

**Jona-Marie Winkler**

Denial of Justice  
im internationalen  
Investitionsschutzrecht:  
Grundlagen und aktuelle  
Entwicklungen

**Heft 137**

**September 2015**

**Denial of Justice  
im internationalen Investitionsschutzrecht:  
Grundlagen und aktuelle Entwicklungen**

Von

Jona-Marie Winkler

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Jona-Marie Winkler ist Studentin des Juristischen Bereichs der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Studentin des postgraduellen Studiengangs Master of Business Law and Economic Law am Institut für Wirtschaftsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.*

Christian Tietje/Gerhard Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 137

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368 (print)

ISSN 1868-1778 (elektr.)

ISBN 978-3-86829-778-2 (print)

ISBN 978-3-86829-779-9 (elektr.)

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

<http://institut.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/de/node/23>

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/node/23>

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
D-06099 Halle (Saale)  
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180  
Fax: 0345-55-27201  
E-Mail: [ecohal@jura.uni-halle.de](mailto:ecohal@jura.uni-halle.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung .....	5
B. Grundlagen .....	6
I. Ursprung .....	7
II. Rechtliche Grundlagen .....	8
1. FET Standard .....	8
2. Völkergewohnheitsrecht .....	9
III. Menschenrechte .....	10
IV. Umfang .....	11
1. Unterscheidung .....	11
2. Verletzungshandlungen .....	12
V. Schwelle des Schutzstandards .....	13
VI. <i>Local remedies rule</i> .....	15
C. Aktuelle Entwicklungen .....	16
I. Gründe für die Bejahung eines <i>Denial of Justice</i> .....	17
II. Gründe für die Verneinung eines <i>Denial of Justice</i> .....	18
1. <i>Local remedies rule</i> nicht eingehalten .....	19
2. Schwelle des <i>Denial of Justice</i> nicht überschritten .....	19
3. Keine ausreichende Begründung und Beweislast .....	20
4. Zwischenergebnis .....	20
III. Klageverhalten der Investoren .....	21
1. Enteignungsklagen .....	21
2. <i>Effective means</i> -Klausel .....	23
3. Versteckte <i>Denial of Justice</i> -Klagen .....	25
4. Zwischenergebnis .....	26
IV. Aktuell anhängige Klagen .....	26
D. Fazit .....	27
Schrifttum .....	30



## A. Einleitung

Angenommen, ein Bergbauunternehmen investiert in einem anderen Land. Nach Unstimmigkeiten mit einem ebenfalls am Projekt beteiligten inländischen Unternehmen landet der Streit schließlich vor den Gerichten des Gastgeberstaates. Insoweit ist dieser Fall nicht ungewöhnlich. Was passiert jedoch, wenn das Gerichtsverfahren auch nach neun Jahren noch immer nicht entschieden ist? Ein ausländischer Investor ist solch einer überlangen Verfahrensdauer nicht schutzlos ausgeliefert, denn es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, vor einem internationalen Investitionsschutzgericht zu klagen.

Internationaler Investitionsschutz wird durch bi- oder multilaterale Investitionsschutzabkommen (BIT, MIT) oder Freihandelsabkommen (FTA) verwirklicht.<sup>1</sup> Weltweit sind heute in 3268 IIAs<sup>2</sup> die Grundlagen für den Schutz von Investoren begründet. Zum Investitionsschutz gehört auch die Gewährleistung des Zugangs zu Streitbeilegungsmechanismen,<sup>3</sup> wodurch privaten Investoren die Möglichkeit gegeben wird, ihre Rechte gegenüber einem Gaststaat direkt einzuklagen.

Zurück zum Ausgangsfall: Der Investor kann aufgrund der Missstände im innerstaatlichen Gerichtsverfahren vor einem Investitionsschiedsgericht einen *Denial of Justice* – eine Rechtsverweigerung – anklagen. Denn es ist prinzipiell möglich, dass auch die nationale Judikative eines Staates durch Investitionsschiedsgerichte überprüft wird. Verletzen die nationalen Gerichtsentscheidungen internationales Recht, stellt dies die Grundlage für eine *Denial of Justice*-Klage vor einem Investitionsschiedsgericht dar.

So ähnlich wie im beschriebenen Fall geschah es auch in der Sache *White v. India*.<sup>4</sup> Hier allerdings befand das Investitionsschiedsgericht, dass durch die neunjährige Verfahrensdauer noch kein *Denial of Justice* gegeben war. Es begründete dies mit der hohen Belastungsrate der indischen Judikative.<sup>5</sup>

Diese Entscheidung erstaunt, wirkt ein neunjähriges Verfahren auf den ersten Blick doch zunächst einmal wie eine Rechtsverweigerung. Schaut man sich jedoch das Prinzip eines *Denial of Justice* genauer an, erkennt man, dass es sich um einen sehr hohen Standard handelt. Die Begründung hierfür ist, dass die Justiz grundsätzlich als *der* Garant der Rechtsstaatlichkeit angesehen wird.<sup>6</sup> Diese Annahme basiert auf dem

<sup>1</sup> Nachfolgend werden BIT, MIT und FTA zusammengefasst und als IIA (Internationale Investment Agreements) bezeichnet.

<sup>2</sup> Recent Trends in IIA and ISDS, IIA Issue Notes, UNCTAD, Februar 2015, erhältlich im Internet: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)> (besucht am 22.07.2015).

<sup>3</sup> Die am häufigsten verwendeten Institutionen sind: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) oder Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

<sup>4</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30. November 2011.

<sup>5</sup> *Ibid.*, Rn. 10.4.18.

<sup>6</sup> *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 166.

Vertrauen in ihre Fehlerlosigkeit und Unabhängigkeit.<sup>7</sup> Geschützt wird dieses Vertrauen durch eben diese hohe Schwelle eines *Denial of Justice*.

In den letzten Jahren traten Investoren häufiger denn je vor Schiedsgerichte,<sup>8</sup> was dazu führte, dass die Gastgeberstaaten einer zunehmenden Überprüfung durch die internationalen Schiedsgerichte ausgesetzt sind. Daher sieht sich die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vermehrt mit Kritik konfrontiert.<sup>9</sup> Denn die Schiedsgerichte haben das umfassende Recht, über Investitionen in den Hoheitsgebieten der Gaststaaten zu urteilen und hohe Schadensersatzsummen festzulegen. Die Schiedssprüche werden immer stärker als Beeinträchtigung der Souveränität von Nationalstaaten angesehen.<sup>10</sup>

Bei einer *Denial of Justice*-Klage ist dieser zuletzt genannte Aspekt unbedingt genauer zu betrachten: Besteht hier nicht die mögliche Gefahr, dass die nachträgliche Überprüfung nationaler Judikativen eine zu große Einschränkung der Souveränität der Gastgeberstaaten bedeutet?

Um in der Folge die Anwendung eines *Denial of Justice* besser zu verstehen, werden zunächst seine Grundlagen im Investitionsschutzrecht untersucht, um festzustellen, nach welchen Voraussetzungen Tribunale über einen *Denial of Justice* urteilen (B). Anschließend werden die aktuellen Entwicklungen der *Denial of Justice*-Klagen in der Praxis betrachtet. Dabei werden die konkreten Entscheidungsgründe der Tribunale und das Klageverhalten der Investoren analysiert (C). Am Schluss erfolgt eine Gesamtbetrachtung des *Denial of Justice* mit besonderer Würdigung der Bedeutung aktueller Entwicklungen für die Souveränität der Gastgeberstaaten (D).

## B. Grundlagen

Grundsätzlich basieren die Entscheidungen der internationalen Investitionsschiedsgerichte auf den in IIAs enthaltenen Vereinbarungen. Diese bestehen allerdings

<sup>7</sup> *Ibid.*, 163.

<sup>8</sup> Die angegebenen Zahlen beziehen sich auf Klagen unter ICSID. Zwar lag die Zahl im Jahr 2014 mit 42 neuen Klagen wieder im Durchschnitt, in den Jahren 2012 und 2013 gab es aber ein Hoch von 59, bzw. 52 neuen Klagen, Quelle: Recent Trends in IIA and ISDS, IIA Issue Notes, UNCTAD, Februar 2015, erhältlich im Internet: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)> (besucht am 22.07.2015). Gründe für die steigende Zahl der Klagen sind unter anderem die ebenfalls steigende Zahl an IIAs, sowie eine generellen Zunahme an ausländischen Direktinvestitionen, vgl. *Abbott/Erixon/Ferracane*, ECIPE Occasional Paper 5 (2014), 7 ff., (besucht am 27. August 2015).

<sup>9</sup> Vgl. *Eberhardt/Redlin/Toubeau*, Trading Away Democracy, How CETA's investor protection rules threaten the public good in Canada and the EU, November 2014 (besucht am 27. August 2015); *Klodt/Klein u.a.*, Investitionsschutzabkommen: mehr Rechtssicherheit oder Verzicht auf Souveränität?, 2014; *Cingotti*, The TTIP of the Anti-Democracy Iceberg, Friends of the Earth of Europe, Oktober 2013, (besucht am 27. August 2015).

<sup>10</sup> Hierzulande besteht insbesondere gegen das geplante Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den USA (TTIP) Kritik an der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit und dessen Einfluss auf die Staatssouveränität, vgl. *Flessner*, TTIP und das Deutsche Grundgesetz, Demokratie e.V., August 2014, (besucht am 27. August 2015); *Broß*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Hans-Böckler Stiftung, Mitbestimmungsförderung Report, 2015, (besucht am 27. August 2015).

nicht aus genauen Regelungen, sondern begründen lediglich abstrakte Schutzstandards. Schiedsribunale haben deswegen die Aufgabe, diese Standards auszulegen und zu bestimmen, wie sich Staaten gegenüber Investoren zu verhalten haben. Aus diesem Grund ist in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Fallpraxis für die Entwicklung und die Bestimmung des Umfangs von Schutzstandards sehr bedeutend.<sup>11</sup> Zu beachten ist jedoch, dass keine Bindungswirkung an vorhergehende Schiedsurteile besteht.<sup>12</sup> Trotzdem beziehen sich Schiedsgerichte regelmäßig auf andere Schiedssprüche, um eine beständige Rechtsentwicklung zu fördern.<sup>13</sup>

Auch der *Denial of Justice* wurde in zahlreichen Schiedssprüchen behandelt. Über die Jahre haben sich somit die Grundlagen für seine Anwendung entwickelt und sind ein fester Bestandteil der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit geworden.

## I. Ursprung

Schon lange vor der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit tauchte das Prinzip eines *Denial of Justice* im internationalen Recht auf.<sup>14</sup> Die Verweigerung von Rechten – beispielsweise des Zugangs zu Gerichten – stellte schon in früheren Zeiten bei der Behandlung von Ausländern ein häufiges Problem dar.<sup>15</sup> Der Ursprung eines *Denial of Justice* findet sich somit im Fremdenrecht.<sup>16</sup>

Das Fremdenrecht ist Teil des Völkergewohnheitsrechts und verpflichtet einen Staat dazu, einem Fremden den Mindeststandard (*minimum standard*) an Recht in seinem Land zu gewähren.<sup>17</sup> Hierunter fällt auch der Zugang zur nationalen Justiz (*access to justice*), sowie eine gerechte Behandlung in Gerichtsverfahren (*due process*).<sup>18</sup> Der *Denial of Justice* ist hiernach eng mit dem internationalen Mindeststandard an Recht verbunden.<sup>19</sup>

Dieser Mindeststandard basiert auf dem Prinzip, dass jeder Staat für eine unrechtmäßige Handlung (*wrongful act*) seinerseits, und für das Handeln aller seiner Organe international verantwortlich ist.<sup>20</sup> Zu den Staatsorganen gehört auch die Judi-

<sup>11</sup> Bjorklund, in: Picker (Hrsg), International Economic Law, 265, (besucht am 27. August 2015).

<sup>12</sup> Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, 33.

<sup>13</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award vom 8. Mai 2008, Rn. 119; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability vom 30. November 2012, Rn. 4.15.

<sup>14</sup> Ausführlicher Wallace, in: Weiler (Hrsg), International Investment Law and Arbitration, 669 (672 ff.).

