*, WTO-Recht als Steuerungsmechanismus der Neuen Welthandelsordnung, in: Klein, Martin u. a. (Hrsg.), Die Neue Welthandelsordnung der WTO (1998), S. 19-73.
- Michalopoulos, Constantine*, The Role of Special and Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the World Trade Organization, World Bank Policy Research Working Paper Nr. 2388 (2000).
- Minor, Michael S.*, The Demise of Expropriation as an Instrument of LDC Policy, in: Journal of International Business Studies 25(1) (1994), S. 177-188.
- Moran, Theodore H.*, Investment Issues, in: Schott, Jeffrey J. (Hrsg.), The WTO after Seattle (2000), 223-241 (*Moran 2000*).
- ders.*, FDI and Development: What is the Role of International Rules and Regulations, in: Transnational Corporation 12 (2) (2003), S. 1-44 (*Moran 2003*).
- Mosoti, Victor*, Non-Discrimination and its Dimensions in a Possible WTO Framework Agreement on Investment: Reflections on the Scope and Policy Space for the Development of Poor Economies, in: Journal of World Investment 4(6) (2003), 1013-1046.
- Müller, W./Khan, N./Neumann, H.-A.*, EC Anti-Dumping Law (1998).
- Muchlinski, Peter T.*, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement for Investment: Lessons for the Regulation of International Business, in: Fletcher, Ian u. a. (Hrsg.), Foundations and Perspectives of International Trade Law (2001), S. 114-134.
- Naiki, Yoshiko*, The Mandatory/Discretionary Doctrine In WTO Law: The US – Section 301 Case and Its Aftermath, in: JIEL (2004), S. 23-72.
- Nieuwenhuys, E. C./Brus, M. M. T. A.* (Hrsg.), Multilateral Regulation of Investment (2001).
- Nottage, Hunter*, Trade and Competition In the WTO: Pondering the Applicability of Special and Differential Treatment, in: JIEL (2003), S. 23-47.
- OECD*, The Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text, DAF/MAI(98)8/REV1, 22.04.1998, unter: <http://www1.oecd.org/daf/mai/key.htm> (*OECD 1998*).
- OECD*, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004) (*OECD 2004*)

- Oman, Charles*, Policy Competition for Foreign Direct Investment: A Study of Competition among Governments to Attract FDI, Development Center Studies, OECD (2000).
- Ortino, F./Petersmann, E.-U.* (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003 (2004).
- Ortino, Federico*, WTO Jurisprudence on *De Jure* and *De Facto* Discrimination, in: Ortino, F./Petersmann, E.-U. (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003 (2004), S. 217-262.
- Ostry, Sylvia*, The Uruguay Round North-South Grand Bargain: Implications for Future Negotiations, in: Kennedy D. L./Southwick, J. D. (Hrsg.), The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec (2002), S. 285-300.
- Petersmann, E.-U.*, The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organisation, in: EJIL (1995), S. 161-221.
- Petersmann, E.-U./Pollack, M. A.* (Hrsg.), Transatlantic Economic Disputes: The EU, the US, and the WTO (2003).
- Putnam, Robert D.*, Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games, in: International Organization 42(3) (1988), S. 427-460.
- Quick, Reinhard/Lau, Christian*, Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law, in: JIEL (2003), S. 419-458.
- Regan, Donald H.*, Regulatory Purpose and “Like Products” in Article III:4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2), in: JWT 36(3) (2002), S. 443-478.
- Reinisch, August*, Introductory Note to International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, 44 ILM (2005), S. 717-719.
- Rode, Reinhard*, Regimewandel vom GATT zur WTO, in: Klein, Martin u. a. (Hrsg.), Die Neue Welthandelsordnung der WTO (1998), S. 1-17.
- Roessler, Frieder*, The Legal Structure, Function & Limits of the World Trade Order: A Collection of Essays (2000).
- Ruggie, John G.*, Multilateralism: The Anatomy of an Institution, in: International Organization 46(3) (1992), S. 562-598.
- Ruttley, Philip* (Hrsg.), The WTO and International Trade Regulation (1998).
- Sacerdoti, Giorgio*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, in: Recueil des cours 269 (1997), S. 255-460.
- Salacuse, Jeswald W.*, The Energy Charter Treaty and Bilateral Investment Treaty Regimes, in: Wälde, Thomas W. (Hrsg.), The Energy Charter Treaty (1996), S. 321-348.

- Salacuse, J. W./Sullivan, N. P.*, Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, in: Harvard International Law Journal (2005), S. 67-129.
- Samuelson, Paul A.*, Volkswirtschaftslehre: Übersetzung der 15. Aufl./Paul A. Samuelson; William D. Nordhaus (1998).
- Sauvé, Pierre*, Assessing the General Agreement on Trade in Services: Half-Full or Half-Empty?, in: JWT 29(4) (1995), S. 125-145 (*Sauvé 1995*).
- ders.*, Qs and As on Trade, Investment and the WTO, in: JWT 31(4) (1997), S. 22-79 (*Sauvé 1997*).
- Schott, Jeffrey J.*, The Uruguay Round – An Assessment (1994). (*Schott 1994*)
- ders.* Comment on the Doha Ministerial, in: JIEL (2002), S. 191-195. (*Schott 2002*)
- Schott, Jeffrey J.* (Hrsg.), The WTO after Seattle (2000).
- Schrijver, N. J.*, A Multilateral Investment Agreement from a North-South Perspective, in: Nieuwenhuys, E. C./Brus, M. M. T. A. (Hrsg.), Multilateral Regulation of Investment (2001), S. 17 – 33.
- Senti, Richard*, GATT-WTO, Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde, 2. Aufl. (1999) (*Senti 1999*).
- ders.*, WTO: System und Funktionsweise der Welthandelsordnung (2000) (*Senti 2000*).
- Schwarzenberger, Georg*, International Law, Volume 1, 3. Aufl. (1957) (*Schwarzenberger 1957*).
- ders.*, The Principles and Standards of International Economic Law, in: RdC 117 (1966I), S. 5 – 98 (*Schwarzenberger 1966*).
- Self, Richard B.*, General Agreement on Trade in Service, in: Stewart, Terence P. (Hrsg.), The World Trade Organization: the Multilateral Trade Framework For the 21st Century and U.S. Implementing Legislation (1996), S. 523-554.
- Shell, Richard G.*, Trade Legalism and International Relation Theory: An Analysis of the World Trade Organization, in: Duke Law Journal (1995), S. 829-927.
- Sim, Kwan Kiat*, Rethinking the mandatory/discretionary legislation distinction in WTO jurisprudence, in: World Trade Review 2(1) (2003), S. 33-64.
- Simma, Bruno*, Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts (1970).
- Sornarajah, M.*, The International Law on Foreign Investment, 2. Aufl. (2004).
- Stewart, Terence P.* (Hrsg.), The World Trade Organization: the Multilateral Trade Framework For the 21st Century and U.S. Implementing Legislation (1996).

- Thomas, Jeffrey S./Meyer, Michael A.*, The New Rules of Global Trade: A Guide to the World Trade Organization (1997).
- Townsend, Elizabeth*, NAFTA, Mexican Trucks, and the Border: Making Sense of Years of International Arbitration, Domestic Debates, and the recent U. S. Supreme Court Decision, in: *Transportation Law Journal* (2004), S. 131-191.
- Trebilcock, M. J./Howse, R.*, The Regulation of International Trade, 2. Aufl. (1999).
- UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements (1999) (*UNCTAD 1999a*).
- UNCTAD, National Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements (1999) (*UNCTAD 1999b*).
- UNCTAD, World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives (2003) (*UNCTAD WIR2003*).
- UNCTAD, World Investment Report 2004: The Shift Towards Services (2004) (*UNCTAD WIR2004*)
- UNCTAD, Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary, Series on Issues in International Investment Agreements (2004) (*UNCTAD 2004*).
- UNCTAD, China: a emerging FDI outward investor, E-Brief, 04.12.2003.
- UNCTAD, International Investment Dispute on the Rise, Occasional Note, 29.11.2004, unter: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/webiteit20042_en.pdf (*UNCTAD Note*).
- Ustor, Endre*, International Law Commission: The Most-Favoured-Nation Clause, in: *JWTL* (1977), S. 462-468 (*Ustor 1977*).
- ders.*, Most-Favoured-Nation Clause, in: *Bernhardt, R. (Hrsg.), EPIL Vol. 3, 1997, S. 468-473.*
- Vandavelde, Kenneth J.*, Investment Liberalization and Economic Development: the Role of Bilateral Investment Treaties, in: *Columbia Journal of Transnational Law* (1998), S. 501-527.
- Verhoosel, Gaetan*, National Treatment and WTO Dispute Settlement: Adjusting the Boundaries of Regulatory Autonomy (2002) (*Verhoosel 2002*).
- ders.*, The Use of Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Treaties to Seek Relief for Breaches of WTO Law, in: *JIEL* (2003), S. 493-506 (*Verhoosel 2003*).
- Vinuesa, Raúl Emilio*, Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID: The Latin American Experience, in: *Law and Business Review of Americas* (2002), S. 501-534.
- Wälde, Thomas W. (Hrsg.)*, The Energy Charter Treaty (1996).

- ders.*, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, in: *ders.* (Hrsg.), *The Energy Charter Treaty (1996)*, S. 251-320 (*Wälde 1996*).
- ders.*, Introductory Note to Svea Court of Appeals: Czech Republic v. CME Czech Republic B. V., in: 42 ILM (2003), S. 915-918 (*Wälde 2003*).
- Weiler, Todd*, A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*, in: *Hastings International and Comparative Law Review* (2001), S. 173-187 (*Weiler 2001*).
- ders.* (Hrsg.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects (2004)*.
- ders.*, The Significance of NAFTA Chapter 11 for the Development of International Economic Law, in: *ders.* (Hrsg.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects (2004)*, S. 3-24 (*Weiler 2004a*).
- ders.*, Prohibitions Against Discrimination in NAFTA Chapter 11, in: *ders.* (Hrsg.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practices, Future Prospects (2004)*, S. 27-48 (*Weiler 2004b*).
- Wang, Yi*, Most-Favoured-Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Services – And Its Application in Financial Services, in: *JWT* 30(1) (1996), S. 91-124.
- Watson, P. S./Flynn, J. E./Conwell, C. C.*, *Completing the World Trading System: Proposals for a Millennium Round (1999)*.
- Wetterfors, Jonas*, The First Investor-State Arbitration Award under the 1994 Energy Charter Treaty: Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Sweden (“Nymkomb”) vs. The Republic of Latvia: A Case Comment, unter: http://www.hellstrom-partners.se/english/page/file/get_file.asp?id=582.
- Westreicher, Eduard*, *Der Grundsatz der Gegenseitigkeit in den Handelsbeziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern (1984)*.
- Whalley, John* (Hrsg.), *The Uruguay Round and Beyond: The Final Report from the Ford Foundation Supported Project on Developing Countries and the Global Trading System (1992)*.
- Wilkinson, Rorden*, *Multilateralism and the World Trade Organisation: The architecture and extension of international trade regulation (2000)*.
- WTO*, Special Topic: Trade and Foreign Direct Investment, Annual Report 1996 Vol. 1 (1996) (*WTO Annual Report 1996*).
- WTO*, *Guide to the Uruguay Round Agreements (1999) (WTO-Guide)*.

- WTO, Trade Policy Review: European Communities, Report by the Secretariat, 23.06.2004, WT/TPR/S/136 (WTO TPR:EC).
- Yu, Peter K., Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime, in: Loyola of Los Angeles Law Review (2004), S. 323-443.
- Yusuf, A. A., "Differential and More Favourable Treatment": The GATT Enabling Clause, in: JWTL (1980), S. 489-507.
- Zdouc, Werner, WTO Dispute Settlement Practice Relating To the GATS, in: JIEL (1999), S. 295-346 (Zdouc 1999).
- ders., WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services, in: Ortino, F./Petersmann, E.-U. (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995-2003 (2004), S. 381-420 (Zdouc 2004).
- Zedalis, Rex J., A Theory of the GATT "Like Product" Common Language Cases, in: Vanderbilt Journal of Transnational Law (1994), S. 33-134.
- Zhou, Jian, National Treatment in Foreign Investment Law: A Comparative Study From A Chinese Perspective, in: Touro International Law Review (2000), S. 39-153.
- Zinser, Robert, Das GATT und die Meistbegünstigung (1962).

Fallverzeichnis

GATT/WTO-Fälle

- Argentina – Hides and Leather Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, vom 19.12.2000
- Belgian – Family Allowances GATT Panel Report, *Belgian – Family Allowances*, G/32, vom 07.11.1952, BISD 1S/59
- Canada – Autos Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, vom 11.02.2000
Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, vom 19.06.2000
- Canada – Periodicals Panel Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/R, vom 14.03.1997
Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, vom 30.06.1997
- Chile – Alcohol Beverages Appellate Body Report, *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, vom 13.12.1999
- Dominican Republic - Cigarettes Panel Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, vom 26.11.2004
Appellate Body Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, vom 25.04.2005
- EC - Asbestos Panel Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R, vom 18.09.2000
Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 12.03.2001
- EC – Bananas III Panel Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, vom 22.05.1997
Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the*

	<i>Importation, Sale and Distribution of Bananas</i> , WT/DS27/AB/R, vom 25.09.1997
EC – Drug Arrangement	Panel Report, <i>European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries</i> , WT/DS246/R, vom 01.12.2003 Appellate Body Report, <i>European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries</i> , WT/DS246/AB/R, vom 07.04.2004
EC – LAN Equipment	Appellate Body Report, <i>European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment</i> , WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, vom 05.06.1998
EC – Poultry	Panel Report, <i>European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products</i> , WT/DS69/R, vom 12.03.1998 Appellate Body Report, <i>European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products</i> , WT/DS69/AB/R, vom 13.07.1998
EC – Trademarks	Panel Report, <i>European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs</i> , WT/DS174/R, WT/DS290/R, vom 15.03.2005
EEC – Parts and Components	GATT Panel Report, <i>European Economic Community – Regulations on Imports of Parts and Components</i> , L/6657, vom 16.05.1990, BIDS 37S/132
EEC – Beef	GATT Panel Report, <i>European Economic Community – Imports of Beef from Canada</i> , L/5099, vom 10.03.1981, BIDS 28S/92
EEC - MIPS	GATT Panel Report, <i>European Economic Community – Programme of Minimum Import Prices (MIPS), Licences, and Surety Deposits for Certain Processed Fruits and Vegetables</i> , L/4687, vom 18.10.1978, BIDS 25S/68
German – Sardines	GATT Panel Report, <i>German – Tariff Treatment of Sardines</i> , vom 31.10.1952, BIDS 1S/53
Indonesia - Autos	Panel Report, <i>Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, vom 02.07.1998

Italy – Agricultural Machinery	GATT Panel Report, <i>Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery</i> , L/833, vom 23.10.1958, BISD 7S/64
Japan – Alcoholic Beverages	Panel Report, <i>Japan – Tax on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, vom 11.07.1996 Appellate Body Report, <i>Japan – Tax on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, vom 04.10.1996
Japan – Film	Panel Report, <i>Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper</i> , WT/DS44/R, vom 31.03.1998
Japan – Semi-Conductors	GATT Panel Report, <i>Japan – Trade in Semi-Conductors</i> , L/6309, vom 04.05.1988, BISD 35S/116
Japan – Lumber	GATT Panel Report, <i>Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber</i> , L/6470, vom 19.07.1989, BISD 36S/167
Korea – Alcoholic Beverages	Panel Report, <i>Korea – Taxes on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17.09.1998 Appellate Body Report, <i>Korea – Taxes on Alcoholic Beverages</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, vom 18.01.1999
Korea – Beef	Panel Report, <i>Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef</i> , WT/DS161/R, WT/DS169/R, vom 31.07.2000 Appellate Body Report, <i>Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, vom 11.12.2000
Spain – Unroasted Coffee	GATT Panel Report, <i>Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee</i> , L/5135, vom 11.06.1981, BISD 28S/102
Thailand - Cigarettes	GATT Panel Report, <i>Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes</i> , DS10/R, vom 07.11.1990, BISD 37S/200
Turkey - Textiles	Panel Report, <i>Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products</i> , WT/DS34/R, vom 31.05.1999
US – 1916 Act	Panel Report, <i>United States – Anti-Dumping Act of 1916</i> , WT/DS136/R, vom 31.03.2000 Panel Report, <i>United States – Anti-Dumping Act of 1916</i> , WT/DS162/R, vom 29.05.2000 Appellate Body Report, <i>United States – Anti-Dumping Act of 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, vom 28.08.2000

US – Customs User Fee	GATT Panel Report, <i>United States – Customs User Fee</i> , L/6264, vom 02.02.1988, BISD 35S/245
US – Malt Beverages	GATT Panel Report, <i>United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages</i> , DS23/R, vom 09.06.1992, BISD 39S/206
US – MFN Footwear	GATT Panel Report, <i>United States – Denial of Most-Favoured-Nation Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil</i> , DS18/R, vom 19.06.1992, BISD 39S/128
US – Section 211	Panel Report, <i>United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998</i> , WT/DS176/R, vom 06.08.2001 Appellate Body Report, <i>United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998</i> , WT/DS176/AB/R, vom 02.01.2002
US – Section 301	Panel Report, <i>United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974</i> , WT/DS152/R, vom 22.12.1999
US – Section 337	GATT Panel Report, <i>United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930</i> , L/6439, vom 07.11.1989, BISD 36S/345
US – Sunset Review (Japan)	Panel Report, <i>United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products From Japan</i> , WT/DS244/R, vom 14.08.2003 Appellate Body Report, <i>United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products From Japan</i> , WT/DS244/AB/R, vom 15.12.2003
US – Superfund	GATT Panel Report, <i>United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i> , L/6175, vom 17.06.1987, BISD 34S/136
US - Tobacco	GATT Panel Report, <i>United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco</i> , DS44/R, vom 04.10.1994, BISD 41S/131

Schiedssprüche in Bezug auf IIAs

AAPL	Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 30 ILM (1991), S. 577-655.
ADF	ADF Group Inc. v. United States of America, NAFTA/ICSID(AF) Tribunal, Case No. ARB(AF)/00/1, Award, vom 09.01.2003, unter:

- <http://www.worldbank.org/icsid>.
- CME CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL Arbitration Proceedings, issued in Stockholm, Sweden, vom 13.09.2001, unter: <http://ita.law.uvic.ca>.
- Feldman Marvin Feldman v. Mexico, NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, Dissenting Opinion, vom 16.12.2002, 42 ILM (2003), S. 625-681.
- GAMI GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Final Award, vom 15.11.2004, 44 ILM (2005), S. 545-568.
- Lauder Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, in the Matter of an UNCITRAL Arbitration, vom 03.09.2001, unter: <http://ita.law.uvic.ca>.
- Loewen The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, vom 26.06.2003, 42 ILM (2003), S. 811-851.
- Maffezini Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, vom 25.01.2001, 40 ILM (2001), S. 1129-1145.
- Myers S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Partial Award, vom 13.11.2000, 40 ILM (2001), S. 1408-1439.
- MTD MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, vom 25.05.2004, 44 ILM (2005), S. 91-129.
- Nykomb Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Arbitral Award, rendered in Stockholm, Sweden, vom 16.12.2003, unter: <http://ita.law.uvic.ca>.
- Occidental Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, Final Award, in the Matter of an UNCITRAL Arbitration, London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467, vom 01.07.2004, unter: <http://ita.law.uvic.ca>.
- Plama Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, vom 08.02.2005, 44 ILM

- (2005), S. 721-758.
- Pope Pope & Talbot Inc v. Government of Canada, NAFTA/UNCITRAL Tribunal, Interim Award, vom 26.06.2000, Award on the Merits of Phase 2, vom 10.04.2001, unter: <http://ita.law.uvic.ca>.
- Salini Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, vom 29.11.2004, 44 ILM (2005), S. 573-600.
- Siemens Siemens A. G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, vom 03.08.2004, 44 ILM (2005), S. 138-168.
- Tecmed Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, vom 29.05.2003, 43 ILM (2004), S. 133-159.
- US - Trucking United States – In the Matter of Cross-Border Trucking Services, NAFTA Panel Report, No. USA-MEX-98-2008-01, vom 06.02.2001, unter: <http://www.nafta-sec-alena.org>.

I. Teil

Fragestellung und Methode

Fragestellung

Ausländische Investitionen spielen eine immer wichtigere Rolle in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen. Die Investitionen sind zwar seit langem Gegenstand eines Netzwerks von bilateralen¹, regionalen² und sektoralen³ völkerrechtlichen Verträgen, aber die Versuche scheiterten bislang, ein komplexes multilaterales Investitionsabkommen materieller Normen zu schaffen.⁴ Der erste Versuch war in 1948 die Havana Charta zur Errichtung der International Trade Organisation, die u. a. die Investition reguliert und nicht in Kraft treten konnte. Die OECD hatte von 1995 bis 1998 erfolglos versucht, das Multilateral Agreement on Investment (MAI) auszuhandeln. Nach dem Misserfolg des MAI wurde das Forum eines derartigen Versuchs auf die WTO verlegt. Am 13.12.1996 hatte die erste Ministerkonferenz der WTO in Singapur entschieden, eine Working Group (WGTI) zu errichten, um die Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investition zu untersuchen. Gleichzeitig wurde erklärt, dass die Errichtung der Arbeitsgruppe kein Vorurteil zur Frage darstellen soll, ob ein Investitionsabkommen in der Zukunft zu verhandeln ist.⁵ Einen weiteren, allerdings kleinen Fortschritt hatte die vierte WTO-Ministerkonferenz in Doha in 2001 gemacht, indem vereinbart wurde, dass die Verhandlungen eines multilateralen Investitionsabkommens in der Doha-Runde nach der fünften Ministerkonferenz stattfinden sollen, allerdings unter der Voraussetzung, dass diese Ministerkonferenz beim ausdrücklichen Konsens eine Entscheidung über die Verhandlungsmodalität trifft.⁶ Auf der fünften Ministerkonferenz, die

¹ Bis Ende 2003 sind 2.265 bilaterale Investitionsabkommen (BITs) abgeschlossen worden. 175 Staaten haben mindestens ein BIT abgeschlossen. Siehe *UNCTAD WIR2004*, S. 6, 221.

² Ein Beispiel ist das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA, ILM 32 (1993), S. 289ff., 605ff.), dessen Vertragsstaaten die USA, Kanada und Mexiko sind. Kapitel 11 NAFTA betrifft den Investitionsschutz.

³ Z. B. der Europäische Energie-Charta-Vertrag von 1994 (ILM 33 (1995), S. 360ff.).

⁴ Es gibt zur Zeit zwei verfahrensrechtliche multilaterale Übereinkommen – „Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States“ zur Errichtung des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) (ILM 4 (1965), S. 532ff.) und „Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency“ zur Gründung der Multilateralen Investitionsagentur (MIGA) (ILM 24 (1985), S. 1598ff.), durch die Investitionen gegen nichtkommerzielle Risiken versichert werden.

⁵ Singapore Ministerial Declaration, WT/MIN(96)/DEC, 13 Dezember 1996, para. 20 (alle Dokumente von der WTO und GATT unter www.wto.org). Investition wird daher mit Wettbewerb, Handelserleichterung und Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens zusammen als Singapur-Themen bezeichnet.

⁶ Doha Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/W/1, 14 November 2001, para. 20. Paragraph 20 sieht Folgendes vor: „... negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations.“ Der vage Ausdruck dieses Paragraphen wurde unterschiedlich interpretiert. Manche Kommentatoren behaupteten, dass die Verhandlungen bereits vereinbart wurden; was den Konsens braucht, ist nur die Modalitäten der Verhandlungen. Zur solchen Ansicht, siehe *Horlick*, S. 201, *Schott 2002*, S. 192. Allerdings ist es auch klar, dass ohne

im September 2003 in Cancún, Mexiko, stattfand, konnte keine Übereinstimmung wegen der großen Diskrepanz in Bezug auf verschiedene Fragen, u. a. die Verhandlungen des Investitionsabkommens erreicht werden.⁷ Nach der Cancún-Konferenz erklärte die EU als die wichtigste Befürworterin des Abkommens, dass sie eine flexible Position zu diesem Thema einnehmen wird.⁸ Im Juli 2004 hatten die WTO-Mitglieder ein Arbeitsprogramm der Doha-Runde – das sogenannte „July Package“ – vereinbart, in dem erklärt wurde, dass die Verhandlungen eines Investitionsabkommens nicht mehr in der Doha-Runde ausgeführt werden.⁹ Somit wurden die Verhandlungen eingestellt.

Eine Untersuchung der bis jetzt eher durch Misserfolge geprägten Geschichte zeigt, dass die Staatengemeinschaft noch keinen Konsens zur multilateralen Regulierung der internationalen Investitionen erzielt hat. Die Debatte fand sowohl in der WTO-Arbeitsgruppe unter den Mitgliedstaaten statt, die von den Berichten dieser Arbeitsgruppe notiert wird, als auch unter den Kommentatoren in den Veröffentlichungen, die grundsätzlich zwei Fragen betrifft:

1. Ist ein multilaterales Investitionsabkommen wünschenswert?
2. Ist die WTO das richtige Regime für ein MIA?

Aufgrund der Analyse im Teil II der vorliegenden Arbeit wird sich feststellen lassen, dass zum einen die zwei Fragen positiv zu beantworten sind, und zum anderen verschiedene Staaten unterschiedliche Interessen im Zusammenhang mit einem MIA haben. Mithin soll der Brennpunkt der Problematik einen Kompromiss zu erzielen, wobei die Interessen verschiedener Beteiligten berücksichtigt werden könnte. Ein derartiger Kompromiss bezieht

Vereinbarung der Verhandlungsmodalitäten auch kein Erfolg der Verhandlungen zu erreichen ist. Auf der letzten Plenarsitzung der Ministerkonferenz in Doha erklärte zudem der Vorsitzende der Konferenz, Finance, Economy and Trade Minister vom Katar, Youssef Hussain Kamal, was „explicit consensus“ im Paragraph 20 bedeutet: „... my understanding is that, ... a decision would indeed need to be taken by explicit consensus, before negotiations on trade and investment ... could proceed.“ Siehe

http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/min01_chair_speaking_e.htm#clarification.

⁷ Nach der Ministerkonferenz in Cancún war die EU-Kommission zum Schluss gekommen, dass eine Mischung aus verschiedenen Gründen zum Scheitern der Konferenz geführt hat. Außer verfahrenstechnischen Gründen sollten folgende Faktoren den Misserfolg in Cancún verursacht haben: Entwicklungen wie die Entstehung neuer Gruppierungen; das Widerstreben einer Reihe von Mitgliedern, entweder den Handel weiter zu liberalisieren oder das Regelwerk der WTO zu erweitern, was u. a. das Investitionsabkommen betrifft; inhaltliche Differenzen, die zu groß waren, um in der verfügbaren Zeit überbrückt zu werden; die Bedeutung Chinas und seines großen Exportpotenzials; Probleme im Funktionieren des WTO-Systems. Siehe Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss: Neubelebung der DDA-Verhandlung aus der Sicht der EU, Brüssel, vom 26.11.2003, S. 3. Vgl. dazu *Cho*, S. 234f. *Lowenfeld* meint, Singapur-Themen seien die „nominal, if not the underlying“ Ursache des Misserfolgs, siehe *Lowenfeld 2003*, S. 124.

⁸ *Ibid.*, S. 12f. Einerseits rückte die EU nicht aus ihrer Grundposition ab, dass ein besonderes Regelwerk für Investitionen aus der grundsätzlichen und langfristigen Hinsicht zu schaffen ist, und dass die WTO als Forum für die Festlegung multilateraler Regeln geeignet ist. Andererseits akzeptierte sie, dass möglicherweise nicht alle WTO-Mitglieder zurzeit oder wohl in naher Zukunft zu einem neuen Investitionsabkommen bereit sind, und erklärte, dass die Verhandlungen auch außerhalb des unteilbaren Gesamtpakets ausgeführt werden können.

⁹ Doha Work Programme: Decision Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579, vom 02.08.2004.

sich auf die materiellen Normen eines künftigen MIA bzw. die Standards der Verpflichtungen, die diese Normen enthalten.

Sowohl in den existenten bilateralen, regionalen und sektoralen Investitionsschutzabkommen als auch im WTO-Recht stellt die Nichtdiskriminierung die zentrale Verpflichtung dar, die durch zwei zentrale Normen – die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung – funktioniert. Wie das Nichtdiskriminierungsprinzip angewendet werden soll, gehörte auch zu den zentralen Themen in der Debatte in der WGTI.

Mithin ist es ausschlaggebend für den möglichen Erfolg eines MIA im Rahmen der WTO, wie die Verpflichtungen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung in einem solchen Abkommen konstruiert und interpretiert werden. Diese Frage zu beantworten, ist das Ziel dieser Arbeit, bei der die Erforschung der beiden Normen im Mittelpunkt steht. Die Grundlagen der Forschung sind die einschlägige Rechtsprechung in Bezug auf die Verträge in der WTO und andere Investitionsabkommen sowie die Stellungnahmen der WTO-Mitglieder in der WGTI.

Methode

Die rechtswissenschaftliche Arbeit beschränkt sich nicht allein auf die rechtsdogmatische Fragestellung, die nur die Feststellung der Rechtsnormen und die Beurteilung von Verhalten am Maßstab dieser Normen betrifft. Dies ist auf die Funktion der Rechtsprechung zentriert. Die Rechtswissenschaft sollte auch die Rechtsetzung und die gestaltende Rechtsanwendung präventiv beraten können.¹⁰ Die Zielsetzung dieser Arbeit ist vor allem eine präventive Beratung. Allerdings können die rechtsdogmatische Arbeit und die präventive Beratung nicht voneinander streng separiert werden, weil die erstere immer eine Basis für die letztere schaffen kann.

Zugleich muss es bei der präventiven Beratung zu einem MIA in Betracht gezogen werden, dass dies ein völkerrechtlicher Vertrag für internationale Wirtschaftsbeziehungen ist. Die Effektivität des Völkerrechts ist das Resultat einer Zusammenwirkung verschiedener Faktoren. Als Koordinationsrecht hat es folgende Eigenschaften im Vergleich zum innerstaatlichen Recht. Erstens hat es keine übergeordnete Instanz der Rechtssetzung. Die Rechtssetzung kommt auf der Basis des Konsenses der Staaten zustande, die sich grundsätzlich nach eigenen Interessen richten. Die Eigeninteressen in der Wirtschaft sind aber keine rein subjektive Sache, sondern können nur in Übereinstimmung mit den objektiven wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten und mit Rücksicht auf die reale Machtposition

¹⁰ Siehe *Meng*, S. 34.

verwirklicht werden. Zweitens hat das Völkerrecht auch keine übergeordnete Instanz der Durchsetzung. Es kann letztlich nur durch Selbstdurchsetzung der Staaten durchgesetzt werden, wozu ein effektiver Streitschlichtungsmechanismus jedoch viel beitragen kann. Bei der Selbstdurchsetzung kommt es wiederum auf die Stärke der Position eines Staates an, um beurteilen zu können, welche Erfolgsaussicht dieser Durchsetzung beschieden ist. Drittens sind die völkerrechtlichen Normen nicht immer eindeutig und klar. Deswegen sind die internationale Streitschlichtung und Normen-Bestimmtheit sehr wichtig für die Effektivität des Völkerrechts. Sie hängt allerdings nicht alternativ von den beiden ab, sondern kann „nur eine Kombination beider Aspekte ... die Waageschale des Rechts gegenüber derjenigen der Macht schwerer wiegen lassen“. ¹¹ Dies gilt insbesondere im Falle des internationalen Wirtschaftsrechts, weil zugleich „die ökonomische Rationalität, mithin das Eigeninteresse der Akteure, Staaten und Private, ... eine bedeutende Determinante der Funktion des Rechts“ ist. ¹²

Mithin muss die vorliegende Arbeit die Gewichte auf beiden Waageschalen untersuchen: auf der einen die Bestimmtheit der Normen in geltenden völkerrechtlichen Verträgen, u. a. in den WTO-Abkommen, und die Interpretation dieser Normen in der einschlägigen Streitbeilegungspraxis, und auf der anderen die Eigeninteressen der Akteure und mithin die Funktion der Investitionsregulierung als Ausgangspunkt der Erwägung der Eigeninteressen. Das Wiegen der Gewichte auf der ersten Waageschale ist eine rechtsdogmatische Arbeit, die eine normative Basis der Erforschung schafft. Das Wiegen der anderen Gewichte gibt der Erforschung dann eine deskriptive Grundlage. Nach Erwägung des Zusammenwirkens beider Gruppen von Gewichten werden die Konstruktion und die Interpretation der beiden Nichtdiskriminierungsnormen in einem MIA vorgeschlagen, was zum Erfolg der künftigen Verhandlungen des Abkommens beitragen soll.

Gang der Untersuchung

In dem folgenden II. Teil werden die oben gestellten zwei Fragen in Bezug auf den Wert eines MIA im Rahmen der WTO beantwortet. Dadurch wird festgelegt, dass die Konstruktion und die Interpretation der Nichtdiskriminierungsnormen entscheidende Bedeutung für den Erfolg eines MIA haben werden.

In Teilen III und IV wird die normative Grundlage für die Konstruktion und Interpretation der Nichtdiskriminierungsklauseln in einem künftigen MIA geschaffen. Das Augenmerk wird im Teil III auf die Vertragstexte von Meistbegünstigung und Inländerbehandlung in den drei

¹¹ Ibid, S. 28f.

¹² Ibid, S. 35.

WTO-Abkommen – GATT, GATS und TRIPS – sowie die Interpretation dieser Klauseln in den Streitbelegungen gerichtet. Ziele der Untersuchung sind:

- die Erläuterung der Funktion der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung in einem multilateralen Vertrag;
- die Darlegung der normativen Formulierung und Interpretation dieser Normen;
- die Feststellung der Probleme bei der Anwendung dieser Normen;
- die Enthüllung und Bewertung, wie die Streitbelegungsorgane der WTO diese Probleme zu lösen versuchen.

Im IV. Teil werden die Nichtdiskriminierungsnormen in den völkerrechtlichen Instrumenten in Bezug auf die ausländischen Investitionen in anderen Foren untersucht, um die Anwendung der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung im Zusammenhang mit dem Schutz und der Regulierung der Investitionen in Erfahrung zu bringen. Dieser Teil besteht aus drei Unterteilen: in Unterteil A und B werden die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung in den existenten internationalen Investitionsabkommen außerhalb der WTO – BITs, NAFTA und ECT – untersucht werden;¹³ Unterteil C wird dem gescheiterten MAI gewidmet.

Die Positionen der WTO-Mitglieder in Bezug auf die Nichtdiskriminierung in einem künftigen Investitionsabkommen steht im Mittelpunkt der Überprüfung im Teil V.

Im Teil VI werden Schlussfolgerungen gezogen, wie die Nichtdiskriminierungsklauseln in einem multilateralen Investitionsabkommen in der WTO konstruiert und interpretiert werden sollen.

¹³ Obwohl die existenten Verträge im Rahmen der WTO in erster Linie Handelsabkommen sind, könnten manche von ihnen auch als Investitionsabkommen im weiteren Sinne betrachtet werden, angesichts der Tatsache, dass sie Teilbereiche der Investitionen erfassen; dies ist besonders der Fall beim GATS und TRIMS-Abkommen. Beispielweise werden sie in World Investment Report von UNCTAD als internationale Investitionsabkommen genannt, siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 91ff. In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff „internationale Investitionsabkommen“ jedoch im engen Sinne angewendet, nämlich die Abkommen, in denen die Investitionen ausdrücklich als Gegenstand des Vertrages vorgesehen werden.

II. Teil

Wert eines MIA im Rahmen der WTO

A. Verschiedene Positionen

In der Doha Ministerial Declaration wurde anerkannt, dass ein MIA „transparent, stable and predictable conditions for long-term cross-border investment“ garantieren kann und zur Ausdehnung des Handels beitragen wird.¹⁴ Dies kann als eine Zusammenfassung der Befürwortungen eines MIA von Regierungen und Kommentatoren betrachtet werden. Genau genommen sind die folgenden Argumente für ein MIA geltend gemacht worden:

i) Die ausländischen Investitionen trügen zur wirtschaftlichen Entwicklung im Gaststaat bei. Einige WTO-Mitglieder berichteten von ihren positiven Erfahrungen mit den Investitionen.¹⁵ Beispielsweise fasste Korea die Vorteile in vier Aspekten zusammen: Schaffung von Arbeitsplätzen, technologischer Fortschritt, wirtschaftliches Wachstum und Förderung des Wettbewerbs.¹⁶

ii) Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die den Investoren Transparenz, Stabilität und Vorhersehbarkeit gewähren können, hätten eine große Bedeutung für die Anreizung von Investitionen.

Gemäß einer Umfrage stehen der Mangel an Transparenz und die Instabilität der Investitionsregeln auf Platz 1 und 2 in der Liste der Probleme, mit denen japanische Unternehmen im Gaststaat konfrontiert sind.¹⁷ Für einen Gaststaat stelle die Schaffung angemessener Rahmenbedingungen den ersten Schritt der Bemühungen dar, Investitionen anzureizen.¹⁸ Zudem könnten auch die inländischen Unternehmen von der transparenten und stabilen Rechtsordnung profitieren.¹⁹

¹⁴ Doha Ministerial Declaration, para. 20.

¹⁵ Communication from Columbia, WT/WGTI/W/15, vom 05.12.1997, Communication from Cuba, WT/WGTI/W/17, vom 07.01.1998, Communication from Hong Kong, China, WI/WGTI/W/10, vom 24.10.1997, Communication from the Republic of Hungary, WT/WGTI/W/83, vom 07.06.2000, Communication from Korea, WT/WGTI/W/16, vom 11.12.1997, Communication from Poland, WT/WGTI/W/13, vom 03.12.1997.

¹⁶ Communication from Korea, WT/WGTI/W/16, vom 11.12.1997.

¹⁷ Communication from Japan, WT/WGTI/W/158, vom 11.04.2003, para. 7.

¹⁸ Communication from the European Community and its member states, WT/WGTI/W/122, vom 26.06.2002, para. 5, Communication from Hungary, WT/WGTI/W/83, vom 07.06.2000, para. 6.

¹⁹ Communication from Japan, WT/WGTI/W/75, vom 06.04.1999. *FitzGerald* weist auf die Bedeutung eines MIA gerade auch für inländische Investoren hin, siehe *FitzGerald*, S. 38f.

iii) Das bereits existierende Netz von bilateralen, regionalen und sektoralen Abkommen reiche nicht aus, um den Bedürfnissen der Investoren nach Transparenz, Stabilität und Vorhersehbarkeit entgegenzukommen.

Die Vielzahl der BITs mit unterschiedlichen Standards führe zu Undurchschaubarkeit, manchmal sogar Widersprüchlichkeit zwischen den Verträgen, was sowohl die Regierungen als auch die global tätigen Unternehmen belaste.²⁰ Wenn ein Gaststaat mehrere BITs abgeschlossen habe, müsse ein Investor – u. a. aufgrund der Meistbegünstigungsklausel – alle diese Abkommen untersuchen, um die geltende Rechtslage festzustellen.²¹ Es wird daher betont, dass ein MIA insbesondere die Transparenz fördern kann.²²

Der Schutz durch diese Abkommen sei oft nicht umfassend, und es mangle an ihrer Durchsetzbarkeit.²³

iv) Die Wandlungen der aktuellen Investitionsaktivitäten seien in Betracht zu ziehen.

Erstens investierten heute nicht nur multinationale Unternehmen (MNEs) im Ausland, sondern auch kleine und mittelständische Unternehmen (SMEs). Die letzteren hätten keine solchen Kapazitäten wie die MNEs, die Investitionsumwelt im Gaststaat zu untersuchen. Daher sei die bessere Vorhersehbarkeit umso wichtiger für die SMEs.²⁴

Zweitens investierten immer mehr Unternehmen aus Entwicklungsländern im Ausland.²⁵ Daher würden auch die Entwicklungsländer langfristig die Vorteile eines MIA genießen können, selbst wenn sie zurzeit noch in ihrer Eigenschaft als Gaststaaten das Gefühl haben könnten, dass sie durch ein MIA zu viele Verpflichtungen auferlegt bekommen. Für die Entwicklungsländer werde ein MIA dann nicht nur positive Effekte im Hinblick auf die Ausdehnung der bei ihnen getätigten Auslandsinvestitionen, sondern auch bezüglich ihrer eigenen zukünftigen Investitionen im Ausland haben.²⁶

²⁰ Communication from Canada, WT/WGTI/W/36, vom 08.04.1998, Communication from Hong Kong, China, WT/WGTI/W/33, vom 08.04.1998, Communication from Japan, WT/WGTI/W/67, vom 30.11.1998, Communication from Korea, WT/WGTI/W/16, vom 11.12.1997, *Brittan*, S. 275, *Watson/Flynn/Conwell*, S. 254.

²¹ Communication from Korea, WT/WGTI/W/79, vom 02.06.1999, para. 8.

²² Communication from Korea, WT/WGTI/W/70, vom 30.03.1999, para. 3f.

²³ Siehe *Brittan*, S. 275, *Watson/Flynn/Conwell*, S. 254.

²⁴ Communication from Japan, WT/WGTI/W/158, vom 11.04.2003, para. 10.

²⁵ Aufgrund eigener Erfahrungen bemerkte die ungarische Delegation auf einer Sitzung der Working Group im Juli 2002: „Although many developing countries today were clearly not sources of FDI, this situation, at least in the case of more advanced developing countries, could change“. Siehe Note by the Secretariat, Report on the Meeting Held on 3-5 July 2002, WT/WGTI/M/18, para. 89. Auch China kann als ein Beispiel dafür genannt werden, dass ein Entwicklungsland in zunehmendem Maße im Ausland investieren kann, dazu siehe *UNCTAD*, China: an emerging FDI outward investor, E-Brief, vom 04.12.2003. Zu den FDI von Entwicklungsländern im Allgemeinen, siehe *UNCTAD WIR2004*, S. 19ff.

²⁶ Communication from Japan, WT/WGTI/W/158, vom 11.04.2003.

v) Die Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investitionen stellen die ökonomische Grundlage für ein MIA in der WTO dar, welches wiederum jenen Wechselbeziehungen gerecht werden könne.

Die Regulierung des Handels könne die Investitionen beeinflussen, die Investitionspolitik könne gleichfalls den Handel beeinträchtigen.²⁷ Aus der Sicht der Produzenten stellen die Investitionen nicht nur – nach traditioneller Theorie – eine Alternative zum Handel dar, sondern ergänzen sich beide vielmehr. Mithin sei eine Kohärenz zwischen den internationalen Regeln über die Handelspolitik und über die Investitionspolitik erforderlich, um die Vorteile zu maximieren, welche die WTO für die globale Wirtschaft bringen könne.²⁸ Ein MIA werde dazu beitragen.²⁹

vi) Das WTO-Recht habe bereits Teilbereiche der Investitionen erfasst, ein MIA könne daher die interne Kohärenz des WTO-Rechts fördern.

Indem die gewerbliche Niederlassung im Ausland als eine Art der Dienstleistungserbringung und somit des Dienstleistungshandels definiert werde, reguliere das GATS bereits die Auslandsinvestitionen im Dienstleistungssektor. Die unterschiedliche Behandlung der Investitionen in diesem Bereich und auf dem Gebiet der Güterproduktion sei ökonomisch unbegründet. Diese fragmentarische Regulierung werde durch ein MIA überwunden werden.³⁰

vii) Es gebe mehrere Vorteile, von denen ein MIA im Rahmen der WTO profitieren könne.

Die WTO habe eine große Mitgliederzahl, ein effektives Streitbeilegungsverfahren sowie Erfahrung in der Aushandlung multilateraler Abkommen und sie biete die Möglichkeit, durch

²⁷ Die TRIMs sind typische Beispiele dafür, welchen Einfluss die Investitionspolitik auf den Handel ausüben kann. Die langfristige Protektion gegen den Import könnte die ausländischen Investitionen veranlassen, die auf das „Überspringen der Protektionsmauer“ und somit das Genießen der „Protektionsrenten“ zielen. Vgl. Communication from Hong Kong, WT/WGTI/W/10, vom 24.10.1997.

²⁸ Dies wird durch die folgende ökonomische Beobachtung untermauert: „... in a world completely free of restrictions on the movement of goods, services, and capital, any measure that distorts the global allocation of productive resources would be world-welfare reducing from the perspective of neo-classical economic theory“, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 336. In diesem Zusammenhang lässt sich freilich die Frage stellen, ob es neben der Maximierung der Profite für die globale Wirtschaft andere legitime politische Zielsetzungen gibt und wie man diese gegeneinander abwägen soll. Hier können und werden solche Fragen nicht eingehend beantwortet werden, sondern es wird nur Folgendes angemerkt: Erstens ist dies eine Wiedergabe der Argumentation von manchen WTO-Mitgliedern. Zweitens beruht das Argument auf der Voraussetzung, dass eine Regulierung der nationalen Wirtschaftspolitik durch das WTO-Recht, u. a. durch die Handelsliberalisierung, vorteilhaft ist. Drittens wird dabei der Akzent auf die Auswirkungen auf die globale Wirtschaft gelegt; es wird nicht berücksichtigt, wie ein einzelner Staat davon profitieren kann und wie die Profite innerstaatlich (um)verteilt werden können.

²⁹ Communication from Canada, Costa Rica and Korea, WT/WGTI/W/162, vom 05.06.2003, para. 17, Communication from Japan, WT/WGTI/W/158, vom 11.04.2003, para. 18ff., Communication from Switzerland, WT/WGTI/W/133, vom 18.07.2002, para. 2ff., *Lloyd*, S. 342, 347, *Sauvé 1997*, S. 57f, *Watson/Flynn/Conwell*, S. 256.

³⁰ Communication from Japan, WT/WGTI/W/156, vom 08.04.2003, para. 3ff., *Lloyd*, S. 347, *Sauvé 1997*, S. 58.

den Austausch von Zugeständnissen in verschiedenen Bereichen eine Balance der Interessen besser zu erreichen.³¹

Die Meinungen gegen ein MIA, die hauptsächlich von einigen Entwicklungsländern vertreten werden, werden in den schriftlichen Stellungnahmen der Mitglieder an die WGTI selten ausdrücklich geäußert. Die Argumente werden vielmehr auf den Sitzungen der WGTI vorgebracht und in deren Arbeitsberichten notiert,³² die in den Veröffentlichungen auch Wiederhall finden können. Die Gegenargumente können folgendermaßen zusammengefasst werden:

i) Internationale Investitionsschutzabkommen seien kein entscheidender Faktor der Standortentscheidung von Investoren und führten somit nicht automatisch zur Steigerung von Investitionen. Auch ohne die Existenz eines MIA steigerten sich die ausländischen Investitionen in den letzten Jahren. Mithin sei es fraglich, ob ein MIA zur Investitionsförderung mehr als andere Instrumente, z. B. unilaterale Maßnahmen des Gaststaates, beitragen könne.³³

ii) Es sei auch zweifelhaft, ob die bessere Vorhersehbarkeit, die wichtig für die Investitionen und Investoren ist und ein gewichtiges Argument der Befürworter darstellt, durch ein MIA besser als durch andere Instrumente erzielt werden könne.³⁴

iii) Selbst wenn eine bessere Vorhersehbarkeit durch ein MIA erreicht werden könne, gelte diese nur für den Schutz der Investitionen und zugunsten der Kapital ausführenden Staaten. Keine Vorhersehbarkeit wäre jedoch zugunsten der Empfängerstaaten zu erreichen, weil es keine Garantie für die Steigerung des Investitionszuflusses gebe.³⁵ Da zurzeit die

³¹ Siehe *Brittan, S. 276, Dattu, S. 315, Watson/Flynn/Conwell, S. 256.*

³² Report (1998) of the Working Group on the Relationship between Trade and Investment to the General Council, WT/WGTI/2, vom 08.12.1998, para. 147-160 und 186-219, Report (1999) of the Working Group on the Relationship between Trade and Investment to the General Council, WT/WGTI/3, vom 22.10.1999, para. 61-85. Die wenigen Ausnahmen sind die vier Stellungnahmen von Indien am 13.04.1999 (WT/WGTI/W/71, WT/WGTI/W/72, WT/WGTI/W/73, WT/WGTI/W/74), in denen es zwar keine ausdrückliche Ablehnung eines MIA gibt, jedoch eine umfassende Darlegung der Zweifel an ihm.

³³ Report on the Meeting of 1 and 2 October 1998, WT/WGTI/M/6, para. 43, 69 (Erklärung von Indien), 47, 78 (Erklärung von Pakistan), 48 (Erklärung von Brasilien), 51 (Erklärung der Philippinen im Namen der ASEAN-Staaten), *Correa/Kumar, S. 131.*

³⁴ WT/WGTI/M/6, para. 47 (Erklärung von Pakistan), Report on the Meeting of 3 June 1999, WT/WGTI/M/9, para. 68 (Erklärung der Philippinen im Namen der ASEAN-Staaten).

³⁵ WT/WGTI/M/6, para. 73 (Erklärung von Indien).

Entwicklungsländer hauptsächlich die Gaststaaten seien, würden sie nur wenig von einem MIA profitieren.

iv) Hinsichtlich der Entwicklung eines Landes seien die ausländischen Investitionen weder Allheilmittel noch der wichtigste Faktor der Entwicklung. Erstens hänge die Realisierung der Vorteile der Investitionen von der staatlichen Regulierung ab, die Liberalisierung allein reiche dafür nicht aus.³⁶ Zweitens müssten die potentiellen negativen Effekte der Investitionen reduziert werden.³⁷ Daher solle der Gaststaat eine ausreichende Freiheit und Flexibilität, u. a. in Bezug auf die Zulassung der Investitionen, haben, um seine eigenen Entwicklungsziele verfolgen zu können. Den Investitionsschutz gewährten die meisten BITs „in accordance with host countries’ laws, regulations and policies“. Eine Multilateralisierung der BITs könne der Verfolgung der Entwicklungsziele nicht nutzen.³⁸ In diesem Zusammenhang wird betont, dass einige Staaten – nämlich die Entwicklungsländer – eine Investitionspolitik bevorzugten, deren Ausgangspunkt das Recht des Gaststaates sei, die Investitionen nach seinem Ermessen zuzulassen, anstatt einem „right to invest or establish“ zuzustimmen.³⁹

v) In Bezug auf die Frage, ob die WTO ein geeignetes Forum für ein MIA ist, wird argumentiert, dass die Beziehungen zwischen Handel und Investitionen noch nicht eindeutig geklärt seien. Das Konzept der Handelsliberalisierung sei nicht geeignet für die Förderung der Investitionen. Das Thema der Investitionen solle daher nicht in einer Handelsorganisation behandelt werden.⁴⁰

Außerdem stimmen einige Kommentatoren im Grunde genommen den Vorteilen eines MIA zu und sind nicht gegen ein MIA *per se*. Für sie scheinen entweder die gegensätzlichen Positionen der Industriestaaten und Entwicklungsländer unüberbrückbar zu sein oder sie fürchten, dass ein MIA angesichts der obigen Zweifel und Abneigungen von den Entwicklungsländern, wenn es überhaupt zustande käme, ein hohles Instrument wäre. Für sie können die Ziele des MIA durch die existierenden Instrumente, wie bilaterale und regionale

³⁶ Communication from India, WT/WGTI/W/72, vom 13.04.1999.

³⁷ Diese negativen Effekte sind „restrictions on the transfer of technology, the negative impact on the balance of payments and exchange rates, and the crowding out of domestic entrepreneurial activity.“ Report on the Meeting of 22 and 23 March 1999, WT/WGTI/M/8, para. 70 (Erklärung von Indien).

³⁸ WT/WGTI/W/74, vom 13.04. 1999, para. 5ff., WT/WGTI/M/6, para. 43, 69 (Erklärung von Indien), WT/WGTI/M/12, Report on the Meeting of 31.10.2000, para. 21 (Erklärung von Malaysia), *Correa/Kumar*, S. 130f.

³⁹ WT/WGTI/M/6, para. 51 (Erklärung der Philippinen im Namen der ASEAN-Staaten), WT/WGTI/M/8, para. 49 (Erklärung von Indien).

⁴⁰ WT/WGTI/M/6, para. 43 (Erklärung von Indien), 51 (Erklärung der Philippinen im Namen der ASEAN-Staaten), *Correa/Kumar*, S. 129.

Abkommen oder GATS und TRIMs, erreicht werden. Mithin sei das MIA „a solution in search of a problem“.⁴¹

Diese Anführung der verschiedenen Argumente in der Debatte um das MIA hat gezeigt, dass die Auseinandersetzung aus vielerlei Gründen – ökonomischen, politischen, rechtlichen – geführt wird, die einander durchaus ergänzen. In der vorliegenden Arbeit werden die Argumente hauptsächlich aus rechtlicher Sicht abgewogen, wobei aber auch andere Aspekte Berücksichtigung finden werden.

B. Ist ein multilaterales Investitionsabkommen wünschenswert?

I. Der Beitrag von ausländischen Investitionen zur Entwicklung

Die Beweggründe für ausländische Investitionen sind vielfältig. In einigen Dienstleistungssektoren können die Dienstleistungen nur durch die physische Präsenz erbracht werden. In den anderen Sektoren, in denen sowohl Handel als auch Investitionen möglich sind, ist der Anlass für die Investitionen je nach dem, in welche der beiden Kategorien von Investitionen sie fallen, zu erklären. Für die vertikalen Investitionen, bei denen ein Unternehmen die verschiedenen Stufen der Produktion in verschiedenen Ländern durchführt, liegt der Grund in den unterschiedlichen Produktionskosten, z. B. in billigeren Arbeitskräften oder in der Konzentration bestimmter Rohstoffe in bestimmten Ländern. Im Falle der horizontalen Investitionen, bei denen ähnliche Produktionen in verschiedenen Ländern stattfinden, ist hingegen beispielsweise die Nähe zu den Verbrauchern oder die Anpassung an bestimmte Produktstandards das entscheidende Motiv. Dazu gehören auch die „Tariff-jumping“-Investitionen, die dem Überspringen bestehender Handelsbarrieren dienen, und die Quidproquo-Investitionen, die auf die Reduzierung der Möglichkeit künftiger protektionistischer Maßnahmen abzielen.⁴²

Den unterschiedlichen Motivationen entsprechend können die Investitionen auch in folgende Kategorien unterteilt werden: „market seekers“, „resource seekers“, „efficiency seekers“ und „strategic asset or capability seekers“.⁴³

⁴¹ Siehe *Kennedy*, S. 147ff. Vgl. *Hoekman/Saggi*, S. 23f.

⁴² Siehe *WTO Annual Report 1996*, S. 50f.

⁴³ Siehe *Dunning*, S. 56ff. Die „resource seekers“ zielen auf den Zugang zu bestimmten günstigeren Ressourcen, die materielle Ressourcen wie Mineralien und Erdöl, billige Arbeitskräfte und technologische Kapazitäten einschließen können. Für die „market seekers“ stellen die Aufrechterhaltung der existenten Märkte, die Erschließung neuer Märkte oder die Anpassung an lokale Bedürfnisse den Antrieb für Investitionen dar. „Efficiency seekers“ sind die FDI, durch die die Struktur der vorhandenen Investitionen rationalisiert werden kann, um die „economics of scale“ und eine Diversifizierung der Risiken zu erreichen. Die „strategic asset

Die Investitionsmotive allein können bereits erklären, warum es in der Staatengemeinschaft keine Zweifel daran gibt, dass Auslandsinvestitionen vorteilhaft für die Wirtschaft der Heimatstaaten, zurzeit hauptsächlich der OECD-Staaten, sind.⁴⁴ Diese Vorteile schließen die Förderung des Außenhandels, die Anregung von Innovationen⁴⁵ sowie die Sicherung der Ressourcen ein.⁴⁶

Die Theoretiker beschäftigen sich eher mit den Auswirkungen der Investitionen auf die Gaststaaten und haben völlig unterschiedliche Meinungen dazu. Gemäß der klassischen Theorie sollen die Auslandsinvestitionen die Wirtschaft des Gaststaates vollständig begünstigen. Die Vorteile seien der Zufluss des Kapitals, aufgrund dessen das inländische Kapital für andere öffentliche Zwecke eingesetzt werden könne, die Verbreitung bzw. der Transfer von Technologie, die Beschaffung von Arbeitsplätzen, die Ausbildung der Arbeitskräfte, neue Exportchancen sowie der Aufbau der Infrastruktur. Im Gegensatz dazu behauptet die Abhängigkeitstheorie, dass die Auslandsinvestitionen keine sinnvolle ökonomische Entwicklung im Gaststaat verursachen, weil die Kosten dabei die Vorteile übertröfen und die Investitionen nur den Interessen des Heimatstaates dienen. Die vermittelnde Theorie bestätigt sowohl die Vorteile als auch die Nachteile der Investitionen. Die Vorteile sind dieselben, wie sie die klassische Theorie darstellt, während die von dieser Theorie identifizierten Nachteile die sogenannten „restriktiven Handelspraktiken“ (Restrictive Business Practices),⁴⁷ den Export gefährlicher Aktivitäten⁴⁸ und das „Transfer-Pricing“⁴⁹ einschließen.⁵⁰

seekers“ erwerben die Aktiva ausländischer Unternehmen für langfristige Zwecke – insbesondere die Aufrechterhaltung bzw. die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit.

⁴⁴ Einige Kommentatoren sorgen sich um die möglichen negativen Auswirkungen der FDI auf die Zahlungsbilanz und den Arbeitsmarkt in den Heimatstaaten. In Bezug auf ein einzelnes Projekt wäre die Sorge berechtigt, aber es gibt keine überzeugenden Beweise dafür, dass die FDI die Volkswirtschaften ihrer Heimatländer insgesamt beeinträchtigen, siehe dazu *WTO Annual Report 1996*, S. 52ff., S. 58f.

⁴⁵ Communication from the United States, WT/WGTI/W/55, vom 25.09.1998.

⁴⁶ Dieses Ziel gilt besonders im Energiebereich, vgl. *Wälde*, S. 252.

⁴⁷ „Restrictive business practices“ (RBPs) sind „acts or behaviour of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries, or which through formal, informal, written or unwritten agreements or arrangements among enterprises have the same impact.“ Typische RBPs sind die Abreden von Preisen, Quoten und/oder Märkten. (Section B Art. 1, Section D Art. 3, *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, ILM (1980), S. 813ff.) Das Set wurde von der UNCTAD erarbeitet und von der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit der Resolution vom 05.12.1980 angenommen. Durch einen Hinweis wurde es in den Entwurf des UN-Verhaltenskodexes für transnationale Unternehmen (ILM (1984), S. 626ff.) inkorporiert, der als „soft law“ betrachtet werden kann, siehe *Herdegen*, S. 67.

⁴⁸ Die Katastrophe im Chemiewerk von Bhopal ist ein immer wieder erwähntes Beispiel in diesem Zusammenhang, siehe u. a. Communication from India, WT/WGTI/W/72, vom 13.04. 1999, *Herdegen*, S. 64, *Sornarajah*, S. 62.

Es liegt auf der Hand, dass ausländische Investitionen, wie alle wirtschaftlichen Tätigkeiten, sowohl Nutzen als auch Kosten bringen, und ein Vergleich dieser beiden Aspekte stellt die Basis jeder sinnvollen Bewertung der Auswirkungen auf den Gaststaat dar.⁵¹

Eine alle Faktoren umfassende und allgemein gültige Kosten-Nutzen-Analyse wäre unmöglich angesichts der mangelhaften Informationen und der Kompliziertheit der Realität, insbesondere wenn auch politische Wahrnehmungen mit eine Rolle spielen. Allerdings weisen die vorhandenen Fallstudien darauf hin, dass das Ergebnis eines rein ökonomischen Vergleiches zugunsten der Vorteile ausfällt.⁵²

Für den Zweck der vorliegenden Arbeit ist es aber noch wichtiger, auch die Realität zu erfassen. In der Praxis der Staaten lässt sich offensichtlich eine Wahrnehmung des positiven Beitrages von ausländischen Investitionen zur wirtschaftlichen Entwicklung im Gaststaat feststellen. Eine derartige Wahrnehmung wird nicht nur durch die Erfahrungen einiger Länder bei ihrer Entwicklung bestätigt, wie sie in ihren Stellungnahmen an die WGTI berichtet haben, sondern auch durch Untersuchungen internationaler Organisationen,⁵³ durch den Positionswechsel der Entwicklungsländer gegenüber Investitionen seit über 20 Jahren und durch den seit Jahren zu beobachtenden Wettbewerb der Staaten um Investitionen.⁵⁴

Dieser positive Beitrag wird nicht nur – selbstverständlich – von den Befürwortern eines MIA unterstrichen, sondern er wird auch von den Gegnern eines MIA nicht in Abrede gestellt. Der Unterschied liegt darin, dass die letzteren die möglichen negativen Effekte hervorheben, wiewohl sie den positiven Beitrag in seiner Gesamtheit anerkennen.⁵⁵

⁴⁹ Dabei handelt es sich um die Festsetzung künstlich hoher Preise, die vom Tochterunternehmen an die Muttergesellschaft im Ausland für importierte Materialien zu zahlen sind, um der Steuerpflicht im Gastland zu entgehen.

⁵⁰ Siehe *Sornarajah*, S. 50ff.

⁵¹ Gegen die oben erwähnten Vorteile werden hauptsächlich folgende Kosten behauptet: a) die Zahlungsbilanzprobleme, die langfristig aufgrund der Einfuhr der Vormaterialien und des Gewinntransfers auftreten könnten; b) das Verdrängen inländischer Unternehmen und die damit verbundene Unterdrückung des Wettbewerbs sowie der Verlust der Arbeitsplätze; c) die Einbuße an Kontrolle der nationalen Wirtschaft und Souveränität. Siehe *WTO Annual Report 1996*, S. 55ff.

⁵² *Ibid.* Speziell zum Verdrängen lokaler Unternehmen, vgl. *UNCTAD WIR2003*, S. 105. Zu einer neuen Zusammenfassung der ökonomischen Forschungen, siehe *Moran 2003*, S. 3ff.

⁵³ Communication from the OECD, WT/WGTI/W/26, vom 23.03.1998, *WTO Annual Report 1996*, S. 55ff. Die jährlichen World Investment Reports der UNCTAD gehen in der Tat auch von einem positiven Beitrag aus.

⁵⁴ Seit Jahren hat die UNCTAD Gesetzesänderungen in Bezug auf ausländische Investitionen in der Welt beobachtet. Ihrer Statistik nach sind über 90% der Gesetzesänderungen seit 1991 zugunsten von Investitionen ausgefallen, siehe *UNCTAD WIR2004*, S. 8. Der Positionswechsel und somit der Wettbewerb gingen im Wesentlichen auf zwei Gründe zurück: zum einen die Verfolgung einer offenen Marktwirtschaftspolitik, und zum anderen die internationale Verschuldungskrise in den 1980er Jahren. Siehe *Chen*, S. 83, *Herdegen*, S. 65, *Kurtz 2002*, S. 720f., *Lowenfeld 2002*, S. 388, *Oman*, S. 113, *Sacerdoti*, S. 281ff., *Vandavelde*, S. 501.

⁵⁵ WT/WGTI/W/74, vom 13.04.1999, para. 7. In einer anderen Stellungnahme von demselben Tage bezeichnete Indien die Verbreitung der BITs als „a result of a recognition of the positive role that foreign investment can play in economic development“, WT/WGTI/W/71, vom 13.04.1999, para. 7.

Aufgrund der Feststellung der insgesamt positiven Effekte ausländischer Investitionen auf die Volkswirtschaften sowohl im Heimat- als auch im Gaststaat ist die Investitionsförderung wünschenswert, obwohl die Investitionen sicherlich kein Allheilmittel darstellen.

Die Investitionsförderung bedeutet natürlich keinesfalls eine absolute Deregulierung.⁵⁶ Regulierungsbedarf könnte in den Fällen bestehen, wo die Nachteile ausländischer Investitionen durch ökonomische Forschungen – wie durch die oben erwähnte vermittelnde Theorie – nachgewiesen werden können.⁵⁷ Zwischen diesem Regulierungsbedarf und der Förderung der Investitionen herrscht allerdings keine Entweder-Oder-Beziehung. Selbst die Industrieländer, die ihrerseits eine weitgehend liberalisierte Investitionspolitik durchführen, haben einige bedeutsame Beschränkungen für ausländische Investitionen beibehalten, die normalerweise von Experten unterschätzt und von den Kapitalexporthstaaten aus politischen oder ideologischen Gründen untertrieben werden.⁵⁸ Gegenüber den politischen Sorgen der Gastländer kann es nur realistisch sein, diese anzuerkennen und den Staaten einen gewissen Spielraum zu gewähren.⁵⁹ Allerdings spricht dies *per se* nicht gegen die Förderung von ausländischen Investitionen.

II. Bedeutung völkerrechtlicher Abkommen für die Investitionsförderung

Um Investitionen zu fördern, bedarf es eine Untersuchung der Frage, welche Faktoren für die Standortentscheidung der Investoren wichtig sind. In der Staatengemeinschaft gibt es eine übereinstimmende Erkenntnis, dass vor allem die makroökonomischen Rahmenbedingungen im Mittelpunkt einer derartigen Entscheidung stehen: die Größe und das Potential des Marktes des Gaststaates, die Qualifikation der Arbeitskräfte, die politische und makroökonomische Stabilität des Gaststaates, die Infrastruktur usw.⁶⁰

⁵⁶ Investitionsförderung und Liberalisierung sind zwei verschiedene Konzepte. Das Konzept der Liberalisierung zielt darauf ab, dass die wirtschaftlichen Entscheidungen sich nach dem Markt und nicht nach der staatlichen Regulierung richten. Es kann in zwei Untergruppen unterteilt werden: Das absolutistische Konzept versucht festzulegen, inwieweit die reale Situation dem liberalen ökonomischen Modell entspricht; das relativistische legt den Schwerpunkt darauf, wie sich der gegenwärtige Zustand im Vergleich zum vorherigen System in Richtung eines liberalen Modells entwickelt hat. Siehe *Salacuse/Sullivan*, S. 90f. Andererseits haben die Investitionsförderung und die Liberalisierung eine Gemeinsamkeit, dass nämlich der Staat bestimmte wirtschaftliche Sektoren für ausländische Investitionen eröffnen muss.

⁵⁷ Vgl. u. a. *Brewer/Young*, S. 18.

⁵⁸ Siehe *Sacerdoti*, S. 323f. Ein Beispiel dafür ist die Exon-Florio-Bestimmung von den USA, nach der die FDI aufgrund der nationalen Sicherheit beschränkt werden können, siehe *Alvarez*, S. 171f.

⁵⁹ Solche Sorgen sind u. a. die Bedenken in Bezug auf die nationale Sicherheit und Verteidigung sowie den Schutz der kulturellen Autonomie, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 342ff.

⁶⁰ Dazu hatten die WTO-Mitglieder auf einer Konferenz der WGTI am 03.11.1998, auf der eine intensive Debatte um die Bedeutung eines MIA stattfand, keine Einwände geäußert, WT/WGTI/M/6, para. 48 (Erklärung von Brasilien), 51 (Erklärung der Philippinen im Namen von ASEAN-Staaten), 69 (Erklärung von Indien), 72 (Erklärung der EG).

Zur Investitionsförderung können sowohl inländische Maßnahmen als auch internationale Instrumente eingesetzt werden. Wichtig für die vorliegende Arbeit ist die Frage, welcher Wert den völkerrechtlichen Abkommen dabei zuzuschreiben ist. Diesbezüglich ist eine Erkenntnis hauptsächlich aus den Erfahrungen mit den BITs zu gewinnen, und zwar angesichts der Tatsache, dass sie den Großteil der vorhandenen völkerrechtlichen Verträge in Bezug auf Investitionen bilden.⁶¹

Der globale statistische Vergleich weist auf keine signifikante unabhängige Auswirkung von BITs auf die Investitionsströme hin. Aus der Anzahl der abgeschlossenen BITs können die ungleichen Volumina der Investitionszuflüsse in die verschiedenen Länder nicht erklärt werden, weil manche Länder, die wenige BITs abgeschlossen haben, viel mehr ausländische Investitionen anreizen können als andere Länder mit einem extensiven Engagement in BITs.⁶² Daraus resultiert das Argument der Gegner eines MIA, dass die BITs, und somit auch ein MIA, keine – große – Bedeutung für die Investitionsförderung haben. Demgemäß könnten die von den Befürwortern unterstrichenen Vorteile der völkerrechtlichen Abkommen, nämlich Transparenz, Vorhersehbarkeit und Sicherheit, auch durch unilaterale Maßnahmen gewährleistet werden.

Theoretisch ist es sicherlich richtig, dass auch inländische Maßnahmen Transparenz, Vorhersehbarkeit und Sicherheit gewähren können. Die angebliche Unbedeutendheit der BITs könnte sogar noch durch die Beobachtung flankiert werden, dass es keine BITs zwischen den Industrieländern gibt, obwohl der größte Teil der ausländischen Investitionen unter ihnen vorgenommen wird.⁶³

Allerdings ist die Feststellung der Irrelevanz der BITs eine inkorrekte Interpretation der unterschiedlichen Investitionszuflüsse in die Länder und der ausschlaggebenden Bedeutung der makroökonomischen Rahmenbedingungen.

Die Standortentscheidung der Investoren gründet sich auf ein Abwägen der Gewinne und Risiken, wobei die Gewinne zu maximieren und die Risiken zu minimieren sind. Wenn die Aussicht auf Gewinne groß genug wäre, so dass die Investoren *relativ* uninteressiert an den langfristigen Risiken wären, dann würden sie ohne Rücksicht auf die Abwesenheit eines BIT

⁶¹ Siehe *Brewer/Young*, S. 74, *Cremades 2000*, S. 55.

⁶² Siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 89, *Wälde*, S. 261.

⁶³ Offenbar ist dies kein Argument gegen die Bedeutung der völkerrechtlichen Abkommen. Die Aussage betrifft nur die Rolle der BITs, nicht die der völkerrechtlichen Verpflichtungen im Allgemeinen, denn diesen unterliegen die Industrieländer durchaus in anderen Kontexten, beispielsweise im Rahmen der OECD oder hinsichtlich der fremdrechtlichen Mindeststandards. In Bezug auf den Investitionsschutz spielen die traditionellen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt immer noch eine große Rolle unter den Industrieländern. Ein Beispiel dafür ist der *ELSI-Fall*, in dem die USA ihre Klage wegen einer konkursrechtlichen Maßnahme gegen die italienische Tochtergesellschaft eines amerikanischen Unternehmens auf den amerikanisch-italienischen Freundschaftsvertrag stützten. Zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der USA in Bezug auf den Investitionsschutz, siehe *Alvarez*, S. 16ff.

investieren.⁶⁴ Dadurch lässt sich erklären, warum z. B. viele amerikanische Unternehmen in China investieren, obwohl es kein BIT zwischen China und den USA gibt.⁶⁵ Jedoch kann eine solche Abwägung offensichtlich nicht für alle Fälle gelten.

Nur in dem Sinne solcher Abwägungen von Gewinnen und Risiken kann die entscheidende Bedeutung der makroökonomischen Bedingungen richtig verstanden werden, weil diese die absolute Menge der künftigen Gewinne bestimmen. Ein BIT kann die Gewinne – für sich betrachtet – schwer vermehren; es kann aber sehr wahrscheinlich dabei helfen, die Risiken zu reduzieren, und somit einen positiven Beitrag zur relativen Gewinn-Risiko-Analyse zugunsten der Gewinne leisten.

Investoren streben auf jeden Fall nach einer Minimierung der Risiken. Es ist anzuerkennen, dass die politischen Risiken in den Entwicklungsländern höher als in den Industrieländern sind.⁶⁶ Zum einen haben die letzteren ein stabileres politisches System und können einen sichereren Rechtsschutz gewähren. Zum anderen haben sie ein größeres Eigeninteresse am Investitionsschutz, weil sie sowohl Heimat- als auch Gaststaat von Investitionen sind. Dagegen stellen die Entwicklungsländer trotz der Steigerung der von ihnen stammenden Auslandsinvestitionen – zumindest von einigen relativ entwickelten Entwicklungsländern – noch überwiegend die Kapital einführenden Staaten dar, sodass es ihnen aufgrund ihrer bisher seltenen Rolle als Heimatstaaten an einem Antrieb zum Investitionsschutzes mangelt.⁶⁷ Es ist zwar wahr, dass der positive Beitrag von Investitionen zur wirtschaftlichen Entwicklung im Gaststaat nun allgemein anerkannt wird, und in dieser Hinsicht haben die Entwicklungsländer durchaus ein Eigeninteresse am Investitionsschutz und können diesen durch unilaterale Maßnahmen gewähren. Der Wunsch, den Ruf eines investitionsfreundlichen Staates zu bewahren, könnte dann eine Änderung solcher Maßnahmen verhindern. Allerdings stellt sich die Frage, ob dieser Wunsch als Schutzmechanismus ausreichend ist. Ein Staat ist Herr über sein innerstaatliches Recht und kann es jederzeit legitim verändern. In ökonomischer Hinsicht existiert auch die Motivation für einen Staat, seinerseits die Vorteile durch eine Umgestaltung

⁶⁴ Die Faktoren für gute Gewinnchancen sind beispielsweise ein großer Markt, der eine schnelle Realisierung der Skalenerträge (economics of scale) erlaubt, oder das Vorhandensein wichtiger Ressourcen wie Erdöl. Vgl. dazu *Vandevelde*, S. 524f.

⁶⁵ Das ist schon ein Ausnahmefall für China, denn China hat auch über 100 BITs abgeschlossen, siehe *Chen*, S. 189.

⁶⁶ Die politischen bzw. „nichtkommerziellen“ Investitionsrisiken schließen Folgendes ein: das Transferrisiko im Hinblick auf Beschränkungen des Währungsumtausches und des Devisentransfers durch den Gaststaat, das Enteignungsrisiko, das Risiko des Vertragsbruches durch den Gaststaat ohne angemessenen Rechtsschutz und das Risiko eines bewaffneten Konfliktes oder von Unruhen (Art. 11(a) des MIGA-Übereinkommens). Dass diese Risiken in den Entwicklungsländern höher sind, wird durch die Existenz der MIGA sowie verschiedener nationaler Investitionsversicherungssysteme bestätigt. Zu den letzteren siehe *Herdegen*, S. 262f.

⁶⁷ Andererseits würden die Staaten einem Investitionsabkommen nicht mehr widersprechen, wenn sie als Heimatstaaten der Investitionen agierten.

der vorherigen Vereinbarung mit dem Investor zu maximieren.⁶⁸ Zudem ist es angesichts der existierenden Zweifel an den Auswirkungen von Investitionen nicht völlig auszuschließen, dass eine bisher investitionsfreundliche Politik in der Zukunft geändert würde. Solche Risiken könnten die Standortentscheidung der Investoren beeinträchtigen und diese bis zu einem gewissen Grade – unterschiedlich von Fall zu Fall, u. a. im Vergleich mit der Aussicht auf Gewinne – von Investitionen abhalten.

Das ehemals existente Völkergewohnheitsrecht zum Schutz von ausländischen Investitionen wurde durch den kräftigen Widerstand der Entwicklungsländer in den Jahren zwischen 1960 und 1990 stark verunsichert, der unter dem Namen der neuen Weltwirtschaftsordnung zusammengefasst werden kann. Diese schließt die ständige Souveränität der Staaten über ihre natürlichen Ressourcen und ihre Regelungsgewalt über das wirtschaftliche Geschehen auf ihrem Staatsgebiet ein. In Bezug auf die ausländischen Investitionen wurde insbesondere das Recht zu einer Verstaatlichung gegen eine angemessene Entschädigung betont.⁶⁹ Mithin kann das Völkergewohnheitsrecht aufgrund seiner Unsicherheit nicht zur Verminderung der politischen Risiken beitragen, was den eigentlichen historischen Hintergrund für die Entwicklung der BITs darstellt.⁷⁰

Ein BIT kann die politischen Risiken dadurch reduzieren, dass es die günstige Politik hinsichtlich der FDI internationalisiert und damit stabilisiert. Indem der Gaststaat nun völkerrechtlichen Verpflichtungen unterliegt, werden die Kosten von einer potentiellen Investitionen belastenden Änderung erhöht und die Anreize zu derartigen Wechseln verringert. Zudem könnte ein BIT der Regierung dabei helfen, den von protektionistischen Lobbys ausgehenden Druck abzuwehren. All dies könnte die Risikoantizipation der Investoren verringern und die Möglichkeit von Investitionen fördern.⁷¹ Mithin stellt die Stabilisierung die wesentliche Bedeutung der BITs dar.⁷²

In einigen Fällen könnte ein BIT die unmittelbare Investitionsförderung realisieren, indem es den Zugang zu einem Versicherungssystem ermöglicht, wenn eine Versicherung für die Investitionsvorhaben, insbesondere für die SMEs, große Bedeutung hat.⁷³ Abgesehen davon

⁶⁸ Siehe *Guzman*, S. 658ff.

⁶⁹ Zur Diskussion über eine neue Weltwirtschaftsordnung, siehe *Herdegen*, S. 68.

⁷⁰ Siehe *Guzman*, S. 641, *Sacerdoti*, S. 290, *Sornarajah*, S. 212f.

⁷¹ Vgl. *Salacuse/Sullivan*, S. 77.

⁷² Siehe *Vandevelde*, S. 523, vgl. *Brewer/Young*, S. 76, *Sacerdoti*, S. 291.

⁷³ Beispielsweise ist eine der Voraussetzungen für Investitions Garantien vonseiten der deutschen Regierung die „Sicherstellung des erforderlichen Rechtsschutzes“, was grundsätzlich dann der Fall ist, wenn mit dem betreffenden Entwicklungsland ein BIT besteht bzw. die innerstaatliche Rechtsordnung des Gaststaates hinreichenden Rechtsschutz gewährleistet, siehe dazu <http://www.agaportal.de/pages/dia/grundlagen/garantievoraussetzungen.html>. Ähnliche Bedingungen hat auch die MIGA gestellt, zwar nicht ausdrücklich in der Konvention, aber im offiziellen Kommentar (para. 21, 44), siehe dazu <http://www.miga.org/screens/about/convent/comment.htm>.

wäre die Förderungsfunktion eines BIT *per se* nicht statistisch zu beweisen.⁷⁴ Allerdings kann ein Gaststaat mit dem Abschließen des BIT Signale für seine investitionsfreundliche Position aussenden. Als ein Element in einem Paket von mehreren positiven Maßnahmen kann ein BIT durchaus einen positiven Beitrag zur Anreizung von Investitionen leisten.⁷⁵

Ein Kommentator schreibt: „[A]ttracting foreign investment depends more on the political and economic climate being favourable to such foreign investment than on the creation of a legal structure for its protection“.⁷⁶ Diese Aussage scheint sogar über die übliche Festlegung der Unbedeutendheit der BITs hinauszugehen und die Bedeutung des Rechtsschutzes abzuwerten, wenn unter „legal structure“ nicht nur die BITs gemeint wären. Sie hat die unterschiedlichen Investitionszuflüsse noch weitergehend inkorrekt interpretiert, weil ein effektiver Rechtsschutz auch zum allgemeinen politischen Klima gehört und praktisch im Mittelpunkt der Anliegen von Investoren steht, insbesondere im Hinblick auf Investitionen mit entwickelter Technologie und Fachkenntnissen, die bei den Gaststaaten besonders begehrt sind.⁷⁷ Zudem begünstigt der Rechtsschutz nicht nur die ausländischen Investoren, sondern auch die inländischen Unternehmen.⁷⁸

Da nicht Regierungen, sondern private Investoren investieren und deren Standortentscheidung sich nach multiplen Faktoren richtet, ist somit eine automatische Steigerung der ausländischen Investitionen als Folge eines BIT statistisch kaum festzustellen. Allerdings kann dies der Festlegung der positiven Bedeutung eines BIT für die Investitionsförderung nicht im Wege stehen. Die wesentliche Funktion eines BIT liegt einerseits aus der Sicht der Investoren sowie deren Heimatstaaten in der Stabilisierung der investitionsfreundlichen Politik des Gaststaates, in dem Erlangen des Investitionsschutzes durch das Völkerrecht und somit in der Reduzierung der politischen Risiken. Andererseits sendet aus der Sicht der Gaststaaten der Abschluss eines BIT ein wichtiges Signal für ein positives Investitionsklima aus. Darin liegt der Grund, warum die Entwicklungsländer so viele BITs abgeschlossen haben. Diese Tatsache kann

⁷⁴ *Salacuse/Sullivan* überprüft zunächst die vorherige ökonomische Literatur und stellt fest, dass in ihr die potentiellen Auswirkungen von BITs aufgeschrieben worden sind. Dann fertigen sie eine eigene ökonomische Untersuchung der Effekte der Investitionsförderung von amerikanischen BITs an. Ihrer Untersuchung nach gibt es starke statistische Hinweise dafür, dass die amerikanischen BITs tatsächlich die Investitionszuflüsse fördern. Vorsichtigerweise bemerken sie zugleich, dass diese Beobachtung schwierig zu verallgemeinern sei, weil hohe Anteile der amerikanischen Investitionen in Brasilien, China und Mexiko durchgeführt werden, von denen jedoch nur Mexiko ein Investitionsabkommen mit den USA – das NAFTA – abgeschlossen hat. Siehe *Salacuse/Sullivan*, S. 110f.

⁷⁵ Vgl. Communication from Switzerland, WT/WGTI/W/28, vom 26.03.1998, *Brewer/Young*, S. 30, *Sornarajah*, S. 216f., *Wälde*, S. 261f.

⁷⁶ Siehe *Sornarajah*, S. 217. Entsprechend weist er nur auf die Funktion von BITs hin, eine investitionsfreundliche Position zu signalisieren.

⁷⁷ Siehe *Oman*, S. 123f., *UNCTAD WIR2003*, S. 91.

⁷⁸ Es ist daher überraschend, dass eine derartige Auffassung von einem hoch qualifizierten Rechtswissenschaftler vertreten wird.

dagegen nicht durch Zweifel an der Bedeutung der völkerrechtlichen Abkommen glaubhaft erklärt werden.⁷⁹ Solcher Zweifel ist in der Tat eine inkorrekte Interpretation der aktuellen Investitionsströme, deren Hintergrund in einer Untertreibung der Sensibilität von Investoren gegenüber den bestehenden Risiken durch die betreffenden Kommentatoren zu sehen ist.⁸⁰

Andere völkerrechtliche Abkommen, z. B. ein MIA, haben zumindest die gleichen Funktionen wie die BITs.

Dass auch unilaterale Maßnahmen Investitionen fördern können, kann die Bedeutung der völkerrechtlichen Abkommen nicht vermindern. Beispielweise kann die Handelsliberalisierung auch durch unilaterale Maßnahmen durchgesetzt werden, was allerdings nicht als Argument gegen die WTO-Abkommen vorgetragen wird.

III. Der „Mehrwert“ eines MIA

Bei der obigen Feststellung der Bedeutung der völkerrechtlichen Abkommen, u. a. der BITs, handelt es sich um die Beziehung zwischen inländischen und völkerrechtlichen Instrumenten sowie deren jeweilige Funktion bei der Investitionsförderung. Die Anerkennung des Wertes der BITs hat in der Staatenpraxis zu einem weitreichenden Netzwerk solcher Abkommen geführt, das die meisten Heimat- und Gaststaaten erfasst; beispielsweise hat Deutschland über 130 BITs mit anderen Staaten abgeschlossen.⁸¹ Unter dem Druck des scharfen Wettbewerbs um ausländische Investitionen haben viele lateinamerikanische Staaten, die ehemals die *Calvo*-Doktrin⁸² vertraten, diese Doktrin aufgegeben und entsprechende Investitionsschutzabkommen mit Industrieländern abgeschlossen.⁸³

Für die Vertragsparteien eines künftigen MIA, zwischen denen noch kein BIT abgeschlossen worden ist, hat das multilaterale Abkommen zumindest die oben festgestellte Stabilisierungsfunktion, indem es aus der Sicht der jeweils zwei betreffenden Staaten betrachtet werden könnte, als ob sie ein neues BIT abgeschlossen hätten.⁸⁴

⁷⁹ Vgl. *Hamilton/Rochwerger*, S. 58.

⁸⁰ Vgl. *FitzGerald*, S. 45.

⁸¹ Davon sind 20 noch nicht in Kraft getreten, siehe dazu

<http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schutzvertraege-IFV.property=pdf.pdf>.

⁸² Nach den Lehren des Völkerrechtlers *Calvo* werden ausländische Investoren aufgefordert, auf das Recht des diplomatischen Schutzes durch ihren Heimatstaat zu verzichten und sich auf den Rechtsschutz durch die Gerichte des Gaststaates zu beschränken. Zur *Calvo*-Doktrin siehe *F.-W. Garcia-Amador*, S. 521ff.

⁸³ Siehe *Cremades 2004*, S. 81, *Herdegen*, S. 257, *Lowenfeld 2002*, S. 473, *Sacerdoti*, S. 301. *Cremades* weist zugleich darauf hin, dass Brasilien und Mexiko ihren Markt ohne BITs geöffnet haben – es darf andererseits nicht übersehen werden, dass Mexiko Mitglied des NAFTA ist. Wegen der ökonomischen Instabilität scheint jedoch eine Wiederbelebung der *Calvo*-Doktrin in Argentinien und Venezuela möglich zu sein, siehe dazu *Cremades 2004*, S. 81ff.

⁸⁴ Eine diesbezüglich umstrittene Frage ist, ob und inwieweit die BITs einen Beweis für Völkergewohnheitsrecht darstellen können, das verbindlich für alle Staaten ist. Nach herrschender Meinung werden die BITs als *lex*

Dieser Fakt hat sicherlich Einfluss auf die Position der betreffenden Staaten zu einem möglichen MIA, es stellt aber nicht die zentrale Problematik in der Debatte um das Abkommen dar. Auf die Existenz der zahlreichen BITs zurückgehend, steht eigentlich im Mittelpunkt der Auseinandersetzung die Frage, was für einen Mehrwert ein MIA gegenüber den BITs bringen kann. Mit anderen Worten, kann ein MIA für bessere „transparent, stable and predictable conditions for long-term cross-border investment“ sorgen als die BITs?

In Bezug auf die Regulierung der FDI muss man auf einen wichtigen Unterschied zwischen zwei Aspekten hinweisen. Zum einen geht es um die Liberalisierung der Marktzugänge, nämlich um die Frage des Marktzutritts. Zum anderen betrifft es den Schutz der getätigten Investitionen bzw. den Investitionsschutz. Während das Völkergewohnheitsrecht gewisse Standards zum Schutz getätigter Investitionen beinhaltet, deren Umfang jedoch den Brennpunkt der Diskussion darstellen könnte, gibt es eine Übereinstimmung in der Staatengemeinschaft, dass ein Staat keinem Völkergewohnheitsrecht unterliegt, das die Gewährung eines freien Marktzutritts für ausländische Investitionen verlangt.⁸⁵

Die Untersuchungen der existierenden BITs haben gezeigt, dass sie überwiegend den Schutz der getätigten Investitionen betreffen. Die Regulierung des Marktzutritts wird normalerweise weiterhin den unilateralen Maßnahmen überlassen. Nur wenige BITs, namentlich die neu von den USA abgeschlossenen, beinhalten Verpflichtungen in Bezug auf die Marktzugänge. In diesem Sinne bemerkte ein Kommentator, dass die BITs eher die vorhandene Liberalisierung der Marktzugänge reflektieren, als dass sie sie weiter fördern.⁸⁶ Jedenfalls würde der Marktzugang nicht durch ein solches BIT erweitert. Dies wäre ein Grund dafür, dass der Abschluss eines BIT *per se* die Investitionen wenig unmittelbar fördern kann.⁸⁷

Dagegen kann ein MIA das Thema des Marktzutritts erfassen, indem die Vertragsparteien Zugeständnisse hinsichtlich der Marktzugänge als völkerrechtliche Verpflichtungen

specialis angesehen, mit denen kein Nachweis für das Völkergewohnheitsrecht aufgrund der mangelnden *opinio juris* erbracht werden kann, siehe *Guzman*, S. 684ff., *Sornarajah*, S. 213f. Einige weichen jedoch von dem traditionellen Konzept des Völkergewohnheitsrechtes ab und versuchen durch vage Begriffe wie „common principles“, „something like customary law“ oder „general rule“, gewissen Elementen der BITs eine allgemeine Gültigkeit zu verleihen, siehe ICSID-Schiedsspruch in *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8, vom 17.07.2003, in: *ILM* (2003), S. 788ff.), para. 48, *Lowenfeld 2002*, S. 487f., *Lowenfeld 2003*, S. 130, *Schrijver*, S. 26.

⁸⁵ Siehe Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/84, vom 16.06.2000, para. 5, *Muchlinski*, S. 118, *Sacerdoti*, S. 321, *UNCTAD 2004*, S. 3.

⁸⁶ Siehe *Sacerdoti*, S. 302. *Vandevelde* stellte zwar auch die sehr begrenzte Bedeutung von BITs für die Liberalisierung fest, betrachtete die BITs aber doch als ein Instrument der „partial liberalization“, weil sie den getätigten Investitionen – als Resultat der unilateralen Liberalisierung – Schutz gewähren, siehe *Vandevelde*, S. 515.

⁸⁷ Mit diesem Befund wird die Bedeutung der BITs nicht in Frage gestellt, sondern es wird einfach bemerkt, was noch fehlt. Es ist klar, dass ein BIT Investitionen dadurch fördern kann, dass es Risiken reduziert, wie oben bereits festgestellt wurde. Mit der „unmittelbaren Förderung“ wird die Erweiterung der Marktchancen in absoluter Menge gemeint, ohne den Faktor der Risiken zu berücksichtigen.

gewähren. Das bedeutet, dass ein MIA sowohl die Normen des Investitionsschutzes, die bereits – in unterschiedlichem Umfang – in den BITs zu finden sind, als auch den dynamischen Prozess der Verhandlung von Zugeständnissen, was typisch für die Handelsabkommen bzw. das GATT und GATS in der WTO ist, in sich vereinen kann. Dies soll der wesentliche Unterschied zwischen einem MIA und den üblichen BITs sein.⁸⁸

Wenn die Zugeständnisse eines Staates hinsichtlich des Marktzugangs in einem künftigen MIA nicht vorher durch unilaterale Maßnahmen gewährt werden, könnten durch das MIA neue Marktchancen unmittelbar geschaffen und Investitionen gefördert werden. Anderenfalls könnte das MIA zur Stabilisierung der bereits unilateral durchgeführten Liberalisierung beitragen, wenn die gewährten Zugeständnisse lediglich den *Status quo* widerspiegeln. In diesem Zusammenhang kann ein MIA offensichtlich mehr Transparenz, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als die existenten BITs für die Investitionen schaffen.

Der oben dargelegte zusätzliche Wert eines MIA basiert auf der Tatsache, dass die Mehrheit der existierenden BITs keine Zugeständnisse über den Marktzutritt enthält. Der Mehrwert besteht darin, dass ein MIA etwas Neues beinhalten könnte, was sich in vielen BITs nicht finden lässt. Es ist natürlich nicht auszuschließen, dass die BITs mit derartigen Zugeständnissen hinsichtlich des Marktzugangs wie diejenigen von den USA künftig immer stärker von der Staatengemeinschaft akzeptiert und abgeschlossen werden. Selbst wenn es so wäre, würden sich auch ähnliche Vorteile bei einem MIA gegenüber solchen hypothetischen BITs – und nicht zu übersehen, den existenten amerikanischen BITs – feststellen lassen, wie sie im Folgenden hinsichtlich des Investitionsschutzes dargelegt werden. Die Ähnlichkeit basiert auf demselben Aspekt, dass nämlich bestimmte Themen bereits allgemein in den BITs behandelt werden. Es wird zu erklären sein, ob und welche Vorteile ein MIA hinsichtlich solcher Themen auch haben kann; dies kann in gleicher Weise untersucht werden, unabhängig davon, ob die zu vergleichenden BITs tatsächlich oder nur hypothetisch existieren.

In Bezug auf den Investitionsschutz kann ein MIA auch Unterschiede zu den BITs aufweisen. Zum Ersten haben die BITs immer eine begrenzte Geltungsdauer, die normalerweise 10 Jahre beträgt. Nach deren Ablauf kann sich die Geltungsdauer zwar auf unbegrenzte Zeit verlängern, der Vertrag kann allerdings jederzeit mit einer bestimmten Frist unilateral gekündigt werden.⁸⁹ Im Gegensatz dazu könnte ein MIA – wie z. B. das GATT – eine unbefristete Geltungsdauer haben. Die Kosten des Rücktritts von einem multilateralen

⁸⁸ Vgl. *Cremades 2000*, S. 55.

⁸⁹ Siehe *Sacerdoti*, S. 304. Z. B. Art. 11 des Vertrages vom 24. Juni 2002 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Thailand über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, BGBl. 2004 II, S. 48.

Abkommen gegenüber vielen Staaten könnten viel höher als im Falle eines bilateralen Vertrages ausfallen, weil sich die Vorteile aufgrund der Beteiligung an einem multilateralen Abkommen auf die Zugeständnisse vieler Staaten beziehen und durch den Rücktritt von ihm sicherlich zu verlieren sind, während in einer bilateralen Situation nur die Zugeständnisse von einem einzigen Vertragspartner abhandeln kommen würden.⁹⁰ Mithin wird dieselbe investitionsfreundliche Politik im Rahmen eines MIA sicherer und vorhersehbarer als im Falle der Stabilisierung durch ein BIT sein.

Zum Zweiten könnten die unterschiedlichen Standards in den BITs durch ein MIA bis zu einem gewissen Grade harmonisiert werden.⁹¹ Es wäre zwar unvermeidbar, dass in einem MIA verschiedene Ausnahmen von der Harmonisierung der Standards vorgesehen werden müssten. Jedoch würde die Transparenz bereits durch die Aufführung der Ausnahmen im Rahmen eines einzigen Vertrages im Vergleich zum Erkunden des geeigneten Standards aus vielen Abkommen verbessert, und somit könnte die Undurchschaubarkeit bzw. Widersprüchlichkeit verringert werden.

Zum Dritten könnte ein MIA die Verpflichtung zur Transparenz vorsehen, die in BITs selten berücksichtigt wird.

Außerdem nicht zu übersehen ist der allgemein gültige Vorteil eines multilateralen Abkommens gegenüber einer Vielzahl von bilateralen Abkommen, nämlich eine Entlastung bezüglich der Aushandlungen und der Verwaltung der einzelnen bilateralen Verträge.⁹²

Angesichts der oben dargelegten Vorteile lässt sich zusammenfassen, dass die Transparenz, Sicherheit und Vorhersehbarkeit durch ein MIA stärker als durch eine Vielzahl von BITs gewährt werden können. Der exakte Grad des zusätzlichen Wertes wird zwar möglicherweise variieren, je nach dem, wie der zukünftige Vertragstext aussieht, aber die Existenz der

⁹⁰ Das ist eine allgemeine Beobachtung, wobei extreme Fälle nicht berücksichtigt werden. Beispielsweise würde ein „multilaterales“ Handelsabkommen ohne die Teilnahme der USA und der EU einem bestimmten Staat keine größeren Vorteile bringen als zwei bilaterale Verträge mit jeweils einer dieser Handelsmächte zusammen. Andererseits lässt sich ein derartiges Handelsabkommen auch nicht wirklich als „multilateral“ bezeichnen. Der Begriff „multilateral“ richtet sich hier nicht nach einer gewissen Anzahl der Vertragsparteien, sondern nach dem Anwendungsbereich des Vertrages, z. B. welcher Anteil des Welthandels von einem Handelsabkommen reguliert wird. In diesem Sinne sind die WTO-Abkommen multilateral, aus vergleichbarem Grunde kann ein internationales Investitionsabkommen ohne die Teilnahme der USA oder der EU sicherlich nicht wirklich als „multilateral“ bezeichnet werden.

⁹¹ Die Unterschiede bestehen u. a. in Bezug auf den Marktzutritt, wie oben bereits erwähnt, sowie im Zusammenhang mit der Streitbeilegung, siehe dazu *Brewer/Young*, S. 76f., *Sacerdoti*, S. 436ff., *Sornarajah*, S. 250ff.

⁹² Man kann natürlich behaupten, dass die Aushandlung eines multilateralen Abkommens komplizierter ist als die eines einzelnen bilateralen Abkommens, und ob diese Kompliziertheit und die damit verbundenen Transaktionskosten von denen der Gesamtheit der Aushandlungen vieler bilateraler Abkommen übertroffen werden oder nicht, sei unklar, siehe *Hoekman/Saggi*, S. 16. Der Zweifel ist insoweit berechtigt, als die Transaktionskosten quantitativ sehr schwierig zu vergleichen sind. Während die Überzeugung von der Reduzierung der Verhandlungskosten eher auf einer groben – aber nicht unberechtigten – Schätzung beruht, kann allerdings der Vorteil bei der Verwaltung eines einzelnen Abkommens gegenüber über 100 Verträgen nicht verneint werden.

Vorteile ist vorhersehbar. Sie beruhen zum Teil auf der multilateralen Eigenschaft als solcher bzw. der Reduzierung der Transaktionskosten, der Harmonisierung der Schutzstandards sowie der unbefristeten Geltungsdauer. Ein wichtiger Teil des „Mehrwertes“ eines MIA geht zudem auf das Einschließen von Marktzugangszugeständnissen zurück. Das bedeutet, dass diese Zugeständnisse zum unentbehrlichen Bestandteil eines wertvollen MIA gehören werden. In diesem Zusammenhang stellt ein MIA nicht nur die Multilateralisierung der existenten BITs dar.

Die durch ein MIA gewährten Aspekte der Transparenz, Sicherheit und Vorhersehbarkeit können zur Investitionsförderung beitragen, die sowohl für die Heimatstaaten als auch für die Gaststaaten der Investitionen, u. a. die Entwicklungsländer, im Ganzen vorteilhaft ist. Ein derartiger Beitrag wurde zum Teil bereits oben im Zusammenhang mit den BITs überprüft, obwohl möglicherweise wieder kein unmittelbarer Nexus zwischen dem Abschluss eines MIA und dem Zuwachs an Investitionsströmen, insbesondere für ein einzelnes Land wie im Falle eines BIT, festgestellt werden könnte. Zum Beitrag eines MIA gehören zudem die potentiellen neuen Marktchancen, die zur Steigerung der Investitionszuflüsse führen könnten. Zu den Beziehungen zwischen einem MIA und den BITs lässt sich dann feststellen, dass ein MIA nicht nur die Multilateralisierung der BITs darstellen wird, wenn man von der üblichen Praxis der BITs ausgeht, die keine Marktzugangszugeständnisse umfasst. Da allerdings die letzteren *per se* nicht im Konflikt mit einem BIT stehen, was durch die amerikanischen BITs nachgewiesen wird, kann ein MIA in diesem Sinne durchaus auch als die Multilateralisierung der BITs betrachtet wird. Zwischen beiden Beobachtungen besteht jedenfalls kein wesentlicher Unterschied.⁹³

IV. Kosten eines MIA für die Entwicklungsländer

Dass ein multilaterales Abkommen effektiver als die BITs ist und die Kohärenz der internationalen Regeln gewährt bzw. schlichtweg etwas mehr zu bieten hat als das existente Netzwerk der BITs, kann durch die Besorgnis der Entwicklungsländer bestätigt werden, dass sie durch ein MIA ihre Flexibilität bei der Regulierung der Auslandsinvestitionen verlieren würden.

