

§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht¹⁶⁴⁴

Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht ist primär mit dem Schutz wirtschaftlicher Interessen befasst. Daher wirkt es auf den ersten Blick fernliegend, dass Investor*innen in diesem Rechtsgebiet Nichtvermögensschäden liquidieren können. Noch dazu sind Schiedskläger*innen in Investitionsschutzverfahren häufig juristische Personen, die weder Leid noch Schmerz empfinden können. Sie können damit einen Großteil möglicher immaterieller Schäden gar nicht erleiden.¹⁶⁴⁵

Dieser Intuition zum Trotz beschäftigt die investitionsschutzrechtliche Literatur seit der Entscheidung im Fall *Desert Line v. Yemen*¹⁶⁴⁶ aus dem Jahr 2008 eine intensive Debatte um den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁶⁴⁷

1644 Gedanken aus diesem Kapitel sind bereits in *Stendel, Moral Damages as an “Exceptional” Remedy in International Investment Law – Re-Connecting Practice with General International Law*, ZaöRV 81 (2021), 937–968 veröffentlicht.

1645 Vgl. *Sabahi, Moral Damages in International Investment Law*, in: Werner/Ali (Hrsg.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 2009, 253–264, 258. Siehe zum Begriff des immateriellen Schadens im Völkerrecht oben unter § 5 B. II. Dem entspricht es, dass juristische Personen in vielen Zivilrechtsordnungen keinen immateriellen Schadensersatz verlangen können, vgl. beispielhaft Chamber of National and International Arbitration Milan, *Final Award in Case No. 1795*, Schiedsspruch, 1. Dezember 1996, Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999), 196, 205 (Rn. 32). Dies gilt grundsätzlich auch für die deutsche Rechtsordnung, weil diese in § 253 Abs. 2 BGB mit der Verletzung bestimmter Rechtsgüter (“Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung”) als Grundvoraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes Bedingungen aufstellt, die eine juristische Person schlechterdings nicht erfüllen kann.

1646 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17.

1647 Vgl. *Abdel Raouf, The First Inter-Arab Investment Dispute Before ICSID*, in: *Abdel Raouf/Leboulanger/Ziadé* (Hrsg.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, 2015, 227–237; *Allepuz, Moral Damages in International Investment Arbitration*, *Spain Arbitration Review* 17 (2013), 5–15; *Alrashid, Moral Damages – A critique of Desert Line*, *GAR* 3 (2008), 39–40; *Blake, Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 371–407; *Cabrera, Moral Damages in Investment Arbitration*, in: *Laird/Weiler* (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 197–212; *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?*, in: *Liard/Weiler* (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 233–255; *Cazala, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l’Investissement*, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269–283; *Coriell/*

Bevor das Kapitel auf diese Debatte näher eingeht, erläutert ein erster Abschnitt, ob und inwieweit immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht eine Rolle spielen können (A.). Der anschließende Abschnitt analysiert die Schiedspraxis zu immateriellen Schäden unter besonderer Behandlung eines prägenden Schiedsspruchs zu Nichtvermögensschäden, *Desert Line v. Yemen* (B.). Wie zu zeigen sein wird, hat die Schiedspraxis den Ersatz immaterieller Schäden einem gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht zusätzlichen Kriterium unterworfen, außergewöhnliche Umstände (“exceptional circumstances”), ohne dies überzeugend zu erklären. Bevor das Kapitel mit der Frage schließt, wie das Investitionsschutzrecht *de lege lata* immaterielle Schäden behandelt (D.), unternimmt das Kapitel einen soziologischen

Marchili, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Laird/Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 213–231; *Dumberry*, Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 247–276; *Dumberry*, Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 1–38; *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 33–75; *Dumberry*, International Investment Law, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), 2015, 1130–1141; *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142–167; *Ehle/Dawidowicz*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: Huerta-Goldman/Romanetti/Stirnimann (Hrsg.), *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, 2013, 293–326; *Gaillard*, “*Desert Line v. Yemen*”: Moral Damages, *NYLJ* 240 (2008), 3; *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 45–62; *Laird*, Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration, *ICSID Review* 26 (2011), 171–183; *Lawry-White*, Are Moral Damages an Exceptional Case?, *International Arbitration Law Review* 15 (2012), 236–246; *Markert/Freiburg*, *JWIT* 14 (2013), 1–43; *Michou*, Compensation of the Moral Injury in Investor-State Arbitration / L’Indemnisation du Préjudice Moral dans l’Arbitrage entre Investisseurs et Etats, *International Business Law Journal* 2011, 41–68; *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 485–521; *Parish/Nelson/Rosenberg*, *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011), 225–245; *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253–264; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411–430; *Uchkunova/Temnikov*, The Availability of Moral Damages to Investors and to Host States in ICSID Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 380–402; *Vasudev*, Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration, *ASA Bulletin* 37 (2019), 97–110; *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *Rovine* (Hrsg.), *The Fordham Papers* 2012, 2012, 67–99.

Exkurs, der die Entwicklung im Investitionsschutzrecht zu immateriellen Schäden anhand der beteiligten Akteure einordnet (C.).

A. Zur Möglichkeit immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht

Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten als ein eigenständiges Rechtsgebiet im Völkerrecht herauskristallisiert.¹⁶⁴⁸ Sein markantestes Merkmal ist es, dass Individuen ein eigenes Klagerrecht erhalten, um Streitigkeiten um ihre Investition gegen einen fremden Gaststaat vor Schiedsgerichten direkt geltend zu machen.¹⁶⁴⁹ Die Grundlage solcher Schiedsverfahren findet sich in nationalen Investitionsschutzgesetzen, Investitionsverträgen¹⁶⁵⁰ oder in völkerrechtlichen Verträgen, zumeist sog. bilateralen Investitionsschutzverträgen (Bilateral Investment Treaty, BIT).¹⁶⁵¹ Letztere räumen Investor*innen des jeweils anderen Vertragsstaats ein Klagerrecht gegen den Vertragsstaat ein, in dem sie investieren, wenn sie sich in ihren Rechten verletzt sehen.¹⁶⁵² Die meisten solcher Schiedsverfahren werden auf der Grundlage der ICSID-Kon-

1648 Vgl. Dolzer/Kriebaum/Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2022, S. 25 f.

1649 Vgl. zur Besonderheit dieses Merkmals Van Harten, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 8-11.

1650 Im Folgenden meint Investitionsvertrag immer einen Vertrag zwischen Investor*in und Gaststaat bzw. einer seiner Untergliederungen, während Investitionsschutzvertrag oder Investitionsschutzabkommen einen bilateralen *völkerrechtlichen* Vertrag bezeichnen, der Investor*innen der jeweils anderen Vertragspartei eine bestimmte Behandlung durch den Gaststaat zusichert. Synonym zum Ausdruck Investitionsschutzvertrag verwendet die Arbeit die Abkürzung BIT.

1651 Die häufigste Grundlage für Investitionsschutzklagen ist heutzutage ein BIT, vgl. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Development in 2017, 2018*, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1188/investor-state-dispute-settlement-review-of-developments-in-2017> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1652 Vgl. hierzu Dolzer/Kriebaum/Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2022, S. 364 f. Ein solches Klagerrecht erkannte ein Investitionsschiedsgericht zum ersten Mal in dem Fall ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, Schiedsspruch, 27. Juni 1990, Case No. ARB/87/3, Rn. 18 an.

vention¹⁶⁵³ durchgeführt.¹⁶⁵⁴ Allerdings finden Schiedsverfahren auch vor anderen Institutionen und unter Anwendung unterschiedlicher Schiedsregeln statt. Insofern zeichnet sich das Investitionsschutzrecht durch eine große Diversität möglicher Foren aus. Eine Gemeinsamkeit bleibt es indes, dass die Zustimmung der beklagten Gaststaaten zu dem Schiedsverfahren zumeist aus einem völkerrechtlichen Vertrag, einem BIT, resultiert und die Verfahren oftmals die Verletzung der Garantien des BIT zum Gegenstand haben. Bei allen Unterschieden im Detail garantieren solche BITs in der Regel einen Schutz vor direkten und indirekten Enteignungen ohne Entschädigung, gewährleisten Inländergleichbehandlung, verankern den Meistbegünstigungsgrundsatz und versprechen eine billige und gerechte Behandlung ("fair and equitable treatment") sowie vollen Schutz und Sicherheit ("full protection and security").¹⁶⁵⁵ Insgesamt schützen diese Gewährleistungen primär den wirtschaftlichen Wert der Investition.¹⁶⁵⁶

In diesem Gefüge erscheint immaterieller Schadensersatz im Investitionsschutz hinsichtlich zweier Aspekte erkläруngsbedürftig: der Kompetenz eines Schiedsgerichts, über solche Ansprüche zu entscheiden (I.), und der Fähigkeit juristischer Personen, den häufigsten Schiedskläger*innen im Investitionsschutzrecht,¹⁶⁵⁷ Inhaber*innen eines Anspruchs auf immateriellen Schadensersatz zu sein (II.).