<sup>15</sup> Vgl. Francioni, EJIL 20 (2009), 729 (730).

<sup>16</sup> *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award vom 6. Mai 2013, Rn. 165; Francioni, EJIL 20 (2009), 729 (731); *McLachlan/Shore/Weiniger*, International Investment Arbitration, Rn. 7.77.

<sup>17</sup> *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 15; *Kläger*, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts, 11.

<sup>18</sup> *The Ambatielos Claim (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, XII Reports on International Arbitral Awards, Award vom 6. März 1956, 83 (111).

<sup>19</sup> Vgl. *Porterfield*, U. PA. J. INT'L L. 27 (2006), 79, (besucht am 27. August 2015).

<sup>20</sup> Art. 4 ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001); ausführlicher dazu *Crawford*, State Responsibility, 116 ff.

kative, weswegen ihre Handlungen dem Staat zurechenbar sind.<sup>21</sup> Liegt eine unrechtmäßige Handlung der Judikative vor, so spricht man von einem *Denial of Justice*. Hiervon ist die gesamte Verwaltung der Judikative umfasst, wie zum Beispiel auch äußerliche Einwirkungen anderer Staatsorgane auf die Judikative.<sup>22</sup>

Zunächst konnte ein *Denial of Justice* im internationalen Recht nur im Wege des diplomatischen Schutzes durch einen Staat angeklagt werden – nicht aber durch eine einzelne Person.<sup>23</sup> Mit Einführung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit war es dann nicht mehr nur auf staatlicher Ebene möglich, einen *Denial of Justice* anzuklagen. Nunmehr konnten auch private Investoren unrechtmäßige Handlungen einem Staat gegenüber vor einem Schiedsgericht geltend machen.<sup>24</sup> Heute ist ein *Denial of Justice* als Anklagepunkt in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit regelmäßig zu finden.

## II. Rechtliche Grundlagen

IAs gewähren ausländischen Investoren Schutz vor Handlungen des Gastgeberstaates, welche ihre Investition nachteilig beeinflussen. Hierfür sind in den IAs verschiedene Schutzstandards enthalten.<sup>25</sup> Der *Denial of Justice* kann unter dem Standard der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment, FET*), aber auch selbstständig aus dem Völkergewohnheitsrecht angeklagt werden.

### 1. FET Standard

Überwiegend wird für die Geltendmachung eines *Denial of Justice* der FET Standard verwendet.<sup>26</sup> Er gewährt dem Investor umfassenden Schutz vor ungerechten, unbeständigen oder arglistigen Handlungen des Gastgeberstaates.<sup>27</sup> Der Standard ist weit gefasst<sup>28</sup> und bietet Schutz auch dann, wenn engere Schutzstandards nicht greifen.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> *Robert Azinian v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award vom 1. November 1999, Rn. 98-99; *Mourre/Vagenheim*, in: Ballesteros/Arias (Hrsg), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 842 (850).

<sup>22</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12. März 2012, Rn. 15.

<sup>23</sup> Vgl. *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (820), (besucht am 27. August 2015); *Alford*, VJIL 53 (2012), 127 (132), (besucht am 27. August 2015).

<sup>24</sup> *Kläger*, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts, 19; *Porterfield*, U.P.A.J.INT'LL. 27 (2006), 79 (84), (besucht am 27. August 2015).

<sup>25</sup> Ausführlich dazu *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 13.

<sup>26</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. AB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, Rn. 127; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award vom 6. November 2008, Rn. 188; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award vom 1. Juni 2009, Rn. 451-56; *Tudor*, *The Fair and Equitable Treatment Standard*, 157; *McLachlan/Shore/Weiniger*, *International Investment Arbitration*, Rn. 7.80.

<sup>27</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award vom 29. Mai 2003, Rn. 154.

<sup>28</sup> Vgl. beispielsweise Artikel 10 des Energy Charter Treaties (ECT): „[A] commitment to accord at all times to Investments of Investors (...) fair and equitable treatment.“

<sup>29</sup> *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 132.

Vom FET Standard wird das allgemeine Recht eines Investors auf Zugang zur Justiz geschützt.<sup>30</sup> Hinzu kommt das Recht auf ein ordentliches Verfahren vor den Gerichten des Gastgeberstaates.<sup>31</sup> Ist ein solches verletzt, liegt eine Rechtsverweigerung, also ein *Denial of Justice* vor.<sup>32</sup>

Zu beachten ist, dass immer nur Fehlverhalten der Judikative relevant sind.<sup>33</sup> Verwaltungsverfahren oder Handlungen der Exekutive, welche ebenfalls durch mangelnden *due process* verletzt sein können, geben keine Grundlage für eine *Denial of Justice*-Klage im Investitionsschutzrecht.<sup>34</sup>

In einigen IIAs wird auf den *Denial of Justice* wörtlich Bezug genommen: So wird im US Muster BIT seit 2004 in einer Erläuterung des FET Standards ausdrücklich die Pflicht

„not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world...“<sup>35</sup>

begründet.

## 2. Völkergewohnheitsrecht

Darüber hinaus bietet das Völkergewohnheitsrecht eine weitere rechtliche Grundlage, um eine *Denial of Justice*-Klage zu erheben.<sup>36</sup>

Wie beschrieben hat ein Staat die Verpflichtung, ein Rechtssystem zu gewähren, welches Fremde gerecht behandelt. Maßstab ist hier der *minimum standard*, welcher heute einen Teil des Völkergewohnheitsrechts bildet.<sup>37</sup> In einigen IIAs wird auf diesen internationalen Mindeststandard an Recht verwiesen, wonach Investoren kein „*treatment less than required by international law*“ gewährt werden darf.<sup>38</sup> Umstritten bleibt, ob dieser Mindeststandard mit dem FET Standard gleichzusetzen ist, oder ob der

<sup>30</sup> Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard*, 158.

<sup>31</sup> Vandeveld, 43 NYU JILP (2010), 43 (89), (besucht am 27. August 2015).

<sup>32</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 268; Alford, VJIL 53 (2012), 127 (130), (besucht am 27. August 2015).

<sup>33</sup> Wallace, in: Weiler (Hrsg.), *International Investment Law and Arbitration*, 669 (672).

<sup>34</sup> Schernbeck, *Der „Fair and Equitable Treatment Standard“ in internationalen Investitionsschutzabkommen*, 55 f; a.A. in: *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award vom 26 January 2006, Rn. 197. Das Tribunal erlaubte hier grundsätzlich auch einen „*administrative denial of justice*“. So auch: *ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co v. Czech Republic*, PCA Case No. 2010-5, Award vom 19. September 2013, Rn. 4.742.

<sup>35</sup> 2012 U.S. Muster BIT, Artikel 5.2(a); Die gleiche Formulierung findet sich im Dominican Republic Central American Free Trade Agreement (CAFTA-DR) in Artikel 10.5(2)(a).

<sup>36</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12. März 2012, Rn. 22; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 435. *Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 631.

<sup>37</sup> Vgl. Porterfield, U. PA. J. INT'L L. 27 (2006), 79 (85), (besucht am 27. August 2015).

<sup>38</sup> Vgl. beispielsweise North American Free Trade Agreement (NAFTA) Artikel 1105.

FET Standard darüber hinausgeht.<sup>39</sup> Im Bezug auf einen *Denial of Justice* ist es aber akzeptiert, dass sowohl der völkergewohnheitsrechtliche Mindeststandard, als auch der FET Standard einen solchen umfassen.<sup>40</sup>

Völkergewohnheitsrechtliche Klagen über einen *Denial of Justice* basieren auf der allgemeinen Verantwortung eines Staates für deliktisches Handeln seiner Justiz.<sup>41</sup> Der Unterschied zu FET Klagen besteht darin, dass sie nicht vertraglich begründet sind und somit freistehend geltend gemacht werden können.<sup>42</sup> Außerdem kann nur derjenige eine auf Völkergewohnheitsrecht basierende *Denial of Justice*-Klage erheben, dem persönlich im relevanten Gerichtsverfahren Recht verweigert wurde.<sup>43</sup>

### III. Menschenrechte

Auch die Menschenrechte verdienen im Zusammenhang mit dem *Denial of Justice* eine besondere Betrachtung. Sie stellen zwar keine rechtliche Grundlage für Klagen eines *Denial of Justice* dar, dennoch werden sie häufig mit einem *Denial of Justice* in Verbindung gebracht.<sup>44</sup> Relevant ist hier Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, welcher das Recht auf ein faires Verfahren gewährt. In der Praxis nehmen Investoren in vielen Klagen auf Entscheidungen über das Recht auf ein faires Verfahren des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) Bezug.<sup>45</sup> Die Schiedsgerichte verstehen einen solchen Menschenrechtsbezug in ihren Entscheidungsbegründungen jedoch nur im Sinne einer Orientierungshilfe,<sup>46</sup> da sie nicht dazu befugt sind, über Menschenrechtsverletzungen zu urteilen. Nur wenige Schiedsgerichte setzen sich daher im Hinblick auf einen *Denial of Justice* mit Entscheidungen des

<sup>39</sup> Vgl. zu dieser Diskussion: *Dralle*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, 8 ff; Der Autor kommt zu dem Schluss, dass sich in der Schiedspraxis eine Konvergenz zwischen den beiden Standards entwickelt, sodass kaum mehr Unterschiede in den Schutzniveaus bestehen.

<sup>40</sup> *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 376 ff.; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12. März 2012, Rn. 22.

<sup>41</sup> *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 434; *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 167.

<sup>42</sup> *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 432.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Rn. 435.

<sup>44</sup> *Tietje*, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich, 17; *Paulsson*, Denial of Justice, 133 ff.; *Alford*, VJIL 53 (2012), 127 (129), (besucht am 27. August 2015); *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (862), (besucht am 27. August 2015).

<sup>45</sup> Beispielsweise *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 12. November 2010, Rn. 307; *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador* [I], PCA Case No. AA 277, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, Rn. 170; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 95.

<sup>46</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, Rn. 144; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award vom 6. Mai 2013, Rn. 172.

EGMR bezüglich überlanger Verfahrensdauern ausführlich auseinander.<sup>47</sup>

#### IV. Umfang

Welche Fehlverhalten von dem Begriff *Denial of Justice* umfasst werden, hat das Tribunal in *Azinian v. Mexico* in einem vielzitierten<sup>48</sup> Satz festgestellt:

*“A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way (...). There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law.”*<sup>49</sup>

Demnach sind alle Abschnitte – von der Klageerhebung bis zum Urteil – , die ein Investor auf dem innerstaatlichen Rechtsweg durchläuft, vom *Denial of Justice* umfasst.

##### 1. Unterscheidung

Bei genauerer Betrachtung des *Azinian*-Spruchs fällt auf, dass die ersten drei genannten Verletzungshandlungen eine prozessuale Rechtsverweigerung betreffen, während sich die vierte auf eine materielle Rechtsverweigerung bezieht. Oft wird der *Denial of Justice* deswegen in zwei Rubriken unterteilt: In einen prozessualen (*procedural*) und einen materiellen (*substantive*) *Denial of Justice*.<sup>50</sup>

Eine andere Ansicht vertritt jedoch die Meinung, dass jeder *Denial of Justice* prozessualer Art sei.<sup>51</sup> Nach dieser Ansicht indiziere ein *Denial of Justice* immer prozessuales Fehlverhalten.<sup>52</sup> Prüft ein Schiedsgericht einen *Denial of Justice*, wird in diesem Zusammenhang nicht die Verletzung nationalen Rechts untersucht, sondern festge-

<sup>47</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, Rn. 144; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award vom 6. Mai 2013, Rn. 168 ff.; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award vom 15. Dezember 2014, Rn. 575; *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (861), (besucht am 27. August 2015).

<sup>48</sup> Vgl. beispielsweise: *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, Rn. 126; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award vom 8. Mai 2008, Rn. 659; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award vom 29. Juli 2008, Rn. 652; *Mourre/Vagenheim*, in: Ballesteros/Arias (Hrsg), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 842 (848); *Vandeveld*, 43 NYU JILP (2010), 43 (90), (besucht am 27. August 2015).