⁹³ Eine diesbezügliche Frage ist die Beziehung zwischen einem künftigen MIA und den vorher abgeschlossenen BITs in Kollisionsfällen. Grundsätzlich soll die *Maxime lex posterior derogat legi priori*, die in Art. 30 WVK inkorporiert ist, gelten, es sei denn, dass das MIA spezielle Vorschriften darüber enthalten würde. Solche Vorschriften können nicht von vornherein festgelegt werden, ohne bereits einen klaren Entwurf für ein MIA zu haben. Vorstellbar wäre z. B. das „Grandfathering“ bestimmter Privilegien. Manche Kommentatoren sind der Ansicht, dass die BITs und ein MIA sich nicht gegenseitig ausschließen müssen, siehe *Hamilton/Rochwerger*, S. 58.

Bei der Abwägung dieser Besorgnis muss man vor allem darauf hinweisen, dass die Bedeutung des Völkerrechts gerade darin liegt, dass die Staaten durch die Aufgabe gewisser Handlungsfreiheiten, Flexibilität oder Souveränität – gleichgültig unter welchem Begriff – die Kooperationsvorteile erlangen, die erst durch das Unterwerfen unter völkerrechtliche Verpflichtungen ermöglicht werden und die die aufgrund der Einbuße der Souveränität entstehenden Kosten übertreffen. Die Vorteile eines MIA wurden bereits oben dargelegt, nun sollen die Kosten untersucht werden.

Im Allgemeinen könnte eine Begrenzung der Flexibilität der Staaten durch ein MIA, insbesondere im Vergleich zu den BITs, unter folgenden Gesichtspunkten eintreten:

- Schon der Abschluss eines MIA *per se* bedeutet für die Mitgliedstaaten, unter denen noch kein BIT besteht, eine Auferlegung neuer völkervertragsrechtlicher Pflichten.
- Die Harmonisierung der Standards durch ein MIA kann die Möglichkeit eines Staates beschränken, BITs mit unterschiedlichen Standards gegenüber verschiedenen Staaten abzuschließen.
- Das Einschließen von Marktzugangszugeständnissen in einem MIA stellt eine Beschränkung der Flexibilität eines Staates dar, die über die meisten existenten BITs hinausgeht.

Allerdings gelten diese Einbußen an Souveränität für alle Vertragsparteien eines MIA. Dass sie den Vorteilen eines MIA unterlegen sind, meinen offensichtlich die befürwortenden Staaten – hauptsächlich die Industriestaaten. Worin liegt dann der Grund, dass die Entwicklungsländer die Kosten-Nutzen-Analyse hier anders wahrnehmen? Die besondere Wahrnehmung der Entwicklungsländer hat einen ökonomischen Hintergrund. Bis dato stellen die Entwicklungsländer hauptsächlich die Gaststaaten ausländischer Investitionen dar. Obwohl immer mehr Unternehmen aus den Entwicklungsländern im Ausland investieren und sich diese Investitionen zukünftig sicherlich steigern werden, wird das ihre Rolle als Gaststaaten mittelfristig im Vergleich zu den Industrieländern proportional nicht ändern. Mithin sind die Entwicklungsländer nicht dazu fähig, die oben dargelegten Vorteile, die ein Heimatstaat bzw. seine Investoren durch ein MIA erlangen können, wirklich zu genießen, selbst wenn die Industrieländer in rechtlicher Hinsicht sogar Marktzugangszugeständnisse in größerem Umfang gewähren würden.⁹⁴ Bei der Kalkulation der Vorteile eines MIA fehlt es aus der Sicht der Entwicklungsländer mithin einfach an einem – großen – Teil, der den Heimatstaaten der Investitionen zukommen wird. In diesem Zusammenhang können die

⁹⁴ Zu einer solchen ökonomischen Asymmetrie, siehe *Muchlinski*, S. 133, *Salacuse/Sullivan*, S. 95, *Sornarajah*, S. 218. Im Vergleich dazu besteht eine rechtliche Symmetrie dergestalt, dass die Vertragsparteien den gleichen Verpflichtungen unterliegen.

Entwicklungsländer durchaus bei den Verhandlungen auf ihren Bedarf an einem Interessenausgleich hinweisen, um von den Industrieländern andere Gegenzugeständnisse als den Marktzutritt für Investitionen zu verlangen. Die Industrieländer ihrerseits sollten diese Realität anerkennen und zu der Gewährung derartiger Zugeständnisse bereit sein.⁹⁵

Andererseits muss analysiert werden, ob die Einbußen an Souveränität vonseiten der Entwicklungsländer in der Tat von einem so großen Ausmaße sind, dass ein MIA für sie überhaupt unannehmbar ist. Die Grundlage der Analyse ist die Bewertung, inwieweit die Entwicklungsländer bereits – in Abwesenheit eines MIA – bestimmten völkerrechtlichen Pflichten unterliegen. Aus dem oben erwähnten Grund wird die Untersuchung hauptsächlich hinsichtlich der großen Anzahl von BITs durchgeführt werden, was nicht bedeutet, dass ein Staat überhaupt keinem Völkergewohnheitsrecht in Bezug auf die ausländischen Investitionen unterliegt.

Einige Staaten haben Musterverträge für BITs aufgestellt. Typische Beispiele dafür sind die Musterverträge der Bundesrepublik Deutschland⁹⁶ und der USA,⁹⁷ die Verhandlungsangebote und Forderungen seitens des Heimatstaates und einen hohen Standard des Investitionsschutzes enthalten, einschließlich eines allgemeinen Verbots der Diskriminierung gegenüber Inländern, einer Meistbegünstigungsklausel⁹⁸ sowie einer breiten Definition der Investitionen, die alle Vermögenswerte erfasst.⁹⁹ Der amerikanische Mustervertrag geht noch

⁹⁵ Eine ähnliche Situation des Interessenaustausches ließ sich bei den Verhandlungen der Uruguay-Runde feststellen, die zum Abschluss des TRIPS geführt hatten. Die Vergleichbarkeit beider Situationen basiert auf den folgenden Punkten: Erstens werden die geistigen Eigentumsrechte in modernen Investitionsabkommen immer als „Investitionen“ definiert, siehe dazu *Sacerdoti*, S. 308f., *Sornarajah*, S. 220ff. Zweitens wird durch das TRIPS ein effektiver Schutz solcher Rechte gewährt, der grundsätzlich sowohl für die Begünstigten bzw. die Inhaber dieser Rechte als auch für die Verpflichteten bzw. die Schutz gewährenden Staaten vorteilhaft sein soll – so wie es auch beim Investitionsschutz ist. Drittens stammen allerdings in der Realität die Inhaber solcher geschützten Rechte überwiegend aus den Industrieländern, und die Entwicklungsländer stellen Nettoimporteure dieser Rechte dar, was wiederum eine Parallele zur oben erwähnten ökonomischen Asymmetrie im Investitionsbereich aufweist. Viertens hatten aufgrund dieser Asymmetrie die Entwicklungsländer gefürchtet, dass das TRIPS ihnen mehr Verluste als Gewinne bringen würde, und die Inkorporation des TRIPS anfänglich verweigert – somit war die Ursache bzw. Begründung der anfänglichen Verweigerung dieselbe, die manche Entwicklungsländer im Zusammenhang mit dem MIA vorgebracht haben. Dass sie letztendlich das TRIPS jedoch akzeptiert hatten, ging sicherlich zum Teil auf den „package deal“ in der WTO zurück. Es ist auch erkennbar, dass ohne das TRIPS das Abkommen über Textilien und Bekleidungen nicht zustande gekommen wäre und mithin das letztere als gewisse Gegenleistung von den Industrieländern für die Akzeptierung des TRIPS durch die Entwicklungsländer betrachtet werden kann. Siehe dazu *Arup*, S. 183, *Hoekman/Kostecki*, S. 283f., *Jackson 1999*, S. 310f., *Ostry*, S. 287f.

⁹⁶ Deutscher Mustervertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Dezember 1998). Siehe etwa den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Thailand über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, BGBl. 2004 II, S. 48.

⁹⁷ Zu dem Prototypen der amerikanischen BITs, siehe den Treaty Between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of El Salvador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, unter <http://www.ustr.gov/pdf/bit-info.pdf>.

⁹⁸ Art. 3 des deutschen Mustervertrages und Art. 2 des amerikanischen Mustervertrages.

⁹⁹ Art. 1 des deutschen Mustervertrages und Art. 1 des amerikanischen Mustervertrages.

über den deutschen hinaus und sieht einen diskriminierungsfreien Marktzutritt vor.¹⁰⁰ Der geltende Vertragstext eines bestimmten BIT als das Endergebnis der Verhandlungen wird sich nach der Verhandlungsposition und -macht der jeweiligen Vertragspartei richten, die u. a. von der Nachfrage nach Investitionen vonseiten des Gaststaates, dem Potential der Investitionsangebote aus dem Heimatstaat sowie dem Marktpotential des Gaststaates abhängen. Angesichts des derzeitigen scharfen Wettbewerbs um ausländische Investitionen liegt es auf der Hand, dass die meisten Entwicklungsländer als Gaststaaten in den bilateralen Verhandlungen mit den Industrieländern unterlegen sind.¹⁰¹ Dies führt zu einer beachtlichen Ähnlichkeit der BITs.¹⁰² Diese Beobachtung scheint zu der oben erwähnten Feststellung, dass die einzelnen Standards in den BITs unterschiedlich sind, in Widerspruch zu stehen. Sie sind in der Tat aber komplementär und lediglich aufgrund eines unterschiedlichen Schwerpunktes bei der Betrachtungsweise zustande gekommen. Ähnlich sind die BITs also in ihrer Grundstruktur, da sie zur Annahme des Mustervertrages des jeweiligen Heimatstaates neigen,¹⁰³ der ein hohes Niveau an Investitionsschutz beinhaltet.¹⁰⁴

Die ähnliche Grundstruktur der BITs weist darauf hin, dass die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Staaten in Bezug auf den Schutz getätigter Investitionen nicht groß sind, so dass diese Struktur eine fundierte Basis für ein MIA darstellen kann. Dass die BITs den Investitionsschutz zu einem großen Maße bereits haben ermöglichen konnten, verringert den Wert eines MIA, der oben festgestellt wurde, nicht.

Die bestehenden Unterschiede hinsichtlich der Standards in den BITs bieten ein gutes Argument dafür, dass ein MIA auch in diesem Zusammenhang seinen positiven Beitrag zur Investitionsförderung leisten kann. Die Gegner eines MIA sehen hier allerdings den Grund für ihre Bevorzugung der BITs, weil die letzteren den Entwicklungsländern die Möglichkeit geben könnten, besonderen Bedürfnissen der einzelnen Länder entgegenzukommen. Diese These muss separat überprüft werden, je nach dem, ob es um den Schutz der getätigten Investitionen oder um den Marktzutritt geht, weil die meisten BITs keine Marktzugangszugeständnisse vorsehen und davon auszugehen ist, dass dieses auch so bleibt.

¹⁰⁰ Art. 2 des amerikanischen Mustervertrags.

¹⁰¹ *FitzGerald* nutzt die Daten von Bevölkerungszahl, Marktpotential und Einkommensniveau und unterteilt die Entwicklungsländer in zwei Gruppen: „large/strong“ und „small/weak“. Seiner Meinung nach sind nur die „large/strong“ Entwicklungsländer, die sechs Länder – Brasilien, China, Indien, Indonesien, Korea und Mexiko – umfassen, in der Lage, günstigere Ergebnisse durch bilaterale und regionale Abkommen als im Rahmen der multilateralen Verhandlungen zu erlangen, siehe *FitzGerald*, S. 41f.

¹⁰² Siehe *Lowenfeld 2002*, S. 474, *Sacedorti*, S. 302.

¹⁰³ Siehe *Sacedorti*, S. 300, vgl. *Herdegen*, S. 257, *UNCTAD WIR2003*, S. 89.

¹⁰⁴ Die EU fasst die Praxis der BITs ihrer Mitgliedstaaten dergestalt zusammen, dass die BITs „strong rights for investors and strong obligations on host governments“ nach der Zulassung der Investitionen vorgeschrieben haben und diese Standards auch von vielen Staaten in der Welt aufgenommen werden, siehe *Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/30*, vom 27.03.1998.

In Bezug auf den Investitionsschutz kann die Praxis wenige Nachweise für die Behauptung liefern, dass die BITs den besonderen Bedürfnissen des einzelnen (Entwicklungs-)Landes entgegenkommen könnten, denn trotz der existierenden Unterschiede ist in diesen Abkommen im Allgemeinen ein starker Schutz ausländischer Investitionen vorgesehen. Diesbezüglich haben die Entwicklungsländer ihre Flexibilität bzw. Souveränität bereits in großem Maße aufgegeben, die sie daher wohl auch im Rahmen eines MIA nicht mehr als bisher einzubüßen hätten. Angesichts der ungleichen Verhandlungsposition und -macht wäre die Hoffnung, in einem BIT ihre besonderen Bedürfnisse hervorzuheben, für die meisten Entwicklungsländer ohnehin eine Illusion.¹⁰⁵

Es wird behauptet, dass es immer im Interesse der Entwicklungsländer liege, ihre Souveränität hinsichtlich der Kontrolle über ausländische Investitionen so wenig wie möglich aufzugeben.¹⁰⁶ Dies wäre nur insofern – und zwar teilweise – zutreffend, als sich ein Entwicklungsland die *gleichen* Vorteile durch die kleinstmögliche Einbuße an Souveränität verschaffen wollte. Ist es jedoch nicht eine gängige Situation bei jeder wirtschaftlichen Verhandlung für jeden Verhandlungspartner, dass man den höchsten Gewinn mit den geringsten Kosten zu erzielen versucht?¹⁰⁷ Eine solche Beobachtung ist zu allgemein und statisch; sie sieht eher wie eine einseitige politische Erklärung als ein überzeugendes Argument aus. Die Tatsache, dass die Investitionsfrage stark mit der Souveränität eines Staates verknüpft ist, stellt als solche keinen soliden Grund dafür dar, ein MIA als unmöglich zu betrachten, denn diese Frage wird bereits durch die BITs behandelt. Was wirklich die Interessen eines Staates darstellt, ist nicht die Wahrnehmung und somit die Ablehnung der Aufgabe der Souveränität *per se* aus einer absoluten und isolierten Sicht heraus, sondern vielmehr der vernünftige Vergleich zwischen den Kosten und Vorteilen dieser Souveränitätseinbuße.

¹⁰⁵ Dies soll nicht der Fall für einige wenige Entwicklungsländer wie Brasilien, China und Indien sein, die aufgrund des Vorhandenseins einer guten Gewinnerwartung durch Investitionen einen größeren Verhandlungsspielraum besitzen und gegen die die Industrieländer nicht all ihre Forderungen hätten durchsetzen können. Die Positionen dieser Entwicklungsländer sind zudem unterschiedlich. Während China verhältnismäßig viele BITs abgeschlossen hat, ist Brasilien kaum BITs eingegangen. Das indische Engagement in diesem Zusammenhang ist mittelmäßig, es ist aber der aktivste Gegner eines MIA. In den meisten chinesischen BITs ist allerdings ein wichtiges Element des Investitionsschutzes – die Inländerbehandlung – nicht enthalten, siehe dazu *Chen*, S. 86f., *UNCTAD 1999b*, S. 16, 51f., *Zhou*, S. 119ff. Andererseits sind diese Entwicklungsländer jedoch in der Lage, im Ausland zu investieren, wie es oben erwähnt wurde. Mithin könnten sie durchaus die Vorteile eines MIA genießen, die einem Heimatstaat zugute kommen. Dies soll ihren Verlust bzw. die Aufgabe der Flexibilität, die sie bei einer bilateralen Verhandlung wohl in größerem Maße hätten, gewissermaßen kompensieren können.

¹⁰⁶ Siehe *Sornarajah*, S. 216.

¹⁰⁷ Es muss allerdings nicht immer so sein. Nicht selten gibt man gewisse Gewinnmöglichkeiten auf, um eine nachfolgende Zusammenarbeit zu ermöglichen. Indem diese Beobachtung die langfristigen Vorteile einer Kooperation nicht berücksichtigt, ist sie statisch.

Da im Zusammenhang mit dem Investitionsschutz ein MIA für die Entwicklungsländer, die bereits BITs abgeschlossen haben oder sie später abschließen möchten, keinen beträchtlichen Verlust an Souveränität im Verhältnis zum *Status quo* darstellen würde, sollte „die Multilateralisierung der BITs“¹⁰⁸ – nur hinsichtlich des Investitionsschutzes – zum einen eigentlich kein unüberwindbares Hindernis darstellen. Zum anderen würde auch die Verfolgung der Entwicklungsziele nicht sehr viel stärker beeinträchtigt, selbst wenn der unmittelbare Nutzen der Multilateralisierung als solcher für diese Verfolgung unklar wäre, wie manche Entwicklungsländer und Kommentatoren behauptet haben.¹⁰⁹ Außerdem besteht die Möglichkeit, in einem MIA bestimmte Ausnahmeklauseln zugunsten der Entwicklungen im Gaststaat zu verankern.

Die Situation ist anders im Zusammenhang mit der Marktzutrittsfrage, da in dieser Hinsicht in den meisten BITs keine Verpflichtungen enthalten sind und die Regulierung des Marktzutritts bzw. die Zulassung von Investitionen noch überwiegend unilateralen Maßnahmen überlassen wird. In Bezug auf die Zulassung könnte ein Gaststaat mithin seine Flexibilität in zweierlei Hinsicht wahrnehmen: Zum einen könnte er entscheiden, in welchen Sektoren ausländische Investitionen zugelassen werden; zum anderen könnte er den unilateral gewährten Marktzugang jederzeit zurückziehen.

Es muss klargestellt werden, dass das Zurückziehen des Marktzugangs *per se* die vorher getätigten Investitionen aufgrund der Verpflichtungen aus einem BIT nicht beeinträchtigen kann. Ganz im Gegensatz würden diese Investitionen bevorzugt, weil keine neuen ausländischen Konkurrenten mehr zugelassen würden. Stattdessen würde die Chancengleichheit anderer potentieller Investoren beeinträchtigt. Genauer betrachtet, hätte das Zurückziehen als solches mithin auch keine große Bedeutung für die Verfolgung der Entwicklungsziele, wenn festgestellt würde, dass die vorherige Liberalisierung in einem Sektor den Entwicklungsbedürfnissen nicht entspreche; denn eine derartige Feststellung

¹⁰⁸ Dieser Ausdruck wird hier wörtlich genommen, d. h. es wird die Frage gestellt, welche Auswirkungen die Multilateralisierung als solche haben würde, und zwar für die Entwicklungsländer insgesamt. Dass ein MIA höhere Standards als ein bestimmtes BIT enthalten könnte, bleibt vorerst außer Betracht, denn was hier diskutiert wird, ist die Aussicht auf ein MIA *per se* und nicht die konkreten Standards, die ein MIA enthalten würde. Andererseits würde sicherlich ein und dasselbe MIA verschiedene Souveränitätseinbußen für jedes einzelne Entwicklungsland bedeuten. Je weniger BITs ein Land abgeschlossen hat und je niedriger die Investitionsstandards in diesen BITs sind, desto größer wird die Souveränitätseinbuße für das jeweilige Land durch ein MIA sein.

¹⁰⁹ Diese Position wurde bereits im Abschnitt A dargestellt. Im Grunde genommen sieht die Argumentation wie folgt aus: Erstens sind Investitionen weder Allheilmittel noch der einzige Faktor der Entwicklung und die Investitionsabkommen auch keine (einzige) Determinante für die Standortentscheidung der Investoren. Zweitens ist der Beitrag eines Investitionsabkommens zur Entwicklung daher unbestimmt. Drittens ist für die Verfolgung der Entwicklungsziele die Beibehaltung der Flexibilität wichtig, ein MIA wird diese aber stärker beschränken. Dass jener Beitrag zur Entwicklung im Gaststaat quantitativ schwer zu messen ist, ist wahr. Diese quantitative Unbestimmbarkeit qualitativ zu bewerten, stellt allerdings nur eine subjektive Einschätzung dar.

könnte üblicherweise nur dann getroffen werden, wenn die Investitionen bereits zugelassen worden sind und funktionieren. Um den Zustand, der vor der Liberalisierung bestanden hatte, wieder herzustellen, müsste der Gaststaat die getätigten Investitionen beschränken oder sogar entziehen, was aber bedeuten würde, dass er seine Verpflichtungen zum Investitionsschutz aus einem BIT beachten müsste. Wenn der Gaststaat es trotzdem nach der Abwägung der Vorteile und Kosten als notwendig erachtete, entsprechende Maßnahmen zu treffen, könnte er auch unter einem MIA so handeln. Im Zusammenhang mit den getätigten Investitionen bleibt daher der Spielraum eines Staates mit oder ohne die Marktzutrittszugeständnisse unverändert. Mithin lässt sich feststellen, dass ein MIA durch die Stabilisierung der unilateralen Maßnahmen, die durch das Einschließen von Marktzugangszugeständnissen erreicht würde, auch die Chancengleichheit der potentiellen Investoren schützt. Dies würde dazu führen, dass ein Staat seine Zugeständnisse nur dann zurücknehmen dürfte, wenn er Ausgleichsmaßnahmen auf der Grundlage der Meistbegünstigung träge, wie das GATS es diesbezüglich vorsieht.¹¹⁰ Somit würden die Kosten des Zurückziehens durch ein MIA erhöht, d. h. die Flexibilität würde begrenzt. Dass die Zulassung zukünftiger Investitionen in den Sektoren, in denen Marktzugangszugeständnisse in einem MIA gewährt würden, völkerrechtlicher Disziplin unterläge, stellt offenbar eine Souveränitätseinbuße durch ein MIA dar. Jedoch ist es gerade wünschenswert, neue Investitionen in ausgewählten Sektoren anzureizen. Eine Kosten-Nutzen-Analyse bezüglich dieser Einbuße wird mithin den Kern der Abwägung eines Staates bei der Frage darstellen, ob ein Zugeständnis für einen Sektor gewährt werden sollte.

Es liegt auf der Hand, dass die Entwicklungsländer befürchten, durch ein MIA dazu verpflichtet zu werden, zu viele Sektoren zu liberalisieren bzw. das sogenannte „right to establish“ zu gewähren. Die Sorgen der Entwicklungsländer schließen auch die erhöhten Kosten der Zurücknahme der betreffenden Maßnahmen ein. Andererseits stellen gerade diese Kosten den Wert eines MIA dar, mithin sollte die Gewährung von Marktzugangszugeständnissen eigentlich zum unentbehrlichen Bestandteil eines MIA gehören. Zwischen diesen zwei Ansprüchen muss es allerdings kein unlösbares Dilemma geben. Eine „bottom-up“-Methode bezüglich der Gewährung der Marktzugangszugeständnisse könnte sowohl die Sorgen der Entwicklungsländer zerstreuen als auch den Wert eines MIA gewährleisten.¹¹¹ Der Liberalisierungsprozess wird dann

¹¹⁰ Art. XXI GATS.

¹¹¹ Die „bottom-up“-Methode, die im GATS angewendet wird, bedeutet, dass die betreffende Vertragspartei eine Liste von Sektoren aufstellt, in denen sie einen Marktzugang gewährt. Im Gegensatz zu dieser Methode verlangt die „top-down“-Methode von den Vertragsparteien, dass sie ein allgemeines Recht auf Marktzutritt gewähren und dieses nur mit einer negativen Liste von Sektoren begrenzen, in denen – als Ausnahme – kein Marktzutritt

progressiv sein, die Entwicklungsländer dürfen am Anfang je nach ihrem Entwicklungsstand weniger Zugeständnisse machen, vielleicht auch weniger im Vergleich mit dem *Status quo*. Somit könnte ein Entwicklungsland weiterhin, entsprechend seiner Entwicklung, seine Wirtschaft gegenüber ausländischen Investitionen selektiv liberalisieren; gleichzeitig wird das MIA an Wert gewinnen, indem die unilaterale Liberalisierung – wenn auch nur zum Teil – stabilisiert wird. Außerdem muss die Gewährung der Zugeständnisse nicht mit der Abschaffung aller Formen von Genehmigungsverfahren für die Tätigung der Investitionen gleichgesetzt werden. Solche Verfahren dürfte ein Staat weiter beibehalten, nur würde er dabei bestimmten Regeln aus dem MIA, z. B. dem Transparenzgebot, unterliegen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass erstens ein MIA kein Nullsummenspiel sein würde, sondern eine Win-Win-Situation bringen kann. Dies liegt vor allem daran, dass ausländische Investitionen sowohl den Heimatstaat als auch den Gaststaat begünstigen können, was bereits durch die allgemein freundliche Position zu ihnen in der Staatengemeinschaft bekräftigt wird. Dass ein MIA einen Zusatzwert in Bezug auf die Investitionsförderung hat, wurde oben eingehend dargelegt. Zweitens könnten die Vorteile eines MIA für verschiedene Länder hinsichtlich Art und Umfang unterschiedlich ausfallen, je nach dem konkreten *Status quo* im einzelnen Land. Im Allgemeinen würden die Länder mit einem bereits hohen Liberalisierungs- und Investitionsschutzniveau, darunter die Industrieländer, von einem MIA weniger in ihrer Rolle als Gaststaaten profitieren, sondern vielmehr als Heimatstaaten aufgrund des gestärkten Investitionsschutzes und der fortschreitenden Liberalisierung in anderen Staaten. Die letzteren könnten ihrerseits ausländische Investitionen stärker anreizen. Drittens bedeutet das Unterwerfen unter völkerrechtliche Verpflichtungen immer eine gewisse Souveränitätseinbuße. Die Hauptsache ist hierbei, dass man die Vor- und Nachteile dieser Einbuße anhand einer Kosten-Nutzen-Analyse abwägt und ein Ergebnis zugunsten des Nutzens ziehen kann. Dass das Ergebnis positiv aus der Sicht der Industrieländer ist, sollte außer Frage stehen, weil sie die „Nachfrager“ eines MIA sind. Die Zweifel vonseiten der Entwicklungsländer gehen darauf zurück, dass sie in der Realität die Vorteile schwächer als die Industrieländer wahrnehmen. Das bedeutet, dass es durchaus einen Interessenunterschied zwischen den beiden Ländergruppen gibt. Allerdings sollte diese Differenz aufgrund der oben ausgeführten Kosten-Analyse nicht unüberbrückbar sein. Viertens braucht mithin das

gewährt wird. Die „top-down“-Methode wird u. a. von den amerikanischen BITs gebraucht, siehe Art. 2 des amerikanischen Mustervertrages. Theoretisch können die zwei Methoden zu dem gleichen Niveau an Liberalisierung führen, jedoch bevorzugen die Entwicklungsländer die „bottom-up“-Methode, die sie als flexibler ansehen, siehe Note by Secretariat, WT/WGTI/W/118, vom 04.06.2002, para. 8.

Zustandekommen eines MIA ein Entgegenkommen sowohl vonseiten der Industrieländer als auch der Entwicklungsländer. Insbesondere sollten die letzteren einsehen, dass ihre Position und Macht ihnen keine günstigeren Ergebnisse bei bilateralen als bei multilateralen Verhandlung gewähren könnten.¹¹² Die existenten BITs legen ihnen bereits oft strenge Verpflichtungen hinsichtlich des Investitionsschutzes auf. Angesichts der Tatsache, dass ihr Bedürfnis nach ausländischen Investitionen eine Distanzierung vom Wettkampf um die Investitionen und somit vom Unterwerfen unter völkerrechtliche Verpflichtungen unmöglich macht, sollten die Entwicklungsländer besser auf ihre Vogel-Strauß-Politik verzichten. Stattdessen sollten sie ihre Gedanken darauf konzentrieren, ihre Verhandlungsstrategien zu korrigieren und zu koordinieren, damit ein weitestgehend entwicklungsfreundliches Resultat bei den künftigen multilateralen Verhandlungen erzielt werden kann. Die wenigen stärkeren Entwicklungsländer sollten zu der Einsicht gelangen, dass sie auch als Heimatstaaten potentieller Investitionen von der Teilnahme anderer Staaten, insbesondere anderer Entwicklungsländer, am MIA profitieren könnten, obwohl sie möglicherweise dabei einen kleineren Spielraum als bei den bilateralen Verhandlungen hätten.

C. Ist die WTO das richtige Forum?

Für die Gegner eines multilateralen Investitionsabkommens ist die Frage nach dem richtigen Forum eher zweitrangig, weil sie jegliche Foren hierfür ablehnen.

Die Argumente für die WTO als das richtige Forum sind oben zusammengefasst worden. Es hat sich gezeigt, dass diese Argumente einen integralen Bestandteil der Befürwortung eines MIA darstellen, denn immerhin betrifft die Debatte nicht irgendein MIA, sondern genau das im Rahmen der WTO. Im Folgenden werden die von den Befürwortern angeführten Vorteile näher untersucht, um zu überprüfen, ob die WTO tatsächlich das richtige Forum ist, und zwar mit dem Ziel als Richtschnur, die Verwirklichung des oben festgelegten Wertes eines MIA zu gewährleisten.

Die Argumentation basiert erstens auf den engen Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investitionen. Diese Beziehungen könnten sowohl negativer als auch positiver Natur sein, d.

¹¹² Die Unterlegenheit der Entwicklungsländer bei bilateralen Verhandlungen führt oft zu der Hoffnung, dass sie bei multilateralen Verhandlungen durch ihre kollektive Zusammenarbeit eine bessere Position erlangen könnten, siehe u. a. *FitzGerald*, S. 42, *UNCTAD WIR2003*, S. 95. Dies ist eine schwer nachzuweisende These. Einerseits wäre die Hoffnung hinsichtlich der schwachen Länder durchaus begründet, weil auch die stärkeren Entwicklungsländer bei multilateralen Verhandlungen hinzugezogen werden. Andererseits stellt deren im Vergleich zu den schwachen Ländern relativ bessere Position bei bilateralen Verhandlungen gerade die Grundlage der eher negativen Einstellung der stärkeren Entwicklungsländer zu einem MIA dar, insbesondere angesichts des scharfen Wettbewerbs um die ausländischen Investitionen. Mithin sprechen sowohl Gründe für – die Homogenität als Gaststaaten gegenüber den Industrieländern – als auch gegen eine kollektive Zusammenarbeit der Entwicklungsländer, nämlich ihre Heterogenität untereinander.

h. Handel und Investitionen könnten sich gegenseitig ersetzen oder aber auch einander ergänzen. Diese auf zwei gegenläufige Richtungen hinweisenden Beziehungen könnten dazu führen, dass eine Kausalität zwischen Handel und Investitionen, d. h. eine Antwort auf die Frage, ob Investitionszuflüsse eine Steigerung der Ausfuhr verursachen oder umgekehrt, im Allgemeinen nicht festgelegt werden könnte. Dies steht allerdings der Existenz der Wechselbeziehungen nicht im Weg, weil beide Arten von Beziehungen auf einen engen Zusammenhang zwischen Handel und Investitionen hindeuten.¹¹³ Die Handelspolitik könnte die Investitionsstrategien beeinflussen, beispielsweise könnten hohe Zölle zu den „Tariff-jumping“-Investitionen führen, und niedrige Zölle könnten die auf Exporte ausgerichteten Investitionen anreizen.¹¹⁴ Die TRIMs wiederum stellen die typische Form einer Investitionspolitik dar, die den Handel beeinträchtigt. Da die WTO die Handelspolitik reguliert, ist sie das richtige Forum für ein MIA, um mit den Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investitionen zurechtzukommen.

Diese Wechselbeziehungen reflektierend, berühren zweitens die existenten WTO-Abkommen bereits bestimmte Teile der internationalen Investitionen. Das GATS stellt ein Beispiel für die Inkorporation internationaler Investitionen in die WTO dar, indem es Dienstleistungen durch ausländische Investitionen als eine Art des Dienstleistungshandels betrachtet und damit ausländische Investitionen in Dienstleistungssektoren unmittelbar reguliert. Deswegen hatten manche WTO-Mitglieder temporäre Freistellungen von der Meistbegünstigungsverpflichtung im GATS aufgrund der BITs gemacht. Mit dem Ablauf der Freistellungen wird die Beziehung zwischen den GATS-Verpflichtungen und den BITs schwierige rechtliche Probleme aufwerfen.¹¹⁵ Zudem darf man die Bedeutung des GATS für die ausländischen Investitionen niemals unterschätzen, denn die Investitionen in den Dienstleistungssektoren betragen bereits 60% der gesamten ausländischen Investitionen im Jahre 2002, und dieser Anteil wird weiter steigen.¹¹⁶ Die Liberalisierung durch das GATS und somit seine rechtliche Gestalt werden die Struktur ausländischer Investitionen prägen. Das TRIPS reguliert den Schutz des geistigen

¹¹³ Für die Festlegung der engen Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investitionen ist der Unterschied von zweitrangiger Bedeutung, ob die Beziehungen substituierender oder ergänzender Natur sind, siehe *WTO Annual Report 1996*, S. 49.

¹¹⁴ *Ibid.*, S. 51. Zur Analyse der Wechselbeziehungen zwischen Handelsbeschränkungen und Investitionen, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 340ff.

¹¹⁵ Dazu siehe *Sauvé 1997*, S. 65-67.

¹¹⁶ Siehe *UNCTAD WIR2004*, S. 97ff. Die Verlagerung der Investitionen auf die Dienstleistungssektoren ist das zentrale Thema vom *UNCTAD WIR2004*. Diese Gewichtsverlagerung geht auf die folgenden Faktoren zurück: a) sie entspricht der steigenden Bedeutung der Dienstleistungen in der Wirtschaft; b) aufgrund ihrer nicht gegebenen Lagerfähigkeit sind die ausländischen Investitionen für manche Dienstleistungen unentbehrlich; c) im Vergleich zur Warenproduktion ist der Grad der Globalisierung in den Dienstleistungssektoren viel niedriger, so dass das Potential der Investitionen in diesen Bereichen hoch ist; d) die Liberalisierung der Dienstleistungsbranchen u. a. durch das GATS.

Eigentums, das in vielen BITs zu den Investitionen zählt. Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen verpflichtet die Vertragsparteien, einen im Inland niedergelassenen Lieferanten nicht aufgrund des Grades der ausländischen Zugehörigkeit oder des ausländischen Eigentums diskriminierend zu behandeln. Das TRIMs verbietet bestimmte handelsbezogene Investitionsmaßnahmen. Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen betrifft bestimmte Investitionsanreize, die als Subventionen in den Anwendungsbereich dieses Abkommens fallen könnten.

Der obige Überblick erbringt einerseits den Nachweis für den engen Zusammenhang zwischen Handel und Investitionen, der bereits von den WTO-Mitgliedern anerkannt wurde und die Struktur der WTO-Rechtsordnung prägt. Die Existenz der oben genannten Abkommen weist darauf hin, dass ein MIA sich gut in das Gefüge des WTO-Rechts einpassen kann. Dies liegt daran, dass prinzipielle Parallelitäten zwischen dem letzteren und der internationalen Regulierung der Investitionen bestehen. Sie haben u. a. dieselbe Zielsetzung, nämlich die Nichtdiskriminierung in der internationalen Wirtschaft, sie erlegen den nationalen Regierungen Verpflichtungen auf und regulieren die staatlichen Maßnahmen.¹¹⁷

Andererseits offenbart der kurze Überblick die Fragmentierung der Regulierung der internationalen Investitionen und potentielle Konflikte mit den BITs. Mithin könnte ein Investitionsabkommen in der WTO die investitionsbezogenen WTO-Regeln „defragmentieren“ und deren Konflikte mit anderen Investitionsabkommen auflösen. Seine Inkorporation in die WTO könnte zur Kohärenz der internationalen Regeln über Investitionen, der WTO-Regeln sowie der völkerrechtlichen Regulierungen von Handel und Investition beitragen und damit ein kohärentes Regelungssystem für internationale wirtschaftliche Tätigkeiten schaffen.¹¹⁸

Für die Kommentatoren, die ein MIA für unnötig halten, ist die Existenz der oben erwähnten WTO-Abkommen ein wichtiges Element für die Begründung ihrer Meinung, dass nämlich der Marktzutritt für einen großen Teil der ausländischen Investitionen, nämlich die in den Dienstleistungssektoren, bereits durch das GATS progressiv liberalisiert werden kann. Dabei wird die Schwierigkeit, ein umfassendes MIA auszuhandeln, was auch für diese Autoren langfristig die beste Lösung wäre, aufgrund des jetzigen Widerstandes einiger Entwicklungsländer betont.¹¹⁹ Mithin soll ein derartiger Vorschlag, Marktzutritt mittels des GATS für Investitionen zu fördern, eine Zwischenlösung auf dem Weg zu einem MIA sein. Dahinter verbirgt sich allerdings die Hoffnung, dass die Entwicklungsländer in den

¹¹⁷ Siehe *Lloyd*, S. 347.

¹¹⁸ Vgl. *Lloyd*, S. 347, *Sauvé* 1997, S. 58.

¹¹⁹ Siehe *Hoekman/Saggi*, S. 23f., *Kennedy*, S. 164.

Dienstleistungssektoren, in denen ihre Wettbewerbsfähigkeit noch schwächer ausgeprägt ist, weitere Verpflichtungen zur Liberalisierung übernehmen, und zwar wohl ohne Gegenzugeständnisse in anderen Bereichen. Dieser Optimismus steht der Voraussetzung ihres Vorschlages entgegen, dass nämlich die Diskrepanz zwischen den Entwicklungs- und Industrieländern unüberbrückbar sei. Daher muss die Realisierbarkeit eines solchen Vorschlages das Entgegenkommen beider Seiten voraussetzen, das, wie oben erklärt, eigentlich direkt ein MIA – das langfristige Ziel dieser Zwischenlösung – ermöglichen könnte. Andererseits entlarvt der Vorschlag, wenn er denn als realistisch betrachtet wird, die Realität, vor der die Entwicklungsländer ihre Augen nicht verschließen dürfen. Sie unterliegen nicht nur den Verpflichtungen hinsichtlich des Investitionsschutzes aus den BITs, sondern auch dem Druck zur Liberalisierung aus dem GATS. Bevor sie nun weitreichende Zugeständnisse im GATS machen müssten, wäre es also besser für sie, in Bezug auf das MIA aktiv zu agieren und zu versuchen, Zugeständnisse in anderen Bereichen im Gegenzug für den Marktzutritt der Investitionen, auch in Dienstleistungssektoren, zu erlangen. Damit wird der dritte Vorteil von der WTO als Forum für ein MIA ans Licht gebracht.

Die Inkorporation in die WTO kann ein „package deal“ ermöglichen. Wie oben bereits erwähnt, werden die Verpflichtungen in einem MIA in rechtlicher Hinsicht zwar ausgewogen sein, vielleicht sogar die Entwicklungsländer begünstigen, jedoch werden letzteren bei der Ausnutzung ihrer Vorteile durch die ökonomische Realität Grenzen gezogen, da ihnen insbesondere die den Heimatstaaten zugeordneten Vorteile nicht zugute kommen werden. Dies stellt den grundlegenden ökonomischen Hintergrund der Abneigung der Entwicklungsländer gegenüber einem MIA dar. Diese Interessenwahrnehmung sollten die Industrieländer einsehen und ihre Bereitschaft zu einem „package deal“ erkennen lassen. Ein Deal könnte sicherlich sowohl innerhalb als auch außerhalb der WTO durch das Ausbalancieren der Verpflichtungen von Gaststaaten, Heimatstaaten und Investoren in einem Investitionsabkommen zustande kommen. Darüber hinaus bietet aber die Inkorporation in die WTO andere Ausgleichsmöglichkeiten in verschiedenen Bereichen, die dann nur in der WTO möglich sind, und damit einen größeren Verhandlungsspielraum. Beispielsweise könnten die Marktzugangszugeständnisse für Investitionen vonseiten der Entwicklungsländer durch die Zugeständnisse von Industrieländern in den Sektoren der Dienstleistungen durch natürliche Personen ausgeglichen werden.¹²⁰ Da die Zugeständnisse von Industrieländern für Textilprodukte in der Uruguay-Runde durchaus als Gegenleistung für die Akzeptierung des

¹²⁰ Zu den Interessen der Entwicklungsländer in diesen Sektoren, siehe u. a. *Chanda*, S. 632, *Hertel/Hoekman/Martin*, S. 15, *Mattoo/Olarreaga 2000b*, S. 3.

TRIPS vonseiten der Entwicklungsländer betrachtet werden können,¹²¹ sollte die effektive Implementierung derartiger Zugeständnisse eine wichtige Bedeutung haben, um das Vertrauen der Entwicklungsländer zu gewinnen und sie zu davon überzeugen, einen nächsten Deal in Bezug auf ein MIA einzugehen.

Viertens hat die WTO als ein multilaterales Regime eine effektivere Durchsetzungsmöglichkeit als fast alle anderen multilateralen Abkommen. Dies liegt daran, dass die WTO als ein gemeinsamer institutioneller Rahmen für die Wahrnehmung der Handelsbeziehungen zwischen ihren Mitgliedern¹²² zwei Charakteristika besitzt, die ihre Einheitlichkeit und Effektivität gewährleisten: eine einheitliche Verpflichtungsstruktur¹²³ und einen einheitlichen verbindlichen Streitbeilegungsmechanismus¹²⁴. Die einheitliche Verpflichtungsstruktur macht einen einheitlichen Standard der Verpflichtungen aus der Welthandelsordnung möglich und erhöht die Überschaubarkeit und Berechenbarkeit der gegenseitigen Verpflichtungen.¹²⁵ Der einheitliche, obligatorische und exklusive Streitbeilegungsmechanismus gewährleistet die Durchsetzung der multilateralen Disziplin und die Einhaltung der einheitlich vereinbarten Verpflichtungen.¹²⁶ Dazu hat die WTO ein weiteres Charakteristikum aufzuweisen, das quasi als Fortsetzung der einheitlichen Verpflichtungsstruktur betrachtet werden kann, nämlich die „cross retaliation“. Darunter versteht man die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten gegenüber dem vertragsverletzenden Mitglied in einem anderen Wirtschaftssektor als dem Bereich, in dem sich die Vertragsverletzung ausgewirkt hat, der u. a. auch durch ein anderes Abkommen als das verletzte im Rahmen der WTO geregelt sein kann.¹²⁷ All diese Charakteristika haben die Effektivität der WTO-Rechtsordnung im Vergleich zu anderen völkerrechtlichen Verträgen gestärkt, so dass die Durchsetzung der Regeln in einem MIA im Rahmen der WTO besser gewährleistet werden sollte als in anderen Foren.¹²⁸

Es wäre vorstellbar, dass manche Entwicklungsländer befürchten könnten, später mit Repressalien infolge ihrer möglichen Verletzungen eines MIA im Rahmen der WTO konfrontiert zu werden. Man sollte jedoch einsehen, dass erstens Repressalien von anderen Staaten auch ohne Ermächtigung durch die WTO unilateral eingesetzt werden könnten. Vor

¹²¹ Siehe Fn. 95.

¹²² Art. II Abs. 1 WTOA.

¹²³ Art. II Abs. 2 WTOA. Dazu eingehend *Meng*, S. 48ff. Dieser „single undertaking approach“, als Gegensatz zum „a la carte approach“ aus der Tokio-Runde, hat das ernsthafte Problem des alten GATT – die Fragmentierung – überwunden, vgl. *Bhala/Kennedy*, S. 14, *Jackson 1999*, S. 47, *Petersmann*, S. 191f.

¹²⁴ Art. 1 Abs. 1 DSU.

¹²⁵ Siehe *Meng*, S. 48.

¹²⁶ Dazu eingehend *Meng*, S. 59ff.

¹²⁷ Art. 22 Abs. 3 DSU. Zur Bedeutung der „cross retaliation“ für ein MIA, siehe *FitzGerald*, S. 43.

¹²⁸ Vgl. *Brittan*, S. 276, *Watson/Flynn/Conwell*, S. 256.

einem Panel die eigene Maßnahme zu rechtfertigen bzw. eine Unterwerfung unter die „rule of law“ wäre besser, als der „rule of power“ zu unterliegen. Noch wichtiger ist, dass Repressalien im WTO-Recht erst dann möglich sind, wenn die betreffende Maßnahme als gegen das WTO-Recht verstoßend festgestellt und nicht zurückgezogen wird. Mithin sollte die Befürchtung dadurch relativiert werden, dass die Entwicklungsländer durch ein aktives Engagement in den Verhandlungen ein weitestgehendes entwicklungsfreundliches MIA erlangen könnten. Wenn dies der Fall wäre, wären die Entwicklungsländer sogar weniger Repressalien infolge ihrer Verfolgung der Entwicklungsziele ausgeliefert als ohne ein MIA. Andererseits wären sie gezwungen, sich von Pseudo-Entwicklungsmaßnahmen fern zu halten, was langfristig vorteilhaft wäre. Nicht zuletzt bestünde die Möglichkeit, dass die Entwicklungsländer ihrerseits ein Zurückziehen von Marktzugangszugeständnissen aus dem MIA als Repressalien gegen die Verletzung anderer WTO-Verträge durch die Heimatstaaten einsetzen könnten, wobei natürlich die Vor- und Nachteile von Fall zu Fall abzuwägen wären. Fünftens hat die WTO ausreichende Erfahrungen in der Organisation multilateraler Verhandlungen von Marktzugangszugeständnissen, die einen wichtigen Bestandteil des Zusatzwertes eines MIA bilden.

Sechstens hat die WTO zurzeit knapp 150 Mitglieder, dazu befinden sich mehr als 20 Staaten im Beitrittsprozess. Kein multilaterales Abkommen kann die Bezeichnung „multilateral“ daher besser verdienen als im Rahmen der WTO mit einer so breiten Mitgliedschaft.

Handel und Investitionen hängen eng zusammen, die WTO schließt bereits Teilbereiche internationaler Investitionen in ihre Regulierung ein und bietet – im Vergleich zu anderen internationalen Foren – eine effektivere Durchsetzungsmöglichkeit der multilateralen Disziplin, einen ausreichenden Verhandlungsspielraum sowie wertvolle administrative Erfahrungen. Mithin sollte die WTO das richtige Forum für ein multilaterales Investitionsabkommen darstellen.

D. Brennpunkt der Problematik: Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung

Ein multilaterales Investitionsabkommen sollte eigentlich im Interesse aller Vertragsparteien liegen,¹²⁹ die Diskrepanz zwischen den Entwicklungs- und Industrieländern sollte nicht unüberbrückbar sein. Im Brennpunkt der Problematik um ein MIA sollte daher nicht der

¹²⁹ Freilich könnte ein Staat in bestimmten Fällen andere Zielsetzungen, wie z. B. die nationale Sicherheit, als vorrangig gegenüber der Investitionsförderung ansehen. Es ist jedoch üblich, in völkerrechtlichen Verträgen vorzusehen, dass gewisse Ausnahmen für jene Ziele unter vereinbarten Bedingungen geltend gemacht werden können. Somit geht es hierbei eher um die Frage, wie ein Abkommen konstruiert werden soll, als um den grundlegenden Wert des Abkommens.

Zweifel an seinem grundlegenden Wert, sondern seine Verpflichtungsstruktur stehen. Schließlich ist sie entscheidend für jeden einzelnen Staat mit seinen unterschiedlichen Interessen, wenn er seine individuellen Vorteile und Kosten durch ein MIA gründlich abwägen will. Mithin bleibt ein MIA in der WTO weiterhin wünschenswert. Der Ausschluss aus der Doha-Runde sollte nicht das Ableben der Bemühungen bedeuten, eine multilaterale Disziplin zur Regulierung ausländischer Investitionen zu schaffen. Zu diesen Bemühungen gehört die Klärung der wichtigsten Konzepte eines künftigen MIA: Definition der Investitionen, Transparenz, Nichtdiskriminierung, Modalitäten der Zugeständnisse hinsichtlich des Marktzugangs, Vorschriften zugunsten der Entwicklung, Ausnahmeklauseln usw.¹³⁰

Sowohl in den BITs als auch im WTO-Recht stellt die nichtdiskriminierende Behandlung eine unentbehrliche Verpflichtung dar, die durch zwei zentrale Normen – die Meistbegünstigungsklausel und das Gebot der Inländerbehandlung – funktioniert.¹³¹ Auf den Sitzungen der WGTI hatten intensive Diskussionen über die Nichtdiskriminierung stattgefunden. Allerdings ging die Debatte dort nicht die Frage an, ob das Prinzip überhaupt in einem MIA vorzusehen ist, sondern die Auseinandersetzungen fokussierten auf die Problematik, wie die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung angewendet werden sollen. Mithin sollte es keinen Zweifel daran geben, dass die Nichtdiskriminierung ein integraler Bestandteil eines zukünftigen MIA sein wird. Vielmehr benötigt wird die Klärung von Detailfragen hinsichtlich der Nichtdiskriminierung bzw. der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung, um diesbezüglich zu einem Kompromiss zu kommen, dessen Bedeutung für das Zustandekommen eines MIA keinesfalls zu unterschätzen ist.

Die Erforschung der Nichtdiskriminierungsklauseln in den völkerrechtlichen Verträgen einschließlich der einschlägigen Rechtsprechung stellt den Kern dieses Klärungsvorganges dar. Es liegt auf der Hand, dass die Investitionsabkommen zu diesen Verträgen gehören, wenn man versucht, eine Antwort auf die Frage nach der Konstruktion und Interpretation dieser Klauseln in einem MIA zu geben. Die Untersuchungen dieser Abkommen wurden in der Literatur zum Teil durchgeführt, sind aber meistens nicht eingehend genug, insbesondere wurde die einschlägige Rechtsprechung nicht berücksichtigt.¹³² In der vorliegenden Arbeit wird versucht, diese Lücke zu füllen.

¹³⁰ Doha Ministerial Declaration, para. 22.

¹³¹ Zur zentralen Bedeutung der Nichtdiskriminierung im WTO-Recht siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 29, *Jackson 1995*, S. 27f., *Jackson/Davey/Sykes*, S. 417, *Senti 1999*, S. 48. Im Zusammenhang mit den BITs siehe *OECD 2004*, S. 16, *Sarcedoti*, S. 340, *UNCTAD 1999a*, S. 3, *UNCTAD 1999b*, S. 3, *UNCTAD WIR2003*, S. 89.

¹³² Siehe etwa *Chen*, S. 67ff., *Kurtz 2002*, S. 732ff.

Ebenfalls wichtig sind die Abkommen im Rahmen der WTO und die einschlägige Rechtsprechung. Die Bedeutung der Erforschung dieser Materialien besteht zum einen in ihrem Einfluss auf die völkerrechtliche Praxis im Allgemeinen. Das WTO-Recht ist kein von den anderen Teilen des Völkerrechts isoliertes Regime.¹³³ Dies bedeutet einerseits, dass das WTO-Recht andere völkerrechtliche Quellen beachten muss, wie es bereits in einigen Klauseln in den WTO-Abkommen vorgeschrieben¹³⁴ und von den Streitbeilegungsorganen in ihren Entscheidungen mehrmals bekräftigt wird.¹³⁵ Andererseits leistet das WTO-Recht auch wichtige Beiträge zur Entwicklung des Völkerrechts. Solche modellhaften Beiträge beziehen sich nicht nur auf institutionelle Aspekte,¹³⁶ sondern auch auf die Interpretation einiger wichtiger Normen, die sowohl im WTO-Recht als auch in anderen internationalen Verträgen von Bedeutung sind.¹³⁷ Beispielsweise zitierte das NAFTA-Schiedsgericht im *Myers*-Fall die WTO-Rechtsprechung in Bezug auf die Interpretation des „like product“, um seine Interpretation des Begriffs „like circumstances“ in Art. 1102 NAFTA zu unterstützen.¹³⁸ Zum anderen gibt es aufgrund der Besonderheit des zukünftigen MIA ein weiteres Argument, um den Nichtdiskriminierungsklauseln in den WTO-Abkommen eine besondere Relevanz beizumessen: Das Abkommen soll in die WTO-Rechtsordnung inkorporiert werden. Ziel dieser Inkorporation ist die Ausnutzung der Vorteile, die die WTO bieten kann, d. h. u. a. die innere Kohärenz des WTO-Rechts zu fördern und die Effektivität der geltenden WTO-Rechtsordnung auszunutzen. Um dies zu erreichen, sollte das neue Abkommen in die einheitliche Verpflichtungsstruktur mit einbezogen werden und die Regimekohärenz der WTO nicht erodieren.

Wie diese Regimekohärenz gewährleistet wird, soll durch die sogenannte Regimetheorie erklärt werden. Wegen des Fehlens einer zentralen Autorität wurde die Regimetheorie von

¹³³ Appellate Body Report „*US - Gasoline*“, S. 17. *Dunoff* stellt die Frage: „where the WTO and international trade law fit into the larger international law universe“, was seiner Ansicht nach eine zentrale Problematik in der Debatte um das WTO-Recht darstellt, siehe *Dunoff*, S. 70ff.

¹³⁴ Beispielsweise sieht Art. 3(2) DSU vor: „The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements *in accordance with customary rules of interpretation of public international law*.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

¹³⁵ Dabei werden verschiedene völkerrechtliche Quellen berücksichtigt: i) andere multilaterale Konventionen: Appellate Body Report „*US - Shrimp*“, para. 130, 168-176; ii) bilaterale Abkommen zwischen den Streitparteien: Panel Report „*EC - Poultry*“, para. 2.02, Appellate Body Report „*EC - Poultry*“, para. 85; iii) Völkergewohnheitsrecht: Appellate Body Report „*EC - Hormones*“, para. 123.

¹³⁶ Siehe *Hu*, S. 161ff.

¹³⁷ *Weiler* betrachtet den Appellate Body als „the *de facto* “Supreme Court” “ für internationales Wirtschaftsrecht angesichts der Qualität seiner Entscheidungen, siehe *Weiler 2004a*, S. 11. Für *Verhoosel* kann das WTO-Recht nicht nur einen interpretativen Kontext für die BITs, sondern auch das anwendbare Recht für die BITs, die den Ausdruck „in accordance with international law“ oder Ähnliches enthalten, darstellen, weil das WTO-Recht bereits Teilbereiche der Investitionen erfasst hat, siehe *Verhoosel 2003*, S. 493ff.

¹³⁸ *Myers*, Partial Award, para. 244.

den Politologen entwickelt, um die internationale Kooperation zu erklären.¹³⁹ Das Wort „Regime“ in dieser Theorie als ein Fachbegriff der Internationalen Beziehungen – anders als in der deutschen politischen Alltagssprache, die unter einem „Regime“ ein autoritäres Herrschaftssystem versteht – bedeutet „kooperative, internationale Institutionen oder Ordnungen“.¹⁴⁰ Die klassische Definition für Regime wurde von Krasner im Jahre 1983 aufgestellt: „sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations“.¹⁴¹ „Prinzipien interpretieren die Realität, in der kooperiert werden soll, als Sollzustand. Sie enthalten für die Akteure übereinstimmende Zustandsbeschreibungen, Zielvorstellungen und Zweck-Mittel-Relationen. Normen legen die Verhaltensrichtlinien der Akteure im Sinne von Rechten und Pflichten fest.“¹⁴² Prinzipien und Normen seien entscheidende Merkmale eines Regimes. Ihre Änderung führe zur Änderung des Regimes selbst.¹⁴³

Hier wird die Bedeutung eines Regimes für die internationalen Beziehungen im Allgemeinen aus politikwissenschaftlicher Sicht nicht eingehend diskutiert.¹⁴⁴ Vielmehr wird die Regimetheorie angewendet, weil sie für die Analyse des Funktionierens der WTO-Rechtsordnung ein sinnvoller und erfolgversprechender Ansatz zu sein scheint,¹⁴⁵ weil das multilaterale Handelsregime, das auf der internationalen Organisation WTO basiert, ein gutes

¹³⁹ Siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 25.

¹⁴⁰ Siehe *Rode*, S. 1.

¹⁴¹ Siehe *Krasner* S. 2.

¹⁴² Siehe *Rode*, S. 1, vgl. *Krasner*, S. 2.

¹⁴³ D. h. nicht nur zu einer Änderung *innerhalb* des Regimes. Siehe *Krasner*, S. 4.

¹⁴⁴ Ein Regime wird als die eingreifende Variable zwischen den grundlegenden kausalen Faktoren, wie Macht, Interesse und Wert, einerseits und den Ergebnissen sowie Verhaltensweisen andererseits konzeptualisiert, siehe *Krasner*, S. 1. Mithin sind zwei Fragen in Bezug auf die Bedeutung eines Regimes zu beantworten. Zum einen gibt es verschiedene Antworten auf die Frage, ob und inwieweit ein Regime die Verhaltensweisen der Beteiligten und deren Ergebnisse beeinflusst: Einige betrachten Regime als das durchdringende Merkmal des internationalen Systems; andere sehen es als irreführend an, weil es die grundlegenden Wirtschafts- und Machtverhältnisse verdeckt; der vermittelnden Meinung nach kann ein internationales Regime unter bestimmten Voraussetzungen signifikante Auswirkungen selbst in einer anarchischen Welt haben, die grundlegende Funktion eines Regimes sei es, die staatlichen Verhaltensweisen zu koordinieren, was in vielen Fällen wünschenswert sei, siehe dazu *Krasner*, S. 5ff. Zum anderen werden auch die Beziehungen zwischen einem Regime und seinen kausalen Faktoren, d. h. der Herausbildung und dem Funktionieren eines Regimes, unterschiedlich dargelegt, siehe *Kelly*, S. 556ff., *Krasner*, S. 11ff., *Yu*, S. 416ff. Die dominierende Theorie besagt, dass ein internationales Regime zur Förderung der staatlichen Eigeninteressen beitragen kann, siehe *Krasner*, S. 11f., *Yu*, S. 416f.

¹⁴⁵ Siehe *Rode*, S. 2, vgl. dazu *Yu*, S. 416ff. *Yu* nutzt die Regimetheorie für eine Analyse des Schutzregimes der geistigen Eigentumsrechte. Der Hintergrund der Entwicklung der Regimetheorie war es, den Erfolg internationaler Institutionen, u. a. des GATT, besser zu verstehen und zu erklären, siehe *Shell*, S. 858f.

Beispiel für ein Regime darstellt¹⁴⁶ und weil die Akzeptanz für ein multilaterales Welthandelsregime bereits historisch belegt wurde.¹⁴⁷

Ein multilaterales Regime hat seine eigenen Prinzipien, durch die es sich von einem plurilateralen oder bilateralen Regime unterscheidet. Nach der Auffassung von Ruggie und Wilkinson ist das erste und wichtigste dieser Prinzipien die „Indivisibility“, unter der die Konvergenz der Interessen der Mitgliedstaaten in der Form der Unteilbarkeit zu verstehen ist, und in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen manifestiere sich die „Indivisibility“ in der Form des Nichtdiskriminierungsprinzips.¹⁴⁸ Unter dem Blickwinkel der Regimetheorie stellt mithin die Nichtdiskriminierung das grundlegende Prinzip des WTO-Regimes dar.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass gemäß der Regimetheorie ein „WTO-konformes“ MIA und die Übernahme der grundlegenden Prinzipien des WTO-Regimes – vor allem die Nichtdiskriminierung – erforderlich sind, weil dies die Voraussetzung für eine sinnvolle Inkorporation des Investitionsabkommens in die WTO darstellt; ansonsten würden die Ziele der Inkorporation verfehlt und die Effektivität der geltenden WTO-Rechtsordnung sowie die Kohärenz des WTO-Regimes erodiert. Infolgedessen stellt sich die Frage, wie das Prinzip der Nichtdiskriminierung im neuen Investitionsabkommen angewendet werden soll, um die Effektivität und Kohärenz der WTO sicherzustellen. Die Antwort darauf ist noch nicht in den Veröffentlichungen zu finden und stellt einen wichtigen Beitrag meiner Arbeit dar.

Durch die Erforschung der WTO-Abkommen und der internationalen Investitionsverträge wird die normative Basis für einen Gesetzesvorschlag hinsichtlich der Nichtdiskriminierung im neuen Investitionsabkommen geschaffen. Dabei sollen einerseits die Gemeinsamkeiten festgestellt, andererseits die Probleme entlarvt werden. Nach der sich anschließenden Untersuchung des politischen Willens der WTO-Mitglieder werden dann die unterschiedlichen Gewichte auf der Waage gewogen. Mit dem Ziel, die Kohärenz des WTO-Rechts zu gewährleisten, die möglichen Probleme aufzufangen und die verschiedenen Interessen der WTO-Mitglieder zu berücksichtigen, werden die Konstruktion sowie die

¹⁴⁶ Siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 25, *Kelly*, S. 551.

¹⁴⁷ Siehe *Rode*, S. 5ff. Historisch auf die Erfahrungen mit der Weltwirtschaftskrise vor dem Zweiten Weltkrieg zurückgehend, bestand ein Regimebedarf in der „Erwartungsstabilität für kooperatives Verhalten, was nach gängiger liberaler Einschätzung eine internationale Institution besser garantieren könnte, als eine Anhäufung bilateraler Vereinbarungen oder etwa ein Hegemon bzw. eine Gruppenhegemonie“. Der Wert des GATT-Regimes werde durch die Expansion des Welthandels dokumentiert, dabei sei ein kausaler Zusammenhang zwar schwierig nachzuweisen, aber plausibel. Die Fortentwicklung zu einem gestärkten Regime in der WTO belege die hohe Akzeptanz für ein Handelsregime, dazu trage auch bei, dass es sich nicht als Herrschaftsplattform für den Gründungshegemonialstaat USA erwiesen habe. Durch das WTO-Regime seien die Einzelinteressen der Staaten besser kooperativ eingebunden worden als vorher. Dass es sich dabei um einen wichtigen Schritt von einer machtorientierten zu einer regelorientierten Welthandelspolitik handele, sei eine begründete Feststellung.

¹⁴⁸ Siehe *Ruggie*, S. 571ff., *Wilkinson*, S. 3, 39ff.

Interpretation der beiden Nichtdiskriminierungsnormen in einem MIA beraten werden, was zum Erfolg der künftigen Verhandlungen des Abkommens beitragen soll.

Zudem muss darauf hingewiesen werden, dass die Anwendung des Nichtdiskriminierungsprinzips auch einen engen Zusammenhang zu anderen Konzepten aufweist, beispielsweise den Marktzugangszugeständnissen.¹⁴⁹ Daher werden auch solche Elemente bei der folgenden Untersuchung Berücksichtigung finden.

¹⁴⁹ Note by Secretariat, WT/WGTI/W/118, vom 04.06.2002.

III. Teil

Nichtdiskriminierung im WTO-Recht

Die Nichtdiskriminierung im WTO-Recht funktioniert durch die Meistbegünstigung sowie Inländerbehandlung, welche zwei fundamentale Normen in den Abkommen der WTO-Rechtsordnung sind. Diese Normen enthaltende Klauseln sind: Art. I und III GATT, Art. III und XVI GATS, Art. 3 und 4 TRIPS. Indem diese Normen die Mitgliedstaaten zu bestimmten Verhalten verpflichten, stellen die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dar. Weil solche Verpflichtungen so fundamental für das WTO-Regime sind, dass sie seinen Sollzustand beschreiben, werden die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung als Prinzipien des WTO-Regimes angesehen, die zwei Komponenten des Prinzips der Nichtdiskriminierung sind und es konkretisieren. Mithin werden die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung in der Literatur je nach Kontext als Prinzipien, Verpflichtungen oder Normen bezeichnet.¹⁵⁰ Unabhängig von solchen unterschiedlichen Bezeichnungen wird allerdings auf denselben Inhalt hingewiesen, ohne ihre rechtliche Bedeutung zu vermindern.

Wenn der multilaterale Charakter des WTO-Regimes im Vordergrund der Untersuchung steht, wird die Meistbegünstigung mit der Nichtdiskriminierung gleichgestellt und die Inländerbehandlung als Korrelat angesehen.¹⁵¹ In dieser Arbeit wird aus systematischem Grund zuerst die Meistbegünstigung, dann die Inländerbehandlung erforscht; dies bedeutet nicht, dass die rechtliche Relevanz der Inländerbehandlung unterschätzt werden darf.

Wenn in der Forschung der Blickpunkt des allgemeinen Völkerrechts eingenommen wird, werden die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung gelegentlich als „Standards of International Economic Law“¹⁵² angesehen. Weil das Herangehen an die Meistbegünstigung

¹⁵⁰ Vgl. u.a. *Benedek*, S. 53 (als Verpflichtungen), *Cottier/Oesch*, S. 346 (als „constitutional principles“), *Jackson 1995*, S. 27f. (alle drei Bezeichnungen werden genutzt), *Jackson 2000*, S. 57 (als Normen), *Jackson/Davey/Sykes*, S. 417 (als Prinzipien).

¹⁵¹ Vgl. *Wilkinson*, S. 47.

¹⁵² Siehe *Schwarzenberger*, S. 239f. Er ist der Ansicht: „The difference between the most-favoured-nation standard and any particular most-favoured-nation clause corresponds to that between principles and rules of international law. It is an *abstraction* from typical most-favoured-nation clauses, that is to say, optional rules of international treaty law.“ (Hervorhebung durch den Verfasser) *Benedek* betont den Unterschied zwischen Prinzipien und Standards in seinem Buch, das den Titel „Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht“ hat (Hervorhebung durch den Verfasser): „Völkerrechtliche Standards sind eine eigene Kategorie von Rechtsnormen, die einen *allgemeinen Verhaltensmaßstab* im Sinne eines »Normaltypus« enthalten, der mangels vertraglicher Vereinbarungen aus der Staatenpraxis gewonnen werden kann. Es kann sich dabei auch um Rechtsgrundsätze handeln, wenn diese ausreichend präzisiert sind, so dass sie sich für eine unmittelbare Anwendbarkeit eignen. In der völkerrechtlichen Praxis erscheinen Standards zumeist als frei vereinbarte Verpflichtungsmuster, die oft in festen Vertragsklauseln ihren Ausdruck finden. Sie werden im Sprachgebrauch

und Inländerbehandlung in dieser Arbeit auch mit dem allgemeinen Völkerrecht anfängt, wird der Begriff „Standard“ in Anspruch genommen.

A. Meistbegünstigung

I. Geschichte und Begriff

1. Kurzer Überblick in die Geschichte

Es gibt bereits reichhaltige Literatur zur Geschichte der Meistbegünstigung. Daher soll es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine umfassende Darstellung noch mal hierzu anzubieten, sondern es genügt ein kurzer Überblick der wichtigsten Umstände schon aus, um bei der Diskussion der Meistbegünstigung in der WTO zu helfen.

Das GATT ist die erste multilaterale Konvention, die Meistbegünstigung vorgeschrieben hat. Allerdings hat die Meistbegünstigung bereits eine lange Geschichte hinter sich, die auf das 12. Jahrhundert zurückgeführt werden kann. Im 15. und 16. Jahrhundert hatte sich die Meistbegünstigung mit der Handelsentwicklung im Europa verbreitet. Während sich die Meistbegünstigung in den frühesten Verträgen noch auf die einem bestimmten Kreis der Drittstaaten gewährten Vorteile bezog, setzte sich der Ausdruck „most-favoured-nation“ – d.h. eine Bezugnahme auf alle Drittstaaten – erst am Ende des 17. Jahrhunderts durch. Die Verbreitung der Meistbegünstigung ist nicht zufällig mit dem Untergang des Merkantilismus zusammengefallen, weil dieser meinte, dass im Handel nur eine Nation gewinnen kann und die andere verliert. Dies ist unverträglich mit der von der Meistbegünstigung implizierten gegenseitigen Gewährung.¹⁵³

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts waren die MFN-Klauseln ausschließlich unbedingt. Die bedingte Form der Meistbegünstigung wurde zu jener Zeit von den USA in ihren Verträgen mit den europäischen Nationen eingesetzt. Der erste Vertrag dieser Art ist der zwischen den USA und Frankreich abgeschlossene Handelsvertrag vom 6. Februar 1778 – der erste Handelsvertrag von den USA nach ihrer Unabhängigkeit.¹⁵⁴

des GATT nicht immer von den Grundsätzen unterscheiden, stellen jedoch standardisierte Rechtsnormen und als solche *Grundregeln des GATT* dar.“ Siehe *Benedek*, S. 61.

¹⁵³ Vgl. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 419, *Kramer*, S. 478.

¹⁵⁴ Art. II dieses Vertrages gab der bedingten Meistbegünstigung einen klassischen Ausdruck: „The Most Christian King and the United States engage mutually not to grant any particular favor to other nations in respect of commerce and navigation, which shall not immediately become common to the other party, who shall enjoy the same favor, *freely, if the compensation was freely made, or on allowing the same compensation, if the concession was conditional*“ (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 419f., *Kramer*,

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts dominierte die bedingte Meistbegünstigung. Die europäischen Nationen kehrten jedoch mit dem Cobden-Vertrag zwischen England und Frankreich im Jahre 1860 in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts endgültig zur unbedingten Meistbegünstigung zurück. Die USA hielten bis 1923 an ihrer bedingten Meistbegünstigung fest. Diese Divergenz manifestierte die damaligen Handelsbeziehungen zwischen den USA und Europa, weil die USA als Neuankommeling des Welthandels, der mit einem ungleichen Marktzugang zu den alten Handelsmächten und ihren Kolonien konfrontiert wurde, ihre maximale Verhandlungsposition durch die bedingte Meistbegünstigung handhaben mochten. Erst nach dem ersten Weltkrieg wandelten sich die USA von einem Importeur zum Exporteur von Industrieprodukten und dementsprechend auch ihre Handelspolitik zu einer die unbedingte Meistbegünstigung bevorzugenden Politik.¹⁵⁵

Der Völkerbund hatte sich nach dem ersten Weltkrieg mit verschiedenen wirtschaftlichen und finanziellen Themen viel beschäftigt, ein wichtigstes davon ist die Meistbegünstigung. Der Wirtschaftsausschuss des Völkerbundes arbeitete eine Musterklausel der Meistbegünstigung für die Anwendung auf dem Gebiet der Zölle aus. Den „Bericht des Wirtschaftsausschusses im Völkerbund an dem Rat über die Arbeiten zur Frage der Meistbegünstigungsklausel“ hatte der Völkerbundsrat 1929 gebilligt. Obwohl die Wirtschaftskrise in den 30er Jahren und der anschließende Weltkrieg die Durchsetzung der Musterklausel unmöglich machten, wurden ihre Gedanken jedoch nach dem zweiten Weltkrieg vom GATT übernommen.¹⁵⁶

Als erste die MFN-Klausel enthaltende multilaterale Konvention hat das GATT die Bedeutung der Meistbegünstigung gestärkt, da erstens die Meistbegünstigung multilateralisiert wird, und zweitens die Vertragsparteien des GATT durch dessen Zollsenkungen und Abschaffung mengenmäßiger Maßnahmen nicht nur gleich, sondern auch gleich besser behandelt werden.¹⁵⁷ Der Meistbegünstigung kommt eine entscheidende Bedeutung für das Zustandekommen und die Entwicklung des Weltfreihandels nach dem zweiten Weltkrieg zu.

Angesichts dieser Bedeutung entschied die ILC im Jahre 1967, der Arbeit des Völkerbundes nachfolgend eine Studie über die MFN-Klausel auszuarbeiten, wofür Endre Ustor (Ungarn) als Special Rapporteur ernannt wurde, der 1977 dann von Nikolai A. Ushakov (ehemalige Sowjetunion) ersetzt wurde. Die Arbeit sollte den Umfang und die Wirkung der MFN-Klausel als ein Rechtsinstitut in Zusammenhang mit allen Aspekten der praktischen Anwendung

S. 479, *Zinser*, S. 20. Zu Unterschied zwischen der bedingten und unbedingten Meistbegünstigung, siehe unten 2:d.

¹⁵⁵ Vgl. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 420f., *Kramer*, S. 479, *Zinser*, S. 20.

¹⁵⁶ Vgl. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 421f., *Kramer*, S. 479, *Zinser*, S. 22f.

¹⁵⁷ Art. II und XI GATT.

klären. Im Juli 1978 nahm die ILC den Bericht über die Studie an und entschied, der Generalversammlung der Vereinten Nationen einen Entwurf als Basis für eine Konvention der Meistbegünstigungsklausel vorzulegen.¹⁵⁸ Der Entwurf ist zwar immer noch „under consideration“¹⁵⁹ und wurde faktisch bereits fallen gelassen, aber er vertritt die herrschende Meinung in der völkerrechtlichen Theorie aufgrund der überzeugenden Arbeit der ILC. Auf ihm beruht die folgende Analyse der Frage, welche konstitutiven Elemente der Normentypus bzw. Standard der Meistbegünstigung hat.

2. Der Standard der Meistbegünstigung aufgrund des ILC-Entwurfs

a. Definition

Der Entwurf besteht aus 30 Artikeln: Artikel 1 bis 8 über die Reichweite und Basis der Meistbegünstigung; Artikel 9 bis 22 über die allgemeine Anwendung der MFN-Klausel; Artikel 23 bis 26 über Ausnahmen der Meistbegünstigung; Artikel 27 bis 30 über andere Fragen.

Die Meistbegünstigung wird zwar gelegentlich faktisch, also ohne vertragliche Verpflichtung gewährt, entweder in der Form einer autonomen Gewährung aufgrund eines innerstaatlichen Gesetzes oder durch faktisches Handeln zweier Staaten – beispielweise gewährt Deutschland im Rahmen seines Zolltarifs von 1960 auch außerhalb seiner Verträge fast allen Staaten solche faktische Meistbegünstigung,¹⁶⁰ jedoch beruht sie regelmäßig nur auf einer vertraglichen Meistbegünstigungsklausel. Der ILC-Entwurf befasst sich ausdrücklich nur mit solcher MFN-Klausel.

Gemäß Artikel 4 des Entwurfs ist die Meistbegünstigungsklausel „a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations“.

Artikel 5 gibt eine Definition der Meistbegünstigung:

„Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less

¹⁵⁸ Über die Arbeit der ILC, siehe *ILC-Bericht*, S. 548ff. Der Entwurf wird als Annex des Berichts beigelegt. Die Meistbegünstigungsklausel in verschiedenen Verträgen ist nicht unbedingt gleichlautend und kann mögliche Interpretationsprobleme aufwerfen. Weil dies der zunehmenden Bedeutung der Meistbegünstigung nicht entspricht, ist die ILC in der Tat der Absicht, durch ihre Arbeit einen Standard der Meistbegünstigung zu schaffen und die Interpretation der MFN-Klausel zu harmonisieren. Die ILC sieht ihre Arbeit sowohl als Kodifizierung als auch progressive Entwicklung des Völkerrechts an.

¹⁵⁹ Siehe *Ustor*, S. 472.

¹⁶⁰ Siehe *Jaenicke*, S. 497, *Kramer*, S. 473f.

favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.“

Eine MFN-Klausel bezieht sich somit auf drei Kategorien von Staaten:

- den gewährenden Staat – Granting State: der Staat, der sich verpflichtet, die Meistbegünstigung zu gewähren;
- den begünstigten Staat – Beneficiary State: der Staat, der den Anspruch auf die Meistbegünstigung durch die MFN-Klausel erwirbt;¹⁶¹
- den Dritten: anderer Staat oder andere Staaten außer dem gewährenden und begünstigten Staat.

Der Anwendungsbereich der Meistbegünstigung ist die „agreed sphere of relations“. Der begünstigte Staat kann nur Rechte „within the limits of the subject matter of the [mf-]clause“ beanspruchen.¹⁶² Dies ist die sogenannte Ejusdem-Generis-Regel, die sich auf zwei Elemente bezieht, worin der Anspruch der Meistbegünstigung begrenzt ist:

- Erstens sind dies „persons or things which are specified in the clause or implied from its subject matter“. Diese Personen oder Sachen müssen von „the same category“ sein wie die des dritten Staates und „the same relationship“ zum begünstigten Staat im Vergleich zu den Beziehungen zwischen dem dritten Staat und dessen Personen oder Sachen haben.
- Zweitens sind dies Sachgebiete, die Gegenstand des MFN-Klausel beinhaltenden völkerrechtlichen Vertrages sind. Je nach den verschiedenen Verträgen können die Sachgebiete internationale Regulierung des Handels, geistiger Eigentumsschutz, Regelung über Verkehrswesen, Regelung über die Niederlassung der Ausländer und deren Rechte und Verpflichtungen, Konsularwesen, Zulassung zum Gericht, etc. sein. Es entspricht nicht der völkerrechtlichen Praxis, dass sich eine MFN-Verpflichtung generell auf alle Bereiche staatlicher Tätigkeit, welche die Interessen des Vertragspartners berühren, bezieht.¹⁶³

Die Begrenzung der Sachgebiete eines Vertrages ist jedoch in der Praxis nicht immer eindeutig.¹⁶⁴ Ein bekannter Fall ist der „*Ambatielos*“ zwischen Griechenland und

¹⁶¹ Als der ILC-Entwurf ausgearbeitet wurde, waren die BITs noch nicht weit verbreitet. Indem ein BIT die Investor-Staat-Streitbeilegung vorsieht, wird den Investoren das Recht gewährt, Anspruch auf die von den Staaten vereinbarten völkerrechtlichen Verpflichtungen, u. a. die Meistbegünstigung, unmittelbar zu erheben. Diese moderne BIT-Praxis beeinträchtigt allerdings die brillante wissenschaftliche Bedeutung der Analyse im ILC-Entwurf nicht.

¹⁶² Art. 9 und 10 ILC-Entwurf.

¹⁶³ Siehe *Jaenicke*, S. 500, *Jennings/Watts*, S. 1329.

¹⁶⁴ Der Anwendungsbereich stellt ein wichtiges Thema in den Streitigkeiten sowohl im Rahmen der WTO als auch in Bezug auf die internationalen Investitionsabkommen dar, die in den nachfolgenden Teilen dieses Beitrags eingehend diskutiert werden.

Großbritannien. Der Fall bezieht sich u. a. auf die Frage, ob Griechenland aufgrund der Meistbegünstigungsklausel in seinem Handelsvertrag mit Großbritannien von 1886 (Art. 10), der gemäß die Meistbegünstigung für „all matters relating to commerce and navigation“ gewährt wird, Rechte in Bezug auf die Rechtspflege beanspruchen kann. Der IGH sah es nicht als erforderlich an, über diese Frage zu entscheiden, weil er nicht von den Streitparteien hierzu aufgefordert wurde. Der Gerichtshof hatte nur zu entscheiden, ob Großbritannien verpflichtet ist, sich einem Schiedsverfahren zu unterwerfen. Allerdings hielten vier Richter in ihrer abweichenden Ansicht dafür, dass die MFN-Klausel nicht auf die Rechtspflege angewendet werden kann, u. a. weil Art. 15 desselben Vertrages die Inländerbehandlung in Bezug auf die Rechtspflege direkt vorsieht.¹⁶⁵ Die Schiedskommission zu diesem Fall entschied diesbezüglich ähnlich und hielt dafür, dass die durch Art. 15 gewährte Behandlung nicht schlechter als im Vergleich zu anderen Staaten ist. Zugleich war sie der Ansicht, dass die Meistbegünstigung dann doch auf die Rechtspflege angewendet werden kann, „insofar as [it] concerns the protection by the courts of the rights of persons engaged in trade and navigation“.¹⁶⁶

Eine MFN-Klausel kann sowohl die negative Ausdrucksform, mit dem Schlüsselwort „no less favourable“ wie Art. 5 des Entwurfs, als auch die positive Form haben. Der Typus letzterer Art ist Art. 1 GATT:

„With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.“

Es gibt auch Klauseln, in denen sich die Vertragspartner einfach darauf beschränken, sich gegenseitig die „Meistbegünstigung“ zu gewähren.¹⁶⁷

¹⁶⁵ ICJ Rep. (1953), S. 10, 33f.

¹⁶⁶ ILR, 23 (1956), S. 322. Auf diese Entscheidung wurde in den Schiedssprüchen, wo der Anwendungsbereich der MFN-Klausel im betreffenden BIT festzustellen war, mehrmals Bezug genommen, siehe unten IV. Teil:A:II.

¹⁶⁷ Siehe *Jaenicke*, S. 499. In solchem Fall sind dann die einschlägige Rechtsprechung und die wissenschaftlichen Arbeiten wie der von ILC ausgearbeitete Standard insbesondere bedeutend für die Interpretation.

b. Rechtlicher Inhalt: no less favourable treatment

Gegenstand des Meistbegünstigungsanspruchs ist „no less favourable treatment“ bzw. die dem Dritten gewährten Vorteile. Sofern keine Vorteile oder keine bessere Behandlung dem Dritten gewährt werden, ist die Meistbegünstigung nur eine abstrakte Verpflichtung. Sie ist „an empty shell“, und „[i]f operative, it is a shell with variable – and continuously varying – contents“.¹⁶⁸

Die Meistbegünstigung ist ein Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsgebot in der positiven – und ein Diskriminierungsverbot in der negativen Ausdrucksform. Sie verpflichtet den gewährenden Staat, den begünstigten Staat nicht schlechter als die Dritten zu behandeln; die Verpflichtung ist erfüllt, selbst wenn die beiden gleichermaßen schlecht behandelt werden. Sie schließt nicht aus, dass der gewährende Staat dem begünstigten mehr Vorteile anbietet als dem Dritten.

Der begünstigte Staat kann die dem Dritten gewährten Vorteile nicht eher beanspruchen, als bis sie dem Dritten tatsächlich gewährt werden. Er kann sie auch nur so lange beanspruchen, wie sie dem Dritten nicht wieder entzogen werden. Der begünstigte Staat hat keinen Anspruch auf die Aufrechterhaltung der den Dritten gewährten Vorteile, wenn der Dritte sie verloren hat.¹⁶⁹

Die Gleichbehandlung kann formell oder materiell sein, dementsprechend kann die Verletzung eines Gleichbehandlungsgebots als *de jure* oder *de facto* Diskriminierung bezeichnet werden. Die formelle Gleichbehandlung fordert lediglich, dass die Berechtigten – untereinander oder im Vergleich zu Dritten – vom gewährenden Staat bzw. seinen staatlichen Maßnahmen dem Wortlaut nach gleich behandelt werden; es handelt sich nur um Gleichheit vor dem Recht. Die *de jure* Diskriminierung bedeutet, dass eine Diskriminierung der Berechtigten schon aus dem Wortlaut erkennbar ist. Das materielle Gleichbehandlungsgebot verpflichtet einen Staat, Berechtigte nicht nur wörtlich, sondern auch tatsächlich gleich zu behandeln. Es handelt sich also um Gleichheit im Recht. Die *de facto* Diskriminierung bezeichnet dann die Fälle, bei denen dem Wortlaut nach keine Diskriminierung besteht, aber Berechtigte eindeutig benachteiligt werden; es besteht einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Gleichbehandlung. Es liegt auf der Hand, dass grundsätzlich ein Gleichbehandlungsgebot sowohl formell als auch materiell ist. Wenn es nur formell wäre, käme es dann lediglich auf die Formulierungskunst der nationalen Behörde an. Damit wäre den Buchstaben des Gebots entsprochen, nicht aber den aus dem Gebot Berechtigten geholfen. Dann würde das Gleichbehandlungsgebot sich leicht umgehen lassen und wäre sinnlos.

¹⁶⁸ Siehe Schwarzenberger, S. 240.

¹⁶⁹ Art. 21 des ILC-Entwurfs.

Außerdem besteht die Möglichkeit, dass selbst die gleiche Maßnahme verschiedene Gruppen von Berechtigten unterschiedlich betrifft, weil sie differente Startbedingungen haben. Angesichts dieser Situation kann man somit noch eine weitere Art von Verpflichtung zur Gleichbehandlung identifizieren, die Kewenig „tatsächliche“ Gleichbehandlung nennt. Sie ist, so Kewenig, die zwingende unterschiedliche Behandlung, um die „naturbedingten“ Nachteile auszugleichen, die von den unterschiedlichen Startbedingungen der einzelnen Gruppen der Berechtigten verursacht werden. Die „tatsächliche“ Gleichbehandlung ist also nicht anderes als eine Vorzugsbehandlung.¹⁷⁰ Ein Beispiel ist Art. 1 Abs. 4 der UN-Konvention gegen Rassendiskriminierung.¹⁷¹ Eine solche Gleichbehandlung stellt allerdings den Ausnahmefall im Völkerrecht dar und wird nicht durch ein normales Diskriminierungsverbot gewährleistet.¹⁷² Die Notwendigkeit einer Vorzugsbehandlung könnte jedoch zu einer Vereinbarung der Ausnahmeregelung der Gleichbehandlung führen.¹⁷³ Die Feststellung der *de facto* Diskriminierung ist ein bedeutendes Problem für die Interpretation der Nichtdiskriminierungsklauseln und wird unten detailliert diskutiert werden.

c. Rechtliche Grundlage des MFN-Anspruchs: MFN-Klausel per se

Die MFN-Klausel ist eine Vereinbarung zwischen dem gewährenden und dem begünstigten Staat, schafft lediglich Verpflichtungen und Rechte zwischen ihnen bzw. nicht für einen Drittstaat nach Art. 34 WVK.¹⁷⁴ Zwischen dem begünstigten Staat und dem Dritten besteht keine vertragliche Beziehung durch die MFN-Klausel. Die Gewährung der Vorteile vom gewährenden Staat an den Dritten beruht auf der Abrede zwischen ihnen, die *per se* gleichfalls weder Verpflichtungen noch Rechte zwischen dem gewährenden und begünstigten Staat schafft. Sie ist lediglich „an act creating a condition“.¹⁷⁵ Die Grundlage des MFN-Anspruchs ist die MFN-Klausel zwischen dem gewährenden und begünstigten Staat. Dazu hat Schwarzenberger eine klassische Analyse ausgeführt:

„In principle, treaties apply exclusively between the contracting parties. Thus, a contracting party cannot derive rights from treaties concluded between another contracting party and third

¹⁷⁰ Siehe Kewenig, S. 181ff.

¹⁷¹ Vgl. Art. 1 Abs. 4 der Konvention: „Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination ...“

¹⁷² Siehe Kewenig, S. 186.

¹⁷³ Siehe dazu unten stehende Diskussion um „Special and Differential Treatment“.

¹⁷⁴ Art. 34 WVK (BGBl. 1990 II, S. 1415-1457) lautet: „Ein Vertrag begründet für einen Drittstaat oder eine Drittorganisation ohne die Zustimmung dieses Staates oder dieser Organisation weder Pflichten noch Rechte“.

¹⁷⁵ Siehe *ILC-Bericht*, S. 551.

States. Most-favoured-nation treaties do not form an exception to this rule. On the contrary, they confirm it. They owe their existence to this rule....

In reality, the beneficiary claims only under his own treaty with the other contracting party and by virtue of the most-favoured-nation clause in his own treaty. This gives him the right to incorporate into his own treaty all rights and favours under treaties ... between the other contracting party and third States....

The most-favoured-nation standard is an ingenious form of legal shorthand“.¹⁷⁶

Das Wort „shorthand“ ist die beste Darstellung der rechtlichen Funktion der MFN-Klausel. Die MFN-Klausel ist ein *acte règle*, die Verträge zwischen dem gewährenden Staat und Dritten sind dann ein *acte condition*.

Die ILC vertritt die gleiche Auffassung,¹⁷⁷ aus der noch einige Schlussfolgerungen gezogen werden:

- Wenn die MFN-Klausel unbedingt ist, wird der unmittelbare Anspruch des begünstigten Staates nicht von dem bloßen Faktum beeinflusst, dass die beanspruchten Vorteile von dem gewährenden Staat an den Dritten gegen eine Kompensation gewährt werden.¹⁷⁸
- Der Anspruch des begünstigten Staates wird nicht von der bloßen Tatsache beeinflusst, dass der gewährende Staat und der Dritte vereinbaren, die beanspruchten Vorteile auf die Beziehung zwischen den beiden zu beschränken.¹⁷⁹
- Die Tatsache, ob die Gewährung der Vorteile von dem gewährenden Staat an den Dritten aufgrund einer bilateralen oder multilateralen Vereinbarung, oder aufgrund einer Vereinbarung der Inländerbehandlung ist, ist irrelevant für den Anspruch des begünstigten Staates.¹⁸⁰

Die Frage, ob Völkergewohnheitsrecht mit dem Inhalt existiert, anderen Staaten die Meistbegünstigung anzubieten, oder ob, mit anderen Worten, der Staat die Meistbegünstigung von einem anderen Staat beanspruchen kann, ohne dass der letztere sich ausdrücklich verpflichtet hat, war Gegenstand einer Debatte in den 1950er und 1960er Jahren zwischen den osteuropäischen und westlichen Völkerrechtlern.¹⁸¹ Die ersteren vertraten die Auffassung, dass die MFN-Klausel nichts anders als ein Anwendungsfall des gewohnheitsrechtlich

¹⁷⁶ Siehe *Schwarzenberger*, S. 243.

¹⁷⁷ Art. 8 Abs. 1 des ILC-Entwurfs: „The right of the beneficiary State to most-favoured-nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause ... in force between the granting State and the beneficiary State.“

¹⁷⁸ Art. 15 des ILC-Entwurfs.

¹⁷⁹ Art. 16 des ILC-Entwurfs.

¹⁸⁰ Art. 17 und 18 des ILC-Entwurfs.

¹⁸¹ Diese Debatte fand insbesondere auf einer wissenschaftlichen Tagung in Rom im Jahre 1958 statt, die sich mit den Auswirkungen des Staatshandels auf das Recht der internationalen Handelsbeziehungen befasst. Zu einer Zusammenfassung der Debatte siehe *Harzard*, S. 495ff.

anerkannten Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten für den Bereich der internationalen Handelsbeziehungen ist. Die westlichen Völkerrechtler lehnten diese Auffassung ab.¹⁸²

Dass die Meistbegünstigung kein Völkergewohnheitsrecht ist, stellt jetzt die herrschende Meinung in der völkerrechtlichen Literatur dar,¹⁸³ die sich auch im ILC-Entwurf finden lässt.¹⁸⁴ Sie beruht auf der Überprüfung der Staatenpraxis hinsichtlich der zwei Kriterien des Völkergewohnheitsrechts – Rechtsüberzeugung und Übung. Beispielsweise bestätigt die weitgehende Entwicklung der WTO, insbesondere die Vergrößerung ihrer Mitgliedschaft, die herrschende Meinung, weil dadurch die Existenz der Rechtsüberzeugung verneint wird. Die WTO ist kein offener Klub: jeder Staat, der an der WTO teilnehmen und die Handelsvorteile durch ihre MFN-Klauseln genießen möchte, muss den anderen Mitgliedern entsprechende Zugeständnisse gewähren. Kein Nichtmitglied hat sich auf eine vermeintliche völkergewohnheitsrechtliche Meistbegünstigung berufen, sondern versucht der WTO beizutreten und ist bereit, dafür gewisse Zugeständnisse zu „bezahlen“.

Andererseits bemerkten manche Kommentatoren angesichts der weit verbreiteten Anwendung der Meistbegünstigung, dass es als unfreundliche Handlung angesehen würde, wenn ein Staat dem anderen die Gewährung der Meistbegünstigung ohne besonders gewichtige sachliche Gründe verweigerte.¹⁸⁵

¹⁸² Siehe Harzard, S. 496, Jackson 1995, S. 28, Jackson/Davey/Sykes, S. 421f., Jennings/Watts, S. 1326, Kewenig, S. 40f., Schwarzenberger, S. 239 (Seiner Auffassung nach ist die Meistbegünstigung nur ein „optional standard of international economic law“). Ihre Argumente können folgendermaßen zusammengefasst werden: i) wenn es an einer völkerrechtlichen Vereinbarung der Meistbegünstigung fehlt, hat jeder Staat grundsätzlich das souveräne Recht zu entscheiden, ob die anderen Staaten von ihm hinsichtlich der wirtschaftlichen Beziehungen gleich behandelt oder diskriminiert werden; ii) die Verweigerung der Gewährung der Meistbegünstigung ist kein völkerrechtliches Delikt; iii) die jahrhundertlange Geschichte internationaler Handelsbeziehungen hat bewiesen, dass die Meistbegünstigung eine selbständige Entwicklung gegenüber dem Grundsatz der souveränen Gleichheit hat und keine zwingende Folge der gegenseitigen Anerkennung als souveräner und gleichberechtigter Völkerrechtssubjekte ist. Das letzte Argument war eine direkte Erwiderung auf die deduktive Argumentation der osteuropäischen Völkerrechtler.

¹⁸³ Weil die Meistbegünstigung ein Element der Nichtdiskriminierung darstellt, können dieselben Argumente geltend gemacht werden, um die Existenz des allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen wirtschaftlichen Diskriminierungsverbots zu verneinen, vgl. Ipsen, S. 679, Jennings/Watts, S. 376f. Andererseits wird die Nichtdiskriminierung in bestimmten Fällen als völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, wenn beispielsweise die Diskriminierung willkürlich ist und den Rechtsmissbrauch darstellt: das Verbot willkürlicher Diskriminierung ist als Völkergewohnheitsrecht anerkannt. (Jennings/Watts, S. 377, Kewenig, S. 41ff.). Oder, wenn das Diskriminierungsverbot die souveräne Gleichheit der Staaten als Völkerrechtssubjekte betrifft, sollte das Nichtdiskriminierungsprinzip angesehen nach der Auffassung der ILC „as a general rule which can always be invoked by any state“, und „states are bound by the duty of the principle of non-discrimination“ – zugleich verneint die ILC das Bestehen völkergewohnheitsrechtlicher Meistbegünstigung, siehe *ILC-Bericht*, S. 549.

¹⁸⁴ Art. 7 des ILC-Entwurfs.

¹⁸⁵ Siehe Jaenicke, S. 502, Ustor, S. 470.

d. Bedingte vs. unbedingte Meistbegünstigung

Wie oben bereits erwähnt, spielten in der Geschichte hauptsächlich zwei Arten von Meistbegünstigung eine wichtige Rolle: unbedingte und bedingte Meistbegünstigung. Heutzutage ist die unbedingte Meistbegünstigung in der Staatenpraxis und Theorie weitgehend überlegen. Das Wort „unbedingt“ wäre irreführend, wenn man es wie eine alltägliche Vokabel verstünde, weil auch Anspruch auf die unbedingte Meistbegünstigung manchen Bedingungen unterliegt, beispielweise dem Bestehen einer MFN-Klausel oder Ejusdem-Generis-Regel. Man kann das Wort besser auffassen, wenn es als Gegensatz von „bedingt“ verstanden wird, denn es ist leichter zu erklären, was bedingte Meistbegünstigung bedeutet, also, was für spezielle „Bedingungen“ die bedingte Meistbegünstigung enthält, so dass sie sich von der unbedingten Art unterscheidet. Diese Bedingung ist nichts anderes als „eine entsprechende oder gleichwertige Konzession oder Gegenleistung“.¹⁸⁶ Unter der bedingten Meistbegünstigung kann der begünstigte Staat nur dann dem dritten Staat gewährte Vorteile beanspruchen, wenn er eine entsprechende oder gleichwertige Konzession oder Gegenleistung anbietet, wie die der Dritte für jene Vorteile erbracht hat. Die unbedingte MFN-Klausel verpflichtet dagegen einen Staat zur Gewährung der Meistbegünstigung, ohne ihm solche materielle Gegenleistung vom Vertragspartner zuzusichern. Art. 11, 12 und 13 des ILC-Entwurfs beziehen sich auf den Unterschied zwischen den beiden Arten der MFN-Klauseln, ohne jedoch die Bezeichnung von „bedingter Meistbegünstigung“ zu nutzen. Die MFN-Klausel „made subject to compensation“ (Art. 12) ist die bedingte Meistbegünstigung unter der Voraussetzung einer entsprechenden – „any kind agreed“¹⁸⁷ – Gegenleistung. Die Klausel „made subject to reciprocal treatment“ (Art. 13) enthält die Meistbegünstigung, die die gleichwertige Gegenleistung – „compensation providing for the same or ... equivalent treatment“ verlangt.¹⁸⁸ Zugleich weist die ILC darauf hin, dass die unbedingte Meistbegünstigung sowohl in der Theorie als auch in der Praxis überlegend ist. Es besteht eine Vermutung der Unbedingtheit der MFN-Klausel, d. h. die MFN-Klausel ist unbedingt, sofern der Vertrag nicht ausdrücklich anders vorgeschrieben hat oder die Vertragspartner nicht anders vereinbart haben.¹⁸⁹

Die Bevorzugung der unbedingten Meistbegünstigung liegt darin, dass die unbedingte Form die praktische Funktion der Meistbegünstigung – „shorthand“ – besser entfalten kann. Der Anspruch auf die Vorteile bei der bedingten Meistbegünstigung setzt die entsprechende oder

¹⁸⁶ Siehe *Jaenicke*, S. 498.

¹⁸⁷ Definition für „condition of compensation“ in Art. 2 des Entwurfs.

¹⁸⁸ Definition für „condition of reciprocal treatment“ in Art. 2 des Entwurfs.

¹⁸⁹ Siehe *ILC-Bericht*, S. 551, *Jaenicke*, S. 498, *Ustor (1977)*, S. 463.

gleichwertige Gegenleistung voraus, die der Dritte für die Vorteile erbracht hat. Während aus der Sicht des Dritten seine Gegenleistung den erhaltenen Vorteilen entspricht, ist es aus der Sicht des von der Meistbegünstigung begünstigten Staates nicht immer so, weil die Interessen einzelnen Staates verschieden sind. Es ist dann vorhersehbar, dass die Übereinstimmung über die Äquivalenz der Gegenleistung unter den Vertragspartnern schwer zu erzielen wäre und die Verhandlung lange dauern könnte. Mithin fehlte es der bedingten Meistbegünstigung an der automatischen Auswirkung, die eigentlich der wichtige Bestandteil der Funktion der Meistbegünstigung sein soll. In diesem Sinne lässt sich sagen, dass die bedingte MFN-Klausel eine versteckte Ablehnung der Meistbegünstigung darstellt und insoweit lediglich ein *pactum de contrahendo*.¹⁹⁰ Obwohl keine Zusicherung der materiellen Gegenleistung unter der unbedingten MFN-Klausel gewährt wird, begründet diese gewissermaßen unbestimmte Auswirkung selbst nicht die Ablehnung der unbedingten Meistbegünstigung, weil erstens die Vorteile der unbedingten MFN-Klausel viel größer im Vergleich zu ihrer unbestimmten Auswirkung sind, und zweitens die letztere in der Praxis durch andere Mechanismen ausgeglichen werden kann. Dazu ist das GATT ein gutes Beispiel und wird dann detailliert diskutiert.

Ein weiterer irreführender Ausdruck wäre die „Gegenleistung“. Normalerweise wird auch die unbedingte Meistbegünstigung von den Vertragspartnern gegenseitig gewährt. Die gegenseitige Gewährung ist – wenn man so will – eine formelle Gegenleistung, die lediglich die Gegenseitigkeit der Gewährung als solche und nicht den konkreten Inhalt der gewährten Vorteile betrifft. Hingegen ist die von der bedingten Meistbegünstigung verlangte Gegenleistung materiell und richtet sich direkt auf den Umfang und Wert der Vorteile. Daher wird die bedingte Meistbegünstigung als „mfnc conditional upon material reciprocity“ im ILC-Bericht bezeichnet.

Es gibt auch Fälle – obwohl heutzutage selten – der einseitigen Gewährung der Meistbegünstigung. Art. 26 des ILC-Entwurfs kann als ein Beispiel genannt werden, der sich auf die einem Binnenstaat gewährten Vorteile bezieht, die dessen Zugang zum Meer dienen.

II. Eigenschaft und Funktion der Meistbegünstigung in der WTO

In diesem Abschnitt werden die grundlegenden Eigenschaften und Funktionsweisen der Meistbegünstigung in der WTO, insbesondere hinsichtlich ihrer Beziehung mit anderen Prinzipien, diskutiert. Weil das GATT als Vorgänger der WTO und anderer WTO-

¹⁹⁰ Siehe Ustor, S. 469. Vgl. Jaenicke, S. 498.

Abkommen eine besondere Stellung in der WTO hat,¹⁹¹ wird – auch in nachfolgenden Abschnitten – zuerst der GATT-Text analysiert, und dann andere Abkommen im Vergleich zum ihm.