-
- 1653 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Konvention), 18. März 1965, UNTS 847, 231 (dt. Übersetzung: BGBl. 1969 II, 371).
- 1654 Von mehr als 1.000 im Jahr 2019 bekannten Investitionsschutzverfahren betreute ICSID 820 als Schiedsinstition, vgl. *Behn/Langford/Fauchald/Lie/Usynin/St. John/Letourneau-Tremblay/Berge/Kirkebø*, PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD): Version 1.0, PluriCourts Centre of Excellence, University of Oslo, abrufbar unter: <https://pitad.org/index#welcome> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- 1655 Vgl. hierzu *Brown, The Evolution of the Regime of International Investment Agreements*, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 153–185, 182 f. (Rn. 72).
- 1656 Vgl. *Moyano García, Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 493; vgl. zu den daraus resultierenden Folgen für die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Gewährung immateriellen Schadensatzes *Cazala, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement*, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 276.
- 1657 Nach einer Studie der OECD, die (zum Zeitpunkt 2011) die 50 neuesten Schiedssprüche auf der Grundlage der ICSID-Konvention sowie alle verfügbaren UNCITRAL Schiedssprüche im Investitionsschutzrecht auswertete (insgesamt 95 Schiedssprüche), waren nur 22 % aller Schiedskläger*innen natürliche Personen oder sehr kleine Unternehmen (zwischen beiden differenziert die Studie nicht),

I. Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts und immaterieller Schadensersatz

Eine erste Hürde für den immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Da die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vom Konsens der Parteien abhängt, stellt sich die Frage, ob dieser Konsens die Anordnung eines immateriellen Schadensersatzes deckt. Dabei ist zwischen der Zuständigkeit *ratione materiae* und der Zuständigkeit *ratione personae* zu differenzieren. Sofern das Schiedsgericht auf der Grundlage der ICSID-Konvention tätig werden soll, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 25 ICSID-Konvention vorliegen.¹⁶⁵⁸

Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ergibt sich aus dem Konsens beider Parteien, der auf unterschiedlichen Wegen entstehen kann.¹⁶⁵⁹ Für den hier alleine interessierenden Fall des völkerrechtlichen Investitionsschutzes ist der wichtigste Fall der vom Staat in einem BIT im Voraus erklärte Antrag, sich bindenden schiedsgerichtlichen Entscheidungen über Streitigkeiten um Investitionen zu unterwerfen.¹⁶⁶⁰ Solche Schiedsklauseln sind zum Teil nicht auf Streitigkeiten über die Anwendung der Schutzgarantien des Investitionsschutzvertrages beschränkt, sondern erstrecken sich beispielsweise auch auf Streitigkeiten aus Investitionsverträgen mit dem Gaststaat.¹⁶⁶¹ In jedem Fall müssen Ansprüche auf Verletzungen der Ge-

vgl. *Gaukroder/Gordon*, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Paper Series (2012/03), S. 17.

1658 Vgl. hierzu *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 351–353.

1659 Vgl. hierzu *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 360–369; *Waibel*, Jurisdiction and Admissibility, in: *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law, 2015, 1212–1287, 1222.

1660 Vgl. bspw. Art. 10 des letzten deutschen Modellinvestitionsschutzvertrages: „(1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. [...] (2) If the dispute cannot be settled within six months [...], it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing: [...].“ Bundeswirtschaftsministerium, Deutscher Muster Investitionsschutzvertrag, 2008, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1661 Vgl. *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 395 f.

währleistungen des jeweiligen Investitionsschutzabkommens oder weiterer in Bezug genommener Garantien beruhen, um innerhalb der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu liegen. Denkbar ist beispielsweise, einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz auf Verletzungen der Garantie des vollen Schutzes und der Sicherheit zu stützen. An dieser Möglichkeit ließe sich nur zweifeln, wenn man die Formulierung der jeweils einschlägigen Gewährleistung in den Fokus stellt. Diese machen entweder nur die Investition oder zusätzlich auch den Investor zum Adressaten des Schutzes. Misst man diesem Unterschied Bedeutung bei, liegt es nahe, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Anordnung immateriellen Schadensatzes wegen ihres starken Personenbezugs auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein BIT Investor*innen als Personen schützt.¹⁶⁶² Da BITs häufig nur den Schutz der Investition anordnen,¹⁶⁶³ wären investitionsschutzrechtliche Schiedsgerichte im Regelfall nicht für die Anordnung immateriellen Schadensatzes zuständig. Diese Konsequenz zieht die Schiedspraxis allerdings weitgehend nicht.¹⁶⁶⁴ So stützte das Schiedsgericht in *Desert Line v. Yemen* die Gewährung immateriellen Schadensatzes auf die Verletzung

1662 Vgl. hierzu *Cazala, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement*, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 276; *Schwenzer/Hachem, Moral Damages in International Investment Arbitration*, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 419 f.; vgl. auch die Andeutungen bei *Jagusch/Sebastian, Arbitration International* 29 (2013), 55 f., die allerdings die Unterscheidung für praktisch schwer durchhaltbar erachten. So auch allgemein für Verletzungen investitionsschutzrechtlicher Standards, die nur Investor*innen betreffen *Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, S. 263.

1663 Vgl. *Newcombe/Paradell, Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, S. 262; *Hindelang, Restitution and Compensation*, in: *Hofmann/Tams (Hrsg.), International Investment Law and General International Law*, 2011, 161–210, 187. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass BITs mehr auf die Errichtung stabiler Investitionsbedingungen als den Schutz der Person der Investor*innen gerichtet sind, vgl. hierzu *Hindelang, Restitution and Compensation*, in: *International Investment Law and General International Law*, 161, 187.

1664 Soweit Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit verneint haben, geschah dies aus anderen Gründen, siehe hierzu weiter unten im selben Abschnitt. Eine Ausnahme bildet nach Medienberichten die unveröffentlichte Entscheidung in dem Fall ICSID, *Güneş Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi and others v. Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch, 4. Oktober 2019, Case No. ARB/13/19, vgl. *Sanderson, Uzbekistan Liable for Seizure of Shopping Mall, GAR* (2019), abrufbar unter: <https://globalarbitrationreview.com/article/uzbekistan-liable-seizure-of-shopping-mall> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

der Garantie billiger und gerechter Behandlung,¹⁶⁶⁵ obwohl diese Garantie im einschlägigen BIT nur die Investition schützte.¹⁶⁶⁶

Bisher haben Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit schlicht darauf gestützt, dass diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹⁶⁶⁷ Dieser Ansatz ist auch überzeugend. Er steht in der Tradition des StIGH, nach dessen Entscheidung in der Sache *Factory at Chorzów* eine Streitbeilegungsklausel über die Auslegung und Anwendung eines Vertrages auch Streitigkeiten über die Schadensfolgen einer Verletzung jenes Abkommens erfasse.¹⁶⁶⁸ Der StIGH begründete diese Schlussfolgerung damit, dass jeder Völkerrechtsverstoß eine Pflicht zum Schadensausgleich verursache.¹⁶⁶⁹ Diese Erwägung lässt sich auf das Investitionsschutzrecht übertragen: Mangels abweichender Regelungen¹⁶⁷⁰ besteht kein Grund, warum Investitionsschiedsgerichte nicht auch für die Entscheidung über immateriellen Schadensersatz zuständig sein sollten.

Soweit manche Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes explizit verneint haben, hatten die jeweiligen Kläger*innen Rechtsverletzungen außerhalb des BIT gerügt, wie bei-

1665 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 191–193.

1666 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 191 (“Art. 3 of the BIT has the following wording: “The two Contracting Parties undertake to ensure **fair and equitable treatment to the investments** of investors of the other Contracting Party.” [...]” (Hervorhebungen durch den Verfasser)).

1667 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 (“There are indeed no reasons to exclude them.”); ICSID, *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch, 17. September 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169 (unter Verweis auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch); ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Entscheidung (Jurisdiction and Liability), 14. Januar 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476 (ebenfalls unter Verweis auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch); ebenso ICSID, *OJ Europe Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 10. März 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906; vgl. auch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 374; *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 35; *Allepuz*, Spain Arbitration Review 17 (2013), 7 f. Siehe zu Ausschlüssen immateriellen Schadensersatzes in der neueren Abkommenspraxis die Nachweise oben in Fn. 949.

1668 Vgl. StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, Urteil, 26. Juli 1927, Series A, No. 9, 4, 21.

1669 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów*, 1927, Series A, No. 9, 4, 21.

1670 Vgl. *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 257 sowie die Nachweise in Fn. 949.

spielsweise der Menschenrechte,¹⁶⁷¹ der ukrainischen Verfassung¹⁶⁷² oder des Bangui Abkommens.¹⁶⁷³ Diese Fälle zeigen, dass der klägerische Vortrag und das anwendbare Recht für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entscheidend sind.¹⁶⁷⁴ Sofern sich daher die Schiedskläger*innen auf eine Verletzung des BIT stützen und die völkerrechtlichen Regeln zur Wiedergutmachung zum anwendbaren Recht zählen,¹⁶⁷⁵ sind Investitionsschiedsgerichte auch für Anträge auf immateriellen Schadensersatz zuständig.¹⁶⁷⁶

Im Rahmen des ICSID-Regimes ergibt sich eine zusätzliche Zuständigkeitshürde aus Art. 25 ICSID-Konvention. Nach dieser Vorschrift muss der Streit unmittelbar aus einer Investition resultieren.¹⁶⁷⁷ Ob das hierin enthaltene Unmittelbarkeitskriterium erfüllt ist, dürfte bei immateriellen

1671 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Schiedsspruch (Jurisdiction und Liability), 27. Oktober 1989, ILR 95, 183, 203.

1672 ICSID, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Schiedsspruch, 16. September 2003, Case No. ARB/00/9, Rn. 17.6.

1673 Vgl. ICSID, *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger*, Schiedsspruch, 15. Juli 2013, Case No. ARB/11/11, Rn. 152. Allerdings begehrte die Schiedsklage wohl tatsächlich keinen immateriellen Schadensersatz. Denn der Anspruch sollte aus der Verletzung immaterieller Schutzgüter resultieren, woraus in der Regel allein ein materieller Schaden folgt.

1674 Vgl. *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 29 f.; in die gleiche Richtung tendiert *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 258; *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 78.

1675 Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gehören – jedenfalls bei Schiedsgerichten auf der Grundlage der ICSID-Konvention – nach Art. 42 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. ICSID-Konvention zum anwendbaren Recht, vgl. *Kriebaum* in: *Schill (Hrsg.)*, *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3. Auflage, 2022, Art. 42 Rn. 244 f. Zur Einordnung des Instituts des immateriellen Schadensatzes als Teil des Völkergewohnheitsrechts, siehe oben § 5 A.

1676 Vgl. *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 493-496; zustimmend *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 56.