<sup>49</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award vom 1. November 1999, Rn. 102 f.

<sup>50</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award vom 6. November 2008, Rn. 195; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 275; *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (843), (besucht am 27. August 2015); *Schernbeck*, Der „Fair and Equitable Treatment Standard“ in internationalen Investitionsschutzabkommen, 56.

<sup>51</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award vom 29. Juli 2008, Rn. 653; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 98; *McLachlan/Shore/Weiniger*, *International Investment Arbitration*, Rn. 7.85.

<sup>52</sup> *Paulsson*, *Denial of Justice*, 98.

stellt, ob der Staat dem Investor nach internationalem Recht keine gerechte Behandlung hat zukommen lassen.<sup>53</sup> Treffen Richter beispielsweise eine ungerechte Entscheidung, wird nicht etwa beanstandet, dass der Richter inhaltlich falsch entschieden hat (materielles Fehlverhalten), sondern, dass der Staat es versäumt hat, im Verfahren einen kompetenten Richter zu stellen (prozessuales Fehlverhalten).

Zusätzlich zu diesen unterschiedlichen Ansichten ist zu beachten, dass internationale Investitionsschiedsgerichte keine Revisionsinstanz für nationale Gerichte darstellen,<sup>54</sup> da sie weder neue Fakten sammeln, noch nationale Gesetze neu auslegen. Würden sie dies tun, so würden sie das Recht des Staates inhaltlich kontrollieren. Nationale Gerichtsentscheidungen werden vielmehr nur dahingehend überprüft, ob die Rechtsanwendung offensichtlich ungerecht oder willkürlich war und internationales Recht verletzt wurde.<sup>55</sup>

Eine unterschiedliche Behandlung des *Denial of Justice* hat in der Praxis jedoch keine Auswirkungen. Es handelt sich lediglich um eine dogmatische Frage, die sich damit beschäftigt, an welcher Stelle die beanstandeten Fehlverhalten des Gastgeberstaates geprüft werden. Denn es ist grundsätzlich unerheblich für die Feststellung eines *Denial of Justice*, ob ein prozessuales oder materielles Fehlverhalten vorliegt. Vielmehr muss geprüft werden, ob ein Fehlverhalten – prozessualer oder materieller Art – überhaupt einen *Denial of Justice* darstellt.

## 2. Verletzungshandlungen

Das Tribunal im Fall *Azinian* hat einen Rahmen für die Beurteilung von Handlungen geschaffen, die einen *Denial of Justice* begründen können. Viele nachfolgende Tribunale haben Fehlverhalten von Staaten innerhalb dieses Rahmens spezifiziert: Zunächst besteht das Recht für einen ausländischen Investor, Zugang zu den nationalen Gerichten zu erhalten und eine Klage einzubringen.<sup>56</sup> Im weiteren Verlauf können unpünktliche Ladungen zu Verhandlungen, Beeinflussung der Gerichte von außen seitens der Regierung oder plötzlich geänderte Gerichtszusammensetzungen einen Anklagepunkt für einen *Denial of Justice* darstellen.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>54</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1. November 1999, Rn. 99; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 291; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 441; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 98.

<sup>55</sup> *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, former Yugoslav Republic of*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award vom 6. Juli 2012, Rn. 264; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award vom 6. November 2008, Rn. 206.

<sup>56</sup> *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award, 26. März 2008, Rn. 75; *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, Award vom 17. August 2012, Rn. 443 f; *Alford*, *VJIL* 53 (2012), 127 (130), (besucht am 27. August 2015).

<sup>57</sup> *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Case, No. V (064/2008), Rn. 221.

Außerdem besteht die Möglichkeit eine unangemessene Verzögerung (*undue delay*) geltend zu machen.<sup>58</sup> So wurde beispielsweise im Fall *Pey Casado v Chile* eine Verfahrensdauer von sieben Jahren in einem chilenischen Gerichtsverfahren als *undue delay* gewertet und ein *Denial of Justice* bejaht.<sup>59</sup> Im beschriebenen Ausgangsfall *White v India* stellte eine Verfahrensdauer von neun Jahren dagegen noch keine unangemessene Verzögerung dar.<sup>60</sup> Es wird deutlich, dass es keine feste Dauer gibt, ab wann eine Verzögerung unangemessen ist. Vielmehr kommt es auf verschiedene Faktoren des Einzelfalles an.<sup>61</sup>

Auch eine offensichtlich ungerechte Entscheidung eines Gerichtes kann zu einem *Denial of Justice* führen. Entstehen kann eine offenkundig ungerechte Entscheidung durch willkürliche Rechtsanwendung<sup>62</sup>, Diskriminierung<sup>63</sup> oder Korruption<sup>64</sup>.

Diese Beispiele zeigen, dass unterschiedlichste Fehlverhalten einen *Denial of Justice* begründen können. Eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich,<sup>65</sup> denn es handelt sich um einen flexiblen Standard.<sup>66</sup> Es ist immer einzelfallabhängig, welches Fehlverhalten im konkreten Fall einen *Denial of Justice* darstellt.

## V. Schwelle des Schutzstandards

Nicht jedes dieser Fehlverhalten reicht für sich genommen aus, einen *Denial of Justice* zu begründen. Einige Investitionsschiedsgerichte beschäftigten sich Anfang des Jahrtausends intensiver mit den Voraussetzungen eines *Denial of Justice* und versuchten, eine Schwelle für ihn zu entwickeln.

Grundlage bildete der sogenannte *ELSI-Fall* des Internationalen Gerichtshofes.<sup>67</sup> Viele Tribunale nehmen auch heute noch zur Bestimmung eines *Denial of Justice* auf ihn Bezug.<sup>68</sup> Der Internationale Gerichtshof bestimmte dabei willkürliches Verhalten

<sup>58</sup> *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 12. November 2010, Rn. 306; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 291, Rn. 288.

<sup>59</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award vom 8. Mai 2008, Rn. 658.

<sup>60</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30. November 2011, Rn. 10.4.18.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 10.4.10.

<sup>62</sup> *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, Resubmitted Case, Award vom 31. Mai 1990, 1 ICSID Report, 569 (604), Rn. 198-202.

<sup>63</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award vom 26. Juni 2003, Rn. 135.

<sup>64</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 422; *Alford*, VJIL 53 (2012), 127 (131), (besucht am 27. August 2015).

<sup>65</sup> *Paulsson*, Denial of Justice, 204 f.; *Schernbeck*, Der „Fair and Equitable Treatment Standard“ in internationalen Investitionsschutzabkommen, 60.

<sup>66</sup> *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 160; *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (812), (besucht am 27. August 2015).

<sup>67</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Republic of Italy)*, Urteil vom 20. Juli 1989, ICJ Reports 1989, 15.

<sup>68</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award vom 26. Juni 2003, Rn. 131; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award vom 18. August

einzelner Organe des Staates und stellte fest, willkürliches Verhalten sei „*a wilful disregard of due process of law, (...) which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety.*“<sup>69</sup> Um festzustellen, ob ein willkürliches Verhalten vorliegt, muss demnach bestimmt werden, ob das gerechte Anstandsgefühl erschüttert oder zumindest überrascht wurde.

In *Amco Asia v Indonesia* verwendete dann zum ersten Mal ein Investitionsschiedsgericht diese Definition von Willkür zur Bestimmung eines *Denial of Justice*.<sup>70</sup> Anschließend nahm das Tribunal in *Mondev v. USA* den ELSI-Gedanken als Grundlage, um einen Test für das Vorliegen eines *Denial of Justice* im Investitionsschutzrecht zu entwickeln:

„*The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection.*“<sup>71</sup>

Nach dem *Mondev*-Test liegt ein *Denial of Justice* vor, wenn das Bestürztsein über eine nationale Gerichtsentscheidung dazu führt, dass das gerechte Anstandsgefühl diese Entscheidung für bedenklich hält.

Im *ELSI-Fall* wurde nur auf die hervorgerufene Überraschung abgestellt. Das Tribunal in *Mondev* dagegen bezog sich auch auf die Folgen einer Überraschung, um einen *Denial of Justice* festzustellen.

Das Tribunal in *Loewen v. USA* ergänzte, dass es nicht notwendig für die Feststellung eines *Denial of Justice* sei, dass der Gastgeberstaat mit Arglist oder absichtlich bösgläubig gehandelt habe. Vielmehr sei „*manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety (...) enough.*“<sup>72</sup>

Auffallend ist, dass für die Bestimmung eines *Denial of Justice* unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet wurden. Wann „*offensichtliche Ungerechtigkeit*“ vorliegt oder „*das gerechte Anstandsgefühl eine Entscheidung für bedenklich hält*“, ist nicht klar definiert. Es ist nicht vorhersehbar, wie streng ein Tribunal diese Grundlagen auslegt, sodass das Ergebnis einer Klage schwerer einzuschätzen ist.<sup>73</sup>

Auf den *Mondev*-Test und den Ansatz aus *Loewen* wurde häufig Bezug genom-

2008, Rn. 378; *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 639.

<sup>69</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Republic of Italy)*, Urteil vom 20. Juli 1989, ICJ Reports 1989, 15 (76), Rn. 128.

<sup>70</sup> *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, Resubmitted Case, Award vom 31. Mai 1990, 1 ICSID Report, 569 (604), Rn. 136-137.

<sup>71</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award vom 11. Oktober 2002, Rn. 127.

<sup>72</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award vom 25. Juni 2003, Rn. 132.

<sup>73</sup> Vgl. *Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (90), (besucht am 27. August 2015); *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (866), (besucht am 27. August 2015); *Wallace*, in: Weiler (Hrsg), International Investment Law and Arbitration, 669 (681).

men,<sup>74</sup> jedoch ist die Schwelle auch heute – knapp zehn Jahren später – noch nicht genauer umrissen.<sup>75</sup> Fest steht nur, dass es sich bei einem *Denial of Justice* um einen hohen Standard handelt.<sup>76</sup>

## VI. *Local remedies rule*

In der Regel sind Investoren vor internationalen Investitionsschiedsgerichten davon befreit, vor der Klageerhebung die nationalen Rechtswege des Gastgeberstaates auszuschöpfen.<sup>77</sup> Denn es ist gerade Sinn und Zweck der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, zu vermeiden, dass Investoren vor nationalen Gerichten Recht suchen müssen.<sup>78</sup>

Der *Denial of Justice* bildet jedoch eine Ausnahme dieser Regel. Der Investor muss alle Möglichkeiten im innerstaatlichen Recht ausgeschöpft haben, um den Verfahrens- oder Inhaltsfehler zu beheben (*local remedies rule*).<sup>79</sup>

Die *local remedies rule* ist für einen *Denial of Justice* nicht vertraglich begründet, sondern findet ihren Ursprung vielmehr als materielle Voraussetzung im Prinzip des *Denial of Justice* selbst.<sup>80</sup> Jeder Staat muss die Möglichkeit haben, den Fehler eines einzelnen Gerichtes oder Richters zu beheben, damit internationale Verantwortung entstehen kann.<sup>81</sup> Demzufolge stellt der Fehler eines erstinstanzlichen Gerichtes noch keinen *Denial of Justice* dar, denn die Justiz ist noch funktionsfähig, solange Rechtsbe-

<sup>74</sup> Auf den *Mondev*-Test bezogen sich beispielsweise: *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability vom 2. September 2009, Rn. 221; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, Award vom 31. März 2011, Rn. 312; auf *Loewen* bezogen sich beispielsweise: *Waste Management Inc. v. United Mexican States [II]*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Final Award vom 30. April 2004, Rn. 97; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 278; vgl. auch *Paulsson*, *Denial of Justice*, 253, der *Mondev* und *Loewen* als objektive und vorhersehbare Standards ansieht.

<sup>75</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12. März 2012, Rn. 12; *Bjorklund*, *VJIL* 45 (2005), 809 (814, 866), (besucht am 27. August 2015); *Priem*, 10 *NYU JLB* (2013), 189 (196), (besucht am 27. August 2015).

<sup>76</sup> *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador [I]*, PCA Case No. AA 277, Partial Award on the Merits, 30. März 2010, Rn. 244; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 291; *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility vom 14. Juni 2013, Rn. 279.