Wie oben bereits erwähnt, entstand Art. I GATT zwar zeitlich vor der MFN-Klausel des ILC-Entwurfs, beide gingen doch gleichfalls auf den Bericht bzw. die Musterklausel des Völkerbundes von 1929 zurück und haben deswegen die gleiche Struktur. Art. I GATT kann mithin anhand obiger struktureller Elemente der ILC-Klausel interpretiert werden.

1. Klassifikation der Meistbegünstigung im WTO-Recht

Art. I GATT ist eine positiv formulierte MFN-Klausel. Er spricht nicht von „no less favourable treatment“, sondern sieht vor, dass alle Vorteile, Vergünstigungen, Vorrechte oder Befreiungen gewährt werden.

Die Gewährung der Meistbegünstigung ist gegenseitig: gewährender und begünstigter Staat sind Vertragsparteien des GATT, jede Vertragspartei ist sowohl gewährender als auch begünstigter Staat. Durch das Wort „any other country“ wird betont, dass die dritten Staaten nicht auf die Vertragsparteien des GATT beschränkt werden, sondern sich auf alle anderen Staaten – sowohl Mitglieder als auch Nichtmitglieder des GATT – beziehen. Während es im Fall einer bilateralen Meistbegünstigung selbstverständlich ist, dass die dritten Staaten nicht Vertragsparteien sind, scheint die Betonung derartiger Selbstverständlichkeit im Fall der multilateralen Meistbegünstigung nicht umsonst zu sein, sondern soll jegliche Interpretationslücke vermeiden.

Art. I GATT gewährt ausdrücklich eine unbedingte Meistbegünstigung, indem er vorsieht, dass alle Vorteile etc. „immediately and unconditionally“ gewährt werden. Der Ausdruck ist so eindeutig, dass an dem unbedingten Charakter der GATT-Meistbegünstigung nicht zu zweifeln ist. Allerdings werden noch Probleme diesbezüglich in der Praxis aufgeworfen, die teils auf die Besonderheiten des GATT-Textes zurückgehen, teils jedoch immanente Probleme der unbedingten Meistbegünstigung widerspiegeln, welchen weitere Diskussion gewidmet werden soll.

Die Meistbegünstigungsklausel im TRIPS hat die gleiche Struktur wie Art. I GATT:

„With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.“

¹⁹¹ In der Tat bietet GATT das Vorbild und den Rahmen der Regeln an, das GATS und TRIPS im verschiedenen Maße nachgeahmt haben. Vgl. Jackson 1999, S. 305.

Sie ist gleichfalls eine positiv formulierte, auf „any other country“ bezogene und unbedingte MFN-Klausel.

Hinsichtlich des Bezugs auf „any other country“ und des unbedingten Charakters ähnelt Art. II Abs. 1 GATS seinem Gegenstück im GATT, während der erstere negativ formuliert ist:

„With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.“

Dass der Unterschied zwischen der positiven und negativen Formulierung keine Auswirkung auf den rechtlichen Inhalt der MFN-Klausel hat, wurde oben bereits erklärt.¹⁹² Mithin lässt sich festzustellen, dass die MFN-Klauseln im GATT, GATS und TRIPS die gleiche Struktur innehaben. Dies spiegelt erstens die Kontinuität von GATT und WTO und zweitens die Konvergenz der WTO wider.

2. Der unbedingte Charakter der WTO-Meistbegünstigung

a. Vorteile der unbedingten Meistbegünstigung

Dass die „short-hand“-Funktion durch die unbedingte Meistbegünstigung besser verwirklicht werden kann als die bedingte Meistbegünstigung, wurde bereits erklärt. Dieser Vorteil gilt für die unbedingte Meistbegünstigung in allen Bereichen und bedeutet im Falle einer multilateralen unbedingten Meistbegünstigung zudem noch, dass eine Vielzahl bilateraler Abkommen nicht mehr zu verhandeln wäre und die Kosten der „rule formation“ mithin minimiert werden könnten. Für die Regulierung des internationalen Warenhandels können außerdem weitere Gründe für eine unbedingte Meistbegünstigung geltend gemacht werden.¹⁹³

Das erste und wohl grundlegende Argument basiert auf der ökonomischen Theorie, die sich hauptsächlich mit den unterschiedlichen Auswirkungen der diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Zölle auf die globale ökonomische Wohlfahrt sowie die des einzelnen Landes befasst, deren Resultat wiederum auf die nichttarifären Handelsbarrieren aufgrund

¹⁹² Der erste Bericht von Appellate Body, der Art. II GATS interpretiert, hat dies bekräftigt. In Bezug auf die Frage, wie „no less favourable treatment“ in Art. II interpretiert werden soll, meint Appellate Body, dass der Vergleich von Panel mit der Inländerbehandlungsklausel – Art. III GATT – nicht befriedigend ist, obwohl Art. III GATT den Terminus „no less favourable treatment“ enthält. „The Panel would have been on safer ground had it compared the MFN obligation in Article II of the GATS with the MFN and MFN-type obligations in the GATT 1994,“ so der Appellate Body (Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 231). Daher ist für ihn es irrelevant bei der Interpretation, ob die Ausdrucksform identisch ist.

¹⁹³ Vgl. *Davey/Pauwelyn*, S. 14f., *Hoekman/Kostecki*, S. 30f., *Horn/Mavroidis*, S. 234ff., *Jackson 1999*, S. 158f.

ihrer Äquivalenz ausgedehnt werden kann.¹⁹⁴ Demgemäß sollen die Handelsbeschränkungen eines Staates unabhängig vom Ursprung der Waren gleichmäßig angewendet werden, damit die Einfuhr eines Staates am wenigsten verzerrt wird und der Wettbewerb um den Importmarkt sich nach den ökonomischen Gesetzmäßigkeiten bzw. marktwirtschaftlichen Prinzipien richtet. Dies wird die ökonomische Effizienz fördern sowie die globale Wohlfahrt, damit auch die Wohlfahrt jedes einzelnen Landes, maximieren. Die Meistbegünstigung kann der Realisierung dieses Szenarios dienen, weil es Anreize zur „beggar-thy-neighbor“-Diskriminierung vom einzelnen Staat aus verschiedenen Gründen, z. B. den Zolleinkünfte, gibt, und er seinen Zolltarif unilateral diskriminierend festsetzen würde.¹⁹⁵ Selbst wenn ein Staat der Nichtdiskriminierung unilateral folgte, hätte die MFN-Verpflichtung die positiven Auswirkungen auf die Wohlfahrt, u. a. weil sie den *ex ante* Anreiz für die Schaffung der ökonomischen Gewinne erhöhen könnte, indem sie die *ex post* opportunistische Besteuerung solcher Gewinne verhindert.¹⁹⁶

Zweitens werden – aus der handelspolitischen Sicht – die Zugeständnisse einzelner Vertragspartei automatisch multilateralisiert. Dadurch werden zum einen die Verhandlungskosten reduziert, weil die Anzahl der zu machenden Angebote sinkt. Zum anderen wird der Liberalisierungsprozess beschleunigt, indem das Ergebnis der Liberalisierung zwischen einzelnen Ländern generalisiert wird. Es begünstigt insbesondere die wirtschaftlich schwachen Staaten, weil sie dadurch mehr profitieren können als in einer bilateralen Verhandlung mit einem starken Staat, wo der schwache Staat sehr wahrscheinlich keine entsprechende Gegenleistung für die gleichen Zugeständnisse des Vertragspartners, die er in einem multilateralen Abkommen durch unbedingte Meistbegünstigung bekommt, anbieten könnte.

Drittens existiert ein weltpolitisches Argument: Die unbedingte Meistbegünstigung und damit die Liberalisierung des Welthandels können die wirtschaftlichen Konflikte zwischen den Staaten reduzieren und dadurch den Weltfrieden sichern.

¹⁹⁴ Zu den ökonomischen Auswirkungen der Zölle und dem Vergleich zwischen Zöllen und nichttarifären Beschränkungen, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 112ff.

¹⁹⁵ Die „beggar-thy-neighbor“-Politik vor dem Zweiten Weltkrieg und ihre traumatische Auswirkung waren wichtige historische Erfahrungen, auf denen die Errichtung des GATT basiert, siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 24.

¹⁹⁶ Dies ist nur eine grobe Zusammenfassung der Aussagen von der ökonomischen Theorie. Eine eingehende Überprüfung dieser Aussagen überschreitet sowohl den Rahmen dieser Arbeit als auch das Können des Verfassers, geschweige denn dass die Realität sicher viel komplizierter ist und die ökonomischen Theorien oft die Eigenschaft von „it all depends“ haben. Eine aktuelle Zusammenfassung der ökonomischen Forschungen über die Meistbegünstigung wurde von *Horn/Mavroidis* durchgeführt. Trotz der zugegebenen Kompliziertheit sind sie der Ansicht: „... if forced to make an overall assessment of the virtues of MFN on the basis of findings above, we would be inclined (but not without trepidation) to argue that the theoretical literature does tend to support the clause“, siehe *Horn/Mavroidis*, S. 269.

Viertens bringt die unbedingte Meistbegünstigung auch innenpolitische Vorteile. Einerseits kann die Zollverwaltung erleichtert werden, weil die Ursprungsregeln in diesem Zusammenhang nicht mehr nötig sind. Andererseits stellt die Pflicht der Meistbegünstigung die Beschränkung der innerstaatlichen protektionistischen Mächte dar.

b. Meistbegünstigung und Reziprozität

Trotz der oben dargelegten Vorteile gibt es zwei Arten von Zweifeln an den Auswirkungen der unbedingten Meistbegünstigung, deren Niederschlag sich im WTO-Regime finden lassen.¹⁹⁷ Zum einen basiert der Zweifel auf der Reziprozität und der Besorgnis des Trittbrettfahrens infolge der unbedingten Meistbegünstigung, den vor allem die großen Handelsmächte haben.¹⁹⁸ Zum anderen spiegeln die Bedenken sich im Verlangen von den Entwicklungsländern auf die spezielle und differenzierte Behandlung („Special and Differential Treatment“ bzw. SDT) wider. Die Beziehung zwischen der Meistbegünstigung und der Reziprozität wird in diesem Abschnitt untersucht, der nächste Abschnitt wird dann dem Thema der SDT gewidmet.

aa. Stellung der Reziprozität im GATT

Das Sprichwort „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ zeigt, dass die Gegenseitigkeit¹⁹⁹ von Anfang an ein Grundprinzip des menschlichen Handelns ist. Die entscheidende Rolle der Gegenseitigkeit im Völkerrecht, insbesondere in der völkerrechtlichen Entwicklung, wurde in mehreren Studien erforscht.²⁰⁰

Aus einer rechtssoziologischen Sicht ist zunächst festzustellen, dass die Gegenseitigkeit im Lauf der Entwicklung von Recht und Gesellschaft durch ein zusätzliches Prinzip – das „Prinzip der institutionellen Entlastung“ – ergänzt wird, und dass in der innerstaatlichen Rechtsordnung das ehemals einzige Prinzip der Gegenseitigkeit bereits durch Institutionen ergänzt wurde. Der Sozialstaat ist das Ergebnis dieser Entwicklung, wo die tatsächliche

¹⁹⁷ Vgl. *Jackson 1999*, S. 159f.

¹⁹⁸ Vgl. *Benedek*, S. 438ff., *Langer*, S. 110.

¹⁹⁹ Im deutschen Sprachgebrauch sind „Gegenseitigkeit“ und „Reziprozität“ synonym.

²⁰⁰ Beispielsweise schreibt *Schwarzenberger*: „[t]he Law of Reciprocity is the type of law which forms the working principle behind the bulk of the rule of International Economic Law in unorganized international society and international society on the confederate level. It is reliance on this mutual give and take in a nexus of substantive reciprocity – so congenial to homo juridicus in – most legal relations – which assures to International Economic Law its exceptional degree of durability, elasticity and observance“, *Schwarzenberger 1966*, S. 26. Nach Meinung von *Simma* sei die Bedeutung der Gegenseitigkeit für die Entwicklung und Wirksamkeit der rechtlichen Ordnung der internationalen Beziehungen „nur schwer zu überschätzen“, siehe *Simma*, S. 71.

Gleichheit in der Form vom Ausgleich zwischen verschiedenen Gruppen – Besteuerung nach Maßgabe des Einkommens oder Unterstützung nach Maßgabe der Bedürftigkeit – besteht.²⁰¹ Eine vollständige Parallele zwischen interstaatlicher Rechtsordnung und Völkerrecht, und zwischen der Bedeutung von Institutionen im innerstaatlichen und internationalen Bereich – insbesondere in Bezug auf die Herbeiführung der tatsächlichen Gleichbehandlung – ist natürlich nicht überzeugend. Dies liegt darin, dass Völkerrecht noch weit von der Bildung mit Entscheidungsbefugnis versehener Organe entfernt ist. Einerseits kann es im Allgemeinen mit primitivem Recht verglichen werden, wo die Gegenseitigkeit die entscheidende Bedeutung hat. Andererseits weist die völkerrechtliche Entwicklung seit dem zweiten Weltkrieg, insbesondere seit dem Ende des Kalten Kriegs auf die zunehmende Interdependenz der Staaten und Institutionalisierung der Zusammenarbeit hin.²⁰² Eine Parallele in beschränktem Maße ist daher vertretbar, wenn aus ihr folgende Schlussfolgerungen gezogen werden: i) die Institutionalisierung der Regulierung der Beziehungen zwischen Individuellen entspricht der Entwicklung der menschlichen Gesellschaft, und diese Institutionalisierung nimmt ihren Lauf im völkerrechtlichen Bereich; ii) in der Gesellschaft – sowohl von individuellen Menschen als auch von individuellen Staaten (Staatengemeinschaft) – wird, für die Regulierung der Beziehungen zwischen Individuellen, die Gegenseitigkeit durch die Institutionen ergänzt, in denen die Gegenseitigkeit unterschiedliche Gültigkeit als außerhalb Institutionen hat; iii) die Institutionen müssen zwar nicht, können jedoch die tatsächliche Gleichheit einführen, und sie dienen dann als Garant dafür. Infolgedessen hat die rechtssoziologische Forschung bewiesen, dass die Ergänzung – bis zu einer Verdrängung – der Gegenseitigkeit durch Institutionen und ihre immanenten Prinzipien ohnehin der Gesetzmäßigkeit der Entwicklung menschlicher Gesellschaft entspricht. Wie weit und tief derartige Ergänzung oder Verdrängung in der Tat ist, hängt dann von der jeweiligen Entwicklungsstufe der Institutionalisierung ab. Da im allgemeinen Völkerrecht noch keine vergleichbare Institutionalisierung wie in der innerstaatlichen Rechtsordnung existiert und die Gegenseitigkeit deshalb weiterhin eine entscheidende Rolle spielt – mit der Repressalie als fundamentaler Durchführungsmethode der Gegenseitigkeit, zeigt sich eine weitgehende und tief greifende Institutionalisierung im Bereich internationaler Handelsbeziehungen, nämlich durch die Welthandelsorganisation. Wenn die Mitgliedstaaten der WTO durch die Abkommen vereinbart haben, die Gegenseitigkeit in dieser Institution durch andere Prinzipien – die unbedingte Meistbegünstigung oder SDT – zu ergänzen oder ersetzen, kann dies nicht mehr durch das Argument, dass die Gegenseitigkeit eine entscheidende Bedeutung im allgemeinen

²⁰¹ Vgl. *Westreicher*, S. 18ff.

²⁰² Vgl. *Westreicher*, S. 37ff.

Völkerrecht hat, widerlegt werden. Derartige Unwiderlegbarkeit beruht sowohl auf der Gesetzmäßigkeit der Rechtsentwicklung als auch auf der völkergewohnheitsrechtlichen Norm *pacta sunt servanda*, die in Art. 26 WVK niedergeschrieben wird.²⁰³

Um die Stellung der Reziprozität im GATT und somit die Beziehung zwischen der Reziprozität und der unbedingten Meistbegünstigung zu erklären, ist zuerst zwischen zwei Arten der Reziprozität unter dem Blickwinkel ihrer Beziehung mit der Meistbegünstigung zu unterscheiden. Einerseits gibt es die „formelle“ Gegenseitigkeit, die lediglich gegenseitige Gewährung der Meistbegünstigung erfordert und einseitige Gewährung ausschließt; mithin hat sie keinen Konflikt mit der unbedingten Meistbegünstigung. Andererseits gibt es die „materielle“ Gegenseitigkeit, die gleichwertige Gegenleistungen als die Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Meistbegünstigung verlangt und damit direkt in Widerspruch zu der unbedingten Meistbegünstigung steht. Es stellt sich somit die Frage, ob im GATT die materielle Reziprozität verankert ist.

Im GATT wird Reziprozität in folgenden Artikeln erwähnt:

- Präambel: „Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other trade barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international commerce“;
- Art. XXVIII*bis* Abs. 1: „...negotiations on a reciprocal and mutually advantageous basis ... are of great importance to the expansion of international trade“;
- Art. XXXVI Abs. 8: „The developed contracting parties do not expect reciprocity for commitments made by them in trade negotiations to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of less-developed contracting parties“.

Art. XXXVI Abs. 8 ist eine Vorschrift in Bezug auf die spezielle und differenzierte Behandlung der Entwicklungsländer in negativer Formulierung, die das Thema des nächsten Abschnitts ist. Von ihm aus kann man nur vermuten, dass die Mitgliedstaaten „normalerweise“ die gleichwertige Gegenleistung von den anderen erwarten, verpflichtet dieser Artikel jedoch keinesfalls die Mitgliedstaaten zur gleichwertigen Gegenleistung.

Im Präambel und Art. XXVIII*bis* Abs. 1 besteht die Reziprozität in der Form eines Adjektivs „reciprocal“, das gemeinsam mit „mutually advantageous“ die „arrangements“ und „basis of negotiations“ beschreibt, d.h. die Reziprozität gilt für die Verhandlungen der Zugeständnisse und stellt auf keinen Fall eine Bedingung dar, von der die unbedingte Meistbegünstigung abhängig gemacht werden kann.

²⁰³ Art. 26 WVK: „Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen.“

Dass die Reziprozität eine entscheidende Bedeutung in der Verhandlung hat, ist die herrschende Meinung in der Literatur, obwohl der Sprachgebrauch für die Charakterisierung dieser Bedeutung unterschiedlich ist.²⁰⁴ Wenn hier von einem Prinzip der Reziprozität gesprochen wird, ist es ein Prinzip der Verhandlungen oder der MTNs – des speziellen Terminus für die multilateralen Verhandlungen über die Zollsenkungen im Rahmen des GATT. Die Reziprozität stellt also eine Verhandlungsstrategie dar. Während die Gültigkeit des Reziprozitätsprinzips sich auf die Verhandlungen beschränkt, gilt die unbedingte Meistbegünstigung als die rechtliche Pflicht im GATT für die *Ergebnisse* der Verhandlungen. Mithin wird das rechtliche Prinzip der Reziprozität, das im allgemeinen Völkerrecht immer noch Bedeutung hat, durch das Prinzip der unbedingten Meistbegünstigung im GATT aufgehoben, nicht umgekehrt.²⁰⁵ Der Staat hat die politische Handlungsfreiheit, sich aufgrund der Reziprozität im Verhandlungsprozess zu bestreben, gleichwertige Zugeständnisse von anderen Staaten zu erlangen, allerdings kann ein rechtlicher Widerspruch gegen die unbedingte Meistbegünstigung bzw. die unbedingte Gewährung der *Ergebnisse* der Verhandlungen nicht auf dem Reziprozitätsprinzip basieren. Wenn die Reziprozität nur im Verhandlungsprozess funktioniert, die Ergebnisse der Verhandlung aber aufgrund der unbedingten Meistbegünstigung multilateralisiert werden, ist der aktuelle Handel nicht diskriminierend. Wenn die Reziprozität als die Grundlage der Durchführung der Handelspolitik gilt, herrschte dann die Diskriminierung im praktischen Handel.

Die Beziehung zwischen der unbedingten Meistbegünstigung und der Reziprozität ist eigentlich klar im GATT vorgesehen worden. Probleme hatte es allerdings gegeben in Bezug auf die Zusatzabkommen, die in der Tokio-Runde abgeschlossen wurden.²⁰⁶ Diese Abkommen waren zwar Bestandteil des GATT-Systems, verpflichteten aber nur jene Vertragsparteien, die sie unterzeichnet hatten. Damit wurde die Frage aufgeworfen, ob die Vertragsparteien dieser Zusatzabkommen auch anderen GATT-Mitgliedern, welche die Zusatzabkommen nicht unterzeichnet hatten, die Vorteile in den Abkommen infolge der unbedingten Meistbegünstigung gewähren müssten. Manche Staaten, z. B. die USA, vertraten aufgrund der Reziprozität in den Zusatzabkommen die Position, dass die Vorteile nur ihren

²⁰⁴ Einige Beispiele der Charakterisierung sind: „des Grundsatzes der Differenzierung [der Behandlung] nach Maßstab der Reziprozität“, siehe *Benedek*, S. 439; „[t]ariff negotiations until now have undoubtedly been governed by tacit application of this principle [of reciprocity]“, siehe *Espiell*, S. 36; „fundamental element of MTNs“, siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 31; „das Prinzip der „Verhandlung auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum wechselseitigen Nutzen““, siehe *Langer*, S. 86; „das Prinzip der (politischen) Reziprozität“, siehe *Senti 1999*, S. 51; „[t]he political centrality of the concept of reciprocity in multilateral tariff negotiations“, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 115.

²⁰⁵ Siehe *Senti 1999*, S. 51.

²⁰⁶ Abkommen über Subventionen und Ausgleichszölle, Antidumping-Maßnahmen, Zollwert, Öffentliches Beschaffungswesen, Technische Handelshemmnisse, Einfuhrlizenzen, Handel mit zivilen Luftfahrzeugen, Milchprodukte, und Rindfleisch.

Mitgliedern gewährt werden sollten, um dem Trittbrettfahren von Nichtmitgliedern zu begegnen. Dadurch entstand eine neue Art von der bedingten Meistbegünstigung, die als „code conditionality“ bezeichnet wurde. Dieses Problem wurde durch die Errichtung der WTO und die Einführung der einheitlichen Verpflichtungsstruktur gelöst, weil die meisten der Zusatzabkommen als die MTAs unter „single undertaking“ fallen und somit die Frage des Anwendungsbereiches jener Abkommen eindeutig klargestellt worden ist.²⁰⁷

bb. Reziprozität im GATS und TRIPS

Durch die Errichtung der WTO werden nicht nur die ehemaligen Zusatzabkommen des GATT in die einheitliche Verpflichtungsstruktur inkorporiert, sondern auch neue MTAs ausgehandelt. Dass darunter das GATS und TRIPS auch die unbedingte Meistbegünstigungsklausel enthalten, wurde oben bereits erklärt. Die Feststellung, dass das rechtliche Prinzip der Reziprozität durch die unbedingte Meistbegünstigung im GATT aufgehoben wird, kann dadurch bekräftigt werden, dass das gleiche im GATS und TRIPS geschieht, indem die Reziprozität in diesen Verträgen als Ausnahme von der unbedingten Meistbegünstigung unter gewissen Umständen zugelassen wird.

Art. 4(b) TRIPS sieht eine Ausnahme von der Meistbegünstigung vor, aufgrund der revidierten Berner Übereinkunft und des Rom Abkommen die einem Land gewährte Behandlung von der in diesem Land erfahrenen Behandlung abhängig zu machen, was die Forderung auf die Reziprozität darstellt.²⁰⁸ Andererseits ist das TRIPS ein Abkommen, das nicht die Liberalisierung, sondern die Harmonisierung des Schutzes der geistigen Eigentumsrechte in Mitgliedstaaten betrifft. Im TRIPS spielt die Verhandlung von Marktzugang überhaupt keine Rolle, mithin wird die Reziprozität – als ein Prinzip der Verhandlungen – nicht mehr erwähnt.

Im GATS ist die Reziprozität eng mit einer besonderen Vorschrift des GATS – den Freistellungen von MFN-Pflicht²⁰⁹ – verbunden.

Art. II Abs. 2 GATS lautet: „[a] member may contain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the condition of, the Annex on Article II Exemption“.

In Verbindung mit „Annex on Article II Exemption“ dürfen die Mitgliedstaaten bei der Verhandlung des GATS eine Liste von Maßnahmen aufstellen, die unvereinbar mit der

²⁰⁷ Siehe *Jackson 1999*, S. 162, *Meng*, S. 41f., *Senti 2000*, S. 33f., *Trebilcock/Howse*, S. 116.

²⁰⁸ Siehe *Senti 2000*, S. 209.

²⁰⁹ Das Wort „Freistellung“ ist die Übersetzung von englischem „exemption“, während „exception“ als „Ausnahme“ übersetzt werden kann.

unbedingten Meistbegünstigung sind und von dem jeweiligen Mitgliedstaat aufrechterhalten werden, allerdings unter folgenden Beschränkungen:

- Die unvereinbaren Maßnahmen dürfen nur von Mitgliedstaaten *aufrechterhalten*, nicht neu eingeführt werden. Diese Aufforderung des Stillstands gewährleistet, dass die Vertragsparteien nicht von den anderen schlechter als vor dem GATS behandelt werden.
- Alle neuen Freistellungen nach dem Inkrafttreten des WTOA werden gemäß Art. IX Abs. 3 WTOA – dem sogenannten „Waiver-Prozess“ behandelt, der sehr streng ist. Dies bedeutet, dass die Aufstellung der Freistellungsliste in der Tat eine Art der „once-only“ Chance ist.
- Die Freistellungen sollen vorübergehend und mit einer Ablaufsfrist vorgesehen sein. Grundsätzlich soll sie einen Zeitraum von 10 Jahren nicht überschreiten.²¹⁰
- Die Freistellungen sollen vom Rat für den Handel mit Dienstleistungen überprüft werden und Gegenstand von Verhandlungen im Rahmen späterer Handelsliberalisierung sein.

Außerdem hat Paragraph 14 der „GATS Explanatory Note“²¹¹ die Beziehung zwischen den Freistellungen der Meistbegünstigung und den spezifischen Zugeständnissen des Mitgliedstaates für den Marktzugang und die Inländerbehandlung²¹² gesondert erklärt, was auch als eine Beschränkung der Freistellungen betrachtet werden soll. Demgemäß können die Freistellungen nur die Abweichung des Mitglieds von der Meistbegünstigung ermöglichen, nicht aber von seinen spezifischen Zugeständnissen für Marktzugang und Inländerbehandlung. Wenn ein Mitgliedstaat gewisse Zugeständnisse und damit einen Mindeststandard der Behandlung gewährt hat, hat dann seine Freistellung von der Meistbegünstigung nur die Wirkung, bestimmten Staaten „more favourable treatment“ als diesen Mindeststandard zu gewähren. In einem solchen Fall darf eine Vertragspartei nicht schlechter im Vergleich zum Mindeststandard behandelt werden, auch nicht aus irgendwelchen Gründen, „for example, on grounds of reciprocity or the lack of it“, wie Paragraph 14 ausdrücklich erwähnt.

Trotz aller obigen Beschränkungen sind die MFN-Freistellungen Quelle der Besorgnis, dass die unbedingte Meistbegünstigung dadurch beeinträchtigt werden könnte.²¹³

²¹⁰ Dies wird vom Paragraph 6 der „Annex on Article II Exemption“ vorgeschrieben, deren authentischer englischer Text lautet: „[i]n principle, such exemptions should not exceed a period of 10 years. In any event, they shall be subject to negotiation in subsequent trade liberalizing rounds“. Durch „in principle“ wird die Aufforderung an der Bindungskraft verwässert und könnte somit als ermahnend betrachtet werden, vgl. *Schott 1994*, S. 101, *Self*, S. 528. Weil in der Tat viele Freistellungen in den Listen nicht zeitlich begrenzt sind, würden sie sehr wohl nach der 10-jährigen Ablaufsfrist weiter bestehen. Vgl. *Arkell*, S. 383, *Cottier/Oesch*, S. 355, *Wang*, S. 102.

²¹¹ *Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services*, Explanatory Note, MTN.GNS/W/164, 3. September 1993.

²¹² Art. XVI und XVII GATS. Siehe unten III. Teil:B:III.

²¹³ Beispielweise meint *Thomas/Meyer*: „[i]n effect, this exception allows for “conditional MFN treatment” in certain circumstances“, siehe *Thomas/Meyer*, S. 214.

Von Anfang an wurden die Freistellungen als eine bestimmte Art der Beschränkung der unbedingten Meistbegünstigung konzipiert. Die Ursache für die Einführung der Vorschrift der Freistellungen war die Tatsache, dass die Liberalisierungsniveaus vor GATS in verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich waren. Grundsätzlich hatten die Industrieländer unter sich ihre Dienstleistungssektoren bereits weiter liberalisiert, die Entwicklungsländer hingegen nicht. Deswegen beharrten die Entwicklungsländer auf der unbedingten Meistbegünstigung, während die Industrieländer, u. a. die USA, sich um das Trittbrettfahren sorgten, wenn die Entwicklungsländer ihre Märkte nicht „reciprocal“ öffneten.²¹⁴ Weil die unbeschränkte Liberalisierung unmöglich war, wurden die unbedingte Meistbegünstigung und begleitende Freistellungen als Kompromisslösung geschlossen, denn „liberalization subject to some temporary MFN exceptions would be preferable to no liberalization at all“.²¹⁵

Die Freistellungen haben die Wirkung, dass die gewissen Staaten gewährte beste Behandlung von einem WTO-Mitglied nicht automatisch multilateralisiert werden muss, sofern es keine spezifischen Zugeständnisse wie die beste Behandlung gewährt und entsprechende Freistellungen aufgeführt hat. Ein anderes Mitglied muss eine materielle Gegenleistung für derartige beste Behandlung bieten, wenn das Freistellungen anführende Mitglied nach der Reziprozität verlangt. Praktisch spielt die Reziprozität beispielsweise eine bedeutende Rolle für die Aufführung der Freistellungen im Bereich des Flugtransports und der Finanzdienstleistung.²¹⁶ Durch die Freistellungen wird die Reziprozität mithin einerseits bis zu einem gewissen Grade temporär toleriert, andererseits wird es klargestellt, dass sie nur eine Ausnahme darstellt bzw. die unbedingte Meistbegünstigung die Regel ist, und die Reziprozität *per se* nicht als ein Argument gegen die Anwendung der unbedingten Meistbegünstigung geltend gemacht werden kann.²¹⁷

Bezüglich der Grundsätze der Verhandlungen ist das Wort „reciprocal“ im GATS im Vergleich mit GATT ignoriert worden. Der betreffende Teil der GATS-Präambel lautet folgendermaßen:

„... multilateral negotiations aimed at promoting the interests of all participants on a mutually advantageous basis and at securing an overall balance of rights and obligations, ...“

Art. XIX GATS, der „Negotiation of Specific Commitments“ vorsieht, hat im Absatz 1 den gleich lautenden Inhalt wie die Präambel.

²¹⁴ Siehe *Leroux*, S. 417, *Sauvé 1995*, S. 130, *Self*, S. 527, *Thomas/Meyer*, S. 210, 214.

²¹⁵ Siehe *WTO-Guide*, S. 165.

²¹⁶ Siehe *Mattoo 2000*, S. 67.

²¹⁷ *Arup* bezeichnet dies als „a baseline of MFN with a top-up of material reciprocity“, siehe *Arup*, S. 111.

Die Geschichte der Freistellungen von der Meistbegünstigung hat gezeigt, dass die Reziprozität weiterhin in den GATS-Verhandlungen Bedeutung hat. Mithin stellen sich die Fragen, warum die Staaten in den Verhandlungen der Reziprozität folgen möchten und ob das Unterlassen des Wortes „reciprocal“ auf ein revidiertes Konzept hinweisen könnte.²¹⁸ Um sie zu beantworten, sollen die Nutzen und Probleme analysiert werden, welche die Reziprozität für die multilateralen Verhandlungen bringt.

cc. Reziprozität in Verhandlungen: Nutzen und Probleme

Die ökonomischen Überlegungen stellen die wesentliche Grundlage der Reziprozität in den Verhandlungen dar. Aus Sicht der klassischen Handelstheorie würde ein Staat auch von der unilateralen Liberalisierung ohne Gegenleistung profitieren.²¹⁹ Daher wäre es ökonomisch nicht vorteilhaft, auf den hohen Handelsbarrieren zu beharren, um andere Staaten zur Liberalisierung zu zwingen.²²⁰ Andererseits liegt es auf der Hand, dass ein Land von einer gegenseitigen Liberalisierung mehr profitieren könnte, indem die Vorteile sowohl von dem Import als auch vom Export generiert werden könnten.²²¹ Genauer betrachtet, könnten die ökonomischen Überlegungen zugunsten der Reziprozität folgendermaßen zusammengefasst werden:²²²

- das Argument der „Terms of Trade“: die Reziprozität stellt die Voraussetzung dar, dass sich die „Terms of Trade“ eines Landes (Verhältnis von Export- zu Importpreisen) gegenüber dem Partner nicht verschlechtern, was ein Land wiederum als Bedingung für den Abbau der Handelsbarrieren betrachten könnte;²²³
- das Beschäftigungsargument: durch den zusätzlichen Import könnten Arbeitskräfte in der inländischen Konkurrenzproduktion freigesetzt werden, diese könnten dann in der begünstigten Exportindustrie unter der gegenseitigen Liberalisierung beschäftigt werden, mithin stellt das auch die staats- und sozialpolitischen Überlegungen dar;

²¹⁸ Einerseits könnte man behaupten, dass das Unterlassen des Wortes „reciprocal“ gewisse Bedeutung hat, und sie wäre die Ablehnung des Reziprozitätsprinzips in GATS-Verhandlungen. Andererseits könnte dieses Argument mit dem Hinweis widerlegt werden, dass „mutually advantageous basis“ auch die Reziprozität beinhalten kann. Aufgrund einer semantischen Analyse allein kann daher keine eindeutige Antwort gegeben werden. Vielmehr ist die Frage bedeutend, ob das Konzept anders geworden wäre, unabhängig davon, mit welchem Name es bezeichnet würde.

²¹⁹ Siehe *Trebilcock/Howse*, S. 3.

²²⁰ Vgl. *Hoekman/Kostecki*, S. 122.

²²¹ Siehe *Trebilcock/Howse*, S. 7.

²²² Siehe *Senti 2000*, S. 204f.

²²³ Dazu siehe auch *Bagwell/Staiger*, S. 38ff. Zu „Terms of Trade“ im Allgemeinen und ihrer ökonomischen Bedeutung für den Außenhandel, siehe *Samuelson*, S. 796f.

- das Handelsbilanzargument: die Reziprozität ermöglicht, dass die gegenseitig zugestandenen Handelserleichterungen bestmöglich ausgewogen sind, um die Verschlechterung der Handelsbilanz zu verhindern.

Zudem gibt es politische Gründe für das Festhalten an der Reziprozität. Zum einen gibt es in jedem Land „Pressure Groups“, die vom Staat eine möglichst wirksame Interessenwahrung fordern. Zum Zweck der Wiederwahl oder der Macherhaltung für die eigene Partei werden die Regierungen solchen Gruppen in der einen oder anderen Form nachgeben. „Aufgrund der Tatsache, dass Freihandel vielen einen kleinen, Protektionismus einigen wenigen einen großen Vorteil bringt, wird die reziproke Verhandlungsweise so angelegt werden, dass die Vorteile zugunsten der „Pressure Groups“ und die dafür eingegangenen Nachteile zu Lasten nicht organisierter Wirtschaftsbereiche gehen. Außerdem sind die Vor- und Nachteile der Handelsmaßnahmen sehr schwer zu bewerten. Deshalb wird jede Regierung versucht sein, kurzfristige, das heißt in die eigene Wahlperiode fallende staats- und parteipolitische Vorteile gegen Nachteile, die erst längerfristig sichtbar werden, einzuhandeln.“. Dies ist das Argument des politischen Drucks.²²⁴ Zum anderen weist man auf ein Argument der Selbstrechtfertigung hin, d. h. die aus den Verhandlungen heimkehrenden Delegierten müssen ihre Arbeit im Inland gut verkaufen können, und dies wäre nur möglich unter der Reziprozität.²²⁵

Aufgrund der oben angeführten Argumente soll eigentlich die Reziprozität der Erleichterung der Verhandlungen dienen. Aus der rechtlichen Hinsicht sollen die Reziprozität und die unbedingte Meistbegünstigung komplementär und reibungslos zusammenwirken, weil sie konsequenterweise jeweils für die Verhandlungen und für die Ergebnisse dieser Verhandlungen gelten. In der Realität könnte jedoch dieses Zusammenwirken gewisse Probleme mit sich bringen, die mit der Befürchtung des Trittbrettfahrens eng verbunden sind. Zum einen könnten die kleineren Handelsnationen von den Zugeständnissen anderer (großen) Handelsmächte infolge der unbedingten Meistbegünstigung profitieren, ohne die reziproken Gegenleistungen zu bieten. Um solchem potentiellen Trittbrettfahren zu begegnen, sieht das GATT die „principal supplier rule“ vor. Gemäß Art. XXVIII*bis* Abs. 2 lit. b GATT erkennen die Vertragsparteien an, „dass der Erfolg mehrseitiger Verhandlungen im Allgemeinen davon abhängen wird, dass alle Vertragsparteien, deren gegenseitiger Warenaustausch einen wesentlichen Teil ihres Gesamtaußenhandels darstellt, an diesen Verhandlungen teilnehmen“. Unter der „principal supplier rule“ müssen die wichtigsten Handelsnationen an den

²²⁴ Siehe *Senti 2000*, S. 205. Zu Einflüssen der Lobbys, siehe auch *Hoekman/Kostecki*, S. 120ff, zur bezüglichen Public-Choice-Theorie, siehe *Trebilcock/Howse*, S. 15ff. In der Literatur der Internationalen Beziehungen wird diese Dimension der internationalen Verhandlungen als „Two-level“-Game bezeichnet, siehe dazu *Putnam*, S. 433f. Im Fall der EU ist das Spiel dann „three-level“, indem die Kommission eine zusätzliche Stufe darstellt.

²²⁵ Siehe *Jackson 1999*, S. 148, *Senti 2000*, S. 205f.

Verhandlungen teilnehmen. Die Verhandlungsteilnehmer kalkulieren bei ihren Angeboten die Tatsache ein, dass ihre Zugeständnisse später auch von den Nichtteilnehmern bzw. den kleineren Handelsnationen aufgrund der unbedingten Meistbegünstigung in Anspruch genommen werden. Damit werden die Vorteile und Kosten einer Liberalisierung innerhalb der Principal-Suppliers-Gruppe bis zu so einem großen Ausmaß internalisiert, dass das „Trittbrettfahren“ von denjenigen außerhalb der Gruppe vernachlässigbar geworden ist.²²⁶ Ohne Einigung der Principal-Suppliers kommt ohnehin kein Ergebnis neuer Handelsliberalisierung zustande. Wenn irgendetwas ausgehandelt würde, dann ist zu vermuten, dass die Verhandlungsteilnehmer dabei die Erlangung der Reziprozität wahrgenommen haben. Mithin stellt das angebliche Trittbrettfahren von den kleinen Handelsnationen nach dem Zustandekommen der Verhandlungsergebnisse nicht wirklich ein ernst zu nehmendes Problem dar.

Mögliche Probleme bestehen zum anderen im Prozess der Verhandlungen, nämlich, die Befürchtungen von den Beteiligten, dass keine reziproken Ergebnisse vorliegen, könnten einen Schatten auf die Aussicht der Verhandlungen werfen. In den WTO-Verhandlungen werden multiple Themen behandelt: nicht nur Zölle auf Waren, sondern auch die Marktzugänge für Dienstleistungen; dazu kommen noch Ordnungsregeln, deren Wert sehr schwierig im ökonomischen Sinne quantitativ festzulegen ist, beispielsweise die Regeln über den Schutz der geistigen Eigentumsrechte, oder mögliche Regeln über den Investitionsschutz. Die WTO-Verhandlungen sind multilateral, über 100 Mitglieder nehmen (mehr oder weniger) daran teil. Jedes Mitglied hat ein spezielles Eigeninteresse und wird die Vorteile und Kosten im Zusammenhang mit einem bestimmten Thema anders bewerten. Die Verhandlungen stellen „Multi-Issue Barter Exchanges“ dar, wobei die Zugeständnisse ausgetauscht werden und es an einem „price mechanism“ fehlt.²²⁷ Mithin hängt das Zustandekommen der „reziproken“ Ergebnisse hauptsächlich von den individuellen und unvermeidlich verschiedenen Einschätzungen der Mitglieder ab. Die Verschiedenheit der Einschätzungen könnte durchaus auch den Delegierten dabei helfen, die Verhandlungsergebnisse im Inland zu verkaufen.²²⁸ Sie könnte allerdings dazu führen, dass die Verhandlungspartner eigene Zugeständnisse überwerteten bzw. diejenigen von den anderen Beteiligten unterwerteten, und der erfolgreiche Abschluss der Verhandlungen verzögert oder verhindert wird. Das traditionelle Konzept der Reziprozität ist *in natura* bilateral, die multilateralen Verhandlungen

²²⁶ Zu einer eingehenden Darlegung der „principal supplier rule“, siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 126f., vgl. *Langer*, S. 113f.

²²⁷ Siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 135f.

²²⁸ Siehe *Jackson 1999*, S. 148, *Senti 2000*, S. 206.

könnten aufgrund dessen – wegen der Verschiedenheit der Einschätzungen – in eine Sackgasse geraten. Indem die Probleme während der Verhandlungen hervorkommen könnten, sind sie eher politisch als rechtlich. Um diesen zu begegnen, wäre ein politisches Umdenken von der Reziprozität in der multilateralen Dimension hilfreich.

dd. Reziprozität in der multilateralen Dimension – „diffuse reciprocity“

Nach der Auffassung von *Ruggie* und *Wilkinson* ist die Erwartung auf „diffuse reciprocity“ das zweite Prinzip des Multilateralismus nach dem der „Indivisibility“, im Vergleich zur „specific reciprocity“ des Bilateralismus.²²⁹

Das Begriffspaar von „diffuse reciprocity“ und „specific reciprocity“ geht auf *Keohane* zurück. Nach seiner Auffassung bedeutet Reziprozität „*exchanges of roughly equivalent values in which the actions of each party are contingent on the prior actions of the others in such a way that good is returned for good, and bad for bad*“.²³⁰ Die „specific reciprocity“ bezieht sich auf die Situation, „in which specified partners exchange items of equivalent value in a strictly delimited sequence“. „If any obligations exist, they are clearly specified in terms of rights and duties of particular actors... In situations characterized by *diffuse* reciprocity, by contrast, the definition of equivalence is less precise, one’s partner may be viewed as group rather than as particular actors, and the sequence of events is less narrowly bounded. Obligations are important. Diffuse reciprocity involves conforming to generally accepted standards of behaviour.“²³¹ Mit wenigen Worten bedeutet die „specific reciprocity“ „the simultaneous balancing of specific quids-pro-quoos by each party with every other at all times“, während die „diffuse reciprocity“ den Austausch von „a rough equivalence of benefits in the aggregate and over time“ darstellt.²³² Mithin ist die „specific reciprocity“ in der Natur bilateral, die auf ihr basierende Verhandlung in einem multilateralen Regime bleibt im Wesentlichen bilateral. Die „diffuse reciprocity“ stellt dagegen den echten multilateralen Charakter dar.

Unter bestimmten Umständen kann die „specific reciprocity“ die internationale Kooperation fördern. Sie ist allerdings keine hinreichende Bedingung der Kooperation, denn sie kann auch schlechte Behandlung für schlechte Behandlung bedeuten. Es gibt außerdem zwei immanente

²²⁹ Siehe *Ruggie*, S. 571f., *Wilkinson*, S. 3, 40f.

²³⁰ Siehe *Keohane*, S. 8. Er weist darauf hin, dass ein Anspruch auf Reziprozität betrügerisch sein kann, und mithin die Dominanz und Ausbeutung sich dahinter stecken können. Selbst echte Reziprozität ist nicht „power-free“. Starke und schwache Beteiligte des reziproken Austauschs müssen mit verschiedenen Gelegenheitskosten rechnen. Die internationale Machtstruktur spielt auch eine Rolle bei der Feststellung, welcher Nutzen gleichwertig ist.

²³¹ *Ibid.*, S. 4.

²³² Siehe *Ruggie*, S. 571f.

Probleme bei der „specific reciprocity“. Erstens liegt das Problem darin, dass jeder Staat den Nutzen aus der Sicht eigener Interessen unterschiedlich, mithin nicht „gerecht“ bewerten kann und dazu neigt, seine Zugeständnisse zu überwerten. Dies könnte einen aus der Sicht der anderen überwertenden Anspruch auf Kompensation verursachen. Aufgrund einer strikten „specific reciprocity“ würde die Überwertung zum Teufelskreis von „Überwertung für Überwertung“ führen. Die Konflikte würden eskaliert, und die Verhandlung würde in eine Sackgasse geraten. Zweitens neigt der Staat dazu, oder ist gezwungen, unnötige Handelsbarrieren beizubehalten, obwohl das Abschaffen oder Reduzieren solcher Handelsbarrieren ihn ökonomisch eindeutig begünstigen wird. Solche Handelsbarrieren dienen nur dazu, als Spielmarken für künftige Verhandlung gehortet zu werden. Je mehr Staaten an der Verhandlung teilnehmen, umso komplizierter und unvorhersehbarer wird der Anspruch der anderen auf Kompensation sein. Es wäre dann wahrscheinlicher, dass ein Staat seine Zugeständnisse überwertet und mehrere Handelsbarrieren als künftige Spielmarken in der Verhandlung beibehält. Im Falle der Interdependenz der Handelspartner könnte folgende Situation vorkommen: Staat A gewährt Staat B Zugeständnis für Produkt X gegen gleichwertige Kompensation für Produkt Y. Danach bekommt A die gleiche Kompensation für Y von Staat C für das gleiche Zugeständnis für X. Weil B und C in Bezug auf X eine Wettbewerbsbeziehung auf dem Markt von A haben, kann B behaupten, dass der Wert des Zugeständnisses X durch Gewährung an C vermindert wird, und verlangt neue Verhandlung aufgrund der „specific reciprocity“. Dies wird wieder zur erneuten Verhandlung zwischen A und C führen. Mithin kommt ein Teufelskreis von Wiederbewertung zustande, bis zum Ende einer Sackgasse.²³³ Als empirische Beweise untersucht *Keohane* die Handelsstrategien von Großbritannien in den 1830er Jahren und den USA vor 1930, die aufgrund der obigen Probleme der „specific reciprocity“ – das Problem der Bewertung der Gleichwertigkeit und das Beibehalten oder Aufrichten der Handelsbarriere zugunsten der Verhandlung – zur unbedingten Meistbegünstigung gewandelt sind.²³⁴

Die „diffuse reciprocity“ wirft keine derartigen Probleme auf, indem jeder Beteiligte seinen eigenen Teil beiträgt, nicht um Kompensation spezifischer Beteiligten zu gewinnen, sondern

²³³ Außerdem gibt es in einem multilateralen Regime auf der Basis der „specific reciprocity“ noch ein zusätzliches Problem, das in der heutigen WTO vielleicht nicht so gravierend ist. Die „specific reciprocity“ bietet den Anreiz zur Kooperation dadurch an, dass die nichtkooperative Aktion von den anderen Akteuren durch ihrerseits nichtkooperative Aktion bestraft wird und damit eigene künftige Interessen benachteiligt. In einem multilateralen Regime, wo öffentliche Güter existieren – z.B. die Stabilität des Regimes, das Vertrauen auf die Wirksamkeit des Rechts, und die nachhaltige Entwicklung, könnte dieser Anreiz der „specific reciprocity“ verwässert werden, wenn öffentliche Güter, nicht aber unmittelbare Interessen der einzelnen durch nichtkooperative Aktion beeinträchtigt werden. Allerdings spielen derartige öffentliche Güter im WTO-Recht noch keine bedeutsame Rolle.

²³⁴ Vgl. *Keohane*, S. 10ff.

um das Ergebnis des „gemeinsamen Nutzens“ zu erreichen, wie die GATT-Präambel vorsieht. Mithin hat die „diffuse reciprocity“ ihre Nachteile, nämlich, sie benötigt „a widespread sense of obligation“.²³⁵ Eine reine „diffuse reciprocity“ hat daher eine idealistische Natur. In der Realität benötigt sie noch einen wirksamen Mechanismus als Garant des Nachkommens der Verpflichtungen.

Die Kooperationen in der Realität stellen ein Kontinuum dar, an einem Pol funktioniert die reine „specific reciprocity“, am anderen die echte „diffuse reciprocity“. Am Pol der „specific reciprocity“ ist die primitive Gesellschaft, und wahrscheinlich auch ein großer Teil der zwischenstaatlichen Beziehungen. Der Sozialstaat ist am Pol der „diffuse reciprocity“, dem auch manche zwischenstaatliche Beziehungen durch die Institutionalisierung deutlich nähergebracht werden, z. B. in der EU.

Die WTO ist eine effektive internationale Organisation. Die Effektivität macht es möglich, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der WTO nach dem Prinzip der „diffuse reciprocity“ zusammenzuarbeiten anfangen, weil die Effektivität der WTO der Überwindung der oben genannten Nachteile der „diffuse reciprocity“ dienen kann. Für die „diffuse reciprocity“ ist die enge Interdependenz in der Weltwirtschaft die Voraussetzung, das Ziel der nachhaltigen Entwicklung der Impuls, und die effektive WTO der Garant. Natürlich darf man nicht so optimistisch sein und wünschen, dass die „diffuse reciprocity“ in der WTO jetzt schon wie im Sozialstaat funktioniert. Mithin darf einerseits die traditionelle Reziprozität unter den „principal-suppliers“ weiter geltend gemacht werden, andererseits soll der Gedanke der „diffuse reciprocity“ eingeführt und durchgesetzt werden, u. a. in den Verhandlungen zwischen den „principal-suppliers“ und „no-principal-suppliers“, sowie zwischen den wirtschaftlich starken und schwachen Staaten.²³⁶

In Texten der Abkommen der WTO und der Literatur ist zwar kein Vorschlag zur „diffuse reciprocity“ zu finden, es gibt aber viele Indizien dafür, dass der Austausch von „a rough equivalence of benefits in the aggregate and over time“ – der wesentliche Sinn der „diffuse reciprocity“ – befürwortet wird. Das Unterlassen des Wortes „reciprocal“ und die Betonung von „mutually advantageous“ im GATS in Bezug auf die Grundsätze der Verhandlungen wäre ein gutes Beispiel. Dies könnte folgendermaßen erklärt werden: man wäre sich einerseits

²³⁵ Ibid, S. 20.

²³⁶ Diesbezüglich ist auch der Unterschied zwischen „inter-issue“ Reziprozität und „intra-issue“ Reziprozität zu erwähnen. Obwohl die Frage, welche Verhandlungsobjekte „inter-issue“ oder „intra-issue“ darstellen, je nach dem konkreten Fall unterschiedlich beantwortet werden kann, darf es jedoch im Allgemeinen hingewiesen werden, dass die Regel der „principal-suppliers“, und damit die „specific reciprocity“, nur in der „intra-issue“ Verhandlung gelten kann und daher mehr oder weniger mit der „intra-issue“ Reziprozität verwandt ist, während die „diffuse reciprocity“ und die „inter-issue“ Reziprozität öfter in demselben Fall geltend gemacht werden könnten.

der Mängel der traditionellen Reziprozität von Quidproquo bewusst und wollte sie nicht mehr als Prinzip der GATS-Verhandlungen gelten lassen; andererseits kann die Idee der Reziprozität wegen ihrer ökonomischen und politischen Vorteile nicht völlig entfernt werden. Mithin entspricht das vorgeschriebene Verhandlungsprinzip im GATS in der Tat dem Gedanken der „diffuse reciprocity“. Außerdem scheint die Umwandlung von der traditionellen Reziprozität zur „diffuse reciprocity“ eine Voraussetzung dafür zu sein, um den möglichen „Inter-issue“-Austausch zwischen Zugeständnissen im Warenhandel und im Dienstleistungshandel zu fördern. *Mattoo* und *Olarreaga* schlagen in ihren World Bank Papers vor, Guthaben für unilaterale Liberalisierung in den multilateralen Verhandlungen und eine neue Verhandlungsformel für „reciprocity across modes of supply“ im Dienstleistungshandel einzuführen.²³⁷ Das Ziel ihrer Vorschläge ist ebenfalls die Verwirklichung des Austausches von „a rough equivalence of benefits in the aggregate and over time“.

3. *Special and Differential Treatment*

a. *Der Anspruch der Entwicklungsländer*

„Special and Differential Treatment“ (SDT) ist der besondere Anspruch von den GATT/WTO-Mitgliedern, die Entwicklungsländern sind, in Bezug auf das Funktionieren der Meistbegünstigung und Reziprozität im multilateralen GATT/WTO-Regime. Aufgrund dieses Anspruchs sollen das rechtliche Prinzip der Meistbegünstigung und das politische Prinzip der Reziprozität in bestimmten Fällen nicht mehr gelten: die speziellen Begünstigungen, welche die Entwicklungsländer gegeneinander gewährt haben, sollen nicht in den Anwendungsbereich der unbedingten Meistbegünstigung einbezogen werden und die Reziprozität in den Verhandlungen zwischen Entwicklungsländern und Industriestaaten soll nicht mehr geltend gemacht werden. Der Anspruch richtet sich daher nicht gegen die Gültigkeit der beiden Prinzipien im GATT/WTO als solche, sondern im Wesentlichen für eine Ausnahme von beiden Prinzipien.²³⁸

²³⁷ Siehe *Mattoo/Olarreaga 2000a* und *Mattoo/Olarreaga 2000b*.

²³⁸ Es war auch die Auffassung in 1970s, dass die Meistbegünstigung eine „re-interpretation“ braucht, siehe *Espiell*, S. 38. Solche Auffassung basierte auf den folgenden Thesen: „equal treatment of unequals is unjust“, „unequals should be treated unequally“, und „economic inequality among States can only be corrected through unequal treatment“, siehe *Espiell*, S. 36, *Yusuf*, S. 492. Mithin war das Wesentliche der „re-interpretation“ von *Espiell* die GATT-Meistbegünstigung als die „tatsächliche“ Gleichbehandlung anstatt der „materiellen“ zu interpretieren. Weil es im heutigen völkerrechtlichen Stand offensichtlich unmöglich ist, die tatsächliche Gleichbehandlung als die multilaterale Disziplin geltend zu machen, ist solche „re-interpretation“ der Meistbegünstigung nicht durchsetzbar. SDT kann daher nur eine Ausnahme vom Prinzip der Meistbegünstigung darstellen.

Der Anspruch der Entwicklungsländer auf das SDT hat seine historischen und wirtschaftswissenschaftlichen Hintergründe. Als das GATT im Jahre 1947 zustande kam, waren die meisten Entwicklungsländer noch Kolonien der westlichen Mächte. Eine Folge der Kolonialherrschaft war, dass sich die Ökonomie vieler Entwicklungsländer auf die Produktion und Ausfuhr bestimmter Rohstoffe konzentrierte und andere Industriesektoren nicht- oder unterentwickelt waren. Eine derartige Wirtschaftsstruktur verursacht zum einen eine stärkere Volatilität der *terms of trade* (Verhältnis von Export- zu Importpreisen) der Entwicklungsländer im Vergleich zu den Industrieländern, zum anderen sehen die Entwicklungsländer protektionistische Maßnahmen als unentbehrlich an, um ihre unterentwickelte Industrie zu schützen, und sie wollen am Liberalisierungsprozess wenig teilnehmen bzw. speziell und different behandelt werden.²³⁹ Auf diese Ansicht hat die Theorie der „infant industries“ einen bedeutenden Einfluss genommen.

Die Theorie der „infant industries“ besagt, dass die Entwicklung der jungen Branchen den Schutz durch Zölle oder andere Maßnahmen benötigt, weil diese jungen Branchen von sich aus die Start- und Experimentierphase nicht überstehen könnten, wenn sie sich sofort dem internationalen Wettbewerb ausliefern müssten. Indem ein geschützter Inlandsmarkt vorübergehend zur Verfügung steht, könnten sie eine Massenproduktion entwickeln, einen Pool ausgebildeter Arbeitskräfte aufbauen und die technologische Effizienz erreichen, die für viele reife Branchen typisch ist.²⁴⁰

Zudem spielen steuerliche Überlegungen hier eine wichtige Rolle, weil die Zolleinnahmen in einigen Entwicklungsländern immer noch die hauptsächliche Finanzierungsquelle der Regierung darstellen.²⁴¹

Es liegt auf der Hand, dass die Teilnahme der Entwicklungsländer sehr wichtig für ein multilaterales Regime ist, wenn man sich die Tatsache zu Herzen nimmt, dass die Entwicklungsländer den großen Teil der Weltgemeinschaft bilden. Dass die nachhaltige Entwicklung der Weltwirtschaft ohne die Förderung der Entwicklungsländer unmöglich ist, ist heute allgemein anerkannt. Die Mehrheit der WTO-Mitglieder stellen ebenfalls die Entwicklungsländer dar. Das SDT spielt eine bedeutende Rolle bei der Förderung der Teilnahme der Entwicklungsländer am multilateralen Handelsregime. Dies wird so weit und breit anerkannt, dass es auch als ein Prinzip des GATT/WTO-Regimes bezeichnet wird.²⁴²

²³⁹ Siehe *Whalley*, S. 12.

²⁴⁰ *Samuelson*, S.797, *Trebilcock/Howse*, S. 9f.

²⁴¹ *Trebilcock/Howse*, S. 11.

²⁴² Siehe Doha Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/W/1, para. 50. *Benedek* bezeichnet es als das Prinzip der Solidarität, das systematisch aus der Rechtsordnung des GATT abgeleitet werden könne. Siehe *Benedek*, S. 54.

Zu unterscheiden ist allerdings die prinzipielle Bedeutung des *SDT-Prinzips* im WTO-Regime von der Eigenschaft *einzelner SDT-Maßnahme* als Ausnahme der Meistbegünstigung.²⁴³

Einerseits wird die grundlegende Bedeutung des SDT nicht durch die Tatsache verwässert, dass einzelne SDT-Maßnahmen die rechtliche Funktion einer Ausnahme der MFN-Verpflichtung haben, so entscheidet der Appellate Body im Fall *EC – Drug Arrangement*.²⁴⁴

Während es andererseits keine Zweifel in der Weltgemeinschaft daran gibt, dass SDT im Ganzen unentbehrlich für das WTO-Regime ist,²⁴⁵ sollen einzelne SDT-Maßnahmen kritisch bewertet werden und zwar in der Hinsicht, ob sie die Überwindung der von den Entwicklungsländern bei der Liberalisierung zu konfrontierenden speziellen Probleme erleichtern und damit die Teilnahme der Entwicklungsländer tatsächlich fördern können. Diese Frage wird mithin auch in der Verhandlung des künftigen Investitionsabkommens gestellt, während es vor allem festzustellen ist, dass SDT auf jeden Fall ein Teil dieses Abkommens sein wird.

Wenn eine SDT-Maßnahme von der Meistbegünstigung abweicht, ist bei der Bewertung der jeweiligen Maßnahme zu beachten, dass sie einerseits effektiv bei der Überwindung der speziellen Probleme der Entwicklungsländer helfen und andererseits die Funktionierung des Prinzips der Nichtdiskriminierung weniger erodieren soll. Dies berücksichtigend werden dann die Entwicklung und das Spektrum des SDT dargestellt und bewertet, um eine Grundlage für die Inkorporation des SDT in das Investitionsabkommen zu schaffen.

b. Entwicklung und Spektrum des SDT

Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass es in den GATT und WTO-Abkommen bis jetzt immer noch keine offizielle Definition gibt, welcher Staat ein Entwicklungsland ist.²⁴⁶ In der Tat

²⁴³ Als das SDT am Anfang der Geschichte eindeutig die Ausnahme der Meistbegünstigung darstellt, ist es jetzt im Rahmen der WTO ein weites Spektrum verschiedener Maßnahmen geworden, von denen einige keine Abweichungen von der Meistbegünstigung mehr sind. Dazu siehe den nächsten Abschnitt.

²⁴⁴ WT/DS246/AB/R, vom 07.04.2004, para. 95. In diesem Fall ging es um die Vereinbarkeit des Drug Arrangement mit der Verpflichtung der Meistbegünstigung in Art. I:1 GATT und der Ermächtigungsklausel an. Das Drug Arrangement – ein Teil des GSP von der EU – sah vor, dass gewissen Entwicklungsländern, die schwierige Probleme beim Kampf gegen Drogenanbau und –handel haben, größere Zollbegünstigungen gewährt werden. Die rechtliche Beziehung zwischen dem Art. I:1 GATT und der Ermächtigungsklausel spielt hier eine wichtige Rolle, weil es die Beweislast der streitenden Parteien betrifft. Weil der Appellate Body es bekräftigt hat, dass die Ermächtigungsklausel eine Ausnahme der Meistbegünstigung darstellt, liegt somit die Beweislast bei der verteidigenden Partei – der EU, ihre Maßnahme durch die Ermächtigungsklausel zu rechtfertigen. Andererseits ist der Appellate Body auch der Ansicht, aufgrund der fundamentalen Bedeutung des GSP, dass es für die klagende Partei – Indien – nicht hinreichend ist, nur die Verletzung der Meistbegünstigung zu behaupten. Indien muss auch die exakten Vorschriften der extensiven Ermächtigungsklausel identifizieren, welche durch die angefochtene Maßnahme verletzt werden. (para. 110-15)

²⁴⁵ Siehe Doha Ministerial Declaration, para. 44. Die Minister der Mitgliedstaaten sprechen deutlich aus: „we reaffirm that provisions for special and differential treatment are an integral part of the WTO Agreements.“

²⁴⁶ In Art. XVIII Abs. 1 GATT ist eine vage Darstellung der Entwicklungsländer, ohne das Wort „Entwicklungsland“ zu erwähnen: „die Vertragsparteien ..., deren Wirtschaft nur einen niedrigen Lebensstandard

basiert der Anspruch auf SDT immer auf der Selbstauswahl der Staaten als Entwicklungsland. Dies führt dazu, wie *Michalopoulos* als Beispiel nennt, dass Singapur mit dem Pro-Kopf-Einkommen von \$32,810 in 1997 und Ghana mit dem Pro-Kopf-Einkommen von \$390 zur gleichen Kategorie – der Entwicklungsländer – gehören und vom SDT profitieren.²⁴⁷

Das originale GATT-Abkommen von 1947 hat keine speziellen Vorschriften für die Entwicklungsländer, obwohl 11 von 23 ursprünglichen Vertragsparteien Entwicklungsländer sind.²⁴⁸ Alle Vertragsparteien hatten die gleichen Rechte und Verpflichtungen. Das bedeutet aber nicht, dass die elf Entwicklungsländer von ihren speziellen Problemen nicht wussten,²⁴⁹ sondern es führte darauf zurück, dass das GATT eigentlich als ein Abkommen geplant wurde, das vorläufig galt und dann in das ITO-Abkommen integriert werden sollte. Das ITO-Abkommen hat ein Kapitel – nämlich Kapitel III „Economic Development and Reconstruction“, das auf die Probleme der Entwicklungsländer zielt.²⁵⁰

Nachdem klar wurde, dass die ITO nicht zustande kommen können, fingen die Entwicklungsländer an, Vorschriften über speziellen Maßnahmen zur Überwindung ihrer speziellen Probleme in das GATT zu inkorporieren. Das erste Ereignis war die Revision des Art. XVIII GATT bei der GATT Review Session zwischen 1954-1955.

Der revidierte Art. XVIII ermächtigt die Entwicklungsländer, folgende Maßnahmen zu treffen:

- Nach Abschnitt A dürfen die Entwicklungsländer bestimmte Zollzugeständnisse im Interesse der Errichtung eines bestimmten Wirtschaftszweigs ändern oder zurücknehmen.
- Gemäß Abschnitt B dürfen die Entwicklungsländer mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen aufgrund der Zahlungsbilanzschwierigkeiten anwenden.
- Abschnitt C erlaubt die Anwendung anderer Maßnahmen, um die Errichtung eines bestimmten Wirtschaftszweigs zu fördern.

Der nächste Erfolg der Bemühungen der Entwicklungsländer war die Annahme des Teil IV „Handel und Entwicklung“ des GATT im Jahr 1964.

Teil IV enthält drei Artikel. Art. XXXVI „Grundsätze und Ziele“ erkennt die Notwendigkeit, für solche Grundstoffe, Halb- und Fertigwaren, an deren Ausfuhr die Entwicklungsländer ein

zulässt und sich in den Anfangsstadien der Entwicklung befindet.“ Im Zusammenhang mit den am wenigsten entwickelten Ländern bezieht sich Art. XI:2 WTOA auf die Klassifikation von den Vereinten Nationen.

²⁴⁷ Siehe *Michalopoulos*, S. 2.

²⁴⁸ Sie sind: Brasilien, Birma, Ceylon (Sri Lanka), Chile, China, Indien, Kuba, Libanon, Pakistan, Rhodesien (Simbabwe) und Syrien.

²⁴⁹ Zur Diskussion über die Entwicklungsproblematik in den Verhandlungen von ITO- und GATT-Abkommen, siehe *Senti 2000*, S. 258f.

²⁵⁰ Einige Autoren weisen nicht auf diese Tatsache hin. Mithin rufen ihre Aussagen den falschen Eindruck hervor, dass die speziellen Probleme der Entwicklungsländer am Anfang des multilateralen Handelsregimes keine Bedeutung hätten. Siehe u. a. *Michalopoulos*, S. 2, *Nottage*, S. 25.

besonderes Interesse haben, einen besseren Zugang zu den Weltmärkten zu schaffen. Art. XXXVII „Verpflichtungen“ verlangt von den Industriestaaten, „soweit irgend möglich“, ²⁵¹ dem Abbau von Handelsbarrieren für Waren, an deren Ausfuhr die Entwicklungsländer ein besonderes Interesse haben, besonderen Vorrang einzuräumen. Art. XXXVIII „Gemeinsames Vorgehen“ sieht die Förderung der notwendigen Zusammenarbeit vor. Die Sprache des Teil IV macht deutlich, dass er lediglich eine Absichtserklärung und Zielbestimmung ist und keine konkrete durchsetzbare Rechtsverpflichtung enthält. Mithin hat er keine große praktische Relevanz außer dem Art. XXXVI Abs. 8, der lautet:

„The developed contracting parties do not expect reciprocity for commitments made by them in trade negotiations to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of less-developed contracting parties.“

Durch diesen Absatz wird das politische Prinzip von „non-reciprocity“ oder „less than full reciprocity“ im GATT verankert, das für die Verhandlungen zwischen den Entwicklungsländern und Industriestaaten im Gegensatz zum politischen Prinzip der Reziprozität gilt. ²⁵² Das Prinzip von „non-reciprocity“ ist die eine Säule des SDT.

Die andere Säule des SDT ist der bevorzugte Zugang zu Märkten der Industriestaaten, der vorerst durch das „Generalized System of Preferences“ (GSP) verwirklicht werden sollte. Das GSP kam unter der Schirmherrschaft von UNCTAD ²⁵³ in 1968 zustande, durch das die Industriestaaten den Waren aus Entwicklungsländern niedrigere Zölle als die MFN-Zugeständnisse gewähren. Weil das offensichtlich mit der GATT-Verpflichtung der Meistbegünstigung unvereinbar ist, wurde GSP in 1971 ein GATT-Waiver für zehn Jahre zugestanden.

Das GSP beruht auf einer freiwilligen Basis, d. h. die Industriestaaten sind nicht rechtlich verpflichtet, den Entwicklungsländern das GSP zu gewähren. Welches Land ein Entwicklungsland ist, ist nicht definiert, so dass jeder Staat selbst bestimmen kann, welches Land – als Entwicklungsland – vom GSP profitieren darf. Mithin ist das GSP von jedem Industriestaat in der Praxis unterschiedlich. ²⁵⁴ Einige Staaten verbinden die Gewährung des GSP mit anderen Bedingungen, die teilweise mit dem Handel nicht zu tun haben, so schließen

²⁵¹ Art. XXXVII Abs. 1 GATT.

²⁵² Das Prinzip wird ebenfalls von WTO-Ministerkonferenz in Doha wieder bestätigt, siehe Doha Ministerial Declaration, para. 16.

²⁵³ United Nations Conference on Trade and Development ist eine Unterorganisation von Vereinten Nationen, die in 1964 entstand. Sie ist das hauptsächliche Forum, wo die Entwicklungsländer über ihre Probleme bei der Entwicklung sowie die Methode der Überwindung dieser Probleme diskutieren. Sie hat großen Einfluss auf die Entwicklung des GATT/WTO-Regimes ausgeübt.

²⁵⁴ Siehe *Cottier/Oesch*, S. 564, *Jackson (1999)*, S. 323.

z.B. die USA diejenigen Staaten aus ihrem GSP aus, die das Eigentum von amerikanischen Bürgern ohne Kompensation enteignet haben.²⁵⁵

Dem GSP wurde 1979 durch die sogenannte Ermächtigungsklausel – die von den CONTRACTING PARTIES des GATT angenommene Deklaration namens „Differential and More Favorable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries“ – eine dauerhafte rechtliche Basis im GATT als Ausnahme der Meistbegünstigung gewährt. Zusammenfassend sieht die Ermächtigungsklausel Folgendes vor:

- bevorzugter Zugang der Entwicklungsländer zu den Märkten der Industriestaaten auf der Basis der „non-reciprocity“ und „non-discrimination“;
- günstigere Behandlung der Entwicklungsländer in Bezug auf andere Handelsbarrieren;
- bevorzugte Behandlung unter den Entwicklungsländern;
- spezielle Behandlung der am wenigsten entwickelten Länder;
- und die Erwartung auf „fuller participation“ der Entwicklungsländer, d. h. es wird erwartet, dass die Fähigkeit der Entwicklungsländer, ihren Beitrag zu den multilateralen Verhandlungen und somit Verpflichtungen im Handelsregime zu liefern, durch die Verbesserung ihrer Handels- und Wirtschaftslage gesteigert wird.

Die Ermächtigungsklausel stellt einen Kompromiss zwischen den Entwicklungsländern und den Industriestaaten dar. Einerseits werden die zwei Säulen des SDT – das Prinzip der „non-reciprocity“ in den Verhandlungen und der bevorzugte Marktzugang – durch die Ermächtigungsklausel dauerhaft im GATT verankert. Andererseits wird das Prinzip der „Graduation“ durch die Erwartung auf „fuller participation“ eingeführt. Das gibt den Industriestaaten das Ermessen, einem Entwicklungsland keinen bevorzugten Marktzugang zu gewähren, wenn es der Meinung ist, dass es einen gewissen Entwicklungsstand bereits erreicht hat. Die bevorzugte Behandlung selbst ist eigentlich unter der Ermächtigungsklausel lediglich „enabled“, nicht verpflichtet und rechtlich unverbindlich. In Verbindung mit dem Prinzip der „Graduation“ kann das Entwicklungsland daher die Nichtgewährung von SDT überhaupt nicht rechtlich verfolgen. Dies hat die praktische Bedeutung der dauerhaften Verankerung der beiden Säulen des SDT im GATT stark verwässert. Ob das Prinzip der Nichtdiskriminierung bei der Gewährung der bevorzugten Marktzugänge wirklich durchgesetzt wird, ist damit eine schwierige Frage bei der Bewertung des einzelnen GSP geworden, die im nächsten Abschnitt näher diskutiert wird.

²⁵⁵ Zu den anderen Bedingungen, siehe *Jackson (1999)*, S. 324f, zum GSP von der EU, siehe *WTO TRR:EC*, S. 34f.

In den 1980er Jahren war es klar geworden, dass die Entwicklungsländer in der Tat nicht viel von dem SDT, u. a. dem GSP, profitiert hatten. Diese Situation wurde von mehreren Faktoren verursacht:

- Mit der ständigen Senkung der MFN-Zölle durch die multilateralen Verhandlungen war die Gewinnspanne der bevorzugten Marktzugänge immer mager geworden.
- Die Nicht-Zoll-Schranken, insbesondere die VERs ("voluntary" export restraint arrangements) und die Antidumpingmaßnahmen, erodierten die Auswirkung der bereits mageren Vorteile der niedrigeren Zölle.
- Der Handel der Agrarprodukte, Kleidungen und Textilien, an deren Export die Entwicklungsländer ein besonderes Interesse haben, war vom Rahmen der GATT-Disziplin ausgeschlossen.
- Die „freiwillige“ und diskriminierende Natur des geltenden GSP führte dazu, dass der Export unter dem GSP weniger Sicherheit hat als unter der GATT-Disziplin.

Im Allgemeinen wurden die Vorteile des SDT durch die Verbreitung der oben genannten protektionistischen Maßnahmen erodiert.

Es ist allerdings sehr wichtig klarzumachen, dass dem SDT die Schuld an die Verbreitung des Protektionismus nicht zugeschrieben werden darf. Manche Kommentatoren scheinen Verständnis für derartigen Protektionismus zu haben, der als Reaktion auf das SDT, insbesondere auf die „Non-Reciprocity“ betrachtet wird.²⁵⁶ Solches Verständnis ist fehlgeleitet.

Erstens ist der Protektionismus die Reaktion auf den Wettbewerb der Einfuhren, unabhängig davon, ob die Wettbewerbsfähigkeit der Entwicklungsländer das Ergebnis des SDT oder der komparativen Vorteile ist. Mindestens ist es schwierig festzustellen, ob der Protektionismus für Kleidungen- und Textilienindustrie auf das SDT zurückging, oder auf die komparativen Vorteile der Entwicklungsländer. Selbst wenn es kein SDT gibt, käme die Liberalisierung dieser Industrie nicht jedenfalls zustande.

Zweitens ist das Ziel des SDT die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Entwicklungsländer und damit ihrer Integration in das multilaterale Regime. Die Grundlage dafür ist, dass die Entwicklungsländer wegen ihrer speziellen Probleme speziell behandelt werden sollen. Dies ist allgemein anerkannt. Die „Non-Reciprocity“ ist ein Instrument der Förderung. Das oben genannte Bedauern könnte implizieren, dass die protektionistische Reaktion auf die „Non-Reciprocity“ rechtens ist, weil die Entwicklungsländer „unverdient“ die Vorteile bekommen. Diese Vorteile sind allerdings in der Tat nicht unverdient, indem sie

²⁵⁶ Siehe Hart/Dymond, S. 402, Nottage, S. 28.

die Korrektur der speziellen Probleme der Entwicklungsländer sind. In diesem Sinne ist das „free lunch“²⁵⁷ in der Tat nicht „free“, geschweige dass dieses „lunch“ auch deshalb nicht „free“ wäre, weil die Entwicklungsländer vom jetzigen SDT nicht wirklich viel profitieren könnten. Mit dem Zuschreiben der Schuld für den Protektionismus würde daher die allgemein anerkannte Grundlage des SDT in Frage gestellt.

Der Sinn der Diskussion des SDT soll darin liegen, welche Maßnahmen die Wettbewerbsfähigkeit der Entwicklungsländer tatsächlich fördern können, nicht etwa, ob die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit *per se* richtig ist. Das erstere ist eine Untersuchung aus der taktischen Sicht, während das letztere eine strategisch grundlegende Frage ist. Die protektionistische Reaktion in den Industriestaaten kann lediglich bei der taktischen Untersuchung als ein Faktor in Betrachtung gezogen werden. Zur gleichen Zeit soll der Protektionismus kritisiert werden.

Parallel mit der Aufklärung der praktischen Auswirkung des SDT lief in den 1980er Jahren das Überdenken, welche Handelspolitik die Entwicklung besser fördern kann. Während die Politik der Importsubstitution mit Hilfe hoher Handelsbarrieren mehr und mehr kritisiert und als langfristig ungünstig für die nachhaltige Entwicklung betrachtet wurde, stellte die Entwicklung in manchen Staaten, wie z. B. Singapur und Hongkong, als Beispiel für den Erfolg einer offeneren Handelspolitik dar.²⁵⁸ Viele Entwicklungsländer hatten ihre Entwicklungspolitik umgestaltet und führten eine offene Handelspolitik, autonome Handelsliberalisierung wurde durchgesetzt. Im Rahmen des GATT war das Ergebnis dieser Umwandlung die aktive Teilnahme an den Verhandlungen der Uruguay-Runde und die Annahme des „single undertaking approach“ der WTO. In der WTO haben sich die Entwicklungsländer einerseits der multilateralen Disziplin stärker unterworfen, andererseits wird das Spektrum des SDT erweitert.

In den WTO-Abkommen gibt es 145 SDT vorsehende Artikel. Das Committee on Trade and Development der WTO hat eine Reihe von „Note by Secretariat“ ausgearbeitet, in denen die SDT-Vorschriften in sechs Gruppen kategorisiert werden:²⁵⁹

- (i) Vorschriften, die auf die Förderung der Handelschancen der Entwicklungsländer zielen.

²⁵⁷ Siehe *Nottage*, S. 28.

²⁵⁸ Siehe *Michalopoulos*, S. 10f. Ein wichtiges Argument gegen die Politik der Importsubstitution ist, dass die „infant“ Industrie unter dem Schutz protektionistischer Maßnahmen, ohne am Wettbewerb mit Import teilzunehmen, immer konkurrenzunfähig bleibt.

²⁵⁹ Sie sind WT/COMTD/W/77, WT/COMTD/W/77/Corr.1, WT/COMTD/W/77/Rev.1, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.1, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Corr.1, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.2, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.3, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.4.

Diese alte Art von SDT ist in 14 Artikeln in den WTO-Abkommen zu finden, beispielweise im Teil IV GATT und der Ermächtigungsklausel, die bereits eine lange Geschichte hinter sich haben. Im GATS beinhalten die Präambel und Artikel IV solche SDT-Maßnahmen. Von denen sind allerdings die meisten nur Vorschriften der „best endeavour“, also nicht verbindlich.²⁶⁰ Die hinsichtlich des künftigen Investitionsabkommens vielleicht wichtigsten verbindlichen Vorschriften sind Art. IV:1 und 2 GATS. Art. IV:1 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten individuell spezifische Zugeständnisse für Marktzugang und Inländerbehandlung in den Sektoren gewähren, in denen ein Ausfuhrinteresse der Entwicklungsländer besteht. Der Artikel ist allerdings „obligation of conduct“, so dass dessen Ergebnisse und damit die Erfüllung der Verpflichtung eine effektive Prüfung brauchen, die zurzeit noch nicht zustande kommt.²⁶¹ Art. IV:2 verpflichtet die Mitgliedstaaten Kontaktstellen zu errichten und stellt mithin eine „obligation of result“ dar. Zurzeit haben alle Industriestaaten und manche Entwicklungsstaaten solche Kontaktstellen errichtet und notifiziert. Im Zusammenhang mit dieser Kategorie des SDT stellen sich die Fragen, ob und inwieweit die Maßnahmen zur Förderung der Handelschancen der Entwicklungsländer beitragen können, wie die Auswirkung der Maßnahmen bewertet werden kann und wie die Maßnahmen zu verbessern sind.

(ii) Vorschriften, nach denen die Mitgliedstaaten die Interessen der Entwicklungsländer schützen sollen.

Von dieser Art bestehen 47 Vorschriften, die von den Mitgliedstaaten verlangen, bestimmte Maßnahmen zu treffen oder zu unterlassen, um die Interessen der Entwicklungsländer zu schützen. Die Hälfte der Vorschriften ist verbindlich. Die Verbindlichkeit wird allerdings dadurch stark beschränkt, dass sie die Mitgliedstaaten u. a. zu „take-account“ – einem in der Tat schwierig zu bewertenden Verhalten – verpflichtet.²⁶² Daher wirft die Durchsetzung dieser Kategorie die gleichen Fragen auf wie die erste.

(iii) Flexibilität für Anwendung handelspolitischer Instrumente und Gewährung der Zugeständnisse

Zu solchen Vorschriften gehören die Freistellungen von der allgemein gültigen Disziplin und Verpflichtung, sowie die Gewährung geringerer Zugeständnisse. Außer Teil VI GATT und

²⁶⁰ Die Basis der Qualifikation als verbindliche Vorschrift ist die Anwendung des Wortes „shall“ anstatt „should“. Die Verbindlichkeit kann allerdings durch bestimmte Beschränkungen erodiert werden.

²⁶¹ „Obligation of conduct“ verpflichtet die Mitgliedstaaten zum gewissen Verhalten, ohne dessen Resultat vorzuschreiben, während „obligation of result“ umgekehrt das Erreichen bestimmten Resultats von den Mitgliedstaaten verlangt, denen doch freie Hand gelassen wird zu entscheiden, wie sie das Resultat erzielen. Allerdings ist der Unterschied zwischen beiden Arten der Verpflichtung nicht immer eindeutig.

²⁶² Art. 10.1 SPS, Art. 10.6, 12.2, 12.3, 12.5, 12.8, 12.9 TBT, Art. 15 Antidumpingübereinkommen, Art. XV:1 GATS.

der Ermächtigungsklausel sind sie in den neuen Abkommen der Uruguay-Runde weit verankert, so dass die gesamte Summe der Vorschriften 50 beträgt und sie somit die am meisten angewendeten SDT-Maßnahmen darstellen. Weil die Entwicklungsländer die rechtliche Freiheit haben, sich je nach dem Entwicklungsstand zu entscheiden, die Vorschriften der Kategorien (iii) und (iv) in Anspruch zu nehmen, gibt es hier keinen Unterschied zwischen verbindlichen und unverbindlichen Verpflichtungen. Das Prinzip der „Non-Reciprocity“ gehört zu dieser Kategorie und wird auch in Art. XIX:2 GATS „anonym“ verankert:

„There shall be appropriate flexibility for individual developing country Members for opening fewer sectors, liberalizing fewer types of transactions, progressively extending market access in line with their development situation and, when making access to their market available to foreign service suppliers, attaching to such access conditions aimed at achieving the objectives referred to in Article IV.“

(iv) Längere Übergangsfrist

Die Kategorien (iv) und (v) sind eine Innovation der Uruguay-Runde-Abkommen. Ihre Grundlage ist die Erkenntnis, dass die Durchsetzung der WTO-Abkommen die inländische Regulierung besonders betreffen und die dazu notwendigen Reformen Übergangskosten verursachen können: erstens braucht die Durchsetzung der Abkommen personelle und institutionelle Kapazität; zweitens bringt die Anpassung politisch-ökonomische Kosten in den Bereichen, wo die Protektion abzubauen ist. In acht Abkommen der Uruguay-Runde sind 19 Vorschriften, die längere Übergangsfrist für die Entwicklungsländer vorsehen.

(v) Technische Hilfe

Technische Hilfe ist die Reaktion auf die Erkenntnis des Kapazitätsmangels in den Entwicklungsländern. Der Kapazitätsmangel wird immer mehr als das wichtigste Element betrachtet, welches die Integration der Entwicklungsländer in die Weltwirtschaft hindert.²⁶³ Es gibt 14 Vorschriften zur technischen Hilfe, die alle verbindlich sind, beispielweise Art. XXV:2:

„Technical assistance to developing countries shall be provided at the multilateral level by the Secretariat and shall be decided upon by the council for Trade in Services.“

(vi) Vorschriften in Bezug auf die am wenigsten entwickelten Länder

Alle obigen Vorschriften des SDT sind anwendbar in Bezug auf die am wenigsten entwickelten Länder, außerdem gibt es noch 24 spezielle Vorschriften, auf die sich solche Länder exklusiv berufen können.

²⁶³ Siehe *Michalopoulos*, S. 16.

Der Überblick der Geschichte und des Spektrums des SDT hat gezeigt, dass die Entwicklungsländer durch ihre 50-jährigen Bemühungen erreicht haben, das SDT im GATT/WTO-Recht zu verankern. Die WTO-Ministerkonferenz in Doha hat erneut bestätigt, dass das SDT „an integral part of the WTO Agreements“ ist.²⁶⁴ Das Spektrum der SDT-Maßnahmen ist sehr breit und schließt unterschiedliche Maßnahmen ein: rechtlich verbindliche Verpflichtungen und ermahnende Vorschriften; traditionelle Maßnahmen wie bevorzugten Marktzugang, die bereits eine Geschichte von mehr als 40 Jahren haben und neue Innovationen der Uruguay-Runde; Verpflichtungen seitens der Industrieländer und Rechte der Entwicklungsländer; SDT in erhöhtem Maße für die am wenigsten entwickelten Länder. Zugleich hat der obige Überblick darauf hingewiesen, dass verschiedene Maßnahmen eigene Mängel haben. Ihre praktische Umsetzung ist so unzulänglich, dass „Implementation-Related Issues and Concerns“ die erste Stelle des Arbeitsprogramms der Ministerial Declaration von Doha einnehmen und ein separater Beschluss dem Thema gewidmet wurde. Die Doha-Runde wird auch entsprechend als Entwicklungsrunde bezeichnet.

Unter den vielen Kommentaren zum SDT ist der Beitrag von *Michalopoulos* neu und aufschlussreich. Demgemäß sei erstens das Kapazitätsdefizit von Entwicklungsländern weit und breit erkannt, zweitens hätten die geltenden Vorschriften die „Pretend“-Natur des SDT gefördert.²⁶⁵ Mithin sei die Umorientierung der Priorität des SDT sowohl bei den Entwicklungsländern als auch bei den Industrieländern notwendig. Die wesentlichen Elemente der Umorientierung sollten Folgende sein:²⁶⁶

- Betonung der Maßnahmen, die den Kapazitätsaufbau in Entwicklungsländern fördern;
- ausdrückliche und rechtlich verbindliche Verpflichtungen in Bezug auf die technische und finanzielle Hilfe für den Kapazitätsaufbau;
- Überprüfung der Übergangsfrist, die der Überwindung des Kapazitätsdefizits dient;
- geringere Betonung der Maßnahmen, die den Entwicklungsländern die Flexibilität geben, ihren inländischen Markt zu schützen, sowie ihre Ausfuhr zu subventionieren;
- verschärfte Differenzierung unter den Entwicklungsländern;
- Vermeidung der Bemühungen, das GSP und ähnliche Anordnungen als „permanently binding“ festzulegen;

²⁶⁴ Doha Ministerial Declaration, para. 44.

²⁶⁵ Einerseits sei es für die Entwicklungsländer politisch leicht durchsetzbar, wenn sie sich selbst homogen betrachten und damit gleiche Behandlung genießen. Andererseits gäben die Industrieländer vor, den Entwicklungsländern effektives SDT bereits gewährt zu haben, obwohl derartige Gewährung in der Tat rechtlich nicht vollstreckbar ist. Siehe *Michalopoulos*, S. 33.

²⁶⁶ *Ibid.*, S. 34ff.

- Förderung der Transparenz durch die Einführung der regelmäßigen Überprüfung der Durchsetzung des SDT;
- Unterstützung der Kohärenz der SDT-Maßnahmen mit Instrumenten anderer internationaler Institutionen.

Weil das Thema der vorliegenden Arbeit die Nichtdiskriminierung ist, soll bei der Bewertung des SDT im Folgenden der Akzent darauf gelegt werden, inwieweit die Maßnahme die betreffenden Mitgliedstaaten von ihrer Verpflichtung von der Meistbegünstigung freistellt. Aufgrund dessen werden verschiedene SDT-Maßnahmen bewertet.

c. SDT und MFN: die Bewertung

Während am Anfang seiner Geschichte das SDT hauptsächlich die Abweichung und Ausnahme von der Meistbegünstigung darstellte, hat sich sein Umfang nach der Uruguay-Runde erweitert, so dass die Beziehungen zwischen der Meistbegünstigung und den unterschiedlichen SDT-Maßnahmen nun auch unterschiedlich sind.

Vorerst muss Folgendes klargestellt werden: einer SDT-Maßnahme könnte rechtlich permanente Gültigkeit für *die* Entwicklungsländer verliehen werden; das bedeutet aber nicht, dass dieselbe Maßnahme für ein *bestimmtes* Land für immer gilt, wenn es sich so weit entwickelte, dass der Begriff „Entwicklungsland“ nicht mehr seinem Entwicklungsstand entspräche. Allerdings setzt die praktische Bedeutung dieser Bemerkung eine klare Definition des „Entwicklungslandes“ voraus, die zurzeit nicht nur rechtlich im WTO-Recht, sondern auch politisch in der Staatengemeinschaft kein eindeutiges Kriterium als Grundlage findet. Mithin wäre es schon realistisch und zugleich flexibel, das Feststellen des Status eines Entwicklungslandes der Weltgemeinschaft und den Verhandlungen in der WTO zur Entscheidung zu überlassen.

i) „Non-Reciprocity“ in den multilateralen Verhandlungen

Die „Non-Reciprocity“ als das politische Prinzip in den GATT-Verhandlungen zwischen den Entwicklungsländern und Industrieländern wird im GATS nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings kann die Flexibilität von den Entwicklungsländern, eine geringe Zahl von Sektoren zu öffnen und weniger Arten von Transaktionen zu liberalisieren, eine ähnliche Rolle wie die „Non-Reciprocity“ im GATT spielen. In solchem funktionellen Sinne kann derartige Flexibilität auch als ein Teil der „Non-Reciprocity“ betrachtet werden.²⁶⁷

Weil die Reziprozität und Meistbegünstigung unterschiedliche Funktionen im WTO-Regime ausüben und insofern gegeneinander nicht in Konflikt kommen sollen, erodiert die „Non-

²⁶⁷ Streng genommen bezieht sich die „Non-Reciprocity“, wie sie im GATT vorgesehen wird, nur auf die Gewährung der Zollzugeständnisse.

Reciprocity“ die Meistbegünstigung nicht, als sie sich nur auf die Verhandlungsstrategie bezieht.

Allerdings sollen die Entwicklungsländer ermahnt werden, ihre Wirtschaft zu liberalisieren, denn dies ist die grundlegende Idee der WTO und der wesentliche Sinn der Teilnahme an dieser internationalen Organisation.

ii) Beachtung der Exportinteressen der Entwicklungsländer bei Liberalisierung seitens der Industrieländer

Dies verlangt von den Industrieländern, diese Sektoren oder Produkteinfuhren mehr zu liberalisieren, für die die Entwicklungsländer ein besonderes Interesse haben. Das Ergebnis der Liberalisierung wird nichtdiskriminierend multilateralisiert, mithin steht diese Maßnahme nicht im Widerspruch zur Meistbegünstigung. Weil der Umfang der Liberalisierung grundsätzlich in das Ermessen des einzelnen Mitgliedes in den Verhandlungen gestellt wird, kann diese Kategorie des SDT – wie die erste – nur von ermahnender Natur sein.

iii) Technische und finanzielle Hilfe beim Kapazitätsaufbau

Das Kapazitätsdefizit stellt ein bedeutsames Hindernis für die Integration der Entwicklungsländer in die Weltwirtschaft dar. Gegenstand der technischen und finanziellen Hilfe ist die Kapazität für die Umsetzung der multilateralen Normen und die inländische Regulierung in den Entwicklungsländern. Durch den Aufbau der Kapazität werden die Produkte und Dienstleistungen nicht wegen ihrer Nationalität unterschiedlich betroffen. Mithin besteht kein Konflikt zwischen derartiger Hilfe und der Meistbegünstigung.

Weil die technische und finanzielle Hilfe unmittelbar der Überwindung des Hindernisses dient und daher als am effektivsten gilt, soll der Akzent auf sie gelegt werden. Durchsetzbare „Obligations of result“, deren Umsetzung bewertet werden kann, wären notwendig. Der WTO soll ein Mandat der Bewertung verliehen werden. Ein das TPRM ähnelnder Mechanismus könnte der Ausübung der Bewertungsaufgabe helfen.

iv) Flexibilität der Entwicklungsländer bei der Durchführung der Handelspolitik

Die Flexibilität, bestimmten Verpflichtungen temporär nicht nachzukommen, inklusive der längeren Übergangsfrist, widerspricht nicht unbedingt der Meistbegünstigung, weil oft allen Ausländern, ausländischen Produkten oder Dienstleistungen die Nichterfüllung entgegensteht. Wegen des Widerspruches zu anderen Verpflichtungen, wie z. B. der Inländerbehandlung – der anderen Komponente der Nichtdiskriminierung, ist eine derartige Flexibilität jedoch nicht wünschenswert für das Funktionieren des multilateralen Regimes und soll unter eine multilaterale Kontrolle gestellt werden.

Wenn die Grundlage der Inanspruchnahme der Flexibilität das Kapazitätsdefizit wäre, könnte die Kontrolle mit der Bewertung der technischen und finanziellen Hilfe zusammen verbunden werden. Das Ergebnis der Bewertung könnte als ein Beweis dafür betrachtet werden, inwieweit das Defizit bereits abgebaut wird.

Wenn ein Entwicklungsland die Flexibilität in Anspruch nähme, um andere temporäre Probleme, beispielweise die Zahlungsbilanz, zu überwinden, sollte die Inanspruchnahme multilateral kontrolliert werden. Der temporäre Charakter der Abweichung der Verpflichtung müsste betont werden: soweit die der Flexibilität zugrunde liegenden Probleme gelöst würden, müsste die freigestellte Verpflichtung wieder erfüllt werden. Die Verschärfung der Verpflichtung seitens der Entwicklungsländer, multilateraler Disziplin nachzukommen, könnte mit einer entsprechenden Erweiterung der Verpflichtungen von Industrieländern, bei der Durchführung ihrer Handelspolitik die Ausfuhrinteressen der Entwicklungsländer zu beachten, ausgeglichen werden.

v) Beachtung der Interessen der Entwicklungsländer im Allgemeinen

Die Durchführung dieser Kategorie des SDT ist problematisch, weil sie eher ermahrend ist und kein konkretes und durchsetzbares Programm enthält. Dies liegt darin, dass derartige Programme wegen der unterschiedlichen spezifischen Verhältnisse in Mitgliedstaaten sehr schwer auszuarbeiten sind. In diesem Zusammenhang wäre dann eine allgemein gültige Vorschrift wertvoll. Es könnte vorgeschlagen werden, dass den drei Beschwerdearten in Art. XXIII GATT eine entwicklungsfreundliche Beschwerdevariante hinzugefügt wird. Ein Entwicklungsland und/oder andere Mitgliedstaaten, die auch Interesse an dessen Entwicklung haben, könnten ein Streitschlichtungsverfahren einleiten, wenn sie der Meinung wären, dass die Durchführung der Handelspolitik eines Mitgliedstaates die Entwicklung dieses Entwicklungslandes unverhältnismäßig belastet.

vi) GSP

Dass die magere Gewinnspanne und der freiwillige Charakter des GSP seinen Wert für die Entwicklungsländer im Allgemeinen seit langem begrenzt haben, wurde bereits erklärt.²⁶⁸ Trotzdem scheint die politische Realität so zu sein, dass die WTO-Mitglieder das GSP noch nicht aufgeben wollen. Der Grund soll darin liegen, dass einzelne Entwicklungsländer durch das GSP gewisse Wettbewerbsvorteile erzielen können, insbesondere gegenüber anderen Entwicklungsländern. Dies wird von den GSP gewährenden Industriestaaten geschickt ausgenutzt. Sie setzen das GSP als Druckmittel ein, um z. B. Gegenleistungen, welchen die Entwicklungsländer in den multilateralen Verhandlungen heftig widersprochen haben,

²⁶⁸ Vgl. dazu *Cottier/Oesch*, S. 564f.

beispielsweise gewisse Arbeitsstandards, von den einzelnen Entwicklungsländern zu erlangen, oder um die letzteren davon abzubringen, gegen die WTO-rechtswidrigen Maßnahmen von den GSP gewährenden Staaten vor dem DSB zu klagen.²⁶⁹ Ob eine solche Verbindung der Gewährung des GSP mit anderen Bedingungen gegen die Aufforderung, dass das GSP „generalised, non-reciprocal and non-discriminatory“ sein soll,²⁷⁰ verstößt, ist offensichtlich eine grundsätzliche Frage, u. a. für die Bewertung des GSP. Diese Frage stand im Zentrum der Auseinandersetzungen im Fall *EC – Drug Arrangement*.

Die zentrale Frage in diesem Fall ist die Vereinbarkeit des Drug Arrangement der EU²⁷¹ (nachfolgend DA) mit dem Nichtdiskriminierungserfordernis in der Fußnote 3, § 2(a) der Ermächtigungsklausel.²⁷² Indien als die klagende Partei behauptete, dass nach diesem Erfordernis alle vom GSP eingeschlossenen Entwicklungsländer im gleichen Maße begünstigt werden müssen. Die EU berief sich dagegen auf §3(c)²⁷³ und behauptete, dass die darin vorgeschriebenen „needs“ sich auf die individuellen Bedürfnisse der Entwicklungsländer beziehen und damit ein GSP gewährender Staat dementsprechend unterschiedliche Begünstigungen gewähren kann.

Das Panel hatte entschieden, dass identische Zollbegünstigungen allen Entwicklungsländern ohne Unterschied gewährt werden müssen, es sei denn, dass Einschränkungen *a priori* von der Ermächtigungsklausel vorgesehen werden.²⁷⁴ Mithin könne das DA nicht durch die Ermächtigungsklausel gerechtfertigt werden.²⁷⁵

Allerdings wurde die Interpretation des Panels durch den Appellate Body aufgehoben. Der Appellate Body stellte zuerst fest, dass in diesem Fall nur die Frage relevant ist, ob die besonderen Begünstigungen unter dem DA allen Entwicklungsländern, die im GSP eingeschlossen werden, gewährt werden müssen. Es gehe nicht darum, ob ein Land, das sich

²⁶⁹ Vgl. *Inama*, S. 973f.

²⁷⁰ Ein Beschluss der Ministerkonferenz in Doha (*Implementation-Related Issues and Concerns – Decision*, von 14.11.2001, WT/MIN(01)/W/10) hat dies erneut bestätigt (para. 12.2).

²⁷¹ Das GSP-Programm von der EU enthält noch zwei Special Incentive Arrangements, deren Gewährung von der Erfüllung gewisser Umwelt- und Arbeitsstandards abhängt. Als Indien am Anfang die Rechtmäßigkeit dieser zwei Arrangements auch beantragt hatte, beschränkte es später seine Beschwerde auf das DA (Panel Report „*EC – Drug Arrangement*“, para. 1.5). Zur Diskussion über die zwei Arrangements, siehe *Bartels*, S. 524ff.

²⁷² § 2(a) lautet: „2. The provisions of paragraph 1 apply to the following: (a) Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences“. Dessen Fußnote sieht vor: „[a]s described in the Decision of the CONTRACTING PARTIES of 25 June 1971, relating to the establishment of “generalized, non-reciprocal and non discriminatory preferences beneficial to the developing countries” (BISD 18S/24)“.

²⁷³ § 3(c) lautet: „Any differential and more favourable treatment provided under this clause: ... (c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed and, if necessary, modified, to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries.“

²⁷⁴ Panel Report „*EC – Drug Arrangement*“, para. 7.161, 7.176.

²⁷⁵ *Ibid.*, para. 8.1.

als Entwicklungsland bezeichnet, *ab initio* von einem GSP ausgeschlossen werden darf, oder, ob die Begünstigungen einem Entwicklungsland später unter bestimmten Bedingungen wieder – teils oder vollständig – entzogen werden dürfen.²⁷⁶ Somit werden diese wichtigen Fragen offengelassen.