1677 Diese Frage werfen beispielsweise *Uchkunova* und *Tennikov* auf, vgl. *Uchkunova/Tennikov*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 381; ebenso *Laird*, *ICSID Review* 26 (2011), 181. In dem Verfahren *Zhinvali v. Georgia* brachte die Schiedsbeklagte gerade dieses Argument vor, vgl. ICSID, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, Schiedsspruch, 24. Januar 2003, Case No. ARB/00/1, *ICSID Reports* 10 (2006), 3, 65 (Rn. 283). Auf diese Argumentation kam es jedoch nicht an, weil es schon an einer Investition im Sinne von Art. 25 ICSID-Konvention fehlte, vgl. ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, 2003, Case No. ARB/00/1, *ICSID Reports* 10 (2006), 3, Rn. 432. Auch Bolivien führte dieses Argument in ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 598 an. Allerdings wies

Schäden eine Frage des Einzelfalls sein. Sind Investor*innen natürliche Personen und richtet sich der Angriff gegen diese, ist der erforderliche Zusammenhang mit verhältnismäßig geringem Aufwand begründbar, jedenfalls soweit ein Bezug zur Investition besteht.¹⁶⁷⁸ Zu denken wäre an Fälle, in denen Investor*innen eingeschüchtert, eingesperrt, geschlagen oder gefoltert werden, um beispielsweise die schnellere Fertigstellung eines Investitionsprojekts zu erreichen. Darüber hinaus spricht die bisherige Praxis zur Unmittelbarkeit nach Art. 25 ICSID-Konvention dagegen, aus diesem Grund Nichtvermögensschäden von der Zuständigkeit eines Investitionschiedsgerichts auszuschließen. Art. 25 ICSID-Konvention wird extensiv ausgelegt¹⁶⁷⁹ und das Fehlen der Unmittelbarkeit bisher nur in Bezug auf Nebengeschäfte zu einer Investition diskutiert.¹⁶⁸⁰ Im Übrigen dürften die Voraussetzungen des Art. 25 ICSID-Konvention bei einem engen Bezug zu wirtschaftlichen Interessen leicht erfüllbar sein.¹⁶⁸¹

Ratione materiae ergibt sich damit in der Zusammenschau, dass immaterielle Schäden von der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts gedeckt sind, soweit diese einen gewissen Bezug zur Investition aufweisen.¹⁶⁸²

Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Anordnung immateriellen Schadensersatzes ist *ratione personae* nur problematisch, wenn – wie in

das Schiedsgericht diesen Einwand als verspätet zurück, ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 600.

- 1678 Vgl. *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: International Arbitration and International Commercial Law, 411, 421; vgl. auch *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 213, 226, die dies als eine Frage der Kausalität zwischen immateriellem Schaden und den Schutzgarantien des BIT beschreiben.
- 1679 *Williams*, Jurisdiction and Admissibility, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, 868–931, 876; vgl. zu weiteren Aspekten dieses Tatbestandsmerkmals *Schill/Schreuer/Sinclair* in: *Schill* (Hrsg.), Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, 3. Auflage, 2022, Art. 25 Rn. 113-161.
- 1680 *Williams*, Jurisdiction and Admissibility, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, 868, 882.
- 1681 Vgl. *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 30.
- 1682 So auch *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 198, der einen solchen Bezug im Fall *Desert Line v. Yemen* (hinsichtlich des Leids der Leitungspersonen und Angestellten) ablehnt. Vgl. auch *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 318 (Rn. 5.347), die allerdings eine solche Einschränkung nicht explizit vornimmt.

*Desert Line v. Yemen*¹⁶⁸³ – eine juristische Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten oder Leitungspersonen verlangt. Denn Angestellte und Leitungspersonen einer investierenden Gesellschaft sind regelmäßig keine Investor*innen und das Schiedsgericht kann über ihre Ansprüche in der Folge nicht entscheiden.¹⁶⁸⁴ Über diesen Umstand sind Schiedsgerichte, die für diesen Schaden Ersatz gewährt haben, zumeist ohne nähere Erläuterung hinweggegangen.¹⁶⁸⁵ Das Schiedsgericht in *von Pezold et al. v. Zimbabwe* war sich der Problematik bewusst, bejahte jedoch mit der pragmatischen Erwägung seine Zuständigkeit, dass das Leid der Angestellten ansonsten ohne Folgen bliebe.¹⁶⁸⁶ Aus Zuständigkeitsgesichtspunkten muss das Leid der Angestellten zugleich eine Verletzung der juristischen Person bedeuten, weil nur diese als Investorin ein Klagerecht besitzt. Wie sich dieses Ergebnis dogmatisch erreichen lässt, ist bisher ungeklärt.¹⁶⁸⁷ In jedem Fall betrifft dieses Problem nur einen Teilaspekt des immateriellen Schadensersatzes. Im Übrigen bestehen keine Zweifel an der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts, über Anträge auf immateriellen Schadensersatz zu entscheiden.¹⁶⁸⁸

1683 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1684 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 197; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: International Arbitration and International Commercial Law, 411, 422 f.; vgl. auch *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267, der darauf abstellt, dass es bzgl. der Angestellten an einer Investition fehle.

1685 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 915.

1686 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 915; zustimmend *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 152. In diese Richtung tendierte bereits *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267, auf den das Schiedsgericht in *von Pezold et al. v. Zimbabwe* ausdrücklich Bezug nahm.

1687 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

1688 So wohl auch ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment), 8. Januar 2020, Case No. ARB/98/2, Rn. 716.

II. Juristische Personen und immaterieller Schadensersatz

Ob juristische Personen immaterielle Schäden erleiden können, ist nur für Schmerzen und Leiden als Erscheinungsformen immaterieller Schäden¹⁶⁸⁹ problematisch. Dagegen sind Ruf- und Ansehensverluste ebenso bei juristischen Personen denkbar.¹⁶⁹⁰ In der Folge besteht an der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zugunsten eines Unternehmens kein Zweifel. Da Ansehensverluste juristischer Personen in der Regel zu einem bezifferbaren Schaden führen werden und daher materielle Schäden sind, bleibt (abgesehen von Leid und Schmerz) nur ein Restanwendungsbereich immaterieller Schäden eines Unternehmens.¹⁶⁹¹ Das sind Fälle, in denen über den berechenbaren Rufverlust (der sich beispielsweise in gesunkenen Verkaufszahlen niederschlägt) hinaus, das Ansehen der juristischen Person geschädigt ist.

In diesem Rahmen ist der immaterielle Schadensersatz allerdings eine mögliche Rechtsfolge der Verletzung einer Gewährleistung aus einem BIT. Jedoch trennt die Schiedspraxis nicht so scharf zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des immateriellen Schadens.¹⁶⁹² Deshalb erhielten auch juristische Personen immateriellen Schadensersatz für Leid und Schmerz.¹⁶⁹³ Den Anknüpfungspunkt dieses Schadensersatzes bildete jeweils das Leid der Angestellten und Organe der juristischen Person.¹⁶⁹⁴ Ob diese Praxis eine dogmatische Grundlage hat, ist bis heute Gegenstand einer Kontroverse und soll unten näher analysiert werden.¹⁶⁹⁵ An dieser Stelle genügt zunächst der grundsätzliche Befund, dass die Zuerkennung immateriellen Schadensersatzes zugunsten juristischer Personen im Rahmen der völkerrechtlich geschuldeten Wiedergutmachung nur hinsichtlich des Leids und Schmerzes angestellter Personen einer Schiedsklägerin problematisch ist.

1689 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II.

1690 *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 319.

1691 Vgl. hierzu eingehend *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 256.

1692 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1693 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.; vgl. auch ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 911–916.

1694 Vgl. insbesondere die Argumentation bei ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1695 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

Folglich sind Investitionsschiedsgerichte für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes zuständig und solche Schäden können grundsätzlich auch bei juristischen Personen eintreten.

B. Die Behandlung immaterieller Schäden in der Schiedspraxis

Trotz der Vielzahl an Fragen, die immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht aufwerfen, existiert zu ihnen mittlerweile eine erhebliche Praxis. Aus dieser sticht eine Entwicklung hervor, deren Herausbildung im Folgenden nachvollzogen werden soll: das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände (“exceptional circumstances”) als Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes. Dieses Kriterium ist dem allgemeinen Völkerrecht unbekannt.¹⁶⁹⁶ Die Entstehung eines solchen Kriteriums beginnt mit dem Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* im Jahr 2008, weshalb die folgende Darstellung grundsätzlich zwischen der Behandlung immaterieller Schäden vor (I.), in (II.) und nach (III.) diesem Schiedsspruch trennt.

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll allerdings ausschließlich das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht sein. Damit sollen jene Fälle gemeint sein, in denen die Schiedsklage auf die Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrages gestützt ist und sich dementsprechend auch die Sekundärrechte nach völkerrechtlichen Regeln richten.¹⁶⁹⁷ Zwar behandelt das Investitionsschutzrecht auch Fälle, in denen alleine die Anwendung nationalen Rechts in Frage steht. Obwohl die ICSID-Konvention in diesen eine Rolle spielen kann, liegen ihnen doch rechtlich vollkommen andere Maßstäbe zugrunde. Sie sind deshalb für die vorliegende Untersuchung irrelevant. Damit scheiden einige Schiedssprüche, welche die Literatur re-

1696 Siehe oben unter § 5 C.

1697 Damit soll nicht gesagt sein, dass in diesen Fällen innerstaatliches Recht keine Relevanz hat. Das Zusammenspiel zwischen Völkerrecht und nationalem Recht (sei es für die Bestimmung einer geschützten Investition oder der *lex arbitri*) ist deutlich nuancierter als das Verhältnis zweier voneinander getrennter Rechtskörper, vgl. hierzu eingehend *Douglas*, BYIL 74 (2004), 194-226. Gleichwohl lässt sich eine solche Trennung für die hier interessierende Frage durchhalten.

gelmäßig zu Fragen des immateriellen Schadensersatzes rezipiert, aus der Betrachtung aus.¹⁶⁹⁸

Allerdings verschwimmt die Grenzlinie zwischen Völkerrecht und nationalem Recht in der Praxis: So berufen sich Parteien bspw. auf innerstaatliches Recht, wenden aber auf dieses völkerrechtliche Maßstäbe an.¹⁶⁹⁹ Andere Schiedsgerichte beziehen in ihre Analyse des immateriellen Schadensersatzes sowohl Schiedssprüche, die auf der Anwendung innerstaatlichen Rechts beruhen, als auch solche, die Völkerrecht anwenden, ein.¹⁷⁰⁰ Trotzdem soll in der folgenden Analyse strikt zwischen Völkerrecht und nationalem Recht getrennt werden, weil nur so Rückschlüsse auf den Inhalt der völkerrechtlichen Regeln im Investitionsschutzrecht möglich sind.