<sup>77</sup> *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 264.

<sup>78</sup> *Schreuer*, 4 *LPICT* (2005), 1 (1), (besucht am 27. August 2015).

<sup>79</sup> *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award vom 25. Juni 2003, Rn. 154; *Schreuer*, 4 *LPICT* (2005), 1 (14), (besucht am 27. August 2015).

<sup>80</sup> *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 391-392; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 108; *Mourre/Vagenheim*, in: Ballesteros/Arias (Hrsg.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 842 (852).

<sup>81</sup> *Loewen Group, Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award vom 25. Juni 2003, Rn. 156; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 443.

hilfe zur Verfügung stehen.<sup>82</sup> So besteht in der Regel bei Rechtsverweigerungen vor einem einfachen Gericht noch die Möglichkeit, diesen Fehler von der nächsthöheren Instanz im Rechtssystem des Gastgeberstaates beseitigen zu lassen. Insgesamt gilt: Das nationale Justizsystem als Ganzes muss versagt haben, um einen *Denial of Justice* geltend zu machen.<sup>83</sup>

Nur in besonderen Fällen ist eine Ausnahme von der *local remedies rule* bei einem *Denial of Justice* zulässig.<sup>84</sup> Dies ist der Fall, wenn im nationalen Rechtssystem keine Möglichkeit einer effektiven Abhilfe besteht oder das Gerichtsverfahren selbst von so überlanger Verfahrensdauer geprägt ist, dass vor dem Urteil keine anderen Abhilfemöglichkeiten erscheinen.<sup>85</sup>

### C. Aktuelle Entwicklungen

Im Jahr 2005 prophezeiten Stimmen einen Anstieg der *Denial of Justice*-Klagen im Investitionsschutzrecht.<sup>86</sup> Tatsächlich traten in den folgenden Jahren vermehrt Klagen über einen *Denial of Justice* in Schiedsurteilen auf. Waren es zwischen 1999-2007 nur rund sechs Tribunale, die sich ausdrücklich mit einem *Denial of Justice* beschäftigten, so stieg die Zahl bis 2014 auf über dreißig neue Klagen.<sup>87</sup> Internationale Investitionsschiedsgerichte werden somit immer öfter angerufen, um über die nationalen Gerichtssysteme der Gastgeberstaaten zu urteilen.

Die Gefahr, dass Investitionsschiedsgerichte nationale Judikativen stärker in ihrer Souveränität einschränken, ist zumindest quantitativ gestiegen. Es bleibt die Frage, ob eine solche Gefahr sich auch tatsächlich in den Urteilen der Tribunale widerspiegelt.

Im Folgenden wird ein Blick auf die aktuellen Schiedssprüche der Jahre 2008-2014 geworfen. Die Entscheidungsgründe über einen *Denial of Justice* können Auskunft darüber geben, wie Tribunale heutzutage seine Grundlagen verstehen. Dazu müssen sowohl die Schiedssprüche, in denen ein *Denial of Justice* bejaht wurde, als auch diejenigen, in denen Tribunale einen solchen verneinten, einbezogen werden. Zudem spielt auch das Klageverhalten der Investoren in den aktuellen Entwicklungen eines *Denial of Justice* eine große Rolle.

<sup>82</sup> *Bubrowski*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 163; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 109.

<sup>83</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 279; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case, No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 443; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 125.

<sup>84</sup> *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award vom 18. August 2008, Rn. 400; *Paulsson*, *Denial of Justice*, 118.

<sup>85</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award vom 6. November 2008, Rn. 256 ff.

<sup>86</sup> *Bjorklund*, VJIL 45 (2005), 809 (814), (besucht am 27. August 2015); *Paulsson*, *Denial of Justice*; vgl. auch *Goldhaber*, 1 SJCL (2013), 373 (384), der auf Paulssons Vorhersage hinweist, (besucht am 27. August 2015).

<sup>87</sup> Die Zahlen basieren auf öffentlich zugänglichen Fällen. Viele Investitionsschiedsverfahren werden unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt, weswegen die genaue Zahl der *Denial of Justice*-Klagen im Investitionsschutzrecht im Dunkeln liegt.

## I. Gründe für die Bejahung eines *Denial of Justice*

Auffallend ist, dass insgesamt in nur fünf Fällen ein *Denial of Justice* von Schiedsgerichten bejaht wurde.

Im aktuellsten Fall *Al-Warraq v. Indonesia* wurde der Investor in einem Strafverfahren vor den nationalen Gerichten weder über den Tatvorwurf aufgeklärt, noch durfte er sich am Verfahren beteiligen. Das Urteil wurde sodann in seiner Abwesenheit gefällt und die Berufung nicht zugelassen. In diesem Verhalten der indonesischen Judikative sah das Tribunal einen *Denial of Justice*, weil der fundamentale Rechtsgrundsatz auf ein faires Verfahren verletzt worden sei.<sup>88</sup>

Im Fall *Flughafen Zürich v. Venezuela* wurde das Flughafengelände eines Investors durch venezolanische Behörden besetzt und der Investor damit enteignet. Der Oberste Gerichtshof Venezuelas befand diese Enteignung in seinem Urteil als legitim. Das Schiedsgericht bewertete diese Gerichtsentscheidung als *Denial of Justice*, weil der Oberste Gerichtshof seine Entscheidung nicht ausreichend begründete. Weder nannte er die rechtliche Norm, auf der die Entscheidung beruhte, noch fügte er weitergehende Erläuterungen hinzu.<sup>89</sup> Zudem mangelte es im Verfahren an *due process*, weil die Parteien vor Gericht nicht gehört wurden.<sup>90</sup>

In *Pey Casado v. Chile* wurde eine siebenjährige Verfahrensdauer vor chilenischen Gerichten als *Denial of Justice* bewertet.<sup>91</sup> Auch wenn der Award später aus anderen Gründen annulliert wurde, blieb der *Denial of Justice* von der Annullierung ausgeschlossen.<sup>92</sup>

Das Schiedsgericht in *Siag v. Egypt* stellte ebenfalls einen *Denial of Justice* fest. Die ägyptische Exekutive hatte insgesamt acht innerstaatliche Gerichtsentscheidungen ignoriert, welche eine stattgefundene Enteignung rückgängig machen sollten.<sup>93</sup> Obwohl die nationalen Gerichte dem Investor Recht gaben, verhinderten hier äußere Einwirkungen durch die Exekutive eine Vollstreckung dieser Urteile und begründeten somit eine Rechtsverweigerung.

Das Tribunal in *Energoalians v. Moldova* befand eine Entscheidung des moldawischen Rechnungshofs sowohl unter inhaltlichen, als auch unter prozessualen Aspekten für fehlerhaft und stellte einen *Denial of Justice* fest.<sup>94</sup> So hatte der Investor zum Beispiel keine Möglichkeit, am relevanten Gerichtsverfahren teilzunehmen.

Es wird deutlich, dass Tribunale nur sehr selten einen *Denial of Justice* bejahen. Die Befürchtung, dass durch *Denial of Justice*-Klagen zu häufig in die Souveränität

<sup>88</sup> *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award vom 15. Dezember 2014, Rn. 618 ff.

<sup>89</sup> *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 697 ff.

<sup>90</sup> *Ibid.*, Rn. 695.

<sup>91</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award vom 8. Mai 2008, Rn. 674.

<sup>92</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile vom 18. Dezember 2012, Rn. 194.

<sup>93</sup> *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award vom 1. Juni 2009, Rn. 454.

<sup>94</sup> *Energoalians SARL v. Republic of Moldova*, UNCITRAL, Award vom 23. Oktober 2013, Rn. 356.

von nationalen Judikativen eingegriffen wird, scheint sich in diesen Schiedssprüchen nicht zu bestätigen.

Aus den genannten Entscheidungen lässt sich jedoch keine eindeutige Tendenz erkennen, wann ein *Denial of Justice* gewährt wird. Denn insgesamt stellten verschiedenste Fehler in nationalen Gerichtssystemen die Gründe für die Bejahung eines *Denial of Justice* dar.

## II. Gründe für die Verneinung eines *Denial of Justice*

Um ein genaues Bild darüber zu erhalten, wie Investitionsschiedsgerichte die Grundlagen in der aktuellen Praxis anwenden, muss auch untersucht werden, aus welchen Gründen in den letzten Jahren Klagen wegen eines *Denial of Justice* von Schiedsgerichten abgelehnt wurden.

Zunächst gibt es Fälle, in denen ein *Denial of Justice* aufgrund der Faktenlage verneint wurde, die Klagen also unbegründet waren.<sup>95</sup> In einem anderen Fall klagte ein Investor administratives Fehlverhalten als *Denial of Justice* an.<sup>96</sup> Auch dieser Klage wurde nicht stattgegeben, weil ein *Denial of Justice* nur durch Fehlverhalten der Judikative entstehen kann.

Insgesamt ist die Tendenz festzustellen, dass Tribunale zögern, einen *Denial of Justice* zu bejahen.<sup>97</sup> Einige Tribunale versuchen sogar eine direkte Entscheidung über einen *Denial of Justice* zu umgehen und verschieben die Diskussionen über ein Fehlverhalten der Judikative auf andere Schutzstandards.<sup>98</sup> So wird beispielsweise – statt zu einem angeklagten *Denial of Justice* Stellung zu nehmen – nur eine allgemeine FET Standard Verletzung festgestellt.<sup>99</sup>

Viele Kläger scheiterten auch an anderen Hürden. Hierzu lassen sich Fallgruppen erstellen, bei denen eine Verneinung des *Denial of Justice* auf den gleichen Gründen beruhte.

<sup>95</sup> *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award vom 26. März 2008, § 84; *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award vom 16. Mai 2012, Rn. 277; *Iberdrola Energia S.A. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, Award vom 17. August 2012, Rn. 507; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award vom 30. März 2015, Rn. 769 f.

<sup>96</sup> *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award vom 12. Januar 2011, Rn. 225 ff.

<sup>97</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30. November 2011, *Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard, 159.

<sup>98</sup> In *Yukos* prüfte das Tribunal keine *Denial of Justice*-Klage, weil es bereits eine andere *Treaty*-Verletzung gefunden hatte, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Award vom 18. Juli 2014, Rn. 1585.

<sup>99</sup> Das Tribunal im Fall *Rumeli* prüfte nicht die Voraussetzungen eines *Denial of Justice*, sondern verwies die Klage in die Prüfung des allgemeinen FET Standards, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award vom 29. Juli 2008, Rn. 654.

## 1. *Local remedies rule nicht eingehalten*

In einigen Fällen scheiterten Investoren an den Voraussetzungen der *local remedies rule*, da die Kläger nicht ausreichend versucht hatten, den Rechtsweg vor den nationalen Gerichten auszuschöpfen.

In *Pantehniki v. Albania* hatte der Kläger keine Möglichkeit, sich hinreichend in einem nationalen Gerichtsverfahren zu äußern. Das albanische Gericht wies die Klage sogar aus Gründen ab, die der Kläger selbst gar nicht angeklagt hatte.<sup>100</sup> Für das Schiedsgericht stellte dies zwar ein ungerechtes Verfahren dar. Der Kläger hatte allerdings keine weiteren Versuche unternommen, diesen Fehler von dem albanischen Rechtssystem korrigieren zu lassen. Daher befand das Tribunal, dass dieser Fehler „*fatal to its claim of denial of justice*“<sup>101</sup> war.