Nach dem Appellate Body sind die Streitparteien damit einverstanden, dass „similarly-situated“ GSP-Empfänger nicht unterschiedlich behandelt werden sollen, umstritten ist die Basis der Festlegung, welche Staaten „similarly-situated“ sind.²⁷⁷ Weil seiner Ansicht nach §2(a) die unterschiedliche Behandlung der GSP-Begünstigten weder ausdrücklich verboten noch ermächtigt hat,²⁷⁸ wendete er sich dann der Interpretation von §3(c) zu, der den wichtigen Kontext vom §2(a) darstellt. Im Gegensatz zum Panel meinte der Appellate Body, dass die hier vorgeschriebenen „needs“ nicht unbedingt die gemeinsamen Bedürfnisse aller Entwicklungsländer sein müssen, sondern – wie die EU behauptete – individuell sein können. Mithin könnten die Entwicklungsländer im Rahmen des GSP unterschiedlich behandelt werden, um ihren individuellen Bedürfnissen bedienen zu können.²⁷⁹ Allerdings legte der Appellate Body drei Auflagen zu einer solchen unterschiedlichen Behandlung fest: i) die speziellen Bedürfnisse müssen anhand eines *objektiven* Standards bewertet werden; ii) die besonderen Begünstigungen und damit die unterschiedlichen Behandlungen müssen der Befriedigung derartiger Bedürfnisse *positiv* dienen; iii) die besonderen Begünstigungen müssen allen Entwicklungsländern *verfügbar* sein, die bezügliche Bedürfnisse haben.²⁸⁰ Der Appellate Body stellte fest, die EU habe keine objektiven Kriterien für Ein- und Ausschluss von der Gewährung der Begünstigungen unter dem DA vorgesehen, die Liste der Begünstigten sei in der Tat abgeschlossen, die Begünstigungen seien damit nicht verfügbar für alle Entwicklungsländer. Aufgrund dieser Tatsache entschied der Appellate Body, dass das DA nicht mit der Aufforderung der Nichtdiskriminierung vereinbar ist.²⁸¹

Durch die Interpretation der Norm „non-discrimination“ durch den Appellate Body wird somit die übliche Praxis, die Entwicklungsländer unter dem GSP unterschiedlich zu behandeln, grundsätzlich gerechtfertigt,²⁸² weil die Bedürfnisse einzelner Länder so vielfältig sind, dass die Vereinbarkeit einer bestimmten Differenzierung mit der Nichtdiskriminierung

²⁷⁶ Appellate Body Report „*EC – Drug Arrangement*“, para. 129.

²⁷⁷ Ibid, para. 151-153.

²⁷⁸ Ibid, para. 154.

²⁷⁹ Ibid, para. 162.

²⁸⁰ Ibid, para. 163-165.

²⁸¹ Ibid, para. 180-187.

²⁸² Hingegen würde solche Praxis gegen das WTO-Recht verstoßen, wenn die Interpretation des Panels angenommen würde. Daher hätte die letztere signifikante politische Auswirkungen bringen können, vgl. dazu *Howse*, S. 386. Somit scheint der Appellate Body eine politisch feine Entscheidung getroffen zu haben, was jedoch nicht unbedingt bedeutet, dass sie überzeugend, insbesondere überzeugender als die Panels Entscheidung wäre, vgl. *Mathis*, S. 300ff.

in der Tat davon abhängen würde, wie geschickt ein gewährender Staat handelt. Andererseits wird dem DSB die entscheidende Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines GSP durch diese Interpretation, u. a. die drei Auflagen, in die Hand gegeben. Der Appellate Body wollte wohl dadurch den möglichen Missbrauch seiner Interpretation verhindern, während er die seit langem bestehende Praxis rechtlich anerkennt. Welche Auswirkung seine Rechtsprechung haben wird, ist noch ungewiss.

Angesichts dieser Entwicklung lässt sich sagen, dass die Bewertung des GSP aufgrund einer Kosten-Nutzen-Analyse für die Entwicklungsländer als eine Gruppe negativ ausfallen würde. Der Nutzen des GSP für die Entwicklungsländer wird immer magerer sein; dass bestimmte Entwicklungsländer durch die differente Behandlung gewisse Vorteile erzielen können, geht eher auf die Umverteilung innerhalb der Gruppe der Entwicklungsländer zurück und kann den gesamten Nutzen für sie kaum steigern.²⁸³ Der Wettbewerb würde auch dadurch verzerrt, während der gewährende Staat durch solche Verzerrung nichts zu verlieren hat. Andererseits könnte ein einzelnes Entwicklungsland durch die Androhung der Nichtgewährung gewisser Begünstigungen gezwungen werden, Beschränkungen seitens des gewährenden Staates hinzunehmen, welche der letztere eigentlich durch die multilateralen Verhandlungen ohne Gegenleistungen und Verfolgung der Meistbegünstigungspflicht nicht erzielen könnte. Somit ist zwar das GSP anscheinend weiterhin „non-reciprocal“ – etwa im Sinne der direkten Handelskompensationen, jedoch in der Tat abhängig von andersartigen Gegenleistungen, also „reciprocal“ im Sinne der „diffuse reciprocity“.²⁸⁴ Es könnte sogar dann „non-reciprocal“ zugunsten der GSP gewährenden Staaten bzw. Industrieländer sein, wenn der Wert der Gegenleistungen höher als die für die mageren Vorteile der GSP-Begünstigungen in den normalen GATT-Verhandlungen zu „zahlenden“ Zollzugeständnisse wäre. Dies widerspricht offensichtlich dem Sinn und Zweck des GSP als einer SDT-Maßnahme.

Außerdem könnte die Einsetzung des GSP von den gewährenden Staaten als Druckmittel und zum Zweck des Abbringens vom DSB die „Rule of Law“ beeinträchtigen.

Mithin scheint es besser zu sein, wenn möglich, die Abschaffung des GSP mit anderen SDT-Zugeständnissen der Industrieländer auszutauschen, obwohl es eher unwahrscheinlich ist, dass die Industrieländer eine verbindliche Verpflichtung anstatt einer unverbindlichen annehmen, unter der sie durch die geschickte Handhabung nichts zu verlieren haben und hingegen wohl

²⁸³ Zudem könnte solche differente Behandlung die Konflikte zwischen den Entwicklungsländern auslösen, siehe *Inama*, S. 973f.

²⁸⁴ Im rechtlichen Sinne bezieht sich das Erfordernis von „non-reciprocal“ lediglich auf die Gewährung der Zollzugeständnisse. Somit können solche Bedingungen bzw. Gegenleistungen sehr wohl nicht als gegen das WTO-Recht verstößend angesehen werden, wenn sie auch der Interpretation vom Appellate Body entsprechend nichtdiskriminierend sind. Vgl. dazu *Bartels*, S. 526ff. Die rechtliche Vereinbarkeit steht allerdings einer politischen und ökonomischen Analyse nicht im Wege.

etwas erlangen können, was in den multilateralen Verhandlungen schwierig zu erreichen wäre.

III. Interpretationen der MFN-Normen in GATT/WTO-Streitbeilegungen

1. Art. I:1 GATT

Der Anwendungsbereich des Art. I:1 GATT ist weitreichend und schließt Folgendes ein:

- i) Zölle und Belastungen aller Art, die anlässlich oder im Zusammenhang mit der Einfuhr oder Ausfuhr oder bei der internationalen Überweisung von Zahlungen für Einfuhren oder Ausfuhren auferlegt werden;
- ii) Erhebungsverfahren für solche Zölle und Belastungen;
- iii) Alle Vorschriften und Förmlichkeiten im Zusammenhang mit der Einfuhr oder Ausfuhr;
- iv) Alle in Artikel III Absätze 2 und 4 GATT behandelten Angelegenheiten.

Zu den vom Art. I:1 erfassten Zöllen gehören sowohl die gebundenen Zölle, welche Gegenstand der Zugeständnisse gemäß Art. II GATT sind, als auch die ungebundenen Zölle.²⁸⁵

Die variablen Zölle²⁸⁶ sollen in den Anwendungsbereich des Art. I:1 fallen, obwohl keine eindeutige Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem Artikel getroffen wurde.²⁸⁷

Belastungen aller Art schließen alle monetären Belastungen ein, z. B. „Customs User Fee“ (Merchandise Processing Fee).²⁸⁸

„Erhebungsverfahren“, „Vorschriften“ und „Förmlichkeiten“ wurden so interpretiert, dass die Maßnahmen von Zollbewertung²⁸⁹, Antidumping²⁹⁰ und Antisubventionen²⁹¹ auch eingeschlossen werden.

²⁸⁵ GATT Panel Report „Spain – Unroasted Coffee“, para. 4.3.

²⁸⁶ Auf Englisch „variable import duties“. In diesem Fall wird der Schwellenpreis vorgeschrieben. Die Differenz zwischen dem Schwellenpreis und dem Exportpreis (normalerweise CIF) ist der zu entrichtende variable Zoll. Die Antidumpingzölle können diese Art sein. Vgl. Müller/Khan/Neumann, S. 423ff.

²⁸⁷ „...[T]he question might arise as to whether a variable import duty is consistent with the provisions of Article I on most-favoured-nation treatment. This question can, however, hardly be discussed *a priori* without a knowledge of the extent nature of the measure in question or the manner in which it is operated“, Note by the Executive Secretary on “Questions relating to Bilateral Agreements, Discrimination and Variable Taxes”, vom 21.11.1961, L/1636, para. 7.

²⁸⁸ „Customs User Fees“ sind Gebühren, die ausländische Exporteure an der amerikanischen Grenze für bestimmte – angeblich frei zu nutzende – Dienstleistungen bezahlen müssen. Mit den Gebühren sollten angeblich die Kosten derartiger Dienstleistungen ausgeglichen werden, in der Tat sind die entrichteten Gebühren oft übermäßig, so dass die amerikanischen Waren dadurch Wettbewerbsvorteile erlangen könnten. „Merchandise Processing Fees“ sind eine Art der „Customs User Fees“, die auf alle importierten Waren, unter einigen vorgeschriebenen Ausnahmen, zu erheben sind. Über die amerikanische Praxis, siehe *Report on United States Barriers To Trade and Investment*, S. 18. Zur Festlegung, dass diese Gebühren von Art. I:1 erfasst werden, siehe GATT Panel Report „US – Customs User Fee“, para. 122f.

²⁸⁹ Siehe *GATT-Guide*, S. 30.

²⁹⁰ Note by the Director-General, vom 29.11.1968, L/3149.

Durch den Verweis auf Art. III Absätze 2 und 4 findet Art. I:1 auch auf dem Gebiet der inneren Abgaben und Rechtsvorschriften Anwendung.²⁹² Zudem gilt Art. I:1 sowohl für Import als auch für Export, was nicht übersehen werden darf.

Nur Waren aus den GATT-Mitgliedern wird die Meistbegünstigung gewährt. Den Ursprung der Waren festzustellen, ist eine schwierige Frage, für die ein spezielles Abkommen über die Ursprungsregeln (ROO) in der WTO ausgehandelt wird. Demgemäß sollen die nichtpräferentiellen Ursprungsregeln harmonisiert werden, was bis dato nicht erfolgen kann.²⁹³ In den bisher Art. I:1 betreffenden Fällen stellt der Ursprung der Waren noch nicht den Brennpunkt der Streitigkeiten dar. Daher wird hier nur ein kurzer Überblick über die üblichen Kriterien für die Bestimmung des Warenursprungs gegeben.²⁹⁴

Wenn eine Ware in einem Land vollständig gewonnen oder hergestellt worden ist, dann gibt es kein Problem, den Ursprung der Ware zu bestimmen. Im Fall der Produktion, wobei Faktoren – Vormaterialien oder Produktionsstufen – aus mehreren Ländern stammen, wird eine Ware den Ursprung in einem Land erwerben, wo sie zuletzt wesentlich be- oder verarbeitet wurde. Dies ist das sogenannte „Last Substantial Transformation“-Kriterium. Für das Kriterium gibt es allerdings bislang keine allgemein anerkannte und präzise Definition, deswegen wird es durch folgende Kriterien konkretisiert: Tarifsprung;²⁹⁵ Technisches Test;²⁹⁶ Wertsteigerung.²⁹⁷

Bei der Überprüfung, ob eine angefochtene Maßnahme mit Art. I:1 vereinbar ist, sind die Panels und der Appellate Body immer derselben Reihenfolge gefolgt, nach der auch die nachfolgenden Darlegungen strukturiert werden:

- i) ob eine Maßnahme die vom Art. I:1 GATT erfassten *Vorteile* darstellt;
- ii) ob diese Vorteile für *alle gleichartigen Waren* aus WTO-Mitgliedern gewährt werden und ob die Gewährung *unbedingt* ist.²⁹⁸

²⁹¹ GATT Panel Report „US – MFN Footwear“, para. 6.8.

²⁹² Im Fall „Belgian – Family Allowances“ wurde überprüft, ob die Befreiungen von innerer Abgabe durch Belgien an den Produkten, die aus den Ländern stammen, wo es ähnliche Familienzuschüsse wie in Belgien gibt, mit Art. I:1 vereinbar sind. Im Fall „Japan – Semi-Conductors“ geht es u. a. darum, ob die japanischen Maßnahmen, den Verkauf des ausländischen Halbleiters im Japan zu fördern, gegen Art. I:1 verstößt.

²⁹³ Präambel des Übereinkommens über Ursprungsregeln. Die Ursprungsregeln können in zwei Untergruppen geteilt werden: die Präferenzursprungsregeln gelten als Grundlage einer bevorzugten Behandlung wie etwa in den Freihandelsabkommen; die nichtpräferentiellen Ursprungsregeln dienen hingegen allen anderen Zwecken außer der Vorzugsbehandlung, zu denen auch die Meistbegünstigung gehört.

²⁹⁴ Vgl. Kumuro, S. 87f.

²⁹⁵ Demgemäß erwirbt ein fertiges Produkt den Ursprung in seinem Herstellungsland, wenn es zu einer anderen Position des Zolltarifs gehört als die jeweils bei der Herstellung verwendeten importierten Vormaterialien. Dieses Kriterium wird vom Übereinkommen über Ursprungsregeln als Grundregel empfohlen (Art. 9:2).

²⁹⁶ Dabei wird vorgeschrieben, welche Produktionsprozesse den Ursprungserwerb ermöglichen oder verneinen.

²⁹⁷ Unter diesem Kriterium wird die Be- oder Verarbeitung für den Ursprungserwerb ausreichend sein, wenn eine bestimmte Wertsteigerung dadurch gewonnen worden ist.

²⁹⁸ Panel Report „Indonesia – Autos“, para. 14.138.

a. Vorteile

Dem Wortlaut des Art. I:1 nach müssen die Vorteile immer mit der Behandlung der Waren in Beziehung stehen, weil die Zielsetzung dieser Klausel, so ein Panel, „to protect foreign *products* from being treated less favorably than like products of any other foreign origin“ ist.²⁹⁹ Wenn die Vorteile demgegenüber nur mit den Produzenten ohne jegliche direkte oder indirekte Auswirkung auf die Waren zusammenhängen, würden sie nicht mehr vom Art. I:1 erfasst.

Der Umfang der unter Art. I:1 fallenden Vorteile ist aber weitreichend. Dazu betont der Appellate Body in „*Canada – Autos*“:

„The words of Article I:1 refer not to *some* advantages granted "with respect to" the subjects that fall within the defined scope of the Article, but to "*any advantage*"; not to *some* products, but to "*any product*"; and not to like products from *some* other Members, but to like products originating in or destined for "*all other*" Members.“³⁰⁰

In vielen Fällen hatte ein Panel oder der Appellate Body festzustellen, ob solche Vorteile infolge der angefochtenen Maßnahme existieren und im Einklang mit der obigen Festlegung waren die Antworten darauf meistens bejahend. Als Vorteile betrachtet werden beispielsweise: die Außerkraftsetzung der Zölle auf Rindfleisch aufgrund eines Zertifikats von einer bestimmten Regierung;³⁰¹ die Befreiung von „Merchandise Processing Fees“ auf Waren aus bestimmten Ländern;³⁰² die automatische Rückwirkung der Aufhebung eines existenten Ausgleichszolls, ohne dass der betreffende Staat einen Antrag auf die Überprüfung der Schädigung stellen muss;³⁰³ die Begünstigungen sowohl bei den Zöllen als auch bei den inneren Abgaben.³⁰⁴

Ein gutes Beispiel der weitgehenden Interpretation durch die DSB-Organen ist wohl der Fall „*EC – Bananas III*“, in dem das Panel folgende Aspekte des Bananenimportregimes der EG als Vorteile betrachtete und dieses – weil die Vorteile nicht allen WTO-Mitgliedern gewährt wurden, als Verletzung des Art. I:1 ansah:

²⁹⁹ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.252.

³⁰⁰ Appellate Body Report „*Canada – Autos*“, para. 79.

³⁰¹ GATT Panel Report „*EEC – Beef*“, para. 4.2-4.3.

³⁰² GATT Panel Report „*US – Customs User Fee*“, para. 122. Das Panel hatte hier keine formelle Entscheidung getroffen, weil nicht die Beschwerde führenden Parteien, sondern die Dritten sich auf Art. I:1 berufen hatten. In der kurzen Analyse des Panels in diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass die Befreiung der betreffenden Abgaben die „Vorteile“ darstellt.

³⁰³ GATT Panel Report „*US – MFN Footwear*“, para. 6.9. Diese Interpretation wird später vom Appellate Body als „a broad definition“ bezeichnet, Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 206.

³⁰⁴ Panel Report „*Indonesia – Autos*“, para. 14.139.

- i) der einfachere Prozess der Lizenzvergabe für die Einfuhr der Bananen aus bestimmten Ländern, wobei weniger Informationen verlangt werden, um eine Lizenz zu beantragen;³⁰⁵
- ii) die Zuteilung einer Quote von 30% innerhalb einer Importlizenz für Bananen aus anderen Ländern als den traditionellen AKP-Ländern an diejenigen, die hauptsächlich Bananen aus traditionellen AKP-Ländern vertreiben, weil dadurch ein Anreiz gesetzt wird, den Vertrieb der Bananen aus diesen AKP-Ländern aufrechtzuerhalten und zu erhöhen;³⁰⁶
- iii) das Erfordernis vorheriger ökonomischer Aktivitäten („activity function rules“) von denjenigen, die eine Importlizenz für Bananen aus anderen Ländern beantragen, während kein derartiges Erfordernis für die Importlizenz für Bananen aus traditionellen AKP-Staaten besteht;³⁰⁷
- iv) die Vergabe der sogenannten „Orkan-Lizenz“, die nur den Bananenvertreibern gewährt wird, welche Produzenten in AKP-Ländern oder der EU einschließen oder vertreten;³⁰⁸
- v) die Erlaubnis zur Einfuhr unter einem günstigeren Zolltarif innerhalb der vorgeschriebenen Importkontingente, wenn die Bananen mit einem Zertifikat von bestimmten Staaten versehen sind, weil dadurch den Lieferanten von Bananen aus diesen Staaten größere ökonomische Vorteile als Lieferanten der Bananen aus anderen Ländern gewährt werden.³⁰⁹

Die Analyse des Panels zum letzten Aspekten hat zudem einige wichtige Anregungen für die Interpretation der „Vorteile“ gegeben:³¹⁰

- i) Obwohl es scheint, als ob nur die Lieferanten der Waren, nicht die Waren *per se*, unmittelbar begünstigt würden, werden die Vorteile in der Tat den Waren gewährt, weil sie den Lieferanten nur an dem Zeitpunkt zufallen können, als die Waren eingeführt werden.
- ii) Vorteile sind auch festzustellen, wenn nur die Wettbewerbschancen – „competitive opportunities“ – für Waren aus verschiedenen Ländern beeinflusst werden.
- iii) Der vorherigen GATT-Praxis entsprechend, lehnte das Panel ein weiteres Argument der EU ab, dass die den Waren aufgrund einer Maßnahme zugekommenen Nachteile durch Vorteile ausgeglichen werden können, welche denselben Waren durch andere Maßnahmen gewährt werden.

Die EU hatte u. a. gegen zwei Aspekte dieser Panelentscheidungen Rechtsmittel eingelegt. Allerdings hat der Appellate Body die betreffenden Entscheidungen bekräftigt.³¹¹

³⁰⁵ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.190-7.193.

³⁰⁶ Ibid, para. 7.194.

³⁰⁷ Ibid, para. 7.220-7.223.

³⁰⁸ Ibid, para. 7.251-7.256.

³⁰⁹ Ibid, para. 7.235-7.241.

³¹⁰ Ibid, para. 7.239.

³¹¹ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 205-207.

b. „Like product“

Der *ILC*-Entwurf hatte auf die zentrale Bedeutung der *Ejusdem-Generis*-Regel hingewiesen. Im GATT stellt sie die Gleichartigkeit der zu vergleichenden Waren dar: nur wenn diese Waren gleichartig sind, könnte die unterschiedliche Behandlung gegen Art. I:1 verstoßen.³¹² Soweit die Waren gleichartig sind, gilt die MFN-Verpflichtung für alle Einfuhren solcher Waren. Es ist irrelevant, ob und wie ein Mitglied aus irgendwelchen Gründen die Einfuhr dieser gleichartigen Waren weiter unterteilt. Im Fall „*EC – Bananas III*“ argumentierte die EU, dass ihre Regulierung der Einfuhr von Bananen aus zwei separaten Regime besteht – einem speziellen Regime für traditionelle AKP-Bananen und einem *erga omnes* für alle anderen Bananen. Die Nichtdiskriminierungspflicht solle nur innerhalb des einzelnen Regimes angewendet werden. Das Panel legte dagegen fest, dass es nur ein Regime für alle Einfuhren der Bananen gibt. Gegen diese Entscheidung legte die EU Einspruch in der Berufung ein. Überzeugend klärte der Appellate Body, dass es hier keine entscheidende Frage ist, wie viele Regime die EU für die Regulierung der Einfuhren hat. Es sei völlig irrelevant, ob und wie die EU die Einfuhr der Bananen aus administrativen oder anderen Gründen unterteilt. Die Nichtdiskriminierungspflicht gilt für alle Einfuhren, soweit die betreffenden Waren – hier die Bananen – als gleichartige Waren betrachtet werden, sonst könnte die Verpflichtung sehr leicht umgangen werden.³¹³

„Like product“ ist allerdings kein unabhängiger naturwissenschaftlicher oder ökonomischer Begriff.³¹⁴ Als ein rechtlicher Begriff ist „like product“ in mehreren Vorschriften im GATT angewendet.³¹⁵ Es wurde bereits im Verlauf der Vorbereitung des GATT-Texts bestätigt, dass der Begriff im unterschiedlichen Kontext unterschiedliche Bedeutung hat und eine Definition nicht notwendig ist.³¹⁶ Mithin wird die Interpretation dieses Begriffs der GATT-Praxis überlassen. In Verbindung mit seiner Wichtigkeit für die Feststellung, ob eine Maßnahme mit Art. I:1 vereinbar ist, spielt die Interpretation des „like product“ in der Streitbeilegungspraxis des GATT daher naturgemäß eine zentrale Rolle.

³¹² Ein GATT-Panel erklärte: „[t]he mere fact that one category of products is treated one way by the United States and another category of products is treated another is therefore in principle not inconsistent with the most-favoured-nation obligation of Article I:1“, GATT Panel Report „*US – MFN Footwear*“, para. 6.11.

³¹³ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 189-190.

³¹⁴ Vgl. *Berg*, S. 195.

³¹⁵ Außer Art. I:1 sind diese Vorschriften u. a. Art. II:2(a), III:2, III:4, VI:1(a), VI:1(b), IX:1, XI:2(c), XIII:1, XVI:4 und XIX:1. Ähnliche Begriffe sind zudem in Art. VI:7 („like commodity“) und Art. VII:2 („like merchandise“) zu finden, die in deutscher Fassung allerdings auch in „gleichartige Ware“ übersetzt werden.

³¹⁶ Siehe *GATT-Guide*, S. 35. Es ist jedoch die herrschende Meinung, dass der Begriff im Zusammenhang mit einer positiven Nichtdiskriminierungspflicht breit interpretiert werden soll. Dagegen soll er eng ausgelegt werden, wenn es um eine Ausnahme von der positiven Verpflichtung geht, siehe u. a. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 448f., *Zedalis*, S. 94ff., 121.

Weil „like product“ im verschiedenen Kontext unterschiedliche Bedeutung haben soll, ist es wichtig, diesen Kontext zu definieren. Der Appellate Body gab im Fall „*Japan – Alcoholic Beverages*“ dazu die folgenden Leitfäden:

„The concept of “like product” is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of “likeness” stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in any one of these places must be determined by the particular provision in which the term “like” is encountered as well as by the context and circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply.“³¹⁷

Der Begriff „Kontext“ in der obigen Aussage bezieht sich auf zwei Stufen: die erste ist die Vorschrift, in der „like product“ vorgeschrieben ist; die zweite ist der Zustand eines konkreten Falls, in dem die Gleichartigkeit des Produktes zu bestimmen ist.

Der Kontext für diesen Teil der Diskussion ist vor allem Art. I:1. Mithin wird hier nur die Rechtsprechung in Bezug auf Art. I:1 berücksichtigt, während „like product“ später noch im Zusammenhang mit Art. III GATT weiter erörtert werden muss, und zwar intensiver, weil die meiste Rechtsprechung und Auseinandersetzung mit der Interpretation des „like product“ Art. III betrifft.³¹⁸

Während Art. I:1 sich mit dem Vergleich der Behandlung der Einfuhren aus verschiedenen Ländern befasst, können die in seinen Anwendungsbereich fallenden staatlichen Maßnahmen weiter in zwei Gruppen aufgeteilt werden: i) Grenzmaßnahmen, einschließlich Zölle, andere Belastungen, Verfahrensvorschriften in Zusammenhang mit der Einfuhr; ii) innerstaatliche Maßnahmen, die auch von Art. III erfasst werden. Die Einordnung der betreffenden Maßnahmen im konkreten Fall in eine der zwei Gruppen könnte auch einen Kontext darstellen, weil in Art. I:1 ein klarer Verweis auf Art. III im Zusammenhang mit den innerstaatlichen Maßnahmen gegeben wird.³¹⁹

³¹⁷ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 21.

³¹⁸ Vgl. *Davey/Pauwelyn*, S. 25.

³¹⁹ Somit stellt sich die Frage, inwieweit die Feststellung der Gleichartigkeit von zwei Gruppen der Produkte in Art. III die Antwort auf dieselbe Gleichartigkeitsfrage in Art. I in einem gleichen Fall beeinflussen könnte, falls in diesem Fall: i) die innerstaatlichen Maßnahmen sowohl unter Art. III als auch unter Art. I angefochten würden; und ii) sowohl die unterschiedlichen Behandlungen durch die innerstaatlichen Maßnahmen als auch die durch die Grenzmaßnahmen gerügt würden. Die Antwort darauf könnte sicherlich von Fall zu Fall different sein. Im Allgemeinen lässt sich doch sagen, dass, wenn die Gleichartigkeit und die Vereinbarkeit der innerstaatlichen Maßnahmen mit Art. III beantwortet würden, entweder aufgrund des Prinzips der „judicial economy“ die Überprüfung derselben Maßnahmen in Art. I nicht notwendig wäre, oder aufgrund der Konsistenz ein Verweis auf die Festlegungen der Gleichartigkeit in Art. III für die gleiche Schlussfolgerung hinsichtlich Art. I ausreichen sollte. Ein hypothetisches Problem infolge der komplizierten Struktur des Art. III, was später noch zu erörtern ist, wäre die Gleichartigkeit der Produkte in Art. I, wenn sie nicht als die „like products“, sondern als die „directly competitive or substitutable products“ im Sinne von Art. III:2 bestimmt würden. Sollte hier der Umfang der „like products“ in Art. I zum Zweck der Konsistenz wohl so eng wie in Art. III:2 sein, oder sollte er doch

Der Kontext bedeutet nicht zuletzt den Umstand der konkreten Streitigkeit. Es ist in der Streitbeilegungspraxis des GATT/der WTO ständig erklärt worden, dass die Festlegung der Gleichartigkeit eigentlich auf einer Analyse basiert, die nur von Fall zu Fall erfolgen kann und bestimmten Kriterien genügen muss. Dieses grundlegende Prinzip geht auf einen Working Party Report des GATT aus dem Jahr 1970 zurück:

„The interpretation of the term should be examined on a case-by-case basis. This would allow a fair assessment in each case of the different elements that constitute a ‘similar’ product. Some criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is ‘similar’: the product’s end-uses in a given market; consumers’ tastes and habits, which change from country to country; the product’s properties, nature, and quality.“³²⁰

Aus dem oben genannten Grund werden diese drei Kriterien erst eingehend im Zusammenhang mit der Gleichartigkeitsfrage in Art. III untersucht werden, hier wird die Untersuchung nur auf ein anderes Element, welches oft mit den drei Kriterien zusammen als „Border Tax Adjustment“-Kriterien bezeichnet wird³²¹ und somit gemeinsam das traditionelle Konzept der Gleichartigkeitsbestimmung im GATT bildet, in dem speziellen Zusammenhang mit Art. I:1 konzentriert, nämlich der Zolltarif.

Der eigenartige Kontext, welchen Art. I:1 der Festlegung der Gleichartigkeit bietet, ist der Zweck dieses Artikels, nämlich, den Einfuhren die Gleichbehandlung zu gewährleisten, vor allem in Bezug auf das Erheben der Zölle. Mithin spielt der Zolltarif eine bedeutsame Rolle in Streitigkeiten um Art. I:1 und die Festlegung der Gleichartigkeit.

Bereits während der Verhandlungen des GATT wurde vorgeschlagen, dass der Zolltarif als ein Gleichartigkeitskriterium dienen kann.³²² In einem frühen Fall im Jahr 1950 wurde festgelegt, dass die Produkte nicht gleichartig sind, wenn sie im Zolltarif des Einfuhrlandes in unterschiedliche Positionen eingeordnet werden und dies auch der üblichen Praxis anderer Staaten entspricht.³²³ Seit Ende der 80er Jahren gibt es ein kodifiziertes Modell vom Zolltarif,

vielleicht einigermaßen weiter interpretiert werden, um die Abwesenheit der „directly competitive or substitutable products“ zu kompensieren? Vgl. dazu *Davey/Pauwelyn*, S. 35f. Die eigentliche Frage, die gewisse praktische Bedeutung haben könnte, in diesem Zusammenhang wäre, ob die differenten Festlegungen der Gleichartigkeit dazu führte, dass die gleiche innere Abgabe nicht als unvereinbar mit Art. III:2, jedoch als gegen Art. I festgelegt würde. Dies hängt wiederum davon ab, welche unterschiedliche Behandlung die Diskriminierung in jeweiligen Klauseln darstellt. Angesichts der Kompliziertheit und des hypothetischen Charakters könnte die Befürchtung der Inkonsistenz hier wohl nicht abschließend verneint oder bestätigt werden. Die gleiche Analyse könnte für die Situation, dass sowohl die Grenzmaßnahmen als auch die innerstaatlichen angefochten werden, geltend gemacht werden, außer dass ein gutes Argument für die mögliche Abweichung bei der Festlegung der Gleichartigkeit wäre, dass Art. I und Art. III differente Kontexte darstellen.

³²⁰ Working Party Report on Border Tax Adjustments, vom 02.12.1970, BISD 18S/97, para. 18.

³²¹ Siehe z. B. *Cottier/Oesch*, S. 390, *Quick/Lau*, S. 429.

³²² Siehe *GATT-Guide*, S. 35.

³²³ Report of the Working Party „*The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*“, GATT/CP.4/39, vom 03.04.1950, BIDS II/188, para. 8. Siehe *GATT-Guide*, S. 36.

das die übliche Praxis vereinheitlicht und somit die Funktion der üblichen Praxis als einen etwaigen Standard für die Bewertung der Tarifpraxis des einzelnen Staates übernimmt: das „Harmonized Commodity Description and Coding System“ (HS), das sowohl in der Rechtsprechung des Appellate Body³²⁴ als auch in der Literatur³²⁵ als eine Basis oder ein Ausgangspunkt für die Bestimmung der Gleichartigkeit anerkannt wird. Das HS wurde unter der Schirmherrschaft der Weltzollorganisation³²⁶ für zolltarifliche Klassifizierung entwickelt und erlangt durch eine internationale Konvention ihre Verbindlichkeit seit 1988.³²⁷ Das Warenverzeichnis des HS ist in 21 Abschnitte, diese wiederum in 97 Kapitel, aufgeteilt. Es gibt 1241 Positionen, die mit vier arabischen Ziffern gekennzeichnet sind. Diese werden weiter durch eine fünfte, ebenfalls mit arabischen Ziffern versehene Stelle in 3558 Unterpositionen gegliedert, und die letzteren weiterhin in mit 6-stelligen arabischen Ziffern versehene 5019 Unterpositionen. Die Mitgliedstaaten der Konvention sind verpflichtet, das HS bis zu 6-zifferigen Positionen einheitlich anzuwenden, während die Konvention weitere Spezifizierung nicht verbietet. Infolge dieser Verpflichtung stellt die Weiterspezifizierung heute die eigentliche Problematik dar.

Grundsätzlich lässt sich sagen, dass die vom HS nicht vorgesehene Weiterspezifizierung mit einer eigenartigen, von der üblichen Praxis abweichenden Spezifizierung zu vergleichen ist.

Außerdem muss ein weiteres Element in die Diskussion über die Weiterspezifizierung des Zolltarifs einbezogen werden, nämlich die Zollzugeständnisse gemäß Art. II GATT, die manchmal auch spezifischer als das HS unterteilt worden sind. Mithin kann die Weiterspezifizierung zwei Varianten darstellen: die eine ist in der Form der Zugeständnisse in Art. II, die andere wird von einem Staat unilateral durchgeführt.

Zum rechtlichen Status der Zugeständnisse hat der Appellate Body in „*EC – LAN Equipment*“ Folgendes festgelegt:

„Tariff negotiations are a process of reciprocal demands and concessions, of "give and take". It is only normal that importing Members define their offers (and their ensuing obligations) in terms which suit their needs. On the other hand, exporting Members have to ensure that their corresponding rights are described in such a manner in the Schedules of importing Members that their export interests, as agreed in the negotiations, are guaranteed. ... Indeed, the fact that Members' Schedules are an integral part of the GATT 1994 indicates that, while each

³²⁴ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 21f.

³²⁵ Siehe *Bhala/Kennedy*, S. 66.

³²⁶ Die Weltzollorganisation (World Customs Organization – WCO) ist eine der wichtigsten internationalen Organisationen auf dem Gebiet des Zollwesens. Sie wurde in 1950 unter dem Name „Customs Co-operation Council“ (CCC) gegründet, auch Brüsseler Zollrat genannt.

³²⁷ Das internationale Übereinkommen über das Harmonisierte System (HS) zur Bezeichnung und Codierung von Waren, vom 14.06.1983.

Schedule represents the tariff commitments made by *one* Member, they represent a common agreement among *all* Members.“³²⁸

Aufgrund dieser Festlegung kann behauptet werden, dass die Listen der Zugeständnisse – als ein integraler Bestandteil des GATT – von allen Mitgliedern anerkannt werden und so auch die eventuelle Weiterspezifizierung im Vergleich zum HS. Mithin sollen die Produkte, die in den verschiedenen Positionen gemäß dieser Weiterspezifizierung eingeordnet werden, nicht als gleichartige Produkte betrachtet werden, und die differenzierende Behandlung infolgedessen nicht als eine mit Art. I:1 unvereinbare Diskriminierung.³²⁹ Ähnliches gilt im Fall, wo kein Zugeständnis für ein Produkt gewährt wird, aber das andere zu vergleichende Produkt hingegen unter ein Zugeständnis fällt, weil diese Situation die stillschweigende Anerkennung der unterschiedlichen Behandlung dieser zwei Produkte impliziert.³³⁰

Die Weiterspezifizierung könnte aber auch von einem Staat unilateral durchgeführt werden. Diesbezüglich gibt es zwei Möglichkeiten. Die eine ist, dass es für die zu vergleichenden Produkte kein Zugeständnis – und damit kein Kriterium in dieser Hinsicht – gibt. In diesem Zusammenhang hat es zwei GATT-Fälle gegeben: „*Spain – Unroasted Coffee*“ und „*Japan – Lumber*“.

Im *Coffee*-Fall unterteilte Spanien den „unbounded“ ungerösteten Kaffee in fünf Unterpositionen und auf sie wurden unterschiedliche Zölle erhoben. Brasilien legte eine Beschwerde gegen diese Maßnahme aufgrund der Verletzung des Art. I:1 GATT ein. Das GATT-Panel war der Ansicht, dass es im GATT keine Verpflichtung für ein bestimmtes Klassifizierungssystem der Waren gibt und somit die Vertragsparteien berechtigt sind, neue Positionen oder Unterpositionen in seinen Zolltarif einzuführen. Also stellt die Weiterspezifizierung *per se* keine Verletzung des GATT dar. Allerdings wandte das Panel seine Analyse direkt der Gleichartigkeitsfrage zu und legte die fünf Subkategorien als

³²⁸ Appellate Body Report „*EC – LAN Equipment*“, para. 109.

³²⁹ So auch von *Davey/Pauwelyn*, S. 30, *Jackson/Davey/Sykes*, S. 450. Eine bezügliche, jedoch andere Frage wäre, ob die Zugeständnisse selbst die Verpflichtungen im GATT vermindern dürfen. In „*EC – Poultry*“ stritten die Parteien u. a. darüber, ob die Zugeständnisse, die gemäß Art. XXVIII GATT bilateral ausgehandelt und später in die gesamte Liste des Mitgliedes inkorporiert werden, auch Art. I:1 entsprechend auf der MFN-Basis angewendet werden müssen. Der Appellate Body legte fest, dass die Zugeständnisse nicht gegen die Verpflichtungen im GATT, insbesondere Art. I und XIII, verstoßen dürfen, weil sie nur Rechte gewährend und nicht Verpflichtungen vermindern sollen. (Appellate Body Report „*EC – Poultry*“, para. 98f.) Vgl. dazu *Davey/Pauwelyn*, S. 30.

³³⁰ So ist es im Fall „*German – Sardines*“. Deutschland hatte in der Torquay-Runde Zugeständnisse für Sprotte und Heringe von jeweils 25% und 20% gewährt, während der Zoll für Sardinen von 30% weiter „unbounded“ blieb. Später wurde der letztere auf 14% reduziert, ohne eine entsprechende Änderung des Zollsatzes für Sprotte und Heringe. Norwegen beschwerte, dass höhere Zölle dadurch auf die Produkte vom größeren Interesse für es erhoben werden. Das GATT-Panel hatte impliziert die Gleichartigkeit von Sardinen und den zwei anderen Fischarten verneint, obwohl die Endentscheidung zugunsten Norwegen war mit der Begründung, dass Norwegen durch die deutsche Handlung in der Torquay-Runde rechtmäßige Erwartungen erlangen hatte, dass die drei Produkte weiterhin gleich behandelt würden. Mithin war Norwegen zur Nichtverletzungsbeschwerde berechtigt.

gleichartige Produkte fest, nachdem es andere Faktoren abgewogen hatte. Während die physischen Charakteristika und der Endgebrauch die entscheidende Bedeutung für die Argumentation des Panels hatten, wies es u. a. darauf hin, dass keine andere Vertragspartei in ihrem Zolltarif die spanische Unterteilung anwendet.

Im *Lumber*-Fall erhob Japan höhere Zölle auf ebenfalls „unbounded“, dimensionale Nutzhölzer bestimmter Baumarten (SPF-Nutzhölzer) als auf Nutzhölzer aus anderen Baumarten. Kanada war der Ansicht, dass alle *dimensionalen* Nutzhölzer gleichartige Produkte sind und gleich behandelt werden müssen. Das Panel bestätigte wiederum den freien Spielraum für das Konstruieren des Zolltarifs und nahm wie folgt Stellung zur Bedeutung des HS:

„The adoption of the Harmonized System, to which both Canada and Japan have adhered, had brought about a large measure of harmonization in the field of customs classification of goods, but this system did not entail any obligation as to the ultimate detail in the respective tariff classifications. Indeed, this nomenclature has been on purpose structured in such a way that it leaves room for further specifications.

The Panel was of the opinion that, under these conditions, a tariff classification going beyond the Harmonized System’s structure is a legitimate means of adapting the tariff scheme to each contracting party’s trade policy interests, comprising both its protection needs and its requirements for the purposes of tariff- and trade negotiations.“³³¹

Anschließend bemerkte das Panel, die klagende Partei habe die Beweislast dafür, dass die angefochtene Weiterspezifizierung über den normalen Zweck hinausgeht und in der Tat gleichartige Produkte diskriminierend behandelt. Mithin muss der Beschwerdeführer die Gleichartigkeit anhand anderer Kriterien nachweisen.

Aufgrund dessen legte das Panel fest, dass es sowohl dem japanischen Zolltarif fremd ist als auch nicht zur international anerkannten Klassifizierung gehört, *dimensionale* Nutzhölzer als eine spezielle Kategorie zu definieren. Weil Kanada sich nur auf eine solche Kategorisierung im Zolltarif berief und nicht argumentierte, dass dimensionale Nutzhölzer *per se* gleichartig sind, entschied das Panel zugunsten von Japan.

Die Argumentation der Panels in den beiden Fällen sind einigermaßen unterschiedlich. Das *Coffee*-Panel ging zu schnell von der Frage des Zolltarifs zur Gleichartigkeit, so dass es den Eindruck machen könnte, dass die besondere Spezifizierung des angeklagten Staates und mithin wohl auch der freie Spielraum eines Staates, nicht zu beachten wäre. In Bezug auf den Respekt vor dem eigenen Ermessen eines Staates ist die Argumentation des *Lumber*-Panels

³³¹ GATT-Panel Report „*Japan – Lumber*“, para. 5.8-5.9.

logisch überzeugender.³³² Andererseits hatte das *Coffee*-Panel ein interessantes Beispiel hinsichtlich der Abwägung verschiedener Faktoren für die Festlegung der Gleichartigkeit und der Rechtmäßigkeit der angefochten Spezifizierung geboten. Was die Gemeinsamkeiten in den beiden Fällen betrifft, ist zum einen die Festlegung, dass die Weiterspezifizierung *per se* keine Verletzung des Art. I:1 darstellt und zum anderen die Berücksichtigung der Praxis anderer Staaten, die meines Erachtens in der Tat der entscheidende Grund für die unterschiedlichen Entscheidungen in beiden Fällen sein soll.³³³

Die zweite Möglichkeit der unilateralen Weiterspezifizierung bezieht sich auf die Produkte, für die ein Staat bei der Zollverhandlung ein gemeinsames Zugeständnis gewährt hatte. Wenn durch die spätere Weiterspezifizierung ein höherer Zoll als das Zugeständnis auf eine Untergruppe dieser Produkte erhoben würde, könnte eine Beschwerde darauf beruhen, dass Art. II GATT verletzt wird; in einem solchen Fall sollte es kein Problem bei der Argumentation geben. Problematisch wäre es hingegen, wenn infolge der Weiterspezifizierung ein niedrigerer Zoll auf manche dieser Produkte erhoben würde, während für die übrigen weiterhin der „bounded“ Zollsatz gälte. Hier stellt sich die Frage, ob das Zugeständnis allein die Gleichartigkeit der unter ihm fallenden Produkte rechtfertigen kann. In Bezug auf diese Frage, allerdings im Zusammenhang mit dem Gleichartigkeitsproblem in Art. III, stellte der Appellate Body im Fall „*Japan – Alcoholic Beverages*“ Folgendes fest:

„A uniform tariff classification of products can be relevant in determining what are “like products” ... However, there is a major difference between tariff classification nomenclature and tariff bindings or concessions made by Members of the WTO under Article II of the GATT 1994. There are risks in using tariff bindings that are too broad as a measure of product “likeness.” Many of the least-developed country Members of the WTO submitted schedules of concessions and commitments as annexes to the GATT 1994 for the first time as required by Article XI of the *WTO Agreement*. Many of these least-developed countries, as well as other developing countries, have bindings in their schedules which include broad ranges of products that cut across several different HS tariff bindings ... This does not necessarily

³³² Vgl. dazu *Davey/Pauwelyn*, S. 29.

³³³ *Hudec* weist darauf hin, dass der ungeröstete Kaffee nicht an die Konsumenten, sondern an die Kaffeehändler verkauft wird. Die Händler mischen dann verschiedene Kaffeesorten und verkaufen an die Endverbraucher weiter. Für die tatsächlichen Verbraucher des ungerösteten Kaffees – die Kaffeehändler – seien daher die Unterschiede zwischen den verschiedenen Kaffeesorten wichtig, und diese Sorten seien kommerziell nicht substituierbar. Mithin meint *Hudec*: „the product distinctions involved in the *Coffee* case appeared to have a far stronger commercial foundation than the product distinctions in the *SPF Lumber* case“. Siehe *Hudec 2000*, S. 114f. Wenn man zugesteht, dass diese Analyse aus der Sicht der kommerziellen Substituierbarkeit überzeugend ist, könnte die Bedeutung der üblichen Zolltarifpraxis nur mehr erleuchtet werden, weil sie der einzige eindeutige Faktor ist, welcher für die verschiedenen Entscheidungen in den beiden Fällen spricht.

indicate similarity of the products covered by a binding. Rather, it represents the results of trade concessions negotiated among Members of the WTO. It is true that there are numerous tariff bindings which are in fact extremely precise with regard to product description and which, therefore, can provide significant guidance as to the identification of “like products.” Clearly enough, these determinations need to be made on a case-by-case basis. However, tariff bindings that include a wide range of products are not reliable criterion for determining or confirming product “likeness” under Article III:2.³³⁴

Demgemäß kann die Gleichartigkeit der von einem Zollzugeständnis gedeckten Produkte nur von Fall zu Fall analysiert werden, wobei andere Faktoren, wie die übliche Zolltarifpraxis, die physische Charakteristika etc., in Betracht bezogen werden müssen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Diskussion über die Gleichartigkeit der Produkte nicht vollständig sein kann, ohne sich zugleich auf Art. III zu beziehen. Jedenfalls ist der Zolltarif ein naturgemäß überwiegend mit Art. I:1 zusammenhängender Aspekt und mithin an dieser Stelle untersucht worden. Für die Bestimmung der Gleichartigkeit können die zolltariflichen Elemente – HS, die übliche Zolltarifpraxis sowie die Zollzugeständnisse des importierenden Mitglieders – als Kriterien dienen. Wenn anhand dieser Kriterien festzustellen ist, dass die Produkte unter verschiedene Positionen fallen, kann deren Gleichartigkeit verneint werden. Wenn die Produkte nach diesen Kriterien jedoch in die gleiche Position einzuordnen sind, kann dies als ein Beweis für die Gleichartigkeit betrachtet werden, der jedoch nicht abschließend ist, weil ein Mitglied im Grunde genommen den freien Spielraum hat, seinen eigenen Zolltarif noch detaillierter zu gestalten. In diesem Fall trägt die klagende Partei die Last, die Gleichartigkeit auch anhand anderer Kriterien zu beweisen.

Diese bedeutsame, aber nicht abschließende Rolle von Zollzugeständnissen basiert darauf, dass sie einen integralen Bestandteil des GATT darstellen. Die gleiche Logik sollte auch im Zusammenhang mit anderen Abkommen, u. a. dem GATS oder einem künftigen MIA, gelten, wenn dort Zugeständnisse mit ähnlicher Funktion gewährt werden.

c. „Unbedingt“

Oben ist bereits geklärt worden, dass die ursprüngliche Bedeutung der unbedingten Meistbegünstigung im Gegensatz zur bedingten MFN steht und sich auf die gleichwertigen Zollzugeständnisse bezieht. Weil der Anwendungsbereich vom Art. I:1 GATT weitgehend vorgeschrieben sowie interpretiert wird und die „Vorteile“ nicht nur auf die Zölle beschränkt werden, liegt es auf der Hand, dass die Gegenleistungen, die unvereinbar mit dem Erfordernis

³³⁴ Appellate Body Report „Japan – Alcoholic Beverages“, S. 21f.

der unbedingten Gewährung der Meistbegünstigung sind, auch nicht auf die Zollzugeständnisse beschränkt werden sollen.

Der Fall „*Belgian – Family Allowances*“ stellt in diesem Zusammenhang einen wichtigen Präzedenzfall dar. Das GATT-Panel legte fest, dass die Vereinbarkeit des Systems des Familienzuschusses in einem GATT-Mitglied mit den Aufforderungen des belgischen Rechts hier irrelevant ist. Somit sei die Gewährung der Vorteile, die von der Existenz eines bestimmten Systems des Familienzuschusses abhängig gemacht wurde, unvereinbar mit Art. I:1, weil die Meistbegünstigung nicht unbedingt gewährt wurde.³³⁵

In „*EEC – MIPS*“ ging es darum, ob die Befreiung von den Sicherheitsforderungen der EWG für Produkte aus einigen Staaten, welche die Einhaltung des Mindestimportpreises garantiert hatten, gegen die unbedingte Meistbegünstigung verstieß. Das Panel wies zuerst auf das Argument der EWG hin, dass die Möglichkeit, eine solche Garantie zu geben, für jedes Land ohne Bedingungen offen ist, und dann legte es fest, die Maßnahme verstoße nicht gegen Art. I:1, solange die Garantie für alle Einfuhren aus allen potentiellen Ländern erforderlich war.³³⁶

Dagegen stellt die Praxis, die Einfuhr von einem Zertifikat abhängig zu machen, das nur von bestimmten Staaten ausgestellt werden kann, einen Verstoß gegen Art. I:1 dar, wie im Fall „*EEC – Beef*“³³⁷ und „*EC – Bananas III*“³³⁸, weil die Möglichkeit nicht für alle Länder zugänglich ist.

Das Panel in „*Indonesia – Autos*“ fasste die GATT-Praxis folgendermaßen zusammen:

„The GATT case law is clear to the effect that any such advantage (...) cannot be made conditional on any criteria that is not related to the imported product itself.“³³⁹

Weil in diesem Fall die Gewährung der betreffenden Vorteile die folgenden Bedingungen voraussetzte: i) ob der ausländische Produzent eine Vereinbarung mit indonesischen Firmen hatte, „National Car“ zu produzieren; ii) ob die Autozubehörteile in der Montage des „National Car“ eingesetzt wurden; und iii) ob der Standard von „local content“ erfüllt wurde, legte das Panel fest, dass die Existenz solcher Bedingungen unvereinbar ist mit Art. I:1.³⁴⁰

Im Fall „*Canada – Autos*“ berief sich Japan auf die obige Aussage des Panels und argumentierte, dass die kanadische Maßnahme, nur wenige Autoimporteure, die bestimmte

³³⁵ GATT-Panel Report „*Belgian – Family Allowances*“, para. 3.

³³⁶ GATT-Panel Report „*EEC – MIPS*“, para. 4.19.

³³⁷ GATT Panel Report „*EEC – Beef*“, para. 4.2-4.3. Der Sachverhalt in diesem Fall wurde später vom Appellate Body als ein Beispiel von der *de facto* Diskriminierung genannt, Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 232.

³³⁸ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.235-7.241.

³³⁹ Panel Report „*Indonesia – Autos*“, para. 14.143.

³⁴⁰ *Ibid.*, para. 14.146-14.147.

Bedingungen erfüllen, von den Zöllen zu befreien, gegen Art. I:1 GATT verstößt, weil sie u.a. der Zöllebefreiung Bedingungen auferlegt, die nicht mit dem Produkt selbst zu tun haben.

Japans Argument wurde vom Panel abgelehnt. Das Panel behauptete, „whether an advantage within the meaning of Article I:1 is accorded "unconditionally" cannot be determined independently of an examination of whether it involves discrimination between like products of different countries.“ Das Wort „unconditionally“ sei im systematischen Zusammenhang und gemäß dem Ziel und Zweck des Art. I:1 zu interpretieren. Demgemäß beziehe sich das Wort nicht auf „the granting of an advantage *per se*“, sondern auf „the obligation to accord to the like products of all Members an advantage which has been granted to any product originating in any country“. Ein wichtiger Unterschied sei zu ziehen zwischen „on the one hand, the issue of whether an advantage within the meaning of Article I:1 is subject to conditions, and, on the other, whether an advantage, once it has been granted to the product of any country, is accorded "unconditionally" to the like product of all other Members.“ „An advantage can be granted subject to conditions without necessarily implying that it is not accorded "unconditionally" to the like product of other Members. More specifically, the fact that conditions attached to such an advantage are not related to the imported product itself does not necessarily imply that such conditions are discriminatory with respect to the origin of imported products. We therefore do not believe that, as argued by Japan, the word "unconditionally" in Article I:1 must be interpreted to mean that making an advantage conditional on criteria not related to the imported product itself is *per se* inconsistent with Article I:1, irrespective of whether and how such criteria relate to the origin of the imported products.“³⁴¹

Jene Aussage des Panels in „*Indonesia – Autos*“ wurde folgendermaßen interpretiert: „The statement in the Panel Report that an advantage within the meaning of Article I "cannot be made conditional on any criteria that is not related to the imported product itself" must therefore in our view be seen in relation to conditions which entailed different treatment of like products depending upon their origin.“³⁴²

Aufgrund dieser Interpretation lehnte es das Panel ab, die kanadische Maßnahme nur auf der Grundlage, dass die Gewährung der Vorteile von nicht mit dem Produkt zusammenhängenden Bedingungen vorausgesetzt wird, als unvereinbar mit Art. I:1 zu betrachten. Stattdessen wendete es sich der Analyse zu, ob solche Bedingungen zu einer Diskriminierung aufgrund des Ursprungs der Ware führen, wobei das Panel dann eine *de facto* Diskriminierung feststellte.

³⁴¹ Panel Report „*Canada – Autos*“, para. 10.22-24.

³⁴² *Ibid*, para. 10.28.

Zur Interpretation des Wortes „unconditionally“ hatten die Streitparteien keine Rechtsmittel eingelegt.

In „*EC – Drug Arrangement*“ behauptete das Panel, dass „unconditionally“ in seinem wörtlichen Sinne von „not limited by or subject to any conditions“ zu interpretieren ist.³⁴³

Dass die wörtliche Bedeutung von „unconditionally“ „not limited by or subject to any conditions“ ist, soll unumstritten sein. Zu Recht hatte das Panel entschieden, dass die unbedingte Meistbegünstigung nicht nur verbietet, die Gewährung der Vorteile von Handelskompensationen abhängig zu machen. Ob die Verknüpfung der Gewährung der Vorteile mit bestimmten Bedingungen als solche gegen Art. I:1 verstößt, ist jedoch eine andere Frage. In diesem Zusammenhang ist die Interpretation des Panels in „*Canada – Autos*“ überzeugend. Indem es das Wort „unconditionally“ in seinem systematischen Zusammenhang und gemäß dem Ziel und Zweck des Art. I:1 interpretierte, werden mögliche Abweichungen von der wörtlichen Bedeutung und Unklarheiten vermieden.³⁴⁴ Demgemäß ist es vielmehr ausschlaggebend, ob die Tatsache, dass die Gewährung der Vorteile mit bestimmten Bedingungen verknüpft wird, zur Existenz einer Diskriminierung führt. Art. I:1 ist unumstritten eine Nichtdiskriminierungsklausel, mithin ist die Interpretation des Panels besser als der Versuch, diverse Bedeutungen in das Wort „unconditionally“ einzufügen. Dadurch wird zum einen die Bemerkung bekräftigt, dass die unterschiedlichen – positiven oder negativen – Formulierungen der MFN-Klauseln ihren rechtlichen Inhalt von „no less favourable treatment“ nicht ändern. Die Interpretationen des Art. I:1 GATT können auch bei der Auslegung des Art. II GATS in Betracht gezogen werden. Zum anderen ist festzustellen, dass die wesentlichen Elemente der MFN-Klausel, die auslegungsbedürftig sind, immer „likeness“ und „no less favourable treatment“ sind, unabhängig davon, wie eine konkrete Klausel formuliert wird.

2. Art. II GATS

Die Parallelität der MFN-Klauseln im GATT und GATS – trotz der unterschiedlichen Formulierungen – wurde oben bereits mehrmals nachgewiesen. Mithin kann festgestellt werden, dass die Termini „any other country“ und „immediately and unconditionally“ in Art. II GATS die gleiche Bedeutung haben wie in Art. I:1 GATT.³⁴⁵

³⁴³ Panel Report „*EC – Drug Arrangement*“, para. 7.59. Gegen diesen Punkt wurde keine Berufung eingelegt.

³⁴⁴ Beispielsweise ist es unklar, was das Panel in „*Indonesia – Autos*“ mit seiner Aussage „cannot be made conditional on any criteria that is not related to the imported product itself“ gemeint hatte. Die japanische Argumentation in „*Canada – Autos*“ scheinen auf diese Unklarheit zurückzugehen.

³⁴⁵ Vgl. *Abu-Akeel 1999a*, S. 108f, *Wang*, S. 96f.

a. Anwendungsbereich

aa. „Any measure covered by this Agreement“

Der Anwendungsbereich des Art. II umfasst „any measure covered by this Agreement“. Diese Norm wird durch Art. I und Art. XXVIII definiert: Art. I sieht den Geltungsbereich des GATS vor und gilt somit für das gesamte Abkommen, einschließlich Art. II und Art. XVII – der Klausel der Inländerbehandlung; Art. XXVIII definiert alle relevanten Normen im GATS.

Gemäß Art. I findet das GATS Anwendung auf die Maßnahmen, welche den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigen („affecting trade in services“). Mithin sind drei Normen entscheidend für die Bestimmung des Anwendungsbereiches: „Maßnahmen“; „Handel mit Dienstleistungen“; und „beeinträchtigen“.

Die Maßnahmen sind erstens nach Art. I diejenigen der:

- i) zentralen, regionalen oder örtlichen Regierungen und Behörden sowie
- ii) nichtstaatlichen Stellen in Ausübung der ihnen von zentralen, regionalen oder örtlichen Regierungen oder Behörden übertragenen Befugnisse.³⁴⁶

Zweitens schließt der Begriff „Maßnahmen“ gemäß Art. XXVIII jede Maßnahme ein, die von einem Mitglied getroffen ist, unabhängig davon, ob sie in Form eines Gesetzes, einer sonstigen Vorschrift, einer Regel, eines Verfahrens, eines Beschlusses, eines Verwaltungshandelns oder in sonstiger Form getroffen wird.

Der Begriff „Dienstleistungen“ schließt jede Art von Dienstleistung in jedem Sektor mit Ausnahme solcher Dienstleistungen ein, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden; „in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistung“ bedeutet jede Art von Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird.³⁴⁷ Diese Definition ist nicht so eindeutig und wird noch nicht durch die Streitbeilegungspraxis erläutert.³⁴⁸

³⁴⁶ Inwieweit eine Vertragspartei von dem Vertrag verpflichtet wird, die Handelsbarrieren durch private Unternehmen zu beseitigen, ist eine der umstrittenen Fragen im internationalen Wirtschaftsrecht. In dieser Hinsicht ist das GATS zurückhaltend, weil Art. I:3 den Umfang solcher Handelsbarrieren auf die Maßnahmen beschränkt, deren Quelle die Regulierung ist. Mithin sind die Tätigkeiten privater Unternehmen als solche nicht vom GATS erfasst worden. Vgl. *Arup*, S. 67, *Self*, S. 525. Außerdem erlegt Art. VIII GATS dem Mitglied spezielle Verpflichtungen in Bezug auf Monopole und Dienstleistungserbringer mit ausschließlichen Rechten auf.

³⁴⁷ Art. I Abs. 3 lit. b und c GATS.

³⁴⁸ Was z. B. „zum kommerziellen Zweck“ bedeutet, ist unklar und kann vielleicht auch nicht im Allgemeinen definiert werden, siehe *Self*, S. 527. Daher könnte die Feststellung, ob die Erbringung einer Dienstleistung in Ausübung hoheitlicher Gewalt ist, nur von Fall zu Fall erfolgen, siehe *Thomas/Meyer*, S. 212. Ein Kommentator ist der Ansicht, dass die Termini im Absatz c eher eng zu interpretieren sind, so dass die meisten allgemein gemeinten öffentlichen Dienstleistungen in den Anwendungsbereich des GATS fallen würden, siehe *Krajewski*, S. 351ff.

Der Handel mit Dienstleistungen bedeutet nach Art. I Abs. 2 die Erbringung einer Dienstleistung:

- i) aus dem Hoheitsgebiet eines Mitglieds in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds (Grenzüberschreitende Erbringung);
- ii) im Hoheitsgebiet eines Mitglieds an den Dienstleistungsnutzer eines anderen Mitglieds (Auslandserbringung);
- iii) durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds (gewerbliche Niederlassung im Ausland);
- iv) durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds (persönliche Niederlassung im Ausland).

Das Wort „beeinträchtigen“ – „*affecting*“ – wird nicht direkt im GATS definiert und stand dementsprechend im Brennpunkt der Interpretation.

In „*EC – Bananas III*“ argumentierte die EU, dass das GATS sich nicht auf indirekte Auswirkungen auf Dienstleistungen durch den Warenhandel regelnde Maßnahmen bezieht und berief sich auf Art. XXVIII lit. c, um „*affecting*“ als „*in respect of*“ eng zu interpretieren.³⁴⁹

Sowohl das Panel als auch der Appellate Body hatte dieses Argument abgelehnt. Für das Panel seien keine Maßnahmen *a priori* vom Anwendungsbereich des GATS ausgeschlossen. Das GATS erfasse alle Maßnahmen, welche die Dienstleistungserbringung beeinträchtigen und zwar unabhängig davon, ob sie direkt auf die Regulierung der Dienstleistungen zielen oder nicht.³⁵⁰ Dies wurde vom Appellate Body bestätigt:

„In our view, the use of the term ‘affecting’ reflects the intent of the drafters to give a broad reach to the GATS. The ordinary meaning of the word ‘affecting’ implies a measure that has ‘an effect on’, which indicates a broad scope of application. This interpretation is further reinforced by the conclusions of previous panels that the term ‘affecting’ in the context of Article III of the GATT is wider in scope than such terms as ‘regulating’ or ‘governing’. ... We also note that Article I:3(b) of the GATS provides that ‘ ‘services’ includes *any service* in *any sector* except services supplied in the exercise of governmental authority’ (emphasis added), and that Article XXVIII(b) of the GATS provides that the ‘ ‘supply of a service’

³⁴⁹ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.277-278. Art. XXVIII (c) lautet: „measures by Members affecting trade in services“ include measures in respect of: (1) the purchase, payment or use of a service; (2) the access to and use of, in connection with the supply of a service, services which are required by those Members to be offered to the public generally; (3) the presence, including commercial presence, of persons of a Member for the supply of a service in the territory of another Member.“

³⁵⁰ Ibid, para. 7.285.

includes the production, distribution, marketing, sale and delivery of a service'. There is nothing at all in these provisions to suggest a limited scope of application for the GATS. ... For these reasons, we uphold the Panel's finding that there is no legal basis for an *a priori* exclusion of measures within the EC banana import licensing regime from the scope of the GATS.³⁵¹

Andererseits ist die Festlegung der *beeinträchtigenden* Auswirkung von der Frage abzugrenzen, ob eine Maßnahme die *diskriminierende* Auswirkung im Sinne von Art. II und Art. XVII hat.

Das Panel in „*Canada – Autos*“ meinte, dass die erste Festlegung in Verbindung mit der Antwort auf die zweite Frage gemacht werden soll.³⁵² Dies wurde vom Appellate Body aufgehoben, der behauptete, dass die „fundamental structure and logic of Article I:1, in relation to the rest of the GATS“ verlange, zuerst festzulegen, ob eine Maßnahme überhaupt in den Anwendungsbereich des GATS fällt, *bevor* man ihre Vereinbarkeit mit den GATS-Verpflichtungen überprüft. Die erste Festlegung sei „a threshold question“.³⁵³

Anschließend legte der Appellate Body fest, dass mindestens zwei rechtliche Elemente bei der Bestimmung zu untersuchen sind, ob die angefochtene Maßnahme den Dienstleistungshandel beeinträchtigt: i) ob der Handel mit Dienstleistungen im Sinne vom Art. I:2 GATS besteht; ii) ob die Maßnahme den Dienstleistungshandel im Sinne vom Art. I:1 beeinträchtigt.³⁵⁴

Weil die Existenz des Dienstleistungshandels in diesem Fall nicht von den Streitparteien bestritten wurde,³⁵⁵ wendete der Appellate Body sich der zweiten Frage zu. Diesbezüglich entschied er, eine bloße Erklärung, dass die Maßnahme – hier die Zollbefreiung nur für „manufacturer beneficiaries“ – Bedeutung hat für die Wettbewerbsbedingungen unter den Dienstleistungserbringern, sei nicht ausreichend. Vielmehr solle untersucht werden, ob und wie die Maßnahme die Dienstleistungserbringer hinsichtlich ihrer Kapazität von Dienstleistungserbringungen beeinträchtigt; dafür sollen alle relevanten Fakten gesammelt und untersucht werden, einschließlich „*who* supplies wholesale trade services of motor vehicles through commercial presence in Canada, and *how* such services are supplied“.³⁵⁶

Weil das Panel diese Aufgabe nicht erfüllt hatte und der Appellate Body lediglich für die rechtlichen Fragen zuständig ist,³⁵⁷ hätte er hier eigentlich nur die Entscheidungen des Panels

³⁵¹ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 220.

³⁵² Panel Report „*Canada – Autos*“, para. 10.234.

³⁵³ Appellate Body Report „*Canada – Autos*“, para. 151-152.

³⁵⁴ *Ibid.*, para. 155.

³⁵⁵ *Ibid.*, para. 157.

³⁵⁶ *Ibid.*, para. 164-165.

³⁵⁷ Art. 17 Abs. 6 DSU sieht vor: „An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretation developed by the panel.“

aufheben und die Prüfung damit beenden können. Aber er setzte seine Analyse mit Prüfung des Art. II GATS fort. Dies könnte implizieren, dass er in der Tat der Ansicht war, dass die angefochtene Maßnahme doch den Dienstleistungshandel beeinträchtigt; er konnte dies lediglich wegen der mangelnden tatsächlichen Informationen und der Zuständigkeitsbeschränkung nicht entscheiden. Die Vermutung sollte durch die Bemerkungen nach der Aufhebung der Entscheidungen des Panels bestätigt werden.³⁵⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich des GATS sehr weitreichend ist. Dies beruht sich auf den umfassenden Definitionen in Art. I sowie der weiten Interpretation des Wortes „affecting“ durch die Streitbeilegungsorgane und wird in der Literatur einstimmig bejaht. Zugleich wirft dies die Frage auf, welche Beziehungen das GATT und GATS zueinander haben, da die gleiche Maßnahme sowohl unter GATT als auch unter GATS wie in oben dargelegten Fällen gerügt werden kann.

bb. Beziehungen zwischen GATS und GATT

Die Beziehungen zwischen GATS und GATT betreffen die Frage, inwieweit das GATS oder GATT anwendbar ist, wenn eine Maßnahme sich sowohl auf Aspekte des Warenhandels als auch auf die der Dienstleistungen bezieht. Der grundlegenden Bedeutung entsprechend wurde die Frage in zwei frühen WTO-Fällen behandelt: „*Canada – Periodicals*“ und „*EC – Bananas III*“.

In „*Canada – Periodicals*“ wurde keine Verletzung der GATS-Verpflichtungen geltend gemacht. Die Überlagerung von GATS und GATT wurde als ein Teil der Argumentation der verteidigenden Partei – Kanada – zur Diskussion gebracht. Kanada argumentierte, seine angefochtene Maßnahme – eine Verbrauchssteuer auf bestimmte Zeitschriften – reguliere die Dienstleistung der Werbung. Weil Kanada keine Zugeständnisse im Werbungssektor gewährt hatte, solle die Gewährung der bezüglichen Vorteile im GATT gehindert werden, die ausdrücklich von einem anderen Vertrag – GATS – ausgeschlossen worden sind. Es sei daher notwendig, die Anwendungsbereiche des GATS und GATT so zu interpretieren, um eine Überschneidung beider Abkommen zu vermeiden.³⁵⁹

³⁵⁸ Diese Vermutung sollte durch seine folgenden Bemerkungen nach der Aufhebung der Panels Entscheidungen bestätigt werden: „In coming to this conclusion, we do not suggest that the import duty exemption does *not* affect wholesale trade services of motor vehicles in Canada. Nor do we conclude that Canada accords no less favourable treatment to services and service suppliers of any Member than that which it accords to like services and service suppliers of another country consistently with Article II:1 of the GATS. We make no such conclusion. We mean only to say that the Panel, in this case, failed to substantiate its conclusion that the import duty exemption is inconsistent with Article II:1 of the GATS. As such, we have no choice but to reverse the findings and conclusions of the Panel relating to Article II:1 of the GATS.“ Appellate Body Report „*Canada – Autos*“, para. 183.

³⁵⁹ Panel Report „*Canada – Periodicals*“, para. 3.35-3.38.

Das Panel lehnte das kanadische Argument ab und schlussfolgerte anhand der effektiven Interpretation, dass die Vertragstexte von GATS und GATT sowie Art. II:2 WTOA³⁶⁰ gemeinsam darauf deuten, „that obligations under GATT 1994 and GATS can coexist and that one does not override the other.“ Die Überlagerung beider Abkommen sei unvermeidbar und werde sich mit der technischen Entwicklung und Globalisierung weiter vermehren. Außerdem haben die Untersuchungen der GATT-Praxis gezeigt, dass gewisse Dienstleistungen wie Transport und Werbung schon seit langem vom GATT betroffen sind.³⁶¹ Weil die Überschneidungsfrage in der Berufung irrelevant war, wurde sie nicht mehr vom Appellate Body weiter diskutiert. Anders war es jedoch im Fall „*EC – Bananas III*“.

Da in „*Canada – Periodicals*“ keine Verletzungsklage in Bezug auf das GATS erhoben wurde, war es ein Bestandteil des *Bananas*-Falls, ob das Bananenimportregime der EG gegen Art. II und Art. XVII GATS verstoßen hat. Im *Periodicals*-Fall ging es darum, ob eine Maßnahme, die direkt die Dienstleistung reguliert oder zumindest diesen Zweck hat, auch den Warenhandel indirekt oder praktisch beeinträchtigen kann. Im *Bananas*-Fall handelte es um die Frage in der Gegenrichtung, nämlich, ob eine Maßnahme, die unmittelbar den Warenhandel reguliert, zugleich den Dienstleistungshandel mittelbar beeinträchtigt und somit in den Anwendungsbereich des GATS fällt.

Die EU argumentierte in „*EC – Bananas III*“, dass eine Maßnahme nicht sowohl von GATT als auch von GATS erfasst werden kann, weil es beabsichtigt worden ist, dass die beiden Abkommen sich gegenseitig ausschließen.³⁶² Wie ihre Interpretation des Wortes „affecting“ wurde dieses Argument auch vom Panel und Appellate Body abgelehnt.

Zur Überlagerungsfrage hatte der Appellate Body diesmal eine sehr eindeutige, umfassende und überzeugende Erläuterung gegeben:

„Given the respective scope of application of the two agreements, they may or may not overlap, depending on the nature of the measures at issue. Certain measures could be found to fall exclusively within the scope of the GATT 1994, when they affect trade in goods as goods. Certain measures could be found to fall exclusively within the scope of the GATS, when they affect the supply of services as services. There is yet a third category of measures that could be found to fall within the scope of both the GATT 1994 and the GATS. These are measures that involve a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a

³⁶⁰ Art. II:2 WTOA lautet: „The agreements and associated legal instruments included in Annexes 1, 2 and 3 ... are integral parts of this Agreement, binding on all Members.“

³⁶¹ Panel Report „*Canada – Periodicals*“, para. 5.17-5.19. Außerdem war das Panel der Ansicht, dass die Verbrauchssteuer nicht als eine die Werbungsdienstleistung regulierende Maßnahme betrachtet werden soll, weil keine vergleichbaren Maßnahmen für Werbungen in anderen Medien als Zeitschriften bestehen und die Steuer auf einer „per issue“-Basis ist, para. 5.15.

³⁶² Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.277-7.278.

particular good. In all such cases in this third category, the measure in question could be scrutinized under both the GATT 1994 and the GATS. However, while the same measure could be scrutinized under both agreements, the specific aspects of that measure examined under each agreement could be different. Under the GATT 1994, the focus is on how the measure affects the goods involved. Under the GATS, the focus is on how the measure affects the supply of the service or the service suppliers involved. Whether a certain measure affecting the supply of a service related to a particular good is scrutinized under the GATT 1994 or the GATS, or both, is a matter that can only be determined on a case-by-case basis. This was also our conclusion in the Appellate Body Report in *Canada – Periodicals*.³⁶³

Damit hat der Appellate Body nicht nur ein für allemal die Frage der Überschneidung von GATT und GATS gelöst, sondern er bietet auch eine glaubhafte Argumentation für die eventuelle Überlagerung von anderen Verträgen im Rahmen der WTO, beispielweise TRIPS und GATS, TRIPS und GATT.³⁶⁴

Durch den Einschluss der dritten Erbringungsart – gewerbliche Niederlassung im Ausland, die in der Tat ausländische Investition ist, werden wichtige Aspekte der Behandlung ausländischer Investitionen im Dienstleistungsbereich durch das GATS reguliert, obwohl es nicht den Titel eines Investitionsabkommens trägt. Dies könnte die Frage aufwerfen, welche Beziehungen das GATS und ein künftiges MIA haben würden. Eine Antwort darauf hängt sicherlich davon ab, welchen Anwendungsbereich die WTO-Mitglieder für das MIA vereinbaren werden. Im Fall einer möglichen Überschneidung der Anwendungsbereiche beider Abkommen sollte jedoch die obige Erläuterung vom Appellate Body gelten können.

b. Begünstigte

aa. Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer

Anders als Art. I:1 GATT, welcher die Produkte als die Begünstigten ansieht, werden von Art. II GATS nicht nur die Dienstleistungen, sondern auch die Dienstleistungserbringer begünstigt. So ist es auch bei Art. XVII GATS, der die Inländerbehandlung vorsieht.

Wie „Dienstleistung“ und „Handel mit Dienstleistungen“ im GATS definiert werden, ist oben bereits dargestellt worden. Gemäß Art. XXVIII bedeutet „Erbringer einer Dienstleistung“ eine

³⁶³ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 221.

³⁶⁴ Vgl. *Zdouc 1999*, S. 320. Eine zusammenhängende Frage ist die Konsequenz der Überschneidung. Dazu meint ein Kommentator, dass die Möglichkeit eines Konflikts in dem Sinne, dass ein Abkommen ein Verhalten X verbietet und das andere Abkommen das X gebietet, gering ist, aber es könne Disharmonie zwischen einzelnen Vorschriften in den beiden Abkommen geben, siehe *Matushita*, S. 462.

Person, die eine Dienstleistung erbringt;³⁶⁵ „Person“ bedeutet entweder eine natürliche oder eine juristische Person.³⁶⁶ Wird eine Dienstleistung nicht unmittelbar von einer juristischen Person, sondern durch andere Formen kommerzieller Präsenz,³⁶⁷ wie zum Beispiel eine Zweigstelle oder eine Repräsentanz erbracht, so erhält der Dienstleistungserbringer (d. h. die juristische Person) durch eine solche Präsenz dennoch die Behandlung, die den Dienstleistungserbringern im Rahmen des GATS gewährt wird. Eine solche Behandlung wird der Präsenz zuteil, durch welche die Dienstleistung erbracht wird; sie braucht den sonstigen Betriebsteilen des außerhalb des Hoheitsgebiets, wo die Dienstleistung erbracht wird, ansässigen Erbringers nicht gewährt zu werden.³⁶⁸

Zu diesen Definitionen sind drei Bemerkungen zu machen. Erstens ist die rechtliche Form der Dienstleistungserbringer für deren Qualifikation als „Dienstleistungserbringer“ im GATS irrelevant, vielmehr richtet sich die Qualifikation nach der Funktion des Erbringers, nämlich, die Dienstleistung anzubieten. Durch dieses zweckmäßige Kriterium könnte der Umfang der Dienstleistungserbringer im GATS keinesfalls breiter sein.³⁶⁹ Zweitens hängt die Qualifizierung eines Dienstleistungserbringers als solche im Rahmen des GATS nicht von der Ansässigkeit ab. Drittens wird die Nichtdiskriminierung nur der Präsenz gewährt, nicht den sonstigen Betriebsteilen des Erbringers. Gemäß dem Sinn dieser Beschränkung kann – bezüglich der Behandlung der Investitionen – ein ausländisches Unternehmen die jeweilige Behandlung von dem Gastland nicht mehr genießen, wenn es seine Präsenz/Investition beendet. Die Situation nach Beendigung der Präsenz ist nicht anders als die vor der Investition. Somit kann der Investor die Nichtdiskriminierung nur für seine bereits erbrachte Investition beanspruchen. Ausgeschlossen von dem Schutzbereich sind die potentiellen Investitionen, somit enthält das GATS keine Verpflichtung der Nichtdiskriminierung in Bezug auf die Vorinvestitionsphase.

³⁶⁵ Art. XXVIII lit. g GATS.

³⁶⁶ Art. XXVIII lit. j GATS.

³⁶⁷ Art. XXVIII lit. d GATS definiert „kommerzielle Präsenz“ als „jede Art geschäftlicher oder beruflicher Niederlassung durch – unter anderem –

- i) die Errichtung, den Erwerb oder die Fortführung einer juristischer Person oder
- ii) die Errichtung oder Fortführung einer Zweigstelle oder einer Repräsentanz

im Hoheitsgebiet eines Mitglieds zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung.“

³⁶⁸ Fußnote 12 zum Art. XXVIII lit. g GATS. Aus dieser Fußnote zieht *Zdouc* die Schlussfolgerung, dass für die Erbringungsmodalitäten 1 und 2 die Dienstleistungen unmittelbar durch das GATS begünstigt werden und die Dienstleistungserbringer nur indirekte Begünstigte sind, siehe *Zdouc 1999*, S. 329. Diese Behauptung ist unzutreffend, denn die Fußnote 12 gilt lediglich für die Erbringungsmodalität 3. Andererseits sehen Art. II und Art. XVII GATS eindeutig vor, dass sowohl die Dienstleistungen als auch die Dienstleistungserbringer – im Sinne des GATS – direkte Begünstigte des Abkommens sind.

³⁶⁹ Siehe *Zdouc 1999*, S. 324f.

Zudem enthält beispielsweise das NAFTA auch ein Kapitel über den Dienstleistungshandel, dessen MFN-Klausel sich nur auf die Dienstleistungserbringer bezieht.³⁷⁰ Ob die Einbeziehung der Dienstleistungen in die Nichtdiskriminierungsklauseln im GATS und mithin der Unterschied zwischen den Vertragstexten des GATS und des NAFTA von praktischer Bedeutung ist, könnte eine Frage zum Nachdenken sein.³⁷¹ Einerseits könnte man argumentieren, dass jede Dienstleistung von irgendeinem Dienstleistungserbringer vollbracht werden muss und ein Dienstleistungserbringer nur dann als solcher qualifiziert werden kann, wenn er eine Dienstleistung anbietet. Somit sind Dienstleistung und Dienstleistungserbringer praktisch untrennbar. Zudem ist zu beobachten, dass der Unterschied im Großteil der Kommentare überhaupt nicht erwähnt wurde,³⁷² was implizieren kann, dass ihm keine große Bedeutung zugekommen ist. Andererseits wäre es in der Praxis wahrscheinlicher, wegen des immateriellen Charakters der Dienstleistung die Existenz des Dienstleistungserbringers zu bestimmen. Außerdem wollte ein Staat schließlich durch die Inanspruchnahme der Nichtdiskriminierung seine Dienstleistungserbringer vor dem Protektionismus schützen. Die Dienstleistung als solche kann keine Rechte beanspruchen, sondern nur ihr Erbringer. Daher sollte dieser Unterschied zwischen den MFN-Klauseln des GATS und NAFTA keine praktische Bedeutung haben. Der Schutzbereich wird nicht durch die Einbeziehung der Dienstleistungen *per se* erweitert, Ansprüche auf Nichtdiskriminierung von den Mitgliedern werden im Wesentlichen zugunsten der Dienstleistungserbringer erhoben werden.

³⁷⁰ Art. 1203 NAFTA lautet: „Each Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to service providers of any other Party or a non-Party.“ Die Klausel gehört zum Kapitel 12 unter dem Name „Cross-Border Trade in Services“.

³⁷¹ Siehe *Abu-Akeel 1999a*, S. 109f.

³⁷² Für manche Autoren ist der Unterschied doch von Bedeutung, vgl. *Wang*, S. 105. Er ist der Ansicht, dass die Einbeziehung der Dienstleistung den Anwendungsbereich wesentlich erweitert hat, weil manche Dienstleistungen durch grenzüberschreitende Erbringung und Auslandsbringung erbracht werden, ohne eine Präsenz im Inland zu benötigen. Diese Meinung ist nicht überzeugend. Im Fall einer grenzüberschreitenden Erbringung muss der Erbringer nicht im Inland, wo die Dienstleistung erbracht wird, ansässig sein, um sich als Erbringer im Sinne des GATS zu qualifizieren, wie der Begriff „Erbringer“ im GATS definiert wird. Ohne Einbeziehung der Dienstleistung wird ein solcher Erbringer und mithin seine Dienstleistung in der Form der grenzüberschreitenden Erbringung auch vom Schutz der Nichtdiskriminierungsklauseln gedeckt. Die Erweiterung des Anwendungsbereiches erfolgt nicht durch die Einbeziehung der Dienstleistung, sondern durch die der Erbringungsmodalität *per se*. Zudem soll diese Frage nicht mit einer anderen verwechselt werden, nämlich, ob die Dienstleistungen durch die grenzüberschreitende Erbringung und durch die Präsenz gleich behandelt werden sollen. Wenn die Einbeziehung der Dienstleistung *per se* bedeutete, dass die Dienstleistungen – ungeachtet der verschiedenen Erbringungsmodalitäten – automatisch gleichartig betrachtet werden, hätte sie natürlich große praktische Bedeutung. Dies soll allerdings nicht der Fall sein. Zum einen würde ein solches Resultat auch durch entsprechende Interpretationen der „Erbringer“ erfolgen können, ohne die Einbeziehung der Dienstleistung zu benötigen. Zum anderen darf man die Norm „likeness“ nicht außer Acht lassen, welche eine wesentliche Bedeutung in den Nichtdiskriminierungsklauseln hat. Ob die Dienstleistungen durch unterschiedliche Erbringungsmodalitäten gleich behandelt werden sollen, ist eher eine Frage nach ihrer Gleichartigkeit und kann nicht anhand der Einbeziehung der Dienstleistung *per se* beantwortet werden.

Aus einer anderen Sicht, nämlich im Vergleich zu Art. I GATT, wo nur die Produkte, nicht die Hersteller die unmittelbar Begünstigten sind, könnte jedoch die Einbeziehung der Dienstleistungserbringer im GATS praktische Bedeutung aus folgenden Gründen haben: i) eine Maßnahme könnte tatsächlich nur die Erbringer, nicht die von ihnen erbrachten Dienstleistungen beeinträchtigen; ii) selbst im Fall der Maßnahmen, die direkt die Erbringer und somit indirekt die Dienstleistungen beeinträchtigen, ist die Beweislast, Verletzungen der GATS-Verpflichtungen nachzuweisen, durch die Bezugnahme sowohl auf die Dienstleistungen als auch die Erbringer im Vergleich zu einer analogen Situation unter GATT stark vermindert worden.

In *EC – Bananas* war es umstritten, ob die sogenannten „Vertically Integrated Companies“ (VICs) auch Dienstleistungserbringer bzw. Großhändler darstellen. Die VICs führen alle „in-house“-Aktivitäten zwischen den Ernten der Bananen und dem Verkauf an die Endverbraucher durch, verkaufen aber selbst keine Bananen an die Konsumenten. Das Panel und der Appellate Body stellten fest, dass die VICs Dienstleistungserbringer im Sinne des GATS sind und somit vom GATS begünstigt werden sollen. Allerdings sind ihre Argumentationen unterschiedlich.

Das Panel behauptete, die VICs haben die Kapazität und die Gelegenheit, in den Großhandel einzusteigen; und sie könnten zu jeder Zeit entscheiden, dies zu tun. „Since Article XVII of GATS is concerned with *conditions of competition*, it is appropriate for us to consider these vertically integrated companies as service suppliers for the purposes of analysing the claims made in this case.“³⁷³

Die Argumentation vom Appellate Body war folgendermaßen: der Großhandel bestehe aus der prinzipiellen Dienstleistung – „reselling merchandise“ – und „a variety of related, subordinated services“; weil die VICs sich mit den letzteren beschäftigen, engagierten sie sich deswegen auch im Großhandel, obwohl sie dessen prinzipielle Dienstleistung nicht lieferten.³⁷⁴

Trotz des gleichen Resultates sind die Argumentationen des Panels und des Appellate Body deutlich unterschiedlich. Das Panel betonte die Kapazität und Gelegenheit der VICs für das *potentielle* Engagement im Großhandel. Sein Behaupten des potentiellen Handelns wird auch durch die Bezugnahme auf „conditions of competition“ entlarvt, was nicht die aktuelle Existenz des Handels voraussetzt. Somit könnte sich daraus ableiten lassen, dass auch die potentiellen Dienstleistungserbringer vom GATS bzw. seinen Nichtdiskriminierungsklauseln begünstigt werden. Zu dieser These sind zwei Bemerkungen zu machen.

³⁷³ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.320 (Hervorhebung durch den Verfasser).

³⁷⁴ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 227.

Zum einen hat das Panel selbst den Umfang der potentiellen Begünstigten nicht als unqualifiziert endlos gemeint. Unter dem potentiellen Handeln hatte das Panel auf die Kapazität und die Möglichkeit, d. h. die Fähigkeit, jederzeit die Dienstleistung zu erbringen, hingewiesen. Daher beinhaltet das Abstellen auf das potentielle Handeln durch das Panel nicht bloß den Willen, sondern auch die reale Kapazität; was fehlt, ist nicht die Qualifikation für die Erbringung der Dienstleistung, sondern nur der letzte Schritt – die Erbringung *per se*. Man sollte die Behauptung vom Panel nicht so verstehen, als ob irgendein Laie als Begünstigter unter dem GATS betrachtet werden könnte, beispielsweise ein Tischler für die Architektur. Eine solche offensichtlich unzutreffende Ansicht würde das Panel nicht vertreten. Zum anderen könnte die obige These sehr weitreichende Bedeutung für den Bereich der ausländischen Investitionen haben. Obwohl es in „*EC – Bananas III*“ die bereits ansässigen, potentiellen Erbringer betrifft, könnte die nicht eingeschränkte Formulierung von „potenziell“ in anderen Fällen die ausländischen Unternehmen einschließen, die bereits im Ausland die bezügliche Dienstleistung erbringen und noch keine Präsenz im Inland haben. Wenn man daher die Argumentation des Panels von dem konkreten Sachverhalt des Bananen-Falls abstrahierte und ihr die Allgemeingültigkeit widmete, würde sie für die Gleichbehandlung zwischen den potentiellen und den bereits vorgenommenen Investitionen bzw. die Ausdehnung der Inländerbehandlung auf die Vorinvestitionsphase sprechen, was eigentlich nicht mit dem Vertragstext des GATS übereinstimmt.³⁷⁵

Der Appellate Body hat wahrscheinlich diese Konsequenz wahrgenommen und folgte einer anderen Argumentation, nämlich dass die VICs keine potentiellen, sondern aktuelle Erbringer darstellen. Dabei kam das Wort „potenziell“ überhaupt nicht vor; ob er der Argumentation des Panels zustimmte oder sie ablehnte, blieb vorerst unklar.

Die Antwort darauf ist jedoch in einem späteren Bericht des Appellate Body zu finden. In „*Canada – Autos*“ zitierte er seine Feststellung im *Bananas*-Fall mit der hier vorgenommenen Hervorhebung:

„we stated, in that case, that "even if a company is vertically-integrated, and even if it performs other functions related to the production, importation, distribution and processing of a product, *to the extent that it is also engaged in providing 'wholesale trade services'* and is therefore *affected in that capacity* by a particular measure of a Member *in its supply of those*

³⁷⁵ *Zdouc* weist auch solche mögliche Konsequenz auf, siehe *Zdouc 1999*, S. 327.

'wholesale trade services', that company is a service supplier within the scope of the GATS." (emphasis added)³⁷⁶

Anschließend legte der Appellate Body fest, die Analyse des Panels sei nicht ausreichend „for a legal finding that the import duty exemption "affects" wholesale trade services of motor vehicles *as services*, or wholesale trade service suppliers *in their capacity as service suppliers*."³⁷⁷

Hätte man entsprechend der These von potentiellen Dienstleistungserbringern analysiert, könnten die Produzenten in diesem Fall direkt als *potentielle* Dienstleistungserbringer identifiziert werden; indem die Freistellung von Einfuhrzöllen die Produzenten unmittelbar betraf, würde sie auch unmittelbar den Großhandel beeinträchtigen. Dieser Analyse scheint das Panel gefolgt zu sein, zudem bezog es sich auch auf die „conditions of competition“, wie es das Bananen-Panel getan hatte. Weil der Appellate Body dies als nicht ausreichend abgelehnt hatte und eine tatsächliche Untersuchung forderte, die Existenz der Beeinträchtigung der Dienstleistungserbringer „in their capacity as service suppliers“ festzustellen, sollte die These der potentiellen Dienstleistungserbringer von ihm impliziert verneint werden.

bb. Ursprungsregeln

Art. XXVIII GATS enthält klare Regeln über den Ursprung der Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer je nach verschiedenen Erbringungsmodalitäten.³⁷⁸

Art. XXVIII lit. f sieht vor, dass im Fall der grenzüberschreitenden Erbringung und Auslandserbringung (Erbringungsart 1 und 2) das Ursprungsland der Dienstleistung das Mitglied ist, in dem oder aus dem sie erbracht wird.³⁷⁹ Wenn die Dienstleistung hingegen durch gewerbliche oder persönliche Präsenz (Erbringungsart 3 und 4) erbracht wird, dann richtet sich der Ursprung der Dienstleistung nach der Herkunft bzw. dem Ursprung des betreffenden Erbringers.³⁸⁰

³⁷⁶ Appellate Body Report „Canada – Autos“, para. 163. Obwohl diese und nachfolgende Paragraphen eigentlich der Interpretation der Norm „Beeinträchtigen“ dienen, sind sie darüber hinaus aufschlussreich für die hier diskutierte Frage.

³⁷⁷ Ibid, para. 165.

³⁷⁸ Obwohl das Wort „originated in“ nicht angewendet wird, weist die Formulierung „service of another Member“ in Art. XXVIII lit. f gleichfalls auf den Ursprung der Dienstleistung hin, vgl. *Abu-Akeel 1999b*, S. 203, *Zdouc 1999*, S. 328.

³⁷⁹ Eine Sonderregelung gilt im Fall des Seeverkehrs, wobei die Dienstleistung ihren Ursprung in dem Staat hat, unter dessen Gesetz das Schiff registriert wird, oder dessen Staatsangehörige die Dienstleistung durch den Betrieb oder durch vollständige oder teilweise Nutzung des Schiffes erbringt.

³⁸⁰ Diese Regeln *per se* sind eindeutig. Weil die Dienstleistungen wie die Waren jedoch auch multinationale Inputs enthalten können, stellt sich die Frage, ob in diesem Zusammenhang andere Ursprungsregeln anzuwenden wären. Wegen des immateriellen Charakters der Dienstleistungen sind die bezüglichen Kriterien für den Ursprungserwerb der Waren – „Last Substantial Transformation“ usw. – oft nicht anwendbar, weil die

Im GATS kann ein Erbringer entweder eine natürliche oder juristische Person sein. Die Herkunft („Ursprung“) einer natürlichen Person wird durch Art. XXVIII lit. k definiert. Sie muss vor allem in einem beliebigen WTO-Mitglied ansässig sein. Sie hat die Herkunft in einem Mitglied, entweder weil sie dessen Staatsangehörigkeit hat, oder weil sie dort ein Recht auf dauernden Aufenthalt genießt, wenn das betreffende Mitglied keine Staatsangehörigen hat oder seine dauerhaften Gebietsansässigen im Wesentlichen gleich seinen eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf die in den Anwendungsbereich des GATS fallenden Maßnahmen behandelt, die bei der WTO notifiziert werden müssen.

Die juristische Person wird dann die Staatszugehörigkeit eines WTO-Mitgliedes erwerben, wenn sie nach dem Recht dieses Mitgliedes gegründet oder anderweitig errichtet ist *und* im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedes oder eines anderen Mitgliedes eine Geschäftstätigkeit von erheblichem Umfang ausübt.³⁸¹ Diese Definition hat die beiden in der Staatenpraxis am meisten angewendeten Theorien in Bezug auf die Bestimmung der Staatszugehörigkeit der juristischen Person berücksichtigt, nämlich die Gründungs- oder Inkorporationstheorie in den angelsächsischen Ländern und die Sitztheorie in den kontinentaleuropäischen Ländern.³⁸² Die Definition basiert in erster Linie auf der Gründungstheorie, ihr wird jedoch eine Schranke – Ausübung der Geschäftstätigkeit von erheblichem Ausmaße – gesetzt, die im Wesentlichen die Grundgedanken der Sitztheorie zum Ausdruck bringt. Damit sollte der Hauptmangel der Gründungstheorie – die fehlende echte Verbindung zwischen der juristischen Person und dem betreffenden Land – abgeholfen werden. Hier ist es irrelevant, von wem die juristische Person besitzt oder kontrolliert wird.³⁸³

Im Fall der Erbringung einer Dienstleistung durch kommerzielle Präsenz gehört die Präsenz zu einem Mitglied, wenn sie:

Dienstleistungen einfach nicht existieren, bevor sie konsumiert werden, siehe *Hoekman*, S. 89, vgl. *Abu-Akeel 1999b*, S. 208. Daher bevorzugt *Hoekman* die Festlegung des Dienstleistungsursprungs auf der Basis der Nationalität des Erbringers, siehe *Hoekman*, S. 89f. *Abu-Akeel* schlägt ein Kriterium von „substantial input“ vor, nach dem der Ursprung der Dienstleistung anhand des tatsächlich eingesetzten Arbeitsaufwands zu bestimmen ist, um den tatsächlichen Erbringer herauszufinden, siehe *Abu-Akeel 1999a*, S. 117, *Abu-Akeel 1999b*, S. 203ff. Dies ist allerdings meines Erachtens eine unnötige Verwicklung im Vergleich zu den klaren Regeln im GATS, weil zum einen das Kriterium, wie *Abu-Akeel* selbst zugestanden hat, „very difficult to formulate and to administer“ ist. Zum anderen existieren die Ursprungsregeln in der Tat hauptsächlich „to enforce discrimination“, siehe *Hoekman*, S. 96. Typische Beispiele dafür sind die Präferenzursprungsregeln, die im Wesentlichen die gleiche Funktion wie die durch das TRIMs-Abkommen verbotenen Regeln von „local content“, siehe *Correa/Kumar*, S. 93, *Moran 2000*, S. 230f.

³⁸¹ Art. XXVIII lit. m i) GATS.

³⁸² Zu den Theorien, siehe *Herdegen*, S. 216f., *Ipsen*, S. 335.

³⁸³ Panel Report „*EC – Bananas III*“, Fn. 487. In diesem Fall betrachtet das Panel ein Unternehmen namens Del Monte Mexico als ein mexikanisches Unternehmen, insofern es der Definition in Art. XXVIII lit. m entspricht. Das Panel bemerkt: „it would not matter under Article XXVIII(m) of GATS whether Del Monte Mexico was owned or controlled by natural or juridical persons of Jordan, i.e. a WTO non-Member, as long as Del Monte Mexico was incorporated in Mexico and engaged in substantive business operations in the territory of Mexico or any other WTO Member.“

i) im Eigentum natürlicher Personen des betreffenden Mitglieds steht oder von ihnen beherrscht wird oder;

ii) im Eigentum juristischer Personen des betreffenden anderen Mitglieds in dem oben dargelegten Sinne steht oder von ihnen beherrscht wird.³⁸⁴

„Im Eigentum“ bedeutet dem Art. XXVIII:n:i) nach, dass sich mehr als 50 v. H. des Eigenkapitals der Präsenz im wirtschaftlichen Eigentum von – natürlichen oder juristischen – Personen des betreffenden Mitglieds befindet. Die Präsenz wird von Personen eines Mitglieds „beherrscht“, so Art. XXVIII:n:ii), wenn solche Personen befugt sind, die Mehrheit ihrer Direktoren zu benennen oder ihre Tätigkeit auf andere Weise rechtlich zu bestimmen.

Infolge dieser Definitionen lässt sich feststellen, dass nicht alle ausländischen Investitionen in Dienstleistungssektoren vom GATS begünstigt werden: wenn die Investitionen die Standards von „im Eigentum“ und „beherrscht“ nicht erfüllt hätten, könnte ihr Heimatstaat keinen Anspruch auf die (Gleich-)Behandlung, die im GATS vorgesehen ist, für sie erheben.

c. „Likeness“ und „no less favourable treatment“

Bis dato hat es noch relativ wenige Fälle in Bezug auf das GATS gegeben. Ein paar davon wurden oben im Zusammenhang mit den Fragen dargelegt, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich des GATS fällt und welche Beziehungen das GATS und GATT haben. Die zentralen Normen einer Nichtdiskriminierungsklausel – „likeness“ und „less favourable treatment“ – in Art. II GATS sind in diesen Fällen kaum interpretiert worden, wobei der einzige bemerkenswerte Fall „*EU – Bananas III*“ ist.

Die EU argumentierte im *Bananas*-Fall u. a., dass Art. II GATS die *de facto* Diskriminierung nicht betrifft, weil er – anders als Art. XVII GATS – sie nicht ausdrücklich erwähnt hat.³⁸⁵

Dies ist eigentlich ein sehr schwaches Argument, denn es liegt auf der Hand, dass eine die *de facto* Diskriminierung nicht verbietende Nichtdiskriminierungsklausel sehr leicht umgangen und somit erodiert werden kann. Auf dieses teleologische Argument hatte sich die Entscheidung, die Behauptung der EU abzulehnen, sowohl vom Panel als auch vom Appellate Body u. a. gestützt. Unterschiedlich ist allerdings, wie sie sich bei ihren Argumentationen auf die anderen Nichtdiskriminierungsklauseln im GATT und GATS beziehen.

³⁸⁴ Art. XXVIII lit. m ii) GATS.

³⁸⁵ Art. XVII Abs. 2 und 3 lauten: „... 2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers. 3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.“ Art. II fehlen ähnliche Vorschriften.

Die Argumentation des Panels sollte sich mehr auf die Erwiderung des Arguments der EG bezogen haben. Das Panel behauptet, dass im Rahmen des Art. XVII die Absätze 2 und 3 lediglich der Klarstellung des Abs. 1 dienten und keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegten. Daher sei die Abwesenheit solcher Absätze keine Rechtfertigung dafür, dass der gleiche Terminus „treatment no less favourable“ in Art. II und Art. XVII anders interpretiert wird. Die Formulierungen in den beiden Artikeln leiten sich nach Ansicht des Panels von dem Standard des „treatment no less favourable“ in Art. III GATT ab, welcher die *de facto* Diskriminierung erfasst.³⁸⁶

Der Appellate Body meinte aber, dass die Argumentation des Panels, die sich auf Art. III GATT und Art. XVII GATS – zwei Inländerbehandlungsklauseln – beziehen, „less than fully satisfactory“ ist. Die Inländerbehandlungsklauseln seien „not necessarily relevant“ für die Interpretation des Art. II GATS bzw. einer Meistbegünstigungsklausel. Das Panel wäre „on safer ground“, wenn es Art. II mit der Meistbegünstigungspflicht im GATT verglichen hätte. In der früheren Streitbeilegungspraxis sei Art. I GATT so angewendet worden, dass er auch die *de facto* Diskriminierung erfasst. In diesem Fall gehe es nicht um die unterschiedliche Struktur des Art. II und Art. XVII GATS, sondern um die Bedeutung des „treatment no less favourable“ in Art. II, der gemäß der vorherigen GATT-Praxis und dem Zweck das Verbot der *de facto* Diskriminierung einschließt.³⁸⁷

Mit seiner Argumentation hatte der Appellate Body geschickt vermieden, den Unterschied zwischen den Formulierungen des Art. II und Art. XVII GATS bzw. die besondere Struktur des Art. XVII darzulegen. Offensichtlich war er der Ansicht, dass es nicht die Aufgabe in diesem Fall ist.³⁸⁸

Dass der Appellate Body zum Zweck der Interpretation des Art. II GATS den Vergleich mit Art. I:1 GATT betonte, ist ein weiterer Nachweis für die Feststellung, dass eine MFN-Norm immer die gleichen grundsätzlichen Elemente – „likeness“ und „treatment no less favourable“ hat und die unterschiedlichen (positiven oder negativen) Formulierungen der MFN-Klauseln dies nicht ändern. Andererseits wurde die Relevanz der Inländerbehandlungsklauseln für die Auslegung der MFN-Klauseln nicht kategorisch vom Appellate Body abgelehnt, weil er die ersteren nur hier als „not necessarily relevant“ betrachtete. In manchen Fällen müssen sie relevant sein, weil sowohl die Inländerbehandlung als auch die Meistbegünstigung als

³⁸⁶ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.301-7.303.