Auf der Grundlage dieser Eingrenzung ergibt sich ein Korpus aus 39 Verfahren.¹⁷⁰¹ Dieser Korpus umfasst mehrheitlich solche Fälle, in denen

-
- 1698 Vgl. bspw. *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co v. Lybien and others*, Schiedsspruch, 22. März 2013, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/2185> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 369. Dieser Schiedsspruch erging auf der Grundlage libyschen Rechts und des "Unified Agreement for the Investment of Arab Capital into the Arab States", vgl. ebd. S. 68 f. Der Schiedsspruch ist mittlerweile aufgehoben worden, vgl. Cairo Court of Appeal, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, Urteil, 3. Juni 2020, Judgment No. 39 of Judicial Year 130, englische Übersetzung abrufbar unter <https://www.transnational-dispute-management.com> (zuletzt besucht: 15. März 2023). Vgl. aus jüngerer Zeit PCA, *Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. v. Republic of Ecuador*, Schiedsspruch, 24. Mai 2022, Case No. 2018-12, der ecuadorianischem Recht unterlag (ebd. Rn. 413 f.) und in dem das Schiedsgericht einen immateriellen Schadensersatz für Ansehensverluste gewährt hat (ebd. Rn. 1401).
- 1699 Vgl. hierfür ICSID, *Renée Rose Levy de Levi v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch, 26. Februar 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 281 f. oder ICSID, *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, Schiedsspruch, 2. März 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 460.
- 1700 Vgl. hierfür ICSID, *M. Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic*, Schiedsspruch, 12. Mai 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 426; ICSID, *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, Schiedsspruch, 7. Februar 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621. Zum Teil zeigen Schiedsgerichte den geringen Wert solcher Schiedssprüche für die völkerrechtliche Bewertung ausdrücklich auf, vgl. ICSID, *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 40.
- 1701 Siehe die Aufstellung unten in Annex III auf S. 506. Zu einer ähnlichen Zahl gelangt *Dumberry*. Nach ihm haben sich bisher mehr als 30 Schiedsgerichte mit immateriellen Schäden auseinandergesetzt, *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 143.

sich das Schiedsgericht mit immateriellem Schadensersatz in der Begründetheit auseinandergesetzt hat. Zu einem kleinen Teil besteht der Korpus allerdings auch aus Fällen, in denen das Schiedsgericht selbst keine Ausführungen zu immateriellen Schäden gemacht hat, aber die Parteien hierzu vorgetragen haben.¹⁷⁰² Diese Entscheidungen sind von Interesse, weil sie über die Rechtsauffassung der beteiligten Staaten Auskunft geben. Dieser Korpus ist jedoch unvollständig, weil er unveröffentlichte Entscheidungen ausklammern muss.¹⁷⁰³ Gleichwohl spricht einiges dafür, dass er repräsentativ ist, weil – soweit ersichtlich – niemand eine abweichende, aber unveröffentlichte Schiedspraxis behauptet.

I. Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht vor *Desert Line v. Yemen*

Vor dem Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* aus dem Jahr 2008 finden sich nur vereinzelte Stellungnahmen investitionsschutzrechtlicher Schiedsgerichte zu immateriellen Schäden. Diese sind auch nur zu einem kleinen Teil für die vorliegende Untersuchung relevant, weil die Schiedsgerichte entweder unzuständig waren¹⁷⁰⁴ oder kein Völkerrecht angewendet haben.¹⁷⁰⁵ Zu den wenigen Schiedsverfahren, die immaterielle Schäden auf

-
- 1702 Dies umfasst die folgenden Fälle: ICSID, *Helnan International Hotels A/S v. the Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch, 3. Juli 2008, Case No. 05/19; ICSID, *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, Schiedsspruch, 21. Mai 2013, Case No. No. ARB/10/2; ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17; ICSID, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Schiedsspruch, 3. November 2015, Case No. ARB/11/33; ICSID, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen, 31. März 2015, Case No. ARB/14/14; ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, Schiedsspruch, 14. Dezember 2017, Case No. ARB/13/38; UNCITRAL, *David Aven et al. v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch, 18. September 2018, Case No. UNCT/15/3.
- 1703 Zu diesen Fällen gehören nach Medienberichten ICSID, *Adem Dogan v. Turkmenistan*, Schiedsspruch, 12. August 2014, Case No. ARB/09/9; PCA, *Trinh Vinh Binh and Binh Chau Joint Stock Company v. Vietnam (2)*, Schiedsspruch, 11. April 2019, Case No. 2015-23.
- 1704 Vgl. ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 3, Rn. 432; ICSID, *Generation Ukraine v. Ukraine*, 2003, Case No. ARB/00/9, Rn. 17.6.
- 1705 So bspw. in ICSID, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal*, Schiedsspruch, 25. Februar 1988, Case No. ARB/82/1, Rn. 10.01 f.

der Grundlage des Völkerrechts thematisiert haben, zählen *LAFICO v. Burundi*¹⁷⁰⁶ aus dem Jahr 1991 und *Tecmed v. Mexico*¹⁷⁰⁷ aus dem Jahr 2003. Im ersten Verfahren ging es um die Folgen des Abbruchs der diplomatischen Beziehungen zwischen Burundi und Libyen. Insbesondere behandelte die Entscheidung die Ausweisung aller libyschen Staatsangehörigen aus Burundi, die für eine libysch-burundische Investitionsgesellschaft tätig waren. Das zweite Verfahren betraf die Ansprüche einer Gesellschaft wegen der verweigerten Verlängerung einer Genehmigung zum Betreiben einer Deponie für gefährliche Industrieabfälle.

Trotz des zeitlichen Abstands und der unterschiedlichen Ausgangslagen ist beiden Entscheidungen gemeinsam, dass sie die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden ohne Weiteres bejahen, wobei beide Fälle nur Ansehens- bzw. Rufverlust thematisieren.¹⁷⁰⁸ Keiner der beiden Schiedssprüche stellte zusätzliche oder erhöhte Anforderungen an die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.

Interessant an der Entscheidung in *LAFICO v. Burundi* ist allerdings, dass die Schiedsklägerin für den Ruf- und Ansehensverlust ihrer Leitungspersonen immateriellen Schadensersatz erhalten hat.¹⁷⁰⁹ Allerdings bleibt im Schiedsspruch unklar, ob dieser Ersatz den beiden Personen unmittelbar oder der Schiedsklägerin zufließen sollte.¹⁷¹⁰ Da die beiden Betroffenen selbst keine Parteien waren, kann nur die klagende Gesellschaft Schadens-

(senegalesisches Recht); SCC, *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch, 22. September 2005, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/168> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 5.2. (moldauisches Recht); ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, Schiedsspruch, 15. August 1980, Case No. ARB/77/2, ICSID Reports 1, 330 (Entscheidung nach Billigkeitserwägungen, vgl. ebd. 361 und Wong, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 76); vgl. auch das Sondervotum im Fall ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, Sondervotum des Schiedsrichters Jacovides, 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 106, Rn. 31 (georgisches Recht).

- 1706 *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, Schiedsspruch, 4. März 1991, ILR 96 (1994), 279.
- 1707 ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch, 29. März 2003, Case No. ARB (AF)/00/2.
- 1708 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329; ICSID, *Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198.
- 1709 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 f.
- 1710 Bemerkenswerterweise heißt es im Schiedsspruch: "The Tribunal awards under this head the sum of US \$ 10,000, and the total amount of damages **awarded to Mr Guellai** is therefore US \$ 80,200." *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 330 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

ersatz erhalten haben. In diesem Fall zeigt sich *LAFICO v. Burundi* – jedenfalls augenscheinlich – als ein Vorgänger der Praxis in *Desert Line v. Yemen*, einer juristischen Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten zuzusprechen.¹⁷¹¹ Diese Parallele überzeugt allerdings nur bedingt, weil die Schiedsklägerin in *LAFICO v. Burundi* ein staatliches Unternehmen war. Aus diesem Grunde dürfte es sich hier eher um eine Form des diplomatischen Schutzes handeln, die dem klassischen Völkerrecht entspricht.¹⁷¹²

Die spärliche Schiedspraxis vor *Desert Line v. Yemen* lässt jedenfalls auf die grundsätzliche Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht schließen. Die geringe Fallzahl bis 2008 korrespondiert mit der allgemeinen Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, deren Fallzahlen erst Ende der 1990er Jahre rasant gestiegen sind.¹⁷¹³

II. *Desert Line v. Yemen*

Einen neuralgischen Punkt in der Entwicklung des immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht markiert der Schiedsspruch *Desert Line v. Yemen* im Jahr 2008. Der Schiedsspruch löste eine rege und bis heute andauernde Diskussion um Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht aus¹⁷¹⁴ und legte den Grundstein für spätere Auseinandersetzungen in anderen Schiedsverfahren. In der Folge zählt *Desert Line v. Yemen* neben dem hierauf aufbauenden Schiedsspruch in der Sache *Lemire v. Ukraine*¹⁷¹⁵ zu den prägenden Entscheidungen zum immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht. Er weist gegenüber der früheren Schiedspraxis einige Besonderheiten auf: die Gewährung immateriellen Schadensersatzes wegen des Leids der Angestellten einer juristischen Person (3.) und Anzeichen für eine zusätzliche Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes (2). Um diese Besonderheiten behandeln zu können, sollen zunächst wesentliche Aspekte des Schiedsspruchs vorgestellt werden (1).

1711 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

1712 Vgl. zu den Folgen der Stellung der Schiedsklägerin als staatliches Unternehmen auch *Dumberry*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 18 f.

1713 Vgl. zu dieser Entwicklung *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 30 f.

1714 Siehe hierzu die Nachweise oben in Fn. 1647.

1715 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18.