In *Duke Energy v. Ecuador* behauptete der Kläger, dass ein Ausnahmefall der *local remedies rule* vorliege, weil das nationale Rechtssystem voraussichtlich keine Abhilfe schaffen könne. Das Tribunal verneinte jedoch einen Ausnahmefall und stellte fest, dass der Kläger den Versuch hätte unternehmen müssen, die nationalen Rechtswege auszuschöpfen.<sup>102</sup>

Auch in *Apotex v. USA I* scheiterte der Kläger an der *local remedies rule*, weil er innerstaatliche Gerichtsverfahren aufgrund angeblicher Zwecklosigkeit aufgegeben hatte.<sup>103</sup> In einem anderen Verfahren *Apotex v. USA II* wurden die Voraussetzungen der *local remedies rule* von *Apotex* erneut nicht eingehalten.<sup>104</sup> Auch der Investor in *OI European Group v. Venezuela* scheiterte mit seiner *Denial of Justice*-Klage daran, dass er keine Rechtsmittel vor den nationalen Gerichten eingelegt hatte.<sup>105</sup>

## 2. *Schwelle des Denial of Justice nicht überschritten*

Oftmals wurde ein *Denial of Justice* von Tribunalen verneint, weil die angeklagten Fehlverhalten der Gastgeberstaaten nicht schwerwiegend genug waren. In *Jan de Nul v. Egypt* befand das Tribunal, dass eine Verfahrensdauer von zehn Jahren zwar „*certainly unsatisfactory in terms of efficient administration of justice*“<sup>106</sup> sei, aber die Schwelle für einen *Denial of Justice* dennoch nicht überschritten wurde. Dies wurde mit der Tatsache begründet, dass es sich um ein extrem komplexes Verfahren handelte und das Gericht viele Materialien auszuwerten hatte.<sup>107</sup> Auch in *White v. India* und

<sup>100</sup> *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award vom 30. Juli 2009, Rn. 100.

<sup>101</sup> *Ibid.*, Rn. 102.

<sup>102</sup> *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award vom 18. August 2008, Rn. 401-403.

<sup>103</sup> *Apotex Inc. v. The Government of the United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, 14. Juni 2013, Rn. 293.

<sup>104</sup> *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award vom 25. August 2014, Rn. 9.62.

<sup>105</sup> *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award vom 10. März 2015, Rn. 536.

<sup>106</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award vom 6. November 2008, Rn. 204.

<sup>107</sup> *Ibid.*, Rn. 204.

*Frontier Petroleum v. Czech Republic* wurden lange Verfahrensdauern – die ebenfalls nicht die Schwelle eines *Denial of Justice* erreichten – als lediglich unbefriedigend bewertet.<sup>108</sup> In anderen Fällen stellten Tribunale Unregelmäßigkeiten in den Verfahren oder der Verwaltung der Judikative fest, welche aber noch nicht so schwerwiegend waren, dass ein gerechtes Anstandsgefühl verletzt war.<sup>109</sup>

### 3. Keine ausreichende Begründung und Beweislast

Darüber hinaus scheiterten viele Klagen der Investoren, da sie ihre Ansprüche nicht ausreichend darlegen konnten. In *Renée Rose Levy v. Peru* befand das Tribunal, dass es über einen *Denial of Justice* nicht urteilen könne, da der Kläger keine ausreichenden Beweise geliefert hatte, die seine Klage untermauern konnten.<sup>110</sup> Im Fall *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia* lieferte der Kläger zu generelle Hinweise, die allein nicht ausreichten, um der Beweislast eines *Denial of Justice* zu genügen.<sup>111</sup> Auch der Kläger in *Oostergetel v. Slovak Republic* scheiterte daran einen *Denial of Justice* ausreichend zu begründen, indem er eine Verletzung von internationalem Recht durch die nationale Judikative nicht deutlich machte.<sup>112</sup>

### 4. Zwischenergebnis

Insgesamt betrachtet zeigen die aktuellen Entwicklungen, dass eine *Denial of Justice*-Klage an sehr hohe Voraussetzungen geknüpft ist. Hierzu tragen eine hohe Schwelle, die Beweislast und die *local remedies rule* bei.

Viele Klagen scheiterten bereits an der hohen Schwelle und der hoch angesetzten Beweislast.<sup>113</sup> Aber auch wenn diese erreicht werden, stellt die *local remedies rule* ein wiederkehrendes Hindernis für Investoren dar. Obwohl in diesen Fällen bestimmte Fehlverhalten seitens der Gastgeberstaaten festgestellt wurden, stand die Voraussetzung der *local remedies rule* einem positiven Urteil über einen *Denial of Justice* im Weg.

<sup>108</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30. November 2011, Rn. 10.4.22; *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 12. November 2010, Rn. 334.

<sup>109</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 358, 377; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 447; *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award vom 2. März 2015, Rn. 436.

<sup>110</sup> *Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/10/17, Award vom 26. Februar 2014, Rn. 425 f., 439, 443.

<sup>111</sup> *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, former Yugoslav Republic of*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award vom 6. Juli 2012, Rn. 268.

<sup>112</sup> *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award vom 23. April 2012, Rn. 286 ff., 296.

<sup>113</sup> So auch *M. Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (89), (besucht am 27. August 2015).

### III. Klageverhalten der Investoren

Auch Investoren ist die seltene Bejahung eines *Denial of Justice* in der Praxis bewusst. Es zeichnet sich das Bild ab, dass Investoren versuchen, die Missstände in Gerichtsverfahren unter verschiedene Schutzstandards zu fassen – mit der Absicht, die hohen Anforderungen an einen *Denial of Justice* zu umgehen. Dabei wird entweder das Fehlverhalten der Judikative gleichzeitig als ein *Denial of Justice* und gleichzeitig unter einem anderen Schutzstandards angeklagt, oder eine *Denial of Justice*-Klage gänzlich vermieden. Auch hier lassen sich Fallgruppen bilden, die ähnlich gelagerte „Ausweichversuche“ der Investoren umfassen.

#### 1. Enteignungsklagen

Von einigen Investoren wird das Fehlverhalten einer nationalen Judikative als Enteignung angeklagt. Dabei gibt es unterschiedliche Gründe für die Klage einer gerichtlichen Enteignung (*judiciary expropriation*).

Einige Klagen basieren darauf, dass internationale Schiedsurteile – wie beispielsweise die der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*, ICC) – im innerstaatlichen Rechtssystem nicht vollstreckt wurden.<sup>114</sup> Vorreiter war hierfür die Entscheidung in *Saipem v. Bangladesh*. Die Klage basierte auf einem vertraglichen Streit über Pipelines zwischen dem Investor *Saipem* und einer staatlichen Firma. Dieser Streit wurde vor dem ICC Schiedsgericht für *Saipem* entschieden. Die bangladeschischen Gerichte erklärten diesen ICC Award für nichtig. Der Investor sah dieses Verhalten der nationalen Gerichte als *Denial of Justice* an. Ihm war es jedoch aufgrund Zulässigkeitsregelung im IIA nicht möglich, eine entsprechende Klage vor dem Investitionsschiedsgericht darauf zu basieren.<sup>115</sup> Deswegen klagte *Saipem* eine Enteignung durch den gerichtlichen Akt an, der ihm die vom ICC Award verliehenen Summen entzogen hatte.<sup>116</sup> Das Tribunal akzeptierte diese Möglichkeit<sup>117</sup> und befand, dass die bangladeschischen Gerichte eine unzulässige Rechtsausübung (*abuse of rights*) ausgeführt hatten, indem sie den ICC Award nicht anerkannten.<sup>118</sup> Zudem sei die *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)* verletzt.<sup>119</sup> Die Handlungen des Gerichtes waren somit nach internationalem Recht illegal.<sup>120</sup> Zudem stellte das Tribunal fest, dass eine gerichtliche Enteignung nicht immer auch einen *Denial of Justice* bedingt und demnach die *local remedies rule* keine Voraussetzung für eine solche Klage sei.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> Ausführlich dazu *Priem*, 10 NYU JLB (2013), 189, (besucht am 27. August 2015).

<sup>115</sup> *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award vom 30. Juni 2009, Rn. 121.

<sup>116</sup> *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, Rn. 129.

<sup>117</sup> *Ibid.*, Rn. 132.

<sup>118</sup> *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award vom 30. Juni 2009, Rn. 170.

<sup>119</sup> *Ibid.*, Rn. 167.

<sup>120</sup> *Ibid.*, Rn. 160 f.

<sup>121</sup> *Ibid.*, Rn. 181; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award vom 8. April 2013, Rn. 346.

Dieser Schiedsspruch gab den Startschuss für viele weitere Enteignungsklagen wegen der Nichtvollstreckung von internationalen Awards im Rahmen der *New York Convention*.<sup>122</sup>

Zusätzlich bildete auch anderes Fehlverhalten der Judikative die Grundlage für gerichtliche Enteignungsklagen. Erfolgreich waren beispielsweise Klagen, bei denen dem Investor durch nationale Gerichtsurteile die Eigentumsrechte an seiner Investition entzogen wurden.<sup>123</sup> Das Tribunal in *Flughafen Zürich v. Venezuela* betonte in diesem Zusammenhang, dass eine Enteignung und ein *Denial of Justice* aus dem gleichen Fehlverhalten resultieren können und demnach auch nebeneinander geltend gemacht werden können.<sup>124</sup> Die Möglichkeit dieser „parallelen“ Klagen nahmen einige Investoren wahr, scheiterten jedoch daran, dass die nationalen Gerichte kein internationales Recht verletzt hatten.<sup>125</sup>

Diese Beispiele zeigen, dass Enteignungsklagen eine attraktive Alternative zu *Denial of Justice*-Klagen darstellen, da sie andere Voraussetzungen haben und möglicherweise dann zulässig sind, wenn eine *Denial of Justice*-Klage es nicht ist.<sup>126</sup>

Der Vorteil einer Enteignungsklage besteht darüber hinaus auch darin, dass die *local remedies rule* bei Enteignungsklagen nicht anwendbar ist. Obwohl auch hier die Klagen mit dem Fehlverhalten der Judikative begründet werden, wird von Tribunalen mit zweierlei Maß gemessen: Die *local remedies rule* ist in einem *Denial of Justice* selbst indiziert, begründet auf der Annahme, dass die Judikative ihre Fehler selbst korrigieren darf. Bei Enteignungsklagen wird den nationalen Gerichten eine solche Korrekturmöglichkeit nicht zugerechnet.<sup>127</sup> Warum aber sollte eine Korrekturmöglichkeit davon abhängen, in welcher Form das Fehlverhalten der Judikative beanstandet wird?

<sup>122</sup> *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award vom 18. Mai 2010, Rn. 121; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, Award vom 31. März 2011, Rn. 232 ff.

<sup>123</sup> *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award vom 9. September 2009, Rn. 117 f.; *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 509.

<sup>124</sup> *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/19, Award vom 18. November 2014, Rn. 384.

<sup>125</sup> *Swisslion DOO Skopje v. Macedonia, former Yugoslav Republic of*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award vom 6. Juli 2012, Rn. 314, 321; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of Award vom 22. Juni 2010, Rn. 430 ff.

<sup>126</sup> Die Entscheidung in *Saipem v. Bangladesh*, bei der im relevanten IIA nur eingeschränkt eine Einwilligung zur Schiedsgerichtsbarkeit gegeben wurde. Es war hiernach erlaubt eine Enteignung vor einem Schiedsgericht anzuklagen, ein *Denial of Justice* dagegen fiel nicht unter die eingeschränkte Einwilligungsklausel; so auch *ATA v Jordan*, wo eine *Denial of Justice*-Klage aufgrund zeitlicher Zulässigkeitsbeschränkungen (*ratione temporis*) abgelehnt wurde, eine Enteignung aber nicht an dieser Voraussetzung scheiterte.

<sup>127</sup> Ausnahmen bilden solche Fälle, in denen das relevante IIA eine *local remedies*-Klausel als allgemeine Klagevoraussetzung enthält; hier bleibt ein Korrekturmechanismus gegeben.