³⁸⁷ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 231-233. In diesem Zusammenhang hatte der Appellate Body zwei GATT-Fälle genannt: „*EEC – Beef*“ und „*Japan – Lumber*“.

³⁸⁸ Ibid, para. 233. Der Appellate Body erklärte, dass es nicht die Frage in diesem Fall ist, warum die GATS-Verhandler die Absätze 2 und 3 von Art. XVII nicht auch in Art. II wiederholt hatten, wenn sie der Ansicht wären, dass „treatment no less favourable“ in beiden Klauseln exakt die gleiche Bedeutung hätten. Jedenfalls stehe der mögliche Unterschied nicht der Festlegung im Weg, dass Art. II die *de facto* Diskriminierung erfasst.

Nichtdiskriminierungsnorm die gleichen Elemente von „likeness“ und „treatment no less favourable“ haben, und sie im jeweiligen Vertragstext den Kontext für einander darstellen. Beispielsweise bezieht sich Art. I GATT ausdrücklich auf Art. III GATT, die Art. III-Rechtsprechung könnte relevant für die Interpretation des Art. I GATT sein und mithin auch für Art. II GATS. Die Interpretation des Art II GATS könnte sich auch nicht von der spezifischen Verpflichtungsstruktur des Marktzugangs in Art. XVI und der Inländerbehandlung in Art. XVII isolieren lassen.

In Bezug auf die Gleichartigkeitsfrage bemerkte das Panel im *Bananas*-Fall, dass erstens die Dienstleistungen des Großhandels mit Bananen gleichartig sind, unabhängig davon, welchen Ursprung die Bananen haben. Zweitens seien die Dienstleistungserbringer gleichartig, „to the extent that entities provide these like services.“³⁸⁹

Weil die Termini „likeness“ und „treatment no less favourable“ im Zusammenhang mit den Inländerbehandlungsklauseln in den Rechtsprechungen und Veröffentlichungen viel diskutiert worden sind, kann und muss eine komplexe wissenschaftliche Untersuchung der Termini erst nach der Analyse dieser Klauseln erfolgen. Daher wird hier vorerst nicht versucht, über die Interpretation dieser Termini eine Zusammenfassung zu geben.

3. Art. 4 TRIPS

Die Meistbegünstigungsklausel im TRIPS ist als eine bedeutsame Neuerung zum Schutz der geistigen Eigentumsrechte (IPRs) anzusehen, weil sie in den vorherigen internationalen Konventionen in diesem Bereich nicht bestanden hat.³⁹⁰

Die Inkorporation der Meistbegünstigung in TRIPS basiert auf den Wechselbeziehungen zwischen dem Schutz der IPRs und dem Handel. Ausdrücklich erklärt die Präambel des TRIPS, dass die Maßnahmen bezüglich der IPRs den internationalen Handel verzerren und erschweren können, und sie selbst auch Handelsbarrieren darstellen können.³⁹¹ In diesem Zusammenhang geht es vor allem um den Handel mit Nachahmungen und Fälschungen. Der Schutz der Patente und Urheberrechte dient dazu, Anreize zur Schaffung der Kenntnisse durch die Gewährung des temporären Monopols zu bieten, welches den Rechtsinhabern ermöglicht, ihre Investitionen wieder einzubringen und ihre ökonomischen Interessen zu sichern. Diese Funktion kann nur durch den Handel realisiert werden. Die Marken und Geographischen Angaben, welche die Differenzierung der Waren/Dienstleistungen ermöglichen, können auch ähnliche Funktionen wie die technischen Handelshemmnisse

³⁸⁹ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.322.

³⁹⁰ Vgl. *Senti 1999*, S. 111, *Thomas/Meyer*, S. 266.

³⁹¹ Abs. 1 TRIPS Präambel.

haben und die Wettbewerbsbedingungen beeinträchtigen, und somit als protektionistische Maßnahmen eingesetzt werden.³⁹² In dieser Hinsicht kommt der Nichtdiskriminierung einschließlich der Meistbegünstigung im TRIPS die gleiche Bedeutung wie im GATT und GATS zu.

Die Bedeutung der Nichtdiskriminierung lässt sich auch dadurch bestätigen, dass die anderen Konventionen über IPRs die Inländerbehandlung vorgesehen haben. Dadurch könnte die Gleichbehandlung der ausländischen Rechtsinhaber ebenfalls gewährt werden, wenn die Mitgliedstaaten sie nur so wie die Inländer behandelten. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass manche ausländischen Rechtsinhaber besser als die Inländer behandelt würden. Diese mögliche Lücke wird durch die Inkorporation der Meistbegünstigung geschlossen, was den Sinn dieser bedeutsamen Neuerung darstellt. Schließlich kann ein Konzept von Nichtdiskriminierung nur dann komplex sein, wenn es sowohl die Inländerbehandlung als auch die Meistbegünstigung enthält, die zueinander komplementär funktionieren.

Andererseits muss man darauf hinweisen, dass der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung unterschiedliches Gewicht in verschiedenen Kontexten zugeteilt werden kann. Wenn es um eine Maßnahme geht, die nur auf die ausländischen Objekte angewendet wird, z. B. die Zölle, spielt natürlich nur die Meistbegünstigung eine Rolle. Die Existenz der Zölle ist eben der echte Grund dafür, dass die Meistbegünstigung im GATT manchmal mehr Aufmerksamkeit nach sich zieht als in anderen Abkommen. Wenn die Maßnahme hingegen sowohl auf die inländischen als auch auf die ausländischen Objekte zielt, lässt sich dann die komplementäre Funktion der beiden Nichtdiskriminierungsstandards nicht mehr übersehen. Hier würde der Inländerbehandlung größere Bedeutung zukommen, wenn ein Staat eher abneigte, die Ausländischen besser als die Inländischen zu behandeln. Solche verschiedenen Gewichte stehen jedenfalls der grundsätzlichen Bedeutung der Meistbegünstigung nicht im Weg.

Nicht zuletzt könnte aus der Sicht der Regimetheorie die Inkorporation der Meistbegünstigung in TRIPS auch als Berücksichtigung der Einheitlichkeit der Grundstruktur der Verträge im Rahmen der WTO betrachtet werden.

Es ist unumstritten, dass im TRIPS ein besonderer Akzent auf der Festlegung der internationalen Mindeststandards gelegt wird. In diesem Sinne erweist sich das TRIPS als ein Abkommen zur „positiven Integration“, wohingegen das GATT und GATS eher das Konzept von „negativer Integration“ darstellen, wobei vor allem vorgeschrieben wird, was ein Mitglied

³⁹² Siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 275.

nicht tun darf.³⁹³ Allerdings können sich Elemente sowohl von der positiven als auch von der negativen Integration in demselben Bereich etablieren – natürlich mit unterschiedlichen Gewichten in verschiedenen Kontexten. Im GATT und GATS lassen sich nun auch Elemente von positiver Integration finden.³⁹⁴ Im TRIPS sind Elemente von negativer Integration wie die Nichtdiskriminierung von Bedeutung, weil für die positive Integration nur die Mindeststandards vorgeschrieben werden. Ein Staat, der in Bezug auf gewisse Aspekte einen höheren Schutz als die Mindeststandards gewährt, könnte durchaus die Diskriminierung (oberhalb der Mindeststandards) durchführen. Dies stellt eben den Sachverhalt in Fällen „*EC – Trademarks*“ und „*US – Section 211*“. In solchen Situationen sind dann die Verpflichtungen der Nichtdiskriminierung notwendig.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Meistbegünstigung im TRIPS dieselbe grundsätzliche Bedeutung wie die im GATT und GATS hat, obwohl ihr relatives Gewicht gegenüber der Inländerbehandlung und insbesondere den Mindeststandards im TRIPS nicht gleich ist.³⁹⁵

Art. 4 TRIPS ist wie eine Kopie des Art. I:1 GATT: alle Vorteile in Bezug auf den Schutz der IPRs müssen sofort und bedingungslos gewährt werden, nur nicht für die Produkte, sondern für die Angehörigen der WTO-Mitglieder. Die Fußnote zum Art. 4 und Art. 3 erklärt, dass der „Schutz“ „matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance and enforcement of intellectual property rights as well as those matters affecting the use of intellectual property rights specifically addressed in this Agreement“ einschließt. Infolge der Festlegung des Appellate Body, dass die MFN-Klauseln in verschiedenen WTO-Abkommen zu vergleichen sind, können die Auslegungen der MFN-Klauseln im GATT und GATS in verschiedener Hinsicht auf Art. 4 TRIPS angewendet werden. Dazu zählen u. a. die Reihenfolge der Untersuchung, die Festlegung der Vorteile und die Interpretation des Terminus „unconditionally“ sowie „affecting“.

„*US – Section 211*“ ist der erste Fall, in dem eine Beschwerde in Bezug auf Art. 4 TRIPS geführt wurde. Die Section 211 des amerikanischen „Omnibus Appropriations Act of 1998“ befasst sich mit den Marken, welche identisch oder im Wesentlichen ähnlich zu denjenigen sind, die in Verbindung mit den von der kubanischen Regierung konfiszierten Geschäften

³⁹³ Vgl. *Hoekman/Kostecki*, S. 274. *Arup* bezeichnet diesen Charakter vom TRIPS als „re-regulatory“ im Gegensatz zu „deregulatory“ vom GATT und GATS, siehe *Arup*, S. 178.

³⁹⁴ Siehe *Hoekman/Kostecki*, S. 297. Beispielsweise verlangt das SPS-Abkommen von den Mitgliedern, sich bei ihren Maßnahmen auf internationale Standards zu stützen, soweit diese bestehen.

³⁹⁵ Der Appellate Body in „*US – Section 211*“ legte fest: „[a]s a cornerstone of the world trading system, the most-favoured-nation obligation must be accorded the same significance with respect to intellectual property rights under the *TRIPS Agreement* that it has long been accorded with respect to trade in goods under the GATT. It is, in a word, fundamental“, Appellate Body Report „*US – Section 211*“, para. 297.

oder Vermögen genutzt wurden. Demgemäß wird „a designated national“, der Anteil an solchen Marken hat, verhindert, sie ohne Zustimmung des „original owner“ einzutragen oder zu verlängern. Der Begriff „designated national“ schließt Kuba, Kubaner, „a specially designated national“ und „a national of any foreign country who is a successor-in-interest to a designated national“ ein.

Die EU rügte die Verletzung des Art. 4 durch die Trennung von den Kubanern einerseits und anderen Staatsangehörigen andererseits, sowie den Verstoß gegen Inländerbehandlung (Art. 3), indem i) das Gesetz auf die Kubaner angewendet wird, und ii) in Bezug auf „successor-in-interest“ es nur auf die Ausländer angewendet wird, ohne die amerikanischen Staatsangehörigen zu erwähnen.³⁹⁶

Das Panel lehnte die Rüge in Bezug auf Art. 4 ab, indem es meinte, dass unabhängig davon, ob sie Kubaner oder andere Ausländer sind, allen „successors-in-interest“ ohne Zustimmung der originalen Inhaber die bezüglichen Rechte verweigert werden und in Bezug auf originale Inhaber keine Beschränkung aufgrund der Nationalität auferlegt wird.³⁹⁷

Diese Entscheidung wurde vom Appellate Body aufgehoben, der einen *prima facie* Verstoß gegen Art. 4 feststellen konnte, weil die nicht-kubanischen Ausländer, welche die originalen Inhaber der betreffenden Marken sind, nicht von „designated national“ und somit nicht vom angefochtenen Gesetz erfasst werden.³⁹⁸ Die amerikanischen Widerlegungen basierten hauptsächlich darauf, dass es in der Praxis keine Diskriminierung gegeben hat und geben kann. Das Panel akzeptierte im Grunde genommen die amerikanische Position und entschied gegen eine Verletzung des Art. 4. Hingegen wurden diese amerikanischen Widerlegungen vom Appellate Body zurückgewiesen. Er bekräftigte die Argumentation der EU, nach der hypothetische Situationen bestehen, wo die kubanischen originalen Rechtsinhaber diskriminiert würden.³⁹⁹

Mithin bemerkt ein Kommentator zu dieser Entscheidung: „[t]he AB established an extremely rigorous standard for application of the most-favoured-nation principle which few formal differences in treatment of nationals from different foreign members are likely to survive“.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Panel Report „US – Section 211“, para. 8.123, 8.141.

³⁹⁷ Ibid, para. 8.146-148.

³⁹⁸ Appellate Body Report „US – Section 211“, para. 308.

³⁹⁹ Ibid, para. 306-319. Der Appellate Body hatte in diesem Fall zuerst die Vereinbarkeit mit Art. 3, und dann die mit Art. 4 überprüft. Weil die amerikanischen Argumente im Wesentlichen dieselben waren und der Appellate Body sie bereits im Zusammenhang mit Art. 3 ausführlich widerlegt hatten, hatte er hier seine Analyse nur kurz wiederholt.

⁴⁰⁰ Siehe *Abbott/Cottier*, S. 437.

Unter den späteren Fällen in Bezug auf TRIPS wurde Art. 4 nur in „*EC - Trademarks*“ betroffen, der allerdings ein Randproblem im Vergleich zu Art. 3 darstellt, welches vom Panel nur mit wenigen Worten gelöst wurde.

IV. Zwischenergebnis

Die Meistbegünstigung ist seit langem ein wichtiger Bestandteil des Völkerrechts zur Regulierung der zwischenstaatlichen Wirtschaftsbeziehungen. Einerseits kann die Meistbegünstigung noch nicht als Völkergewohnheitsrecht qualifiziert werden, so dass deren Inkorporation in ein Abkommen noch unerlässlich ist. Andererseits weichen die MFN-Klauseln in verschiedenen Verträgen nicht so weit voneinander ab, so dass die Konstruktion der Meistbegünstigung als ein Rechtsinstitut zusammengefasst werden kann. Ein Beispiel dafür ist der Versuch der International Law Commission, einen Entwurf für die Konvention der MFN-Klausel auszuarbeiten.

Weil die unbedingte Meistbegünstigung eine Vielfalt von rechtlichen, ökonomischen und politischen Vorteilen aufweist, hat sie sich seit den 1930er Jahren gegen die bedingte Meistbegünstigung durchgesetzt. Die unbedingte Meistbegünstigung hat sich im GATT etabliert, so auch in anderen multilateralen Abkommen im Rahmen der späteren WTO. In all diesen WTO-Abkommen ist der Meistbegünstigung eine fundamentale Bedeutung zugewiesen.

Verschiedene WTO-Abkommen haben unterschiedliche Eigenschaften: das GATT und das GATS stellen in erster Linie das Konzept der negativen Integration dar, im TRIPS mit seinen konkreten Mindeststandards für den Schutz des geistigen Eigentums spielt hingegen die positive Integration eine wichtigere Rolle. Elemente von beiden Konzepten lassen sich jedoch in jedem Abkommen finden. Der Nichtdiskriminierung kommt die zentrale Bedeutung in der negativen Integration zu, somit in Abkommen wie z.B. dem GATT und dem GATS. Das TRIPS ist eine Mischung aus positiver und negativer Integration: es enthält die Mindeststandards, lässt zugleich zu, dass ein Staat den Rechtsinhabern bessere Behandlung über diese Standards hinaus gewährt. In solchen Fällen erlangt die Nichtdiskriminierung wieder ihre wichtige Bedeutung. Daher funktionieren die Mindeststandards und die Nichtdiskriminierungsnormen einschließlich der Meistbegünstigung im TRIPS komplementär zueinander.

Eine komplementäre Beziehung haben auch die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung, welche zusammen den Komplex der Nichtdiskriminierung bilden. Das relative Gewicht der

beiden Nichtdiskriminierungsnormen kann in der Praxis variieren, je nach dem, auf welche Maßnahmen sie sich beziehen.

Die obigen ergänzenden Beziehungen zwischen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung sowie den Mindeststandards liegen im Bereich des WTO-Rechts. Eine weitere komplementäre, jedoch etwas andersartige Beziehung hat die Meistbegünstigung mit der Reziprozität. Die letztere gilt als ein politisches Prinzip in den Verhandlungen im Rahmen der WTO. Für die Durchführung der Ergebnisse der Verhandlungen und anderer Pflichten gilt die unbedingte Meistbegünstigung, die als ein rechtliches Prinzip in diesen Bereichen die Reziprozität ersetzt hat. Mithin liegt ihre komplementäre Wirkung nicht im WTO-Recht, sondern in der WTO als einem Regime. Angesichts der Erweiterung des Geltungsbereiches der WTO-Abkommen sowie der Mitgliedschaft der WTO und der Divergenz der Interessen ihrer Mitglieder ist der Gedanke der „diffuse reciprocity“ in der Regimetheorie zu empfehlen, unter welcher ein Austausch von „a rough equivalence of benefits in the aggregate and over time“ zu verstehen ist. Ihrerseits setzt die Verwirklichung der „diffuse reciprocity“ die effektive Durchsetzung der rechtlichen Verpflichtung der unbedingten Meistbegünstigung voraus.

Das SDT spiegelt die besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer wider und entspricht dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung. Mithin kann es sich im rechtlichen Gefüge der WTO etablieren, allerdings als eine Ausnahme der unbedingten Meistbegünstigung. Der Dschungel der existierenden SDT-Maßnahmen erfordert eine Reform, bei der die veralteten ineffektiven Maßnahmen allmählich abgeschafft und die neuen effektiven unter der Berücksichtigung der Meistbegünstigung eingeführt werden sollen.

Der Anwendungsbereich der Meistbegünstigung ist weitreichend, sowohl im GATT als auch im GATS – trotz der unterschiedlichen Formulierungen. Art I. GATT wird positiv formuliert, wobei die betreffenden staatlichen Maßnahmen angeführt werden. Er betont zwar die Grenzmaßnahmen, schließt aber durch die Einbeziehung des Art. III inländische Maßnahmen in seinen Anwendungsbereich ein, der in der Streitbeilegungspraxis weitreichend interpretiert worden ist. In Art. II GATS ist der breite Anwendungsbereich eindeutig vorgeschrieben durch einen umfassenden Begriff: „any measure by this Agreement“. Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass Art. II GATS auch die Dienstleistungserbringer begünstigt und somit einen breiteren Umfang der staatlichen Maßnahmen erfasst, da die Hersteller unter Art. I GATT keine direkten Begünstigten sind. Andererseits ist es kein bedeutsamer Unterschied, ob die Klausel sowohl die Dienstleistungen als auch die Dienstleistungserbringer oder nur die letzteren als Begünstigte vorsieht.

Durch die Einbeziehung der vier Erbringungsarten schließt das GATS einen Teil der Behandlung von ausländischen Investitionen in seinen Anwendungsbereich ein. Infolgedessen sollte die Beziehung zwischen dem GATS und einem neuen Investitionsabkommen aus zweierlei Perspektive betrachtet werden. Zum einen sollte das Investitionsabkommen Rücksicht auf das GATS nehmen, um die Kohärenz des gesamten WTO-Regimes zu schützen. Zum anderen wäre eine Überlappung des Anwendungsbereiches beider Abkommen nicht auszuschließen. Der Umfang der Überschneidung wird sicherlich von den künftigen Vereinbarungen der Vertragsparteien abhängen. Der Appellate Body hat die Überschneidung vom GATT und GATS in seiner Interpretation überzeugend geklärt, seine Klärungen sollten auch für die Beziehungen zwischen anderen WTO-Abkommen gelten, u. a. zwischen dem künftigen MIA und GATS. Demgemäß wäre in einem konkreten Fall zu entscheiden, welche Aspekte einer Maßnahme, die sowohl vom GATS als auch vom Investitionsabkommen erfasst würde, in den Anwendungsbereich eines Abkommens fallen würden.

Das Wort „unbedingt“ bezeichnet den unbedingten Charakter der Meistbegünstigung. Ursprünglich bedeutete die unbedingte Meistbegünstigung, Vorteile ohne Aufforderung der gleichwertigen (Zoll-)Zugeständnisse – im Gegensatz zur bedingten Meistbegünstigung – zu gewähren. Weil sich die Anwendungsbereiche der MFN-Klauseln in den WTO-Abkommen nun auf diverse Gebiete der staatlichen Regulierung ausgedehnt haben, erlangt das Wort „unbedingt“ in diesen Klauseln – statt der ursprünglichen – seine wörtliche Bedeutung, „not limited by or subject to any conditions“, wieder zurück. Ob die Verknüpfung der Vorteilsgewährung mit gewissen Bedingungen gegen die unbedingte Meistbegünstigung verstößt, ist nicht anhand der Interpretation des Wortes „unbedingt“ *per se* festzustellen. Vielmehr geht es dabei um die Frage, ob solche Verknüpfungen ein „treatment no less favourable“ darstellen und in diesem Sinne die Meistbegünstigungspflicht verletzen. Dass es Unsicherheiten in Bezug auf die Bedeutung des Tatbestandsmerkmal „unbedingt“ in Art. I:1 GATT – u. a. das bezügliche Argument von Japan in „*Canada – Autos*“ – gegeben hatte, lässt sich auf die Formulierung dieser Klausel zurückführen, welche den Terminus „treatment no less favourable“ nicht ausdrücklich enthält. Sicherlich können mögliche Verwirrungen durch die korrekte Interpretation beseitigt werden, wie dies das Panel in „*Canada – Autos*“ getan hat. Weil solchen Unsicherheiten durch die Formulierung von Art. II GATS, in dem „treatment no less favourable“ explizit vorgeschrieben wird, vorgebeugt werden kann, scheint es doch besser zu sein, die MFN-Klausel in einem künftigen MIA ähnlich dem Art. II GATS zu formulieren.

„Likeness“ und „no less favourable treatment“ sind zwei zentrale Termini sowohl in der Meistbegünstigungsnorm als auch in der Inländerbehandlung. Daher werden die Termini in erster Linie im nächsten Abschnitt bezüglich der Inländerbehandlung zum Zweck der möglichst umfassenden Darlegungen untersucht. Eine besondere Bedeutung haben allerdings die zolltariflichen Elemente im Zusammenhang mit der Festlegung der Gleichartigkeit in Art. I GATT. Weil die Zollzugeständnisse einen integralen Bestandteil des WTO-Rechts darstellen, dürfen sie bei der Interpretation der Gleichartigkeit nicht außer Acht gelassen werden. Die gleiche Bedeutung soll ähnlichen Zugeständnissen in dem jeweiligen Abkommen – etwa den Zugeständnissen über Marktzutritt und Inländerbehandlung im GATS – zukommen, da sie auch ein integraler Bestandteil des WTO-Rechts sind.

B. Inländerbehandlung

I. Inländerbehandlung aus der Sicht des allgemeinen Völkerrechts

Während die Meistbegünstigung die Diskriminierung auf horizontaler Ebene, nämlich unter den Ausländern, verbietet, stellt die andere Komponente des Nichtdiskriminierungsprinzips – die Inländerbehandlung – ein Diskriminierungsverbot in vertikaler Hinsicht zwischen den Ausländern und Inländern dar.⁴⁰¹

Wie die Meistbegünstigung kann die Geschichte der Inländerbehandlung bis in das 12. Jahrhundert zurückgeführt werden.⁴⁰² Als Art. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums von 1883 wurde die letztere jedoch früher als das MFN-Prinzip in ein multilaterales Abkommen inkorporiert.

Im Vergleich zu den relativ komplizierten rechtlichen Elementen einer MFN-Klausel, beispielweise der Einbeziehung der vertraglichen Verpflichtungen mit dem Drittland, ist die Inländerbehandlung hinsichtlich ihrer Normstruktur einfacher. Sie betrifft nur den Vergleich zwischen zwei Gruppen – Ausländern und Inländern. Mithin muss nicht gesondert erklärt werden, welcher Vertrag die eigentliche rechtliche Grundlage des Anspruchs ist. Im Gegensatz zur Meistbegünstigung gab es auch keine Debatte, ob die Inländerbehandlung Völkergewohnheitsrecht geworden ist, denn es besteht kein Zweifel daran, dass ein Staat seine Staatsangehörigen besser behandeln bzw. schützen kann, wenn er keine völkerrechtlich-vertraglichen Verpflichtungen zur Inländerbehandlung eingeht.

Andererseits stellt die Inländerbehandlung eine völkerrechtliche Verpflichtung dar, die mit ihrem Bezug auf die Behandlung der Inländer mehr in die inländische Politik bzw. die

⁴⁰¹ Siehe *Senti 1999*, S. 48.

⁴⁰² Siehe *Jackson 1999*, S. 397.

Autonomie der inländischen Regulierung durch einen souveränen Staat als die Meistbegünstigung eingreift. In dieser Hinsicht löst die Inländerbehandlung eine viel heftigere Debatte über die Reichweite dieser Verpflichtung im Vergleich zur Meistbegünstigung aus. Zudem könnte die Frage gestellt werden, ob die Inländerbehandlung impliziert, dass die Ausländer nur gleich wie und nicht besser als die Inländer behandelt werden sollen. Die *Calvo*-Doktrin, die für lange Zeit von den lateinamerikanischen Staaten geltend gemacht wurde, beantwortet diese Frage positiv und fordert mithin von den Ausländern – vor allem ausländischen Investoren – den Verzicht auf den diplomatischen Schutz durch ihren Heimatstaat. Diese Doktrin wurde von westlichen Völkerrechtlern abgelehnt, und zwar auf der Grundlage der fremdrechtlichen Mindeststandards, wenn ein Staat den Inländern schlechtere Behandlung als solche Standards gewährte.⁴⁰³ Diese Auseinandersetzung um die Beziehung zwischen der Inländerbehandlung und den fremdrechtlichen Mindeststandards hat auf dem amerikanischen Kontinent eine wichtige Rolle im Bereich des Investitionsschutzes – im Zusammenhang mit der Enteignung ausländischen Vermögens durch lateinamerikanische Staaten – gespielt, verliert jedoch heutzutage zum größten Teil ihre Bedeutung. Denn einerseits ist die Position der Staaten, wie oben bereits erwähnt, zu den ausländischen Investitionen und mithin zu den Ausländern viel positiver geworden. Andererseits ist die Möglichkeit, dass sowohl die Ausländer als auch die Inländer von dem Staat schlechter behandelt werden, als es von den Mindeststandards verlangt wird, infolge der Entwicklung des Menschenrechtsschutzes auch geringer geworden. Aus diesen Gründen könnte nun die Gewährung der Inländerbehandlung als ein Prima-Facie-Beweis für die Übereinstimmung mit den fremdrechtlichen Mindeststandards betrachtet werden.⁴⁰⁴ Der wichtigste übrig gebliebene Unterschied wäre der besondere Schutz der Ausländer bei der Enteignung, welcher über die Inländerbehandlung hinausgeht.⁴⁰⁵ Deswegen gibt es in einem Investitionsabkommen neben der Inländerbehandlung immer spezielle Vorschriften über die Enteignung ausländischer Investitionen.

Weil die Inländerbehandlung unumstritten eine vertragliche Norm ist, wird das Augenmerk im Nachfolgenden auf die Klauseln in den WTO-Abkommen gerichtet.

⁴⁰³ Vgl. *Ipsen*, S. 811f., *Jackson 1995*, S. 29.

⁴⁰⁴ Siehe *Sacerdoti*, S. 342.

⁴⁰⁵ Vgl. *Herdegen*, S. 85.

II. Art. III GATT

1. Abs. 1: Anwendungsbereich und Zielsetzung

Art. III GATT ist ein Komplex aus 10 Absätzen, unter denen die Absätze 1, 2 und 4 die wichtigste Bedeutung haben und am häufigsten in den Streitigkeiten betroffen sind.

Der erste Absatz sieht das allgemeine Prinzip für den ganzen Artikel vor: dazu bemerkte der Appellate Body folgendermaßen:

„This general principle informs the rest of Article III ... as a guide to understanding and interpreting the specific obligations contained in Article III:2 and in the other paragraphs of Article III, while respecting, and not diminishing in any way, the meaning of the words actually used in the texts of those other paragraphs.“⁴⁰⁶

Der Anwendungsbereich und die Zielsetzung des gesamten Art. III werden in dem ersten Absatz festgelegt.⁴⁰⁷

In den Anwendungsbereich des Art. III fallen inländische Maßnahmen. Das entscheidende Kriterium für die Feststellung, ob eine Maßnahme eine „inländische Maßnahme“ darstellt, ist nicht der Zeitpunkt und Ort ihrer Durchführung, sondern die Tatsache, dass sie sowohl auf eingeführte Waren als auch auf gleichartige inländische Waren Anwendung findet. Somit könnte eine Maßnahme auch als inländisch betrachtet werden, selbst wenn sie im Zeitpunkt oder am Ort der Einfuhr angewendet wird.⁴⁰⁸

Die Anwendung des Abs. 1 auf innere Abgaben, die von regionalen oder örtlichen Regierungs- oder Verwaltungsstellen innerhalb des Gebietes einer Vertragspartei erhoben werden, wird durch Art. XXIV Abs. 12 geregelt.⁴⁰⁹ Als Ergebnis der Uruguay-Runde wurde

⁴⁰⁶ Appellate Body Report „Japan – Alcoholic Beverages“, S. 111.

⁴⁰⁷ Art. III Abs. 1 lautet: „The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production“.

⁴⁰⁸ Anmerkung zu Art. III sieht vor: „Any internal tax or other internal charge, or any law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1 which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge, or a law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1, and is accordingly subject to the provisions of Article III.“ Zur eingehenden Diskussion über die Unterscheidung zwischen inneren Abgaben und Zöllen, siehe *Fauchald*, S. 93ff.

⁴⁰⁹ Anmerkung zu Art. III Abs. 1 lautet: „The application of paragraph 1 to internal taxes imposed by local governments and authorities with the territory of a contracting party is subject to the provisions of the final paragraph of Article XXIV. The term "reasonable measures" in the last-mentioned paragraph would not require, for example, the repeal of existing national legislation authorizing local governments to impose internal taxes which, although technically inconsistent with the letter of Article III, are not in fact inconsistent with its spirit, if such repeal would result in a serious financial hardship for the local governments or authorities concerned. With regard to taxation by local governments or authorities which is inconsistent with both the letter and spirit of Article III, the term "reasonable measures" would permit a contracting party to eliminate the inconsistent taxation gradually over a transition period, if abrupt action would create serious administrative and financial

das „Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs And Trade 1994“ von den Mitgliedstaaten vereinbart, das den Abs. 12 folgendermaßen interpretiert:

„13. Each Member is fully responsible under GATT 1994 for the observance of all provisions of GATT 1994, and shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure such observance by regional and local governments and authorities within its territory.

14. The provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding may be invoked in respect of measures affecting its observance taken by regional or local governments or authorities within the territory of a Member. When the Dispute Settlement Body has ruled that a provision of GATT 1994 has not been observed, the responsible Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure its observance. The provisions relating to compensation and suspension of concessions or other obligations apply in cases where it has not been possible to secure such observance. “

Dadurch ist eindeutig festgelegt worden, dass das GATT, einschließlich Art. III, auf die regionalen und örtlichen Maßnahmen anwendbar ist.

In der früheren Literatur wurde die Zielsetzung des Art. III oft so interpretiert, dass die Beeinträchtigung des infolge der Zollzugeständnisse erreichten Liberalisierungsniveaus durch inländische Maßnahmen abgewehrt werden soll.⁴¹⁰ Dass Art. III sich nicht auf diese Zielsetzung beschränkt, wurde durch den Appellate Body bereits in einem der ersten Fälle in der WTO-Epoche festgestellt. Vielmehr stellt er ein allgemeines Verbot auf, inländische Maßnahmen „so as to afford protection to domestic production“ anzuwenden, weil diese Klausel nicht nur für die unter die Zollzugeständnisse fallenden Produkte, sondern auch für die „unbounded“ Produkte gilt.⁴¹¹

Daraufhin hat der Appellate Body in seinen Entscheidungen mehrmals festgelegt, dass die Zielsetzung von Art. III „avoiding protectionism, requiring equality of competitive conditions and protecting expectations of equal competitive relationships“ darstellt.⁴¹²

difficulties.“ Art. XXIV Abs. 12 sieht vor: „Each contracting party shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure observance of the provisions of this Agreement by the regional and local governments and authorities within its territories.“

⁴¹⁰ Siehe *Jackson/Davey/Sykes*, S. 501. Infolgedessen meint ein Kommentator: „Dem Grundsatz der Inländerbehandlung kommt damit nur eine auf die Sicherung der Meistbegünstigungswirkungen bezogene *akzessorische Hilfsfunktion* zu und muss in diesem Zusammenhang mit dem Meistbegünstigungsprinzip gesehen werden.“ Siehe *Langer*, S. 108.

⁴¹¹ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 16f.

⁴¹² *Ibid.*, S. 16; Appellate Body Report „*Korea – Alcoholic Beverages*“, para. 120; Appellate Body Report „*Canada – Periodicals*“, S. 18.

Andererseits werden in Art. III Nichtdiskriminierungsgebote in Zusammenhang mit verschiedenen staatlichen Maßnahmen jeweils in Abs. 2 und Abs. 4 unterschiedlich formuliert. Inwieweit dies die Zielsetzung im Abs. 1 zum Ausdruck bringt, und *vice versa*, wie die letztere die Interpretation des einzelnen Gebots beeinflusst, sind schwierige Fragen, welche in den einschlägigen Streitigkeiten wichtige Bedeutung haben. Sicherlich ist diese Komplexität des Art. III eine Eigenart, welche bei seinen Gegenstücken – z. B. Art. XVII GATS und Art. 3 TRIPS – nicht zu finden ist und wohl ebenso wenig bei der Inländerbehandlungsklausel eines künftigen MIA. Um das Konzept der Inländerbehandlung im GATT klarzustellen, kann man diese Komplexität allerdings nicht umgehen. Mithin werden in den folgenden Abschnitten die verschiedenen Gebote – der besonderen Struktur des Art. III entsprechend – nacheinander in dem Maße erörtert, wie es die Konstruktion eines Inländerbehandlungsstandards im Allgemeinen nutzen könnte, damit die Kenntnisse zu seiner Anwendung in einem künftigen MIA beitragen können.

2. Abs. 2: Diskriminierung durch steuerrechtliche Maßnahmen

Abs. 2 betrifft die inneren Abgaben oder sonstigen Belastungen, denen die Waren direkt oder indirekt unterworfen sind.⁴¹³

„Innere Abgaben oder sonstige Belastungen“ ist ein umfassender Begriff. Im Fall *„Argentina – Hides and Leather“* argumentierte Argentinien, dass seine angefochtenen Maßnahmen keine Abgaben als solche, sondern Mechanismen zur Einsammlung der Abgaben darstellen und somit nicht von Abs. 2 erfasst werden. Dies wurde vom Panel abgelehnt, obwohl es akzeptierte, dass die betreffenden Maßnahmen Mechanismen der Steuererhebung sind. Seine Entscheidung basierte auf der folgenden Interpretation der „sonstigen Belastungen“:

„Article III:2 covers "charges of any kind" (emphasis added). The term "charge" denotes, *inter alia*, a "pecuniary burden" and a "liability to pay money laid on a person..."“⁴¹⁴

Weil diese Mechanismen ohne Zweifel „pecuniary burden“ und „a liability to pay money“ auferlegen, stellen sie mithin „sonstige Belastungen“ dar. Zudem meinte das Panel, dass die

⁴¹³ Abs. 2 lautet: „The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.“ Eine Bemerkung zu Abs. 2 sieht wie folgt vor: „A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed.“

⁴¹⁴ Panel Report *„Argentina – Hides and Leather“*, para. 11.143.

Verpflichtungen in Abs. 2 umgangen werden könnten, wenn die Maßnahmen der Steuerverwaltung kategorisch von seinem Anwendungsbereich ausgeschlossen würden.⁴¹⁵

Abs. 2 wird in zwei Sätze unterteilt, die sich auf verschiedene Gruppen von Waren beziehen und dementsprechend verschiedene Nichtdiskriminierungsgebote vorsehen. Satz 1 betrifft die gleichartigen Produkte, Satz 2 demgegenüber „directly competitive or substitutable“ Produkte.

Zu den Beziehungen zwischen beiden Sätzen meinte der Appellate Body:

„[T]here are two questions which need to be answered to determine whether there is a violation of Article III:2 of the GATT 1994: (a) whether imported and domestic products are like products; and (b) whether the imported products are taxed in excess of the domestic products. If the answers to both questions are affirmative, there is a violation of Article III:2, first sentence. If the answer to one question is negative, there is a need to examine further whether the measure is consistent with Article III:2, second sentence.“⁴¹⁶

Der Appellate Body hatte die Beziehung zwischen den beiden Warengruppen zuerst in „*Japan – Alcoholic Beverages*“ erklärt⁴¹⁷ und dann in „*Korea – Alcoholic Beverages*“ mit noch eindeutigerem Ausdruck bestätigt:⁴¹⁸

„"Like" products are a subset of directly competitive or substitutable products: all like products are, by definition, directly competitive or substitutable products, whereas not all "directly competitive or substitutable" products are "like". The notion of like products must be construed narrowly but the category of directly competitive or substitutable products is broader.“

Der Satz 1 sieht vor, dass auf die eingeführten Waren keine höheren Belastungen als auf die gleichartigen inländischen Waren auferlegt werden dürfen. Unter diesem Gebot sah der Appellate Body in „*Japan – Alcoholic Beverages*“ eine zweistufige Überprüfung: i) ob die eingeführten und die inländischen Waren gleichartig sind; ii) ob die höheren Belastungen – „in excess of“ – auf die eingeführten Produkte auferlegt werden.⁴¹⁹ „In excess of“ ist ein strenger Standard, unter dem auch der kleinste Betrag von Mehrbelastungen fällt. Er ist nicht bedingt durch einen *de minimis* Test.⁴²⁰

Im gleichen Fall legte der Appellate Body ein dreistufiger Test für Satz 2 fest: i) die eingeführten und inländischen Produkte sind „directly competitive or substitutable“; ii) sie

⁴¹⁵ Ibid, para. 11.144.

⁴¹⁶ Appellate Body Report „*Canada – Periodicals*“, S. 22f.

⁴¹⁷ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 25.

⁴¹⁸ Appellate Body Report „*Korea – Alcoholic Beverages*“, para. 118.

⁴¹⁹ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 18f.

⁴²⁰ Ibid, S. 23.

müssen „not similarly taxed“ werden; iii) die unterschiedlichen Belastungen sind „applied ... so as to afford protection to domestic production“. Jede Frage muss separat und in der Reihenfolge beantwortet werden; keine darf übersprungen werden.⁴²¹

Es liegt auf der Hand, dass „in excess of“ im Satz 1 ein leicht nachzuweisender Standard ist. Daher ist es von praktischer Bedeutung für einen Beschwerdeführer, die betreffenden eingeführten und inländischen Produkte als gleichartig zu qualifizieren, weil infolgedessen jede steuerrechtliche differente Behandlung zugunsten der inländischen Waren als unvereinbar mit Satz 1 betrachtet würde.

Wenn es sich im konkreten Fall um eine *de jure* Diskriminierung handelt, d. h. die unterschiedliche Behandlung lediglich auf der Herkunft der Waren basiert, kann man einfach von der Gleichartigkeit der Produkte ausgehen, denn gemäß dem Text der Maßnahme unterscheiden sich die Produkte nur aufgrund ihrer Herkunft.⁴²²

Im Fall „US – Superfund“ basierten die unterschiedlichen Behandlungen ausschließlich auf dem Ursprung des Erdöls. Daher zog das GATT-Panel sogleich die Schlussfolgerung, dass die Waren gleichartig sind und die Maßnahme gegen Art. III:2 verstößt. Als Erwiderung des amerikanischen Argumentes, dass der Steuerunterschied von 3.5 US Cents so geringfügig ist, dass er die Vorteile der klagenden Mitglieder nicht zunichte macht oder schmälert, wies das Panel auf eine Festlegung von den GATT-Mitgliedern in 1949 hin⁴²³ und argumentierte dazu, dass eine mit Art. III vereinbare – nämlich eine nicht diskriminierende – aber höhere Steuer größere Auswirkungen auf die Einfuhr haben könnte als eine diskriminierende, allerdings niedrigere Abgabe. Aufgrund dessen lehnte das Panel das *de minimis* Argument der USA ab und entschied, dass die „trade effects“ in diesem Zusammenhang irrelevant sind:

„For this reasons, Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products.“⁴²⁴

⁴²¹ Appellate Body Report „Japan – Alcoholic Beverages“, S. 24. Zur Frage, wie das allgemeine Prinzip in Abs. 1 in Satz 1 zum Ausdruck kommt, meinte der Appellate Body, dass die fehlende explizite Bezugnahme in Satz 1 auf das Prinzip in Abs. 1 einfach bedeutet, dass ein separater Test der „protective application“ bei der Überprüfung des Satz 1 unnötig ist, *ibid*, S. 18. Diese Erklärung wird von einigen Kommentatoren als widersprechend zu seiner Betonung der Bedeutung des Abs. 1 bewertet. Verschiedenartig versuchen sie, den Widerspruch zu überwinden. *Davey/Pauwelyn* schlägt die Einführung eines „discriminatory effects test“ in die Interpretation des Satz 1 vor, zumindest im Fall der *de facto* Diskriminierung, siehe *Davey/Pauwelyn*, S. 39. *Ortino* empfiehlt, den Unterschied hinsichtlich der Bezugnahme auf Abs. 1 zwischen Satz 1 und 2 so zu interpretieren, dass beide Sätze verschiedene Regeln der Beweislast implizieren, siehe *Ortino*, S. 246ff.

⁴²² Vgl. u. a. *Regan*, S. 455f.

⁴²³ GATT Working Party Report „Brazilian Internal Taxes“, GATT/CP.3/42, vom 30.06.1949, II/181, 185, para. 16, siehe *GATT-Guide*, S. 120f. In diesem Bericht wurde festgelegt, dass die Anwendung von Satz 1, Art. III Abs. 2 nicht davon abhängig ist, ob die betreffende Einfuhr von einem Mitglied bedeutend, geringfügig oder überhaupt nicht existent ist, weil die Potenzialität der Ausfuhr aus ihm zu berücksichtigen ist.

⁴²⁴ GATT Panel Report „US - Superfund“, para. 5.1.9.

Ein ähnliches Szenario bestand im Fall „*US – Malt Beverages*“, wo es sich u. a. um steuerrechtliche Maßnahmen handelte, durch die eingeführte und inländische Produkte diskriminiert wurden. Das GATT-Panel betrachtete die Tatsache als irrelevant, dass die betreffenden Maßnahmen nur einen sehr kleinen Anteil der amerikanischen Produktion begünstigten. Außerdem war es seiner Ansicht nach auch irrelevant, dass die Produkte aus anderen amerikanischen Bundesstaaten genau so (schlechter als die einheimischen) durch die bezügliche Maßnahme eines Bundesstaates wie ausländische Waren behandelt wurden: das Panel meinte, dass Art. III das „no less favourable treatment“ als das gewährt, wie die inländischen Produkte am besten behandelt werden.⁴²⁵

In „*Indonesia – Autos*“ hatten die klagenden Parteien erfolgreich behauptet, dass die Gleichartigkeitsfrage im Fall der *de jure* Diskriminierung irrelevant ist; dies wurde vom Panel ausdrücklich bekräftigt.⁴²⁶ Das Panel meinte, dass bei der *de jure* Diskriminierung ein hypothetischer Test angewendet werden kann: es wurde einfach angenommen, dass ein eingeführtes Auto unter allen Aspekten, die für die Festlegung der Gleichartigkeit relevant wären, „like“ wie das inländische ist; trotzdem würde eine höhere Steuer auf das eingeführte Auto erhoben.⁴²⁷

Aus diesen Entscheidungen lässt sich schlussfolgern, dass die Gleichartigkeitsfrage im Fall einer (behaupteten) *de jure* Diskriminierung problemlos zu beantworten ist. Hier braucht man die oben erwähnten „Border Tax Adjustment“-Kriterien nicht anzuwenden. Vielmehr kann die Gleichartigkeit der eingeführten und inländischen Waren vom Wortlaut der Maßnahme hergeleitet werden, weil lediglich die Herkunft, kein anderer Aspekt sie unterscheidet. Ein hypothetischer Test könnte angewendet werden, indem man einfach annimmt, dass gleichartige Produkte existieren und sie schlechter behandelt werden. Wenn die Waren gleichartig sind, gewährt Art. III:2 Satz 1 einen strengen Standard von „in excess of“, welcher als die Verweigerung der Relevanz der „trade effects“ interpretiert worden ist.⁴²⁸ Die Irrelevanz der „trade effects“ bedeutet zum einen, dass selbst eine minimale Differenz den Satz 1 verletzt, zum anderen, dass es irrelevant ist, wie gering das beeinträchtigt

⁴²⁵ GATT-Panel Report „*US – Malt Beverages*“, para. 5.6, 5.15, 5.17.

⁴²⁶ Panel Report „*Indonesia – Autos*“, para. 5.7 (japanisches Argument), para. 5.29-30 (Argument von der EU), para. 14.112-113 (Bestätigung durch das Panel).

⁴²⁷ Ibid, para. 14.113. In einem vorherigen Fall – „*Canada - Periodicals*“ – wurde die Möglichkeit des hypothetischen Tests vom Appellate Body für die Überprüfung in Zusammenhang mit Art. III:2 bejaht, obwohl er in jenem Fall die hypothetische Analyse vom Panel abgelehnt hatte, Appellate Body Report „*Canada - Periodicals*“, S. 20f.

⁴²⁸ Der Appellate Body hatte mehrmals bestätigt: „It is a well-established principle that the trade effects of a difference in tax treatment between imported and domestic products do not have to be demonstrated for a measure to be found to be inconsistent with Article III“, Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 16, Appellate Body Report „*Canada – Periodicals*“, S. 18.

Handelsvolumen ist. Zugleich kann man sagen, dass eine *de jure* diskriminierende steuerrechtliche Maßnahme immer von Satz 1 und seinem strengen Standard erfasst wird.

Wenn es um eine mögliche *de facto* Diskriminierung geht, mit anderen Worten, wenn es sich um die Vereinbarkeit einer sogenannten „origin-neutral“ Maßnahme handelt, die Produkte nicht (explizit) aufgrund ihrer Herkunft, sondern auf der Basis von anderen Kriterien unterscheidet,⁴²⁹ könnte dann angesichts des strengen „in excess of“ in Satz 1 die Gleichartigkeit der Produkte im Zentrum der Debatte stehen. Der wichtigste Fall in diesem Zusammenhang ist „*Japan – Alcoholic Beverages*“, wo der Appellate Body sein Bild vom „Akkordeon“ für die Feststellung der gleichartigen Produkte erstmals formuliert hatte.

In diesem Fall debattierten die Streitparteien heftig um die Kriterien zur Festlegung der Gleichartigkeit in Art. III:2. Die zwei klagenden Parteien – EU und Kanada – befürworteten das traditionelle Konzept bzw. die „Border Tax Adjustment“-Kriterien. Hingegen unterstützten die anderen Beschwerdeführer – USA – und Japan den sogenannten „aims and effects test“.

Der „aims and effects test“ wurde vom GATT-Panel in „*US – Malt Beverage*“ vorgebracht.⁴³⁰

Es war der Ansicht, dass außerhalb der traditionellen „Border Tax Adjustment“-Kriterien auch die Zielsetzung des betreffenden Artikels in Betracht zu ziehen ist. Art. III Abs. 2 zielte nicht darauf, so das Panel, die Mitglieder zu verhindern, verschiedene Produktgruppen aufgrund der politischen Zwecken zu unterscheiden, die mit dem Schutz der inländischen Produktion nichts zu tun haben. Dies solle bei der Interpretation der Norm „like product“ beachtet werden. „Consequently, in determining whether two products subject to different treatment are like products, it is necessary to consider whether such product differentiation is being made ‘so as to afford protection to domestic production’.“⁴³¹

In Zusammenhang mit der unterschiedlichen Behandlung der Biere je nach deren Alkoholgehalt, wobei Beschränkungen auf den Verkauf der Biere mit höherem Alkoholgehalt vorgesehen wurden, erklärte das Panel:

⁴²⁹ Roessler bezeichnet solche „origin-neutral“ Maßnahme als „domestic policy“ im Gegensatz zu „trade policy“, welche eingeführte Waren im Verhältnis zu inländischen Waren diskriminiert, um Auswirkungen auf die inländische Regulierung hervorzuheben, siehe Roessler, S. 119.

⁴³⁰ Der Test wurde später lediglich in einem nicht angenommenen Panelbericht (Panel Report on *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, vom 29.09.1994) als die alleinige Basis der Festlegung der Gleichartigkeit angewendet. Da ging es um amerikanische Maßnahmen, durch die unterschiedliche Steuern auf den Automobilen aufgrund deren Wertes und Kraftstoffverbrauches erhoben wurden und hauptsächlich die Einfuhren aus der EU – dem Beschwerdeführer – belastet wurden. Das Panel entschied, dass die Maßnahmen den *bona fide* Regulierungszwecken dienen und die Auswirkungen der Maßnahmen nicht als protektionistisch betrachtet werden sollen. Der Fall war der Anlass dafür, dass die EU in „*Japan – Alcoholic Beverage*“ stark gegen den „aims and effects test“ argumentierte.

⁴³¹ GATT-Panel Report „*US – Malt Beverage*“, para. 5.25.

„The panel recognized that the treatment of imported and domestic products as like products under Article III may have significant implications for the scope of obligations under the General Agreement and for the regulatory autonomy of contracting parties with respect to their internal tax laws and regulations: once products are designated as like products, a regulatory product differentiation, e.g. for standardization or environmental purposes, becomes inconsistent with Article III even if the regulation is not ‘applied ... so as to afford protection to domestic production’. In the view of the Panel, therefore, it is imperative that the like product determination in the context of Article III be made in such a way that it not unnecessarily infringe upon the regulatory authority and domestic policy options of contracting parties.“⁴³²

Obwohl das Panel das Argument von Kanada – dem Beschwerdeführer – anerkannte, dass die physischen Charakteristika der Biersorten mit verschiedenem Alkoholgehalt „similar“ sind, betonte es jedoch, dass die Stellungnahmen der Streitparteien und die Geschichte der Gesetzgebung darauf hinweisen, dass das Ziel der betreffenden Regulierung keinen Schutz der inländischen Produktion darstellt. Die Regelung sehe keinen Unterschied zwischen den ausländischen und inländischen Produkten vor, die kanadischen Produzenten würden nicht mehr als die amerikanischen belastet. Außerdem gebe es bis zu einem gewissen Grad die Differenzierung und Spezialisierung des Marktes für die betreffenden Biere. Mithin entschied das Panel, dass diese Faktoren die gleichartigen physischen Eigenschaften der Biere überwiegen und Biere vom verschiedenen Alkoholgehalt nicht gleichartig sind.⁴³³

Demgemäß richtet der „aims and effects test“ das Augenmerk auf die Zielsetzung der Maßnahmen und deren Auswirkungen, obwohl die „Border Tax Adjustment“-Kriterien dabei immer noch berücksichtigt werden. Der Ansicht der Befürworter nach hat dieser Test zwei Verbesserungen mit sich gebracht. Erstens werde die „metaphysics“ der Gleichartigkeit eine kleinere Rolle spielen, vielmehr hänge die Feststellung der Verletzung der Verpflichtungen *primär* von der Zielsetzung und Auswirkung der Regelung ab. Zweitens würden zwei unerwünschte Situationen vermieden, indem es ermöglicht wird, die Ermittlung der Verletzung *per se* und die Rechtfertigung der Maßnahme gleichzeitig durchzuführen: i) eine Beschwerde wird nur aufgrund „un-likeness“ übereilt abgewiesen; ii) die Rechtfertigung einer mit Art. III unvereinbaren Maßnahme durch Art. XX ist angesichts dessen strengen Standards zu schwierig.^{434 435}

⁴³² Ibid, para. 5.72.

⁴³³ Ibid, para. 5.73-5.74.

⁴³⁴ Siehe *Hudec 1999*, S. 369. Allerdings befürwortet *Hudec* den „aims and effects test“ in einem erweiterten Sinne, dass die Zwecke und Auswirkungen generell bei der Interpretation der Inländerbehandlungsklausel berücksichtigt werden sollen.

Das Panel in „*Japan – Alcoholic Beverage*“ lehnte den „aims and effects test“ aus folgenden Gründen ab: i) Satz 1 enthält keine explizite Bezugnahme auf „so as to afford protection“ in Abs. 1, was die textliche Basis dieses Tests ist; ii) der Test würde den klagenden Parteien eine hohe Beweislast auferlegen, welche die verteidigenden Parteien eigentlich in Zusammenhang mit Art. XX zu tragen haben; die Beweislast ist hoch, weil eine Maßnahme oft multiple Zielsetzungen hat und die Geschichte der Gesetzgebung nicht immer zugänglich und schwierig zu bewerten ist; iii) der Test könnte Art. XX nutzlos machen. Zum amerikanischen Vorschlag, den Test nur für die Überprüfung der „origin-neutral“ Maßnahmen anzuwenden, wies das Panel darauf hin, dass der Unterschied zwischen „origin-neutral“ und „origin-specific“ Maßnahmen keine textliche Grundlage in Art. III findet.⁴³⁶

Das Panel hatte dann die „Border Tax Adjustment“-Kriterien angewendet. Es bemerkte, dass die Gleichartigkeit in Satz 1 eng zu interpretieren ist, weil sich Satz 2 auf die größere Gruppe von „directly competitive or substitutable“ Produkten bezieht und „in excess of“ ein strenger Standard ist. Daher sollten die gleichartigen Produkte in Satz 1 nicht nur die gemeinsamen „end-uses“ (hinsichtlich ihrer Wettbewerbsbeziehungen) aufweisen, sondern auch gleiche physische Charakteristika. Somit entschied das Panel, dass im Vergleich zu Shochu nur

⁴³⁵ Art. XX GATT spielt eine wichtige Rolle bei der Debatte um die Gleichartigkeitsfrage, weil er eine begrenzte Liste von Regelungsinteressen für die Rechtfertigung der unvereinbaren Maßnahmen und strenge Standards für ihre Inanspruchnahme enthält. Art. XX lautet:

„Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; *Provided* that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;
- (j) *provided* that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.“

⁴³⁶ Panel Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, para. 6.16-17. Zur Kritik darüber, siehe *Regan*, S. 455f.

Wodka gleichartig ist, andere eingeführte alkoholische Getränke (Whisky, Brandy, Rum usw.) nicht.⁴³⁷

Mit seinem Akkordeongleichnis hatte der Appellate Body die obigen Panel-Entscheidungen komplett bestätigt, obwohl er sich nicht direkt auf die Frage des „aims and effects test“ bezogen hatte. Die Analyse, die auch in den späteren bezüglichen Fällen befolgt worden ist, führt dazu, dass außer der *de jure* Diskriminierung die Feststellung der Gleichartigkeit in Art. III:2 ziemlich schwierig ist.⁴³⁸

In Bezug auf Art. III:2 Satz 2 hatte das Panel in „*Japan – Alcoholic Beverage*“ angesichts der klaren Formulierung kein Problem gehabt, als entscheidendes Kriterium für die Bestimmung der „directly competitive or substitutable“ Produkte zu prüfen, ob sie gemeinsamen Endgebrauch haben, was u. a. anhand der Substitutionselastizität und der Marktforschung festzustellen ist.⁴³⁹ Der Appellate Body bestätigte dies, wies zugleich behutsam darauf hin, dass diese zwei Methoden nur ein Teil der möglichen Kriterien ist.⁴⁴⁰

Die nachfolgenden Panels und der Appellate Body sind diesen markt-orientierten Methoden ständig gefolgt.⁴⁴¹ Das Panel in „*Korea – Alcoholic Beverages*“ bemerkte dazu, dass die Analyse sich eher nach der Natur des Wettbewerbs als nach der Quantität des Wettbewerbs richtet und sowohl den aktuellen als auch den potentiellen Wettbewerb einschließt.⁴⁴² Dies entspricht dem allgemeinen Prinzip des Art. III, die Wettbewerbsbedingungen zu schützen, und wurde vom Appellate Body bestätigt.⁴⁴³

Gemäß der Interpretation des Appellate Body in „*Japan – Alcoholic Beverages*“ muss „not similarly taxed“ eine andere Bedeutung als „in excess of“ haben. Der Unterschied der Steuern soll daher mehr als *de minimis* sein, was von Fall zu Fall festzustellen ist.⁴⁴⁴

Das dritte Element der Überprüfung in Bezug auf Satz 2 ist die der „protective application“. Der Appellate Body betonte, dass es sich hier nicht um den „intent“ der Maßnahme handelt, sondern darum, wie sie angewendet worden ist. Daher sei es nicht notwendig, auf die bei der Gesetzgebung erwähnten multiplen Zielsetzungen einzugehen und ihre relative Signifikanz

⁴³⁷ Ibid, para. 6.22-23. Die Entscheidung basiert auf zwei Punkten: i) Wodka hat die meisten gemeinsamen physikalischen Charakteristika mit Shochu außer der Filtration, andere Produkte haben hingegen substantielle differente physikalische Charakteristika; ii) Wodka und Shochu befinden sich in der gleichen zolltariflichen Position.

⁴³⁸ Vgl. Davey, S. 195, Ortino, S. 235. Ortino meint, dass infolge der engen Interpretation der Gleichartigkeit in Satz 1 die steuerrechtlichen Differenzierungen aufgrund der Charakteristika der Waren „generally“ unter Satz 2 überprüft werden, während der Satz 1 „mainly“ seine Anwendung für die *de jure* Diskriminierungen finden wird, siehe Ortino, S. 249.

⁴³⁹ Panel Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, para. 6.22, 6.28.

⁴⁴⁰ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 26.

⁴⁴¹ Vgl. Davey, S. 196, Ortino, S. 236.

⁴⁴² Panel Report „*Korea – Alcoholic Beverages*“, para. 10.39-10.48.

⁴⁴³ Appellate Body Report „*Korea – Alcoholic Beverages*“, para. 120.

⁴⁴⁴ Appellate Body Report „*Japan – Alcoholic Beverages*“, S. 26f.

abzuwägen. Vielmehr solle die „protective application“ durch „the design, the architecture, and the revealing structure of a measure“ „objectively“ erkannt werden.⁴⁴⁵ In einem späteren Fall unterschied der Appellate Body zudem die Bedeutung der Erforschung der „objektiven“ Absicht von der „subjective intentions“:

„The *subjective* intentions inhabiting the minds of individual legislators or regulators do not bear upon the inquiry, if only because they are not accessible to treaty interpreters. It does not follow, however, that the statutory purposes or objectives – that is, the purpose or objectives of a Member's legislature and government as a whole – to the extent that they are given *objective* expression in the statute itself, are not pertinent.“⁴⁴⁶

Aufgrund der prinzipiellen Zielsetzung, die Wettbewerbsbedingungen zu schützen, entschied zudem das GATT-Panel in „*US – Superfund*“, dass die Existenz eines „mandatory“ (zwingenden) Gesetzes *per se* den Art. III:2 verletzt, selbst wenn es noch nicht durch die Exekutive durchgeführt wird. Anders entschied das Panel bezüglich einer „discretionary“ Strafsteuer:

„... but, since the Superfund Act also gives them the possibility to avoid the need to impose that tax by issuing regulations, the existence of the penalty rate provisions as such does not constitute a violation of the United States obligations under the General Agreement.“⁴⁴⁷

Diese unterschiedliche Behandlung der „mandatory“ und „discretionary“ Gesetzgebung wurde von einem späteren GATT-Panel zusammengefasst. Die Zusammenfassung ist als die autoritäre Definition einer „mandatory/discretionary“-Doktrin in der GATT-Praxis betrachtet worden:

„The Panel noted that previous panels had found that legislation mandatorily requiring the executive authority to impose internal taxes discriminating against imported products was inconsistent with Article III:2, whether or not an occasion for its actual application had as yet

⁴⁴⁵ Ibid, S. 29. Für diejenigen, die Berücksichtigungen der Regulierungszwecke befürworten, wäre es allerdings sinnvoller, wenn man das Wort „application“ durch „purpose“ ersetzt, siehe *Hudec 1999*, S. 373, *Regan*, S. 477, *Verhoosel 2002*, S. 55f..

⁴⁴⁶ Appellate Body Report „*Chile – Alcoholic Beverages*“, para. 62.

⁴⁴⁷ GATT Panel Report „*US – Superfund*“, para. 5.2.2, 5.2.9. Die Grundlage der Festlegung, dass die bloße Existenz des „mandatory“ Gesetzes bereits Art. III:2 verletzt, war eindeutig und überzeugend. Warum eine „discretionary“ Gesetzgebung als solche dagegen nicht als eine Verletzung der Verpflichtung betrachtet wird, wurde jedoch nicht vom Panel dargelegt. Die Frage ist in der Literatur viel debattiert worden. *Chua* ist der Ansicht, dass die „discretionary“ Gesetzgebung *per se* auch gegen die GATT-Verpflichtung verstößt, weil sie, ebenso wie die „mandatory“ Gesetze, die Wettbewerbsbedingungen verzerrt, siehe *Chua*, S. 193. *Naiki* rechtfertigt hingegen die Doktrin, indem er meint, dass das Panel dadurch die Balance zwischen dem Schutz der Wettbewerbsbedingungen und dem Respekt vor der Regulierungsautonomie eines Staates halten möchte, siehe *Naiki*, S. 31. Zur Debatte um diese Doktrin, insbesondere seit der Entscheidung in „*US – Section 301*“, siehe auch *Davies*, S. 212ff. (betont auch die Erwartung der gleichen Wettbewerbsbedingungen, kommt jedoch zu einem mittleren Weg zwischen denen von *Chua* und *Naiki*), *Sim*, S. 53ff. (für die Beendung der Doktrin).

arisen; legislation merely giving the executive the possibility to act inconsistently with Article III:2 could not, by itself, constitute a violation of that provision.“⁴⁴⁸

Die „mandatory/discretionary“-Doktrin wurde von den nachfolgenden GATT-Panels ständig angewendet und von den Panels und dem Appellate Body seit der Gründung der WTO übernommen.⁴⁴⁹ In „*US – 1916 Act*“ bestätigte der Appellate Body die Doktrin zum ersten Mal und legte fest, dass der Unterschied zwischen der „mandatory“ und „discretionary“ Gesetzgebung in der GATT-Praxis als eine „threshold consideration“ entwickelt worden war, wenn eine Gesetzgebung *per se*, also nicht die Anwendung des Gesetzes, zu überprüfen ist. Zum Zweck dieses Unterschiedes sei jedoch der relevante Ermessensspielraum nur für die Exekutive zugelassen.⁴⁵⁰

3. Abs. 4: Diskriminierung durch andere Maßnahmen

Art. III Abs. 4 sieht vor, dass importierte Waren hinsichtlich aller inländischen Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften über den Handel nicht weniger günstig als gleichartige inländische Produkte behandelt werden dürfen.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ GATT Panel Report „*Thailand – Cigarettes*“, para. 84. Zu Recht bemerkt *Sim*, dass diese allgemeine Aussage nicht vom *Superfund*-Panel gemacht wurde und wahrscheinlich nicht gemacht werden möchte, siehe *Sim*, S. 43f. Allerdings ist ein mögliches „Missverständnis“ gegenüber der Aussage des *Superfund*-Panels in der nachfolgenden GATT-Praxis irrelevant für die Gültigkeit der „mandatory/discretionary“-Doktrin, soweit sie von den Beteiligten konstant so wie diese Zusammenfassung in „*Thailand – Cigarettes*“ verstanden wurde.

⁴⁴⁹ Als sie in „*US – Superfund*“ im Zusammenhang mit Art. III:2 entwickelt wurde, wurde sie später für das gesamte GATT etabliert und auch im Zusammenhang mit anderen WTO-Abkommen angewendet. Einige Beispiele dafür: GATT Panel Report „*EEC – Parts and Components*“, para. 5.25; GATT Panel Report „*Thailand – Cigarettes*“, para. 84; GATT Panel Report „*US – Malt Beverages*“, para. 5.39, 5.57, 5.60; GATT Panel Report „*US – MFN Footwear*“, para. 6.13 (in Bezug auf Art. I GATT); GATT Panel Report „*US – Tobacco*“, para. 118 (in Bezug auf Art. VIII:1(a) GATT); Panel Report „*Canada – Aircraft*“, para. 9.128-9.129, 9.212-9.213 (in Bezug auf Art. 3 SCM Agreement); Panel Report „*Turkey – Textiles*“, para. 9.37. In „*US – Tobacco*“ wurde die Doktrin zum ersten Mal auf andere Vorschrift als Art. III angewendet. Daher ist der Paragraph 118 dieses Panelberichtes immer von den nachfolgenden Entscheidungen und in der Literatur als die klassische Formulierung der Gültigkeit der Doktrin für das gesamte GATT zitiert worden, siehe dazu u. a. *Sim*, S. 33f. Allerdings wurde die Doktrin in „*US – Section 301*“ relativiert, indem das Panel das amerikanische Argument ablehnte, dass keine WTO-Vorschrift die „discretionary“ Gesetzgebung verbietet (Panel Report „*US – Section 301*“, para. 7.53-7.54, 7.85). Der Appellate Body hat bis dato vermieden, eine allgemeine Erklärung zu dieser Doktrin zu machen, jedoch die Meinung des *Section 301*-Panels implizit anerkannt: „As the Panel seemed to acknowledge, we have not, as yet, been required to pronounce generally upon the continuing relevance or significance of the mandatory/discretionary distinction. Nor do we consider that this appeal calls for us to undertake a comprehensive examination of this distinction. We do, nevertheless, wish to observe that, as with any such analytical tool, the import of the "mandatory/discretionary distinction" may vary from case to case. For this reason, we also wish to caution against the application of this distinction in a mechanistic fashion.“ (Appellate Body Report „*US – Sunset Review (Japan)*“, para. 93) Zur unterschiedlichen Bewertungen dieser Aussage vom Appellate Body, siehe *Davies*, S. 206, *Naiki*, S. 70. Man muss darauf hinweisen, dass die Anwendbarkeit der Doktrin auf Art. III noch nicht in den Streitigkeiten offenkundig bezweifelt wird.

⁴⁵⁰ Appellate Body Report „*US – 1916 Act*“, para. 88-89.

⁴⁵¹ Abs. 4 lautet: „The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of

In den Anwendungsbereich des Abs. 4 fallen „laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use“.

Dass das Wort „affecting“ in den GATT-Streitigkeiten weit interpretiert worden ist, hatte der Appellate Body in der oben erwähnten Entscheidung bezüglich der Interpretation desselben Wortes in Art. I GATS bestätigt.⁴⁵² Beispielsweise fallen die verfahrensrechtlichen Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Abs. 4, wenn sie die Wettbewerbsbedingungen der Produkte beeinträchtigen.⁴⁵³

Da relativ klar ist, was Gesetze und Verordnungen sind, wurde die Interpretation der „requirements“ von einem Panel folgendermaßen zusammengefasst:

„... it has not been contested in this dispute that, as stated by previous GATT and WTO panel and appellate body reports, Article III:4 applies not only to mandatory measures but also to conditions that an enterprise accepts in order to receive an advantage, including in cases where the advantage is in the form of a benefit with respect to the conditions of importation of a product.“⁴⁵⁴

Ein anderes Panel bemerkte, wenn man „laws, regulations or requirements“ wörtlich interpretierte, sollten sie auf einen engeren Umfang als „measures“ in Art. XXIII:1(b) hinweisen. Allerdings entschied es aufgrund der vorherigen weitreichenden Interpretation der „laws, regulations or requirements“: „we shall assume for the purposes of our present analysis that they should be interpreted as encompassing a similarly broad range of government action and action by private parties that may be assimilated to government action“.⁴⁵⁵

Eine Rüge, dass Art. III Abs. 4 verletzt wird, muss drei Elemente enthalten: i) die importierten und inländischen Waren müssen gleichartig sein; ii) die angefochtene Maßnahme muss „laws, regulations or requirements“ darstellen; iii) die importierten Waren müssen weniger günstig als die gleichartigen inländischen Produkte behandelt werden.⁴⁵⁶ Mithin sind „likeness“ und „treatment no less favourable“ zwei wesentliche Elemente für die Festlegung der Diskriminierung unter Abs. 4.

differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.“

⁴⁵² Appellate Body Report „EC – Bananas III“, para. 220.

⁴⁵³ GATT Panel Report „US – Section 337“, para. 5.10.

⁴⁵⁴ Panel Report „Canada – Autos“, para. 10.73. In den früheren GATT-Entscheidungen wurde beispielsweise die Vorbedingung für günstigere Kredite, inländische Produkte zu kaufen, als „requirements“ betrachtet („Italy – Agricultural Machinery“, siehe *GATT-Guide*, S. 159), oder die analogen unentbehrlichen „freiwilligen“ Zusicherungen für Investitionszulassungen, welche durch die Inkorporation in den Investitionsvertrag die rechtliche Verbindlichkeit erlangen (GATT Panel Report „Canada – FIRA“, para. 5.4).

⁴⁵⁵ Panel Report „Japan – Film“, para. 10.376.

⁴⁵⁶ Appellate Body Report „Korea – Beef“, para. 133.

a. „*Likeness*“

In Zusammenhang mit Abs. 2 ist festgestellt worden, dass die Gleichartigkeit der Produkte im Fall der *de jure* Diskriminierung kein Problem darstellt, weil man die Gleichartigkeit aus dem Wortlaut der angefochtenen Maßnahmen herleiten kann, welche die eingeführten Produkte lediglich aufgrund ihrer Herkunft von den inländischen unterscheiden. Dies gilt auch für die Gleichartigkeitsfrage in Abs. 4.

In den bisherigen Fällen bezüglich Abs. 4 hat es sich meistens um die *de jure* diskriminierenden Maßnahmen gehandelt, in denen die Gleichartigkeitsfrage eine weniger bedeutsame Rolle spielte. Beispielsweise ging es in „*Korea – Beef*“ u. a. um die Vereinbarkeit eines „dual retail system“ mit dem Art. III:4, wobei Einzelhändler, welche eingeführtes Rindfleisch verkauften, inländisches Rindfleisch nicht verkaufen durften und *vice versa*. Einzelhändler, die eingeführtes Rindfleisch verkaufen, mussten Schilder mit der Bezeichnung „Specialized Imported Beef Store“ anbringen. Hier war die Gleichartigkeit des eingeführten und inländischen Rindfleisches unstreitig.⁴⁵⁷

Im Fall „*EC – Asbestos*“ hatte der Appellate Body zum ersten Mal das Merkmal „like products“ in Art. III Abs. 4 eingehend interpretiert.⁴⁵⁸ Umstritten war die Gleichartigkeit zwischen Asbestfasern, welche die menschliche Gesundheit stark gefährden und anderen PCG-Fasern sowie zwischen Asbestzement und anderen Zementprodukten ohne Asbestfasern. Gegen die Entscheidung des Panels, dass diese Produkte gleichartig sind, legte die EU Berufung ein. Der Appellate Body begann die Analyse mit der Bekräftigung seines Akkordeonkonzeptes in „*Japan – Alcoholic Beverage*“,⁴⁵⁹ wendete sich dann Art. III Abs. 1 und Abs. 2 als dem relevanten Kontext zu. Da das generelle Prinzip in Abs. 1 durch zwei verschiedene Verpflichtungen in den zwei Sätzen des Abs. 2 für zwei Produktgruppen zum Ausdruck komme, verwende Abs. 4 nur die „like products“ und enthalte kein Gegenstück wie Abs. 2 Satz 2. Diese textliche Differenz habe beachtliche Bedeutung für die Interpretation der „like products“ in beiden Absätzen. Die Interpretation der Gleichartigkeit in Abs. 4 müsse daher „reflect that, in endeavouring to ensure "equality of competitive conditions", the "general principle" in Article III seeks to prevent Members from applying internal taxes and regulations in a manner which affects the competitive relationship, in the marketplace, *between the domestic and imported products involved*, "so as to afford protection to domestic production."“. Die Feststellung der Gleichartigkeit in Abs. 4 sei grundsätzlich die Feststellung „about the nature and extent of a competitive relationship between and among products“. Es

⁴⁵⁷ Panel Report „*Korea – Beef*“, para. 618.

⁴⁵⁸ Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 88.

⁴⁵⁹ Ibid.

wäre dann unvereinbar mit dem generellen Prinzip in Abs. 1, wenn die von Abs. 2 und Abs. 4 erfassten Produktumfänge deutlich unterschiedlich wären und ein Mitglied somit anhand der nicht-steuerrechtlichen Maßnahmen gewisse inländische Produkte schützen könnte. Denn durch Abs. 2 wäre es verboten, dasselbe Ziel mit den steuerrechtlichen Maßnahmen zu erreichen. Infolgedessen entschied der Appellate Body:⁴⁶⁰

„For these reasons, we conclude that the scope of "like" in Article III:4 is broader than the scope of "like" in Article III:2, first sentence. Nonetheless, we note, once more, that Article III:2 extends not only to "like products", but also to products which are "directly competitive or substitutable", and that Article III:4 extends only to "like products". In view of this different language, and although we need not rule, and do not rule, on the precise product scope of Article III:4, we do conclude that the product scope of Article III:4, although broader than the *first* sentence of Article III:2, is certainly *not* broader than the *combined* product scope of the *two* sentences of Article III:2 of the GATT 1994.“

Anschließend wendete sich der Appellate Body der Analyse der Gleichartigkeit der Asbeste und PCG-Fasern zu. Er bezog sich zuerst auf die „Border Tax Adjustment“-Kriterien und betonte, dass diese Kriterien nur Instrumente sind, die der Sortierung und Überprüfung relevanter Beweise dienen. Sie seien weder vom Vertrag (GATT) vorgeschrieben noch abschließend, dadurch werde die Notwendigkeit nicht aufgehoben, in jedem konkreten Fall *alle* bezüglich der Beweise abzuwägen, außerdem seien einzelne „Border Tax Adjustment“-Faktoren miteinander zusammenhängend. Für Abs. 4 sei es wichtig, alle Beweise in Betracht zu ziehen, welche auf die Wettbewerbsbeziehungen der Produkte hinweisen.⁴⁶¹

Der Appellate Body glaubte, dass die Beweise bezüglich der Gesundheitsrisiken der Asbeste relevant für die Überprüfung unter den Kriterien der physischen Charakteristika und Verbraucherpräferenzen sind; außerdem werden verschiedene Fasern in verschiedenen Positionen des Zolltarifs eingeordnet.⁴⁶² Er lehnte zudem die kanadische Behauptung ab, dass die Verbraucherpräferenzen nicht mehr relevant in den Märkten sind, wo die normalen Wettbewerbsbedingungen durch Handelsbarrieren verzerrt werden. In einem solchen Fall könne hingegen ein Mitglied Beweise über die latente oder unterdrückte Nachfrage im

⁴⁶⁰ Ibid, para. 93-99.

⁴⁶¹ Ibid, para. 102-103. Infolgedessen betrachtete der Appellate Body die Analyse vom *Asbestos*-Panel als fehlerhaft, weil sie nur auf der Abwägung eines Kriteriums bzw. der physischen Charakteristika basierte und dabei noch mit der Untersuchung des Endgebrauchs der Produkte verschmolzen hatte, para. 109-110. Zur Festlegung, dass die „Border Tax Adjustment“-Kriterien weder vom Vertrag vorgeschrieben noch abschließend sind, vgl. *Hudec 2000*, S. 112f.

⁴⁶² Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 114, 122, 124. *Regan* stellt die Frage, warum genau die Gesundheit gefährdenden physischen Charakteristika bzw. nicht andere für die Festlegung der Gleichartigkeit wichtig sind; seiner Meinung nach verbirgt sich dahinter die Rechtfertigung durch den Regulierungszweck, siehe *Regan*, S. 465.

betreffenden Markt oder über die Substituierbarkeit im relevanten Drittmarkt erbringen.⁴⁶³ Aufgrund dieser Analyse hob der Appellate Body die Entscheidung vom Panel auf, dass die Asbeste und andere PCG-Fasern gleichartig sind.

Die Interpretation der „like products“ durch den Appellate Body in „*EC – Asbestos*“ entspricht vollständig seinem Akkordeonkonzept, nicht nur hinsichtlich der unterschiedlichen Umfänge der „like products“ in Abs. 2 und Abs. 4, welche deutlich und überzeugend erklärt worden sind, sondern auch bezüglich der Bedeutung verschiedener Faktoren für die Feststellung der Gleichartigkeit. Demgemäß sind im Allgemeinen alle Arten von Faktoren, einschließlich der vier „Border Tax Adjustment“-Kriterien und anderer relevanten Beweise, gleichermaßen wichtig und müssen in Betracht gezogen werden, um eine gesamte Bewertung zu erlangen, welche ihrerseits auf die Festlegung der Wettbewerbsbeziehungen zielt. Das relative Gewicht widersprüchlicher Beweise kann nur von Fall zu Fall analysiert werden, die Leitlinie dafür ist die Feststellung der Wettbewerbsbeziehungen.⁴⁶⁴ Dies lässt gewissermaßen die Frage offen, wie man in einem konkreten Fall verschiedene Faktoren abwägt.⁴⁶⁵

Obwohl der Appellate Body in seiner Analyse in „*EC – Asbestos*“ den „aims and effects test“ nicht ausdrücklich erwähnt hatte, wurde der Test doch implizit abgelehnt.⁴⁶⁶ Jedoch ist den Bedenken, dass die Inländerbehandlung zu tief in die Regulierungsautonomie der Staaten eingreifen könnte, aufgrund denen der „aims and effects test“ befürwortet wurde, sicherlich durch die Entscheidungen in „*EC – Asbestos*“ Rechnung getragen worden.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 123. Zur Kritik an die Argumente vom Appellate Body, siehe *Verhoosel 2002*, S. 58.

⁴⁶⁴ Ein Mitglied des Appellate Body bezweifelte allerdings in seiner abweichenden Ansicht „the necessity or appropriateness of adopting a "fundamentally" economic interpretation of the "likeness" of products under Article III:4 of the GATT 1994“, Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 154.

⁴⁶⁵ Vgl. *Ortino*, S. 256f., *Verhoosel 2002*, S. 57. *Ortino* weist auf die Möglichkeit hin, dass die Gleichartigkeit im Fall einer Produktdifferenzierung *à la Shrimp/Turtle* aufgrund der Verbraucherpräferenzen verneint werden könnte. Für *Verhoosel* könnte die Überbetonung der Verbraucherpräferenzen, die von der Regierung beeinflusst werden können, zu einem Paradox führen, dass die protektionistische Aufgabe, welche der Staat infolge der WTO-Verpflichtungen nicht mehr bewältigen kann, geschickt den Verbrauchern, die natürlich nicht am WTO-Recht verpflichtet sind, übertragen wird. Meines Erachtens sollte die Betonung des Endgebrauchs und der Verbraucherpräferenzen vom Appellate Body (para. 117, „particular importance“ und „highly relevant evidence“) nicht überschätzt werden. Sie soll lediglich auf die (relative, aber begründete) Vernachlässigung dieser Faktoren in den vorherigen Entscheidungen zurückgehen, weil sie überwiegend die Gleichartigkeit in Art. I und Art. III Abs. 2 betreffen. Wenn man den Kontext dieser Klauseln in Betracht zieht, scheint es nicht überraschend zu sein, dass die physischen Charakteristika und zolltariflichen Elemente eher im Vordergrund stehen und der Endgebrauch sowie die Verbraucherpräferenzen im Hintergrund.

⁴⁶⁶ Siehe u. a. *Ortino*, S. 254f., *Regan*, S. 445. Ein Beweis dafür ist die oben erwähnte abweichende Meinung, welche die Analyse vom Appellate Body als „a "fundamentally" economic interpretation of the "likeness" of products“ bezeichnet.

⁴⁶⁷ Vgl. *Cottier/Oesch*, S. 407.

b. „*Treatment no less favourable*“

Nachdem der Appellate Body in „*EC – Asbestos*“ das allgemeine Prinzip für die Interpretation der Gleichartigkeit in Abs. 4 erklärt hatte, betonte er, dass noch ein weiteres Element – „*treatment no less favourable*“ – zu überprüfen ist, um die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Abs. 4 zu bestimmen. Selbst wenn zwei Produkte gleichartig sind, bedeute dies *per se* nicht, dass die Maßnahme unvereinbar mit Abs. 4 ist. Ein Beschwerdeführer müsse noch die Existenz des „*less favourable treatment*“ nachweisen. Indem dieser Terminus das generelle Prinzip in Abs. 1 – „*should not be applied ... so as to afford protection to domestic production*“ – zum Ausdruck bringt, könnte ein Mitglied gegebenenfalls die gleichartigen Produkte differenzieren, ohne dass nur aufgrund dessen „*less favourable treatment*“ den eingeführten Produkten gewährt wird.⁴⁶⁸

Der „*US – Section 337*“ ist ein wichtiger Fall vor der Errichtung der WTO, in dem „*treatment no less favourable*“ in Art. III:4 interpretiert wurde und dessen Interpretation großen Einfluss hat. Aufgrund der Festlegung, dass „*treatment no less favourable*“ die „*effective equality of opportunities*“ erfordert, wies das Panel darauf hin, dass einerseits ein Mitgliedstaat den eingeführten Produkten eine formal unterschiedliche Behandlung gewähren könnte, wenn die Produkte dadurch besser behandelt würden. Andererseits könne es solche Fälle geben, wo die Anwendung der formal identischen Vorschriften praktisch zum „*less favourable treatment*“ der eingeführten Produkte führt. Mithin sei die Tatsache, dass unterschiedliche Bestimmungen auf eingeführte und inländische Produkte angewendet werden, „*in itself not conclusive*“ für die Festlegung einer Verletzung des Abs. 4. Vielmehr soll überprüft werden, ob durch solchen Unterschied die eingeführten Produkte weniger günstig behandelt worden sind, dabei obliegt die Beweislast dem die unterschiedliche Behandlung gewährenden Staat, dass trotzdem der Standard „*treatment no less favourable*“ erfüllt wird.⁴⁶⁹

Das Panel lehnte das amerikanische Argument ab, dass die Überprüfung auf den „*actual results*“ basieren sollte; um die Vereinbarkeit mit „*treatment no less favourable*“ festzustellen, solle hingegen überprüft werden, ob die Maßnahme „*in itself*“ zur weniger günstigen Behandlung führt.⁴⁷⁰

Zudem bemerkte das Panel, dass „*treatment no less favourable*“ für „*each individual case of imported products*“ anzuwenden ist. Abgelehnt wurde „*any notion of balancing more*

⁴⁶⁸ Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 100.

⁴⁶⁹ GATT Panel Report „*US – Section 337*“, para. 5.11.

⁴⁷⁰ Ibid, para. 5.12-5.13.

favourable treatment of some imported products against less favourable treatment of other imported products“.⁴⁷¹

Der Appellate Body hielt in „*Korea – Beef*“ die Aussage des Panels, dass jede differente Regulierung auf der exklusiven Basis vom Ursprung der Produkte mit Art. III unvereinbar ist, für unzutreffend und bekräftigte ausdrücklich die einschlägige Entscheidung in „*US – Section 337*“:

„A formal difference in treatment between imported and like domestic products is thus neither necessary, nor sufficient, to show a violation of Article III:4. Whether or not imported products are treated "less favourably" than like domestic products should be assessed instead by examining whether a measure modifies the *conditions of competition* in the relevant market to the detriment of imported products.“⁴⁷²

Der am Anfang dieses Abschnitts zitierte Paragraph 100 des Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“ bestätigt nochmals diese grundsätzliche Aussage.⁴⁷³ Zudem enthält dieser Paragraph einen wichtigen Punkt für die Bestimmung des „treatment no less favourable“, wenn man die bezügliche Entscheidung vom Panel und die Tatsache berücksichtigt, dass der Appellate Body eigentlich hier das Thema nicht zu diskutieren brauchte, nachdem er entschieden hatte, dass die betreffenden Produkte nicht gleichartig sind.

Das Panel in „*EC – Asbestos*“ hatte die Existenz der weniger günstigen Behandlung darin gesehen, dass die kanadischen Asbeste durch die französische Maßnahme weniger günstig als die inländischen Substitute (PCG-Fasern) behandelt werden. Somit scheint die Festlegung des „less favourable treatment“ vom Panel darauf zu basieren, dass irgendwelche eingeführte Produkte verboten werden und beliebige gleichartige inländische Produkte hingegen zugelassen werden.⁴⁷⁴ Der Appellate Body hätte eine solche Festlegung zurückgewiesen, wenn er die Gleichartigkeit der betreffenden Produkte bejaht hätte und die Existenz der weniger günstigen Behandlung feststellen müsste.⁴⁷⁵ Dies kommt darin zum Ausdruck, dass zum einen der Appellate Body sich auf „the group“ der eingeführten und der inländischen

⁴⁷¹ Ibid, para. 5.14.

⁴⁷² Appellate Body Report „*Korea – Beef*“, para. 136-138.

⁴⁷³ Es ist oft gesagt worden, dass dies nicht der (alleinige) Zweck dieses *Obiter Dictum* sein soll, weil im *Asbestos*-Fall es unmöglich ist, dass die gleichartigen Produkte unterschiedlich, jedoch gleich behandelt werden könnten, siehe *Ehring*, S.944f., *Regan*, S. 471.

⁴⁷⁴ *Ehring* bezeichnet diese Methode als „diagonal test“ und bemerkte: „[u]nder the diagonal approach, one compares the treatment accorded to the disfavoured foreign goods with that enjoyed by the favoured domestic goods, e.g. domestic low-alcohol beer receives more favourable treatment than imported strong beer. This means that it is always possible to find a violation of Article III:4, as long as the disfavoured type is (potentially) imported and the favoured type exists domestically. Even when imported products overwhelmingly receive the better treatment and most domestic goods fall in the less advantageous category, there is still a violation“, siehe *Ehring*, S. 924.

⁴⁷⁵ Vgl. *Ehring*, S. 944, *Ortino*, S. 259.

Produkte bezog. Zum anderen würde infolge der Analyse des Panels jede Differenzierung der gleichartigen Produkte zur weniger günstigen Behandlung führen, was der Bemerkung im Paragraph 100 widerspricht, dass ein Staat gegebenenfalls die gleichartigen Produkte differenzieren könnte, ohne dass nur deswegen eingeführte Produkte weniger günstig als inländische gleichartige Produkte behandelt werden.

Wenn ein Vergleich zwischen der Gruppe eingeführter Waren einerseits und der Gruppe inländischer gleichartiger Waren andererseits gezogen würde, so könnte die Existenz der weniger günstigen Behandlung erst dann festgestellt werden, wenn die erste Gruppe durch die Maßnahme mehr oder überwiegend belastet worden wäre.⁴⁷⁶

Die Befürworter eines derartigen „asymmetric impact test“ beschränken seine Anwendung auf Fälle der möglichen *de facto* Diskriminierung und führen etliche Beweise dafür an, dass der Test schon häufig implizit durch die Streitbeilegungsorgane des GATT/WTO angewendet worden ist.⁴⁷⁷ Auf die Frage, ob ein solcher Test mit der Aussage in „US – Section 337“, dass „any notion of balancing more favourable treatment of some imported products against less favourable treatment of other imported products“ abzulehnen ist, im Widerspruch steht, antworten sie mit Nein, weil es in „US – Section 337“ um eine *de jure* Diskriminierung ging und der „asymmetric impact test“ nur im Fall einer *de facto* Diskriminierung anzuwenden ist, wobei eine Untergruppe von Produkten (z. B. Asbeste), unabhängig von ihrem Ursprung, immer identisch behandelt wird und die Balancierung der unterschiedlichen Behandlungen hier nicht infrage kommt.⁴⁷⁸

Nach dem *Asbestos*-Fall haben die Streitbeilegungsorgane noch keine Gelegenheit gehabt, für die Bestimmung der *de facto* Diskriminierung in Abs. 4 den „asymmetric impact test“ einzusetzen. In einem Fall bezüglich der Inländerbehandlung im TRIPS hat das Panel aber einen Vergleich im Sinne des Paragraphen 100 durchgeführt, der im weiteren Verlauf darzulegen ist.

Der Fall „*Dominican Republic – Cigarettes*“ ist der neuste Fall, in dem der Appellte Body Art. III:4 interpretiert hat. Es ging u. a. um die Vereinbarkeit mit Art. III:4 eines Erfordernisses, Bonds zur Sicherung der Steuerzahlung („bond requirement“) einzulegen. Gegen die Entscheidung vom Panel, dass der Beschwerdeführer – Honduras – das „less favourable treatment“ durch das Sonderfordernis nicht nachgewiesen hatte, legte Honduras Berufung ein. Ein Argument von Honduras war, dass die Pro-Stück-Kosten des Sonderfordernisses für eingeführte Zigaretten höher sind als für inländische, weil der Umsatz

⁴⁷⁶ Ehring nennt dies als „asymmetric impact test“, siehe Ehring, S. 924f.

⁴⁷⁷ Siehe Ehring, S. 933ff., Ortino, S. 242ff.

⁴⁷⁸ Siehe Ehring, S. 946f., Fauchald, S. 226f., Ortino, S. 260.

inländischer Zigaretten auf dem dominikanischen Markt größer ist als der von eingeführten Zigaretten. Der Appellate Body wies dieses Argument zurück und erklärte:

„... the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by *factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product*, such as the market share of the importer in this case...Indeed, the difference between the per-unit costs of the bond requirement alleged by Honduras is explained by the fact that the importer of Honduran cigarettes has a smaller market share than two domestic producers (the per-unit cost of the bond requirement being the result of dividing the cost of the bond by the number of cigarettes sold on the Dominican Republic market). In this case, the difference between the per-unit costs of the bond requirement alleged by Honduras does not depend on the foreign origin of the imported cigarettes.“⁴⁷⁹

Da die Entscheidung über den konkreten Sachverhalt zweifellos richtig sein soll, stellt sich die Frage, ob die „factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product“ eine neue Entwicklung bei der Feststellung bzw. Rechtfertigung der weniger günstigen Behandlung im Fall einer möglichen *de facto* Diskriminierung darstellen. Eine Antwort darauf in einer künftigen Entscheidung der Streitbeilegungsorgane könnte große Bedeutung für die Interpretation des Abs. 4 haben.

III. Art. XVII GATS

Art. XVII GATS sieht die Inländerbehandlung folgendermaßen vor: „In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.“

Die Inländerbehandlung im GATS ist somit keine allgemeine, sondern eine sektor-spezifische Verpflichtung, sie gilt nur für Sektoren, für die eine Vertragspartei Zugeständnisse gemacht hat, und zudem unterliegt sie den Beschränkungen und Vorbehalten, die von der Vertragspartei hinzugefügt wurden. Dieser sektor-spezifische Charakter geht auf die folgende Tatsache zurück: da das GATT die Zölle zulässt, die die inländische Produktion gewissermaßen schützen können und nicht von Art. III erfasst werden, richtet sich der Grad des Marktzutritts im Dienstleistungshandel vor allem danach, ob und inwieweit die Inländerbehandlung gewährt wird; somit würde die Verpflichtung einer allgemein geltenden

⁴⁷⁹ Appellate Body Report „*Dominican Republic – Cigarettes*“, para. 96 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Inländerbehandlung schon bedeuten, dass freier Marktzugang allen Dienstleistungen auf einmal gewährt würde. Selbst im Bereich des Warenhandels ist eine volle Liberalisierung unmöglich, geschweige denn für den Dienstleistungshandel, wo die Interessen des Staates noch sensibler sind.⁴⁸⁰ Deswegen werden für das GATS die sektor-spezifischen Marktzugang- und Inländerbehandlungszugeständnisse in Verbindung mit der progressiven Liberalisierung durch multilaterale Verhandlungen eingeführt. Dabei legt jede Vertragspartei eine positive Liste von Sektoren fest, für welche sie Zugeständnisse von der Inländerbehandlung (und den Marktzugängen) macht. Dies wird als „bottom-up“ approach“ bezeichnet. Für diese Sektoren darf die Vertragspartei noch eine negative Liste von Maßnahmen hinzufügen, die mit dem GATS unvereinbar sind und von der Vertragspartei trotzdem beibehalten werden können. Daher wird die Vereinbarung solcher Zugeständnisse als „hybrid“ approach“ genannt,⁴⁸¹ und die Inländerbehandlung als „specific commitments“ bezeichnet.⁴⁸²

Neben der Inländerbehandlung ist der Marktzugang eine andere Art von spezifischen Verpflichtungen gemäß Art. XVI GATS. Eine grobe Abgrenzung dieser zwei spezifischen Verpflichtungen ist von einem Kommentator anhand einer Tabelle veranschaulicht worden:⁴⁸³

Type of Measures	Treatment	GATS Article
quantitative and discriminatory	Market Access	XVI
quantitative and non-discriminatory	Market Access	XVI
qualitative and discriminatory	National Treatment	XVII
qualitative and non-discriminatory	Domestic Regulation	VI

Dies ist keine präzise Abgrenzung, weil in der Tat die Beziehungen zwischen den Maßnahmen unter Art. XVII und Art. XVI ziemlich kompliziert und daher von einer „Explanatory Note“ eingehend geklärt worden sind.⁴⁸⁴ In den Anwendungsbereich des Art. XVI fallen nur solche Maßnahmen, die von der abschließenden Liste in Art. XVI:2 erfasst werden, und zwar unabhängig davon, ob sie diskriminierend sind oder nicht. Diese Liste enthält vier Arten von quantitativen Beschränkungen sowie Beschränkungen bezüglich der

⁴⁸⁰ Siehe *WTO-Guide*, S. 172, vgl. *Schott 1994*, S. 101.

⁴⁸¹ Siehe *Sauvé*, S. 133.

⁴⁸² Dass der Dienstleistungshandel dadurch halbwegs liberalisiert wird, wurde am Anfang bemängelt. Beispielsweise hatte *Sauvé* gefragt, ob das GATS „half-full or half-empty“ ist, siehe *Sauvé*, S. 125, vgl. *Feketekuty*, S. 96. Jetzt scheint dieses „model of progressive and individualised liberalisation“ eher Zustimmung zu finden, siehe *Cottier/Oesch*, S. 830f.

⁴⁸³ Siehe *Arkell*, S. 382, vgl. dazu die Figur von *Mattoo*, *Mattoo 1997*, S. 115.

⁴⁸⁴ Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS), adopted by the Council for Trade in Services on 23 March 2001, S/L/92, S. 3-7.

rechtlichen Unternehmensformen und der Beteiligung ausländischen Kapitals. Somit fallen auch bestimmte qualitative Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Art. XVI. Zudem beziehen sich die quantitativen Beschränkungen in Art. XVI:2 nur auf Maximalbeschränkungen. Weil Art. XVII keine derartige abschließende Liste wie in Art. XVI:2 enthält, würden diskriminierende (quantitative) Minimalerfordernisse von Art. XVII verboten. Nicht zuletzt könnte eine Maßnahme sowohl mit Art. XVII als auch mit Art. XVI unvereinbar sein, dafür sieht Art. XX Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die Maßnahme in die für Art. XVI vorgesehene Spalte eingetragen wird und der Eintrag als Bedingung oder Qualifikation auch zu Art. XVII gilt. Daher muss eine Vertragspartei zuerst überprüfen, ob eine anzufechtende Maßnahme des anderen Mitglieds in den Anwendungsbereich des Art. XVII oder Art. XVI fällt und ob dafür Beschränkungen aufgeführt werden, bevor sie eine Verletzung der Inländerbehandlung rügt.

Die Beziehungen zwischen den spezifischen Verpflichtungen einschließlich der Inländerbehandlung einerseits und der Meistbegünstigung bzw. den Freistellungen von ihr andererseits sind oben bereits erklärt worden. Ebenso die Frage, was und wer davon begünstigt werden.

Unter der Voraussetzung der sektor-spezifischen Anwendung gilt Art. XVII für „all measures affecting the supply of services“. Dieser Terminus ist bereits in Zusammenhang mit Art. II GATS analysiert worden, was natürlich auch für Art. XVII gilt.

a. „Likeness“

Die zwei zentralen Termini – „likeness“ und „treatment no less favourable“ – in Art. XVII (und in Art. II GATS) sind, wie die Untersuchung der Nichtdiskriminierungsklauseln in GATT gezeigt hat, interpretationsbedürftig. Jedoch hat es bis dato noch ganz wenige Fälle gegeben, in denen die Termini interpretiert wurden.

In diesen wenigen Fällen war die Gleichartigkeit der Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer nur ein Randproblem. In „*EC – Bananas III*“, dem ersten Fall in Zusammenhang mit Art. II und Art. XVII GATS, behaupteten die klagenden Parteien, dass die gerügten Maßnahmen ihre Dienstleistungen (Großhandel) der Erbringungsmodalität 3 bzw. durch kommerzielle Präsenz diskriminieren.⁴⁸⁵ Zuerst legte das Panel fest, dass die EU für den Großhandel durch kommerzielle Präsenz ein vollständiges Zugeständnis ohne Beschränkungen gemacht hat.⁴⁸⁶ Dann erklärte das Panel, dass die Natur und Charakteristika des Großhandels sowie seiner verschiedenen untergeordneten Dienstleistungen, die in

⁴⁸⁵ Panel Report „*EC – Bananas III*“, para. 7.294.

⁴⁸⁶ Ibid, para. 7.305-7.306.

dieselbe Position der Central Product Classification (CPC) fallen, gleichartig sind und zwar unabhängig von der Herkunft der gehandelten Bananen, und, „[s]imilarly, in our view, to the extent that entities provide these like services, they are like service suppliers“.⁴⁸⁷

Aus einer einzigen und kurzen Entscheidung kann man sicherlich nicht schlussfolgern, wie die Gleichartigkeit der Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer festzustellen ist. Allerdings sollte es plausibel sein, dass das Akkordeonprinzip des Appellate Body für die Interpretation der „like products“ auf die parallele Gleichartigkeitsfrage in GATS übertragen werden soll. In der GATT-Praxis stellt die Gleichartigkeitsfrage kein Problem dar, wenn es sich um eine *de jure* Diskriminierung handelt, weil die einzige Basis der Unterscheidung der Ursprung der Produkte ist und man annehmen kann, dass andere Aspekte der Produkte und somit die Produkte gleichartig sind. Die gleiche Logik soll auch in Zusammenhang mit der Gleichartigkeit der Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer gelten. Problematisch ist vielmehr die Gleichartigkeit im Fall einer *de facto* Diskriminierung. Hinsichtlich der gleichen Zielsetzung, die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu schützen,⁴⁸⁸ könnte man doch unter Berücksichtigung der GATT-Praxis die möglichen Kriterien oder Faktoren für die Bestimmung der Gleichartigkeit im GATS kurz analysieren.