1. Der Schiedsspruch

Das Verfahren zwischen einer Gesellschaft nach dem Recht des Sultanats Oman (Schiedsklägerin) und dem Jemen (Schiedsbeklagter) resultierte aus Straßenbauprojekten in der jemenitischen Wüste. Die Schiedsklägerin führte diese seit 1997 im Auftrag des Jemens aus. Bis Ende 2003 waren die Straßenbauarbeiten im Wesentlichen durchgeführt. Allerdings kam der Jemen seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag zu dieser Zeit nicht mehr nach. Deshalb drohte die Klägerin wiederholt mit Baustopps. In der Folge belagerten jemenitische Stammesgruppen und später auch das jemenitische Militär die Baustelle. Schließlich einigte sich die Schiedsklägerin mit der jemenitischen Regierung, ein Schiedsverfahren durchzuführen, dass die noch zu zahlenden Beträge festlegen sollte. Dieses Schiedsgericht kam 2004 binnen sechs Wochen zu dem Ergebnis, dass der Jemen noch einen Betrag von YR 7.109.773.520 (ca. USD 38 Mio.) zu zahlen habe.¹⁷¹⁶ Im Nachgang wurde die Baustelle der Schiedsklägerin wieder vom Militär attackiert. Drei Angestellte der Schiedsklägerin, darunter der Sohn des Geschäftsführers der Schiedsklägerin, wurden inhaftiert und drei Tage später wieder entlassen. Nachdem der Jemen vor seinen Gerichten auch die Aufhebung des Schiedsspruchs begehrte hatte, kam es im Laufe des Jahres 2004 zu weiteren Attacken auf die Baustelle der Schiedsklägerin. Diese erklärte sich daraufhin Ende 2004 bereit, einem Vergleich zuzustimmen, der ihr allerdings nur YR 3.524.326.966 (ca. USD 19 Mio.) zusprach. Zudem sicherte der Vergleich zu, dass die Schiedsklägerin ihre Arbeitsgerätschaften aus dem Jemen abziehen könne. Der Jemen zahlte darauf die Vergleichssumme. Zur Herausgabe der Arbeitsgeräte kam es erst mit erheblicher Verzögerung.

Vor diesem Hintergrund erhob die Schiedsklägerin auf Grundlage des Investitionsschutzvertrages zwischen dem Jemen und dem Oman¹⁷¹⁷ eine Schiedsklage. Mit dieser begehrte sie die Zahlung des restlichen Werklohns, die Aufhebung des Vergleichs und – neben weiteren Schadensposten – den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁷¹⁸ Letztere bezifferte sie mit OR 40,000,000 (ca. USD 104 Mio.).¹⁷¹⁹ Das Schiedsgericht sah in dem Verhalten Jemens

1716 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 31.

1717 Bilateraler Investitionsschutzvertrag zwischen dem Oman und dem Jemen (Oman-Jemen BIT), 20. September 1998, abrufbar unter: <https://arbitration.org/bit/oman-yemen> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1718 Vgl. für die letzten Anträge der Schiedsklägerin ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 81.

1719 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 284.

eine Verletzung der Garantie billiger und gerechter Behandlung des Oman-Jemen BIT. Dagegen ließ es dahinstehen, ob Jemen seine Pflicht zur Gewährleistung des vollen Schutzes und der Sicherheit verletzt hatte.¹⁷²⁰ Im Rahmen des materiellen Schadensersatzes sprach das Schiedsgericht die Restsumme aus dem ursprünglichen Schiedsspruch zu.¹⁷²¹ Es gewährte zudem unter Abweisung der übrigen Anträge immateriellen Schadensersatz in Höhe von USD 1.000.000.¹⁷²² Zur Begründung dieser Entscheidung machte es die folgenden Ausführungen, die aufgrund ihrer Bedeutung für die folgende Entwicklung im Ganzen wiedergegeben sind:

“289. The Respondent has not questioned the possibility for the Claimant to obtain moral damages in the context of the ICSID procedure. Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages. It is generally accepted in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them.

The Arbitral Tribunal knows that it is difficult, if not impossible, to substantiate a prejudice of the kind ascertained in the present award. Still, as it was held in the Lusitania cases, non-material damages may be “very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by monetary standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated,” Lusitania Case, US V. GERMANY, NOVEMBER 1923, VII RIAA 32, at p. 42, QUOTED WITH APPROVAL IN JAMES CRAWFORD, ILC ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY at p. 223 et seq.

It is also generally recognized that a legal person (as opposed to a natural one) may be awarded moral damages, including loss of reputation, in specific circumstances only.

290. The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for the injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material

1720 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 213–215.

1721 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 253.

1722 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 291.

in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation.¹⁷²³

An dieser Passage fällt zunächst auf, dass sich das Schiedsgericht ausdrücklich auf nationale (Privat-) Rechtsordnungen stützt,¹⁷²⁴ um die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zu begründen. Angesichts der privatrechtlichen Wurzeln des Rechtsinstituts im Völkerrecht¹⁷²⁵ ist dieser Verweis zwar nicht fernliegend. Bemerkenswert bleibt indes, dass es nicht schlicht auf die völkerrechtliche Regel¹⁷²⁶ und die ARSIWA verwiesen hat. Zusätzlich werfen Wendungen wie "fault-based liability" oder "malicious" die Frage auf, ob der Ersatz immaterieller Schäden besondere Voraussetzungen (wie ein Verschulden) fordert. Außerdem scheint das Schiedsgericht einer juristischen Person auch für das Leid ihrer Angestellten Geldersatz zu gewähren. Beide Aspekte sollen die folgenden Abschnitte näher beleuchten.

2. Zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz?

Die Rezeption dieses Schiedsspruchs bestimmt die Frage, ob er eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden eingeführt hat. Die Diskussionen kreisen dabei darum, wie die Bezugnahmen auf "exceptional circumstances", "malicious" und "constitutive of a fault-based liability"¹⁷²⁷ zu lesen sind. Mit anderen Worten geht es im Wesentlichen darum, ob nur unter außergewöhnlichen Umständen und/oder bei (qualifiziertem) Schädigungsvorsatz immaterieller Schadensersatz geschuldet ist. Grundsätzlich erscheinen drei Deutungen möglich.

Eine erste Deutung¹⁷²⁸ legt besonderen Wert auf die Passagen in der Entscheidung, die auf ein subjektives Kriterium abstellen. Wie sich das Verschuldenserfordernis zu den ebenfalls erwähnten außergewöhnlichen Umständen verhält, wird unterschiedlich gesehen. Während das (erhöhte) Verschuldenserfordernis nach einer Auffassung außergewöhnliche

1723 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.

1724 Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf "most legal systems", ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289.

1725 Siehe hierzu oben in § 6.

1726 Siehe hierzu oben unter § 5 A. II. 3.

1727 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.

1728 Vgl. *Alrashid*, GAR 3 (2008), 40.

Umstände konkretisieren soll,¹⁷²⁹ lesen andere das Kriterium der außergewöhnlichen Umstände als Voraussetzung für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, neben der die subjektiven Voraussetzungen gesondert stehen.¹⁷³⁰ In jedem Fall statuiert *Desert Line v. Yemen* in dieser Lesart ein qualifiziertes Verschuldenserfordernis für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.

Ein zweiter Ansatz liest *Desert Line v. Yemen* dagegen so, dass der Schiedsspruch außergewöhnliche Umstände als eine zusätzliche Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes eingeführt habe.¹⁷³¹ Ein dritter und letzter Ansatz sieht die Verweise auf außergewöhnliche Umstände ebenso wie auf "malicious" oder "fault-based liability" lediglich als Aussagen zum konkreten Fall und nicht als zusätzliche Voraussetzungen für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes an.¹⁷³² Dieser Ansatz ist ein Versuch, den Schiedsspruch mit dem zwischenstaatlichen Völkerrecht in Einklang zu bringen, weil diesem ein Verschuldenserfordernis ebenso fremd ist wie ein zusätzliches Kriterium für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.¹⁷³³ In eine ähnliche Richtung zielt der Vorschlag, die angeführten Umstände als relevante Gesichtspunkte zur Bemessung immateriellen Schadensersatzes zu begreifen.¹⁷³⁴

-
- 1729 In diese Richtung wohl *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum*: Thomas Wälde, 253 (259); *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 20 f., 30 f.; vgl. auch *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 196 f.
- 1730 *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, 311 f., die es allerdings ablehnen, eine subjektive Voraussetzung an den Ersatz immaterieller Schäden zu knüpfen. Aus ihrer Sicht dürften die Intentionen des schädigenden Staates alleine im Rahmen der Schadensberechnung Berücksichtigung finden.
- 1731 Vgl. *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 498 f.
- 1732 Vgl. *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 230; *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum*: Thomas Wälde, 253, 260 f.; so auch *Gharavi* in seinem Diskussionsbeitrag: *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 239.
- 1733 Siehe hierzu oben unter § 5 C.
- 1734 Vgl. *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 32; in diese Richtung tendieren auch *Michou*, International Business Law Journal 2011, 63; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, 312; *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 95; vgl. auch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 394, nach dem

Sprachlich deuten die Formulierungen “fault-based” oder außergewöhnliche Umstände allerdings eher auf eine zusätzliche Voraussetzung hin. Es dürfte auch nicht gangbar sein, außergewöhnliche Umstände alleine darauf zu beziehen, dass hier eine juristische Person Nichtvermögensschäden geltend macht. Das Schiedsgericht verwendet nämlich zweimal die Formulierung “exceptional” bzw. “specific circumstances”, jedoch nur einmal im Zusammenhang mit juristischen Personen.¹⁷³⁵

Folglich ist der Schiedsspruch in dieser Hinsicht mehrdeutig geblieben.¹⁷³⁶ Er etablierte nicht eindeutig eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden. Gleichwohl enthielt er in diese Richtung Andeutungen. Ein solche Lesart sollte sich erst mit der nachfolgenden Schiedspraxis durchsetzen, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.¹⁷³⁷

3. Nichtvermögensschäden der Angestellten der Schiedsklägerin

Der Schiedsspruch hat zusätzlich die Frage aufgeworfen, warum eine juristische Person auch für das Leid seines Personals immateriellen Schadensersatz geltend machen kann. Der Schiedsspruch selbst liefert keine Erklärung. Allerdings ist es zwingende Folge der Zuerkennung einer Schadensersatzsumme für das Leid der Angestellten, dass mit ihrer Verletzung zugleich auch die Schiedsklägerin verletzt worden ist, weil ansonsten keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestanden hätte.¹⁷³⁸ Das Völkerrecht erkennt die Unterscheidung zwischen einer juristischen Person und ihrer Anteilseigner*innen an,¹⁷³⁹ für das Verhältnis der juristischen Person zu ihren Angestellten wird nichts anderes gelten. In der Folge können sie jeweils nur einen eigenen Schaden geltend machen. Somit ist es materiell-rechtlich zwingend, dass das Leid der Angestellten zugleich die juristische Person verletzt.

das Kriterium der außergewöhnlichen Umstände auf den tatsächlichen Umstand zurückzuführen sei, dass in der Regel Individuen solche Schäden geltend machen.