## 2. *Effective means-Klausel*

Um Fehlverhalten der Judikative anzuklagen, wird vermehrt auch auf die *effective means*-Klausel zurückgegriffen. Laut dieser Klausel muss ein Gastgeberstaat dafür sorgen, dass sein innerstaatliches Recht „*effective means for the assertion of claims and the enforcement of rights*“<sup>128</sup> für den ausländischen Investor garantiert. Investoren muss damit die Möglichkeit gegeben werden, einen Anspruch vor den nationalen Gerichten geltend machen zu können. Hier wird unschwer eine Überschneidung zum *Denial of Justice* erkennbar, denn dieser gewährt ebenfalls das allgemeine Recht auf *access to justice*. *Effective means*-Klauseln stellen somit einen zusätzlichen Schutzstandard für den Zugang zu Gerichten dar.<sup>129</sup>

*Effective means*-Klauseln sind seit 1983 in IIAs der USA enthalten,<sup>130</sup> aber auch einige andere Länder nahmen sie in ihre IIAs auf.<sup>131</sup> Vor dem Schiedsspruch in *Chevron v. Ecuador I* ist diese Klausel in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit jedoch kaum in Erscheinung getreten.<sup>132</sup>

Mit dem Schiedsspruch in *Chevron v. Ecuador I* befand ein Tribunal zum erst-mals, dass die *effective means*-Klausel einen eigenständigen Schutzstandard darstelle. Die Klausel sei ein *lex specialis* zum *Denial of Justice*, habe gleichzeitig aber geringere Voraussetzungen.<sup>133</sup> Auch im Hinblick auf die *local remedies rule* wurden die Anforderungen durch das Tribunal verringert.<sup>134</sup> Der Investor muss nunmehr mögliche Abhilfen im nationalen Rechtssystem nur noch „adäquat“ genutzt haben.<sup>135</sup> Das Schiedsgericht bejahte in seiner Entscheidung eine Verletzung der *effective means*-Klausel ohne das Erfordernis der *local remedies rule* durch eine überlange Verfahrensdauer und prüfte einen *Denial of Justice* in der Folge nicht mehr.<sup>136</sup>

In *White v. India* folgte das Schiedsgericht der Auslegung von *Chevron I*.<sup>137</sup> Es erlaubte zusätzlich unter den Voraussetzungen der Meistbegünstigungsklausel (*most-favoured-nation treatment*, MFN) den Import einer *effective means*-Klausel aus einem anderen IIA.<sup>138</sup> Auch in diesem Fall bejahte das Tribunal die Verletzung einer *effective*

<sup>128</sup> ECT Artikel 10 (12).

<sup>129</sup> *Wirth*, 52 CJTL (2013), 325 (332), (besucht am 27. August 2015).

<sup>130</sup> Im U.S. Muster BIT, Artikel II (8), ab 2004 allerdings wurde die Klausel in die Präambel des U.S. Muster BITs vorgezogen.

<sup>131</sup> Beispielsweise im ECT Art. 10 (12) oder im India-Kuwait BIT, Art IV (5).

<sup>132</sup> Bis dato nur in drei bekannten Schiedssprüchen behandelt: *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, ARB No. 126/2003, Arbitral Award vom 29. März 2005; *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration No. 080/2005, Final Award vom 26. März 2008; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award vom 18. August 2008. In allen Fällen wurde die *effective means*-Klausel nicht als selbstständiger Vertragsstandard gesehen, sondern vielmehr innerhalb des FET Standards oder in Verbindung mit *Denial of Justice* betrachtet. Vgl. *Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (88, 92), (besucht am 27. August 2015).

<sup>133</sup> *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador [I]*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 277, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, Rn. 242-244.

<sup>134</sup> *Ibid.*, Rn. 323.

<sup>135</sup> *Ibid.*, Rn. 268.

<sup>136</sup> *Ibid.*, Rn. 275.

<sup>137</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30 November 2011, Rn. 11.3.2 – 11.3.3.

<sup>138</sup> *Ibid.*, Rn. 11.2.7.

*means*-Klausel durch eine überlange Verfahrensdauer – sogar erst, nachdem es bereits einen *Denial of Justice* verneint hatte.

Nach *White v. India* war eine *effective means*-Klausel nur in zwei weiteren Fällen ein Klagepunkt: In *Apotex v. USA II* wurde der Versuch unternommen, eine *effective means*-Klausel auf administrative Entscheidungen der amerikanischen Arzneimittelzulassungsbehörde anzuwenden. Das Tribunal erlaubte eine solche Anwendung allerdings nicht und stellte fest, dass die *effective means*-Klausel sich nur auf juristische Verfahren beziehe.<sup>139</sup>

Auch die Investoren in *Guaracachi America v. Bolivia* klagten die Verletzung einer *effective means*-Klausel an, weil nationale Gerichtsverfahren zu lange andauerten.<sup>140</sup> Dabei bezogen sie sich auf *Chevron I* und *White*<sup>141</sup> und stellten insbesondere auf den niedrigen Standard einer *effective means*-Klausel ab, der sich eben nicht nur in einem außerordentlich gravierenden Fehlverhalten niederschlägt.<sup>142</sup> Eine Entscheidung wurde jedoch nicht gefällt, da die Klage bereits in der Zulässigkeit scheiterte.<sup>143</sup>

Die *effective means*-Klausel lässt einige Vorzüge für Investoren erkennen: Der Standard ist wesentlich niedriger angesetzt als ein *Denial of Justice*. Hinzu kommt, dass die *local remedies rule* weniger streng angewandt wird. Auch wenn ein *Denial of Justice* abgelehnt wird, kann die *effective means*-Klausel immer noch greifen. Ein Rückgriff wird zusätzlich dadurch erleichtert, dass ein Import mithilfe einer MFN Klausel grundsätzlich möglich ist. Somit können Investoren, bei denen keine *effective means*-Klausel im relevanten IIA enthalten ist, dennoch darauf zurückgreifen. Den Investoren in *Chevron I* und *White* glückte mit der *effective means*-Klausel eine Umgehung der hohen Schwelle des *Denial of Justice*.

Dieser neue Trend einer selbständigen *effective means*-Klausel muss kritisch betrachtet werden.<sup>144</sup> Staaten wissen nicht, ob ihre Judikativen den Anforderungen an die *effective means*-Klausel genügen, denn – ähnlich dem *Denial of Justice* – ist auch dieser Standard vage formuliert.<sup>145</sup> Keiner der Schiedssprüche gibt Hinweise darauf, wie Staaten mit selbstständigen *effective means*-Klauseln umgehen sollen. Es wäre hilfreich, wenn Staaten in Zukunft selbst Auskunft darüber geben, welche Bedeutung sie einer *effective means*-Klausel zurechnen und mit welcher Absicht sie diese in ein IIA aufgenommen haben.<sup>146</sup> Dies könnte Klarheit darüber verschaffen, ob eine *effective means*-Klausel tatsächlich als selbständiger Standard betrachtet werden sollte, der es erleichtert, die hohen Anforderungen an einen *Denial of Justice* zu umgehen.

<sup>139</sup> *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award vom 25. August 2014, Rn. 9.70.

<sup>140</sup> *Guaracachi America Inc. & Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, Statement of Claim, vom 1. März 2012, Rn. 213 ff.

<sup>141</sup> *Ibid.*, Rn. 213, 215.

<sup>142</sup> *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Award vom 31. Januar 2014, Rn. 321.

<sup>143</sup> *Ibid.*, Rn. 403.

<sup>144</sup> So auch *Wirth*, 52 CJTL (2013), 325 (357, 363), (besucht am 27. August 2015); *Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (110), (besucht am 27. August 2015).

<sup>145</sup> Vgl. *Wirth*, 52 CJTL (2013), 325 (357), (besucht am 27. August 2015).

<sup>146</sup> So auch *Ibid.*, 325 (359 ff.), (besucht am 27. August 2015); *Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (107 ff.), (besucht am 27. August 2015).

Befürchtungen, dass Investoren vermehrt auf *effective means*-Klauseln ausweichen<sup>147</sup>, haben sich jedoch bis jetzt nicht begründet. Aktuell wird in nur einer öffentlich zugänglichen Klageschrift auf eine *effective means*-Klausel Bezug genommen.<sup>148</sup>

### 3. Versteckte *Denial of Justice*-Klagen

In weiteren Fällen vermieden Investoren eine „offensichtliche“ Klage über einen *Denial of Justice*, indem sie diesen nicht ausdrücklich anklagten.

Im Fall *Rompetrol v. Romania* klagte der Investor unter dem FET Standard Fehler in einem Strafverfahren an. Rumänien erwiderte, dass diese Klage in ihrem Kern eigentlich eine *Denial of Justice*-Klage sei. Das Tribunal sah dies ähnlich und beschäftigte sich mit der Frage, ob in diesem Fall nicht die *local remedies rule* Anwendung finde, da es sich bei dem beanstandeten Fehler im Strafverfahren um ein *Denial of Justice* handeln könnte.<sup>149</sup> Es beendete die Prüfung eines *Denial of Justice* jedoch vorzeitig, da nicht ausreichend dargelegt wurde, inwieweit die im Strafverfahren involvierten Personen überhaupt Auswirkungen auf das Investment hatten.<sup>150</sup>

Obwohl es sich um Fehlverhalten der Judikative handelte, erwähnte der Investor in diesem Fall den *Denial of Justice* nicht ausdrücklich. Das Schiedsgericht aber erkannte dies und ließ die hohen Voraussetzungen eines *Denial of Justice* dennoch in die Begründung einfließen.

In *Deutsche Bank v. Sri Lanka* stand ein Hedgegeschäft mit einer staatlichen Ölfirma in der Diskussion. Das Oberste Gericht von Sri Lanka stellte nach Petitionen von Bürgen in einer einstweiligen Verfügung fest, dass dieses Hedgegeschäft nicht rechtmäßig abgeschlossen worden war und nur zum Vorteil der Bank sei. Aus diesem Grund verbot das Gericht der Ölfirma in Zukunft weitere Zahlungen an den Investor *Deutsche Bank* zu leisten. Der Investor klagte hier nicht etwa einen *Denial of Justice* an, sondern basierte seine Klage nur auf einer Verletzung des *due process* unter dem FET Standard.<sup>151</sup> Sri Lanka dagegen wies auf die hohe Schwelle bei Fehlverhalten der Judikative und einen *Denial of Justice* hin.<sup>152</sup> In seinem Schiedsspruch befand das Tribunal, dass die einstweilige Verfügung zu voreilig auf zu wenigen Beweisen begründet wurde und auch der Investor als direkt Betroffener nicht am Verfahren teilnehmen konnte. Es bezog sich in seiner Analyse jedoch nicht auf die Hinweise Sri Lankas und stellte insgesamt (nur) eine Verletzung des *due process* unter dem FET Standard fest.<sup>153</sup>

Hier, so scheint es, hatte der Investor mit der Strategie, einen *Denial of Justice* nicht direkt anzuklagen, Erfolg. Die hohe Schwelle und andere Voraussetzungen eines

<sup>147</sup> Vgl. *Ellen*, 1 SPIL ILJ (2014), 86 (99), (besucht am 27. August 2015); *Wirth*, 52 CJTL (2013), 325 (348), (besucht am 27. August 2015).

<sup>148</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Claimant's Memorial on the Merits vom 6. September 2010, Rn. 459.

<sup>149</sup> *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award vom 6. Mai 2013, Rn. 163.

<sup>150</sup> *Ibid.*, Rn. 166.

<sup>151</sup> *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award vom 31. Oktober 2012, Rn. 429 f.

<sup>152</sup> *Ibid.*, Rn. 415.

<sup>153</sup> *Ibid.*, Rn. 478.

*Denial of Justice* flossen nicht in die Beurteilung mit ein – trotz Hinweisen des Gastgeberstaates. Es wurde nicht zwischen einer Verletzung des *due process* durch die Administrative und einer Verletzung des *due process* durch die Judikative unterschieden. Doch gerade letztere ist an höhere Voraussetzungen geknüpft, weil sie einen *Denial of Justice* begründet.

Diese beiden beispielhaft genannten Klageverhalten der Investoren in *Rompetrol v. Romania* und *Deutsche Bank v. Sri Lanka* verdeutlichen einmal mehr, wie kreativ Investoren agieren, um den hohen Voraussetzungen eines *Denial of Justice* zu entgehen. Sie vermeiden die offensichtliche Erwähnung eines *Denial of Justice*, um nicht auf die hohen Voraussetzungen aufmerksam zu machen. Dies geschieht mit zumindest teilweisem Erfolg.