Die Festlegung vom *Bananas*-Panel bezüglich der gleichartigen Dienstleistungen ist überzeugend, denn es ist inakzeptable, die betreffenden Dienstleistungen lediglich aufgrund der verschiedenen Ursprünge der gleichartigen Waren als „unlike“ zu betrachten. Aufgrund des sektor-spezifischen Charakters der Inländerbehandlung untersuchte es zuerst die Zugeständnisliste der EU und legte den Umfang des Großhandels anhand der „Services Sectoral Classification List“ sowie CPC aus. Die spezifischen Zugeständnisse im GATS sind integraler Bestandteil des WTO-Rechts wie die Zollzugeständnisse im GATT, die obigen Nomenklaturen können als die übliche Praxis der Klassifizierung der Dienstleistungen wie das HS im Warenhandel betrachtet werden. Diesen nomenklatorischen Elementen kann somit die parallele Rolle zukommen, welche die zolltariflichen Elemente bei der Festlegung der „like products“ spielen.⁴⁸⁹ Andererseits muss man darauf hinweisen, dass zum einen diese Klassifizierungen der Dienstleistungen viel weniger präzise als das HS sind. Zum anderen soll die Weiterspezifizierung *per se* nicht als unvereinbar mit den GATS-Verpflichtungen

⁴⁸⁷ Ibid, para. 7.322. Die CPC wurde von den Vereinten Nationen entwickelt und kann zur genauen Beschreibung bestimmter Dienstleistungen dienen, die in den Listen der spezifischen Zugeständnisse von WTO-Mitgliedern aufgeführt worden sind. Die meisten WTO-Mitglieder gestalteten ihre Liste auf der Basis der „Services Sectoral Classification List“ (GATT Doc. MTN/GNS/W/120), die von „Group of Negotiations on Services“ für die Verhandlungen des GATS vorbereitet wurde und 12 Hauptsektoren mit ungefähr 160 Untersektoren enthält.

⁴⁸⁸ Ibid, para. 7.320.

⁴⁸⁹ Dazu vgl. *Abu-Akeel*, S. 112f., *Mattoo* 1997, S. 127f., *Zdouc* 2004, S. 396f.

betrachtet werden, wie es in der GATT-Praxis seit langem anerkannt ist. Daher wäre es noch wahrscheinlicher, dass Dienstleistungen in der gleichen Position in einem konkreten Fall nicht als gleichartig anzusehen sind. Dafür müssen andere Faktoren in Betracht gezogen werden.

Angesichts des immateriellen Charakters der Dienstleistungen ist es offenkundig, dass die physischen Charakteristika viel geringere Bedeutung für die Gleichartigkeitsbestimmung im GATS als im GATT haben sollen.⁴⁹⁰ Aber die physischen Charakteristika der Waren könnten bedeutsame Rolle spielen, wenn die Dienstleistungen eng mit den Produkten verbunden sind. Beispielsweise sollen die Großhändler, die nur Bananen verkaufen, nicht gleichartig mit denjenigen Großhändlern sein, die nur mit Autos handeln. Schließlich gibt es zwischen ihnen keine ausreichenden direkten Wettbewerbsbeziehungen.⁴⁹¹ Dies entspricht der prinzipiellen Zielsetzung einer Nichtdiskriminierungsklausel. Infolgedessen soll die Feststellung der Wettbewerbsbeziehungen im Zentrum der Gleichartigkeitsfrage stehen. Dafür sind der Endgebrauch und die Verbraucherpräferenzen von praktischer Bedeutung.

Das obige Beispiel von Bananen- und Autogroßhändlern weist darauf hin, dass der unterschiedliche Endgebrauch (aufgrund der unterschiedlichen physischen Charakteristika) der Produkte und infolgedessen auch der Endgebrauch der Dienstleistungen ein geeigneter Faktor für die Bestimmung der Gleichartigkeit ist.⁴⁹² In Bezug auf die Verbraucherpräferenzen weist ein Kommentator darauf hin, dass sie besonders nützlich für standardisierte Dienstleistungen wären und hingegen eher irrelevant für jene, die speziell gemäß der besonderen Verbraucherpräferenz „tailored“ sind.⁴⁹³

Eine spezielle Frage aufgrund der besonderen Struktur des GATS ist, ob die „gleichen“ Dienstleistungen, die aber durch unterschiedliche Modalitäten erbracht werden, wenn es möglich wäre, gleichartig sind. Meines Erachtens sollten diese Frage mit Nein beantwortet werden, weil die Struktur der spezifischen Zugeständnisse impliziert, dass die Zugeständnisse modalitäts-spezifisch sind. Es ist üblich, dass eine GATS-Vertragspartei die Erbringung der Dienstleistungen durch eine Modalität verbietet und durch eine andere erlaubt. Die

⁴⁹⁰ Vgl. *Mattoo 1997*, S. 127, *Zdouc 2004*, S. 396.

⁴⁹¹ Angesichts der begrenzten Konsumfähigkeit besteht eine Wettbewerbsbeziehung zwischen allen Gütern und Dienstleistungen, beispielsweise könnte das Kaufen eines Autos bereits bedeuten, dass die Wahrscheinlichkeit, eine Auslandsreise zu machen, geringer geworden ist. Mithin bemerkte der Appellate Body: „we are mindful that there is a spectrum of degrees of "competitiveness" or "substitutability" of products in the marketplace, and that it is difficult, if not impossible, in the abstract, to indicate precisely where on this spectrum the word "like" in Article III:4 of the GATT 1994 falls. We are not saying that *all* products which are in *some* competitive relationship are "like products" under Article III:4.“ (Appellate Body Report „*EC – Asbestos*“, para. 99)

⁴⁹² Vgl. *Mattoo 1997*, S. 128, *Zdouc 2004*, S. 395.

⁴⁹³ Siehe *Zdouc 2004*, S. 495f.

Zugeständnisse der Inländerbehandlung sind auch je nach verschiedenen Modalitäten gemacht.⁴⁹⁴

Wie der Appellate Body in Zusammenhang mit „like products“ betont hatte, können die obigen Faktoren ebenfalls keine abschließende Liste für die Bestimmung der Gleichartigkeit im GATS darstellen. Welche Faktoren noch zusätzlich in Betracht zu ziehen sind, können nur von Fall zu Fall festgestellt werden. Dazu könnte auch die Qualifikation der Dienstleistungserbringer gehören, wenn man darauf hinweist, dass diese die Qualität der Dienstleistungen stark beeinflussen kann. Andererseits könnte behauptet werden, dass dies eher die Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer betrifft.

In Bezug auf die Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer hatte das *Bananas*-Panel eine einfache Lösung geboten: „to the extent that entities provide these like services, they are like service suppliers“.⁴⁹⁵ Ob diese Lösung angemessen ist, kann nicht im Allgemeinen festgestellt werden. Vielmehr hängt ihre Angemessenheit von der Klärung folgender Fragen ab:

i) Wie wird die Gleichartigkeit der Dienstleistungen festgelegt? Somit ist klar geworden, dass die Gleichartigkeit der Dienstleistungen eigentlich die grundlegende Frage ist. Zum einen soll die Gleichartigkeit der Dienstleistungen von Fall zu Fall festgelegt werden. Infolgedessen ist unmöglich im Allgemeinen vorherzusagen, ob die Lösung des *Bananas*-Panels angemessen ist. Jedenfalls scheint sie in „*EC – Bananas*“ unumstritten zu sein. Zum anderen stellt die Angemessenheit dieser Lösung insbesondere auf die oben diskutierte Gleichartigkeit der Dienstleistungen durch verschiedene Modalitäten ab. Wenn solche Dienstleistungen als gleichartig betrachtet würden, würde in der Tat der Unterschied zwischen der Modalität 1 und 3 verwischt und die Nichtdiskriminierung in der Vorinvestitionsphase eingeführt, welche, wie oben festgestellt, die Vertragsparteien des GATS nicht vorgehabt haben. In einem solchen Fall stände die Lösung des Panels in offenkundigen Widerspruch mit dem Willen der Vertragsparteien und wäre sehr unangemessen.

⁴⁹⁴ Vgl. *Mattoo 1997*, S. 119. *Zdouc* weist in diesem Zusammenhang auf die Verhandlungsgeschichte hin. Im Brussels Draft des GATS hatte es eine Alternative zur MFN-Klausel gegeben, die die Anwendung der MFN nur für gleichartige Dienstleistungen „in like circumstances“ oder „with respect to the same mode of supply“ vorsah. Die jetzige Fassung des Art. II wurde angenommen, weil die Vertragsparteien glaubten, dass die Freistellungen von der MFN ausreichende Flexibilität bieten können. Die Gleichartigkeitsfrage der Dienstleistungen durch verschiedene Modalitäten war hingegen in Zusammenhang mit der Inländerbehandlung in den Verhandlungen wegen der früh erkannten geltenden Struktur der Zugeständnisliste wenig debattiert. Solange ein Mitglied in seiner Liste die unterschiedliche Behandlung der Dienstleistungen durch verschiedene Modalitäten explizit aufführt, ist die Ungleichartigkeit von denen nicht infrage gestellt. Allerdings sind die MFN-Freistellungen temporär, und die spezifischen Zugeständnisse der Inländerbehandlung unterliegen der Verpflichtung der progressiven Liberalisierung. Früher oder später muss diese Gleichartigkeitsfrage durch die Interpretation der bezüglichen Klauseln geklärt werden. Vgl. dazu *Zdouc 2004*, S. 402f.

⁴⁹⁵ Zur Kritik daran, siehe *Zdouc 2004*, S. 399ff. *Zdoucs* Bedenken bezieht sich auf die Differenzierung der potentiellen und aktuellen Dienstleistungserbringer. Infolgedessen empfiehlt er, die Festlegung der Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer auf „a combination of service-related and supplier-related factors“ zu basieren.

ii) In welchem Fall könnten die Dienstleistungserbringer, die gleichartige Dienstleistungen erbringen, nicht gleichartig sein? Dafür könnte eine „origin-neutral“ Maßnahme, die Dienstleistungserbringer aufgrund bestimmter Aspekte von diesen unterschiedlich behandelt, in Betracht kommen. Aspekte der Dienstleistungserbringer werden in der Praxis durch die Qualifikationserfordernisse, technische Normen und Zulassungserfordernisse reguliert. Dafür sieht Art. VI GATS vor, dass der Rat für Handel mit Dienstleistungen alle notwendigen Disziplinen erarbeiten soll und solche Erfordernisse u. a. a) auf objektiven und transparenten Kriterien wie Kompetenz und Fähigkeit zur Erbringung der Dienstleistung beruhen; b) nicht belastender sind als nötig, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten.⁴⁹⁶ Daher sollte die Vereinbarkeit solcher „origin-neutral“ Maßnahmen besser direkt unter Art. VI und künftigen einschlägigen Disziplinen überprüft werden, als sie in die Gleichartigkeitsfrage zu verwickeln.⁴⁹⁷

iii) Selbst wenn die Gleichartigkeit dieser Erbringer bejaht würde, muss immer noch festgestellt werden, ob solche „origin-neutral“ Maßnahmen „treatment no less favourable“ verursachen. Angesichts der oben dargelegten ständigen Entwicklung der Interpretation dieses Terminus lässt sich sagen, dass die „origin-neutral“ Differenzierung aufgrund bestimmter Aspekte der Dienstleistungserbringer nicht automatisch als weniger begünstigte Behandlung beurteilt werden.

Zusammenfassend hätte das *Bananas*-Panel wirklich eine einfache Lösung der Problematik der Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer angeboten, aber unter der Voraussetzung, dass die obigen Fragen angemessen beantwortet werden. Man dürfte sagen, dass in der Tat die möglichen Probleme bezüglich der Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer auf die Interpretation der Gleichartigkeit der Dienstleistungen, des „treatment no less favourable“ und des Art. VI abgeschoben werden können, was meines Erachtens doch angemessen sein sollte.

⁴⁹⁶ Art. VI Abs. 4 GATS. Die Beziehung zwischen diesem Absatz und Art. XVII sowie Art. XVI wurde in der Working Party on Professional Services (WPPS) bei der Entwicklung bezüglich Disziplinen im Buchhaltungssektor diskutiert, wofür die WPPS eine *informelle* Note (S/WPPS/4, vom 10.12.1998) erarbeitet hatte. In der Note bemerkt die WPPS, dass die unter Art. VI:4 auszuarbeitenden Disziplinen anderen GATS-Vorschriften einschließlich Art. XVI und XVII nicht überlappen müssen, um die Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Aufgrund dessen meint die WPPS, dass die Disziplinen unter Art. VI:4 diejenigen Maßnahmen erfassen, die keine Beschränkungen des Marktzugangs als solche darstellen und „in principle“ die ausländischen Dienstleistungserbringer nicht diskriminieren. Zugleich gibt sie zu, dass es sorgfältig zu überprüfen ist, ob eine konkrete Maßnahme in den Anwendungsbereich des Art. VI:4 oder Art. XVII fällt.

⁴⁹⁷ Vgl. *Mattoo* 1997, S. 129f. *Mattoo* bemerkt: „[i]t would be argued that Article VI will eventually contain a second line of defence against origin-neutral measures which escape Article XVII“. Aber er weist auf die temporäre Schwäche des Art. VI hin und meinte, nur wenn die Schwäche überwunden würde, könnte „the escape of certain origin-neutral measures from Article XVII“ nicht mehr bedenklich sein. Sein Vorschlag zum Ausweg dieses Dilemmas ist ein „necessity test“ in Art. XVII einzuführen, also eine Lösung durch die entsprechende Interpretation des Terminus „treatment no less favourable“, was im Wesentlichen mit dem Punkt iii) von hier vereinbar ist.

b. „*Treatment no less favourable*“

Art. XVII enthält zwei Absätze, welche „*treatment no less favourable*“ darlegen:

„2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.“

Die Überlegungen, die durch die zwei Absätze zum Ausdruck gebracht werden, gehen auf die Interpretation des Art. III:4 durch die GATT-Panels zurück⁴⁹⁸ und sind auch von WTO-Panels sowie dem Appellate Body mehrmals bekräftigt worden.

In „*EC – Bananas III*“ hatte das Panel anhand einer intensiven Überprüfung der angefochtenen Maßnahmen festgelegt, dass sie eine *de facto* Diskriminierung darstellen. Die Befürworter des „asymmetric impact test“ haben beobachtet, dass die Analyse des Panels in der Tat genau auf einem solchen Test basiert.⁴⁹⁹ Gegen die Entscheidung des Panels legte die EU Berufung ein und argumentierte, dass die betreffenden Maßnahmen „entirely legitimate policies“ verfolgen und „not inherently discriminatory in design or effect“ sind.⁵⁰⁰ Der Appellate Body lehnte es ab, dass die „aims and effects“ einer Maßnahme irgendwie relevant für die Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit Art. II und Art. XVII GATS sein könnte, weil in diesen Vorschriften ein Ausdruck wie „so as to afford protection“ in Art. III Abs. 1 GATT nicht zu finden ist.⁵⁰¹ Die obige Untersuchung der Entscheidungen in Zusammenhang mit Art. III:4 hat gezeigt, dass die *objektive* Zielsetzung und insbesondere die diskriminierenden Effekte schon eine wichtige Rolle bei der Feststellung des „less favourable treatment“ gespielt haben, ebenso im *Bananas*-Fall. Daher ist entweder zu erwarten, dass der Appellate Body dies auch in den künftigen GATS-Fällen durchsetzen wird, oder man hätte die Aussage des Appellate Body im *Bananas*-Fall eigentlich folgendermaßen zu verstehen: was abgelehnt wurde, war die Behauptung, dass die Diskriminierung nur dann festzustellen wäre, wenn sowohl die Zielsetzung als auch die Effekte der Maßnahme diskriminierend sind.

Art. XVII GATS enthält zudem eine Fußnote 10, die vorsieht:

⁴⁹⁸ Abs. 2 geht auf den GATT-Panel Report „*US – Section 337*“ (para. 5.11) zurück, und Abs. 3 auf den GATT-Panel Report „*Italy – Agricultural Machinery*“ (para. 12).

⁴⁹⁹ Siehe *Ehring*, S. 934f, vgl. *Zdouc 2004*, S. 409. Auf die Analyse des *Bananas*-Panels bezog sich später Kanada in einem NAFTA-Streit, um sein Argument eines „disproportionate test“ zu unterstützen, siehe dazu unten die Diskussion über den *Pope*-Fall.

⁵⁰⁰ Appellate Body Report „*EC – Bananas III*“, para. 240.

⁵⁰¹ *Ibid*, para. 241.

„Specific commitments assumed under this Article shall not be construed to require any Member to compensate for any inherent competitive disadvantages which result from the foreign character of the relevant services or service suppliers“.

Diese Fußnote wurde nur in „*Canada – Autos*“ als ein Randproblem erwähnt, wo Kanada argumentierte, dass die vom Beschwerdeführer behaupteten Wettbewerbsnachteile „inherent in the foreign character“ der Dienstleistungen sind und mithin nicht als Beschränkung der Inländerbehandlung betrachtet werden. Das Panel lehnte dies ab und bemerkte:

„Footnote 10 to Article XVII only exempts Members from having to compensate for disadvantages due to foreign character in the application of the national treatment provision; it does not provide cover for actions which might modify the conditions of competition against services and service suppliers which are already disadvantaged due to their foreign character“.⁵⁰²

Somit können die inhärenten Wettbewerbsnachteile nicht die festgestellte Diskriminierung rechtfertigen, das liegt schon auf der Hand. Wenn es sich jedoch um eine „origin-neutral“ Maßnahme handelte, könnte es *per se* zur Feststellung der Diskriminierung gehören, diese Nachteile von denen, welche von der gerügten Maßnahme verursacht werden könnten, zu unterscheiden, was in einem konkreten Fall manchmal schwierig wäre.⁵⁰³ Andererseits ist auch offenkundig, dass kein Mitglied verpflichtet wird, die inhärenten Wettbewerbsnachteile durch die Gewährung der privilegierten Stellung zu kompensieren.⁵⁰⁴ Mithin scheint die Fußnote 10 bei der Interpretation des „treatment no less favourable“ nicht viel helfen zu können.

IV. Art. 3 TRIPS

Wie oben bereits erwähnt, wurde die Inländerbehandlung in den ersten multilateralen IPRs-Abkommen vor mehr als 100 Jahre vorgeschrieben und stellt schon eine langjährige Tradition dar. Somit werden die ausländischen und inländischen Rechtsinhaber normalerweise durch die Gesetze der IPRs gleich behandelt, abgesehen von einigen Ausnahmen, welche von der Inländerbehandlung in Art. 3 TRIPS ausdrücklich befreit werden.⁵⁰⁵

Art. 3 TRIPS lautet:

⁵⁰² Panel Report „*Canada – Autos*“, para. 10.298-10.301.

⁵⁰³ *Zdouc* versucht dieses Problem zu lösen, damit Fußnote 10 zur Feststellung der *de facto* Diskriminierung beitragen kann. Sein Vorschlag hängt allerdings von der Quantifizierbarkeit der Auswirkungen der Maßnahme und der inhärenten Wettbewerbsnachteile ab, was praktisch nicht leichter – wenn nicht schwieriger – als die Unterscheidung selbst sein sollte, vgl. *Zdouc 2004*, S. 412f.

⁵⁰⁴ Dies ist so selbstverständlich, dass ein Kommentator die Fußnote 10 als „conundrum“ bezeichnet, siehe *Arkell*, S. 381 Fußnote 13.

⁵⁰⁵ Siehe *Cottier/Oesch*, S. 385.

„Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits. In respect of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, this obligation only applies in respect of the rights provided under this Agreement. Any Member availing itself of the possibilities provided in Article 6 of the Berne Convention (1971) or paragraph 1(b) of Article 16 of the Rome Convention shall make a notification as foreseen in those provisions to the Council for TRIPS.“

Abgesehen von der Liste der Ausnahmen wird die Inländerbehandlung in Art. 3 einfach formuliert. Die Gleichartigkeitsfrage wird hier (und in Art. 4) überhaupt nicht erwähnt. Dies liegt daran, dass die Gleichartigkeit in diesem Zusammenhang kein Problem darstellt und man simpel annehmen kann, dass die natürlichen oder juristischen Personen („nationals“), die als Rechtsinhaber den Schutz der geistigen Eigentumsrechte von einer bestimmten Art beanspruchen, immer gleichartig sind. Das Panel in „*EC – Trademarks*“ bemerkte in diesem Zusammenhang, dass aufgrund der Zielsetzung der „effective equality of opportunities“ die relevanten „nationals“ diejenigen sind, die nach „opportunities with respect to the same type of intellectual property in comparable situations“ streben.⁵⁰⁶

Mithin wurde eine zweistufige Überprüfung des Art. 3 in „*US – Section 211*“ und „*EC – Trademarks*“ durchgeführt: i) ob die Maßnahme den Schutz der IPRs betrifft; ii) ob weniger günstige Behandlung existiert.⁵⁰⁷ Womit ein Panel oder der Appellate Body eher auseinander zu setzen hatte, war die Feststellung der weniger günstigen Behandlung.

In „*US – Section 211*“⁵⁰⁸ wies der Appellate Body auf die Relevanz der Rechtsprechung bezüglich Art. III:4 GATT hin:

„As we see it, the national treatment obligation is a fundamental principle underlying the *TRIPS Agreement*, just as it has been in what is now the GATT 1994. The Panel was correct in concluding that, as the language of Article 3.1 of the *TRIPS Agreement*, in particular, is similar to that of Article III:4 of the GATT 1994, the jurisprudence on Article III:4 of the

⁵⁰⁶ Panel Report „*EC – Trademarks*“ (DS174), para. 7.181 (Das Panel hatte zwei Berichte aufgrund der zwei separaten Beschwerden jeweils von den USA und Australien in diesem Fall gegeben, wobei die Entscheidungen für dieselben Aspekte identisch sind. Daher werden hier nur die Paragraphen in einem Bericht (DS174 für die Beschwerde von den USA) angeführt).

⁵⁰⁷ Panel Report „*US – Section 211*“, para. 8.127.

⁵⁰⁸ Dessen Sachverhalt wurde oben in Zusammenhang mit Art. 4 TRIPS bereits kurz dargelegt.

GATT 1994 may be useful in interpreting the national treatment obligation in the *TRIPS Agreement*.⁵⁰⁹

In diesem Fall war die Existenz der weniger günstigen Behandlung offenkundig: gemäß der angefochtenen Maßnahmen wurde den Kubanern und ihren „successors-in-interest“ der bezügliche Schutz *immer* verweigert, wohingegen den US-Amerikanern und anderen Ausländern außer Kubanern nur in bestimmten Fällen – als „successors-in-interest“ der Kubaner – der Schutz explizit abgesagt wurde. Indem die Maßnahme unterschiedliche Behandlungen ausdrücklich auf der Basis der Nationalität der Personen vorsah, stellte sie eine *de jure* Diskriminierung dar.

Die USA rechtfertigten ihre Maßnahme vor allem dadurch, dass in der Praxis kein US-Amerikaner von OFAC (der zuständigen Behörde) die Lizenz bekommen kann, einen „successor-in-interest“ zu werden und somit es keine Diskriminierung gibt. Das Panel akzeptierte dieses Argument, basierte auf der „mandatory/discretionary“-Doktrin und entschied, dass Section 211 nicht gegen Art. 3 verstößt.⁵¹⁰

Die EU bestritten bei der Berufung diese OFAC-Praxis nicht und argumentierte, dass trotzdem die Diskriminierung weiterhin existierte, weil es eine „extra hurdle“ für Ausländer gibt, indem die US-Amerikaner nur das OFAC-Verfahren durchstehen müssen, die Ausländer aber außerdem noch die zusätzliche Hürde unter Section 211.⁵¹¹

Der Appellate Body stimmte zuerst der Entscheidung Panels in dem Punkt bezüglich der „mandatory/discretionary“-Doktrin zu, mithin ist die Anwendung dieser Doktrin auf Art. 3 TRIPS explizit anerkannt worden. Dann erwog er das Argument von EU und bezog sich dabei auf den Fall „*US – Section 337*“, um zu entscheiden: „... even the *possibility* that non-United States successors-in-interest face two hurdles is *inherently less favourable* than the undisputed fact that United States successors-in-interest face only one“.⁵¹² In Bezug auf Art. 4 TRIPS, wie oben bereits dargelegt, wurde die Diskriminierung festgestellt, indem der Appellate Body den hypothetischen Vergleich von der EU akzeptierte.

Die Entscheidung des Appellate Body in „*US – Section 211*“ hatte mehrere Aspekte der Rechtsprechung in Bezug auf Art. III übernommen: die Anwendung der Nichtdiskriminierung auf verfahrensrechtliche Angelegenheiten, die Anwendung der „mandatory/discretionary“-

⁵⁰⁹ Appellate Body Report „*US – Section 211*“, para. 242.

⁵¹⁰ Ibid, para. 248-253.

⁵¹¹ Ibid, para. 254-256.

⁵¹² Ibid, para. 258-265. Die Bezugnahme auf „*US – Section 337*“ und somit das „extra hurdle“-Argument werden in der Literatur bezweifeln, weil die tatsächlichen Situationen in beiden Fällen sehr different sein sollen: in „*US – Section 337*“ was die mögliche diskriminierende Anwendung real, in „*US – Section 211*“ sollte sie kaum zustande kommen, siehe *Abbott/Cottier*, S. 436, *Matushita*, S. 475f.

Doktrin, das „extra hurdle“-Argument, und den hypothetischen Vergleich im Fall einer *de jure* Diskriminierung.

In „*EC - Trademarks*“ ging es um den Schutz der Geographischen Angaben und die Kennzeichnung des Ursprungs (GIs) der landwirtschaftlichen Produkte und Lebensmittel in der EU. Das Panel führte eine intensive Überprüfung verschiedener Aspekte der europäischen Regulierung durch und traf separate (unterschiedliche) Entscheidungen hinsichtlich der einzelnen Aspekte je nach dem konkreten Sachverhalt, ob eine Verletzung des Art. 3 und/oder Art. 4 vorliegt. Für die vorliegende Arbeit ist es unnötig, diese gesamte Analyse des Panels wiederzugeben. Von großer praktischer Bedeutung ist seine Methode, die weniger günstige Behandlung in Zusammenhang mit der Vorbedingung – Reziprozität – für die „availability of protection“ festzustellen.⁵¹³

Das Panel teilte dabei die betreffenden „nationals“ in vier Gruppen:

1.	3.
EC national with GI located in the EC	EC national with GI located outside the EC
<hr/>	
2.	4.
Non-EC national with GI located in the EC	Non-EC national with GI located outside the EC

Indem die Reziprozitätsbedingung nur auf die Gruppen 3 und 4 angewendet wird, gebe es eine Diskriminierung zwischen ihnen einerseits und den Gruppen 1 und 2 andererseits, jedoch werden Personen mit unterschiedlicher Herkunft hinsichtlich derselben Kategorie von GI formal identisch behandelt.⁵¹⁴

Auf die Behauptung der Beschwerdeführer, dass ein Vergleich zwischen einem hypothetischen EU-Bürger mit GI in der EU (Gruppe 1) und einem hypothetischen Ausländer, z. B. einem Amerikaner, mit GI außerhalb der EU (Gruppe 4) gemacht werden soll, erwiderte das Panel:

„In the absence of less favourable treatment based on a formal criterion of nationality, or a criterion that fully corresponds with nationality, the Panel is reluctant to compare a

⁵¹³ Die einschlägigen Vorschriften von der EU sieht zwei Registrierungsverfahren für GIs vor, das eine gilt für die Kennzeichnung der geographischen Gebiete, welche in der EU liegen, das andere für die Namen der geographischen Gebiete in Drittländern außerhalb der EU. Für die letzteren ist eine zusätzliche Vorbedingung für den Schutz vorgeschrieben, dass das betreffende Drittland einen identischen oder äquivalenten Schutz wie denjenigen von der EU gewährt. Gemäß der Entscheidung vom Panel hatten die Beschwerdeführer die *prima facie* Beweise erbracht, dass diese Bedingung der Reziprozität auf die „availability of protection“ der GIs in Drittländern, einschließlich der WTO-Mitglieder, angewendet wird. Mit anderen Worten, ist das einschlägige Registrierungsverfahren nicht verfügbar für die GIs in Drittländern, die diese Bedingung nicht erfüllen, Panel Report „*EC – Trademarks*“ (DS174), para. 7.57-7.58, 7.102.

⁵¹⁴ Ibid, para. 7.152-7.153, 7.172.

hypothetical national of one Member with a national of another Member simply because they both claim rights to the same category of intellectual property. This is a very low threshold with possibly unforeseen systemic implications for all intellectual property rights covered by the TRIPS Agreement.⁵¹⁵

Stattdessen hielt das Panel einen Vergleich zwischen den Behandlungen der EU-Bürger als einer Gruppe (Gruppe 1 und 3 zusammen) einerseits und der Ausländer als einer Gruppe (Gruppe 2 und 4 zusammen) andererseits für angemessen und bezog sich explizit auf Paragraph 100 der *Asbestos*-Entscheidung vom Appellate Body.⁵¹⁶

Anhand dieser Methode legte das Panel fest, dass der Großteil der natürlichen und juristischen Personen, welche Waren mit GI im Territorium eines WTO-Mitglied produzieren, die Staatsangehörigen dieses Mitglieds sind, und die Regulierung auf der Basis des Standorts einer GI in der Tat die Staatsangehörigen von anderen WTO-Mitgliedern im Vergleich zu den EU-Bürgern diskriminiert.⁵¹⁷

Somit hatte das Panel den sogenannten „asymmetric impact test“ für die Bestimmung einer *de facto* Diskriminierung, der in der Literatur und im Paragraph 100 der *Asbestos*-Entscheidung vom Appellate Body – unabhängig davon, wie er bezeichnet wird – befürwortet worden ist, in Zusammenhang mit Art. 3 TRIPS praktiziert.

V. Zusammenfassung

Im Vergleich zur Meistbegünstigung, der eine allgemeine Gültigkeit im GATT, GATS und TRIPS zukommt, besteht ein deutlicher Unterschied hinsichtlich des Umfangs zwischen der Inländerbehandlung im GATS einer- und der im GATT und TRIPS andererseits. Im GATS ist die Inländerbehandlung eine sektor-spezifische Verpflichtung, weil eine allgemein gültige Inländerbehandlung, wie in GATT und TRIPS, im Dienstleistungshandel zur vollen Liberalisierung führen würde, die heutzutage nicht realisierbar ist. Diese sektor-spezifische Struktur bietet ein angemessenes Modell, das eine progressive und individualisierte Liberalisierung unter Berücksichtigung des jeweiligen Entwicklungsstandes und Regulierungsbedarfs in einzelnen Ländern ermöglicht.

Die Zielsetzung der Inländerbehandlung ist es, Chancengleichheit zu gewährleisten, also die gleichen Wettbewerbsbedingungen im Waren- und Dienstleistungshandel sowie die gleichen Chancen, den Schutz der IPRs zu erlangen. Sowohl die *de jure* als auch die *de facto* Diskriminierung stehen der Erreichung dieses Ziels im Weg. In der Praxis hat die Abgrenzung

⁵¹⁵ Ibid, para. 7.178-7.179.

⁵¹⁶ Ibid, para. 7.180-7.182,

⁵¹⁷ Ibid, para. 7.185-7.204.

der *de facto* Diskriminierung von der unterschiedlichen Behandlung, die ein Staat aufgrund des speziellen Regulierungsbedarfs ohne Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Objekten durchführt, große Bedeutung für die Regulierungsflexibilität des Staates und somit seine Einschätzung der Vorteile, die ein völkerrechtliches Abkommen einschließlich der Verpflichtung der Inländerbehandlung mit sich bringen kann auf Basis der Kosten-Nutzen-Analyse. Angesichts der unbegrenzten Möglichkeit der konkreten Situationen kann die Aufgabe dieser Abgrenzung nur durch die Auslegung der jeweiligen völkerrechtlichen Klausel erfolgen.

Bei der Interpretation der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung im WTO-Recht stehen die zwei Termini – „likeness“ und „treatment no less favourable“ – im Zentrum. Grundsätzlich wird die Interpretation dieser Termini im GATT auch auf die bezüglichen Klauseln im GATS und TRIPS angewendet. Dies weist zum einen auf die Kohärenz innerhalb des WTO-Rechts hin, ermöglicht zum anderen daraus die Abstrahierung bestimmter Leitlinien für die Anwendung der Nichtdiskriminierungsstandards.

Die Bedeutung der Gleichartigkeitsfrage variiert in zweierlei Hinsicht. In den Nichtdiskriminierungsklauseln des TRIPS ist sie nicht so wichtig wie in denjenigen des GATT und des GATS. Im Fall der *de jure* Diskriminierung stellt sie auch kein Problem dar; bei einer möglichen *de facto* Diskriminierung ist die Antwort auf diese Frage hingegen viel schwieriger und auch wichtiger aufgrund der oben erwähnten Abgrenzungsaufgabe. Da die Gleichartigkeit der Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer noch wenig durch die WTO-Streitbeilegungsorgane geklärt worden ist, hat sich ein Akkordeonkonzept für die Festlegung der gleichartigen Produkte im GATT, gemäß dem die Gleichartigkeit der Produkte anhand bestimmter Faktoren von Fall zu Fall zu bestimmen ist, aus der langjährigen Streitbeilegungspraxis herausgebildet und ist durch den Appellate Body mit dieser Bezeichnung zusammengefasst worden. Es gibt weder eine abschließende Liste von den in Erwägung zu ziehenden Faktoren, noch feste Rangordnung unter ihnen. Die aktuelle Interpretation spricht dafür, dass alle Faktoren im Lichte der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Waren bewertet werden. Obwohl der Appellate Body am Anfang den „aims and effects test“ strikt abgelehnt hatte, ist er später einerseits nicht ausdrücklich davon abgerückt, lässt andererseits doch zu, alle möglichen Faktoren objektiv zu überprüfen.

Dem Wortlaut nach ist nicht jede differente Behandlung der gleichartigen Objekte „less favourable treatment“, sondern nur diejenige, die ausländische Objekte mehr belastet. Welche Situation eine weniger günstige Behandlung darstellt, kann grundsätzlich auch nur von Fall zu Fall festgestellt werden. Bestimmte Leitlinien können allerdings festgelegt werden, um bei der

Bewertung der einzelnen Situationen zu helfen. Im Großen und Ganzen ist der Standard strikter im Fall der *de jure* Diskriminierung. Der Verstoß gegen die Nichtdiskriminierung kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die aktuellen Effekte der *de jure* diskriminierenden Maßnahme geringfügig wären, oder dass es eine anderswo bessere Behandlung der ausländischen Objekte gäbe. Dazu hat sich aus der Streitbeilegungspraxis in GATT/WTO eine besondere „mandatory/discretionary“-Doktrin entwickelt, gemäß der eine „mandatory“ diskriminierende Maßnahme *per se* immer als eine Verletzung der Verpflichtung betrachtet wird; hingegen wird ein „discretionary“ Gesetz, das den Exekutiven die Möglichkeit der GATT/WTO-konformen Handlung gestattet, nicht als solche schon gegen die bezügliche Verpflichtung verstoßen, sondern nur seine konkrete Anwendung. Ob eine „origin-neutral“ Maßnahme eine *de facto* Diskriminierung darstellt, ist schwieriger festzustellen, was aufgrund der Wichtigkeit der obigen Abgrenzung eine sorgfältige Überprüfung benötigt. Der neusten Entwicklung nach scheinen die Streitbeilegungsorgane eine Feststellung der diskriminierenden Effekte durchzuführen, die auf einem Vergleich der Behandlung der ausländischen Objekte als einer Gruppe mit der Behandlung der gleichartigen inländischen Gegenstücke als einer anderen Gruppe basiert.

IV. Teil

Nichtdiskriminierung in IIAs

A. Meistbegünstigung

Der kurze Überblick über die Geschichte der Meistbegünstigung hat gezeigt, dass diese ihren Ursprung in den internationalen Handelsabkommen hat und im 19. Jahrhundert durch die traditionellen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt, die oft Bestimmungen über die Behandlung von Kapitalanlagen enthielten, weit verbreitet wurde. Seit den 50er des 20. Jahrhunderts haben sich die BITs als ein besonderer Typ der internationalen Verträge für den Investitionsschutz herausgebildet und stellen zurzeit mit einer Anzahl von über 2.200 die hauptsächlichlichen völkerrechtlichen Instrumente in diesem Bereich dar. Zusammen mit einigen regionalen und sektoralen Abkommen, die ebenfalls ausländische Investitionen betreffen, bilden sie die internationalen Investitionsabkommen (IIAs), die der Gegenstand der Untersuchungen in diesem Teil der Arbeit sind. In diesen Abkommen stellt die Inkorporation der Meistbegünstigung eine generelle Praxis dar.⁵¹⁸

Der Grund für die generelle Inkorporation ist, dass die Meistbegünstigung in den IIAs dieselben Vorteile bringen kann, wie sie oben in Zusammenhang mit Art. I GATT festgestellt wurden, weil – wie der Handel – die Investition auch eine Art der wirtschaftlichen Tätigkeit ist und es enge Wechselbeziehungen zwischen Handel und Investition gibt. In beiden Fällen kommt der Nichtdiskriminierung die grundlegende Funktion der Verwirklichung gleicher Wettbewerbschancen zu.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Siehe *OECD 2004*, S. 16, *Sarcedoti*, S. 340, *UNCTAD 1999a*, S. 3.

⁵¹⁹ *Kurtz* meint, dass die ökonomische und politische Grundlage der Meistbegünstigung in den IIAs nicht so stark wie im GATT ist. Seiner Meinung nach gäbe es „normative“ Unterschiede zwischen den Meistbegünstigungen in Bezug auf den Güterhandel und auf die Investitionen. Die Barrieren im Warenhandel stellten normalerweise *de jure* diskriminierende Maßnahmen an der Grenze dar, für die Beseitigung von solchen Maßnahmen sei die ökonomische Grundlage überzeugend. Weil die Investitionen hauptsächlich durch inländische Maßnahmen reguliert werden, sei der Anwendungsbereich der Meistbegünstigung der Investitionen viel breiter als im Warenhandel. Selbst in Zusammenhang mit *de jure* diskriminierenden Maßnahmen im Bereich der Investitionsregulierung, wobei *Kurtz* die Export Performance Requirements als Beispiel nennt, sei die ökonomische Basis für die Aufhebung solcher Maßnahmen nicht so klar und absolut wie im Fall der diskriminierenden Zölle. Siehe *Kurtz 2004*, S. 867f. Diese These von *Kurtz* ist meiner Ansicht nach nicht stichhaltig aus folgenden Gründen: i) Die Meistbegünstigung verbietet die Diskriminierung zwischen ausländischen Waren etc., die Beseitigung von Handelsbeschränkungen ist das Wesen der Liberalisierung. Obwohl beide Konzepte – Meistbegünstigung und Liberalisierung – auf die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zielen, sind sie jedoch nicht zu verwechseln. Die Liberalisierung im Warenhandel erfolgt nicht durch Art. I GATT, sondern durch die Herabsetzung der Zölle in den multilateralen Verhandlungen. Mithin können Bedenken gegen die Liberalisierung im Investitionsbereich – unabhängig davon, ob sie als gerechtfertigt erweisen können oder nicht – nicht den Zweifel an Meistbegünstigung ohne weiteres begründen; ii) Die Export Performance Requirements verstoßen gegen Art. III GATT, nicht aber gegen Art. I. Der Streit um die ökonomischen Auswirkungen dieser Maßnahmen ist irrelevant für die Würdigung der Meistbegünstigung; iii) Nicht nur die tarifären Maßnahmen – trotz ihrer überwiegenden Bedeutung in der früheren Geschichte des GATT – in den Anwendungsbereich des Art. I, sondern auch die nichttarifären Maßnahmen an der Grenze und

Der starke Wettbewerb um ausländische Investitionen mindert nicht die Bedeutung der Gleichbehandlung. Insbesondere ist eine diskriminierende Behandlung nachteilig für schon getätigte Investitionen, da die versunkenen Kosten bereits entstanden haben⁵²⁰ und die günstigere Behandlung anderer konkurrierender ausländischer Investoren auf demselben Markt die Rentabilität jener Investitionen beeinträchtigt. Selbst in Bezug auf die Zulassung könnte die Diskriminierung die betroffenen Unternehmen schädigen, weil diesen ökonomische Chancen in dem jeweiligen Gastland verweigert werden, die nicht unbedingt durch das Investieren in anderen Ländern kompensiert werden können.⁵²¹ Solche Nachteile lassen sich insbesondere für Investitionen der Kategorie „market seekers“ leicht aufzeigen.

Die gleiche Bedeutung der Meistbegünstigung in den IIAs und im GATT wird aus historischer Hinsicht dadurch deutlich, dass die traditionellen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt sowohl dem Handel als auch der Investition die Meistbegünstigung gewähren und diesbezüglich keinen Unterschied machen.⁵²²

Die Tatsache, dass sich die BITs als die speziellen völkerrechtlichen Instrumente zum Investitionsschutz entwickelt haben, hat den historischen Hintergrund der Unbestimmtheit des Völkergewohnheitsrechts in Bezug auf Enteignung und Entschädigung. Daher ist es offensichtlich, dass der strategische Schwerpunkt in den BITs ursprünglich in Normen für Enteignung und Entschädigung lag. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Meistbegünstigung im internationalen Investitionsrecht in Vergessenheit geraten wäre.⁵²³ Zum einen wurde die

inländische Maßnahmen. Daher kann der Anwendungsbereich der MFN im GATT gerade aus normativer Sicht nicht weniger breit sein als in den IIAs. Weil aber, anders als im Warenhandel, die Regulierung der FDI stärker durch inländische Maßnahmen geschieht, werden tiefere Eingriffe in die Autonomie der Staaten wahrgenommen werden. Dieser Unterschied kann und soll bei der Gestaltung der Meistbegünstigungsverpflichtung in IIAs berücksichtigt werden, dadurch wird die grundlegende Bedeutung der Meistbegünstigung nicht verneint. Zur ökonomischen Auswirkung der Meistbegünstigung auf ausländische Investitionen ist die Haltung von *Horn/Mavroidis* umsichtig, da sie die Vorteile der Meistbegünstigung grundsätzlich bestätigen und zugleich der Ansicht sind, weitergehende Forschungen in diesem Zusammenhang seien sehr wünschenswert. Siehe *Horn/Mavroidis*, S. 276.

⁵²⁰ Versunkene Kosten (auf Englisch: „sunk costs“) sind betriebswirtschaftliche Kosten, die bereits in der Vergangenheit zu Auszahlungen geführt haben und in Gegenwart oder Zukunft nicht mehr beeinflusst werden können – daher die Bezeichnung „versunken“. Versunkene Kosten sind oft wesentlicher Bestandteil von Investitionen.

⁵²¹ Siehe *UNCTAD 1999a*, S. 8.

⁵²² Zur historischen Beziehung zwischen BITs und Verträgen über Freundschaft, Handel und Schifffahrt, siehe *Gantz*, S. 719f., *Schrijver*, S. 25, *Sornarajah*, S. 209f. Die USA fingen erst am Ende der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts an, mit den Entwicklungsländern BITs abzuschließen, nachdem sie festgestellt hatten, dass die von ihnen bevorzugten Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt aufgrund der Einbeziehung weitreichender Fragen wie z. B. Immigration, konsularischer Angelegenheiten sowie religiöser Rechte unannehmbar für die Entwicklungsländer waren.

⁵²³ *Kurtz* bezeichnet die Meistbegünstigung als „forgotten cousin“ in international investment law“. Für ihn bedeutet die strategische Betonung des Investitionsschutzes, dass die Rolle der ökonomischen Liberalisierungskonzepte – gemäß seiner Ansicht die der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung – in der Tat ein Nebenerwerb geworden ist, siehe *Kurtz 2004*, S. 866f. Weil die Meistbegünstigung *per se* keine Liberalisierung fordert, kann selbst die unterschiedliche Gewichtung des Investitionsschutzes und der Liberalisierung nicht zu einem verminderten Wert der Meistbegünstigung führen.

Meistbegünstigung von Anfang an in die BITs inkorporiert, zum anderen lässt sich keine BIT-ähnliche strategische Gewichtung in den traditionellen Verträgen über Freundschaft, Handel und Schifffahrt feststellen, die weiterhin die völkerrechtlichen Verpflichtungen bezüglich der Investitionen unter den Industrieländern enthalten und auch zum internationalen Investitionsrecht gehören. Mithin ist die besondere Bedeutung der Enteignungs- und Entschädigungsnormen in den BITs lediglich die Reaktion auf die besonderen Bedürfnisse einer besonderen Zeit. Dadurch wird jedoch die Bedeutung der Meistbegünstigung im internationalen Investitionsrecht im Allgemeinen bzw. aus der normativen Sicht nicht vermindert.

Zudem verliert diese ursprüngliche strategische Gewichtung in den BITs allmählich ihre praktische Bedeutung. Seit den 90er Jahren hat sich das politische Klima zunehmend zugunsten der Investitionen entwickelt. Aufgrund des scharfen Wettbewerbs um ausländische Investitionen wird die Enteignung heutzutage selten als ein Instrument der Entwicklungspolitik eingesetzt.⁵²⁴ Die Frage nach dem Entschädigungsstandard des Völkergewohnheitsrechts hat ebenfalls an Brisanz verloren.⁵²⁵

Andererseits ist es zutreffend, dass die Meistbegünstigung zusammen mit der Inländerbehandlung bis vor kurzem in der völkerrechtlichen Streitbeilegungspraxis eine untergeordnete Rolle gespielt hat und in diesem Sinne die „vergessene Cousine“ in den internationalen Streitigkeiten um Investitionen darstellte.⁵²⁶ Der Grund hierfür liegt vor allem darin, dass die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung kein Völkergewohnheitsrecht sind, und dass die rechtliche Grundlage des Anspruchs die jeweilige Klausel im betreffenden völkerrechtlichen Vertrag ist. Bis zum Jahr 1994 gab es nur sehr wenige internationale Schiedssprüche über die BITs und andere IIAs: laut einer Statistik von UNCTAD drei Fälle im Rahmen des ICSID, zwei außerhalb des ICSID.⁵²⁷ Die meisten Fälle basierten nicht auf einem IIA und betrafen überwiegend Fragen der Enteignung.⁵²⁸

⁵²⁴ Siehe *Minor*, S. 177.

⁵²⁵ Siehe *Herdegen*, S. 239.

⁵²⁶ Vgl. *Dolzer/Myers*, S. 49, *Kurtz 2004*, S. Erst die Entscheidung im *Maffezini*-Fall, in dem die Interpretation der MFN-Klausel im BIT zwischen Spanien und Argentinien der Brennpunkt der Streitigkeiten war, hatte diesbezüglich Aufmerksamkeit erregt. Zuvor gab es wenige Fälle, in denen die Meistbegünstigung interpretiert wurde, beispielsweise *Ambatielos* und *AAPL*.

⁵²⁷ Siehe *UNCTAD Note*, S. 1.

⁵²⁸ Beispielsweise besaß das Iran-US Claim Tribunal sein Mandat aufgrund einer speziellen Vereinbarung zwischen den beiden Staaten – der sogenannten „Algiers Accords“. Durch Hunderte von Entscheidungen dieses Schiedsgerichts wird ein beachtlicher Beitrag für die Entwicklung des internationalen Investitionsrechts geleistet. Allerdings handelte es sich in den Streitigkeiten überwiegend um Fragen der Enteignung und Entschädigung, kaum um Fragen der Nichtdiskriminierung, welche nicht in den „Algiers Accords“ erwähnt wurde. Zum Iran-US Claim Tribunal, siehe *Lowenfeld 2002*, S. 461ff.

Seit 1994 ist ein Boom der auf den IIAs basierenden Streitigkeiten zu beobachten,⁵²⁹ in denen alle wichtigen Aspekte, einschließlich der Nichtdiskriminierung, betroffen sind. Während die meisten dieser Fälle noch nicht entschieden sind, ist jedoch zu erwarten, dass die Schiedssprüche über die Interpretation der Meistbegünstigung – und auch der Inländerbehandlung – stark zunehmen werden. Mithin wird die Vergessenheit der Meistbegünstigung in der Streitbeilegungspraxis der Vergangenheit angehören.

Zudem sind mit dem Ableben der direkten Enteignung als Instrument der Entwicklungspolitik die Auseinandersetzungen über andere Aspekte des Investitionsrechts, u. a. die Nichtdiskriminierung, immer interessanter und wichtiger geworden.⁵³⁰

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass dem alten Prinzip der Meistbegünstigung im internationalen Investitionsrecht eine neue Brisanz zukommen wird.

Andererseits wird diese Brisanz voraussichtlich in der Streitbeilegungspraxis nicht ein ebenso hohes Niveau erreichen wie in der Geschichte des GATT. Dies dürfte auf den Grundgedanken des GATT zurückgehen, dass Zölle als legitime Schutzmaßnahmen inländischer Produkte anerkannt werden und durch die Verhandlungen von Zugeständnissen fortschreitend gesenkt werden sollen. Weil Zölle und andere zusammenhängende Grenzmaßnahmen (legitim) nur für die eingeführten Waren gelten, können die betroffenen Vertragsparteien sich nur auf die Meistbegünstigung berufen, wenn diese Maßnahmen diskriminierend sind. Wenn aber die umstrittene Maßnahme eine inländische wäre, d. h. sowohl für die eingeführten als auch für die inländischen Produkte gälte, hätte die klagende Partei natürlich die Wahl, ihren Anspruch entweder auf die Inländerbehandlung oder auf die Meistbegünstigung zu stützen. Sie würde sich vermutlich häufiger auf die Inländerbehandlung berufen, da die inländischen Produkte normalerweise besser behandelt werden. Daraus resultiert das Phänomen, dass es bei den Streitigkeiten bezüglich Art. I GATT häufiger um Grenzmaßnahmen geht. Dies dürfte der Grund dafür sein, dass einige Kommentatoren die Gültigkeit des Art. I GATT für inländische Maßnahmen einfach übersehen und deswegen die inkorrekte Schlussfolgerung ziehen, der Anwendungsbereich der Meistbegünstigung im Zusammenhang mit Investitionen sei potenziell viel breiter als im Warenhandel bzw. im GATT.⁵³¹

Mithin bestehen komplementäre Beziehungen zwischen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung sowie den Mindeststandards (im Investitionsrecht Normen in Bezug auf

⁵²⁹ Bis Ende 2004 ist die Anzahl der Fälle im Rahmen des ICSID auf 106 gestiegen, außerhalb dieses sind 54 bekannt gegeben, 92 von den 160 Fällen wurden seit 2002 eingeleitet. Die Anzahl kann außerdem nicht abschließend sein, weil die Streitigkeiten in anderen Schiedsgerichten als ICSID vertraulich gehalten werden dürfen, siehe *UNCTAD Note*, S. 1f.

⁵³⁰ Vgl. *Guzman*, S. 644.

⁵³¹ Siehe *Kurtz 2004*, S. 868, *Mosoti*, S. 1024.

Enteignung und Entschädigung), wie sie oben in den WTO-Abkommen bereits dargelegt wurden. Auch sollten die variierenden relativen Gewichte der Meistbegünstigung, der Inländerbehandlung und der Mindeststandards in verschiedenen Zusammenhängen die fundamentale Bedeutung der Meistbegünstigung nicht beeinträchtigen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Meistbegünstigung in den Streitigkeiten im Rahmen des künftigen MIA geltend gemacht wird, ist andererseits nicht *a priori* festzulegen. Die Frage hängt vielmehr von der speziellen Verpflichtungsstruktur des MIA ab, nämlich davon, ob und wie Verpflichtungen bezüglich der Zulassung ausländischer Investitionen bzw. die Inländerbehandlung vorgesehen werden.

I. Die Meistbegünstigung in den BITs

Die MFN-Klauseln der BITs sind unterschiedlich formuliert. In Folgendem werden typische Beispiele dieser Klauseln dargestellt.

Deutschland als der Heimatstaat, der die meisten BITs abgeschlossen hat, kombiniert Meistbegünstigung und Inländerbehandlung in einer einzigen Klausel:

„Jede Vertragspartei behandelt Kapitalanlagen in ihrem Hoheitsgebiet, die im Eigentum oder unter dem Einfluss von Investoren der anderen Vertragspartei stehen, nicht weniger günstig als Kapitalanlagen der eigenen Investoren oder Investoren dritter Staaten.“⁵³²

Anschließend wird den Investoren auch die Nichtdiskriminierung gewährt und zudem der Begriff „weniger günstig“ definiert:

„Jede Vertragspartei behandelt Investoren der anderen Vertragspartei hinsichtlich ihrer Betätigungen, wie Verwaltung, Erhaltung, Gebrauch, Nutzung und Verfügung ihrer Kapitalanlagen in ihrem Hoheitsgebiet nicht weniger günstig als ihre eigenen Investoren oder Investoren dritter Staaten. Als eine „weniger günstige“ Behandlung im Sinne dieses Artikels ist insbesondere anzusehen: die unterschiedliche Behandlung im Falle von Einschränkungen des Bezugs von Roh- und Hilfsstoffen, Energie und Brennstoffen sowie Produktions- und Betriebsmitteln aller Art, die unterschiedliche Behandlung im Falle von Behinderungen des Absatzes von Erzeugnissen im In- und Ausland sowie sonstige Maßnahmen mit ähnlicher Auswirkung. Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit zu treffen sind, gelten nicht als „weniger günstige“ Behandlung im Sinne dieses Artikels.“⁵³³

Der Anwendungsbereich des Vertrags, einschließlich der Nichtdiskriminierung, wird ausdrücklich auf die Post-Establishment-Phase beschränkt:

⁵³² Art. 3 Abs. 1 Deutschland/Thailand BIT.

⁵³³ Art. 3 Abs. 2 Deutschland/Thailand BIT.

„Der Vertrag gilt nur für Kapitalanlagen, die von der zuständigen Behörde besonders schriftlich genehmigt wurden, wenn dies die Gesetze und sonstigen Vorschriften der Vertragspartei erfordern.“⁵³⁴

Außer der in Art. 3 Abs. 2 genannten Ausnahmen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit sieht der Vertrag noch spezielle Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens und aufgrund der regionalen wirtschaftlichen Integrationszusammenschlüsse (REIO) vor.⁵³⁵

Das Egypt/Netherlands BIT gewährt Investitionen die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung in demselben Artikel und fügt hinzu, dass die bessere von beiden gilt. Zudem werden dort die Standards von „fair and equitable treatment“ und „full protection and security“ vorgeschrieben:

„1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of nationals of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals. Each Contracting Party shall accord to such investments full physical security and protection.

2) More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments treatment which in any case shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own nationals or to investments of nationals of any third State, whichever is more favourable to the national concerned.“⁵³⁶

Keine Gleichbehandlung wird in Bezug auf die Zulassung von Investitionen gewährt. Diesbezüglich wird Folgendes festgesetzt:

„Subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations, each Contracting Party shall admit such investments“.⁵³⁷

Das BIT enthält zudem eine besondere Nichtdiskriminierungsklausel in Bezug auf Steuern, in der eine ausdrückliche Beschränkung von „in the same circumstances“ auferlegt wird:

„With respect to taxes, fees, charges and to fiscal deductions and exemptions, each Contracting Party shall accord to nationals of the other Contracting Party who are engaged in any economic activity in its territory, treatment not less favourable than that accorded to its

⁵³⁴ Art. 2 Abs. 2 Deutschland/Thailand BIT.

⁵³⁵ Art. 3 Abs. 3 und 4 Deutschland/Thailand BIT.

⁵³⁶ Art. 3 Abs. 1 und 2 Egypt/Netherlands BIT, vom 17.01.1996. Alle nicht-deutsche BITs sind auf der Website von UNCTAD (http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx).

⁵³⁷ Art. 2 Egypt/Netherlands BIT.

own nationals or to those of any third State that are in the same circumstances, whichever is more favourable to the nationals concerned...“⁵³⁸

Spezielle Ausnahmen aufgrund der REIO und Doppelsteuerungsabkommen enthält das BIT ebenfalls,⁵³⁹ jedoch keine allgemeinen Ausnahmen zur Wahrung von Sicherheit u. ä.

Das Albania/United Kingdom BIT sieht die Nichtdiskriminierung wie folgt vor:

„(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement.“⁵⁴⁰

Hier variieren die Formulierungen je nachdem, ob die Nichtdiskriminierung die Investitionen oder die Investoren betrifft. Dies hat zur Folge, dass die potentiellen Investoren aus dem Kreis der Begünstigten ausgeschlossen werden. Somit gibt es keinen wesentlichen Unterschied zwischen diesem Abkommen und dem Egypt/Netherlands BIT, indem die Nichtdiskriminierung immer nur für die Nachinvestitionsphase gewährt wird. Durch Abs. 3 wird der Anwendungsbereich der Klausel auf die Rechte, die nur in diesem BIT festgesetzt werden, beschränkt. Ferner enthält das Abkommen auch die Ausnahmeklauseln bezüglich der Doppelbesteuerungsabkommen und der REIO.⁵⁴¹

Im Gegensatz zu den oben angeführten europäischen BITs sehen die BITs der USA und Kanadas die Nichtdiskriminierung auch in der Vorinvestitionsphase vor. Der Begriff „in like situations (circumstances)“ stellt in den Nichtdiskriminierungsklauseln der amerikanischen und kanadischen BITs einen integrierten Bestandteil dar. Beispielsweise lautet Art. 2 Abs. 1 des Argentina/United States BIT wie folgt:

„Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever

⁵³⁸ Art. 4 Egypt/Netherlands BIT.

⁵³⁹ Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Egypt/Netherlands BIT.

⁵⁴⁰ Art. 3 Albania/United Kingdom BIT vom 30.03.1994. Art. 1 bis Art. 11 umfassen alle substanziellen Vorschriften des Abkommens.

⁵⁴¹ Art. 7 Albania/United Kingdom BIT.

is the more favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty...“⁵⁴²

Dem erweiterten Anwendungsbereich der Nichtdiskriminierung entsprechend wird in den amerikanischen BITs eine Liste im Anhang aufgestellt, in der die Sektoren aufgeführt werden, für die keine Gleichbehandlung gewährt wird. Andere ähnliche Ausnahmeklauseln zu REIO, Doppelbesteuerungsabkommen und der Wahrung der Sicherheit usw. enthalten die amerikanischen BITs gleichfalls.⁵⁴³

In den letzten Jahren setzen sich die USA für den Abschluss bilateraler Freihandelsabkommen ein, die auch das Thema „Investitionen“ umfassen. In diesen Abkommen wird die Meistbegünstigung in einer NAFTA-ähnlichen Formulierung, nämlich getrennt von der Inländerbehandlung, in zwei separaten Klauseln festgelegt:

„Article 15.4: National Treatment and Most-Favoured Nation Treatment

...

(3) Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. The treatment each Party shall accord under this paragraph is “most-favoured-nation treatment”.

(4) Each Party shall accord to investors of the other Party and to their covered investments the better of national treatment or most-favoured-nation treatment“.⁵⁴⁴

Anhand der oben angeführten Beispiele an BITs lässt sich feststellen, dass die MFN-Klauseln der BITs sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufweisen:

- i) Die Meistbegünstigung wird immer gegenseitig und unbedingt gewährt.
- ii) In Bezug auf den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung besteht ein wichtiger Unterschied zwischen den europäischen BITs einerseits und ihrem amerikanischen Gegenstück andererseits. Die ersteren gewähren die Meistbegünstigung (und die Inländerbehandlung) nur für die Nachinvestitionsphase und lassen die staatliche Autonomie bei der Zulassung der Investitionen zum großen Teil unberührt, während die letzteren die

⁵⁴² Art. 2 Abs. 1 Argentina/United States BIT vom 14.11.1991.

⁵⁴³ Art. 2 Abs. 9, Art. 11 und Art. 12 Argentina/United States BIT.

⁵⁴⁴ Art. 15.4 United States/Singapore FTA vom 15.01.2002, unter http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/Section_Index.html.

Nichtdiskriminierung auch auf die Vorinvestitionsphase ausdehnen. Diese Ausdehnung erfolgt entweder durch die Inkorporation der Verpflichtung bezüglich eines „permit“ oder durch das Einbeziehen des „establishment“ und „acquisition“ in den Anwendungsbereich.

Für die Nachinvestitionsphase ist der Anwendungsbereich der verschiedenen BITs unterschiedlich formuliert. In einigen BITs wird die Behandlung der Investitionen im Allgemeinen festgelegt, wie im Argentina/United States BIT. Diese Variante deutet auf einen weitestgehenden Anwendungsbereich hin. Andere BITs führen eine Liste von Betätigungen der Investoren auf, wie Verwaltung, Erhaltung, Gebrauch, Nutzung und Verfügung. Eine solche Liste kann beispielhaft sein wie im Deutschland/Thailand BIT; sie kann aber auch abschließend sein wie im Egypt/Netherlands BIT, United States/Singapore FTA oder Albania/United Kingdom BIT. Ob der Anwendungsbereich sich infolge von derartigen unterschiedlichen Formulierungen der Liste variiert, ist schwierig allgemein festzustellen. Das Argument für das Vorhandensein eines Unterschiedes liegt auf der Hand, weil eine abschließende Aufzählung im Vergleich zu einer nicht abschließenden einen eigenen Sinn haben muss. Fraglich jedoch wäre ein solcher Unterschied angesichts der Tatsache, dass die abschließenden Listen eigentlich schon immer einen sehr breiten Umfang von Betätigungen haben, das Albania/United Kingdom BIT enthält zudem noch einen Hinweis auf die anderen Vorschriften des BIT. In der Realität ist es außerdem schwierig zwischen den Begriffen wie „management“, „use“, „enjoyment“ sowie „maintenance“ zu differenzieren.⁵⁴⁵ Mithin sollte man zwar einerseits die möglichen Nuancen zwischen verschiedenen Formulierungen wahrnehmen, insbesondere bei der Interpretation eines einzelnen Vertrages. Andererseits sollte aber darauf hingewiesen werden, dass die Ausdehnung des Anwendungsbereiches im Allgemeinen sehr breit ist.

iii) Zu den Begünstigten gehören in den meisten BITs sowohl die Investitionen als auch die Investoren; in manchen werden jedoch nur „investment, and activities associated therewith“ ausdrücklich vorgeschrieben, in anderen werden wiederum nur die Investoren erwähnt.⁵⁴⁶ Dies dürfte allerdings keinen wesentlichen Unterschied ausmachen, da zum einen die mit den Investitionen verbundenen Tätigkeiten den gleichen Umfang wie die Betätigungen der Investoren aufweisen. Zum anderen bezieht sich die Behandlung der Investoren ausdrücklich auf ihre mit den Investitionen verbundenen Betätigungen. Es gibt zudem keinen

⁵⁴⁵ Siehe *UNCTAD 1999b*, S. 32.

⁵⁴⁶ Art. 4 Abs. 2 France/Mexico BIT lautet: „Each Contracting Party shall extend in its territory and in its maritime area to the investors of the other Contracting Party, with respect to their investments, and to the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of such investments, treatment not less favourable than that granted to its investors, or the treatment granted to the investors of the most favoured nation, if the latter is more favourable.“

Hinweis dafür, dass die Vertragsparteien durch diesen Formulierungsunterschied einen unterschiedlichen Anwendungsbereich festlegen möchten.⁵⁴⁷

iv) Die MFN-Klauseln in den BITs sind immer negativ formuliert wie in Art. II GATS. „No less favoured treatment“ soll mithin einer der entscheidenden Faktoren bei der Bestimmung der Diskriminierung sein.

v) Die amerikanischen BITs sehen immer ausdrücklich „in like situations (circumstances)“ vor, während die europäischen Verträge diese Formulierung normalerweise nicht enthalten. Mithin stellt sich die Frage, ob dieser Unterschied über die Formulierungsdifferenz hinaus eine substantielle Bedeutung hat. Einerseits liegt es auf der Hand, dass die Anwendung der Meistbegünstigung immer die Ejusdem-Generis-Regel befolgen muss. Somit hat die Meistbegünstigungsnorm bereits das Gleichartigkeitserfordernis in sich, so dass ein spezieller Begriff von „in like situations (circumstances)“ nicht nötig wäre. Andererseits könnte es Gründe dafür geben, diesen Begriff als eine Extra-Beschränkung anzusehen. Eine MFN-Klausel ohne diese Beschränkung könnte – von der Ejusdem-Generis-Regel abgeleitet – die Gleichartigkeit der Investitionen und/oder der Investoren verlangen, was so interpretiert werden könnte, dass nur die Faktoren, die einen unabdingbaren Zusammenhang mit den Investitionen haben, bei der Festlegung der Gleichartigkeit zu berücksichtigen sind. Dagegen könnte „like situations“ durchaus einen umfangreicheren Katalog von den in Betracht zu ziehenden Faktoren beinhalten, beispielsweise die Zielsetzung der Maßnahme des Gaststaates. Dieser Unterschied könnte dazu führen, dass die Wahrscheinlichkeit, die staatlichen Maßnahmen als gegen die MFN-Verpflichtung verstoßend festzulegen, geringer sein wird, wie es in der obigen Diskussion um den „Aim and Effects“-Test im Rahmen des GATT dargelegt wurde. Allerdings könnte dieser angebliche Unterschied wiederum dadurch widerlegt werden, dass die MFN-Klauseln ohne den Begriff „in like situations (circumstances)“ gleich so interpretiert werden könnten. Das kurze Abwägen deutet darauf hin, dass die Antwort auf die hier aufgestellte Frage vielmehr von den Interpretationen der jeweiligen Klauseln in den Schiedssprüchen abhängt, die selbst je nach den betreffenden Abkommen variieren könnten, selbst wenn diese gleichermaßen die Beschränkung von „in like situations (circumstances)“ nicht enthalten. Angesichts der großen Anzahl der BITs ist daher eine abschließende Schlussfolgerung hier kaum zu ziehen. Allerdings lässt sich durch die dargestellte Unklarheit vermuten, dass die ausdrückliche

⁵⁴⁷ Siehe *UNCTAD 1999a*, S. 6. Einige Kommentatoren behaupten, dass dieser Unterschied wichtige praktische Bedeutung hat, ohne diese genau zu überprüfen, siehe *Chen*, S. 73, *UNCTAD 1999b*, S. 10. Es wird im Zusammenhang mit der Inländerbehandlung vermutet, dass eine Inländerbehandlungsklausel, in der nur die Investitionen als Begünstigte vorgesehen werden, den Investoren keine Inländerbehandlung in Bezug auf gewisse Angelegenheiten, z. B. Steuer, gewährt, siehe *UNCTAD 1999b*, S. 18.

Inkorporation von „in like situations (circumstances)“ den Vertragsparteien den größeren Ermessensspielraum gewähren könnte. Ein interessantes Beispiel hierfür ist das BIT zwischen Ägypten und den Niederlanden. Wenn man Art. 4 und Art. 3 dieses Abkommens vergleicht und Art. 4 als *lex specialis* zu Art. 3 ansieht, könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Vertragsparteien durch Art. 4 einen größeren Spielraum des Gaststaates bezüglich steuerrechtlicher Fragen als in Bezug auf andere Aspekte der Behandlung der Investitionen beibehalten wollen, welche unter Art. 3 fallen. Um diesen Wunsch zu realisieren, kann die Inkorporation von „in the same circumstances“ nur als eine Extra-Beschränkung interpretiert werden, die über das immanente Gleichartigkeitserfordernis einer Nichtdiskriminierungsklausel hinausgeht.

vi) Verschiedene Ausnahmeklauseln sind in den BITs enthalten. Die Ausnahmen können in drei Kategorien zusammengefasst werden: a) die generellen Ausnahmen, beispielsweise zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder der Sittlichkeit; b) die auf der Reziprozität basierenden Ausnahmen in Bezug auf spezielle Angelegenheiten wie Doppelbesteuerungsabkommen, REIO, die gegenseitige Anerkennung⁵⁴⁸ usw.; c) die sektor-spezifischen Ausnahmen in einer anhängenden Liste, wenn die Meistbegünstigung auch für die Vorinvestitionsphase gewährt wird.⁵⁴⁹

vii) Hinsichtlich der Beziehung zur Inländerbehandlung sehen viele BITs die beiden Prinzipien in demselben Artikel vor, einige legen sie aber auch in zwei separaten Klauseln fest. Es wird in manchen BITs ausdrücklich vorgeschrieben, dass das bessere von den beiden Gleichbehandlungsgeboten gewährt werden muss. Allerdings scheint dies keine substantielle Bedeutung zu haben, weil sich ein Investor sowohl auf die Meistbegünstigung als auch auf die Inländerbehandlung berufen kann, soweit der Genuss eines bestimmten Vorteils nicht im BIT ausdrücklich gegenüber dem Investor ausgeschlossen ist. Er wird sich naturgemäß auf die Klausel berufen, unter der seiner Ansicht nach die bessere Behandlung gewährt wird. Das Resultat wird daher das gleiche sein, ohne oder mit jener ausdrücklichen Vorschrift. In Abwesenheit dieser Vorschrift kann ein Staat sicherlich die Verletzung der Meistbegünstigung nicht einfach dadurch rechtfertigen, dass die Inländerbehandlung die Gewährung eines Vorteils nicht verlangt, oder *vice versa*. Beispielsweise würde kein Staat die Ansicht vertreten, dass das Recht zur Investor-Staat-Streitbeilegung nicht gewährt werden

⁵⁴⁸ Die gegenseitige Anerkennung ist besonders wichtig für die Dienstleistungssektoren und bedeutet die gegenseitige Vereinbarung zwischen zwei Staaten, zum Zweck der Erfüllung der Normen oder Kriterien für die Ermächtigung, Zulassung oder Beglaubigung von Dienstleistungserbringern die Ausbildung oder Berufserfahrung, die Zulassungen oder Beglaubigungen, die in dem anderen Land erworben, erfüllt bzw. erteilt worden sind, anzuerkennen. Das GATS enthält einen speziellen Artikel zu dieser Frage (Art. VII).

⁵⁴⁹ Siehe dazu *UNCTAD 1999a*, S. 15ff.

soll, weil die Inländer es nicht beanspruchen können.⁵⁵⁰ Unabhängig von diesen Variationen sind die engen Wechselbeziehungen zwischen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung zu erkennen.

Nach der Untersuchung verschiedener Aspekte der Meistbegünstigungsklauseln in den BITs lässt sich feststellen, dass diese Klauseln trotz der unterschiedlichen Formulierung mehrfache Gemeinsamkeiten enthalten, und dass die Unterschiede in manchen Fällen von wesentlicher Bedeutung sind und in anderen wohl nicht. Die Gemeinsamkeiten bestehen vor allem darin, dass die Meistbegünstigung in den BITs gegenseitig und unbedingte ist und negativ formuliert wird. Ein wesentlicher Unterschied ist, ob sie nur für die Nachinvestitionsphase gewährt wird oder zusätzlich für die Vorinvestitionsphase. Jedoch deckt der Anwendungsbereich der Klauseln normalerweise alle Betätigungen der Investoren ab, nachdem die Investitionen zugelassen und durchgeführt worden sind. Ausnahmen werden in allen BITs festgelegt, ihr konkreter Umfang jedoch weicht – mit der Reichweite des Anwendungsbereiches der Meistbegünstigung zusammenhängend – voneinander ab. Ob die Klauseln lediglich Investitionen oder Investoren bzw. beide als Begünstigte vorschreiben, soll in der Praxis keine Relevanz haben. Gleiches gilt für den Fall, dass ausdrücklich vorgesehen wird, dass der bessere von den beiden Nichtdiskriminierungsstandards gilt. Unklar ist dagegen, ob die Inkorporation von „in like situations (circumstances)“ den Vertragsparteien einen größeren Spielraum über die immanente Ejusdem-Generis-Regel einer MFN-Klausel hinausgehend gewährt oder ermöglicht. Um hierzu eine Antwort zu geben, sollen die einschlägigen Schiedssprüche untersucht werden.

Obwohl die Frage nach den Tätigkeiten des Unternehmens (als „Investitionen“ und „Investoren“) und den angefochtenen staatlichen Maßnahmen im Anwendungsbereich des jeweiligen Vertrages sicherlich oft eine wichtige Rolle in den Streitigkeiten spielt, werden die einschlägigen Auslegungen bei der nachfolgenden Untersuchung der Schiedssprüche nicht eingehender erörtert werden, weil der Anwendungsbereich je nach Vertrag variiert und somit der Vergleich jener Interpretationen einen geringeren Wert für das Konstruieren der Nichtdiskriminierungsklauseln in einem künftigen MIA als die Auslegung der gemeinsamen Elemente derartiger Klauseln hätte. Vielmehr richtet sich der Anwendungsbereich eines MIA nach der speziellen Vereinbarung der Vertragsparteien bzw. ihrem Kompromiss.

⁵⁵⁰ Es ist sicherlich schwierig, in manchen Fällen die jeweilige Behandlung aufgrund der Meistbegünstigung oder der Inländerbehandlung zu vergleichen und festzulegen, welche besser ist. Ein Beispiel dafür ist der Vergleich zwischen dem innerstaatlichen Rechtsschutz, der den Inländern gewährt wird, und dem für die ausländischen Investoren speziell errichteten Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus, vgl. dazu *UNCTAD 1999a*, S. 30f. Allerdings – zum Glück – soll ein derartiger Vergleich in der Streitschlichtung unnötig sein, wie es oben dargelegt wird.

II. Einschlägige Schiedssprüche

1. *Maffezini*

Vor *Maffezini* hatte die Auslegung der Meistbegünstigung in den BITs wenige Beobachtung in der Streitbeilegungspraxis und in der Literatur erlangt.⁵⁵¹

Der oben erwähnte „*Ambatielos*“-Fall war einer der wenigen Fälle, in denen die Meistbegünstigung marginal interpretiert wurde, allerdings ging es hier um eine Handelsstreitigkeit. Im *AAPL*-Fall war die Meistbegünstigung ebenfalls nur ein Randproblem. Die hauptsächliche Frage in diesem Fall war, ob die „full protection and security“ im Art. 2 des Sri Lanka/U.K. BIT eine „strict liability“ des Staates vorsieht. Nachdem das Schiedsgericht die „strict liability“ sowohl im betreffenden BIT als auch in der üblichen völkerrechtlichen Praxis abgelehnt hatte, wies es das Argument des Investors hinsichtlich der Meistbegünstigung in Art. 3 des BIT ohne weitere Diskussion zurück, weil seiner Ansicht nach das vom Investor angeführte Sri Lanka/Schweiz BIT ebenfalls keine „strict liability“ festlege und somit keine bessere Behandlung als im Sri Lanka/U.K. BIT gewähre.⁵⁵²

Der *Maffezini*-Fall ist der erste Fall, in dem eine detaillierte Analyse der Anwendung der Meistbegünstigung in den BITs vorgenommen wurde. Die substanzielle Klage betraf die Behandlung der Investitionen von Emilio Agustín Maffezini – einem argentinischen Investor – in eine Chemikalienfabrik in Spanien.⁵⁵³ Spanien legte Einspruch gegen die Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts ein, weil Maffezini die erforderliche Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs nicht erfüllt hatte, die in Art. X des Argentinien/Spain BIT festgesetzt wird.⁵⁵⁴ Maffezini gab zwar zu, dass der Streit nicht vorher bei einem spanischen Gericht eingereicht wurde, wies jedoch darauf hin, dass er aufgrund der Meistbegünstigungsklausel die bessere Behandlung unter dem Chile/Spain BIT beanspruchen kann, in dem keine 18-monatige Frist vorgesehen ist.⁵⁵⁵

Die MFN-Klausel im Argentinien/Spain BIT lautet:

„In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country“.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Siehe *Dolzer/Myers*, S. 51. Zu ausführlichen Kommentaren dieses Falls, siehe *Dolzer/Myers*, S. 51ff, *Kurtz 2004*, S. 876ff, *Vinuesa*, S. 509ff.

⁵⁵² *AAPL Award*, para. 54.

⁵⁵³ *Maffezini Decision*, para. 1.

⁵⁵⁴ Art. X gibt den innerstaatlichen Gerichten eine 18-monatige Frist, bevor der Streit bei einem internationalen Schiedsgericht eingereicht werden kann. *Ibid*, para. 19.

⁵⁵⁵ *Ibid*, para. 39.

⁵⁵⁶ *Ibid*, para. 38.

Spanien erwiderte das Argument des Investors folgendermaßen: i) die Abkommen von Spanien mit Dritten seien *res inter alios acta* in Bezug auf Argentinien; ii) aufgrund der Ejusdem-Generis-Regel beziehen sich die „matters“ in der MFN-Klausel nur auf die „substantive matters or material aspects of the treatment granted to investors and not to procedural or jurisdictional questions“; iii) Ziel der Meistbegünstigung sei es, die Diskriminierung zu verhüten, die nur im Zusammenhang mit der materiellen ökonomischen Behandlung, und nicht mit den verfahrensrechtlichen Angelegenheiten zustande kommt; daher müsse, um die Diskriminierung festzustellen, nachgewiesen werden, dass der innerstaatliche Rechtsweg wirklich objektive Nachteile für den Investor verursachen würde.⁵⁵⁷

Gegen das erste spanische Argument zitierte das Schiedsgericht die Entscheidung des IGH im *Anglo-Iranian Oil Company*-Fall und wies darauf hin, dass die rechtliche Grundlage des MFN-Anspruchs der Vertrag sei, der die MFN-Klausel enthält. Nur wenn die Verträge mit Dritten sich auf eine Angelegenheit beziehen, die der grundlegende Vertrag nicht umfasst, sei diese Angelegenheit dann *res inter alios acta* für die Begünstigten der MFN-Klausel.⁵⁵⁸ Diese Analyse des Schiedsgerichts ist überzeugend, jedoch nicht entscheidend, weil die hauptsächliche Frage ist, was unter die MFN-Klausel fällt.

Zur Ejusdem-Generis-Regel bezog sich das Schiedsgericht auf die oben erwähnte Festlegung der *Ambatielos*-Schiedskommission und wies darauf hin, dass sie die Anwendung der MFN-Klausel auf die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten als mit der Ejusdem-Generis-Regel vereinbar ansah, und dass der Schutz der im Handel tätigen Begünstigten durch die Streitbeilegungsvorschriften zu „treatment“ in der Klausel gehört.⁵⁵⁹

Anschließend untersuchte das Schiedsgericht die MFN-Klauseln in den anderen BITs. Einige BITs sehen ausdrücklich vor, dass die Meistbegünstigung auf die Streitbeilegung anzuwenden ist, beispielsweise das Albania/U.K. BIT. Andere beziehen sich auf „all rights contained in the present Agreement“, oder, wie im hier betreffenden Argentina/Spain BIT, „all matters subject to this Agreement“. Der *Ambatielos*-Entscheidung folgend legte das Schiedsgericht dar, dass die Streitbeilegungsmechanismen heutzutage unentwirrbare Beziehungen mit dem Schutz der ausländischen Investoren haben, und dass sie fundamental für den Investitionsschutz und eng mit den materiellen Aspekten der Behandlung der Investitionen verbunden sind. Sie fallen mithin – der teleologischen Interpretation entsprechend – im Bereich der „matters“ unter die MFN-Klausel, es sei denn, dass nachgewiesen werden kann, dass die Abwesenheit der

⁵⁵⁷ Ibid, para. 41f.

⁵⁵⁸ Ibid, para. 44f.

⁵⁵⁹ Ibid, para. 48-50.

ausdrücklichen Erwähnung von den Vertragsparteien beabsichtigt war, oder dass diese Absicht durch die nachfolgende Praxis der Vertragsparteien abgeleitet werden kann.⁵⁶⁰

Das Schiedsgericht untersuchte dann die Verhandlungsgeschichte des Argentina/Spain BIT. Es wurde angemerkt, dass Spanien bei den Verhandlungen einen direkten Zugang zu internationalen Schiedsverfahren unterstützte, während Argentinien die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs anstrebte. Als Kompromiss wurde die 18-monatige Frist aufgenommen, die nicht zum traditionellen Konzept der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs gehört. Die nachfolgende Praxis der beiden Vertragsparteien, insbesondere von Spanien, weist auch darauf hin, dass sie die Schiedsklauseln annehmen, die die unmittelbare Einreichung des Streites beim Schiedsgericht nach einer gewissen Frist für die Verhandlung zwischen den Streitparteien vorsehen.⁵⁶¹ Somit wurde das zweite spanische Argument vom Schiedsgericht zurückgewiesen.

Aufgrund dieser Analyse legte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit fest. Folglich fehlt es an der Berücksichtigung des dritten Arguments Spaniens, was vielleicht einen Mangel in der Argumentation darstellt, jedoch das Endergebnis der Entscheidung kaum geändert hätte. Das Wesentliche dieses spanischen Arguments betrifft die Bestimmung der weniger günstigen Behandlung. Zurecht hat ein Kommentator bemerkt, dass der innerstaatliche Rechtsschutz nicht unbedingt „less favourable treatment“ als das internationale Schiedsverfahren darstellt. Seiner Ansicht nach spiegelt die voreilige Entscheidung des Schiedsgerichts „an epistemological belief in the superiority of investment arbitration“ wider.⁵⁶² Allerdings hätte das Schiedsgericht keinen Vergleich zwischen zwei Verfahren ziehen müssen, denn es musste hier lediglich über seine Zuständigkeit entscheiden. Dementsprechend würde der Vergleich darauf begrenzt, wie der Zugang zum internationalen Schiedsverfahren gewährt wird. In diesem Zusammenhang sollte der direkte Zugang schon eine günstigere Behandlung darstellen. Ob die unterschiedlichen Behandlungen dem Investor materielle ökonomische Nachteile auferlegen, musste das Schiedsgericht hier noch nicht festlegen.

Der Mangel an Bestimmung der weniger günstigen Behandlung hätte daher kein abweichendes Ergebnis gebracht. Abgesehen davon ist das Ergebnis überzeugend, dass die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten ohne einen ausdrücklichen Ausschluss unter „matters“ bzw. in den Anwendungsbereich der MFN-Klausel fallen.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Ibid, para. 52-55.

⁵⁶¹ Ibid, para. 57-61.

⁵⁶² Siehe Kurtz 2004, S. 880.

⁵⁶³ Das GATT-Panel in „US – Section 337“ hatte ebenfalls entschieden, dass die Nichtdiskriminierungsklausel (allerdings die Inländerbehandlung) für die verfahrensrechtlichen Maßnahmen anzuwenden ist, GATT Panel Report „US – Section 337“, para. 5.10.

Das Schiedsgericht war sich offensichtlich darüber im Klaren, dass die von ihm abgegebene Interpretation weitreichend ist. Es ist jedoch üblich in den BITs, dass die Vertragsparteien präzise Vorschriften vereinbaren, welche Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht eingereicht werden können, und welches Schiedsverfahren angewendet werden kann. Die Interpretation des Schiedsgerichtes könnte zu einer Harmonisierung solcher Vorschriften führen, was einerseits zugunsten der Investoren wäre, andererseits aber die Frage aufwerfen würde, ob es von den Vertragsparteien eines bestimmten BIT beabsichtigt ist, durch eine solche Harmonisierung den Sinn der präzisen Schiedsklauseln mehr oder weniger zu entleeren. Wenn eine derartige Absicht im betreffenden BIT bzw. in der MFN-Klausel – positiv oder negativ – deutlich erkennbar wäre, wie etwa im Fall des Albania/U.K. BIT, stellte die Entscheidung eines Schiedsgerichts kein Problem dar. Schwierig ist dagegen die Entscheidung in den Fällen, in denen eine solche Absicht in den BITs nicht erkennbar ist. Weil das Mandat eines Schiedsgerichts nicht die Harmonisierung der Schiedsklauseln, sondern die Interpretation *des* konkreten betreffenden BIT ist, kann und darf ein Schiedsgericht vom Willen der Vertragsparteien *dieses* BIT nicht absehen. Somit würde ein Schiedsgericht gezwungen, die schwierige Frage zu beantworten, wie der Parteiwille zu erkennen ist, und wie man zwischen dem Ergebnis der Interpretation des objektiven Ansatzes bzw. des Vertragstextes und dem Resultat der Auslegung des subjektiven Ansatzes bzw. des mutmaßlichen Parteiwillen abwägen soll. Das *Maffezini*-Schiedsgericht hat versucht, eine Leitlinie für eine solche Abwägung zu schaffen, und bemerkte:

„[a]s a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor, as will often be the case.“⁵⁶⁴

Was die „public policy considerations“ umfassen, wird sicherlich der Brennpunkt der Problematik sein, wenn man der Interpretation im *Maffezini*-Fall folgt. Durch die Untersuchung der nachfolgenden Praxis von Argentinien und Spanien wollte das Schiedsgericht offensichtlich nachweisen, dass die 18-monatige Frist nicht oder nun nicht mehr zu diesen „considerations“ gehört. Es führte zudem vier Beispiele derartiger Erwägungen an und wies ausdrücklich darauf hin, dass es sie nicht als abschließend betrachtet: i) die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, die eine Vertragspartei als Voraussetzung für die Annahme des Schiedsverfahrens festsetzt; ii) die sogenannte „Fork in the Road“-Regel, nach der ein Streit entweder bei einem innerstaatlichen Gericht oder bei

⁵⁶⁴ *Maffezini* Decision, para. 62.

einem internationalen Schiedsgericht eingereicht werden darf, und falls eine Entscheidung getroffen wird, diese endgültig ist; iii) die Vereinbarung eines bestimmten Streitbeilegungsforums durch die Vertragsparteien; iv) die Verfahrensregeln eines hoch institutionalisierten Streitbeilegungsmechanismus, beispielsweise der NAFTA.⁵⁶⁵ Genau betrachtet, stellen diese Beispiele eigentlich auch die speziellen Vereinbarungen der Vertragsparteien dar.⁵⁶⁶ Was für einen Unterschied haben diese zu der 18-monatigen Frist? Er scheint darin zu liegen, dass diese vier Beispiele von den Vertragsparteien als „fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question“ „envisaged“ werden.

Durch die Schaffung der „public policy considerations“ wollte das Schiedsgericht versuchen, die Reichweite seiner Interpretation zu begrenzen. Allerdings könnte es eine Schwäche seiner Analyse – freilich vom subjektiven Auslegungsansatz im Allgemeinen her – sein, dass man vermuten müsste, ob die Vertragsparteien eine bestimmte Vorschrift als fundamentale Vorbedingung für die Einwilligung zum BIT betrachtet hatten.

Zum Schluss machte das Schiedsgericht noch mal darauf aufmerksam:

„... a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions“.⁵⁶⁷

Die Interpretation der „matters“ durch das *Maffezini*-Schiedsgericht und seine Festlegung, dass die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten prinzipiell in den Anwendungsbereich der MFN-Klausel fallen, ist überzeugend. Jedoch könnte diese Interpretation für einen Staat schwer anzunehmende Auswirkungen haben, wie das Schiedsgericht offenkundig geahnt hat. Die Überzeugungskraft der Analyse *per se* und die mögliche Abneigung der Staaten führt dazu, dass die *Maffezini*-Entscheidung einen ziemlich starken Einfluss auf spätere Schiedssprüche und die BIT-Praxis ausgeübt hat.

Im Entwurf des Central American Free Trade Agreement (CAFTA) zwischen den USA, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras und Nicaragua wurde der Anwendungsbereich der MFN-Klausel durch eine Fußnote beschränkt, in der ein expliziter Bezug auf die *Maffezini*-Entscheidung genommen wurde:

„The Parties agree that the following footnote is to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties’ shared understanding of the Most-Favored-Nation Treatment Article and the Maffezini case. This footnote would be deleted in the final text of the Agreement. The

⁵⁶⁵ Ibid, para. 63.

⁵⁶⁶ Somit meint ein Kommentator, dass die *Maffezini*-Entscheidung den speziellen Vereinbarungen den Vorrang vor der allgemeinen MFN-Klausel gibt, siehe *Dolzer/Myers*, S. 54.

⁵⁶⁷ *Maffezini* Decision, para. 63.

Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in *Maffezini (Arg.) v. Kingdom of Spain*, which found an unusually broad most-favored-nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures. See Decision on Jurisdiction 38-64 (Jan. 25, 2000), reprinted in 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). By contrast, the Most-Favored-Nation Treatment Article of this Agreement is expressly limited in its scope to matters “with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.” The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the *Maffezini* case.⁵⁶⁸

Dass die *Maffezini*-Entscheidung die späteren Schiedssprüche beeinflusst, kann durch die mehrmaligen Bezugnahmen in diesen bewiesen werden.

2. Nach *Maffezini*

a. *Tecmed*

Der *Tecmed*-Fall war der erste Fall, in dem der *Maffezini*-Schiedsspruch angeführt wurde. Der Investor *Tecmed* klagte, dass Mexiko seine Verpflichtungen aus dem Mexico/Spain BIT verletzt habe, indem ihm die Verlängerung der Erlaubnis zum Betrieb einer Mülldeponie in Mexiko verweigert wurde. Es ging in diesem Fall u. a. darum, ob bestimmte Handlungen der mexikanischen Regierung zu prüfen sind, die vor dem In-Kraft-Treten des BIT am 18.12.1996 durchgeführt worden waren, also mit anderen Worten, ob das BIT rückwirkend angewendet werden kann.⁵⁶⁹ Das Schiedsgericht entschied, dass es die möglichen Verletzungen des BIT nicht berücksichtigt, wenn sie das Resultat isolierter Handlungen oder Unterlassungen der mexikanischen Regierung vor dem 18.12.1996 sind, die aber nach diesem Zeitpunkt nicht mehr fortdauern.⁵⁷⁰ Der Investor hatte sich ausdrücklich auf die *Maffezini*-Entscheidung berufen und beanspruchte aufgrund der Meistbegünstigung die rückwirkende Anwendung als bessere Behandlung, die den österreichischen Investoren durch das Mexico/Austria BIT gewährt werden sollte. Das Schiedsgericht lehnte die Überprüfung der betreffenden Klausel in diesem BIT ab und erklärte:

⁵⁶⁸ Siehe International Law in Brief, by American Society of International Law, vom 06.02.2004, unter: <http://www.asil.org/ilib/ilib0703.htm>. Das CAFTA wurde am 28.05.2004 unterzeichnet, und die betreffende Fußnote wurde gestrichen, zum Vertragstext, siehe http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA-DR_Final_Texts/asset_upload_file328_4718.pdf.

⁵⁶⁹ *Tecmed* Award, para. 53ff.

⁵⁷⁰ *Ibid*, para. 67.

„matters relating to the application over time of the Agreement, which involve more the time dimension of application of its substantive provisions rather than matters of procedure or jurisdiction, due to their significance and importance, go to the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties. These are determining factors for their acceptance of the Agreement, as they are directly linked to the identification of the substantive protection regime applicable to the foreign investor and, particularly, to the general (national or international) legal context within which such regime operates, as well as to the access of the foreign investor to the substantive provisions of such regime. Their application cannot therefore be impaired by the principle contained in the most favored nation clause“.⁵⁷¹

Durch die Bezugnahme auf den *Maffezini*-Schiedsspruch in der betreffenden Fußnote deutete das Schiedsgericht darauf hin, dass es der Interpretation in *Maffezini* folgt und den „public policy considerations“, die die Vertragsparteien als fundamentale Vorbedingungen für die Annahme des Vertrages betrachten, ein weiteres Szenario hinzufügt.⁵⁷² Dies betrifft die zeitliche Dimension der Anwendung der substanziellen Vorschriften eines BIT. Dazu gehört zudem die Vorschrift, die die Frist einer Klage bzw. den Zugang zum substanziellen Schutz durch das BIT enthält.⁵⁷³

b. MTD

MTD ist ein malaysischer Investor, der im Süden von Santiago de Chile eine selbstständige Satellitenstadt zu errichten plante. Für das betreffende Gebiet musste eine Billigung zur Änderung der Flächennutzung von landwirtschaftlicher zu städtischer Nutzung eingeholt werden. Die chilenische Foreign Investment Commission (FIC) erteilte die Zulassung der ausländischen Investitionen und unterschrieb den standardisierten Foreign Investment Contract, in dem ausdrücklich vorgeschrieben wird, dass die Zulassung „without prejudice to any others which, pursuant to such laws and regulations must be granted by the competent

⁵⁷¹ Ibid, para. 69.

⁵⁷² Das Schiedsgericht ist der Ansicht, dass die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten nicht zu den „core of matters“ gehören. Mithin setzt der Ausschluss der verfahrensrechtlichen Angelegenheiten vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigung die genaue Untersuchung der Absichten der Vertragsparteien voraus, wie sie das *Maffezini*-Schiedsgericht durchgeführt hatte. Im vorliegenden Fall soll für eine Entscheidung dagegen keine derartige Überprüfung nötig sein.

⁵⁷³ Das Mexico/Spain BIT sieht vor: „[the] investor may not submit a claim under this Agreement if more than three years have elapsed since the date on which the investor had or should have had notice of the alleged violation, as well as of the loss or damage sustained“. In diesem Zusammenhang lehnte das Schiedsgericht ebenfalls die Anwendung der Meistbegünstigung ab, weil diese Vorschrift „necessarily a part of the essential core of negotiations of the Contracting Parties“ darstellt, *Tecmed Award*, para. 74.

authorities“ ist.⁵⁷⁴ Nachdem die Erlaubnis durch die FIC erteilt wurde, kaufte MTD das Land und beantragte die Änderung der Flächennutzung, die jedoch von der zuständigen Behörde abgelehnt wurde, weil sie der Stadtentwicklungspolitik nicht entsprechen würde, nach der die Entwicklung des nördlichen Gebiets von Santiago gefördert werden sollte.⁵⁷⁵ Das Schiedsgericht entschied schließlich: „approval of an investment by the FIC for a project that is against the urban policy of the Government is a breach of the obligation to treat an investor fairly and equitably“.⁵⁷⁶

Der relevante Punkt für die vorliegende Arbeit ist, dass der Investor sich aufgrund der MFN-Klausel – Art. 3(1) – im Malaysia/Chile BIT⁵⁷⁷ auf Art. 3(2) des Chile/Croatia BIT berief, der vorsieht:

„[w]hen a Contracting Party has admitted an investment in its territory, it shall grant the necessary permits in accordance with its laws and regulations“.⁵⁷⁸

Das Schiedsgericht bestätigte die Generalität der MFN-Klausel und stützte sich auf die Zielsetzung des BIT – den Investitionsschutz, um die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der im Art. 3(2) Chile/Croatia BIT gewährte Schutz in den Anwendungsbereich der MFN-Klausel fällt.⁵⁷⁹

Das Schiedsgericht legte Wert auf „in accordance with its laws and regulations“ in Art. 3(2) Chile/Croatia BIT und zog geschickt einen Unterschied zwischen (i) „permits to be granted in accordance with the laws and regulations of the country concerned“ und (ii) „those actions that require a change of said laws and regulations“.⁵⁸⁰ Es wies darauf hin, dass die Vorschrift dem Investor keine Änderung des rechtlichen Rahmens im Gaststaat gewährt. Stattdessen werde ihm gewährleistet, dass das Gesetz ausgeführt wird.⁵⁸¹ Die Änderung der Flächennutzung ist in diesem Fall eine rechtliche Abänderung. Das Gesetz könnte vom Staat revidiert werden, darauf habe der Investor allerdings keinen rechtlichen Anspruch, der auf Art. 3(2) Chile/Croatia BIT gestützt werden kann. Mithin sei es keine Verletzung der BIT-Verpflichtung, dass die chilenische Regierung ihr betreffendes Gesetz nicht ändert.⁵⁸²

⁵⁷⁴ *MTD Award*, para. 119. Die rechtliche Rolle der Erlaubnis der FIC war ein zentrales Thema im Streit, para. 160-167.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, para. 80.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, para. 166.

⁵⁷⁷ Art. 3(1) lautet: „Investment made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State“, *ibid.*, para. 101.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, para. 197.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, para. 104, 204.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, para. 205.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*, para. 206.

Obwohl das Schiedsgericht in diesem Zusammenhang keinen Bezug auf den *Maffezini*-Fall genommen hat,⁵⁸³ kam es zum gleichen Ergebnis der generellen Anwendbarkeit der MFN-Klausel. Zudem interpretierte es zu Recht den Terminus „in accordance with laws and regulations“ in der Art und Weise, dass er den Investoren zwar die Durchsetzung des Rechts, jedoch keine Änderung des Rechts gewährleistet.⁵⁸⁴

c. *Siemens*

Eine fast identische Frage wie im *Maffezini*-Fall musste das Schiedsgericht im Hinblick auf die Meistbegünstigung im Fall *Siemens* beantworten. Gegenstand war wiederum ein argentinisches BIT, allerdings musste diesmal die argentinische Regierung ihren Einspruch gegen die Zuständigkeit des ICSID-Schiedsgerichts begründen. Es ging u. a. darum, ob Siemens den direkten Zugang zum internationalen Schiedsverfahren, der im Chile/Argentina BIT gewährt wird, aufgrund der Meistbegünstigung im Germany/Argentina BIT beanspruchen darf, obwohl Letzteres eine 18-monatige Frist für die Streitbeilegung innerstaatlichen Gerichten vorsieht. Weil Siemens seine Argumentation insbesondere auf die *Maffezini*-Entscheidung stützte, attackierte Argentinien zum einen direkt diese Entscheidung, zum anderen stützte es seine Behauptung, dass die Meistbegünstigung in diesem Zusammenhang nicht anwendbar sei, auf die besondere Struktur des betreffenden BIT. Mithin kann der *Siemens*-Schiedsspruch Materialien für die Interpretation der MFN-Klausel in den BITs in mehrfacher Hinsicht anbieten.

Argentinien fand, dass die betreffende Argumentation im *Maffezini*-Fall zweifelhaft ist. Seiner Ansicht nach hat das *Maffezini*-Schiedsgericht eine falsche Analyse der *Ambatielos*-Entscheidung durchgeführt, weil der Rechtsschutz im *Ambatielos*-Fall einen substantziellen Inhalt hat und im *Maffezini*-Fall nur eine Zuständigkeitsfrage betroffen ist. Die *Maffezini*-Entscheidung ignoriere die IGH-Rechtsprechung im *Anglo-Iranian Oil Company*-Fall, in der der IGH die Nicht-Anwendbarkeit der MFN-Klausel auf gerichtliche Angelegenheiten „conclusively affirmed“ hätte. Die *Maffezini*-Entscheidung habe nicht auf dem Willen der Vertragsparteien basiert und die *Ejusdem-Generis*-Regel nicht spezifisch analysiert.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Nur im Zusammenhang mit einer MFN-irrelevanten Frage bezog sich das Schiedsgericht auf die *Maffezini*-Entscheidung, *ibid*, para. 178.

⁵⁸⁴ Es ist eine andere Frage, ob das betreffende Gesetz *per se* gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen verstößt. Dies ist allerdings irrelevant in diesem Fall, weil die Planung der Stadtentwicklung offensichtlich keinen derartigen Verstoß darstellt, sondern die Zulassung durch die FIC, wie das Schiedsgericht festgesetzt hatte. Der Ansicht des Schiedsgerichts nach war der Investor auch verantwortlich für seinen geschäftlichen Misserfolg wegen Fahrlässigkeit, *ibid*, para. 178, 253.

⁵⁸⁵ *Siemens* Decision, para. 52-55.

Das Schiedsgericht sah sich offensichtlich nicht gezwungen, die *Maffezini*-Entscheidung direkt zu verteidigen. Es wies einfach auf die Fehlinterpretation der beiden IGH-Fälle durch Argentinien hin: im *Anglo-Iranian Oil Company*-Fall hatte der IGH nicht über den Anwendungsbereich der MFN-Klausel entschieden; im *Ambatielos*-Fall lässt sich kein von Argentinien behaupteter Unterschied zwischen „substantive procedural rights like just and equitable treatment“ und „purely jurisdictional matters“ finden.⁵⁸⁶

Man muss dazu sagen, dass die argentinische Kritik an der *Maffezini*-Entscheidung nicht überzeugend ist. Argentinien war sich scheinbar auch darüber im Klaren. Es wies – zu Recht – darauf hin, dass die *Maffezini*-Entscheidung keinen verbindlichen Präzedenzfall darstellt. Dann bezog sich die Argumentation Argentinienens extensiv auf die spezielle Struktur des betreffenden BIT.