1735 Siehe oben das Zitat aus dem Schiedsspruch auf S. 356.

1736 Vgl. *Dumberry*, International Investment Law, in: 1130, 1135; so auch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 394.

1737 Siehe hierzu unten unter § 11 B. III. 1.

1738 Siehe zu Zuständigkeitsproblemen *ratione personae* oben auf S. 347; vgl. auch *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267.

1739 Vgl. IGH, *Barcelona Traction (Second Phase)*, 1970, I.C.J. Reports 1970, 3, Rn. 41f., 44.

Diese dogmatisch zwingende Folge könnte im entschiedenen Fall ein moralisches Bedürfnis überlagert haben: Die Rechtsverstöße des Jemens (Belagerung, Artilleriebeschuss, Inhaftierung) waren außergewöhnlich schwerwiegend und richteten sich insbesondere gegen die beteiligten Menschen, die Angst, Verzweiflung und Leid erfahren mussten. Der Alleininhaber der Schiedsklägerin soll nach der Beschreibung seines Prozessvertreters in Folge der Maßnahmen des Jemens ein “gebrochener Mann” gewesen sein.¹⁷⁴⁰ Daher mag das Schiedsgericht ein Bedürfnis verspürt haben, das persönliche Leid der Beteiligten im Rechtsfolgenausspruch abzubilden. Bei allem Verständnis entbindet dies nicht von einer dogmatischen Begründung. Hierzu hat die Literatur im Wesentlichen vier Angebote gemacht.¹⁷⁴¹ Eine erste Gruppe sieht im Leid der Angestellten einen eigenen Schaden der juristischen Person, eine zweite Gruppe sieht in diesem Schadensposten der Sache nach einen Haftungsschaden, während eine dritte Gruppe eine Analogie zum diplomatischen Schutz zieht. Zuletzt soll dieser Schadensposten ein Strafschadensersatz sein.

Nach dem ersten Ansatz ist das Leid der Angestellten ein eigener Schaden der juristischen Person, weil die juristische Person “durch” ihre Angestellten leide¹⁷⁴² oder die Investition durch die Verschlechterung der Leistung der Mitarbeitenden leide.¹⁷⁴³ Die erste Variante findet ihr Vorbild im französischen Zivilrecht und insbesondere der Rechtsprechung des Cour de Cassation.¹⁷⁴⁴ Hierbei dürfte es sich allerdings um eine Idiosynkra-

1740 Vgl. die Schilderung seines Prozessvertreters *Gharavi, Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 240.

1741 Zum Teil wird die Ersatzfähigkeit solcher Schäden bei einer juristischen Person abgelehnt, vgl. hierfür *Uchkunova/Temnikov*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 383 f.; *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 109.

1742 Vgl. *Burda*, *Desert Line Projects LLC contre République du Yemen*, *La Revue Libanaise de l’Arbitrage* 48 (2008), 24–32, 31.

1743 Vgl. *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 228; *Michou*, *International Business Law Journal* 2011, 62; *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 498; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 422 f.; *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 109.

1744 Vgl. *Burda*, *La Revue Libanaise de l’Arbitrage* 48 (2008), 31.

sie des französischen Rechts handeln,¹⁷⁴⁵ die deshalb nur schwerlich Eingang in das Völkerrecht im Wege eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut finden dürfte.¹⁷⁴⁶ Dagegen macht die zweite Variante aus dem Leiden einen reinen Vermögensschaden.¹⁷⁴⁷ Dies ist jedoch mit dem Ausgangspunkt des Schiedsgerichts unvereinbar, dass es immateriellen Schadensersatz zusprechen wollte.¹⁷⁴⁸

Ein zweiter Ansatz konzipiert das Leid der Angestellten als einen “Haf-
tungsschaden”. Nach diesem Konzept des deutschen Privatrechts können
Geschädigte auch Ersatz dafür verlangen, was sie selbst aufgrund des schä-
digenden Ereignisses an Dritte an Schadensersatz leisten mussten.¹⁷⁴⁹ So
gewendet kann ein Unternehmen den Ersatz für die Verletzung seiner
Mitarbeiter verlangen, wenn es selbst diesen Schadensersatz schuldet.¹⁷⁵⁰
Damit ist der Schaden für die juristische Person notwendigerweise ein

1745 Vgl. zu den rechtstheoretischen und dogmatischen Unsicherheiten um dieses Kon-
zept im französischen Recht *Broche*, Faut-il en finir avec le dommage moral des
personnes morales?, *Revue Lamy Droit civil* 104 (2013), 19 ff.

1746 Allerdings findet sich in der belgischen Rechtsordnung eine ähnliche Entwicklung,
vgl. *Cousy/Droshout*, Belgium – Non-pecuniary loss under Belgian law, in: Rogers
(Hrsg.), 2001, 28–46, 49 (Rn. 71).

1747 So ausdrücklich *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment
Arbitration, in: International Arbitration and International Commercial Law, 411,
422 f.; vgl. auch *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux
International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 271;
ebenso *Vasudev*, ASA Bulletin 37 (2019), 109.

1748 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f. Das zeigt
sich besonders deutlich in der Zinsentscheidung, in der es scharf zwischen Vermö-
gensschäden und Nichtvermögensschäden unterscheidet, ebd. Rn. 296 f.

1749 Vgl. zu diesem Konzept nach deutschem Recht eingehend *Höpfner* in: Herres-
thal (Hrsg.), *Staudinger*, Neubearbeitung 2021, § 249 BGB Rn. 207. Allerdings
ist der Anspruch des Geschädigten nach deutschem Zivilrecht zunächst auf die
Freistellung von der Verbindlichkeit gerichtet und wandelt sich nur in einen Geld-
zahlungsanspruch (§ 251 Abs. 1 BGB), sofern die geschädigte Person die Verbind-
lichkeit erfüllt hat.

1750 Vgl. hierfür (wenn auch ohne Nennung des Begriffs) die Ausführungen von
Nelson in *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should
Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty
Arbitration and International Law*, 233, 247. In einer Spielart vertritt auch *Wong*
diesen Ansatz, der eine Abtretung der Individualansprüche annimmt, vgl. *Wong*,
The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *The
Fordham Papers* 2012, 67, 98.

reiner Vermögensschaden,¹⁷⁵¹ so dass ihm der gleiche Einwand wie der zweiten Alternative des ersten Ansatzes begegnet.

Dagegen schlägt ein dritter Ansatz eine Analogie zum diplomatischen Schutz als “unternehmerischer Schutz”¹⁷⁵² vor. Nach klassischem Verständnis kann ein Staat im Wege des diplomatischen Schutzes Schadensersatz für (immaterielle) Schäden seiner Staatsangehörigen verlangen.¹⁷⁵³ Dies basiert auf der sog. *Vattel'schen* Fiktion, nach der die Verletzung seiner Staatsangehörigen auch den jeweiligen Staat in eigenen Rechten verletzt.¹⁷⁵⁴ Übertragen auf ein Unternehmen würden Angestellte von ihrem Unternehmen mediatisiert.¹⁷⁵⁵ Um Zweifel an der Zuständigkeit eines Investitionschiedsgerichts über solche Ansprüche auszuräumen, begrenzen *Markert* und *Freiburg* den “unternehmerischen Schutz” auf investmentsrelevantes Personal (in der Regel die Unternehmensleitung).¹⁷⁵⁶ Da der diplomatische Schutz die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs voraussetzt,¹⁷⁵⁷ verlangen *Markert* und *Freiburg*, dass die Anspruchsverfolgung durch die Mitarbeitenden selbst *prima facie* eine unzumutbare Belastung sein müsse.¹⁷⁵⁸ Damit wollen sie verhindern, dass der Vorrang des innerstaatlichen Rechtswegs umgangen wird. Ungeachtet dieser Einschränkung setzt eine Analogie¹⁷⁵⁹ zum diplomatischen Schutz voraus, dass im Völkerrecht überhaupt eine Lücke besteht. Daran fehlt es jedoch. Auch wenn die geschädigten Angestellten selbst in der Regel nicht Investor*innen sind und daher

1751 Dies erkennt *Nelson* auch an, vgl. *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 247.

1752 Vgl. die Begriffe “corporate protection” und “corporate espousal”, die *Sabahi* in die Diskussion eingeführt hat, vgl. *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 241.

1753 Siehe hierzu oben unter § 4 C.

1754 *Vattel*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Vol. II, Kap. 6, S. 309.

1755 *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 259 und *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 140; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 35.

1756 *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 36 f.; zustimmend *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 29.

1757 Vgl. hierzu Art. 14 DADP.

1758 *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 36 f.; zustimmend *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 29 f.

1759 Ob in diesem Umfang Analogiebildungen im Völkerrecht möglich sind, mag dahingestellt bleiben, siehe zu dem Problem völkerrechtlicher Analogiebildung oben unter § 3 A.

selbst keinen Zugang zu Investitionsschiedsgerichten haben,¹⁷⁶⁰ kann ihr Heimatstaat¹⁷⁶¹ Ansprüche im Wege des diplomatischen Schutzes geltend machen. Der diplomatische Schutz schließt gerade die Lücke, die aus der fehlenden Rechtsfähigkeit des Individuums im klassischen Völkerrecht resultierte.¹⁷⁶² Daher bedarf es des unternehmerischen Schutzes nicht.¹⁷⁶³ Obwohl mittlerweile ein Schiedsgericht auf den “unternehmerischen Schutz” verwiesen hat,¹⁷⁶⁴ dürfte deshalb eine Analogiebildung ausscheiden.

Ein letzter Erklärungsansatz meint, dass der Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* einen strafenden Charakter habe.¹⁷⁶⁵ Soll der Schiedsspruch bestrafen und keine Schäden ausgleichen, sei die Frage des eigentlich Geschädigten nicht mehr entscheidend.¹⁷⁶⁶ Allerdings kennt das Völkerrecht nach der weitüberwiegenden Auffassung keinen Strafschadensersatz.¹⁷⁶⁷ Deshalb hat ein Verweis auf dieses Institut an dieser Stelle keinen Erklärungswert.