#### 4. Zwischenergebnis

Heutzutage wird das Fehlverhalten der Judikative nicht mehr nur unter einem *Denial of Justice* angeklagt. Stattdessen versuchen Investoren, auf andere Standards auszuweichen. Dabei spielen vor allem die meist geringeren Anforderungen dieser Schutzstandards eine wichtige Rolle. So kennen gerichtliche Enteignungsklagen die Voraussetzungen der *local remedies rule* beispielsweise nicht, sodass Investoren vermehrt auf diese Klagevariante ausweichen.

Auch die *effective means*-Klausel stellt für Investoren eine erfolgsversprechende Klagevariante neben einem *Denial of Justice* dar.<sup>154</sup> In ihrer Rolle als *lex specialis* zu einem *Denial of Justice* erleichtert sie Investoren die Umgehung sowohl der *local remedies rule*, als auch der hohen Schwelle eines *Denial of Justice*.

Auch das Vermeiden „offensichtlicher“ *Denial of Justice*-Klagen kann dazu führen, dass Tribunale die hohen Voraussetzungen in ihren Entscheidungen übergehen.

Die Analyse hat gezeigt, dass sich das Fehlverhalten der Judikative heute in den unterschiedlichsten Klagevarianten wiederfindet. Auch *Goldhaber* stellte in seinem Aufsatz über die Zunahme der Macht von Schiedsgerichten über nationale Gerichte fest, dass heute nicht mehr allein der *Denial of Justice*, sondern nunmehr unterschiedlichste Schutzstandards die Grundlage für Klagen aufgrund eines Fehlers des Justizsystems bilden. Treffend schrieb er hierzu: „*Like the Nile, denial is a river with many tributaries.*“<sup>155</sup>

#### IV. Aktuell anhängige Klagen

Auch aktuell anhängige Klagen über Fehlverhalten nationaler Judikativen zeugen von einer Tendenz, diese nicht mehr allein unter einem *Denial of Justice* geltend zu machen. Die beklagten Gastgeberstaaten bemühen sich diese Versuche zu unterbinden.

<sup>154</sup> *Priem*, 10 NYU JLB (2013), 189 (219), (besucht am 27. August 2015).

<sup>155</sup> *Goldhaber*, 1 SJCL (2013), 373 (384), (besucht am 27. August 2015).

In *Chevron v. Ecuador II* basierte die Klage – nach dem Erfolg im Fall zuvor – zunächst nur auf einer Verletzung der *effective means*-Klausel. Nachdem Ecuador aber ein Verfahren gegen die USA zur Klärung des Verständnisses der *effective means*-Klausel initiiert hatte,<sup>156</sup> fügte *Chevron* sicherheitshalber eine *Denial of Justice*-Klage hinzu.<sup>157</sup>

In *KBR v. Mexico* wird eine gerichtliche Enteignung angeklagt. Hier basiert die Klage auf der Nichtvollstreckung eines ICC Awards.<sup>158</sup> Gleichzeitig wird diese Nichtvollstreckung auch als *Denial of Justice* angeklagt.<sup>159</sup>

Die Investoren in *Eli Lilly v. Canada* klagen an, dass die Aufhebung zweier Medikament-Patente eine gerichtliche Enteignung darstelle.<sup>160</sup> Kanada erwiderte darauf, dass die einzige Möglichkeit, eine Urteilsbegründung eines innerstaatlichen Gerichtes anzuklagen, eine *Denial of Justice*-Klage sei.<sup>161</sup>

Lediglich im Fall *Philipp Morris v. Uruguay* klagte der Investor nur einen *Denial of Justice* an.<sup>162</sup>

Diese Beispiele zeigen, dass Investoren – ermutigt durch vorherige Entscheidungen von Investitionsschiedsgerichten – auch aktuell versuchen durch angepasstes Klageverhalten der hohen Schwelle oder der *local remedies rule* eines *Denial of Justice* auszuweichen. Dabei wird ebenfalls eine *effective means*-Klausel oder eine gerichtliche Enteignung zurückgegriffen. Jedoch verschwindet der *Denial of Justice* nicht vollständig. Meist wird er gleichzeitig mit anderen Schutzstandards angeklagt, um Erfolgsaussichten zu erhöhen. Der Fall *Philipp Morris v. Uruguay* stellt hierbei mit einer „einfachen“ *Denial of Justice*-Klage eine Ausnahme dar.

## D. Fazit

Der *Denial of Justice* ist ein häufiger Anklagepunkt in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Anfang des Jahrtausends haben sich durch die Rechtsprechung Grundlagen entwickelt, an denen sich Tribunale auch heute noch orientieren.

Die Definition eines *Denial of Justice* ist trotz allem nur vage. Das liegt zum einen daran, dass die Ursachen für einen *Denial of Justice* sehr einzelfallabhängig sind und sich nicht unter einzelne Verhaltensverbote fassen lassen. Zum anderen beinhalten die

<sup>156</sup> *Republic of Ecuador v. United States*, UNCITRAL, PCA Case 2012-5, Request for Arbitration vom 28. Juni 2011. Die Klage Ecuador in diesem Verfahren wurde jedoch bereits in der Zulässigkeit abgelehnt.

<sup>157</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Claimants' Supplemental Memorial on the Merits, 20. März 2012, Rn. 180 ff.

<sup>158</sup> *KBR, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. UNCT/14/1, Notice of Intent to Submit Arbitration Claim vom 19. Februar 2013, Rn. 24.

<sup>159</sup> *Ibid.*, Rn. 21.

<sup>160</sup> *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant Memorial vom 29. September 2014, Rn. 184.

<sup>161</sup> *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Government of Canada Counter Memorial vom 27. Januar 2015, Rn. 15.

<sup>162</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction vom 2. Juli 2013, Rn. 211.

etablierten Tests zum Erreichen der Schwelle eines *Denial of Justice* unbestimmte Rechtsbegriffe.

Diese Unsicherheiten verursachen jedoch keine unangemessenen Entscheidungen.<sup>163</sup> In den aktuellen Entwicklungen zeigt sich, dass die Schiedstribunale den *Denial of Justice* einheitlich als einen sehr hohen Schutzstandard auslegen, dessen Schwelle nur selten überschritten wird. Den Investitionsschiedsgerichten ist ihre Verantwortung bei der Überprüfung nationaler Judikativen durchaus bewusst: Nur in vier Fällen wurde ein *Denial of Justice* bejaht. Die nationale Souveränität wird von Schiedsgerichten nur in extremen Fällen angegriffen.

Die Aufmerksamkeit muss sich vielmehr auf das Klageverhalten der Investoren richten. Denn auch wenn aktuell viele Klagen auf den gleichen Ursprung zurückzuführen sind – dem Fehlverhalten nationaler Judikativen – werden diese nicht auf dem gleichen Schutzstandard begründet. Klagen auf gerichtliche Enteignungen und die *effective means*-Klausel stellen mit geringeren Anforderungen eine verlockende Alternative für Investoren dar.

Diese Transformation<sup>164</sup> eines *Denial of Justice* birgt jedoch Gefahren in sich. So konnte der anfangs beschriebene Investor im Fall *White v. India* beispielsweise die überlange Verfahrensdauer schließlich doch noch über eine Verletzung der *effective means*-Klausel geltend machen. Vorherige Argumente des Tribunals für die Verneinung eines *Denial of Justice* – wie die Überlastung des indischen Gerichtssystems – wurden in diesem Zusammenhang nicht mehr berücksichtigt.<sup>165</sup> Insbesondere die *effective means*-Klausel ist aus diesem Grund gefährlich, da sie mit ihrer Ähnlichkeit zum *Denial of Justice*, aber gleichzeitig geringeren Voraussetzungen, eine Umgehung zu leicht macht. An die *effective means*-Klausel sollten daher höhere Anforderungen als bisher gestellt werden.

Das absichtliche Unterlaufen eines *Denial of Justice* muss kritisch betrachtet werden. Denn Fehlverhalten der Judikative, welches die Schwelle eines *Denial of Justice* nicht erreicht, in anderen Formen anzuklagen, hat zur Folge, dass häufiger und leichter in die Judikative der Gastgeberstaaten und somit in ihre Souveränität eingegriffen werden kann. Gerade die hohe Schwelle des *Denial of Justice* dient aber der Sicherung dieser Souveränität gegenüber der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Ausweichen auf andere Standards gefährden dieses Ziel. Aus diesem Grund ist eine strenge Anwendung eines *Denial of Justice* vernünftig.<sup>166</sup>

Insgesamt betrachtet ist der *Denial of Justice* ein ausgewogenes und von den Tribunalen angemessen angewendetes Prinzip im internationalen Investitionsschutzrecht. Er erfüllt den Zweck, den Investor gegen ungerechte Handlungen des Gastgeberstaates zu schützen, da viele Staaten bis heute kein fehlerloses Rechtssystem bieten.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Vgl. Paulsson, *Denial of Justice*, 241 ff.; a.A. Bjorklund, *VJIL* 45 (2005), 809 (866), (besucht am 27. August 2015).

<sup>164</sup> Goldhaber, 1 *SJCL* (2013), 373 (348), (besucht am 27. August 2015).

<sup>165</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award vom 30. November 2011, Rn. 11.4.19.

<sup>166</sup> Vgl. Goldhaber, 1 *SJCL* (2013), 373 (416), (besucht am 27. August 2015).

<sup>167</sup> Ausführlicher dazu Paulsson, *Enclaves of Justice*, Rede vom 12. April 2007, University of Miami Legal Studies Research Paper Nr. 2010-29, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707504](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707504)> (besucht am 27. August 2015).

*Paulsson* sagte in diesem Zusammenhang einmal: “*The error is to think that injustice is abnormal. It may be more realistic to think and act on the assumption that justice is a surprising anomaly.*“<sup>168</sup>

Indem Investitionsschiedsgerichte nationale Judikativen überprüfen, tragen sie einen Teil dazu bei, die Fehler der Rechtssysteme in der Welt in den Fokus zu rücken und helfen vielleicht, Gerechtigkeit etwas weniger „überraschend“ zu machen. Hierfür sollte der *Denial of Justice* der bevorzugte Korrekturmechanismus sein, damit Staaten nicht unter geringeren Voraussetzungen zur Verantwortung gezogen werden.

<sup>168</sup> *Ibid.*, 2.

## SCHRIFTTUM

- Abbott, Roderick/ Erixon, Fredrik/ Ferracane, Martina Francesca*, Demystifying Investor-State Dispute Settlement, ECIPE Occasional Paper 5 (2014), erhältlich im Internet: <<http://www.ecipe.org/publications/isds/>> (besucht am 27. August 2015).
- Alford, Roger P.*, Ancillary Discovery to Prove Denial of Justice, Virginia Journal of International Law 53 (Nr. 1, 2012), S. 127, erhältlich im Internet: <[http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol53/Alford\\_Post\\_Production.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol53/Alford_Post_Production.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Bjorklund, Andrea K.*, Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims, Virginia Journal of International Law 45 (Nr. 4, 2005), 809-895, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=739764###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=739764###)> (besucht am 27. August 2015).
- Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante, in: Picker, Colin B. (Hrsg), International Economic Law. The State and Future of the Discipline, Portland, 2008, 265-280, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1319834](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319834)> (besucht am 27. August 2015).
- Broß, Siegfried*, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Hans Böckler Stiftung, Mitbestimmungsförderung Report, Heft 4, Januar 2015, erhältlich im Internet: <[http://www.boeckler.de/pdf/p\\_mbf\\_report\\_2015\\_4.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_4.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Bubrowski, Helene*, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, Jus Internationale Et Europaeum 79, Tübingen 2013.
- Cingotti, Natacha*, The TTIP of the anti-democracy iceberg, The risks of including investor-to-state dispute settlement in transatlantic trade talks, Friends of the Earth of Europe, Oktober 2013, erhältlich im Internet: <[http://www.foeeurope.org/sites/default/files/foee\\_factsheet\\_isds\\_oct13.pdf](http://www.foeeurope.org/sites/default/files/foee_factsheet_isds_oct13.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Crawford, James*, State Responsibility, The General Part, Cambridge 2013.
- Dolzer, Rudolph/ Schreuer, Cristoph*, Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford 2012.
- Dralle, Tilmann Michael*, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs Glamis Gold v. United States, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 115, Halle, Dezember 2011.
- Eberhardt, Pia/ Redlin, Blair/ Toubeau, Cecile*, Trading Away Democracy, How CETA's investor protection rules threaten the public good in Canada and the EU, November 2014, erhältlich im Internet: <<https://www.tni.org/en/briefing/trading-away-democracy>> (besucht am 27. August 2015).
- Ellen, Marc*, Effective Means and the Peril of Standard Setting, Students for the Promotion of International Law, Mumbai, International Law Journal 1 (2014), 86-110, erhältlich im Internet: <<http://www.spilmumbai.com/uploads/article/pdf/>>