Die MFN-Klausel im Germany/Argentina BIT – Art. 3(1) und Art. 3(2) zusammen – ist eine typische Nichtdiskriminierungsklausel in den modernen BITs, die die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung in sich kombiniert und sowohl die Investitionen als auch die Investoren als Begünstigte vorsieht.⁵⁸⁷ Ausnahmen zur Meistbegünstigung werden für die REIO (Art. 3(3)) und für die Doppelbesteuerungsabkommen (Art. 3(4)) festgesetzt, im Protokoll des Vertrages zudem noch in Bezug auf Sicherheit und Ordnung sowie fiskalische Vorteile (Ad Art. 3(a) und (b)). Außerdem erläutert Ad Art. 3(a), dass die „activities“ in Art. 3(2) sich „specially but not exclusively to the administration, use and benefit of an investment“ beziehen.⁵⁸⁸ Im Übrigen enthält Art. 4 eine Verpflichtung zur Meistbegünstigung, die sich auf die Angelegenheiten dieses Artikels – Schutz, Enteignung und Entschädigung – bezieht.⁵⁸⁹

Argentinien behauptete, dass die Behandlung in Art. 3 sich nur auf die kommerziellen und wirtschaftlichen Transaktionen bezieht. Das Schiedsgericht betrachtete „treatment“ und „activities“ als generelle Begriffe. Die Notwendigkeit, Ausnahmen vorzusehen, deutet auf ihre Generalität hin. Ad Art. 3 stelle klar, dass die angeführten Aktivitäten nicht abschließend seien. Wenn die Vertragsparteien die Anwendung des Abkommens hätten begrenzen wollen, hätten sie es mithilfe der Ausnahmeklauseln gemacht. Wenn sie mithin die Behandlung in

⁵⁸⁶ Ibid, para. 94-102. Zur argentinischen Kritik an der *Maffezini*-Entscheidung erwiderte Siemens außerdem, dass die Ejusdem-Generis-Regel die von Siemens behauptete Anwendbarkeit nicht ausschließt. Ibid, para. 69.

⁵⁸⁷ Art. 3(1) lautet: „None of the Contracting Parties shall accord in its territory to the investment of nationals or companies of the other Contracting Party or to investments in which they hold shares, a less favorable treatment than the treatment granted to the investments of its own nationals or companies or to the investments of nationals or companies of third States“. Art. 3(2) sieht vor: „None of the Contracting Parties shall accord in its territory to nationals or companies of the other Contracting Party a less favorable treatment of activities related to investments than granted to its own nationals and companies or to the nationals and companies of third States“, *Siemens Decision*, para. 82.

⁵⁸⁸ Ibid, para. 83.

⁵⁸⁹ Ibid, para. 88.

Art. 3 hätten einschränken wollen, wären die beiden Begriffe dort qualifiziert worden. Aufgrund dessen entschied das Schiedsgericht, dass die wörtliche und systematische Interpretation der Art. 3(1) und (2) dazu führt, dass dieser Artikel die vorgesehene Behandlung nicht auf die kommerziellen und wirtschaftlichen Transaktionen begrenzt.⁵⁹⁰

Im Hinblick auf das Verhältnis der Meistbegünstigungsgebote in Art. 3 und Art. 4 argumentierte Argentinien, Art. 4 wäre überflüssig, wenn der Anwendungsbereich des Art. 3 sich nicht auf Art. 3 beschränken würde. Das Schiedsgericht war jedoch der Ansicht, dass die Überschneidung der beiden Artikel weder Art. 3 die Generalität entzieht noch Art. 4 überflüssig macht. Die spezielle Erwähnung in Art. 4 gehe auf die besonderen Interessen der Vertragsparteien an Themen der Enteignung und Entschädigung zurück und entspreche der Wichtigkeit dieser Themen. Das Schiedsgericht sah keinen Grund, die Vertragsparteien daran zu hindern, dass sie besondere Angelegenheiten *ex abundante cautela* betonen.⁵⁹¹

Argentinien sah einen Unterschied zwischen dem Schutz der Investitionen und dem der Investoren und zog die Schlussfolgerung, dass dies den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung beeinflusst. Seiner Meinung nach gewährt ein Artikel nur den Schutz der Investitionen, wenn er sich lediglich auf die Investitionen bezieht; in den Fällen, wo nur die Investoren erwähnt werden, würde auch der Schutz lediglich den Investoren gewährleistet. Das Schiedsgericht wies darauf hin, dass der Titel des Vertrages sich nur auf den Schutz der Investitionen bezieht und die Investoren dabei nicht erwähnt werden. „Fair and equitable treatment“ wird vom Text her nur den Investitionen gewährt; das bedeutet jedoch nicht, dass „denial of justice“ gegen Investoren nicht darunter fällt. Mithin fand das Schiedsgericht, dass die unterschiedliche Nutzung der Termini „Investitionen“ oder „Investoren“ keine besondere Bedeutung für die Anwendung der MFN-Klausel hat.⁵⁹²

Argentinien interpretierte die Kombination der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung in demselben Artikel in der Weise, dass sie den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung auf die Fälle begrenzt, in denen die entsprechende Behandlung auch den Inländern gewährt werden soll. Weil die Inländer kein internationales Schiedsverfahren in Anspruch nehmen dürfen, würde dies somit von der Meistbegünstigung ausgeschlossen. Das Schiedsgericht legte fest, dass die Verpflichtungen in Art. 3 dual sind, und dass ein Staat verpflichtet ist, in jeder Situation die Gleichbehandlung zu gewähren. Wenn eine anderen ausländischen Investoren gewährte bessere Behandlung den Investoren der Vertragspartei

⁵⁹⁰ Ibid, para. 82-86.

⁵⁹¹ Ibid, para. 87-90.

⁵⁹² Ibid, para. 91f.

einfach deswegen verweigert würde, weil sie über die Inländerbehandlung hinausgeht, stelle dies gleichfalls eine Verletzung der Meistbegünstigung dar.⁵⁹³

Argentinien betonte, dass die MFN-Klausel mit „all matters subject to this Agreement“ im *Maffezini*-Fall von der MFN-Klausel im vorliegenden Fall abweicht. Das Schiedsgericht gab zu, dass „treatment“ enger als „all matters“ sein soll. Trotzdem sei das erstere breit genug, um die Streitschlichtung einzuschließen.⁵⁹⁴ Wie im *Maffezini*-Fall bemerkte das Schiedsgericht: „Access to these mechanisms is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through a MFN clause“.⁵⁹⁵

Im Hinblick auf die Behauptung Argentinien, dass die 18-monatige Frist eine sensitive wirtschaftliche und außenpolitische Frage ist, überprüfte das Schiedsgericht die argentinische BIT-Praxis und wies darauf hin, dass manche BITs keine derartige Voraussetzung enthalten. Die mangelnde Konsistenz spräche gegen behauptete Sensibilität.⁵⁹⁶

Folglich wies das Schiedsgericht den argentinischen Einspruch gegen die Zuständigkeit im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Meistbegünstigung zurück.⁵⁹⁷

Das *Siemens*-Schiedsgericht ist der Logik des *Maffezini*-Schiedsspruchs gefolgt, sofern dieselben Fragen betroffen waren.⁵⁹⁸ Zudem hat es eine hilfreiche Analyse in Bezug auf folgende Themen vorgenommen: i) die Generalität der MFN-Klausel, ii) das Verhältnis zwischen dem Schutz der Investitionen und dem der Investoren; iii) das Verhältnis zwischen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung.

d. Salini

Der Fall *Salini* betrifft die Streitigkeit zwischen Jordanien und zwei italienischen Baufirmen um ein Staudammprojekt.⁵⁹⁹ Die Parteien waren sich über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts uneinig. Der Bauvertrag sah die Streitbeilegung vor innerstaatlichen Gerichten vor, es sei denn, dass die Vertragsparteien sich mit dem Gang vor ein internationales Schiedsgericht einverstanden erklären.⁶⁰⁰ Das Schiedsgericht entschied letztlich, dass es keine Befugnis dazu hat, die Argumente betreffend den Vertragsbruch zu berücksichtigen. Es läge jedoch in seiner Zuständigkeit, die möglichen Verletzungen der

⁵⁹³ Ibid, para. 93.

⁵⁹⁴ Ibid, para. 103.

⁵⁹⁵ Ibid, para. 102.

⁵⁹⁶ Ibid, para. 105.

⁵⁹⁷ Ibid, para. 110.

⁵⁹⁸ Das Schiedsgericht bestätigt zweimal ausdrücklich seine Übereinstimmung mit der *Maffezini*-Entscheidung, ibid, para. 103, 109.

⁵⁹⁹ *Salini Decision*, para. 17.

⁶⁰⁰ Ibid, para. 71.

Verpflichtungen des betreffenden BIT – z. B. Enteignung – zu überprüfen, die durch den Vertragsbruch verursacht werden.⁶⁰¹

Bezüglich der Zuständigkeit beriefen sich die Investoren u. a. auf die MFN-Klausel im Italy/Jordan BIT.⁶⁰² Sie argumentierten, dass ihnen dadurch entsprechend die bessere Behandlung aus den jordanischen BITs mit dem Vereinigten Königreich und den USA gewährt werden solle, in denen Streitigkeiten um einen Vertragsbruch unter die internationale Streitbeilegung fallen. In diesem Zusammenhang bezogen sie sich ausdrücklich auf die *Maffezini*-Entscheidung.⁶⁰³

Das Schiedsgericht führte zuerst eine extensive Untersuchung der *Ambatielos*-Entscheidungen durch und meinte, dass dort keine Anwendbarkeit einer Schiedsklausel, sondern der substanziellen Vorschriften bzw. der Behandlung „in accordance with “justice”“, beansprucht wurde. Somit solle die Entscheidung der Schiedskommission nicht für den vorliegenden Fall „vertauscht“ werden.⁶⁰⁴

Dann wandte sich das Schiedsgericht der *Maffezini*-Entscheidung zu. Seiner Interpretation nach erlaubte das *Maffezini*-Schiedsgericht durch seine Entscheidung dem Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges auszuweichen.⁶⁰⁵ Das Schiedsgericht betonte die Risiken von „treaty shopping“ als Folge der *Maffezini*-Entscheidung und fürchtete, dass die in dieser Entscheidung angekündigte „Vorsichtserklärung“ in der Praxis schwierig umzusetzen ist.⁶⁰⁶ Es wies darauf hin, dass sowohl im *Ambatielos*-Fall als auch im *Maffezini*-Fall eine sorgfältige Analyse der Absicht der Vertragsparteien durchgeführt wurde, um die Anwendbarkeit der Meistbegünstigung festzustellen, wenn die MFN-Klausel nicht ausdrücklich die Streitschlichtung erfasst.⁶⁰⁷

Der Sachverhalt im vorliegenden Fall ist, so das Schiedsgericht, anders. Die MFN-Klausel sehe keine ausdrückliche Ausdehnung auf die Streitbeilegung vor; die Investoren haben weder Beweise für die Absicht der Vertragsparteien für eine solche Ausdehnung vorgelegt, noch

⁶⁰¹ Ibid, para. 179.

⁶⁰² Art. 3 Abs. 1 des Italy/Jordan BIT lautet: „[b]oth Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and the income accruing to, its own nationals or investors of Third States“, *ibid*, para. 104.

⁶⁰³ Ibid, para. 36, 50, 102.

⁶⁰⁴ Ibid, para. 106-112.

⁶⁰⁵ Ibid, para. 113. Dies könnte eine Missinterpretation des Schiedsgerichts betreffend die *Maffezini*-Entscheidung darstellen. Dort wurde die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges ausdrücklich als eine „public policy consideration“ angeführt, die den Vorrang vor der MFN-Klausel habe. Die 18-monatige Frist, die der Hauptpunkt in jenem Fall war, wurde vom *Maffezini*-Schiedsgericht nicht als ein derartiges Erfordernis qualifiziert. Vielleicht ist das *Salini*-Schiedsgericht diesbezüglich anderer Ansicht. Ein solches Missverständnis lässt sich auch in den Veröffentlichungen finden, siehe u. a. *Cremades 2004*, S. 82.

⁶⁰⁶ *Salini Decision*, para. 114-115.

⁶⁰⁷ Ibid, para. 117.

haben sie eine Untersuchung der BIT-Praxis der Gegenseite durchgeführt. Hingegen schließe Art. 9(2) ausdrücklich das unmittelbare Schiedsverfahren in Bezug auf Streitigkeiten um den Bruch der Investitionsverträge aus.⁶⁰⁸ Somit entschied das Schiedsgericht, dass die MFN-Klausel im Zusammenhang mit den Schiedsklauseln nicht anwendbar ist, und dass es selbst keine Zuständigkeit für die vertraglichen Auseinandersetzungen gemäß Art. 9(2) und der Vereinbarung im betreffenden Investitionsvertrag hat.⁶⁰⁹

Offensichtlich liegen dem Schiedsgericht die Risiken des „treaty shopping“ stark am Herzen. Abgesehen von seiner möglichen Missinterpretation der *Maffezini*-Entscheidung, scheint es implizit die Meinung zu vertreten, dass „treatment“ keine verfahrensrechtlichen Angelegenheiten einschließt, indem es gegen die Anwendbarkeit der MFN-Klausel auf die Schiedsklauseln entschied.⁶¹⁰ Für das Schiedsgericht selbst schien diese Meinung allerdings auch nicht so überzeugend zu sein, da es sich nicht ausdrücklich mit der betreffenden Feststellung in der *Maffezini*-Entscheidung auseinandersetzte.

Eigentlich hätte das Schiedsgericht andere Alternativen gehabt, um seine Zuständigkeit für die vertraglichen Auseinandersetzungen abzulehnen – selbst wenn es den Terminus „treatment“ der wörtlichen, systematischen und teleologischen Interpretation treu auslegte, dass die verfahrensrechtlichen Angelegenheiten ebenfalls zur Behandlung der Investitionen gehören. Erstens könnte es auf Art. 9(2) basierend die Absicht der Vertragsparteien feststellen, die Streitbeilegungsmechanismen bezüglich des Vertragsbruches vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigung auszuschließen, anstatt zu erläutern, dass *alle* Schiedsklauseln auszuschließen sind. Zweitens könnte es untersuchen, ob in den jordanischen BITs mit den USA und dem Vereinigten Königreich wirklich in diesem Zusammenhang ein unmittelbarer Zugang zu Schiedsverfahren gewährt wird. Selbst wenn dies bestätigt würde, könnte es sich immer noch mit der Frage auseinandersetzen, ob das internationale Schiedsverfahren eine bessere Behandlung im Vergleich zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit darstellt.

⁶⁰⁸ Ibid, para. 118. Art. 9(2) sieht vor: „[i]n case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply“.

⁶⁰⁹ Ibid, para. 119.

⁶¹⁰ Vgl. *Boscariol/Silva*, S. 66. Dort wird dies als „irreconcilable differences“ betrachtet.

e. Plama

Der Sachverhalt im Fall *Plama* betrifft eigentlich den Energiecharta-Vertrag,⁶¹¹ jedoch hatte der Investor sich auf die Meistbegünstigungsklausel im Bulgaria/Cyprus BIT berufen, um die Zuständigkeit des ICSID zu begründen.

Das Bulgaria/Cyprus BIT von 1987 enthält ziemlich eng begrenzte Vorschriften hinsichtlich der Streitbeilegung. Vor ein internationales Schiedsgericht dürfen nur Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung im Fall der Enteignung gebracht werden. Das Schiedsgericht muss *ad hoc* unter UNCITRAL-Regeln sein.⁶¹² Der Investor versuchte daher, die Zuständigkeit des ICSID damit zu begründen, dass die bessere Behandlung im Bulgaria/Finland BIT bzw. die Möglichkeit, das ICSID-Schiedsverfahren für alle Investitionsstreitigkeiten anzuwenden, durch die MFN-Klausel in das Bulgaria/Cyprus BIT inkorporiert wird.⁶¹³

Nachdem das Schiedsgericht seine Zuständigkeit gemäß dem ECT festgestellt hatte, wandte es sich der Interpretation der MFN-Klausel zu. Es stellte zunächst fest, dass die unterschiedliche Nennung von „investments“ oder „investors“ als Begünstigten keine besondere Bedeutung hat, insbesondere wenn der Ausdruck „investments by investors“ gebraucht wird. Hierbei bezog sich das Schiedsgericht auch auf die Analyse des *Siemens*-Schiedsgerichts. Es führte danach kurz die systematische und teleologische Auslegung durch und merkte an, dass derartige Auslegungen Resultate zugunsten des Investors bevorzugen. Speziell erkannte es an, dass die Aussage des *Maffezini*-Schiedsgerichtes bezüglich der unentwirrbaren Beziehungen von den Streitbeilegungsmechanismen mit dem Investitionsschutz als solche „undeniable in their generality“ ist. Allerdings seien diese Argumente *nicht ausreichend* für die Schlussfolgerung, dass die Vertragsparteien des betreffenden BIT beabsichtigt hätten, dass die MFN-Klausel auch die Schiedsklauseln erfasst.⁶¹⁴ Dass die Vertragsparteien gerade das Gegenteil beabsichtigt hatten, wird nach Ansicht des Schiedsgerichtes durch die gescheiterten Verhandlungen zwischen Bulgarien und Zypern über ein neues BIT im Jahr 1998 deutlich, da der neue Vertragsentwurf revidierte

⁶¹¹ Es geht um Investitionen in die Nova Plama Raffinerie in Bulgarien, die 1996 privatisiert wurde. Der ursprüngliche Eigentümer konnte die Produktion jedoch nicht finanzieren, so dass Bankrott angemeldet wurde. Die Raffinerie wurde 1998 vom Nova Plama Consortium übernommen und somit aus dem Bankrott gerettet. Das Konsortium und die bulgarische Regierung konnten sich aber über eine Reihe finanzieller Probleme, u. a. die Außenstände der Raffinerie, nicht einigen. Zudem stritten die Parteien über das 2002 erlassene bulgarische Umweltschutzgesetz, das die bulgarische Regierung aus der Haftung für die Umweltverschmutzung entlässt, die von der Raffinerie vor 1999 verursacht wurde. Daher klagte das Konsortium gegen Bulgarien wegen einer Verletzung der Verpflichtungen aus dem ECT.

⁶¹² *Plama Decision*, para. 26, 186.

⁶¹³ *Ibid*, para. 183. Art. 3 des Bulgaria/Cyprus BIT sieht die Meistbegünstigung wie folgt vor: „[e]ach Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states“, para. 187.

⁶¹⁴ *Ibid*, para. 191-193.

Schiedsklauseln enthielt. Zudem sei es übliche Praxis der kommunistischen Regime, wie Bulgarien im Jahr 1987, dass ihre BITs die besonders eng begrenzten Streitbeilegungsmechanismen vorsehen. Mithin sei eine Ausdehnung dieser Mechanismen durch die MFN-Klausel von den Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des BIT nicht beabsichtigt gewesen.⁶¹⁵

Wenn das Schiedsgericht der Analyse im *Maffezini*-Fall folgen wollte, hätte es nun zum Ergebnis kommen können, die Argumente des Investors abzulehnen. Stattdessen führte das Schiedsgericht weiter eine extensive Untersuchung zu dieser Frage durch. Es bezog sich auf die Erklärung der Staaten im Vertragentwurf zum Free Trade Area of Americas (FTAA), die sehr ähnlich wie die oben erwähnte Absichtserklärung im CAFTA ist. Dadurch sollte die allgemeine Abneigung der Staaten gegenüber der weitreichenden Interpretation im *Maffezini*-Fall bestätigt werden.⁶¹⁶ Das Schiedsgericht meinte im Gegensatz zur *Maffezini*-Entscheidung, dass die Absicht der Inkorporation der Schiedsklauseln klar und unmissverständlich ausgedrückt werden muss, entsprechend den BITs des Vereinigten Königreichs. Andernfalls solle die Inkorporation in Frage gestellt werden, da nicht zu vermuten sei, dass die Staaten bereit sind, den speziellen Umfang der vor den Schiedsgerichten zu erörternden Streitigkeiten durch die MFN-Klausel zu vergrößern, oder den speziell vereinbarten Mechanismus durch einen anderen zu ersetzen. Die in Bezug genommenen Entscheidungen des IGH unterstützten die *Maffezini*-Entscheidung nicht, da sie nicht dieselbe Problematik betreffen. Nicht zuletzt wurde auf die vom *Maffezini*-Schiedsgericht selbst geahnten Risiken des „treaty-shopping“ hingewiesen. Für die im *Maffezini*-Fall vorgeschlagene Lösung, nämlich die „public policy considerations“, konnte das Schiedsgericht keinerlei Basis finden. Obwohl das Schiedsgericht Sympathie für die *Maffezini*-Entscheidung habe, weil es sich dort um eine „unsinnige“ 18-Monats Frist handelte, solle die Entscheidung in einem solchen Sonderfall nicht „as a statement of general principle guiding further tribunals“ betrachtet werden.⁶¹⁷

Durch die *Plama*-Entscheidung wird das Dilemma zwischen einer objektiven und einer subjektiven Auslegung drastisch entlarvt, vor dem das *Maffezini*-Schiedsgericht und seine Nachfolger gestanden haben. Während im *Maffezini*-Fall die subjektive Auslegung noch eine mit dem Resultat des objektiven Auslegungsansatzes übereinstimmende Schlussfolgerung begründen konnte und dadurch eine quälende Wahl im Fall einer Widersprüchlichkeit vermieden wurde, konnten andere Schiedsgerichte – außer im *Siemens*-Fall – solchem

⁶¹⁵ Ibid, para. 195-197.

⁶¹⁶ Ibid, para. 202f.

⁶¹⁷ Ibid, para. 204-224.

potenziellen Widerspruch nicht entgehen und mussten sich auf die Vermutung des Parteiwillens berufen. Das *Plama*-Schiedsgericht wurde durch die Reaktionen der Staaten auf die *Maffezini*-Entscheidung ermutigt und hat vermutlich die Abneigung der Staaten generalisiert. Somit werden die objektiven Auslegungsansätze im *Plama*-Fall aus ihrer zentralen Stellung bei der Vertragsinterpretation verdrängt. Obwohl das Ergebnis im konkreten Fall *per se* sehr wohl zutreffend sein könnte bzw. dem Parteienwillen entspricht, mangelt es immer an der Überzeugungskraft aufgrund der Mutmaßlichkeit einer solchen Interpretation.⁶¹⁸

f. Gas Natural

In diesem Fall ging es zum Teil um die gleichen Fragen wie im *Maffezini*-Fall: das Argentina/Spain BIT bzw. seine 18-monatige Frist für die Streitbeilegung vor innerstaatlichen Gerichten und die Anwendbarkeit der MFN-Klausel. Allerdings klagte diesmal eine spanische Firma, Gas Natural, gegen die argentinische Regierung.⁶¹⁹

Das Schiedsgericht hat die *Maffezini*-Entscheidung bekräftigt und gewissermaßen weiter entwickelt. Seiner Ansicht nach sei die unabhängige internationale Streitbeilegung „a crucial element – indeed perhaps the most crucial element“ der BITs und werde übereinstimmend – sowohl von den Befürwortern als auch von den Gegnern – als unentbehrlich für den Investitionsschutz betrachtet.⁶²⁰ Anschließend stellte es ebenso wie das *Maffezini*-Schiedsgericht fest, dass die Streitbeilegung nicht explizit aus dem Anwendungsbereich der MFN-Klausel ausgeschlossen werde. Das argentinische Argument von „public policy“ sei nicht überzeugend, weil nur ein kleiner Teil der argentinischen BITs die 18-monatige Frist vorsieht; diese stelle kein Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs dar. Das Tribunal stellte noch einmal klar, dass die internationale Streitbeilegung in den BITs „a significant *substantive* incentive and protection for foreign investors“ ist, bevor es entschied, dass der Investor den direkten Zugang zur internationalen Streitschlichtung aufgrund der MFN-Klausel hat.⁶²¹

⁶¹⁸ Ein Kommentator meinte, dass die zwei Gruppen von Schiedssprüchen – *Maffezini* und *Siemens* auf einer Seite, *Salini* und *Plama* auf der anderen Seite – nicht unbedingt als inkonsistentes Fallrecht betrachtet werden müssen, weil es sich um einen völlig anderen Sachverhalt handelt, siehe *Reinisch*, S. 719.

⁶¹⁹ *Gas Natural Decision*, para. 24-28.

⁶²⁰ *Ibid*, para. 29.

⁶²¹ *Ibid*, para. 30f (Hervorhebung durch den Verfasser).

3. Zusammenfassung

Die oben durchgeführte Untersuchung der Streitbeilegungspraxis hat gezeigt, dass die Schiedssprüche in Bezug auf die Interpretation der MFN-Klausel in BITs noch nicht hinreichend sind. Einige Fragen, wie die Generalität der Meistbegünstigung oder die Bedeutung der unterschiedlichen Nennung von „investments“ und „investors“, sind geklärt worden. Aber die wichtigen Elemente einer MFN-Klausel, wie „likeness“ und „no less favourable treatment“, auf die das Augenmerk in der Streitbeilegungspraxis der WTO gerichtet wurde, wurden hier kaum interpretiert. Die existenten Schiedssprüche – seit der *Maffezini*-Entscheidung – betreffen immer den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung. Dies geht auf die verschiedenen und oft vagen Formulierungen der MFN-Klauseln in den BITs desselben Staates zurück. Die Schiedsgerichte mussten einerseits den Vertragstext treu auslegen, andererseits versuchten sie aufgrund der Sorge vor „treaty-shopping“ den Anwendungsbereich durch die Vermutung des Parteiwillens zu beschränken. Wie ein Kommentator vorgeschlagen hat, ist der sichere Ausweg aus diesem Dilemma nur, dass die Vertragsparteien den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung präzise definieren.⁶²² Weil eine Revidierung der über 2.200 BITs praktisch unmöglich ist, könnte ein neues MIA diesbezüglich hilfreich sein.

III. NAFTA Chapter 11

NAFTA ist nicht das einzige regionale Abkommen, das den Investitionsschutz erfasst.⁶²³ Es verdient jedoch besondere Aufmerksamkeit, da es erstens eine sehr interessante Mitgliederstruktur mit der einzigen Supermacht der Welt (den USA), zwei der wichtigsten Heimat- und Gaststaaten ausländischer Investitionen (den USA und Kanada) sowie einem Vertreter der Entwicklungsländer (Mexiko) hat. Diese Konstellation macht das NAFTA zu einem Forum, in dem die Haltung von Industrie- und Entwicklungsländern, von Heimat- und Gaststaaten zu einem Investitionsabkommen untersucht werden kann. Zweitens verfügt die NAFTA über einen relativ effektiven Streitbeilegungsmechanismus, der relativ viele Materialien für die Interpretation des betreffenden Abkommens hervorgebracht hat.⁶²⁴ Dies ist besonders wichtig für die vorliegende Arbeit.

⁶²² Siehe *Dolzer/Myers*, S. 60.

⁶²³ UNCTAD hat eine lange Liste von IIAs bis 2003 in seinem World Investment Report aufgeführt, siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 208-218. Beispiele regionaler Investitionsabkommen sind „Framework Agreement on the ASEAN Investment Area“ von 1998 und „APEC Non-Binding Investment Principles“ von 1994, sowie die zwei MERCOSUR-Protokolle von 1994 (alle Abkommen sind unter: <http://www.unctad.org>).

⁶²⁴ Zur Bedeutung der NAFTA für die Entwicklung des internationalen Investitionsrecht, vgl. *Sornarajah*, S. 288.

Das NAFTA ist ein Freihandelsabkommen, das die Regulierung des Warenhandels, des Dienstleistungshandels und der Investitionen unter einem Dach vereint. Investitionen werden von Chapter 11 erfasst, vor dem die anderen Kapitel im Falle eines Konfliktes den Vorrang haben (Art. 1112).

Art. 1103 NAFTA sieht die Meistbegünstigung vor:

„1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.“

Art. 1103 enthält eine ähnliche Formulierung wie die MFN-Klauseln der amerikanischen BITs. Er gilt sowohl für die Nach- als auch für die Vorinvestitionsphase. Die in den Anwendungsbereich fallenden Betätigungen der Investoren werden abschließend, aber umfassend aufgezählt. Der Ansicht des *Plama*-Schiedsgerichts nach sollte ein Streitbeilegungsverfahren dadurch ausgeschlossen werden.⁶²⁵ Dies hätte jedoch keine praktische Relevanz, weil andere IIAs kaum eine bessere Behandlung in dieser Hinsicht als das NAFTA gewähren könnten. Art. 1108 sieht eine Reihe von Ausnahmen vor, einschließlich der in den Negativlisten enthaltenen Maßnahmen, der Maßnahmen auf kommunaler Ebene, des öffentlichen Beschaffungswesens sowie der Subventionen. Ferner enthält Chapter 21 NAFTA einige Ausnahmen, die auch für Chapter 11 gelten: Ausnahme zur Wahrung der nationalen Sicherheit (Art. 2102), einige steuerrechtliche Maßnahmen, u. a. internationale Steuerabkommen (Art. 2103), Balance of Payments (Art. 2104).

Offenkundig besteht eine Verwandtschaft zwischen Art. 1103 und den MFN-Klauseln in den BITs. Somit könnten sich die Interpretationen dieser Klauseln gegenseitig beeinflussen. Allerdings hat es bis dato kaum bemerkenswerte Auseinandersetzungen bezüglich Art. 1103 im Rahmen der NAFTA-Streitbeilegungen gegeben. In den Fällen *ADF* und *US – Trucking* wurde zwar eine Verletzung von Art. 1103 vorgebracht, jedoch stellte dies im jeweiligen Falle nur eine am Rande liegende Frage dar.⁶²⁶

⁶²⁵ *Plama Decision*, para. 203.

⁶²⁶ Im *ADF*-Fall ging es eher um die Frage, ob die Termini „fair and equitable treatment“ und „full protection and security“ im NAFTA, und auch in den betreffenden BITs, etwas mehr als völkergewohnheitsrechtliche Mindeststandards enthalten. Das Schiedsgericht lehnt die Anwendung des Art. 1103 ab, weil die betreffenden Maßnahmen sich auf „procurement by a Party“ beziehen und somit eine Ausnahme im Sinne von Art. 1108(7)(a)

Nennenswert ist lediglich das amerikanische Argument im *US – Trucking*-Fall, Mexiko habe keine *prima facie* Verletzung der Verpflichtungen aus Chapter 11 begründet, da es die Existenz mexikanischer Staatsangehöriger oder Unternehmen nicht behauptet habe, die in amerikanische Speditionsfirmen investiert haben oder investieren möchten. Das Panel bezog sich auf die etablierte Feststellung der GATT-Streitbeilegungspraxis, dass Art. III GATT auf den Schutz der Wettbewerbsbedingungen zielt und anwendbar ist, selbst wenn es noch keinen Import gegeben hat. Somit stellte das Panel fest, dass Mexiko die Aufforderung erfüllt hatte, eine *prima facie* Verletzung zu begründen.⁶²⁷

Dass Art. 1103 in den NAFTA-Streitigkeiten keine bedeutende Rolle spielt, ist angesichts der Tatsache nicht überraschend, dass unter einem präferenziellen Freihandelsabkommen den Investitionen und Investoren aus den Vertragsparteien eher eine bessere Behandlung im Vergleich zu denen aus Drittstaaten gewährt wird als umgekehrt. Was den Investoren wichtig ist, ist vor allem die Inländerbehandlung, die in den NAFTA-Streitbeilegungen demzufolge viel größere Aufmerksamkeit erregt hat. Dies wird im nachfolgenden Abschnitt dieser Arbeit untersucht werden.

IV. ECT

Der Energiecharta-Vertrag (ECT) von 1994 ist ein multilaterales Abkommen für den Handel und die Investitionen auf dem Energiesektor, das über 50 Staaten unterzeichnet haben.⁶²⁸ Das ursprüngliche Ziel war, den Handel und die westlichen Investitionen in den Nachfolgestaaten der Sowjetunion und anderen Staaten Mittel- und Osteuropas nach dem Zerfall der Sowjetunion zu schützen. Durch die Anschlüsse der Staaten Ost- und Südostasiens als Vertragsparteien oder Beobachter ist der ECT eher ein multilateraler als ein regionaler Vertrag geworden. Die Vorschriften des ECT fokussieren sich auf fünf Bereiche: Schutz und Förderung ausländischer Investitionen; auf WTO-Regeln basierender Freihandel; freier Transit durch Pipelines; Reduzierung der negativen Umweltauswirkungen und Streitbeilegung.⁶²⁹

darstellen, *ADF Award*, para. 193-198. Im *US – Trucking*-Fall betrafen die Auseinandersetzungen vor allem die Verpflichtungen in Bezug auf den Dienstleistungshandel. Die USA hatten weder ihre Beschränkungen der mexikanischen Investitionen ernsthaft bestritten, noch hatten sie die Existenz unterschiedlicher „circumstances“ behauptet, auf denen die differenten Behandlungen basieren könnten, *US – Trucking Panel Report*, para. 279-294.

⁶²⁷ *US – Trucking Panel Report*, para. 289-291.

⁶²⁸ Dies sind alle Nachfolgestaaten der Sowjetunion, andere Staaten Mittel- und Osteuropas, fast alle OECD-Mitgliedstaaten ohne die USA und Kanada; Letztere hatten an den Verhandlungen des ECT teilgenommen, ihn jedoch nicht unterzeichnet. Ein paar Staaten, u. a. Russland, haben den Vertrag bis dato noch nicht ratifiziert. Für sie gilt die vorläufige Anwendung des ECT gemäß Art. 45. 17 andere Staaten sind Beobachter der Energiecharta-Konferenz, darunter China, Kanada, Korea, die USA, sowie einige wichtige OPEC-Staaten.

⁶²⁹ Siehe dazu die Homepage von Sekretariat des ECT, unter: <http://www.encharter.org>.

Das Investitionsregime stellt das Kernstück des ECT dar, denn die Erfüllung dessen Zwecks, die langfristige Zusammenarbeit im Energiebereich zu fördern, setzt den Investitionsschutz voraus.⁶³⁰ Die Kernbestimmungen dazu sind die Nichtdiskriminierungsklauseln in Art. 10 ECT.

Art. 10(7) sieht die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung in der Nachinvestitionsphase vor:

„Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable“.

Die Ähnlichkeit zu den MFN-Klauseln der BITs ist offensichtlich: „treatment no less favourable“ wird geboten; sowohl Investitionen als auch Investoren bzw. ihre Betätigungen sind Begünstigte; „treatment“ und „activities“ sind Termini mit einem weitreichenden Umfang, der letztere wird durch eine nicht abschließende Liste von Tätigkeiten erklärt. Diese Parallelität ist kein Zufall, sondern weist auf die gegenseitige Beeinflussung zwischen den BITs und dem ECT – einem multilateralen Investitionsabkommen hin.⁶³¹

Verschiedene Ausnahmen werden in den Art. 21, 24 und 25 vorgesehen. Dies sind u. a. bestimmte steuerrechtliche Maßnahmen (Art. 21), REIO (Art. 25), Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zum Schutz der sozial und ökonomisch benachteiligten Menschengruppen, sowie Maßnahmen im Fall mangelnder Versorgung mit Energiematerialien und -produkte (Art. 24)

Für die Vorinvestitionsphase werden im ECT keine verbindlichen Verpflichtungen zur Meistbegünstigung und Inländerbehandlung vorgeschrieben, sondern eine unverbindliche „Best efforts“-Klausel, gemäß der jede Vertragspartei bestrebt ist, den Investoren die Nichtdiskriminierung hinsichtlich der Vornahme („Making“) von Investitionen zu gewähren.⁶³² Zudem sind die Vertragsparteien bestrebt, die Ausnahmen von der Nichtdiskriminierungsbehandlung auf ein Mindestmaß zu beschränken, und die bestehenden Beschränkungen für Investoren anderer Vertragsparteien fortschreitend abzubauen.⁶³³

⁶³⁰ Art. 2 ECT.

⁶³¹ Siehe dazu *Salacuse*, S. 321f., *Wälde* 1996, S. 257.

⁶³² Art. 10(2) ECT.

⁶³³ Art. 10(5) ECT. *Wälde* meint, dass die Vorschriften bezüglich der Vorinvestitionsphase als „soft law“ bestimmte „legal effects“ haben, weil der Vertrag die betreffenden Klauseln nicht ausdrücklich als „rechtlich

Art. 10(4) sieht Verhandlungen über einen Zusatzvertrag vor, der die Vertragsparteien *verpflichten* soll, die Nichtdiskriminierung hinsichtlich der Vornahme von Investitionen zu gewähren, d. h. durch den Zusatzvertrag sollen die verbindliche Verpflichtung zur Meistbegünstigung und Inländerbehandlung auf die Vorinvestitionsphase ausgedehnt werden. Die Verhandlungen wurden 1996 gestartet und 2002 solange eingestellt, bis das Vorhaben eines multilateralen Investitionsabkommens im Rahmen der Doha-Runde der WTO ein klares Ergebnis bringen würde. Angesichts der Tatsache, dass die Verhandlungen eines MIA in der Doha-Runde bereits eingestellt wurden, bleiben die neuen Positionen der ECT-Vertragsparteien zum Zusatzvertrag abzuwarten.⁶³⁴

Aufgrund der kurzen Geschichte hat es bis dato nur sechs Streite im Rahmen des ECT gegeben.⁶³⁵ Erst Ende 2003 ist der erste Schiedsspruch zu einem Streit zwischen Nykomb – einem schwedischen Investor – und Lettland ergangen, die zweite Entscheidung im März 2005 im Fall *Petrobart Limite v. Kyrgyz Republic*. Zurzeit sind andere Fälle schwebend. In den getroffenen Entscheidungen war die MFN-Klausel des ECT noch nicht Streitgegenstand.

B. Inländerbehandlung

Die Zielsetzung bzw. ökonomische Grundlage der Inländerbehandlung, die gleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen den Begünstigten und ihrem inländischen Gegenstück zu schaffen, gilt sowohl für den Waren- und Dienstleistungshandel als auch für Investitionen.

Wie oben bereits erwähnt, hat die Inländerbehandlung aus rechtswissenschaftlicher Sicht eine weniger komplizierte Normstruktur als die Meistbegünstigung. Unter der Inländerbehandlung wird die Behandlung der Begünstigten – Waren, Dienstleistungen, Investitionen oder Personen – aus einer anderen Vertragspartei mit der Behandlung ihres inländischen Gegenstücks verglichen, die Behandlung Dritter ist irrelevant. Hier wird ein Ausleger nicht mit der schwierigen und, wie die oben dargestellten BIT-Schiedssprüche gezeigt haben, keinesfalls einheitlich beantworteten Frage konfrontiert, ob und wie eine gewisse Behandlung gemäß den Verträgen mit Drittstaaten durch die MFN-Klausel inkorporiert werden soll.

Andererseits scheint die Inländerbehandlung aus politischer Hinsicht der Standard zu sein, der schwieriger als die Meistbegünstigung zu erreichen ist, weil sie die staatliche Autonomie, die

unverbindlich“ definiert. Somit könnte es eine Vertragsverletzung darstellen, wenn keine Bestrebung von der Vertragspartei durchgeführt würde, siehe *Wälde 1996*, S. 280ff.

⁶³⁴ Ein Entwurf dieses Zusatzvertrages wurde jedoch ausgearbeitet, indem die Vertragsparteien die Möglichkeit haben, bestimmte unvereinbare Maßnahmen in einer Liste einzutragen und beizubehalten. Zu den Streitpunkten bei den Verhandlungen des Zusatzvertrages, siehe *Elshihabi*, S. 148ff.

⁶³⁵ Siehe *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, welcome address by Dr. Ria Kemper, Secretary General, Energy Charter Secretariat, to the Conference on International Arbitration and the Energy Charter Treaty, Stockholm, 9-10 June 2005, unter:

<http://www.encharter.org/index.jsp?psk=0102&ptp=tDetail.jsp&pci=191&pti=37>.

Inländer zu schützen, mehr beschränkt und somit ökonomisch sowie politisch sensibler als die Meistbegünstigung ist. Die Geschichte der Inländerbehandlung im GATT und GATS hat dies bestätigt.

Im Zusammenhang mit Investitionen werden die Sensibilität der Inländerbehandlung sowie ihre großen Auswirkungen auf die Entwicklung oft betont.⁶³⁶ Dabei ist zudem ein Unterschied zwischen der Inländerbehandlung in der Vorinvestitionsphase und der in der Nachinvestitionsphase zu machen; Erstere betrifft die Zulassung ausländischer Investitionen. Da Zölle im Warenhandel als legitime Maßnahme zum Schutz inländischer Produkte vom GATT anerkannt wurden, stellt die Zulassungskontrolle das einzige effektive Instrument dar, inländische Investoren vor ausländischen Konkurrenten zu schützen, ähnlich wie im Fall der Dienstleistungen. Mithin neigen die Staaten dazu, sich das Recht auf Zulassungskontrolle beizubehalten. Dieses Recht liegt den Entwicklungsländern, die eigene Wirtschaftszweige aufbauen und sie vor der starken Konkurrenz ausländischer Unternehmen schützen möchten, bevor die inländischen Unternehmen die nötige Wettbewerbsfähigkeit erlangt haben, besonders am Herzen.⁶³⁷ Angesichts des unbezweifelbaren Rechts eines Staates, seine Inländer zu schützen bzw. besser zu behandeln, sollte daher der Staat ausreichend Spielraum haben zu entscheiden, ob und wie weit ausländische Investitionen zulassungspflichtig sein sollen. Gewichtiger sind hingegen die Argumente für die Gewährung der Inländerbehandlung gegenüber den bereits zugelassenen ausländischen Investitionen. Zum einen hat der Staat gewissermaßen seine Souveränität bereits ausgeübt, indem er die Vor- und Nachteile der Zulassung der betreffenden Investitionen – durch ein spezifisches Zulassungsverfahren oder allgemeine Vorschriften – abgewogen und sich für die Zulassung entschieden hat. Zum anderen haben die versunkenen Kosten in diesem Zusammenhang bereits entstanden; durch eine diskriminierende Behandlung würden den Investoren materielle Schäden zugefügt, während die Verweigerung der Zulassung lediglich die potenziellen Gewinnchancen verhindert.

Natürlich dürfen die Staaten immer noch Ausnahmen von der Inländerbehandlung machen. Dies stellt einen allgemeinen Bedarf dar, sowohl im Zusammenhang mit der

⁶³⁶ Siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 102.

⁶³⁷ Eine Zusammenfassung der ökonomischen Analyse der Grundlage für eine solche Kontrolle wird in *UNCTAD WIR2003* durchgeführt. Sechs Gründe für den Schutz inländischer Unternehmen sind angeführt worden: „infant domestic entrepreneurship“; „local technological deepening“; „exploitation of new technology“; „greater spillover“; „footloose activity“; „loss of economic control“. Während der Wert dieser Argumente anerkannt wird, wird darauf hingewiesen, dass der praktische Erfolg von einzelnen Staaten beim Schutz inländischer Unternehmen durch die Zulassungsbeschränkung der ausländischen Investitionen sehr variabel ist. Mithin wird die Schlussfolgerung gezogen, dass es einerseits gute ökonomische Gründe für eine Zulassungskontrolle geben könnte, dieses Instrument andererseits jedoch vorsichtig anzuwenden ist, siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 104ff.

Inländerbehandlung als auch mit der Meistbegünstigung, nicht nur bezüglich der ausländischen Investitionen, sondern auch im Waren- und Dienstleistungshandel.

Dementsprechend wird in den meisten IIAs die Inländerbehandlung nur für die Nachinvestitionsphase gewährt, die Kontrolle hinsichtlich der Zulassung ausländischer Investitionen bleibt dem Staat erhalten.⁶³⁸ Einige BITs sogar sehen die Inländerbehandlung überhaupt nicht vor, obwohl sie eher eine Minderheit bilden.⁶³⁹ In anderen IIAs wird die Inländerbehandlung dagegen sowohl für die Vor- als auch für die Nachinvestitionsphase gewährt.⁶⁴⁰ In den Fällen, in denen die Inländerbehandlung gewährt wird, werden verschiedene Ausnahmen vorgeschrieben.

I. Die Inländerbehandlung in den BITs

Im Zusammenhang mit der Meistbegünstigung in den BITs wurde bereits dargestellt, dass die beiden Nichtdiskriminierungsnormen – die Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung – oft in demselben Artikel kombiniert werden. In diesen Fällen ist die Formulierung der Inländerbehandlung fast identisch wie die der MFN-Klausel, z. B. im Deutschland/Thailand BIT, Egypt/Netherlands BIT, Albania/United Kingdom BIT und Argentina/United States BIT. Auch in den Verträgen, in denen die beiden Normen separat in zwei Klauseln festgeschrieben werden, weicht die Formulierung oft nicht voneinander ab. Beispielsweise sieht Art. 15.4 United States/Singapore FTA die Inländerbehandlung wie folgt vor:

„Article 15.4: National Treatment and Most-Favoured Nation Treatment

(1) Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. The treatment each Party shall accord under this paragraph is “national treatment.”

(2) The treatment to be accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a state, territory or possession, treatment no less favorable than the most favorable treatment

⁶³⁸ Siehe *UNCTAD WIR2003*, S. 107f.

⁶³⁹ Beispiele solcher Verträge sind die meisten chinesischen BITs, siehe dazu *Chen*, S. 86f., *UNCTAD 1999b*, S. 16, 51f., *Zhou*, S. 119ff.

⁶⁴⁰ Dies sind hauptsächlich die amerikanischen BITs und einige regionale Freihandelsabkommen, die auch Investitionen erfassen, siehe *UNCTAD 1999b*, S. 21ff.

accorded, in like circumstances, by that state, territory, or possession, to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

...⁶⁴¹

Wenn man Abs. 1 mit Abs. 3 bzw. der MFN-Klausel vergleicht, ist die Ähnlichkeit beider Klauseln offensichtlich. Angesichts dieser Parallelität der beiden Normen lassen sich einige allgemeine Beobachtungen im Zusammenhang mit der MFN-Klausel auch hier anführen:

- i) Die Inländerbehandlung wird aus rechtlicher Sicht gegenseitig gewährt.
- ii) Die unterschiedliche Erwähnung der Begünstigten, d. h. entweder der Investitionen oder der Investoren oder beider, ist lediglich eine Geschmackssache bei der Formulierung und hat keine praktische Relevanz.
- iii) „No less favorable treatment“ ist einer der entscheidenden Faktoren bei der Bestimmung der Diskriminierung.
- iv) Welche spezielle Bedeutung die Inkorporation der „in like circumstances“-Bestimmung gegenüber der immanenten Ejusdem-Generis-Regel hat, lässt sich noch nicht im Allgemeinen festlegen.
- v) Die spezielle Vorschrift, dass die bessere der Nichtdiskriminierungsnormen gilt, hat keine tiefere Bedeutung.
- vi) Wie im Zusammenhang mit der Meistbegünstigung kann auch hier beobachtet werden, dass die europäischen BITs normalerweise den Anwendungsbereich der Inländerbehandlung auf die Nachinvestitionsphase beschränken, während die amerikanischen BITs ihn auch auf die Zulassung ausdehnen. Die neuen japanischen BITs und bilaterale Freihandelsabkommen, die auch den Investitionsschutz regeln und somit zu den IIAs gehören, folgen dem amerikanischen Modell.⁶⁴²
- vii) Nuancen bestehen zwar in Bezug auf die Aufzählung der Betätigungen der Investoren, die in den Anwendungsbereich der Klausel fallen, im Grunde genommen ist sie aber immer weitreichend.
- viii) Die generellen Ausnahmen wie die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit können hier auch geltend gemacht werden. Eine spezielle Liste von Sektoren, für die keine Inländerbehandlung gilt, kann gleichfalls aufgestellt werden, wenn eine allgemeine Inländerbehandlung, insbesondere für die

⁶⁴¹ Siehe Fn. 544.

⁶⁴² Beispielsweise das BIT zwischen Japan und Vietnam, das FTA zwischen Japan und Singapur sowie Mexiko. Diese Verträge sind erhältlich unter: <http://www.mofa.go.jp/region>.

Vorinvestitionsphase in den amerikanischen BITs, gewährt wird. Andere spezifische Ausnahmen zu bestimmten Themen können von den Vertragsparteien vereinbart werden.⁶⁴³

Eine besondere Frage im Hinblick auf die Inländerbehandlung ist, wie diese für die subnationalen Regierungen, die über eine konstitutionelle Macht verfügen, gelten soll. Diese Frage ist u. a. für die USA angesichts ihrer Bundesstaaten sehr wichtig und wird daher immer in den amerikanischen BITs geregelt.

Diesbezüglich enthält das amerikanische Muster-BIT von 2004 folgende Klausel:

„Article 3 National Treatment

...

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments“.⁶⁴⁴

Demgemäß unterliegen die (amerikanischen) Bundesstaaten der Inländerbehandlungspflicht, allerdings in dem Sinne, dass ausländische Investitionen und Investoren so zu behandeln sind, wie der betreffende Bundesstaat die amerikanischen Investitionen und Investoren aus anderen Bundesstaaten behandelt. Das bedeutet, dass ein Bundesstaat *seine* Unternehmen besser behandeln darf, ohne gegen die Inländerbehandlung zu verstoßen.

Etwas anders ist der oben zitierte Art. 15.4(2) United States/Singapore FTA. Im Gegensatz zum Muster-BIT wird durch Art. 15.4(2) einerseits klargestellt, dass den ausländischen Investitionen die beste Behandlung für inländische Investitionen gewährt wird. Andererseits ist der klare Unterschied zwischen den Investitionen aus dem betreffenden Bundesstaat und aus anderen Bundesstaaten nicht enthalten, so dass es unklar ist, ob die Klausel in diesem FTA der traditionellen amerikanischen BIT-Praxis, wie in dem Muster-BIT, entsprechend zu interpretieren ist oder nicht. Zwei Argumente sprechen für eine negative Antwort: zum einen soll der Ausdruck „Party“ aufgrund der wörtlichen Interpretation den betreffenden Bundesstaat einschließen, zum anderen kann dieses Einschließen infolge der teleologischen Interpretation gerechtfertigt werden, weil das FTA auf die Liberalisierung und den Investitionsschutz in weiter reichendem Maße als ein BIT zielt. Weil Art. 15.4(2) des FTA

⁶⁴³ Solche Themen sind vielfältig, beispielsweise das Steuerrecht, Rechte des geistigen Eigentums, Investitionsanreize usw., siehe *UNCTAD 1999b*, S. 45.

⁶⁴⁴ Der Text ist zu finden unter:

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf.

seinem Gegenstück im NAFTA sehr ähnelt, kann die dortige Interpretation sicher überzeugend sein.

II. Einschlägige Schiedssprüche

a. Lauder und CME

Der Amerikaner Ronald S. Lauder und das deutsche Unternehmen CEDC, das unter seiner Kontrolle stand, wollten 1992 direkt in die tschechische Firma CET21 investieren, die die Lizenz für eine private Fernsehanstalt in der Tschechischen Republik beantragt hatte. Im ursprünglichen Antrag bei dem Czech Media Council ("Media Council") – der tschechischen Verwaltungsbehörde – wurde CEDC als ein „direct participant“ benannt, der Finanzmittel und Programme liefert.⁶⁴⁵ Schließlich wurde die Lizenz nur der CET21 erteilt, die ausländischen Investitionen erfolgten indirekt durch ein Jointventure namens CNTS, das aus drei Gesellschaftern bestand: a) CET21, das die Lizenz zur Verfügung stellt; b) CEDC, das Finanzmittel, Programme und Know-how liefert und c) einer tschechischen Bank, die weitere Finanzmittel bereitstellt. CNTS sollte berechtigt sein, die Lizenz „on an unconditional, irrevocable and exclusive basis“ zu nutzen.⁶⁴⁶ Diese geteilte Struktur („split structure“) zwischen Lizenzinhaber und Betreiber der Fernsehanstalt sollte die rechtliche Grundlage der Investitionen sein.⁶⁴⁷ Der Media Council war der Auffassung, dass eine derartige Konstruktion annehmbarer für die öffentliche Meinung sei als eine Fernsehanstalt unter direkter ausländischer Kontrolle.⁶⁴⁸ 1994 übertrug CEDC seine Anteile aus der CNTS der CME, einem niederländischen Unternehmen, das ebenfalls unter Lauders Kontrolle stand. Nach dem anfänglichen Erfolg nahm sich die öffentliche Kritik an der Struktur der Fernsehanstalt 1994 zu, im selben Jahr gab es einen Personalwechsel im Media Council. Das Parlament revidierte zudem das Mediengesetz, wodurch die Investitionen in der CNTS u. a. infolge einer engeren Definition der „broadcaster“ beeinträchtigt werden konnten.⁶⁴⁹ 1996 leitete der Media Council ein verwaltungsrechtliches Verfahren gegen CNTS wegen des Fernsehanstaltbetriebs ohne Lizenz ein, dazu wurde eine strafrechtliche Ermittlung durch das Supreme State Attorney Office in Gang gesetzt.⁶⁵⁰ Beide Verfahren wurden später eingestellt, nachdem neue Verträge zwischen der CET21 und der CNTS abgeschlossen wurden, in denen

⁶⁴⁵ *Lauder Award*, para. 47-50.

⁶⁴⁶ *Ibid*, para. 69.

⁶⁴⁷ *CME Partial Award*, para. 452.

⁶⁴⁸ *Ibid*, para. 11.

⁶⁴⁹ *Lauder Award*, para. 74-79. „Broadcaster“ wurde als die Person definiert, der die Lizenz erteilt wird.

⁶⁵⁰ *Ibid*, para. 91-97.

die Beziehungen zwischen beiden Firmen neu geregelt wurden.⁶⁵¹ 1999 sendete der Media Council auf Bitte von CET21 einen Brief an diese, in dem erklärt wurde: „[b]usiness relations between the operator of broadcasting and service organizations are built on a nonexclusive basis“.⁶⁵² Später löste CET21 die Geschäftsbeziehungen zu CNTS aufgrund einiger geschäftlicher Konflikte.

Im Zusammenhang mit diesem Streit wurden zwei Schiedsverfahren eingeleitet, eins in London auf Antrag von Lauder unter dem BIT zwischen Tschechien und den USA, das andere in Stockholm auf Antrag von CMS unter dem tschechisch-niederländischen BIT. Die Beschwerden und die betreffenden Klauseln in beiden BITs weichen kaum voneinander ab. Trotzdem kamen die zwei Schiedsgerichte zu gegensätzlichen Entscheidungen: das Londoner Tribunal wies die meisten Rügen Lauders zurück und entschied gegen eine Entschädigung; das Schiedsgericht in Stockholm bestätigte fast alle Klagen von CME und ordnete eine Rekordentschädigung von ungefähr 270 Mio. USD an. Die Reputation der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird durch die Widersprüche zwischen den beiden Schiedssprüchen wie auch durch die ethischen Vorwürfe, die ein Schiedsrichter im *CME*-Fall auf der einen Seite und zwei andere auf der anderen Seite sich gegenseitig gemacht haben, sehr beeinträchtigt.⁶⁵³

Relevant für die vorliegende Arbeit ist die Festlegung der Diskriminierung in beiden Schiedssprüchen – das einzige Thema, in dem sie sich nicht drastisch widersprechen. In den zwei betreffenden BITs gibt es ähnliche Vorschriften über das Verbot der willkürlichen und diskriminierenden Behandlung, die zwar keine typischen Inländerbehandlungsklauseln darstellen, diese aber enthalten.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ Ibid, para. 89, 104, 116, 121. Obwohl es in der Präambel heißt, dass die Wesentlichen der existenten Geschäftsbeziehungen sich nicht ändern, wird in den neuen Verträgen klargestellt, dass die Lizenz unübertragbar und kein Gegenstand der Beiträge von CET21 in CNTS ist. Somit sollte das ausschließliche Recht von CNTS auf Nutzung der CET21 Lizenz abgeschafft werden. Dies sollte nach Ansicht des Stockholmer Schiedsgerichts nicht freiwillig stattgefunden haben, sondern unter der Drohung des Media Council, die Lizenz zurückzuziehen, *CME Partial Award*, para. 505-514.

⁶⁵² *CME Partial Award*, para. 128, *Lauder Award*, para. 130.

⁶⁵³ Siehe dazu u. a. *Franck*, S. 1559, 1568, *Garcia*, S. 351. Ein anderer Kommentator meinte allerdings, es sei „far from unnatural“, dass zwei Gruppen von Schiedsrichtern unterschiedliche Entscheidungen treffen, siehe *Wälde 2003*, S. 918.

⁶⁵⁴ Art. II(2)(b) des United States/Czech Republic BIT sieht vor: „[n]either Party shall in any way impair by arbitrary and discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investment. For the purpose of dispute resolution under Articles VI and VII, a measure may be arbitrary and discriminatory notwithstanding the fact that a party has had or has exercised the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party“, *Lauder Award*, para. 216, 220. Art. 3(1) des Netherlands/Czech Republic BIT lautet: „[e]ach Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable and discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors“, *CME Partial Award*, para. 24.

Das *Lauder*-Schiedsgericht entschied, dass Tschechien die Investitionen willkürlich und diskriminierend behandelt hatte, indem der Media Council 1993 zuerst direkte Investitionen von CEDC in CET21 akzeptiert, schließlich jedoch nicht genehmigt hatte, sondern die Errichtung einer dritten Firma forderte.⁶⁵⁵ Dies sei diskriminierend, weil der Grund der unterschiedlichen Positionen des Media Council in der Nationalität begründet liege. Das Tribunal machte hier einen hypothetischen Vergleich: wenn CEDC ein tschechischer Investor wäre, gäbe es keinen politischen Aufschrei, und der ursprüngliche Plan, Aktieninhaber des CET21 zu werden, würde durchgesetzt.⁶⁵⁶

Allerdings, so das Schiedsgericht, gab es keinen Beweis dafür, dass CEDC dem Media Council widersprochen hatte, stattdessen schlug es selbst die geteilte Struktur vor, in der es einen vertraglichen Partner des CET21 darstellte. In den ersten erfolgreichen Jahren wurde diese Struktur auch ohne Vorbehalt angenommen.⁶⁵⁷

Zudem seien die BIT-Verletzungen des Jahres 1993 zu weit zurückliegend, um als direkte Ursache der Schäden im Jahr 1999 qualifiziert werden zu können. Der Investor habe nicht bewiesen, dass die Lösung der Geschäftsbeziehungen im Jahr 1999 irgendwie vorhersehbar ist. Mithin entschied das Schiedsgericht gegen eine Entschädigung infolge der BIT-Verletzungen des Jahres 1993.⁶⁵⁸

Hingegen entschied das Schiedsgericht, dass die späteren Handlungen des Media Council keine willkürliche und diskriminierende Behandlung darstellen. Ein Personalwechsel im Media Council ist offensichtlich keine willkürliche und diskriminierende Maßnahme.⁶⁵⁹

Aussagen in den Berichten des Media Council sowie von einzelnen Mitgliedern haben keine direkten Auswirkungen auf die Investitionen und können mithin nicht als „Maßnahme“ betrachtet werden.⁶⁶⁰ Die Einleitung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens ist weder willkürlich noch diskriminierend, weil dies die normale Ausübung der Pflichten des Media Council ist und ähnliche Verfahren auch gegen inländische Firmen eingeleitet wurden.⁶⁶¹ Das gleiche gelte auch im Zusammenhang mit den neuen Verträgen zwischen CNTS und CET21, zudem wurden die Vertragsänderungen einvernehmlich angenommen; CME hätte sich im Klaren sein müssen, dass seine rechtliche Situation gegenüber CET21 beeinträchtigt werden

⁶⁵⁵ *Lauder Award*, para. 222. Anschließend hatte das Schiedsgericht die anfängliche Position des Media Council überzeugend bewiesen, dann zitierte es u. a. einen Report des Media Council vor dem tschechischen Parlament im Jahr 1997, um das Motiv der Meinungsänderung des Media Council zu entlarven, nämlich die Bedenken, dass die mehrheitlichen Anteile ausländischen Kapitals beim Lizenzinhaber die Unabhängigkeit des letzteren beeinträchtigen könnten, para. 223-229.

⁶⁵⁶ *Ibid*, para. 231.

⁶⁵⁷ *Ibid*, para. 233.

⁶⁵⁸ *Ibid*, para. 234-235.

⁶⁵⁹ *Ibid*, para. 240-243.

⁶⁶⁰ *Ibid*, para. 244-247.

⁶⁶¹ *Ibid*, para. 248-259.

könnte.⁶⁶² Zu dem Brief aus dem Jahr 1999 meinte das Schiedsgericht, er stelle keine „Maßnahme“ dar, sondern „the general opinion of a regulatory body regarding the proper interpretation which should be given to the Media Law“.⁶⁶³

In der *CME*-Entscheidung wurde die betreffende BIT-Klausel kaum interpretiert. Das Schiedsgericht legte lediglich in einem kurzen Paragraph dar, dass die Handlungen des Media Council „unreasonable“ waren, und zwar aufgrund ihrer klaren Absicht, das ausschließliche Recht des Investors auf Nutzung der Lizenz aufzuheben, was das Ergebnis der Sachverhaltsanalyse des Schiedsgerichts war. Zu „diskriminatory“ äußerte sich das Tribunal einfach: „[t]he behaviour of the Media Council also *smacks* of discrimination against the foreign investor“ (Hervorhebung vom Verfasser). Ob die Handlungen des Media Council die „measures“ darstellen, wurde vom Schiedsgericht nicht erörtert.⁶⁶⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Aussage in der *CME*-Entscheidung zu allgemein ist, als dass sie der späteren Interpretation der Inländerbehandlung helfen kann. Im *Lauder*-Schiedsspruch sind einige nützliche Punkte zu finden, beispielsweise die Qualifizierung der „measures“. Die Feststellung der Diskriminierung in Bezug auf das Ereignis im Jahr 1993 ist aber nicht problemlos anzunehmen, da kein „less favorable treatment“ bestimmt werden kann. Wie das Schiedsgericht selbst erläutert hat, soll das Ereignis im Jahr 1993 nicht direkte Ursache für die Schäden im Jahr 1999 sein. Dass sich eine geteilte Struktur als solche nicht schlechter als die direkte Beteiligung am Lizenzinhaber auswirkt, kann sowohl durch die Akzeptanz durch den Investor als auch durch die anfänglichen Erfolge aufgezeigt werden. Im Übrigen könnte man argumentieren, dass die Kontrolle des mehrheitlich ausländischen Kapitals eine andere Situation darstellt als „with foreign equity participation“, wie es das Mediengesetz ausdrücklich erlaubt.⁶⁶⁵

b. Occidental

Die Occidental Exploration and Production Company (OEPC) ist ein amerikanisches Unternehmen, das 1999 einen „Participation Contract“ mit Petroecuador, einem ecuadorianischen Staatsunternehmen, für die Erforschung und Produktion vom Erdöl in Ecuador abgeschlossen hatte. Für einige Zeit konnte die OEPC die Rückerstattung der Mehrwertsteuer (VAT) beantragen, die bei den Käufen von Waren und Dienstleistungen für die Erfüllung des „Participation Contract“ bezahlt hatte. 2001 entschied die ecuadorianische

⁶⁶² Ibid, para. 263-274.

⁶⁶³ Ibid, para. 282.

⁶⁶⁴ *CME Partial Award*, para. 612.

⁶⁶⁵ *Lauder Award*, para. 48.

Steuerbehörde, dass die VAT-Rückerstattungen bereits in die Teilnahmeformel der Verträge mit Petroecuador mit eingerechnet sind. Deswegen wurde der OEPC und anderen ausländischen Erdölunternehmen keine VAT mehr rückerstattet, die Unternehmen wurden stattdessen aufgefordert, die erfolgten Erstattungen wieder zurückzubezahlen. Gegen diese Maßnahme beschwerte sich die OEPC beim London Court of International Arbitration unter UNCITRAL-Regeln wegen der Verletzung des United States/Ecuador BIT.⁶⁶⁶

Der Investor behauptete, Art. II(1) des BIT werde verletzt, der die Inländerbehandlung „in like situations“ vorsieht, weil die Rückerstattungen der VAT anderen Unternehmen weiterhin gewährt werden, die andere Waren wie Blumen und Meeresfrüchte exportieren. „In like situations“, so der Investor, soll nicht auf die Unternehmen hinweisen, die sich in demselben Sektor wie Erdölproduktion betätigen, sondern auf diejenigen, die exportieren, selbst wenn sie aus verschiedenen Sektoren sind.⁶⁶⁷

Ecuador erwiderte, „in like situations“ verlange nur, dass die Unternehmen in demselben Sektor, in diesem Fall alle Ölproduzenten, gleich behandelt werden sollen. In der Tat gab es keine differente Behandlung gegenüber anderen ausländischen Ölnunternehmen einerseits wie auch Petroecuador andererseits hinsichtlich der Ablehnung der VAT-Erstattungen.⁶⁶⁸

In einer kurzen Analyse folgte das Schiedsgericht der Interpretation des Investors und meinte, die Interpretation des „like product“ im GATT, nämlich, dass die eingeführten und inländischen Produkte sich in einer Wettbewerbsbeziehung befinden müssen, sei hier irrelevant, weil es sich im vorliegenden Fall um die Exporteure handelt. Hier sei der Zweck der Inländerbehandlung die Benachteiligung der Exporteure auf den ausländischen Märkten zu vermeiden. Der Vergleich der Behandlung solle daher zwischen allen Exporteuren gezogen werden. Somit schlussfolgerte das Schiedsgericht, die Ablehnung der Rückerstattung verstoße gegen die Inländerbehandlung.⁶⁶⁹

Die Argumentation des Schiedsgerichts ist nicht stichhaltig. Dieser steht nicht nur die etablierte Rechtsprechung des GATT entgegen, sondern auch die übliche OECD-Praxis in Bezug auf die Inländerbehandlung für ausländische Investoren, nach der die zu vergleichenden Unternehmen im selben Sektor tätig sein sollen.⁶⁷⁰ Selbst wenn die übliche Praxis *per se* keine Rechtsverbindlichkeit für das Schiedsgericht ausübt, sollte sein abweichendes Argument insofern äußerst überzeugend sein. Dies ist jedoch nicht der Fall.

⁶⁶⁶ *Occidental Award*, para. 1-6.

⁶⁶⁷ *Ibid*, para. 168.

⁶⁶⁸ *Ibid*, para. 171f.

⁶⁶⁹ *Ibid*, para. 173-179.

⁶⁷⁰ Siehe *UNCTAD 1999b*, S. 33.

Eine implizite These, auf der die Analyse des Schiedsgerichts basieren könnte, wäre, dass manchmal der Vergleich nicht auf die konkurrierenden Unternehmen zu beschränken ist. Beispielsweise war es im *Maffezini*-Fall und anderen nachfolgenden Fällen bezüglich des Anwendungsbereiches der MFN-Klausel in den BITs unumstritten, dass der Vergleich auf der Basis der „Investoren“ als Ganzes stattfindet, denn es handelte sich hier um einen grundlegenden und für alle geltenden Aspekt des Investitionsschutzes. Die Erstattung der VAT ist zwar eine übliche Praxis im Außenhandel, aber sie betrifft eindeutig die rein kommerzielle Rentabilität des Investors, die einen untrennbaren Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation hat.

Die explizite Basis der Argumentation des Schiedsgerichts ist die Vermeidung der Benachteiligung der *Exporteure* auf den ausländischen Märkten. Wenn unter „Benachteiligung“ ein Vergleich zwischen der Behandlung der Ölunternehmen und z.B. der Blumenexporteure zu verstehen wäre, kann die *Benachteiligung* überhaupt nicht existieren, weil die beiden Gruppen von Unternehmen im Zusammenhang mit dem Absatz ihrer jeweiligen Produkte nie gegeneinander – weder auf dem inländischen Markt noch auf ausländischen Märkten – konkurrieren. Wenn das Schiedsgericht gemeint hat, dass die OPEC nicht gegenüber Ölexporturen aus einem anderen Staat auf dem Markt eines dritten Staates „benachteiligt“ werden darf, widerspricht seine Auffassung dem Sinn und Zweck der Inländerbehandlungspflicht, weil ein Staat dadurch nur gewährleisten kann, wie *er* die Investoren in seinem Territorium behandelt. Weder kann er bestimmen, wie ein anderer Staat seine Unternehmen behandelt, noch ist er verpflichtet, genau so wie der andere Staat zu handeln. Somit ist das Vermeiden der „Benachteiligung“ auf ausländischen Märkten in dem Sinne des Schiedsgerichts kaum zu erreichen. Sonst würde die Auffassung des Schiedsgerichts im Zusammenhang mit der Erstattung der VAT dazu führen, dass alle Staaten die VAT für exportierte Waren erstatten *müssen*, was jedoch der anderen Feststellung des Schiedsgerichts, dass die Rückerstattung der VAT im Exportland zwar die „common international best practice“, aber keine völkerrechtliche Verpflichtung darstellt, wieder entgegensteht.⁶⁷¹

III. NAFTA Chapter 11

Art. 1102 unter dem Titel „National Treatment“ sieht wie folgendes vor:

„1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment,

⁶⁷¹ *Occidental Award*, para. 153-155.

acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

4. For greater certainty, no Party may:

(a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or

(b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party“.

Wie Art. 1103 NAFTA und andere Inländerbehandlungsklauseln in den amerikanischen BITs, stellt Art. 1102 einen typischen Nichtdiskriminierungsstandard amerikanischen Stils dar. Nichtdiskriminierung wird für die Vor- und Nachinvestitionsphase gewährt. Begünstigt werden sowohl die Investitionen als auch die Investoren, deren Betätigungen in einer abschließenden, doch weitreichenden Liste aufgeführt werden. Dabei sind „in like circumstances“ und „no less favorable treatment“ die zwei Kerntermini. Die Ausnahmen zur Inländerbehandlung sind wie im Fall von Art. 1103 in Art. 1108 und Chapter 21 vorgesehen.

Abs. 3 gibt eine spezielle Erklärung zur Anwendung der Inländerbehandlung auf der subnationalen Ebene und wirft die gleiche Frage auf, die oben im Zusammenhang mit Art. 15.4(2) United States/Singapore FTA gestellt wurde.

Die Besonderheit des Art. 1102 ist, dass Abs. 4 zwei Gruppen von Maßnahmen als Diskriminierung ausdrücklich festlegt, darunter die Aufforderung zur Errichtung eines Jointventures.

Im Zusammenhang mit Art. 1102 wurde bereits erläutert, dass das NAFTA als ein Freihandelsabkommen zwischen drei Mitgliedstaaten auf die weitreichende Liberalisierung zielt. Dies führt zur relativ geringen Relevanz der Meistbegünstigung, hingegen zu einer sehr großen Rolle der Inländerbehandlung in den NAFTA-Streitigkeiten. In der Tat hat das

Streitbeilegungsverfahren des NAFTA relativ reichhaltige Materialien zur Interpretation der Inländerbehandlung geboten.

IV. Einschlägige NAFTA-Schiedssprüche

a. Myers

Im Fall *Myers* ging es um die Klage einer amerikanischen Firma, S.D. Myers, die vortrug, dass ihre Investitionen in S.D. Myers Canada, die im Wesentlichen ein Handelsgeschäft betrieb bzw. den PCB-Sondermüll sammelte und für die Behandlung in der Anlage von S.D. Myers in Ohio in die USA exportierte, durch ein kanadisches Verbot der Ausfuhr von PCB beeinträchtigt und enteignet wurden.⁶⁷² Der Beschwerdeführer rügte u. a. die Verletzung des Art. 1102 NAFTA durch die angefochtenen Maßnahmen Kanadas.⁶⁷³

Bevor das Schiedsgericht auf die rechtliche Analyse einging, führte es eine extensive Untersuchung des Sachverhalts durch und stellte fest, dass das primäre Ziel der kanadischen Maßnahmen der Schutz der inländischen Entsorgungsindustrie vor den amerikanischen Konkurrenten war und es dafür keine legitimen umweltpolitischen Gründe gab.⁶⁷⁴ In Bezug auf Art. 1102 fing seine Interpretation mit dem Begriff „in like circumstances“ an. Das Tribunal erklärte, dieser Terminus sei „open to a wide variety of interpretations in the abstract and in the context of a particular dispute“.⁶⁷⁵ Es bezog sich dann auf die WTO-Rechtsprechung über die Gleichartigkeit und betonte den „legal context“ zum Zweck der Interpretation. Dazu gehören seiner Ansicht nach sowohl die umweltpolitischen Belange als auch die Notwendigkeit, Handelsverzerrungen zu vermeiden. Mithin sollen bei der Interpretation auch die Situationen berücksichtigt werden, die staatliche Regulierungen bzw. unterschiedliche Behandlungen zum Schutz der öffentlichen Interessen rechtfertigen können.⁶⁷⁶ Trotz dieser allgemeinen Feststellung bestätigte das Tribunal, dass Myers und die betreffenden kanadischen Unternehmen „in like circumstances“ sind, weil eine Wettbewerbsbeziehung zwischen ihnen bestand und gerade die letzteren die Lobbyisten für das Verbot waren.⁶⁷⁷ Dass in diesem Zusammenhang das Schiedsgericht keine Rücksicht auf die vom ihm selbst betonten Umweltbelange genommen hat, ging auf seine vorherige Feststellung der protektionistischen Absicht der Maßnahmen zurück.

⁶⁷² *Myers Partial Award*, para. 93, 123, 126-128.

⁶⁷³ *Ibid*, para. 130-133.

⁶⁷⁴ *Ibid*, para. 194f.

⁶⁷⁵ *Ibid*, para. 243.

⁶⁷⁶ *Ibid*, para. 244-250.

⁶⁷⁷ *Ibid*, para. 251.

Anschließend wandte sich das Schiedsgericht dem Thema „national treatment and protectionist motive or intent“ zu. Für die Bestimmung der Verletzung der Inländerbehandlung, so das Schiedsgericht, sollen die folgenden Faktoren in Betracht gezogen werden: i) ob die praktische Auswirkung der Maßnahme die Schaffung der „disproportionate benefits for nationals over non nationals“ ist; ii) ob die Maßnahme „on its face“ die Inländer bevorzugt.⁶⁷⁸ Es entschied, dass die protektionistische Absicht allein nicht für die Bestimmung der Vertragsverletzung ausreicht. Die praktische (diskriminierende) Auswirkung der kanadischen Maßnahmen hat das Tribunal dadurch festgestellt, dass es andere legitime Maßnahmen für die Verfolgung umweltpolitischer Belange gibt. Somit wurde der Verstoß gegen Art. 1102 festgestellt.⁶⁷⁹

Die Betonung der Umweltbelange bei der Interpretation des Terminus „in like circumstances“ durch das Schiedsgericht könnte auf die Besonderheit des NAFTA zurückzuführen sein. Einerseits erregen die Umweltbelange immer mehr Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit, andererseits enthält das NAFTA keine Vorschrift, die eine Verletzung der Verpflichtungen des Chapter 11 ausdrücklich durch Umweltbelange rechtfertigen kann. Art. 2102 ist eine Klausel über allgemeine Ausnahmen, in der ein spezieller Bezug auf die Umweltpolitik genommen wird. Es wird jedoch explizit vorgesehen, dass dieser Artikel nicht für Chapter 11 geltend gemacht werden kann. Die Interpretation der „like circumstances“ durch das *Myers*-Tribunal soll ein Versuch zur Überwindung dieser Unzulänglichkeit sein.⁶⁸⁰

Die Analyse des Schiedsgerichts über „national treatment and protectionist motive or intent“ ist undurchsichtig. Sie scheint in der Tat die Bestimmung des „less favorable treatment“ zu sein, denn zum einen ist dieses für einen Befund der Verletzung des Art. 1102 erforderlich, zum anderen scheint die Analyse auch die zwei Arten – *de jure* und *de facto* – der Diskriminierung zu definieren. Weil es sich im vorliegenden Fall um eine *de facto* Diskriminierung handelt, kann ein Tribunal offensichtlich seine Entscheidung nicht nur auf die (mutmaßliche) protektionistische Absicht stützen, sondern muss auch die praktische Auswirkung feststellen. Jedoch sind hier die „disproportionate benefits“ für die inländischen Unternehmen so eindeutig, dass das Schiedsgericht keine alternativen Maßnahmen anzuführen brauchte, was seine Interpretation noch undurchschaubarer gemacht hat.

⁶⁷⁸ Ibid, para. 252.

⁶⁷⁹ Ibid, para. 254-256.

⁶⁸⁰ Vgl. *Weiler 2001*, S. 182, 187.

b. Pope

Eine amerikanische Firma, Pope & Talbot, besaß ein Tochterunternehmen in der kanadischen Provinz British Columbia (B. C.), das dort weiches Nutzholz produzierte und in die USA exportierte. 1996 schlossen Kanada und die USA ein bilaterales „Softwood Lumber Agreement“ („SLA“) ab, für dessen Umsetzung Kanada ein Ausfuhrgenehmigungssystem einführte, das den freien Export des weichen Nutzholzes in die USA aus bestimmten kanadischen Provinzen einschließlich B. C. einschränkt.⁶⁸¹

Wegen dieser Exportbeschränkungen rügte Pope & Talbot die Verletzung des NAFTA Chapter 11, darunter Art. 1102.⁶⁸² Die Auseinandersetzungen zwischen den Streitparteien betrafen dabei die Interpretation der drei Kerntermini in Art. 1102 Abs. 2: „investments of investors“, „treatment no less favorable“ und „in like circumstances“. Das Tribunal hat die Chance genutzt, eine extensive Auslegung dieser Termini abzugeben.⁶⁸³

Zuerst befasste sich das Schiedsgericht mit der „Semantik des Art. 1102“.⁶⁸⁴ Aufgrund der Pluralform von „investments of investors“ argumentierte Kanada, dass zum einen die zu vergleichende Behandlung nicht nur einem einzelnen inländischen Investor, sondern einem Mehr davon gewährt werden soll. Zum anderen dürfe ein einzelner Investor sich nicht auf Art. 1102 berufen, es sei denn, dass er als eine ganze Klasse qualifiziert werden kann. Um einen solchen Status zu erlangen, habe der Investor zu beweisen, dass es keine anderen amerikanischen oder mexikanischen Investoren in „like circumstances“ gibt.⁶⁸⁵

Das Schiedsgericht wies zu Recht darauf hin, es sei ein allgemeines Prinzip der Interpretation, dass die Benutzung der Pluralform in einer Gesetz- und Vertragsklausel ihrer Anwendung im individuellen Fall nicht entgegensteht. Zudem müsse es die Absicht der NAFTA-Verfasser gewesen sein, dass die Chapter-11-Fälle eine Beschwerde von individuellen Investoren einschließen. Mithin stellte das Schiedsgericht fest, dass die *Sprache* des Art. 1102(2) dem individuellen Investor die Rüge gestattet. Die kanadische Behauptung, dass ein Beschwerdeführer die Existenz anderer ausländischer Investoren in „like circumstances“ nachweisen muss, wurde abgelehnt. Das semantische Argument Kanadas bezüglich der zu vergleichenden inländischen Investoren wurde auch zurückgewiesen, zugleich betonte das Schiedsgericht, dass die kanadische Behauptung, dass die disproportionalen Nachteile für ausländische Investitionen nachzuweisen sind, von dieser Entscheidung unberührt bleibt.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ *Pope Interim Award*, para. 1-7.

⁶⁸² *Pope Award*, para. 30.

⁶⁸³ *Ibid*, para. 31-104.

⁶⁸⁴ *Ibid*, S. 10.

⁶⁸⁵ *Ibid*, para. 34f.

⁶⁸⁶ *Ibid*, para. 35-38.

Ein anderes semantisches Argument Kanadas bezieht sich auf die differenten Formulierungen in Art. 1102(2) – „no less favorable“ – und in Art. 1102(3) – „no less favorable than the most favorable“, nach denen die nationale Regierung den ausländischen Investoren etwas weniger als die beste Behandlung gewähren dürfe.⁶⁸⁷

Nach Ansicht des Schiedsgerichts würde die kanadische Interpretation dazu führen, dass die subnationalen Regierungen mehr als die nationale Regierung verpflichtet werden, was offensichtlich nicht von den Verfassern beabsichtigt war. Das Schiedsgericht glaubte hingegen, dass Art. 1102(3) einfach der Klarstellung dienen soll, dass die subnationale Regierung ausländische Investitionen so zu behandeln hat wie „any investment of its country, not just the best treatment it accords to investments of *its* investors“.⁶⁸⁸ Weil Art. 1102(3) ausdrücklich eine Erklärung zur erforderlichen Behandlung in Art. 1102(1) und (2) darstellt, sollen die unterschiedlichen Formulierungen in beiden auf keinen substantziellen Unterschied der Verpflichtungen deuten, d. h. die nationale Regierung wird auch dazu verpflichtet, den ausländischen Investitionen die beste Behandlung für die inländischen Investitionen zu gewähren. Somit legte das Schiedsgericht „no less favorable treatment“ in dem Sinne von „equivalent to, not better or worse than, the best treatment accorded to the comparator“ aus.⁶⁸⁹ Interessant ist zudem, wie das Schiedsgericht Art. 1102(3) interpretierte. Aus der oben zitierten Aussage könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das Schiedsgericht meinte, die Regierung des Bundesstaates wäre verpflichtet, die beste Behandlung für inländische Investitionen *einschließlich* derjenigen aus diesem Bundesstaat zu gewähren. Dies weicht von der üblichen amerikanischen BIT-Praxis in diesem Zusammenhang ab, wie oben bereits dargelegt wurde. Andererseits lässt sich eine solche Vermutung dadurch erschüttern, dass das Schiedsgericht in einer Fußnote auf jene übliche Praxis hinweist und später noch mal schreibt, dass die erforderlichen Behandlungen in den drei Absätzen von Art. 1102 identisch sind, „safe for the limitations to states and provinces“.⁶⁹⁰

Das wesentliche Argument Kanadas in diesem Fall ist, dass eine *de facto* Diskriminierung nur dann festgestellt werden kann, wenn die angefochtene Maßnahme die ausländischen Investitionen disproportional oder unangemessen („disproportionately“) benachteiligt, was jedoch im vorliegenden Fall nicht existierte.⁶⁹¹ Außer den obigen „semantischen“ Argumenten bezog sich Kanada auf die Rechtsprechung in GATT/WTO (hauptsächlich *EC – Bananas III* und *EC – Asbestos*) und den *Myers*-Fall.

⁶⁸⁷ Ibid, para. 39.

⁶⁸⁸ Ibid, para. 41.

⁶⁸⁹ Ibid, para. 42.

⁶⁹⁰ Ibid, para. 41f.

⁶⁹¹ Ibid, para. 43f.

Das Schiedsgericht führte eine Analyse der betreffenden Rechtsprechung durch. Es kam zu dem Ergebnis, dass die WTO-Entscheidungen das kanadische Argument nicht stützten.⁶⁹² Genauso sei auch die *Myers*-Entscheidung, in der die Verletzung der Inländerbehandlung „a foregone conclusion“ war, nachdem festgestellt wurde, dass der Beschwerdeführer und seine kanadischen Konkurrenten „in like circumstances“ waren. Die Bemerkung von „disproportionate benefits“ sei „wholly unnecessary“ im Kontext der sachlichen Situation des *Myers*-Falls.⁶⁹³

Das wichtigste Argument des Schiedsgerichts gegen die kanadische Position war eigentlich ein teleologisches. Demgemäß wurde der Unterschied zwischen NAFTA und GATS in der Hinsicht betont, wer vor einem Tribunal den Anspruch auf die Inländerbehandlung erheben darf. Im GATS sind es die Staaten bzw. die nationalen Regierungen, die das Recht ausüben, mithin findet – „zwangsläufig“, so das Schiedsgericht – die Analyse auf der Basis eines gesamten Sektors statt. Und was dadurch verboten werden soll, ist die Abänderung der Wettbewerbsbedingungen. Das NAFTA sieht hingegen das Recht eines einzelnen Investors vor, durch die Inanspruchnahme der Inländerbehandlung einen Schadensersatz von der beklagten Vertragspartei zu bekommen. Wenn man dem kanadischen Argument folgte, müsste der Investor zuerst ermitteln, ob andere ausländische Investoren in einer ähnlichen Situation sind, und anschließend wäre noch die unangemessene Auswirkung festzustellen. Für das Schiedsgericht sei dies „unhandlich“ und lähme das Recht des Investors. Mithin möchte es nicht einen derartigen Schritt machen, wodurch die Vorschriften und Zielsetzungen des NAFTA so abgeschwächt würden.⁶⁹⁴

Indem das Schiedsgericht das Argument der unangemessenen Auswirkung ablehnte, hielt es an seinem Befund fest, dass der ausländische Investor unter dem Terminus „no less favorable treatment“ so zu behandeln ist wie die beste Behandlung, die der Gaststaat seinen Inländern gewährt. Dann wandte sich das Schiedsgericht der Frage zu, welche inländischen Investoren „in like circumstances“ mit dem Beschwerdeführer sind.

Zuerst stellte das Schiedsgericht fest, dass die Bedeutung von „like circumstances“ von Fall zu Fall je nach dem konkreten Sachverhalt variiert; in diesem Punkt stimmten die Streitparteien auch zu.⁶⁹⁵ Der erste Schritt des Vergleiches finde zwischen der ausländischen

⁶⁹² Ibid, para. 46-70. Angesichts der oben dargelegten WTO-Rechtsprechung bezüglich der Inländerbehandlung ist es hier nicht nötig, auf die Analyse des Schiedsgerichts einzugehen, um festzustellen, ob sie zutreffend ist oder nicht. Nur ein Beispiel: das Schiedsgericht bemerkte, Art. XVII Abs. 2 GATS sei eine „important exception to the general rule“ (zu Abs. 1 desselben Artikels). (para. 52)

⁶⁹³ Ibid, para. 65f.

⁶⁹⁴ Ibid, para.56-57, 71-72.

⁶⁹⁵ Ibid, para. 75.

Investition und den inländischen Investitionen in demselben ökonomischen Sektor statt. Die unterschiedliche Behandlung würde nicht gegen Art. 1102(2) verstoßen, wenn:

„... they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA“.⁶⁹⁶

Weil das Ausfuhrgenehmigungssystem im vorliegenden Fall zur Umsetzung des SLA eingeführt wurde, ging es nach Ansicht des Schiedsgerichts um eine vernünftige Maßnahme, die nicht auf die Bevorzugung der inländischen Investitionen zielte. Dies stellte die Grundlage für eine extensive Sachverhaltsanalyse des Schiedsgerichts dar, aufgrund deren es die angebliche Verletzung des Art. 1102 ablehnte. Beispielsweise entschied das Tribunal, dass die Unternehmen in den Provinzen, für die das Genehmigungssystem galt, nicht „in like circumstances“ waren wie diejenigen in anderen Provinzen, in denen der Export in die USA nicht eingeschränkt wurde, weil diese unterschiedliche Behandlung eine angemessene Verbindung mit der rationalen Politik hatte, nämlich die Bedrohung der Vergleichszölle vonseiten der USA zu beseitigen, die in der Tat nur auf die Einfuhr des weichen Nutzholzes aus der ersten Gruppe der Provinzen erhoben wurden.⁶⁹⁷

Insgesamt ist der *Pope*-Schiedsspruch die erste Entscheidung, in der Art. 1102 NAFTA eingehend interpretiert wird, und hat mithin starken Einfluss auf die späteren NAFTA-Fälle.⁶⁹⁸ Er ist andererseits ungewöhnlich im Vergleich zur betreffenden WTO-Rechtsprechung. Wie oben bereits dargelegt, hält die Überprüfung in solchen WTO-Fällen eine etablierte Reihenfolge ein: zuerst die Bestimmung der Gleichartigkeit, dann die der weniger günstigen Behandlung. Im *Pope*-Fall werden diese zwei Feststellungen in umgekehrter Reihenfolge durchgeführt.⁶⁹⁹ Während der „Aim and Effect“-Test in der WTO-Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt worden ist, setzt das *Pope*-Tribunal es für die Bestimmung der „like circumstances“ ein. Zu der Frage, wie ein Vergleich der Behandlung für die Festlegung der *de facto* Diskriminierung zu ziehen ist, gibt es in der WTO-Rechtsprechung noch keine abschließende Antwort, obwohl in einem neueren Fall (*EC – Trademarks*) der Test der unangemessenen Auswirkung angewandt wurde. Das teleologische Argument des Schiedsgerichts auf der Basis des Unterschiedes zwischen NAFTA und GATS

⁶⁹⁶ Ibid, para. 78.

⁶⁹⁷ Ibid, para. 87. Ähnliche Entscheidungen wurden in Bezug auf die anderen zu vergleichenden Situationen getroffen, para. 93, 102.

⁶⁹⁸ Das *Pope*-Schiedsgericht scheint beabsichtigt zu haben, eine vollständige Interpretation des Art. 1102 abzugeben, selbst wenn gewisse Elemente eigentlich nicht so relevant für die konkrete Entscheidung waren.

⁶⁹⁹ Diese Reihenfolge wurde vom Schiedsgericht ausdrücklich bekräftigt: „once a difference in treatment between a domestic and a foreign-owned investment is discerned, the question becomes, are they in like circumstances?“, *ibid*, para. 79.

ist zum Teil eine vernünftige Begründung. Seine Interpretation des „no less favorable treatment“ könnte eine signifikante Implikation haben, denn im Fall einer unterschiedlichen Behandlung kann man fast immer *einen* besser behandelten inländischen Investor finden. Diese Implikation ausgleichend interpretierte das Schiedsgericht „in like circumstances“ in der Art und Weise, dass die Regierung einen ziemlich großen Spielraum bei der Gestaltung der inländischen Politik zurückerhält. Schließlich kann das Wort „circumstances“ intuitiv auf mehr zu berücksichtigende Faktoren als „product“ oder „services“ hindeuten. Somit hängen die Interpretationen der zwei Termini – „no less favorable treatment“ und „in like circumstances“ – des Schiedsgerichts eng zusammen. Die Auslegung des ersten Terminus ist großzügig zugunsten der Investoren, die des anderen hingegen äußerst günstig für die staatliche Regulierung. Zusammenwirkend können sie auch zu einer vernünftigen Entscheidung führen, und zwar auf einem völlig anderen Weg als in der WTO-Rechtsprechung und wohl auch berechtigt aufgrund der unterschiedlichen Vertragstexte. Es ist mithin interessant zu sehen, ob und inwieweit die späteren NAFTA-Schiedsgerichte der *Pope*-Interpretation gefolgt sind, und ob dadurch ein anderes Schema für die Festlegung der Diskriminierung als im Rahmen der WTO entwickelt wurde.

Die Schwäche der Analyse im *Pope*-Fall ist allerdings, dass dabei eigentlich nur der Terminus „in like circumstances“ bedeutend ist – die Bestimmung der weniger günstigen Behandlung ist von vornherein feststehend. „In like circumstances“ in der *Pope*-Version ist in der Tat ein alles umfassender Begriff, weil unter diesem auch die Existenz der – „on their face or *de facto*“ – Diskriminierung festzustellen wäre.⁷⁰⁰ Somit stellt sich die Frage, wozu der Test des „no less favorable treatment“ noch gebraucht wird, und warum man nicht zuerst mit „in like circumstances“ anfängt.

Zudem steht der Zweck des NAFTA, individuellen Schutz zu gewähren, dem Test der unangemessenen Auswirkung nicht unbedingt im Weg. Ein Unterschied könnte zwischen der Frage *Jus Standi* und der Festlegung der *de facto* Diskriminierung einfach gemacht werden. Der Test der unangemessenen Auswirkung würde nicht dazu dienen, *Jus Standi* des Investors abzulehnen. Seine Anwendung bei der Bestimmung der Diskriminierung als solche beeinträchtigt das Recht des Investors nicht, weil er eigentlich nur dann Schadenersatz bekommen soll, wenn die Regierung rechtswidrig gehandelt hat.

⁷⁰⁰ Ibid, para. 78.

c. Feldman

Gegenstand dieses Falls ist die Anwendung bestimmter mexikanischer Steuergesetze auf den Zigarettenexport einer mexikanischen Firma „CEMSA“, die der Beschwerdeführer – ein Amerikaner, Mr. Feldman – besaß. Die betreffenden Steuergesetze sahen den 0-prozentigen IEPS-Steuersatz für die Ausfuhr der in Mexiko produzierten Zigaretten oder die Erstattung der vorher gezahlten Steuer vor, die die Wiederverkäufer/Exporteure bei den mexikanischen Produzenten/Verkäufern bezahlt hatten, soweit die Wiederverkäufer bestimmte Rechungsaufgaben erfüllen konnten, was in der Tat unmöglich war. Der Investor rügte die Verletzung der NAFTA-Verpflichtungen, u. a. Art. 1102, wegen der Verweigerung der Steuererstattung und anderer Maßnahmen der mexikanischen Steuerbehörde.⁷⁰¹

Das Schiedsgericht meinte, dass die Interpretation des Art. 1102 folgende Fragen zu beantworten hat:

„(a) which domestic investors, if any, are in “like circumstances” with the foreign investor; (b) whether there has been discrimination against foreign investors, either *de jure* or *de facto*; (c) the extent to which differential treatment must be demonstrated to be *a result of* the foreign investor’s nationality; and (d) whether a foreign investor must receive the most favorable treatment given to *any* domestic investor or to just some of them.“⁷⁰²

Es wies darauf hin, dass die entscheidende Frage in diesem Fall ist, ob die IEPS-Erstattung den inländischen Zigarettenexporteuren *de facto* gewährt wurde, nämlich, ob sie von der Aufforderung des Vorlegens der erforderlichen Rechnungen befreit wurden, während dem Beschwerdeführer wegen der fehlenden Rechnungen die Erstattung verweigert wurde. Wenn ja, würde diese *de facto* Differenzierung eine Verletzung der Inländerbehandlungspflicht darstellen.⁷⁰³

Das Schiedsgericht stellte vor allem fest, welche inländischen Unternehmen „in like circumstances“ mit dem Investor sind. Seiner Ansicht nach bedeutet der Begriff „Diskriminierung“ die „unreasonable“ Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Investoren „in like circumstances“. Weil es zumindest einige sinnvolle Gründe für die Differenzierung zwischen den Produzenten und Wiederverkäufern gibt, selbst wenn diese wettbewerbsbeschränkend ist, verstößt eine solche differente Behandlung nicht gegen die völkerrechtliche Pflicht.⁷⁰⁴ Mithin wurden die zu vergleichenden mexikanischen Unternehmen auf diejenigen beschränkt, die Zigaretten für den Export wiederverkaufen.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ *Feldman Award*, para. 1, 6-23.

⁷⁰² *Ibid*, para. 166.

⁷⁰³ *Ibid*, para. 169.

⁷⁰⁴ *Ibid*, para. 170.

⁷⁰⁵ *Ibid*, para. 172. Ein wichtiger Grund für die Entscheidung war, dass die Streitparteien darin übereinstimmten.

Angesichts der mangelnden sachlichen Informationen konnte das Schiedsgericht seine Bestimmung der Diskriminierung nur auf den Vergleich zwischen dem Investor und zwei zu einer Gruppe gehörenden inländischen Unternehmen stützen. Somit ist hier die Frage nach der unangemessenen Auswirkung wie im *Pope*-Fall irrelevant. Dass die mexikanischen Firmen besser behandelt wurden, war offensichtlich.⁷⁰⁶ Vielmehr wurde das Schiedsgericht mit einem anderen Problem konfrontiert, nämlich dass ein Mitglied des Tribunals der Meinung war, die mangelnden Informationen seien nicht ausreichend für die Feststellung der Diskriminierung.⁷⁰⁷ Die Mehrheit des Schiedsgerichts traf die Entscheidung aufgrund einer zweizackigen Konklusion.⁷⁰⁸ Das zweite und viel wichtigere Argument war die Regel der Beweislast. Nachdem das Schiedsgericht die Feststellung des WTO-Appellate Body in *US – Wool Shirts and Blouses* über die Beweislast zitiert hatte, wies es darauf hin, dass der Investor die Prima-facie-Beweise für die bessere Behandlung der mexikanischen Unternehmen erbracht hat und Mexiko hingegen keinen überzeugenden Gegenbeweis geführt hat.⁷⁰⁹

Zur Frage, ob die Diskriminierung auf der Nationalität basiert, meinte das Schiedsgericht, dass die Konzipierung der Inländerbehandlung ohne Frage auf die Verhinderung der Diskriminierung aufgrund der Nationalität zielt. Allerdings bedeute es nicht selbstverständlich, dass jede Abweichung von dieser Pflicht explizit als das Resultat der Nationalität des Investors nachzuweisen sei. Vielmehr reiche die Feststellung der weniger günstigen Behandlung der ausländischen Investoren im Vergleich zu den inländischen „in like circumstances“ aus. Somit war das Schiedsgericht im vorliegenden Fall bereit anzunehmen, dass die Differenzierung die Folge der Nationalität des Investors ist.⁷¹⁰ Es führte dann einige sachliche Beweise zur Unterstützung seiner Annahme an und bemerkte noch mal, es sei „an insurmountable burden“ für den Beschwerdeführer nachzuweisen, dass die Diskriminierung auf seine Nationalität zurückgeht, weil die erforderlichen Informationen nur für die Regierung zugänglich sind. Praktisch unmöglich sei der Beweis durch den klagenden Investor, dass das Motiv der Regierung nicht die Nationalität, sondern etwas anderes ist.⁷¹¹

⁷⁰⁶ Ibid, para. 173-175.

⁷⁰⁷ Ibid, para. 176.

⁷⁰⁸ Ibid. Diese ist: a) keine Wiederverkäufer konnten sich rechtmäßig für die Erstattung qualifizieren, weil sie die erforderlichen Rechnungen nicht bekommen konnten; b) dem Investor wurde die Erstattung verweigert, wohingegen zumindest ein paar mexikanische Unternehmen sie erlangt hatten.

⁷⁰⁹ Ibid, para. 177. Dies war ein zentraler Punkt, zu dem ein Schiedsrichter die abweichende Ansicht vertrat, siehe dazu *Feldman Dissenting Opinion*, para. 7. Ein Kommentator meint, dass das eigentliche Problem ist, dass das Schiedsgericht die Streitparteien die Kriterien der Beweislast von vornherein wissen lassen sollten, siehe *Garcia*, S. 361.

⁷¹⁰ *Feldman Award*, para. 181.

⁷¹¹ Ibid, para. 183. Anschließend bezog sich das Tribunal noch auf die Bemerkung in der *Pope*-Entscheidung, dass es „tend to excuse discrimination that is not facially directed at foreign owned investments“ würde, wenn nachzuweisen wäre, dass die Diskriminierung auf die Nationalität basiert, para. 184.

Unter seiner vierten Frage „Most Favored Investor Requirement?“ befasste sich das Schiedsgericht mit der Debatte um den Test der unangemessenen Auswirkung, obwohl sie angesichts des Sachverhalts eigentlich keine Relevanz im vorliegenden Fall hatte. Seiner Meinung nach ist das NAFTA „on its face unclear“ für die Beantwortung dieser Frage. Aus Art. 1102 lasse sich keine Schlussfolgerung ziehen, dass der ausländische Investor die gleiche Behandlung genießen müsse, wie sie den meisten der bevorzugten inländischen Unternehmen gewährt wird. Es gäbe andererseits auch keine „most-favored investor“-Vorschrift, die Art. 1102(3) ähnelt und auffordert, dass dem ausländischen Investor die beste Behandlung gewährt werden muss, die irgendeine inländische Firma bekommt.⁷¹² Somit hat das Schiedsgericht zwar keine abschließende Antwort zu dieser Frage gegeben, jedoch das semantische Argument des *Pope*-Tribunal für seine Interpretation des „no less favorable treatment“ untergraben.