Die bisher besprochenen vier Erklärungsansätze weisen allesamt Unzulänglichkeiten auf. Die Entscheidung lässt sich auch nicht etwa als ein Versehen des Schiedsgerichts erklären. Bei einem anderen Schadensposten stellt es in einem *obiter dictum* auf den Unterschied zwischen Schiedsklägerin und ihrem Gesellschafter ab.¹⁷⁶⁸ Es war sich also der Unterscheidung wohl bewusst. Damit bleibt zuletzt die Überlegung, ob es sich hier um eine allgemeine völkerrechtliche Regel handeln könnte. Hierfür spricht, dass der

1760 Vgl. *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 35.

1761 Dieser Heimatstaat kann ein anderer sein als der Heimatstaat der Schiedsklägerin in der Investitionsschutzstreitigkeit.

1762 Vgl. Völkerrechtskommission, DADP with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55, Art. 1 Rn. 4.

1763 Je nach Fallgestaltung können zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten vor regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen bestehen.

1764 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 914–917.

1765 In diese Richtung tendiert auch das Schiedsgericht in ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545, wenn es – mit Verweis auf *Desert Line* – von “punitive or moral damages” spricht. Siehe unten zum Sanktionscharakter dieser Schiedspraxis unter § 13 A. II. 2.

1766 So *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 58.

1767 Siehe hierzu unten die Nachweise in Fn. 1775.

1768 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 275 („[...] without entering into the debate whether the allegedly injured party was not the Claimant but rather its Chairman personally [...]“).

EGMR ähnlich verfährt.¹⁷⁶⁹ Diese Praxis steht allerdings auf ebenso tönernen Füßen¹⁷⁷⁰ wie die investitionsschutzrechtliche Praxis. Gleichwohl ist die Konvergenz beider Teilrechtsgebiete ohne gegenseitige Bezugnahmen bemerkenswert und lässt vermuten, dass hier eine allgemeine völkerrechtliche Rechtsentwicklung stattfindet, eine juristische Person bei Individualrechtsbehelfen auch für das Leid ihrer Mitarbeitenden zu entschädigen. Angesichts der spärlichen Praxis ist es für verlässliche Aussagen allerdings noch zu früh.

III. Außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes

Auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch folgten einige Schiedssprüche, die sich mit immateriellen Schäden auseinandersetzten. In dieser Schiedspraxis kristallisierte sich eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung für den Geldersatz immaterieller Schäden heraus: außergewöhnliche Umstände (1.). Mit der Zeit schuf die Praxis Klarheit darüber, wann Umstände in diesem Sinne außergewöhnlich sind (2.). Im Übrigen ist keine Schiedspraxis erkennbar, die gegen ein solches Tatbestandsmerkmal spricht (3.). Allerdings fehlt eine einheitliche Praxis zur Behandlung immaterieller Schäden, wenn keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen (4.).

1. Verfestigung einer Lesart des Schiedsspruchs im Fall *Desert Line v. Yemen*

Bereits kurz nach dem *Desert-Line*-Schiedsspruch setzte sich die Deutung durch, dass außergewöhnliche Umstände aufgrund dieser Entscheidung eine Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden sind. Dieses Verständnis des *Desert-Line*-Schiedsspruch zeigte zunächst der Schiedsspruch in der Sache *Siag and Vecchi v. Egypt*.¹⁷⁷¹ In dem Verfahren ging es um die Enteignung eines zu errichtenden Hotelkomplexes. Das Schiedsgericht lehnte einen immateriellen Schadensersatz ab, weil dieser nur in “extreme

¹⁷⁶⁹ Siehe hierzu oben unter § 8 A. II. Hierauf verweisen Jagusch/Sebastian, Arbitration International 29 (2013), 57 ausdrücklich.

¹⁷⁷⁰ Siehe hierzu oben unter § 8 A. II.

¹⁷⁷¹ ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

cases of egregious behaviour”¹⁷⁷² gewährt werden könne. Zum Beleg dieser Behauptung verwies es auf *Desert Line v. Yemen*.¹⁷⁷³ Die eigentliche Erklärung für die erhöhten Anforderungen an einen immateriellen Schadensersatz im Fall *Siag and Vecchi v. Egypt* dürfte allerdings sein, dass das Schiedsgericht immateriellen Schadensersatz und Strafschadensersatz vermeint.¹⁷⁷⁴ Da aber das Völkerrecht keinen Strafschadensersatz kennt,¹⁷⁷⁵ sind die Gründe für eine zusätzliche Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes in *Siag and Vecchi v. Egypt* wenig anschlussfähig.

Trotzdem setzte sich die so eingeführte Lesart des *Desert-Line*-Schiedsspruchs fort. So schließen sich die Schiedsgerichte in *Europe Cement v. Turkey*¹⁷⁷⁶ und *Cementownia v. Turkey*¹⁷⁷⁷ im Jahr 2009 der Ansicht an, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen zu ersetzen seien. Die Verfahren behandelten mögliche Ansprüche des beklagten Staates wegen mutwilliger Rechtsverfolgung der Schiedsklägerinnen. Der Hintergrund dieses Begehrens war jeweils, dass die behaupteten Anteilskäufe der Schiedsklägerin nicht nachgewiesen bzw. die vorgelegten Nachweise vermutlich gefälscht waren.¹⁷⁷⁸ In beiden Fällen erhielt die Beklagte kein Geld als Ersatz für ihren immateriellen Schaden.¹⁷⁷⁹ Zur Begründung nahmen beide Schiedssprüche auf *Desert Line v. Yemen* Bezug und machten diesen Schiedsspruch zur autoritativen Quelle für den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁷⁸⁰

1772 Vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

1773 Ob das Schiedsgericht tatsächlich dasselbe Kriterium wie im *Desert-Line*-Fall angewendet hat, erscheint zweifelhaft. Denn beide Sachverhalte waren vergleichbar (Inhaftierung und körperliche Gewalt gegen Angestellte, ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 41, 48) und hätten bei Anwendung derselben Voraussetzung gleich entschieden werden müssen, Wong, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 86.

1774 Vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; so auch Moyano García, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 499

1775 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4). Siehe hierzu auch oben unter § 5 B. III.

1776 ICSID, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch, 13. August 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181.

1777 ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169.

1778 Vgl. ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 152-170; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 156, 159.

1779 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 177-181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 167-171.

1780 Allerdings betrafen beide Fälle Ansprüche eines Staates auf immateriellen Schadensersatz. Solche Ansprüche werfen unter anderem schwierige prozessuale Pro-

Durchgesetzt hat sich das Tatbestandsmerkmal der außergewöhnlichen Umstände mit der Entscheidung im Fall *Lemire v. Ukraine* im Jahr 2011.¹⁷⁸¹ In dem Verfahren wehrte sich der Schiedskläger, Inhaber eines Radiosenders in der Ukraine, gegen die Verweigerung neuer Radiolizenzen und wiederholte unangekündigte behördliche Kontrollen. In der Nachfolge dieses Falls haben die meisten Schiedsgerichte, die Gewährung immateriellen Schadensersatzes unter die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände gestellt.¹⁷⁸² Diese Schiedssprüche unterfallen nach der Intensität ihrer Begründungen in drei Kategorien: erstens Schiedssprüche, die sich alleine auf den übereinstimmenden Parteivortrag stützen,¹⁷⁸³ zweitens Schiedssprüche, die sich ohne nähere Auseinandersetzungen in der Sache auf jeweils einen maßgeblichen vorangegangen Schiedsspruch (*Lemire v. Ukraine*¹⁷⁸⁴ oder

bleme auf, vgl. hierzu eingehend *Uchkunova/Temnikov*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 394–402 (die sich für die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Widerklagen aussprechen).

- 1781 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326. In diesem Verfahren hatte das Schiedsgericht bereits im Rahmen seiner Entscheidung zu *Jurisdiction and Admissibility* befunden, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersatzfähig seien, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476 unter Verweis auf *Desert Line v. Yemen*.
- 1782 Vgl. in chronologischer Reihenfolge: ICSID, *Señor Tza Yap Shum v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch, 7. Juni 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584–592; SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch, 19. Dezember 2013, SCC Arbitration V (I16/2010), Rn. 1781f.; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906–908; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15Rn. 908f.; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 908f.; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; *Oxus Gold PLC v. The Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch, 17. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 895; ICSID, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique v. the Republic of Guinea*, Schiedsspruch, 16. August 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453, 457; ICSID, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, Schiedsspruch, 18. April 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 289. Die übrige Schiedspraxis wird hierzu unten unter § 11 B. III. 3 in Bezug gesetzt.
- 1783 SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (I16/2010), Rn. 1781; ähnlich *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900, wobei sich das Schiedsgericht auch mit der bisherigen Schiedspraxis auseinandersetzt (vgl. ebd. Rn. 895–896).
- 1784 ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909, das sich aller-

*Arif v. Moldova*¹⁷⁸⁵) stützen, und drittens Schiedssprüche, die sich mit dieser Voraussetzung näher auseinandersetzen.¹⁷⁸⁶ Aus der dritten Gruppe sticht der Schiedsspruch zu *Arif v. Moldova* hervor, weil er als einziger eine inhaltliche Begründung für die Schiedspraxis liefert. Der Fall betraf Maßnahmen Moldaus, die es den Unternehmen des Schiedsklägers erschweren, ihre Lizenzen zum Betreiben mehrerer Duty-Free-Shops zu nutzen. Das Schiedsgericht möchte im Regelfall keinen immateriellen Schadensersatz gewähren, weil dies Geschäftsbeziehungen ohne Grund erschweren würde und nicht zu rechtfertigende Vermögensvorteile auf Seiten der Geschädigten hervorrufe.¹⁷⁸⁷ Damit argumentierte es in Anlehnung an eine klassische Position im privaten Vertragsrecht.¹⁷⁸⁸ Allerdings scheint das Schiedsgericht das Konzept des immateriellen Schadens mit der Frage einer erhöhten Schwelle für deren Kompensation zu verwechseln. Wenn es von “frustration” und “affront”¹⁷⁸⁹ spricht, deren Ausgleich die Risikoverteilung in einem Vertrag aushebeln würde, dürften dies Fälle sein, in denen es schon an einem Schaden fehlt.¹⁷⁹⁰ Sie rechtfertigen es jedenfalls nicht, erhöhte Voraussetzungen an die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zu stellen. Soweit das Schiedsgericht im Übrigen darauf verweist, dass die Anforderung außergewöhnlicher Umstände mit der sonstigen (d. h. zwischenstaatlichen) Praxis übereinstimme, trifft diese Behauptung nicht zu.¹⁷⁹¹ Die übrigen Begründungen für eine zusätzliche Voraussetzung des Ersatzes

dings auch auf *Desert Line v. Yemen* stützt, ebd. Rn. 910; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618.