- effective-means-and-the-perils-of-standardsetting-29.pdf> (besucht am 27. August 2015).
- Flessner*, Axel, TTIP und das Deutsche Grundgesetz, Demokratie e.V., August 2014, erhältlich im Internet: <[http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/TTIP\\_und\\_das\\_deutsche\\_Grundgesetz\\_\\_by\\_Axel\\_Flessner\\_.pdf](http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/TTIP_und_das_deutsche_Grundgesetz__by_Axel_Flessner_.pdf)> (besucht am 23. Juli 2015).
- Francioni*, Francesco, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, *The European Journal of International Law* 20 (Nr. 3, 2009), 729-747.
- Goldhaber*, Michael D., The Rise of Arbitral Power Over Domestic Courts, *Stanford Journal of Complex Litigation* 1 (2013), 373-416, erhältlich im Internet: <[https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/print/issues/vol.1.2\\_goldhaber.pdf](https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/print/issues/vol.1.2_goldhaber.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Kläger*, Roland, Die Entwicklung des allgemeinen völkerrechtlichen Fremdenrechts – unter besonderer Berücksichtigung seiner Wechselwirkungen mit dem internationalen Investitionsschutzrecht –, *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, Heft 6, Halle, Juli 2011.
- Klodt*, Henning/*Klein*, Martin/*Bungenberg*, Marc/*Felbermayr*, Gabriel/*Schick*, Gerhard, Investitionsschutzabkommen: mehr Rechtssicherheit oder Verzicht auf Souveränität?, *Wirtschaftsdienst*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 94. Jahrgang, Heft 7 (2014), 459-478.
- McLachlan*, Campbell/*Shore*, Laurence/*Weiniger*, Matthew, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford International Arbitration Series, Oxford 2007.
- Mourre*, Alexis/*Vagenheim*, Alexandre, Some Comments on Denial of Justice in Public and Private International Law After Loewen and Saipem, in: Ballesteros, Miguel Ángel/Arias, David (Hrsg), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid 2010, 842-866.
- Paulsson*, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge 2005.
- Enclaves of Justice, Rede vom 12. April 2007, University of Miami Legal Studies Research Paper Nr. 2010-29, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1707504](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707504)> (besucht am 27. August 2015).
- Porterfield*, Matthew C., An International Common Law of Investor Rights?, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 27 (Nr. 1, 2006), 79-113, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=898850##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898850##)> (besucht am 27. August 2015).
- Priem*, Claudia, International Investment Treaty Arbitration as a Potential Check For Domestic Courts Refusing Enforcement of Arbitration Awards, *NYU Journal of Law & Business* 10 (2013), 189-221, erhältlich im Internet: <[http://www.nyujlb.org/wp-content/uploads/nyb\\_10-1\\_189-221\\_Priem.pdf](http://www.nyujlb.org/wp-content/uploads/nyb_10-1_189-221_Priem.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Schernbeck*, Andrea, Der „Fair and Equitable Treatment Standard“ in internationalen Investitionsschutzabkommen, *Studien zum Internationalen Investitionsschutzrecht* Band 6, Baden-Baden 2013.
- Schreuer*, Christoph, Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribu-*

- nals 4 (Nr. 1, 2005), 1-17, erhältlich im Internet: <[http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl\\_75.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl_75.pdf)> (besucht am 27. August 2015).
- Tietje*, Christian, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung? Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 120, Halle, Juni 2013.
- Tudor*, Ioana, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford 2008.
- Vandavelde*, Kenneth J., A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law and Politics 43 (Nr. 1, 2010), 43-106, erhältlich im Internet: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2357642##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2357642##)> (besucht am 27. August 2015).
- Wallace*, Don Jr., Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chatten v. Mexico, in: Weiler, Todd (Hrsg), International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA Bilateral Treaties and Customary International Law, London 2005, 669-700.
- Wirth*, Jessica, „Effective Means“ Means? The Legacy of Chevron v Ecuador, Columbia Journal of Transnational Law 52 (Nr. 1, 2013), 325-367, erhältlich im Internet: <[http://jtl.columbia.edu/wp-content/uploads/sites/4/2014/05/Wirth52ColumJTransnatlL325\\_Effective\\_Means\\_Means\\_The\\_Legacy\\_of\\_Chevron\\_v.\\_Ecuador.pdf](http://jtl.columbia.edu/wp-content/uploads/sites/4/2014/05/Wirth52ColumJTransnatlL325_Effective_Means_Means_The_Legacy_of_Chevron_v._Ecuador.pdf)> (besucht am 27. August 2015.)

## **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**

(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem  
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368 (print)  
ISSN 1868-1778 (elektr.)

### **Bislang erschienene Hefte**

- Heft 100 Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EU im globalen Systemwettbewerb, März 2011, ISBN 978-3-86829-346-3
- Heft 101 Daniel Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Dezember 2010, ISBN 978-3-86829-308-1
- Heft 102 Matthias Böttcher, „Clearstream“ – Die Fortschreibung der Essential Facilities-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-318-0
- Heft 103 Dana Ruddigkeit, Die kartellrechtliche Beurteilung der Kopplungsgeschäfte von *eBay* und *PayPal*, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-316-6
- Heft 104 Christian Tietje, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenen-system des Rechts, Januar 2011, ISBN 978-3-86829-320-3
- Heft 105 Jürgen Bering/Tillmann Rudolf Braun/Ralph Alexander Lorz/Stephan W. Schill/Christian J. Tams/Christian Tietje, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues –, März 2011, ISBN 978-3-86829-324-1
- Heft 106 Christoph Benedict/Patrick Fiedler/Richard Happ/Stephan Hobe/Robert Hunter/Lutz Kniprath/Ulrich Klemm/Sabine Konrad/Patricia Nacimiento/Hartmut Paulsen/Markus Perkams/Marie Louise Seelig/Anke Sessler, The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, März 2011, ISBN 978-3-86829-341-8
- Heft 107 Christian Tietje, Global Information Law – Some Systemic Thoughts, April 2011, ISBN 978-3-86829-354-8
- Heft 108 Claudia Koch, Incentives to Innovate in the Conflicting Area between EU Competition Law and Intellectual Property Protection – Investigation on the Microsoft Case, April 2011, ISBN 978-3-86829-356-2
- Heft 109 Christian Tietje, Architektur der Weltfinanzordnung, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-358-6
- Heft 110 Kai Hennig, Der Schutz geistiger Eigentumsrechte durch internationales Investitionsschutzrecht, Mai 2011, ISBN 978-3-86829-362-3
- Heft 111 Dana Ruddigkeit, Das Financial Stability Board in der internationalen Finanzarchitektur, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-369-2

- Heft 112 Beatriz Huarte Melgar/Karsten Nowrot/Wang Yuan, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, Juni 2011, ISBN 978-3-86829-380-7
- Heft 113 Matthias Müller, Die Besteuerung von Stiftungen im nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalt, Juli 2011, ISBN 978-3-86829-385-2
- Heft 114 Martina Franke, WTO, China – Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?, November 2011, ISBN 978-3-86829-419-4
- Heft 115 Tilman Michael Dralle, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht am Beispiel des Schiedsspruchs *Glamis Gold v. United States*, Dezember 2011, ISBN 978-3-86829-433-0
- Heft 116 Steffen Herz, Emissionshandel im Luftverkehr: Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen?, Januar 2012, ISBN 978-3-86829-447-7
- Heft 117 Maria Joswig, Die Geschichte der Kapitalverkehrskontrollen im IWF-Übereinkommen, Februar 2012, ISBN 978-3-86829-451-4
- Heft 118 Christian Pitschas/Hannes Schloemann, WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality is Enough (but May not Be Necessary) – The WTO Dispute Settlement Case “European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products”, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-484-2
- Heft 119 Karl M. Meessen, Auf der Suche nach einem der Wirtschaft gemäßen Wirtschaftsrecht, Mai 2012, ISBN 978-3-86829-488-0
- Heft 120 Christian Tietje, Individualrechte im Menschenrechts- und Investitionsschutzbereich – Kohärenz von Staaten- und Unternehmensverantwortung?, Juni 2012, ISBN 978-3-86829-495-8
- Heft 121 Susen Bielech, Problemschwerpunkte des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung der Durchsetzung eines transnationalen Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz des Käufers, Juli 2012, ISBN 978-3-86829-500-9
- Heft 122 Karsten Nowrot, Ein notwendiger „Blick über den Tellerrand“: Zur Ausstrahlungswirkung der Menschenrechte im internationalen Investitionsrecht, August 2012, ISBN 978-3-86829-520-7
- Heft 123 Henrike Landgraf, Das neue Komitologieverfahren der EU: Auswirkungen im EU-Antidumpingrecht, September 2012, ISBN 978-3-86829-518-4
- Heft 124 Constantin Fabricius, Der Technische Regulierungsstandard für Finanzdienstleistungen – Eine kritische Würdigung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 290 AEUV, Februar 2013, ISBN 978-3-86829-576-4
- Heft 125 Johannes Rehahn, Regulierung von „Schattenbanken“: Notwendigkeit und Inhalt, April 2013, ISBN 978-3-86829-587-0
- Heft 126 Yuan Wang, Introduction and Comparison of Chinese Arbitration Institutions, Mai 2013, ISBN 978-3-86829-589-4

- Heft 127 Eva Seydewitz, Die Betriebsaufspaltung im nationalen und internationalen Kontext – kritische Würdigung und Gestaltungsüberlegungen, August 2013, ISBN 978-3-86829-616-7
- Heft 128 Karsten Nowrot, Bilaterale Rohstoffpartnerschaften: Betrachtungen zu einem neuen Steuerungsinstrument aus der Perspektive des Europa- und Völkerrechts, September 2013, ISBN 978-3-86829-626-6
- Heft 129 Christian Tietje, Jürgen Bering, Tobias Zuber, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, März 2014, ISBN 978-3-86829-671-6
- Heft 130 Stephan Madaus, Help for Europe's Zombie Banks? – Open Questions Regarding the Designated Use of the European Bank Resolution Regime, Juli 2014, ISBN 978-3-86829-700-3
- Heft 131 Frank Zeugner, Das WTO Trade Facilitation-Übereinkommen vom 7. Dezember 2013: Hintergrund, Analyse und Einordnung in den Gesamtkontext der Trade Facilitation im internationalen Wirtschaftsrecht, Oktober 2014, ISBN 978-3-86829-735-5
- Heft 132 Joachim Renzikowski, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, November 2014, ISBN 978-3-86829-739-3
- Heft 133 Konrad Richter, Die Novellierung des InvStG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Außensteuergesetz, März 2015, ISBN 978-3-86829-744-7
- Heft 134 Simon René Barth, Regulierung des Derivatehandels nach MiFID II und MiFIR, April 2015, ISBN 978-3-86829-752-2
- Heft 135 Johannes Ungerer, Das europäische IPR auf dem Weg zum Einheitsrecht Ausgewählte Fragen und Probleme, Mai 2015, ISBN 978-3-86829-754-6
- Heft 136 Lina Lorenzoni Escobar, Sustainable Development and International Investment: A legal analysis of the EU's policy from FTAs to CETA, Juni 2015, ISBN 978-3-86829-762-1
- Heft 137 Jona-Marie Winkler, Denial of Justice im internationalen Investitionsschutzrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, September 2015, ISBN 978-3-86829-778-2

Die Hefte 1 bis 99 erhalten Sie als kostenlosen Download unter:

<http://telc.jura.uni-halle.de/de/forschungen-und-publikationen/beitr%C3%A4ge-transnationalen-wirtschaftsrecht>