Wie in *Myers* und *Pope* hat das *Feldman*-Schiedsgericht die legitimen öffentlichen Interessen auf die Bestimmung der „like circumstances“ einwirken lassen. Im Vergleich zu *Pope* folgte das Schiedsgericht vielmehr der Überprüfungsreihenfolge in der WTO-Rechtsprechung. In Bezug auf die Feststellung der *de facto* Diskriminierung hat sein Schiedsspruch einerseits die Einführung des Tests der unangemessenen Auswirkung wieder ermöglicht, indem das semantische Argument vom *Pope*-Schiedsgericht unterminiert wurde und die Antwort darauf offen blieb. Andererseits könnte sein Befund bezüglich der Beweislast eine Ergänzung, oder eine Alternative, zum Argument der unangemessenen Auswirkung darstellen, denn schließlich zielt das letztere auf den Nachweis, dass die differente Behandlung nicht auf der Nationalität, sondern auf anderen legitimen Werten beruht.

d. ADF

In diesem Fall ging es um den Bau einer Autobahnkreuzung in Virginia, USA, der finanziell von der amerikanischen Bundesregierung unterstützt wurde. ADF International bekam einen Untervertrag über die Lieferung bestimmter Stahlprodukte, wofür die Stähle vom Stahlwerk angekauft und beim Lieferanten den speziellen Anforderungen entsprechend weiter bearbeitet werden mussten. ADF wollte die in den USA produzierten Stähle kaufen und die erforderliche Bearbeitung bei der kanadischen Muttergesellschaft, ADF Group, in Kanada durchführen. Die amerikanische Regierung lehnte dies ab, weil es nicht mit der Buy-America-Klausel übereinstimmte, die einen Teil des Vertrages darstellte. ADF hat schließlich die Bearbeitung in verschiedenen Fabriken in den USA durchgeführt, was eine massive

⁷¹² Ibid, para. 185.

Kostensteigerung verursachte.⁷¹³ ADF klagte vor dem Schiedsgericht, dass die Buy-America-Klauseln u. a. gegen Art. 1102 verstoßen.⁷¹⁴

Die Buy-America-Klauseln stellten offensichtlich eine *de jure* Diskriminierung gegenüber den ausländischen Waren dar. Daher schlugen die USA nebenbei vor, dass es eher um die Inländerbehandlung der Waren als der Investitionen ging und der Streit nicht unter Chapter 11 fallen soll. Das Schiedsgericht meinte hingegen, dass die von ADF International produzierten Waren auch „Investitionen“ darstellen könnten. Die USA erklärten jedoch, diese Frage definitiv zu beantworten, sei unnötig. Mithin wurde sie beiseite gelegt.⁷¹⁵

Vielmehr behaupteten die USA, dass die Maßnahmen keine weniger günstige Behandlung darstellten, weil die amerikanischen Unternehmen die Stahlprodukte gleichfalls in den USA bearbeiten mussten. Zudem wurden die in den USA bearbeiteten Produkte nicht aufgrund der Nationalität des Investors bzw. des Besitzers der Produkte unterschiedlich behandelt. Das Tribunal bemerkte, dass der Beschwerdeführer keine Beweise dafür vorgelegt hatte, dass die amerikanischen Firmen von dem Buy-America-Erfordernis befreit wurden.⁷¹⁶

Das Schiedsgericht fragte weiter danach, ob das Erfordernis eine *de facto* Diskriminierung darstellte, weil ein amerikanisches Unternehmen „natürlich“ die Bearbeitungen in den USA durchführen, während ein kanadisches dies eher in Kanada machen würde. Seiner Ansicht nach müsse es spezifische Beweise bezüglich „the comparative economics of the situation“ geben, z. B. ob die Bearbeitungskosten in Kanada signifikant niedriger als in den USA sind. Weil ADF solche Nachweise nicht erbracht hatte, entschied das Schiedsgericht zugunsten der USA.⁷¹⁷

Dieser Fall ähnelt dem Fall *Canada – Autos* bei der WTO, in dem die Auswirkung auf den Dienstleistungshandel von einer ursprünglich auf den Warenhandel gerichteten Maßnahme separat überprüft werden musste. Im ADF-Fall wurde die protektionistische Auswirkung der Buy-America-Klauseln nicht unmittelbar als Diskriminierung im Sinne von Art. 1102 betrachtet, sondern es wurde der Nachweis gefordert, wie diese Maßnahme die Betätigung der Investoren beeinträchtigt. Obwohl der Beschwerdeführer gemäß der Ansicht des Tribunals die Beweislast nicht erfüllt hatte, kann man aber wohl vermuten, dass das Geschäftsmuster von ADF es vorgesehen hätte, die Stahlprodukte in der Fabrik seiner Muttergesellschaft in Kanada zu bearbeiten.⁷¹⁸

⁷¹³ ADF Award, para. 44-55.

⁷¹⁴ Ibid, para. 61.

⁷¹⁵ Ibid, para. 155.

⁷¹⁶ Ibid, para. 156.

⁷¹⁷ Ibid, para. 157f.

⁷¹⁸ Vgl. Weiler 2004b, S. 36.

e. Loewen

Der Streit ging aus einem Prozess vor einem Gericht in Mississippi, USA hervor, in dem ein Beerdigungsunternehmen in Mississippi (O'Keefe) gegen eine kanadische Firma sowie ihre amerikanische Tochtergesellschaft (Loewen) wegen Vertragsbruches durch Loewen klagte. Die Geschworenen fällten ein Urteil über einen Schadensersatz in Höhe von 500 Mio. USD zugunsten von O'Keefe,⁷¹⁹ gegen das Loewen Berufung einlegen wollte. Das Recht Mississippis verlangt aber eine Bürgschaft von 125% der festgesetzten Summe, also in diesem Fall 625 Mio. USD, als Vorbedingung der Berufung. Somit wurde Loewen zu einer Streitbeilegung mit O'Keefe gezwungen, wofür Loewen 175 Mio. USD bezahlt hatte.⁷²⁰ Loewen rügte vor dem Schiedsgericht die Verletzung mehrerer NAFTA-Verpflichtungen durch die USA. Der behauptete Verstoß gegen Art. 1102 basierte darauf, dass das Gericht in Mississippi die extensiven anti-kanadischen und pro-amerikanischen Zeugenaussagen und Stellungnahmen des Rechtsanwalts erlaubt hätte.⁷²¹ Obwohl das Schiedsgericht die Ungerechtigkeiten im Prozess in Mississippi scharf kritisierte, kam es zum Schluss, dass es keine Zuständigkeit für die Klage hätte.⁷²²

In Bezug auf Art. 1102 stimmte das Schiedsgericht der Interpretation eines Experten seitens des Beklagten zu, dass Art. 1102(3) das Gericht in Mississippi zu einer nicht weniger günstigen Behandlung vom Loewen verpflichtet, als das Gericht Investoren, die ähnliche Tätigkeiten ausüben und aus anderen amerikanischen Bundesstaaten oder aus Mississippi stammen, in einem ähnlichen Prozess behandeln würde.⁷²³

Aufgrund dieser Interpretation fand das Schiedsgericht, dass es kein Beispiel von der „most favorable treatment accorded, in like circumstances“ gab, die das Gericht in Mississippi den amerikanischen Investoren und Investitionen gewährt hatte. Es lehnte den Vorschlag des Beschwerdeführers ab, dass er und O'Keefe „in like circumstances“ waren.⁷²⁴

Es liegt auf der Hand, dass eine Klage von „denial of justice“ eher auf den Anspruch auf „fair and equitable treatment“ basieren sollte.⁷²⁵ Denn es ist wirklich schwierig, ein treffendes zu vergleichendes Beispiel zu finden, es sei denn, dass man ein hypothetisches gibt, was aber im konkreten Fall nicht so stichhaltig wäre. Es ist auch wahr, dass Loewen und O'Keefe in dem

⁷¹⁹ Darunter 75 Mio. Schmerzensgeld und 400 Mio. Strafgeld, *Loewen Award*, para. 4.

⁷²⁰ *Ibid*, para. 3-8.

⁷²¹ *Ibid*, para. 39.

⁷²² *Ibid*, para. 119, 137, 240-242. *Afilalo* meint, dass die Entscheidung des Schiedsgerichts seine innere Spannung erkennbar macht: einerseits hielt das Tribunal es für eindeutig, dass Loewen Gerechtigkeit verweigert wurde, andererseits wusste es ganz genau, auf welche heftige Kritik, u. a. die Unterminierung des amerikanischen Rechtssystems, das NAFTA stoßen würde, wenn das Schiedsgericht die Verletzung der NAFTA-Verpflichtungen festgelegt hätte, siehe *Afilalo*, S. 296.

⁷²³ *Ibid*, para. 139.

⁷²⁴ *Ibid*, para. 140.

⁷²⁵ Vgl. *Weiler 20004B*, S. 34.

Sinne „in like circumstances“ waren, da sie Konkurrenten waren.⁷²⁶ Jedoch meinte das Schiedsgericht offensichtlich, dass die „like circumstances“ auch verlangen, dass der zu vergleichende amerikanische Investor ebenfalls den Status eines Beklagten in einem ähnlichen Fall hat.⁷²⁷

f. GAMI

Ein amerikanischer Investor, GAMI Investment Inc., besaß einen Anteil von 14,15% am viertgrößten mexikanischen Zuckerproduzenten GAM. Als die mexikanische Zuckerindustrie unter einer schlechten Geschäftslage litt und die Unternehmen Schutz vor den Kreditgebern suchten, führte die mexikanische Regierung ein Nationalisierungsprogramm durch. Etwa 40% der Zuckerraffinerien wurden gemäß einer Verordnung im September 2001 enteignet, darunter fünf von GAM. GAM hatte erfolgreich Wiedergutmachung für drei Raffinerien vor den mexikanischen Gerichten erlangt, deren Vermögen größer als die Schulden waren. GAMI rügte unterdessen vor dem Schiedsgericht die Verletzung der NAFTA-Verpflichtungen, u. a. der Inländerbehandlung, gegen Mexiko.⁷²⁸

Das Schiedsgericht wies zuerst darauf hin, dass das Nationalisierungsprogramm sicherlich unterschiedliche Auswirkungen auf die mexikanischen Unternehmen hatte. Manche wurden enteignet, von denen einige keine ausländische Beteiligung hatten. Der wesentliche Punkt in der Klage sollte daher die Frage sein, ob die Raffinerien von GAM lediglich aufgrund der ausländischen Beteiligung nicht enteignet werden dürfen, um nicht gegen Art. 1102 zu verstoßen. Die Antwort darauf vom Schiedsgericht ist „nein“.⁷²⁹

Das Schiedsgericht war der Ansicht, dass die „circumstances“ von GAM nicht so „like“ wie die der anderen nicht enteigneten Unternehmen waren, dass sie nicht unterschiedlich behandelt werden sollten. Das Motiv der Enteignung sei weder das Vermögen der Unternehmen noch die Habgier der mexikanischen Regierung. Im Gegenteil betrachte sie die öffentliche Beteiligung an diesen Raffinerien, die in der Tat bankrott waren, als im Interesse der nationalen Ökonomie im weiteren Sinne. Diese Politik wäre unangebracht, die Kriterien für die Unterscheidung zwischen den Kandidaten und Nicht-Kandidaten der Enteignung wären ungeschickt. Jedoch sei Ineffizienz keine Diskriminierung. Für das Schiedsgericht stand die Maßnahme plausibel in Verbindung mit der legitimen politischen Zielsetzung. Der

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ Eine andere mögliche Entscheidung wäre, dass keine Diskriminierung aufgrund der Nationalität des Investors in diesem Fall vorliegt, weil die Vorurteile, die der Rechtsanwalt für O’Keefe vor das Gericht in Mississippi zu provozieren versucht hatte, eigentlich auf dem Klassenunterschied – habgierige große Unternehmen auf der einen Seite und lokale „little guy“ auf der anderen – basierten, siehe *Afilalo*, S. 305.

⁷²⁸ *GAMI Award*, para. 1, 12-24.

⁷²⁹ Ibid, para. 112.

Beschwerdeführer hatte nicht bewiesen, dass die Enteignung der Raffinerien von GAM ein Resultat der ausländischen Beteiligung war oder irgendwie damit zusammenhing.⁷³⁰

Das *GAMI*-Schiedsgericht konzentrierte seine Gedanken auf die zentrale Frage im konkreten Fall – das Motiv der angefochtenen Maßnahme – und wollte keine systematische Analyse vornehmen. Implizit folgte es teilweise der Überprüfungsreihenfolge im *Pope*-Fall, indem es zuerst die differente Behandlung der ausländischen und inländischen Unternehmen einfach festlegte und dann das Vorhandensein von „in like circumstances“ dadurch verneinte, dass das Motiv der Maßnahme keine Diskriminierung aufgrund der Nationalität der Investitionen darstellte. Jedoch ähnelt seine Analyse zum Teil der Antwort des *Feldman*-Schiedsgerichts auf die Frage, ob die Diskriminierung ein Resultat der Nationalität des Investors darstellt. Somit ist die Analyse in *GAMI* fragmentarisch und völlig auf das Ergebnis orientiert, jedenfalls ist sie in einem Punkt zweifellos kontinuierlich mit anderen NAFTA-Schiedssprüchen: großer Wert wird auf das Motiv der angefochtenen Maßnahme gelegt.

g. US – Trucking

Anders als die oben dargestellten Fälle ist *US – Trucking* ein zwischenstaatlicher Streit, der unter Chapter 20 NAFTA fällt. Auf Antrag von Mexiko wurde ein Panel eingesetzt, um zu prüfen: i) ob die Beibehaltung des Moratoriums für die Bearbeitung der Anträge von mexikanischen Speditionsfirmen auf die Genehmigung der Speditionen in den amerikanischen Grenzbundesstaaten gegen Art. 1202 (die Inländerbehandlung für den Dienstleistungshandel) und/oder Art. 1203 (die Meistbegünstigung für den Dienstleistungshandel) verstieß; ii) ob die USA Art. 1102 und/oder Art. 1103 dadurch verletzen, dass sie die Genehmigung der mexikanischen Investitionen in internationale Speditionen betreibende Unternehmen in den USA verweigerten.⁷³¹ Anhang 1 des NAFTA sieht vor, dass mexikanische Staatsangehörige zuzulassen sind, ab 18.12.1995 Genehmigungen für Speditionen in den Grenzbundesstaaten und ab 01.01.2000 Genehmigungen für Speditionen in den gesamten USA zu erhalten, und dass die Beschränkungen von Investitionen in Speditionsfirmen am 18.12.1995 auslaufen sollen.⁷³² An diesem Tag erklärte die amerikanische Regierung jedoch, die Anträge werden angenommen und bearbeitet, aber die Bearbeitung werde aufgrund der Sicherheitsmängel von mexikanischen Lastwagen nicht fertig gestellt werden. Somit wurde in der Tat keine

⁷³⁰ Ibid, para. 114f.

⁷³¹ *US – Trucking Panel Report*, para. 1.

⁷³² Ibid, para. 67f. Die Spedition hat eine besondere Bedeutung für den erstrebten Freihandel im Nordamerika, weil ein Großteil des Handels zwischen den USA und Mexiko mittels Lkw-Transport betrieben wird, siehe *Atik*, S. 1249.

Genehmigung erteilt.⁷³³ Das Verbot mexikanischer Investitionen funktionierte durch die Beschränkungen in den Antragsformularen.⁷³⁴

Obwohl es sich in diesem Fall sowohl um die Nichtdiskriminierungsklauseln im Chapter 11 als auch um ihre Gegenstücke im Chapter 12 handelte, hat das Panel hauptsächlich Art. 1202 interpretiert.

Das Panel begann seine Analyse mit einer allgemeinen Erklärung, dass es keine Überprüfung der Motivation der amerikanischen Maßnahmen vornimmt und seine Aufmerksamkeit auf deren Vereinbarkeit mit dem NAFTA beschränkt. Dabei bezog sich das Panel auf die Ablehnung des „Aim and Effect“-Tests in der WTO-Rechtsprechung.⁷³⁵

Anders als die Nichtdiskriminierungsklauseln im GATS enthalten Art. 1202 und Art. 1203 den Terminus „in like circumstances“ wie die typischen amerikanischen BITs.⁷³⁶ Die amerikanische Argumentation basierte hauptsächlich auf der Interpretation dieses Begriffs. Nach amerikanischer Ansicht bedeutet er, dass „in order to address a legitimate regulatory objective“ die Dienstleistungserbringer unterschiedlich behandelt werden können. Das mexikanische Regulierungssystem enthalte nicht so strikte Standards wie die der USA und Kanadas. Daher herrschten „like circumstances“ zwischen den kanadischen und amerikanischen Dienstleistungserbringern, jedoch nicht zwischen ihnen und den mexikanischen.⁷³⁷

Mexiko lehnte die amerikanische Interpretation ab, ohne die Äquivalenz des eigenen Systems mit dem der USA und Kanadas zu bekräftigen. Vielmehr sei das Recht, das die mexikanischen Speditionen beanspruchen können, nach Ansicht Mexikos „consideration on their individual merits and a full opportunity to contest the denial of operating authority“.⁷³⁸

Das Panel bemerkte, dass der Brennpunkt der Auseinandersetzungen zwischen den Streitparteien die Interpretation von „in like circumstances“ ist, und zwar, ob der Vergleich

⁷³³ Ibid, para. 77.

⁷³⁴ Ibid, para. 84. Für die Beantragung einer neuen Erlaubnis muss der Antragsteller bestätigen, dass er kein mexikanischer Staatsangehöriger ist, und dass das Unternehmen nicht im Besitz oder unter Kontrolle von mexikanischen Staatsangehörigen ist. Im Falle einer Übernahme der existenten Firma muss angegeben werden, ob der Übernehmende mexikanische Staatsangehöriger oder eine mexikanische Firma ist.

⁷³⁵ Ibid, para. 214. Allerdings ließ das Panel durch seine Wiedergabe der mexikanischen Stellungnahme zum Motiv der amerikanischen Maßnahme (para. 149) die Leser seiner Entscheidung erkennen, dass es vom protektionistischen Hintergrund Bescheid wusste, vgl. dazu *Atik*, S. 1256.

⁷³⁶ Art. 1202(1) lautet: „[e]ach Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own service providers“. Art. 1203 sieht vor: „[e]ach Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to service providers of any other Party or of a non-Party“.

⁷³⁷ *US – Trucking Panel Report*, para. 242.

⁷³⁸ Ibid, para. 243.

der Dienstleistungserbringer auf einer „Staat-zu-Staat“-Basis oder unter den individuellen Dienstleistungserbringern durchzuführen ist.⁷³⁹

Für die Interpretation von „in like circumstances“ bezog sich das Panel auf andere völkerrechtliche Verträge. Zum einen stimmten die NAFTA-Vertragsparteien darin überein, dass „in like circumstances“ ähnliche Bedeutung wie „like services and service providers“ hat, wie Kanada und Mexiko bei NAFTA-Verhandlungen vorgeschlagen hatten.⁷⁴⁰ Zum anderen bedeute „in like circumstances“ das gleiche wie sein Gegenstück im Freihandelsabkommen zwischen Kanada und den USA. Die entsprechende Klausel in jenem FTA – Art. 1402 – sieht vor, dass die Behandlung unterschiedlich sein darf, vorausgesetzt, dass der Unterschied nicht größer als erforderlich für die Verfolgung der legitimen Zielsetzungen ist und die Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung äquivalent sind.⁷⁴¹ Diese Beschränkungen auf die unterschiedliche Behandlung entsprechen der Zielsetzung des NAFTA.⁷⁴²

Angesichts des Sachverhalts des vorliegenden Falls stellte das Panel zuerst fest, dass das Moratorium eine *de jure* Diskriminierung darstellen würde, wenn keine sonstigen Rechtfertigungsgründe dafür geltend gemacht werden könnten.⁷⁴³ Die amerikanische Interpretation von „in like circumstances“ sei in diesem Fall zu weitreichend und lasse eine signifikante Handelsbarriere bzw. das Verbot der grenzüberschreitenden Speditionen zu. Eine zu weitreichende Interpretation würde aber Art. 1202 und 1203 sinnlos machen. Das Panel meinte, dass „in like circumstances“ – „as an exception“ – eng interpretiert werden sollte.⁷⁴⁴ Deshalb lehnte das Panel die amerikanische Interpretation ab und entschied, dass die Beibehaltung des Moratoriums gegen Art. 1202, und aus gleichem Grund auch gegen Art. 1203, verstößt.

Im Zusammenhang mit den Investitionen behaupteten die USA, dass Mexiko keine Prima-facie-Beweise der Verletzung der Verpflichtungen in Chapter 11 geliefert hatte. Mexiko habe nicht einmal behauptet, dass es irgendein Interesse von Mexikanern an Investitionen in amerikanische Speditionsfirmen gäbe. Ein solches hatten vielmehr amerikanische Investoren. Zudem habe Mexiko nicht bewiesen, dass auf irgendeinen Mexikaner die Definition von „Investor“ zutreffe.⁷⁴⁵

⁷³⁹ Ibid, para. 247.

⁷⁴⁰ Ibid, para. 249.

⁷⁴¹ Ibid, para. 249f.

⁷⁴² Ibid, para. 258.

⁷⁴³ Ibid, para. 257.

⁷⁴⁴ Ibid, para. 258-260.

⁷⁴⁵ Ibid, para. 282f.

Zur Erwidern auf das amerikanische Argument wies das Panel auf die etablierte Doktrin in der WTO-Rechtsprechung hin, dass der Nachweis von Effekten auf den Handel nicht erforderlich ist, wenn eine Maßnahme unvereinbar mit der WTO-Verpflichtung ist. Somit entschied es, dass Mexiko die Verletzung der NAFTA-Vorschriften *prima facie* bewiesen hatte.⁷⁴⁶

In der Tat war die Verletzung von Art. 1102 und 1103 eine untergeordnete Frage aus Sicht der Amerikaner. Sie meinten, dass die Investitionsbeschränkungen einen Teil des Moratoriums darstellten. Mithin gaben sie zu, dass ihre Gesetze eine Verweigerung der Zulassung mexikanischer Investitionen ermächtigt haben, und brachten hier ihr Argument über die Sicherheitsbedenken nicht vor.⁷⁴⁷

Es lohnt sich zudem, die Empfehlung des Panels zur Erfüllung der NAFTA-Pflichten durch die USA zu erwähnen. Das Wesentliche der Panel-Entscheidung ist, dass ein umfassendes Verbot mexikanischer Speditionen gegen entsprechende NAFTA-Vorschriften verstößt. Das Panel empfahl den USA, die Qualifikation des einzelnen mexikanischen Unternehmens von Fall zu Fall zu überprüfen und so die Gewährung der Erlaubnis für die Spedition zu entscheiden. Es betonte, dass die USA nicht aufgefordert wurden, die mexikanischen Antragsteller genauso wie die amerikanischen oder kanadischen zu behandeln. Vielmehr durften die USA differente Verfahren einsetzen, um die Erfüllung der amerikanischen Sicherheitsstandards durch mexikanische Unternehmen zu gewährleisten.⁷⁴⁸ Die Empfehlung zur individuellen Überprüfung entspricht völlig dem mexikanischen Anspruch in diesem Fall, in diesem Sinne hatte Mexiko gewonnen. Andererseits wurde der amerikanischen Regierung das Recht zuerkannt, die Erfüllung der amerikanischen Standards von den mexikanischen Speditionen zu verlangen. In diesem Zusammenhang könnte die Empfehlung des Panels auch als der Erfolg der USA betrachtet werden.⁷⁴⁹

Während die letztendliche Entscheidung des Panels im *US – Trucking*-Fall durchaus als sinnvoll betrachtet werden kann, ist seine juristische Interpretation jedoch in Bezug auf Art. 1202 nicht einwandfrei. Das Panel hatte ausreichende Gründe, sich auf die WTO-Rechtsprechung zu beziehen. Erstens war das Moratorium in erster Linie eine Maßnahme zur Regulierung des Dienstleistungshandels, was Gegenstand des GATS ist. Zweitens ging es um einen zwischenstaatlichen Streit, daher würde das Argument im Zusammenhang mit der Besonderheit eines Streites zwischen einem einzelnen Investor und dem Gaststaat wie in der

⁷⁴⁶ Ibid, para. 289-292.

⁷⁴⁷ Ibid, para. 286f.

⁷⁴⁸ Ibid, para. 300f.

⁷⁴⁹ Die mexikanischen Speditionsfirmen dürften jedoch ein solches Ergebnis erhofft haben, siehe *Townsend*, S. 156.

späteren *Pope*-Entscheidung hier nicht mehr gelten. In einem entscheidenden Punkt wich die Analyse des Panels jedoch von der WTO-Rechtsprechung ab, wobei die innere Widersprüchlichkeit sich in seiner Analyse verbergen konnte. Das Panel setzte „in like circumstances“ mit „like services/service providers“ gleich. Man darf zwar nicht einfach sagen, dass der letztere Terminus, der von Kanada und Mexiko bei den Verhandlungen des NAFTA vorgeschlagen wurde, auf jeden Fall die gleiche Bedeutung wie sein gleichnamiges Gegenstück im GATS hat, und es hat auch zu wenig WTO-Fälle gegeben, in denen die Gleichartigkeit von Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern interpretiert wurde. Allerdings soll es die immanente Logik von „like services/service providers“ sein, dass nur die gleichartigen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer in Betracht gezogen werden, um eine Diskriminierung festzustellen. Die Gleichartigkeitsfrage ist hier ein immanentes Element und zuvorderst zu beantworten, keineswegs eine Ausnahme oder ein Rechtfertigungsgrund.

Es gab zudem einen wesentlichen Unterschied zwischen anderen NAFTA-Fällen und dem *US – Trucking*-Fall, nämlich, dass es sich in Letzterem um eine *de jure* Diskriminierung handelte. Da es in den anderen Fällen um die *de facto* Diskriminierung ging, hatten die Schiedsgerichte gute Gründe, die Zielsetzung der angefochtenen Maßnahme in Betracht zu ziehen, um festzustellen, ob die Diskriminierung aufgrund der Nationalität wirklich besteht. Im Fall einer *de jure* Diskriminierung soll hingegen die behauptete Zielsetzung der Maßnahme keine Bedeutung für die Bestimmung der Diskriminierung *per se* haben, sondern im Zusammenhang mit der Rechtfertigung durch die Ausnahmenklausel.

Ein Kommentator weist zu Recht darauf hin, dass die spezifischen Zugeständnisse im Anhang 1 eine besondere Bedeutung für die Festlegung der Diskriminierung haben. Dass die USA ihr Moratorium dort auf die Liste gesetzt hatten, kann als eine Bestätigung für die Unvereinbarkeit mit der Inländerbehandlung betrachtet werden. Indem die USA die Verpflichtung eingingen, das Moratorium zu einem festgesetzten Zeitpunkt ohne weitere Vorbedingung aufzuheben, sollten sie „estopped“ sein, sich auf „in like circumstances“ zu berufen und die Unvereinbarkeit des Moratoriums mit Art. 1202 zu verneinen.⁷⁵⁰

f. Zusammenfassung

Todd Weiler, ein bekannter NAFTA-Experte, fasst die oben angeführten Schiedssprüche folgendermaßen zusammen:

⁷⁵⁰ Vgl. *Atik*, S. 1251ff. Er bemerkt: „a deal’s a deal“.

„For NAFTA tribunals, the likeness analysis has been decided and followed in a largely uncontroversial manner. With its Second Partial Award on the Merits, the *Pope* tribunal articulated a simple and compelling analysis for Article 1102, which is equally applicable to Article 1103. This analysis, which appears to have been followed consistently by other tribunals, contains three basic elements: (1) identification of the relevant subjects for comparison; (2) consideration of the relative treatment each comparator receives; and (3) consideration of whether any factors exist that justify any deviation in the treatment“.⁷⁵¹

Die Zusammenfassung der *Pope*-Analyse in drei Elemente ist sicherlich einfach und überzeugend, ebenso der Hinweis darauf, dass dieselbe Analyse auch für die Interpretation der Meistbegünstigung anwendbar ist.

Die Antwort auf die Gleichartigkeitsfrage in den NAFTA-Schiedssprüchen ist nur insofern einfach und ohne Kontroverse, als die Interpretation von „in like circumstances“ von der Gleichartigkeitsproblematik abgeschnitten würde. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Schiedsgericht die Gleichartigkeit einfach auf der Basis der Wettbewerbsbeziehungen festlegen.⁷⁵²

Andererseits wird damit „in like circumstances“ von *Weiler* als eine Ausnahme betrachtet.⁷⁵³

Dies wirft zum einen die Frage auf, ob die „like circumstances“-Ausnahme eng oder weit interpretiert werden soll. Als das Panel im *US – Trucking*-Fall sie ausdrücklich als eine Ausnahme definierte, war seine Feststellung zutreffend, dass die Ausnahme eng zu interpretieren ist. Die Interpretation der „like circumstances“ vom *Pope*-Schiedsgericht ist hingegen großzügig und ermöglicht einen großen Spielraum für die Regierung bei der Politikgestaltung.

Zum anderen ist die Frage zu beantworten, ob diese „like circumstances“-Ausnahme nur für die *de facto* Diskriminierung geltend gemacht werden kann oder auch für die *de jure* Diskriminierung. *Weiler* hat offensichtlich nur die erstere gemeint.⁷⁵⁴ Dass er aber auch die Feststellung der Diskriminierung im *US – Trucking*-Fall in diese Kategorie einschließt, entspricht nicht dem Befund des Panels selbst, denn es betrachtete das Moratorium ausdrücklich als eine mögliche *de jure* Diskriminierung. Der Sinn und Zweck einer solchen „like circumstances“-Ausnahme soll eigentlich sein, dass die differenten Behandlungen vom Staat für die Verfolgung einer legitimen politischen Zielsetzung nicht durch die

⁷⁵¹ Siehe *Weiler 2004b*, S. 32. Er nennt die drei Tests des *Pope*-Schemas folgendermaßen: „Likeness“, „De Facto Comparison“, „Like Circumstances Exception“.

⁷⁵² Manchmal kann der Vergleich jedoch auf einer viel breiteren Basis durchgeführt werden, wie z. B. im *Maffezini*-Fall. Dort handelte es sich um einen allgemeinen Aspekt des Investitionsschutzes, daher wurde der Vergleich nicht auf die Behandlung der konkurrierenden Unternehmen beschränkt, vgl. *Weiler 2004b*, S. 33.

⁷⁵³ *Ibid.*, S. 38.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, S. 34.

Inländerbehandlung verboten werden sollen. Daher soll die *de jure* Diskriminierung infolge der Nationalität des Investors sinngemäß nicht durch die „like circumstances“-Ausnahme gerechtfertigt werden, sondern nur durch die explizit von den Vertragsparteien vereinbarten Ausnahmenklauseln wie die Ausnahme zur Gewährung der Sicherheit.

Kontroversen bestehen nicht nur zwischen den Interpretationen in *Pope* und in *US – Trucking*. Es gibt in der Tat wenige klare Hinweise darauf, dass die nachfolgenden Schiedsgerichte dem Schema in der *Pope*-Entscheidung gefolgt sind.⁷⁵⁵ Die Interpretation in *Feldman* folgt vielmehr einem gegensätzlichen Schema, das der WTO-Rechtsprechung sehr nahe steht. Demgemäß wird „in like circumstances“ nicht als eine am Ende der Überprüfung geltend gemachte Ausnahme betrachtet, sondern als die zu Beginn der Analyse zu beantwortende Gleichartigkeitsfrage mit einer breiteren Auslegung, die die Rücksichtnahme der legitimen Zielsetzungen auch gestattet. In Bezug auf die Bestimmung der Diskriminierung weichen die zwei Entscheidungen auch signifikant von einander ab. Die anderen Schiedssprüche – die in *ADF*, *Loewen* und *GAMI* – enthalten lediglich eine kurze und fragmentarische Analyse im Zusammenhang mit Art. 1102. Man kann nur vermuten, dass sie möglicherweise oder implizit dem *Pope*-Schema gefolgt sind. Diese Vermutung wäre zutreffend für den *GAMI*-Fall,⁷⁵⁶ weniger für die *Loewen*-Entscheidung, wie *Weiler* bemerkt hat.⁷⁵⁷ Das Wesentliche der Abweichung in *Loewen* ist allerdings nicht, dass – so *Weiler* – die Gleichartigkeit anders festgestellt wurde, sondern dass „in like circumstances“ nicht von der Gleichartigkeitsfrage getrennt wird, schon gar nicht als eine Ausnahme.

Übertrieben ist mithin die These, dass die NAFTA-Schiedssprüche dasselbe Schema bei der Interpretation der Inländerbehandlungsklausel kontinuierlich angewendet haben. Vielmehr gibt es einzelne Punkte der Auslegung, die in verschiedenen Schiedssprüchen Wiederhall finden. Der deutlichste davon ist, dass dem Motiv der angefochtenen Maßnahme fast immer – außer in *US – Trucking* – eine wichtige Rolle bei der Feststellung der Verletzung der betreffenden Klauseln gewidmet wird.

Andererseits wird hier nicht behauptet, dass das *Pope*-Schema schlecht oder sogar falsch wäre. Wie oben bereits erwähnt, könnte es durchaus auch zu einer vernünftigen Entscheidung führen. Um dies zu erreichen, dürfte allerdings die „like circumstances exception“ nicht als eine klassische Ausnahme betrachtet werden, die eine bereits festgestellte Diskriminierung –

⁷⁵⁵ Die Schiedssprüche von *Meyers* und *US – Trucking* sind älter als die *Pope*-Entscheidung. Die Interpretation des Art. 1102 in der *Meyers*-Entscheidung ist zu kurz, um die Verwandtschaft mit einer der Interpretationen in den zwei anderen Fällen festzustellen.

⁷⁵⁶ Dieser Schiedsspruch ist allerdings zu neu und wurde nicht von *Weiler* zur Unterstützung seiner These herangezogen.

⁷⁵⁷ Siehe *Weiler 2004b*, S. 34.

sowohl *de facto* als auch *de jure* – rechtfertigen kann und mithin eng zu interpretieren ist, sondern sie sollte als ein Element der Festlegung der Diskriminierung *per se*, d. h. als eine Rechtfertigung der differenten Behandlungen, angesehen werden, und zwar nur im Fall einer möglichen *de facto* Diskriminierung.⁷⁵⁸ Dass das *Pope*-Schema in gewisser Hinsicht von der WTO-Rechtsprechung abweicht, ist als solches kein Problem, denn immerhin sind verschiedene Vertragstexte betroffen.

Was den Unterschied bei der Formulierung der Vertragsklausel anbelangt, lässt sich feststellen, dass die Inkorporation des Terminus „in like circumstances“ durchaus mehr oder weniger spezielle Bedeutung haben kann. Es würde einen größeren Unterschied machen, wenn „in like circumstances“ als eine Ausnahme interpretiert würde. Denn somit würde in der Tat eine – so wörtlich genommene – allgemeine Ausnahmenklausel vorgesehen, die die Rechtfertigung der differenten Behandlungen aufgrund aller möglichen legitimen politischen Zielsetzungen ermöglichen könnte, einschließlich der Entwicklung. Ein kleinerer Unterschied läge vor, wenn „in like circumstances“ doch als eine Gleichartigkeitsfrage betrachtet würde, jedoch die Rücksichtnahme der politischen Zielsetzungen gestattete. Auf jeden Fall ist „in like circumstances“ im NAFTA keine banale Duplikation einer eng ausgelegten *Ejusdem-Generis*-Regel, nach der nur die „circumstances“ der Investitionen oder Investoren zu berücksichtigen wären. Vielmehr sind die „circumstances“, aufgrund deren eine staatliche Maßnahme getroffen wird, auch in Betracht zu ziehen.

V. *ECT und Nykomb*

Die Inländerbehandlung wird im ECT in derselben Klausel wie die Meistbegünstigung – Art. 10(7) – vorgesehen und hat mithin die gleiche Normstruktur, die oben bereits dargelegt wurde. Daher kann die Untersuchung unmittelbar auf den einzigen Schiedsspruch eingehen, der die Interpretation der Inländerbehandlung im ECT betrifft.

Im Fall *Nykomb* ging es um ein Projekt eines Blockheizkraftwerks („cogeneration plant“) in Lettland, das mit Gas betrieben wird und Elektrizität sowie Wärme erzeugt. *Nykomb* ist eine schwedische Firma, die ein lettisches Unternehmen, *Windau*, durch Ankäufe von 51% im Jahr 1999 und der übrigen 49% des Aktienkapitals im Jahr 2000 erworben hatte. Im März 1997 hatte *Windau* einen Vertrag über den Bau des Blockheizkraftwerkes mit *Latvenergo* abgeschlossen, das der dominante Erzeuger sowie rechtlich vorgeschriebene einzige Verteiler von Elektrizität in Lettland und somit in der Tat der einzige Ankäufer für die anderen Kraftwerke ist. Nach dem Vertrag soll die Elektrizität von *Latvenergo* zu einem Preis

⁷⁵⁸ Möglichweiser vertritt *Weiler* in der Tat auch eine solche Meinung, obwohl er „in like circumstances“ als eine Ausnahme nennt.

angekauft werden, der von zwei Elementen bestimmt wird: (i) der von der Regulierungsbehörde festgelegte allgemein geltende Tarif über den Verkaufspreis per kWh; und (ii) ein vom lettischen Gesetz vorgesehener Multiplikator. Seit der Fertigstellung des Kraftwerkes 1999 konnten die Vertragsparteien sich aber nicht über den Ankaufspreis einigen, was zur Klage von Nykomb vor einem Schiedsgericht in Stockholm führte. Nykomb behauptete, dass Windau ein Multiplikator von 2 („double tariff“) für die ersten acht Jahre des Betriebs gewährt wurde, Latvenergo hielt hingegen den Multiplikator von 0,75 für richtig.⁷⁵⁹ Grundlage der Behauptung Nykomb's war das „Entrepreneurial Law“ von 1995, das den „double tariff“ für die Elektrizität von u. a. Blockheizkraftwerken mit einer Kapazität von bis zu 12 MW vorsah, um die Abhängigkeit von importierter Elektrizität zu reduzieren und ausländische Investitionen anzureizen. Der „double tariff“ diene als ein Anreiz für Investitionen, weil der allgemeine Tarif so niedrig war, dass Investitionen kaum rentabel gewesen wären. Nach mehrmaligen gesetzlichen Änderungen wurde jedoch die kategorische Anwendung des „double tariff“ aufgehoben.⁷⁶⁰

Trotzdem legte das Schiedsgericht u. a. auf der Grundlage eines Urteils des lettischen obersten Gerichts fest, dass der Vertrag zwischen Windau und Letvenergo den geltenden Multiplikator zum Zeitpunkt des Abschlusses bzw. den Multiplikator 2 fixiert hatte.⁷⁶¹

Nykomb rügte die Verletzung mehrerer Verpflichtungen unter Art. 10 ECT, u. a. der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung gemäß Art. 10(7).⁷⁶² Das Schiedsgericht meinte, dass es ausreichend für die Bestimmung der Haftung von Lettland ist, die Verletzung einer dieser Verpflichtungen festzustellen. Somit überprüfte das Schiedsgericht lediglich, ob die Verweigerung des „double tariff“ eine „unreasonable or discriminatory“ Maßnahme unter Art. 10(1) darstellte.⁷⁶³ Die Analyse des Schiedsgerichts kann allerdings in der Tat als eine Feststellung der Verletzung der Inländerbehandlung betrachtet werden und wird hier dargelegt.⁷⁶⁴

Nykomb behauptete, dass Windau diskriminierend behandelt wurde, weil Latvenergo zwei anderen lettischen Kraftwerken gleicher Art den „double tariff“ bezahlte. Dass die genannten Kraftwerke den „double tariff“ erhielten, wurde von Lettland nicht bestritten. Lettland argumentierte hingegen, die Situation dieser Kraftwerke sei nicht vergleichbar mit Windau. Außerdem gebe es in Lettland 28 Blockheizkraftwerke, die sich in vieler Hinsicht von

⁷⁵⁹ *Nykomb Award*, para. 1.1, 3.2.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, para. 3.1, 3.3, 3.5.5, 3.5.10.

⁷⁶¹ *Ibid.*, para. 3.7, 3.8.

⁷⁶² *Ibid.*, para. 4.3.

⁷⁶³ *Ibid.*, para. 4.3.2.

⁷⁶⁴ Vgl. dazu *Wetterfors*, S. 9f. *Wetterfors* war der leitende Anwalt für Nykomb in diesem Fall und kommentierte die betreffende Analyse des Schiedsgerichts unter dem Titel „National Treatment – Discrimination“.

einander unterschieden und für die differente Multiplikatoren gelten. Daher solle die Situation von Fall zu Fall bewertet werden, es bestehe keine Diskriminierung.⁷⁶⁵

Für das Schiedsgericht hatte Lettland keine Kriterien oder Methoden zur Bestimmung der Multiplikatoren dargestellt. Im Gegenteil, so das Schiedsgericht, weisen die verfügbaren Informationen darauf hin, dass die drei Kraftwerke vergleichbar sind und gleichen rechtlichen Vorschriften unterliegen. Bei Lettland liege die Beweislast, die Absenz von Diskriminierung nachzuweisen. Weil Lettland nach Ansicht des Tribunals dies nicht erfüllt hatte, entschied es, dass Windau unter einer diskriminierenden Maßnahme gelitten hat, die gegen Art. 10(1) verstößt.⁷⁶⁶

Im Schiedsspruch wurde eher eine einfache Entscheidung getroffen, die Wiedergabe der Argumente der Streitparteien und die eigene Analyse des Schiedsgerichts sind schlicht. Mithin lohnt es sich, den Kommentar von *Wetterfors* – dem leitenden Anwalt für Nykomb in diesem Fall – heranzuziehen, in dem Informationen über die Argumente der Streitparteien geliefert werden. Demgemäß hatte Nykomb sich auf die Rechtsprechung in WTO und NAFTA bezogen und behauptet, dass ihm die beste Behandlung zuzugestehen sei, die Lettland seinen inländischen Unternehmen gewährt, und dass Lettland die Beweislast trage, die differente Behandlung zu rechtfertigen.⁷⁶⁷ Um seine These über die unterschiedlichen Situationen zu unterstützen, hat Lettland sich seinerseits auf die Geschäftsgeschichte, die Verhandlungsmacht, die technischen Daten, die finanzielle Lage sowie den Standort des Kraftwerkes bezogen. Lettland behauptete, die differenten Behandlungen seien dadurch zu rechtfertigen, dass die zwei lettischen Kraftwerke etwas mehr Elektrizität und Wärme erzeugen als das von Windau. Nykomb erwiderte einfach mit dem Hinweis, dass das „Entrepreneurial Law“ lediglich die Kapazität von 1 bis 12 MW als Kriterium für die Gewährung des „double tariff“ gegenüber Blockheizkraftwerken vorsieht und mithin alle Blockheizkraftwerke mit einer Kapazität in diesem Bereich gleich zu behandeln seien.⁷⁶⁸ Das Schiedsgericht hat offensichtlich das Argument von Nykomb akzeptiert, indem es entschied, dass Lettland keine Kriterien für eine unterschiedliche Behandlung (d. h. keine anderen Kriterien außer 12 MW) vorgelegt hat. Zudem argumentierte Nykomb in technischer und ökonomischer Hinsicht, dass die anderen von Lettland angeführten Kraftwerke keine echten Blockheizkraftwerke und somit nicht vergleichbar mit denen von Windau und jenen zwei lettischen Firmen sind. Dies wurde auch vom Schiedsgericht angenommen.⁷⁶⁹ Wenn nur die

⁷⁶⁵ *Nykomb Award*, para. 4.3.2.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ Siehe *Wetterfors*, S. 5.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, S. 10.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

drei Blockheizkraftwerke in vergleichbarer Situation sind, scheint es für die Festlegung der Diskriminierung unnötig zu sein, an der These der „besten Behandlung“ festzuhalten, obwohl nach der Aussage von *Wetterfors* diese These ausdrücklich vom Schiedsgericht anerkannt werden sollte.⁷⁷⁰

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Gleichartigkeit die zentrale Frage für die *Nykomb*-Entscheidung im Zusammenhang mit der Bestimmung der Diskriminierung darstellt. Trotz der schlichten Analyse ist der Befund des Tribunals überzeugend, indem es sich auf das Gesetz, das die Basis des vom Investor behaupteten Rechts war, bezog und das in ihm vorgesehene Kriterium als einzig geltend für die Antwort auf die Gleichartigkeitsfrage betrachtete.

C. Nichtdiskriminierung im MAI-Entwurf

I. Überblick

Von 1995 bis zum 1998 haben die OECD-Mitgliedstaaten erfolglos versucht, im Rahmen der OECD ein „Multilateral Agreement on Investment“ (MAI) auszuhandeln.⁷⁷¹ Die Zielsetzungen der Verhandlungen wurden folgendermaßen vorgesehen:

- „provide a broad multilateral framework for international investment with high standards for the liberalization of investment regimes and investment protection and with effective dispute settlement procedures; and
- be a free-standing international treaty open to all OECD Members and the European Communities, and to accession by non-OECD Member countries, which will be consulted as the negotiations progress.“⁷⁷²

Demgemäß lässt sich das ursprüngliche Vorhaben der OECD-Staaten erkennen, zuerst unter den „like minded“ Staaten ein Investitionsabkommen mit hohen Standards auszuarbeiten und seine Mitgliedschaft dann durch den Beitritt anderer Staaten zu erweitern. Somit wurde das MAI von Anfang an nicht als ein Abkommen ausschließlich für die OECD-Staaten, sondern als ein echter multilateraler Vertrag gedacht, was bereits im Namen des Vertrages zum Ausdruck kam.

⁷⁷⁰ Ibid.

⁷⁷¹ Zur Verhandlungsgeschichte, siehe *Bröhmer*, S. 267-271, *Trebilcock/Howse*, S. 358, 362ff., *Watson/Flynn/Conwell*, S. 249-253. Von der OECD wird eine spezielle Homepage für wichtige Informationen über das MAI, einschließlich des Entwurfes und eines Kommentar zu ihm, eingerichtet: <http://www1.oecd.org/daf/mai>.

⁷⁷² Siehe MAI Mandate, unter: <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm#3>.

Der MAI-Entwurf enthält zwölf Teile und zwei Anhänge. Im Teil I „Preamble“ werden die Zielsetzungen angeführt. Teil II legt den sachlichen Anwendungsbereich bzw. die Definitionen der Investitionen und Investoren sowie den geographischen Anwendungsbereich fest. In Teil III werden die Behandlungsstandards der Investitionen und Investoren vorgeschrieben, u. a. die Inländerbehandlung und die Meistbegünstigung. Teil VI betrifft den Investitionsschutz, in dem die Disziplin im Zusammenhang mit der Enteignung und Entschädigung vorgeschrieben wird. Teil V enthält zwei Streitbeilegungsmechanismen, einer gilt für die zwischenstaatlichen Streitigkeiten, der andere für Streitigkeiten zwischen dem Investor und dem Gaststaat. Verschiedene Ausnahmen sind in Teil VI vorgesehen. Zwei weitere Teile werden den speziellen Themen von Dienstleistungshandel und Steuerpolitik gewidmet. In Teil IX sind Vorschriften bezüglich der länderspezifischen Ausnahmen u. a. von der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung enthalten, die in Anhang 1 aufgelistet würden. Teil X regelt die Beziehungen zu anderen völkerrechtlichen Verträgen, während Teil XI die Durchsetzungsmechanismen vorsieht. Teil XII ist das Schlusskapitel, in dem die Unterzeichnung, das In-Kraft-Treten, der Beitritt usw. geregelt werden.

Die Verfolgung der Zielsetzung auf ein Abkommen mit hohen Standards spiegelt sich in folgenden Punkten wider:

- i) Teil II des Entwurfes sieht eine breite Definition von Investition vor. Es handelt sich um eine „asset-based definition“, die nicht nur die FDI einschließt, sondern auch die Portfolioinvestitionen und andere Arten von Vorteilen.
- ii) Das Nichtdiskriminierungsgebot gilt sowohl für die Vor- als auch für die Nachinvestitionsphase.⁷⁷³
- iii) Im Gegensatz zum GATS wird die „top-down“-Methode in Bezug auf die Inländerbehandlung angewendet.⁷⁷⁴
- iv) Das Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren im Teil V ist obligatorisch und effektiv.

Die Nichtdiskriminierungsgebote im MAI stellen mithin die Kernfrage beim Versuch der Festsetzung hoher Investitionsschutz- und Liberalisierungsstandards dar und werden demnächst eingehend erforscht.

II. Meistbegünstigung und Inländerbehandlung im MAI-Entwurf

Teil III sieht die Nichtdiskriminierungspflichten in drei Absätzen vor:

„1. Each Contracting Party shall accord to investors of other Contracting Party and to their investments, treatment no less favourable than the treatment it accords [in like circumstances]

⁷⁷³ Teil III MAI-Entwurf.

⁷⁷⁴ Teil IX MAI-Entwurf.

to its own investors and their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments.

2. Each Contracting Party shall accord to investors of other Contracting Party and to their investments, treatment no less favourable than the treatment it accords [in like circumstances] to investors of any other Contracting Party or of a non-Contracting Party, and to the investments of investors of any other Contracting Party or of a non-Contracting Party, with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments.

3. Each Contracting Party shall accord to investors of another Contracting Party and to their investments the better of the treatment required by Articles 1.1 and 1.2, whichever is the more favourable to those investors or investments“.

Dies ist wieder eine typische Nichtdiskriminierungsklausel in den modernen IIAs, die Inländerbehandlung (Abs. 1) und Meistbegünstigung (Abs. 2) in demselben Artikel vorsieht und zum Zweck der Vorsorge klarstellt, dass die bessere von beiden gilt; sowohl die Investoren als auch ihre Investitionen werden als Begünstigte erwähnt.

Als einige Delegationen die Anwendung von „same“ oder „comparable“ Behandlung vorgeschlagen hatten, fürchteten sich die meisten Teilnehmer vor einer Verwässerung der Behandlung der Investitionen hierdurch und bevorzugten das Gleichbehandlungsgebot von „treatment no less favourable“.⁷⁷⁵ Daher lässt sich feststellen, dass dieses Gebot sich nach den Auswirkungen der Maßnahme richtet und die formell identische Behandlung, die die Wettbewerbsbedingungen zugunsten der inländischen Investitionen und Investoren verändert, auch als Diskriminierung wie im Fall des Art. XVII GATS angesehen wird. Übrigens wurde im Kommentar der OECD zum MAI-Entwurf erklärt, dass die Verhandlungspartner darauf hingewiesen hatten, diese Nichtdiskriminierungsklausel gelte sowohl für die *de jure* als auch für die *de facto* Diskriminierung.

Dass der Ausdruck „in like circumstances“ in Klammern gesetzt wurde, spiegelte eine Uneinigkeit diesbezüglich unter den Verhandlungspartnern wider. Manche glaubten, die beiden Nichtdiskriminierungsnormen implizierten bereits das Erfordernis von den vergleichbaren Verhältnissen, „in like circumstances“ sei somit unnötig und könne leicht missbraucht werden. Andere wollten aber, dass dieser Terminus ausdrücklich im Vertragstext vorgesehen wird. Zwei Optionen wurden von der zuständigen Expertengruppe angeboten. Eine ist der Einschluss dieses Ausdrucks, für den eine Delegation einen Kommentar zur

⁷⁷⁵ Siehe *OECD 1998*, S. 10.

Verfügung gestellt hatte, nach dem die Regierung legitime politische Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Investoren haben darf. Die andere Möglichkeit ist das Wegstreichen des „in like circumstances“, wobei allerdings klargestellt wird, dass unterschiedliche Behandlungen durch die Differenz der Verhältnisse gerechtfertigt werden können und die Nationalität des Investors hier irrelevant ist.⁷⁷⁶ Schließlich wurde in der Fußnote zu diesem Artikel im MAI-Entwurf vorgeschlagen, dass der Terminus ohne Klammer beibehalten wird, weil einige Delegationen diesem unter der Voraussetzung eines „satisfactory explanatory statement in the commentary“ zustimmen würden.

Der Anwendungsbereich beider Gleichbehandlungsgebote bezieht sich auf alle Formen und Etappen der Investition. Das bedeutet vor allem, dass die Nichtdiskriminierung sowohl für die Nach- als auch für die Vorinvestitionsphase gewährt wird, was bis dato nur in den wenigen BITs amerikanischen Stils und den regionalen sowie bilateralen Freihandelsabkommen der Fall ist.

In Verbindung damit dürfen die Vertragsparteien eine negative Liste von existenten Maßnahmen aufstellen, die nicht mit der Inländerbehandlung und/oder Meistbegünstigung vereinbar sind, jedoch weiter beibehalten werden; das ist der sogenannte „top-down“ approach.⁷⁷⁷ Für solche Maßnahmen gelten zudem die Erfordernisse von „standstill“ und „rollback“. „Standstill“ bedeutet, dass keine neuen oder stärkeren Einschränkungen eingeführt werden dürfen, mithin stellt der Verstoß gegen „standstill“ eine Verletzung des betreffenden Nichtdiskriminierungsgebots dar.⁷⁷⁸ „Rollback“ bezieht sich auf den Liberalisierungsprozess, bei dem die auf der Liste angeführten Maßnahmen reduziert und eventuell völlig beseitigt werden sollen. Zusammen mit „Standstill“ wird es einen „ratchet effect“ mit sich bringen, d. h. alle neuen Liberalisierungsmaßnahmen werden „locked in“ und können nicht mehr zurückgezogen werden.⁷⁷⁹

Umstritten war bei den MAI-Verhandlungen, ob noch eine Liste B eingeführt werden sollte für die Maßnahmen, die unvereinbar mit der Nichtdiskriminierung sind und erst nach dem Inkraft-Treten des MAI neu getroffen würden. Für die Gegner dieser Liste würden die entsprechenden Verpflichtungen dadurch unterminiert, die Befürworter waren jedoch der Ansicht, dass die Liste B es erleichtern würde, einerseits die hohen Standards im MAI zu bewahren, andererseits den Vertragsparteien eine gewisse Flexibilität zu ermöglichen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ Ibid, S. 11.

⁷⁷⁷ Teil IX MAI-Entwurf.

⁷⁷⁸ Siehe *OECD 1998*, S. 59.

⁷⁷⁹ Ibid, S. 60.

⁷⁸⁰ Ibid, S. 61.

In Bezug auf die angeführten Betätigungen der Investoren hatte es während der Verhandlungen Diskussionen gegeben, ob eine offene oder geschlossene Liste vorgeschrieben werden soll. Im Entwurf wurde eine geschlossene Aufzählung angenommen, die allerdings zugleich umfassend ist und in der die Absicht der Vertragsparteien zum Ausdruck kommen soll, dass alle Betätigungen der Investoren berücksichtigt werden.⁷⁸¹

Durch die Übersicht über die Inländerbehandlung und die Meistbegünstigung im MAI-Entwurf lässt sich feststellen, dass eine Verwandtschaft zwischen der Formulierung dieser Normen und ihren Gegenstücken in den existenten IIAs besteht. Was die hohen Standards für Investitionsschutz und –liberalisierung widerspiegelt, ist eigentlich ihr weitreichender Anwendungsbereich, der sowohl die Nach- als auch die Vorinvestitionsphase einschließt, in Verbindung mit dem „ratchet effect“ infolge von „standstill“ und „rollback“.

Der Misserfolg der MAI-Verhandlungen ging sicherlich auf mehrere Faktoren zurück, die hier nicht eingehend untersucht werden können.⁷⁸² Jedenfalls hängen sie alle mit dem wesentlichen Charakter des MAI – den hohen Standards für die Liberalisierung und den Investitionsschutz – zusammen. Dieser Charakter kam u. a. durch die Ausdehnung der Inländerbehandlung auf die Vorinvestitionsphase zum Ausdruck, was ein allgemeines Recht auf Zulassung darstellt. Obwohl das Liberalisierungsniveau bei den OECD-Mitgliedern im Großen und Ganzen schon hoch ist, wurden bei den MAI-Verhandlungen Hunderte von Seiten der negativen Liste aufgestellt, so dass man von einem „Swiss cheese“-Abkommen sprach, in dem es viel mehr Löcher als erwartet gab.⁷⁸³ Wenn man die Abneigung der Entwicklungsländer bezüglich der Gewährung eines Rechts auf Zulassung auch in Betracht zieht, sollte es offenkundig sein, dass die allgemein geltende Inländerbehandlung in der Vorinvestitionsphase in Verbindung mit der „top down“-Methode in einem multilateralen Investitionsabkommen unrealistisch ist.

⁷⁸¹ Ibid, S. 11.

⁷⁸² Siehe u. a. *Dattu*, S. 315, *Graham*, S. 613f., *Sornarajah*, S. 292, 296f., *Trebilcock/Howse*, S. 362ff. *Dattu* Ansicht nach sei die OECD ein falsches Forum, geeignet sei die WTO aufgrund ihrer breiten Mandate und des damit verbundenen möglichen Interessenaustausches. Für *Graham* spielt der Widerstand von NGOs eine wichtige Rolle dabei, die allerdings einen Pyrrhussieg erlangt hatten, weil die Belange von NGOs bereits im MAI berücksichtigt wurden und in anderen Foren nicht. *Sornarajah* meint, außer dem Widerstand von NGOs und der Unzufriedenheit von Entwicklungsländern sei der Hauptgrund die Uneinigkeit zwischen den Industrieländern über die Normen des Investitionsschutzes, die sie immer den Entwicklungsländern auferlegen wollten, jedoch als zu streng wahrgenommen wurden, um sich selbst solchen Verpflichtungen zu unterwerfen. Für *Trebilcock/Howse* hatten all diese Faktoren zum Misserfolg beigetragen, und die MAI-Verhandlungen veranschaulichten u. a. „the fallacy that agreement is likely to be easier when negotiations are limited to a smaller group of countries, somit sei die WTO das richtige Forum für ein multilaterales Investitionsabkommen.

⁷⁸³ Siehe *Muchlinski*, S. 124.

V. Teil

Positionen der WTO-Mitglieder

In der Arbeitsgruppe wurde die Anwendung der Nichtdiskriminierung in einem möglichen MIA viel diskutiert. Ein Arbeitspapier der Arbeitsgruppe in 2002 berichtet von den vorangegangenen Diskussionen in der folgenden Zusammenfassung:⁷⁸⁴

Die Anwendung der Nichtdiskriminierung richtet sich nach verschiedenen Faktoren, insbesondere: i) ob ein MIA nur auf die Nachinvestitionsphase, oder auch auf die Vorinvestitionsphase bzw. die Zulassung der Investitionen Anwendung findet; ii) wie eine angemessene Balance zwischen der Anwendung der Nichtdiskriminierung und der Flexibilität bei der Verfolgung wichtiger ökonomischer und entwicklungspolitischer Ziele erreicht wird.

Mit der ersten Frage eng verbunden ist das sogenannte „right to invest“ oder „right of admission“. Einige Mitglieder betonten, dass solche Rechte im Völkergewohnheitsrecht und in den meisten IIAs nicht existieren, sie seien nur Bestandteil einer tief gehenden wirtschaftlichen Integration. Die Entwicklungsländer sollten in der Lage sein, vor allem die Inländerbehandlung, aber auch die Meistbegünstigung, sowohl auf die Vor- als auch auf die Nachinvestitionsphase flexibel anzuwenden. Die meisten BITs schließen die Vorinvestitionsphase vom Anwendungsbereich der Nichtdiskriminierungsklauseln aus und sehen dazu noch Beschränkungen in der Nachinvestitionsphase vor. Andere Mitglieder vertreten die Meinung, dass die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung die gemeinsamen und am meisten geeigneten Formen der Verpflichtungen in Bezug auf die Vorinvestitionsphase in IIAs sind, und kein Recht auf Investitionen enthalten, sondern eher das Erfordernis aufstellen, alle diskriminierenden Maßnahmen zu eliminieren. Verschiedene Ausnahmen könnten dabei vorgesehen werden, spezifische Zugeständnisse vom Marktzugang kämen auch in Betracht. Die Anwendung der Nichtdiskriminierung auf die Vorinvestitionsphase ist ein kritischer Punkt bei der Marktzugangsfrage, die ein Kernbereich der Investitionsabkommen ist. Ein Nichtdiskriminierungszugeständnis für die Nachinvestitionsphase wäre sinnlos, wenn Investitionen überhaupt nicht zugelassen würden oder die Diskriminierung in der Vorinvestitionsphase den Wettbewerb auf einer gleichen Basis während der ganzen Betriebszeit verhindern würde.

Die zweite Frage betrifft die Balance zwischen Disziplin, welche den Investoren Rechtssicherheit bringt, einer- und Flexibilität andererseits, die den Gaststaaten die

⁷⁸⁴ Non-Discrimination: Most-Favoured Nation Treatment and Nation Treatment, Note by the Secretariat, WT/WGTI/W/118, vom 04.06.2002, para. 69-86.

Regulierung der Investoren sowie die Verfolgung anderer politischer Zielsetzungen ermöglicht. Einige Mitglieder waren der Ansicht, dass die Flexibilität nicht mit der Diskriminierung gleichbedeutend ist, und angemessene Standards der Nichtdiskriminierung in Verbindung mit entsprechenden Ausnahmen und Beschränkungen die notwendige Flexibilität für Gaststaaten gestatten können. In diesem Zusammenhang wurde der Unterschied zwischen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung angemerkt. Weil es keine offensichtlichen Gründe für die Diskriminierung zwischen ausländischen Investoren aufgrund ihrer Nationalität gibt, soll die Meistbegünstigung ein Kernprinzip der allgemeinen Anwendung sein, während es genügend Spielraum für die unterschiedliche Anwendung der Inländerbehandlung, wie z. B. im GATS, geben könnte. Andere Mitglieder bezweifelten, ob eine angemessene Balance zwischen Disziplin und Flexibilität überhaupt in einem MIA erreicht werden könnte, u. a. auch unter dem GATS-Modell. Eine einschlägige Überlegung war, inwieweit ein Entwicklungsland sein Inländerbehandlungszugeständnis für einen bestimmten Sektor korrigieren kann, wenn es nachher entdeckt, dass das Zugeständnis mit den Entwicklungsbedürfnissen unvereinbar ist. Zudem wurde vorgeschlagen, dass in einem möglichen MIA permanente „carve-outs“ für bestimmte Sektoren und Politik in Betracht zu ziehen sind.

Neben diesen beiden Fragen wurde angemerkt, dass es sehr wichtig ist, wie Ausnahmen und Beschränkungen vorgesehen werden, insbesondere in Bezug auf die Inländerbehandlung.

Die Reichweite der Nichtdiskriminierungsklauseln hängt auch von ihrer Formulierung ab. In diesem Zusammenhang war der Terminus „in like circumstances“ in Betracht gekommen. Einige hielten den Terminus für notwendig, andere meinten, insoweit er in gewissem Maße Flexibilität bei der Anwendung insbesondere der Inländerbehandlung ermögliche, müsse er im Fall der Inkorporation in ein MIA präzise definiert werden.

Nach dieser Zusammenfassung verschiedener Positionen von WTO-Mitgliedern in Bezug auf die Anwendung der Nichtdiskriminierung in einem möglichen MIA hatten einige Mitglieder weitere Stellungnahmen dazu abgegeben.

Seiner allgemeinen negativen Haltung entsprechend, vertrat Indien die zurückhaltendste Auffassung bezüglich der Nichtdiskriminierung im möglichen MIA. Indien behauptete, dass verbindliche Regeln über Zugeständnisse für die Vorinvestitionsphase, u. a. die Inländerbehandlung, weder realisierbar noch wünschenswert seien, weil sie die Flexibilität der Entwicklungsländer erheblich begrenzen und in den meisten IIAs nicht vorgeschrieben werden.⁷⁸⁵

⁷⁸⁵ Communication from India, WT/WGTI/W/149, WT/WGTI/W/150, vom 07.10.2002.

Die indische Position soll stellvertretend für die Gegner des MIA sein, weil Indien das führende und das einzige WTO-Mitglied in der Gegner-Gruppe ist, das Stellungnahmen intensiv abgegeben hat. Demgemäß lässt sich sagen, dass Bedenken gegen das MIA eng mit der Anwendung der Nichtdiskriminierung zusammenhängen, als andererseits zumindest ihre Anwendung auf die Nachinvestitionsphase in einem möglichen MIA als solche nicht in Frage gestellt wird. Mit anderen Worten, könnten die Zweifel an MIA vonseiten der Entwicklungsländer sehr wohl abgeschwächt werden, wenn es zu einem Kompromiss käme, bei dem eine angemessene Balance zwischen der Rechtssicherheit und der Flexibilität bei der Verfolgung entwicklungspolitischer Ziele erlangt würde.

Dabei soll man natürlich darauf hinweisen, dass die nachhaltige Entwicklung eine horizontale Frage darstellt, die im Zusammenhang mit vielen Normen in einem künftigen MIA diskutiert werden kann, und mehrere Aspekte eines MIA die Einschätzung seiner Auswirkungen auf die Entwicklung eines Landes beeinflussen können.⁷⁸⁶ Die Anwendung der Nichtdiskriminierung ist ein kritischer von diesen Aspekten, auf den die vorliegende Arbeit ihr Augenmerk richtet. Im Grunde genommen bekräftigten alle Befürworter des MIA das Bedürfnis der Flexibilität, nur waren sie anderer Meinung, wie die angemessene Balance zwischen Disziplin und Flexibilität zu erreichen ist.

Aufgrund der Berechtigung der Beibehaltung des Rechts, Tätigkeiten der Investoren zu regulieren, betonte die EU, dass ein künftiges MIA so konstruiert werden soll, dass das Recht zur Regulierung eines Staates, u. a. der politische Spielraum zum Zweck der Entwicklung, nicht dadurch verhindert wird. Weil Gegner des MIA behaupteten, dass die Regeln für die Vorinvestitionsphase diesen Spielraum verhindern würden, wies die EU darauf hin, unter dem „positive approach“ im GATS für die sektor-spezifischen Zugeständnisse könne jeder Staat die individuelle Balance zwischen der Rechtssicherheit (und somit dem Anreiz für FDI) und der Flexibilität bestimmen.⁷⁸⁷

Die EU meinte dazu, dass die Flexibilität keine effektive Methode für die Entwicklung wäre, wenn man die Flexibilität als das Recht zur Diskriminierung zwischen Investoren verstände. Vielmehr solle sie einschließen: weniger Zugeständnisse, längere Übergangszeit, Ausnahmen in bestimmten Bereichen. Der sogenannte „positive approach“ ermöglicht den

⁷⁸⁶ Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/140, vom 12.09.2002 (Hinweis auf die Definition der Investitionen, die Transparenz und die Nichtdiskriminierung), Communication from India, WT/WGTI/W/148, vom 07.10.2002 (Hinweis auf die Definition der Investitionen, Regeln zum Schutz der Handelsbilanz, Verantwortungen und Verpflichtungen der Investoren und ihrer Heimatstaaten).

⁷⁸⁷ Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/154, vom 07.04.2003.

Entwicklungsländern, Zugeständnisse je nach ihrem Entwicklungsstand zu machen und Beschränkungen zum Zweck der Entwicklung vorzunehmen.⁷⁸⁸

Nach Ansicht Mexikos könnten die Wünsche auf beiden Seiten durch das GATS-Modell – eine allgemeine Meistbegünstigung und die Inländerbehandlung als sektor-spezifische Zugeständnisse nach dem sogenannten „hybrid approach“ – erfüllt werden, weil es pragmatisch und realistisch ist und verschiedene Realitäten berücksichtigt und eine globale Balance zum Ausdruck bringt. Bestimmte Aspekte des GATS-Modells müssten aber klargestellt werden, z. B. die Beziehungen zwischen Zugeständnissen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung. Mexiko meinte, dass die Arbeitsgruppe ihre Aufmerksamkeit nur auf die diskriminierenden Maßnahmen richten soll, andere nicht diskriminierende Maßnahmen sollten nicht erfasst werden, insbesondere seien die Vorschriften über den Marktzugang nicht als ein Element in der Doha-Deklaration erwähnt worden. Die Nichtdiskriminierung solle sowohl *de jure* als auch *de facto* Diskriminierung verbieten. Die Inkorporation des Terminus „in like circumstances“ sei sehr wichtig, er ziele darauf, alle relevanten Faktoren, einschließlich derjenigen der Investoren und ihrer Investitionen, bei der Entscheidungsfindung in Betracht zu ziehen, ob der Vergleich zwischen den Investitionen und Investoren angemessen ist.⁷⁸⁹

Taiwan vertrat die Meinung, dass die Nichtdiskriminierung ein wichtiges Prinzip für Investoren hinsichtlich ihrer Geschäftschancen und für Gaststaaten ist, um die transparente, stabile und vorhersehbare Investitionsklima zu schaffen. Dies bedeute andererseits nicht, dass ein Staat auf die Überprüfung der ausländischen Investitionen verzichten müsse. Vielmehr sei sie in der Vorinvestitionsphase unabdingbar, um speziellen Situationen im einzelnen Land gerecht zu werden. Daher bevorzugte Taiwan, dass die Inländerbehandlung nur auf die Nachinvestitionsphase angewendet wird. Durch die Übernahme des „hybriden“ GATS-Modells könne die Konsistenz gewährleistet und die Erschwerung der Verwaltung zweier unterschiedlicher Zugeständnissysteme vermieden werden. Allerdings sollten die Freistellungen von MFN im GATS-Modell abgeschafft werden. Nur wenn die bilateralen und regionalen Investitionsabkommen volle Liberalisierung verlangten, können sie als Ausnahmen von der MFN zugelassen werden.⁷⁹⁰

Korea sah das GATS-Modell als den Ausgangspunkt für die Anwendung der Nichtdiskriminierung in einem MIA, betonte aber den wichtigen Unterschied zwischen GATS

⁷⁸⁸ Communication from the European Community and its Member States, WT/WGTI/W/140, vom 12.09.2002.

⁷⁸⁹ Communication from Mexico, WT/WGTI/W/132, vom 08.07.2002.

⁷⁹⁰ Communication from the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu, WT/WGTI/W/127, vom 01.07.2002.

und IIAs – die Gliederung zwischen der Vor- und Nachinvestitionsphase. Weil die MFN den Entwicklungsländern nicht im Wege steht, inländischen Investoren günstigere Behandlung als den ausländischen zu gewähren, solle die MFN als die allgemeine Verpflichtung ohne Unterschied zwischen der Vor- und Nachinvestitionsphase angewendet werden. Andererseits seien Ausnahmen notwendig angesichts der Existenz der IIAs, die höhere Niveaus der Liberalisierung enthalten. Aber solche Ausnahmen sollen strikt beschränkt werden und dem „standstill“-Prinzip unterliegen. Angesichts der Tatsache, dass die Inländerbehandlung als eine Verpflichtung der Gaststaaten und ein Recht der Heimatstaaten noch nicht allgemein akzeptiert wird, sei der „bottom up approach“ im GATS der beste Weg. Für die Vorinvestitionsphase sollte die Inländerbehandlung als spezifisches Zugeständnis gewährt werden. In Bezug auf die Nachinvestitionsphase wies Korea darauf hin, dass dieser Unterschied von der Investitionsphase kein wichtiges Thema im GATS ist und dort die Inländerbehandlung nur sektor-spezifisch gewährt wird. Im MIA sollte jedoch die Inländerbehandlung für die Nachinvestitionsphase allgemein – in Verbindung mit einer Klausel der allgemeinen Ausnahmen – gelten, weil: i) eine juristische Person, die nach dem Gesetz des Gaststaates errichtet worden ist, eine nationale juristische Person geworden ist, unabhängig davon, ob ihre Muttergesellschaft eine ausländische ist oder ob die Angestellten Ausländer sind; ii) die versunkenen Kosten bereits entstanden sind und nicht leicht zurückgezogen werden können infolge der politischen Änderungen im Gaststaat.⁷⁹¹

Japan betonte die Bedeutung der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung als Grundsätze sowohl im WTO-Recht als auch in zahlreichen IIAs und fasste die Vorteile der Nichtdiskriminierung für IIA zusammen. Die Inländerbehandlung stehe im Zentrum der Balancierung zwischen Rechten und Verpflichtungen der Staaten, sowie zwischen dem Handels- und Investitionssystem. Auf die Frage, für welche Investitionsphase die Inländerbehandlung zu gewähren ist, solle zugunsten der besseren Vorhersehbarkeit die Vorinvestitionsphase erfasst werden. In Bezug auf die Form der Verpflichtung sei das GATS-Modell flexibler und für die Entwicklungsländer, die sich um die Balance mit ihrer Entwicklungspolitik sorgen, akzeptabler zu sein.⁷⁹²

Kanada glaubte, dass folgende Überlegungen bei der Anwendung der Nichtdiskriminierung in einem MIA berücksichtigt werden sollen: i) die Grundsätze und Zielsetzungen der WTO

⁷⁹¹ Communication from Korea, WT/WGTI/W/123, vom 28.06.2002.

⁷⁹² Communication from Japan, WT/WGTI/W/124, WT/WGTI/W/125, vom 28.06.2002. Gemäß der Zusammenfassung Japans sind die Vorteile der MFN: i) gleiche Wettbewerbsbedingungen unter den ausländischen Investoren und Investitionen; ii) Beitrag zur liberalen Investitionsklima und zum stabilen Freihandelssystem; iii) Reduzierung der Kosten der Kontrolle und Verhandlungen. Die Inländerbehandlung leiste auch einen Beitrag zu den letzten zwei Punkten und fördere die Gesamtwohlfahrt jedes Mitgliedes.

sollen gefördert werden; ii) die Geschäftsrealität soll reflektiert werden; iii) ein Beitrag soll geleistet werden zur Entwicklung der multilateralen „rule-based“ Rahmenbedingungen für die Beziehungen zwischen den Staaten einer- und Investoren und Investitionen andererseits; iv) Flexibilität soll in jedem künftigen Abkommen gewährt werden, u. a. angesichts der Entwicklungsbedürfnisse der Mitglieder. Kanada erklärte seine flexible Position zur Struktur der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen, bevorzugte dennoch die allgemein geltende Meistbegünstigung und Inländerbehandlung. Die beiden seien komplementär und eng zusammenhängend. Eine MFN unter dem „positive approach“ sei von weniger praktischer Bedeutung, der *a priori* Unterschied zwischen Inländerbehandlungen für die Vor- und Nachinvestitionsphase unterminiere die Bedeutung der Inländerbehandlungs- und Marktzugangszugeständnisse. Es wäre eine verlorene Gelegenheit, wenn die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung *ab initio* verschieden behandelt werden. Unter dem „negative approach“, der mehr Transparenz schafft, kann die Flexibilität auch berücksichtigt werden, beispielsweise können Ausnahmen von der Nichtdiskriminierung für künftige Maßnahmen aufgelistet werden. Der „negative approach“ benötige Zugeständnisse zur technischen Hilfe von Industrieländern beim Aufstellen der länder-spezifischen Liste von Entwicklungsländern. Es sei „less than optimal“, den Mitgliedern die Beibehaltung der diskriminierenden Maßnahmen zu gestatten, ohne dass solche Diskriminierung klar dargelegt wird.⁷⁹³

Die obige Aufführung der Positionen der MIA befürwortenden Staaten zeigt, dass gemäß ihrer Ansicht der Nichtdiskriminierung eine zentrale Rolle in dem künftigen MIA zukommen soll. Als Kanada den „negative approach“ wie im NAFTA bevorzugte und dennoch die implizite Akzeptierung der flexibleren Verpflichtungen bekräftigte, waren die meisten Befürworter im Allgemeinen für die Übernahme des GATS-Modell, obwohl unterschiedliche Variationen vorgeschlagen wurden.

⁷⁹³ Communication from Canada, WT/WGTI/W/130, vom 02.07.2002.

VI. Teil

Schlussfolgerung

Durch die Untersuchung des zusätzlichen Wertes eines möglichen MIA im Rahmen der WTO ist klargestellt worden, dass ein solches Abkommen Vorteile in vielerlei Hinsicht bringen kann.

Die Kosten eines MIA bestehen hauptsächlich darin, dass ein Staat seine Flexibilität bei der Regulierung der Auslandsinvestitionen einbüßen würde. Mithin müsste auf der einen Seite den Bedenken der Entwicklungsländer Rechnung getragen werden, weil diese zum einen je nach Entwicklungsstand unterschiedliche Entwicklungsbedürfnisse haben und hierfür bis zu einem gewissen Grade Flexibilität benötigen und weil zum anderen die Realität nicht übersehen werden sollte, dass ihnen die den Heimatstaaten zgedachten Vorteile eines MIA überwiegend nur theoretisch zuteil werden können.

Auf der anderen Seite fehlt es der kategorischen Behauptung, dass ein MIA *ab initio* im Widerspruch zu den Interessen der Entwicklungsländer stehe, an Überzeugungskraft. Vielmehr sollte eine Bewertung auf einer Kosten-Nutzen-Analyse basieren. In einer solchen Analyse könnten nämlich viele unterschiedliche Aspekte in Betracht gezogen werden, von denen einer der wichtigsten die Anwendung des Prinzips der Nichtdiskriminierung in dem künftigen MIA ist.

Dass die Anwendung des Nichtdiskriminierungsprinzips im MIA eine angemessene Balance zwischen Disziplin und Flexibilität zum Ausdruck bringen soll, wurde von allen WTO-Mitgliedern bekräftigt. Disziplin schafft mehr Rechtssicherheit und stellt damit den grundsätzlichen Nutzen eines völkerrechtlichen Investitionsabkommens dar. Flexibilität, deren Einbußen die hauptsächlichsten Kosten eines MIA verursachen, ist nicht nur ein Anliegen der Entwicklungsländer, weil sie ihre individuellen Entwicklungsbedürfnisse verfolgen möchten, sondern ist auch für die Industrieländer infolge ihres Interesses, Investitionen zugunsten der Verfolgung anderer politischer – beispielsweise umwelt- und kulturpolitischer – Ziele zu regulieren, von Bedeutung. Letzteres wurde in der Debatte um das MIA in der WTO nicht erwähnt, ließ sich jedoch in der Verhandlungsgeschichte des MAI in der OECD erkennen. Somit kann eine angemessene Balance zwischen Disziplin und Flexibilität nicht nur dabei helfen, ein positives Ergebnis aus der Kosten-Nutzen-Analyse zu ziehen, sondern sie kann auch als ein gemeinsamer Nenner aller WTO-Mitglieder betrachtet werden.

Das Gebot der Nichtdiskriminierung zielt auf die Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen ab und verbietet eine Diskriminierung auf der Grundlage der Nationalität. Die Gebote der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung stellen dabei

zwei komplementäre Normen der Nichtdiskriminierung dar. Die Meistbegünstigungsklausel verbietet die Diskriminierung zwischen ausländischen Objekten verschiedener Ursprünge, während unter der Inländerbehandlung die Nichtdiskriminierung zwischen ausländischen und inländischen Objekten zu verstehen ist. Diese zwei Normen sind seit langem in den internationalen Abkommen über Handel, Investitionen usw. enthalten.

Die Anwendung dieser Normen in IIAs kann offenkundig Licht darauf werfen, wie ihre Anwendung in einem künftigen MIA eine angemessene Balance mit sich bringen könnte. Ebenfalls relevant ist ihre Anwendung in den WTO-Abkommen, wobei die Gründe hierfür am Anfang dieser Arbeit erklärt worden sind. Durch die durchgeführte Untersuchung lässt sich dazu noch feststellen, dass diese Normen in den zahlreichen Abkommen immer die gleiche grundlegende Struktur haben und dass infolgedessen Standards bezüglich der Gebote der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung erarbeitet werden können.

Unabhängig vom jeweiligen Gegenstand des betreffenden Vertrages lassen sich bestimmte Elemente dieser Standards in den diesbezüglichen Klauseln finden. Dazu zählen vor allem die Formulierungen „likeness“ und „treatment no less favourable“. Sowohl diese Begriffe als auch die Nichtdiskriminierungsnormen in den IIAs an sich sind in der Streitbeilegungspraxis bisher noch wenig interpretiert worden. Hingegen spielt ihre Interpretation in der GATT/WTO-Streitschlichtung eine bedeutsame Rolle, worauf sich auch die wenigen existierenden Auslegungen dieser Normen in IIAs oft beziehen. Daher trägt auch die Interpretation der Nichtdiskriminierungsnormen im WTO-Recht zur Klärung der Frage einer angemessenen Balance bei, selbst wenn ein MIA nicht in der WTO ausgehandelt werden sollte.

Hinsichtlich der Regulierung der Investitionen spielt der Unterschied zwischen der Vor- und der Nachinvestitionsphase eine sehr wichtige Rolle. In den meisten IIAs gelten die Gebote der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung nur für die Nachinvestitionsphase. Der Grund hierfür liegt – neben den allgemeinen Vorteilen der Nichtdiskriminierung – im speziellen Zusammenhang mit Investitionen zum einen darin, dass in der Nachinvestitionsphase die gesunkenen Kosten bereits entstanden sind und die Investitionen daher nicht einfach zurückgezogen werden können. Zum anderen sollte der Gaststaat die Vor- und Nachteile der getätigten Investitionen bereits bei ihrer Zulassung abgewogen und somit seine Flexibilität hinsichtlich des Schutzes inländischer Investoren bereits genutzt haben. Somit sollte es strikt beschränkt werden, getätigte Investitionen diskriminierend zu behandeln. Dass in einem möglichen MIA die Meistbegünstigung und Inländerbehandlung für die

Nachinvestitionsphase gewährt werden sollten, scheint aber auch von den MIA-Gegnern nicht bestritten zu werden.

Es muss zugleich darauf hingewiesen werden, dass die Vertragsparteien weiterhin ihre (entwicklungs-)politischen Ziele verfolgen können, selbst wenn sie solche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen eingegangen sind. Erstens kann und wird das MIA Ausnahmeklauseln enthalten, so wie es auch bei den IIAs und WTO-Abkommen der Fall ist. Zweitens verbieten die Nichtdiskriminierungsklauseln keine Maßnahmen zur Verfolgung anderer legitimer politischer Zielsetzungen, solange sie nicht diskriminierend sind.

In diesem Zusammenhang ist die Interpretation der jeweiligen Klauseln von entscheidender Bedeutung für die Reichweite der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen. Durch die Untersuchung der bisherigen Auslegungen derartiger Normen können die Bereiche, in denen es Probleme gibt, festgestellt und zugleich Lösungsansätze hierfür erarbeitet werden. Anhand dieser Feststellungen können die Vertragsparteien eines künftigen MIA dann die Nichtdiskriminierungsklauseln sorgfältig formulieren und entsprechende Richtlinien für ihre Interpretation vorgeben.

Die vorhandenen Schiedssprüche haben gezeigt, dass es eine umstrittene Frage ist, ob die Verfahrensregeln über die Investitionsstreitbeilegung zwischen Staaten und Investoren in den Anwendungsbereich der Meistbegünstigung im jeweiligen Vertrag fallen. Aufgrund der Unklarheit der Meistbegünstigungsklauseln sind unterschiedliche, zum Teil sogar widersprüchliche Entscheidungen in diesem Zusammenhang getroffen worden. Infolgedessen hat sich ein internationales Investitionsabkommen (das CAFTA) bereits ausdrücklich auf das Problem Bezug genommen und die Verfahrensregeln vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigungsklauseln ausgeschlossen. Dies kann als Vorbild für die Lösung der Frage in dem künftigen MIA dienen.⁷⁹⁴

Dass die Nichtdiskriminierungsklauseln sowohl die *de jure* als auch die *de facto* Diskriminierung verbieten, ist von den Vertragstexten und der Rechtsprechung in der WTO eindeutig bestätigt worden. Anderenfalls könnten die Nichtdiskriminierungsverpflichtungen leicht umgangen werden. Dies sollte auch für das künftige MIA gelten.

Die Formulierung der Nichtdiskriminierungsklauseln in den betreffenden WTO-Verträgen ist zwar unterschiedlich, doch enthalten alle Normen zwei wesentliche Elemente: „likeness“ und „treatment no less favourable“. Obwohl die Meistbegünstigungsklauseln im GATT und

⁷⁹⁴ Ob das künftige MIA selbst einen Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus einschließen sollte, ist eine andere Frage, die hier nicht näher diskutiert wird und deren Antwort eine sorgfältige Erwägung vieler Faktoren voraussetzt, beispielsweise der Rolle privater Rechtssubjekte in der WTO-Streitschlichtung sowie der Beziehung zwischen WTO und ICSID.

TRIPS positiv formuliert sind, werden sie wie die negativ formulierten Klauseln interpretiert, so dass ein „treatment no less favourable“ festzustellen ist; die Gleichartigkeit wird in den Nichtdiskriminierungsklauseln im TRIPS nicht erwähnt, dennoch setzt ihre Anwendung die Gleichartigkeit der Personen in dem Sinne voraus, dass sie geistige Eigentumsrechte derselben Kategorie beanspruchen.

Die Feststellung einer *de jure* Diskriminierung ist vergleichsweise einfach. Man kann davon ausgehen, dass die genannten Produkte, Dienstleistungen oder Personen hinsichtlich aller anderen Aspekte außer ihrer Herkunft gleichartig sind. Nicht jede unterschiedliche Behandlung gleichartiger Produkte o. ä. stellt eine Diskriminierung dar, sondern es muss festgestellt werden, ob die Wettbewerbsbedingungen zugunsten inländischer bzw. drittländischer gleichartiger Produkte o. ä. geändert werden. Bezüglich der steuerrechtlichen Maßnahmen stellt diese Aufgabe aber kein Problem dar, wobei das *de minimis* Argument in diesem Bereich immer abgelehnt worden ist. Ob andere Maßnahmen ausländische Objekte stärker belasten, muss im Zusammenhang mit dem jeweiligen konkreten Sachverhalt überprüft werden. Diesbezüglich hat sich ein „extra hurdle“-Argument entwickelt.

Viel schwieriger und umstrittener ist die Feststellung der *de facto* Diskriminierung. So wie die Rechtsprechung in der GATT/WTO-Streitbeilegung gezeigt hat, ist die Interpretation der Termini „likeness“ und „treatment no less favourable“ von großer Bedeutung sowohl für die Frage, ob eine „origin-neutral“ Maßnahme mit dem Nichtdiskriminierungsgebot vereinbar ist, als auch für die Frage nach der Reichweite der Nichtdiskriminierung, d. h., inwieweit der Staat seine Flexibilität bei der Verfolgung anderer politischer Zielsetzungen noch ausüben kann. Der „aims and effects test“ war ein Versuch, der staatlichen Regulierung einen größeren Ermessensspielraum zu ermöglichen. Der Test wurde jedoch vom Appellate Body abgelehnt, weil ihm u. a. eine klare vertragstextliche Basis dafür fehlte. Dass das von diesem Test verfolgte Ziel aber durchaus auch dem Appellate Body ein Anliegen ist, wird durch die neueste Entwicklung seiner Rechtsprechung bestätigt. Bei der Anwendung seines Akkordeonkonzepts bezüglich der Gleichartigkeitsfrage hat der Appellate Body alle erdenklichen Faktoren für die Bestimmung der gleichartigen Produkte in Art. III:4 GATT zugelassen. Obwohl diese bereits flexible Auffassung hinsichtlich der Gleichartigkeitsfrage dem Vertragstext entspricht, wurde sie noch als zu ökonomisch-orientiert kritisiert.

Bezüglich des „treatment no less favourable“ gilt der gleiche Grundsatz wie für die *de jure* Diskriminierung, dass nämlich nicht jegliche Differenzierung eine Diskriminierung darstellt. Für die Feststellung einer weniger günstigen Behandlung durch „origin-neutral“ Maßnahmen

scheint sich ein Vergleich auf einer Gruppe-zu-Gruppe-Basis durchgesetzt zu haben, welcher genau diesen Grundsatz widerspiegelt.

In den IIAs sind die Gebote der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung immer negativ formuliert und oft in ein und derselben Klausel enthalten. Es gibt noch relativ wenige Schiedssprüche, die diese Klauseln, insbesondere „likeness“ und „treatment no less favourable“, in IIAs interpretieren. Unter den vorhandenen Schiedsentscheidungen sind diejenigen für NAFTA Chapter 11 von wichtiger Bedeutung. Obwohl es noch zu früh wäre, aus diesen NAFTA-Schiedssprüchen im einstelligen Bereich bestimmte Leitlinien herauszukristallisieren, lässt sich jedoch feststellen, dass dem besonderen Terminus „in like circumstances“ in den Nichtdiskriminierungsklauseln in IIAs eine wichtige Rolle dabei zukommt, den Gaststaat mehr Regulierungsflexibilität beibehalten zu lassen.

Die NAFTA-Schiedsgerichte haben den Begriff „in like circumstances“ dergestalt interpretiert, dass die Zielrichtungen der Maßnahmen zu berücksichtigen sind; in manchen Fällen wurden diese Zielrichtungen sogar als ausschlaggebend für die Feststellung angesehen, dass sich die betreffenden Investoren nicht „in like circumstances“ befunden hätten und somit die angefochtene Maßnahme, die eine legitime Zielsetzung verfolgt, nicht als ein Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsgebot angesehen wurde.

In der WTO-Arbeitsgruppe wurde die Bedeutung des Terminus „in like circumstances“ für die Anwendung der Nichtdiskriminierung im MIA auch von einigen WTO-Mitgliedern angemerkt.

Angesichts dessen, dass der positiv formulierte Art. I GATT wie eine negativ formulierte Klausel interpretiert wird, scheint eine negative Formulierung der Meistbegünstigungs- und Inländerbehandlungsklausel, wie es in den IIAs meistens der Fall ist, in dem künftigen MIA besser zu sein. Diese Klauseln sollten drei wesentliche Elemente enthalten: „likeness“, „in like circumstances“ und „treatment no less favourable“.

Die Interpretation des Begriffs „likeness“ sollte der Zielsetzung der Nichtdiskriminierung entsprechen, d. h. die betreffenden Investitionen und Investoren wären als gleichartig anzusehen, wenn zwischen ihnen Wettbewerbsbeziehungen bestünden. Der Begriff „in like circumstances“ sollte so interpretiert werden, dass alle relevanten Faktoren, einschließlich der Zweckrichtungen einer Maßnahme, berücksichtigt werden. Somit könnten „likeness“ und „in like circumstances“ als eine Gleichartigkeitsfrage in einem weiteren Sinne betrachtet werden. Die Interpretation des Begriffs „likeness“ ist dabei ökonomisch orientiert. Die Balance zwischen dieser ökonomischen Ausrichtung und der Berücksichtigung anderer politischer Zielsetzungen wird durch die Formulierung „in like circumstances“ erreicht.

Im Fall der *de jure* Diskriminierung würde angenommen, dass die Investitionen und Investoren gleichartig sind und die Erfordernisse der Begriffe „likeness“ und „in like circumstances“ erfüllen; dies entspricht der ständigen Interpretation der Gleichartigkeit im WTO-Recht bezüglich der *de jure* Diskriminierung. In Zusammenhang mit „origin-neutral“ Maßnahmen, deren Vereinbarkeit mit dem Nichtdiskriminierungsgebot von besonderer Bedeutung für die Flexibilität der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung anderer politischer Ziele ist, müssten alle erdenklichen Faktoren bei der Überprüfung des Begriffs „in like circumstances“ in Betracht gezogen werden und die Analyse von Fall zu Fall erfolgen.

Damit die Zielrichtungen der Maßnahmen dabei berücksichtigt werden, könnten die Vertragsparteien des MIA eine Fußnote zu den Nichtdiskriminierungsklauseln vereinbaren, in der explizit erklärt wird, dass die Formulierung „in like circumstances“ nicht die Verfolgung legitimer politischer Ziele durch „origin-neutral“ oder nicht diskriminierende Maßnahmen verhindern solle. Beispiele solcher Ziele könnten ausdrücklich vorgegeben werden, zu deren wichtigsten die Entwicklungs-, Umwelt- und Kulturpolitik zählen sollten.

Dies sollte sowohl den Interessen der Entwicklungsländer entgegenkommen als auch die Kritikpunkte der Zivilgesellschaft während der Verhandlung des MAI in der OECD, was einen wichtigen Grund für dessen Misserfolg darstellte, Berücksichtigung finden lassen. Zudem könnten sich die Panels und der Appellate Body auf eine klare vertragstextliche Basis stützen, um die Zielrichtungen der Maßnahmen berücksichtigen zu können; eine Differenzierung zwischen einer „objektiven“ und „subjektiven“ Zielsetzung wäre nicht mehr nötig.

Andererseits sollte der Zweck einer Maßnahme nur einer der möglichen Aspekte für die Feststellung des Vorliegens von „in like circumstances“ sein. Das bedeutet, dass eine Maßnahme, die nur angeblich auf die Verfolgung anderer politischer Ziele ausgerichtet wäre, nicht automatisch von dem Gebot der Nichtdiskriminierung ausgenommen würde. Am Ende der Überprüfung sollte dann die Frage stehen, ob ein „less favourable treatment“ vorliegt. Dabei sollten die Auslegungen im geltenden WTO-Recht übernommen werden, u. a. der Gruppe-zu-Gruppe-Vergleich im Fall der „origin-neutral“ Maßnahmen.

Manche Entwicklungsländer behaupten, dass sie eine zuvor gewährte Inländerbehandlung gelegentlich zurücknehmen müssten, wenn sie erst nach deren Gewährung entdeckten, dass diese ihrer Entwicklungspolitik nicht entspreche. Die Zurücknahme der Inländerbehandlung in der Nachinvestitionsphase wäre jedoch von wenig praktischer Bedeutung für die Durchführung der Entwicklungspolitik. Zum einen würde eine nicht diskriminierende Entwicklungsmaßnahme nicht gegen das Gebot der Inländerbehandlung verstoßen, wenn die

Klausel wie oben interpretiert würde. Zum anderen unterliegen die Staaten auch anderen Verpflichtungen zum Schutz der getätigten Investitionen, z. B. denen bezüglich der Enteignung und Entschädigung. Daher sollte der Wunsch nach der Zurücknahme einer Inländerbehandlung mit der Marktzugangsfrage zusammenhängend geklärt werden.

Ähnliches gilt für die Frage, welcher Adressatenkreis als von der Nichtdiskriminierung begünstigter vorgesehen werden sollte. Wenn ein klarer Unterschied zwischen den Verpflichtungen für die Vor- und Nachinvestitionsphase und somit zwischen den potentiellen Investoren und solchen, die bereits Investitionen getätigt haben, gemacht würde, sollte es kein Problem sein, dass – wie in vielen IIAs – sowohl Investitionen als auch Investoren als Begünstigte aufgeführt werden.

Die Inländerbehandlung im GATS wird in Form von sektor-spezifischen Zugeständnissen vereinbart, weil eine allgemeine Inländerbehandlung im Dienstleistungshandel die volle Liberalisierung bedeuten würde. Hingegen ist die Inländerbehandlung im GATT allgemein gültig, da Zölle, die u. a. zum Schutze der inländischen Produktion eingesetzt werden können, weiterhin vom GATT gestattet werden.

Wenn sich die Nichtdiskriminierung in der Vorinvestitionsphase ausdrücklich von der in der Nachinvestitionsphase unterscheidet, wird ein allgemeines Nichtdiskriminierungsgebot in der Nachinvestitionsphase an sich nicht zur Liberalisierung führen.

Somit ist klar, dass das Niveau der Liberalisierung sich danach richtet, wie die Frage der Nichtdiskriminierung, vor allem der Inländerbehandlung, in der Vorinvestitionsphase angegangen wird. Die Untersuchung der Positionen der WTO-Mitglieder hat gezeigt, dass die MIA-Gegner keine verbindlichen Verpflichtungen für die Vorinvestitionsphase eingehen möchten, während die Befürworter die Marktzugangsfrage als ein wichtiges Thema in einem Investitionsabkommen betrachten und verbindliche Verpflichtungen nach dem GATS-Modell im Allgemeinen bevorzugen. Zwischen diesen beiden gegensätzlichen Polen sind aber durchaus noch mehrere Varianten denkbar:

-Variante 1: Man könnte dem Modell des Energie-Charta-Vertrages folgen. Es würden vorerst keine verbindlichen Verpflichtungen, sondern nur eine „Best efforts“-Klausel für die Vorinvestitionsphase vereinbart. Eventuell würde eine Frist vorgeschrieben, nach deren Ablauf verbindliche Verpflichtungen für die Vorinvestitionsphase zu verhandeln wären. Zudem könnten Verpflichtungen hinsichtlich verfahrensrechtlicher Aspekte der Zulassung vorgesehen werden, dass z. B. das Zulassungsverfahren transparent und objektiv sein soll. Dadurch könnte die Multilateralisierung der BITs – ein Aspekt des zusätzlichen Wertes des

MIA – realisiert werden. Erste Schritte zur Behandlung der Marktzugangsfrage in einem multilateralen Rahmen würden auch erfolgen.

-Variante 2: Das GATS-Modell würde in das MIA eingeführt. Eine allgemeine Meistbegünstigungsklausel mit einer negativen Liste von Ausnahmen und Beschränkungen würde vorgeschrieben. Angesichts der komplizierten Beziehungen zwischen den sektor-spezifischen Zugeständnissen hinsichtlich des Marktzugangs und der Inländerbehandlung würde vorgeschlagen, einen Unterschied zwischen mengenmäßigen und anderen Maßnahmen zu machen. Für die mengenmäßigen Beschränkungen würden spezielle sektor-spezifische Zugeständnisse vorgesehen, hingegen würden andere Maßnahmen von den sektor-spezifischen Zugeständnissen bezüglich der Inländerbehandlung erfasst. In Verbindung mit der oben dargelegten Formulierung und Interpretation der Inländerbehandlungsklausel würde die Flexibilität bei der Verfolgung anderer (entwicklungs-)politischer Ziele auch in den Sektoren weiterhin berücksichtigt werden können, in denen die Inländerbehandlung für die Vorinvestitionsphase gewährt wird. Diese Variante entspräche im Großen und Ganzen dem Vorschlag der MIA-Befürworter.

-Variante 3: Außer dem GATS-Modell, bei dem jeder Staat je nach eigenem Entwicklungsstand sektor-spezifische Zugeständnisse machen darf, könnte eine festgesetzte Übergangsfrist für Entwicklungsländer vorgesehen werden, während derer sie überhaupt keine sektor-spezifischen Zugeständnisse gewähren müssten und ausreichend Zeit zur Verfügung hätten, die Vor- und Nachteile solcher Zugeständnisse abzuwägen. Verbindliche Verpflichtungen der Industrieländer zur technischen und finanziellen Hilfe könnten für den Fall vorgeschrieben werden, dass ein Entwicklungsland für die Gewährung von spezifischen Zugeständnissen in einem bestimmten Sektor den Aufbau entsprechender Regulierungskapazitäten vornehmen muss.

Diese vorgeschlagenen Alternativen befassen sich in verschiedenem Ausmaße mit der Überlegung, eine angemessene Balance zwischen Disziplin und Flexibilität zu ermöglichen. Wie oben bereits erwähnt, ist die Anwendung der Nichtdiskriminierungsklausel sicherlich ein wichtiger, aber keinesfalls der einzige Aspekt bei der Bewertung eines MIA aufgrund einer Kosten-Nutzen-Analyse. Ob und wie die WTO-Mitglieder zu einem Kompromiss kommen können, hängt auch von anderen Fragen ab, als da wären: die Definition der Investitionen, die Verpflichtungen vonseiten der Heimatstaaten und der Investoren sowie die Möglichkeit eines „grand bargain“. Die Durchsetzbarkeit der verschiedenen vorgeschlagenen Varianten für die Vorinvestitionsphase hängt davon ab, wie diese Fragen beantwortet werden. Im Gegensatz

dazu konnte hier ein relativ klares Konzept für die Anwendung der Nichtdiskriminierungsklausel für die Nachinvestitionsphase entwickelt werden.