1785 ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621 f.

1786 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584–592, insbesondere Rn. 592; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453 f. und ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 290–293, die diese Voraussetzung jeweils aus der Spruchpraxis herleiten.

1787 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

1788 Vgl. zur fehlenden Ersatzfähigkeit der Frustration des Gläubigers über den nicht erfüllenden Schuldner im deutschen Privatrecht Höpfner in: Herresthal (Hrsg.), Neubearbeitung 2021, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, § 253 Rn. 6.

1789 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

1790 Vgl. für eine Kritik an dieser Begründung mit einer anderen Stoßrichtung Moyano García, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 497, nach dessen Auffassung das Schiedsgericht hier materiellen und immateriellen Schaden gleichsetze und damit eine vollständige Schadenskompensation verhindere.

1791 Siehe oben unter § 5 C.

immaterieller Schäden verweisen auf die Analyse der Schiedspraxis.¹⁷⁹² Ihnen fehlt daher ebenso eine tiefergehende Begründung, weil auch die in Bezug genommenen Entscheidungen allesamt (mit Ausnahme von *Arif v. Moldova*) keine inhaltlichen Begründungen enthalten.

Damit hat sich bisher zwar keine überzeugende Begründung für die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände aus der Schiedspraxis ergeben. Gleichwohl dürfte es als gesichert gelten, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersatzfähig sind.¹⁷⁹³ Zugleich scheinen sich Anhaltspunkte in *Desert Line v. Yemen*, die auf eine verschuldensabhängige Haftung für Nichtvermögensschäden gedeutet hatten,¹⁷⁹⁴ in der weiteren Praxis nicht durchgesetzt zu haben, weil hierauf kein Bezug mehr genommen wird.¹⁷⁹⁵ Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Ausziselierung des Tatbestandsmerkmals der außergewöhnlichen Umstände im Fall *Lemire v. Ukraine*¹⁷⁹⁶ letztlich doch ein Verschulden voraussetze.¹⁷⁹⁷ Diese Behauptung lässt sich allerdings nur auf der Grundlage einer genaueren Vorstellung vom Begriff der außergewöhnlichen Umstände beurteilen. Daher soll der folgende Abschnitt den Begriff umreißen.

2. Die Definition außergewöhnlicher Umstände

Da *Desert Line v. Yemen* jedenfalls nicht eindeutig eine zusätzliche Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes einführte, enthält der Schiedsspruch selbst keine Definition außergewöhnlicher Umstände. Deshalb blieb bis zur Entscheidung *Lemire v. Ukraine* im Jahr 2011 unklar, wann solche Umstände vorliegen.¹⁷⁹⁸ Die vorhergehenden Schiedssprüche hatten nur pauschal auf eine zusätzliche Voraussetzung verwie-

1792 Vgl. bspw. ICSID, *Lemire v. Ukraine, Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476. Siehe auch die Nachweise in Fn. 1786.

1793 So nunmehr auch *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2022, S. 426. In der Vorauflage fehlte diese Einschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden, vgl. *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2012, S. 295.

1794 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 1729.

1795 Vgl. *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 398.

1796 Siehe hierzu unten unter § 11 B. III. 2.

1797 So *Champagne*, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1 (2015), 35.

1798 So auch ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326.

sen.¹⁷⁹⁹ Erst *Lemire v. Ukraine* unternahm den Versuch, außergewöhnliche Umstände zu definieren.

Das Schiedsgericht hatte die Frage zu beantworten, ob aus der festgestellten Verletzung der Garantie billiger und gerechter Behandlung¹⁸⁰⁰ des Ukraine-US BIT¹⁸⁰¹ auch ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz folge. Um hierfür den Begriff der außergewöhnlichen Umstände zu bestimmen, analysierte es die Entscheidungen zu *Desert Line v. Yemen, Lusitania* und *Siag and Vecchi v. Egypt*.¹⁸⁰² Aus diesen drei Entscheidungen zieht das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine* folgende Schlussfolgerung:

“333. The conclusion which can be drawn from the above case law is that, as a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State, but that moral damages can be awarded in exceptional cases, provided that

- the State’s actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;
- the State’s actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and
- both cause and effect are grave or substantial.”¹⁸⁰³

Zunächst fällt auf, dass diese Definition in ihrem zweiten Spiegelstrich mit Variationen im Detail umreißt, was sowohl im zwischenstaatlichen Völker-

1799 ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169, wobei das Schiedsgericht zusätzlich Bedenken hinsichtlich der prozessualen Zulässigkeit hatte (ebd. Rn. 170); vgl. auch ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181, das als ein Beispiel für außergewöhnliche Umstände körperlichen Zwang nennt, ohne sonst nähere Angaben zu weiteren Voraussetzungen zu machen.

1800 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 30 f. Diese Feststellung traf das Schiedsgericht bereits in seiner ersten Entscheidung zu *Jurisdiction and Liability*, ICSID, *Lemire v. Ukraine, Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 419-421.

1801 Art. II Abs. 3 Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Ukraine betreffend die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen (Ukraine-US BIT), 4. März 1994, abrufbar unter: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210531.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1802 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 327-332.

1803 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

recht als auch im Menschenrechtsschutz als immaterieller Schaden gilt.¹⁸⁰⁴ Damit gibt dieser Absatz eine Definition immaterieller Schäden, die in der übrigen Schiedspraxis fehlte.¹⁸⁰⁵ Jedoch stellen die Spiegelstriche eins und drei gegenüber dem zwischenstaatlichen Völkerrecht zusätzliche Voraussetzungen auf und umreißen damit, was außergewöhnliche Umstände sind.

Wesentlich für außergewöhnliche Umstände sind nach dieser Definition die Schwere der Verletzungshandlung und der dadurch verursachten Folgen. Bei der Ermittlung dieser Definition schien das Schiedsgericht offenbar davon geleitet, dass in den Fällen *Desert Line v. Yemen* und *Lusitania* jeweils schwerwiegende Verletzungen Verfahrensgegenstand waren. An dieser Argumentation überrascht allerdings, dass allenfalls *Desert Line v. Yemen* und zu einem gewissen Grad *Siag v. Egypt* Hinweise auf eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden bieten.¹⁸⁰⁶ In *Lusitania* ist ein solches Kriterium nicht angelegt.¹⁸⁰⁷ Zwar ist die Versenkung eines mit Zivilisten besetzten Schiffes durch die kaiserliche Marine¹⁸⁰⁸ sicherlich außergewöhnlich. Dies rechtfertigt indes nicht den Schluss, dass solche Umstände eine *notwendige* Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes seien.¹⁸⁰⁹

Deshalb verwundert es nicht, wenn das einzige Schiedsgericht (*Arif v. Moldova*), das sich mit dem Definitionsversuch kritisch auseinandergesetzt hat, hierin lediglich “a summary of the issues in these cases”¹⁸¹⁰ erblickt hat. Diese Einsicht führte allerdings in *Arif v. Moldova* nicht dazu, das Tatbestandsmerkmal der außergewöhnlichen Umstände zu verwerfen. Vielmehr spricht sich auch dieses Schiedsgericht für eine zusätzliche Voraussetzung der außergewöhnlichen Umstände aus, die es wenig überzeugend aus *Lusitania* herleitet.¹⁸¹¹ Was außergewöhnliche Umstände sind, füllt das

1804 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II., § 8 A. I., § 9 B. I. und § 10 B. I.

1805 von Borgen, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 83 f. von Borgen ist allerdings letztlich der Auffassung, die gesamte Lemire-Formel definiere immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht, vgl. ebd. S. 85.

1806 Siehe hierzu oben unter § 11 B. III. 1.

1807 Vielmehr geht *Lusitania* vom Grundsatz der Totalreparation aus, vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 36; vgl. auch Dumberry, Journal of International Arbitration 27 (2010), 269.

1808 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 33.

1809 Vgl. Dumberry/Cusson, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 62; siehe auch oben unter § 5 C.

1810 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 590.

1811 Vgl. ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 591.

Schiedsgericht nur sehr vage aus und verlangt, dass die Verletzung des Investitionsschutzvertrages schwerwiegende Leiden oder Schmerzen hervorrufen müsse.¹⁸¹² Dieses Kriterium dürfte sich nur geringfügig von der Definition aus *Lemire v. Ukraine* unterscheiden. Unterschiede bestehen lediglich hinsichtlich zweier Aspekte: Der Kreis möglicher Verletzungen, die als Grundlage eines immateriellen Schadensersatzes in Betracht kommen,¹⁸¹³ ist in der *Lemire*-Formel enger gezogen. Zudem unterscheidet sich die Formulierung des Schwereerfordernisses. Während die Verletzung nach *Lemire* alternativ "grave or substantial"¹⁸¹⁴ sein muss, müssen nach *Arif* beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹⁸¹⁵ Indes dürften diese Unterschiede nur selten ergebnisrelevant sein. Dessen ungeachtet liegt auch dem Ansatz in *Arif* ein Fehlschluss zugrunde: Aus den tatsächlichen Umständen in *Lusitania* folgt ohne eine Äußerung des Schiedsgerichts hierzu nicht, dass *nur* unter solchen Umständen immaterieller Schadensersatz gewährt werden kann.¹⁸¹⁶

Trotz der eher schwachen Begründung hat die Definition aus *Lemire v. Ukraine* große Zustimmung erfahren. Fast alle Schiedsgerichte, die nähere Ausführungen zu immateriellen Schäden gemacht haben, sind *Lemire v. Ukraine* ausdrücklich gefolgt.¹⁸¹⁷ Zum Teil setzen sich die Fälle näher mit

1812 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 603 ("The dividing line between what is normal and what is exceptional in commercial life (**a mere breach, versus a breach causing grave and substantial pain and suffering**) can only be determined by a precise appreciation of the facts.") (Hervorhebungen durch den Verfasser); zustimmend *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199.

1813 Vgl. *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 500; noch weitergehend *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 156.

1814 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

1815 von *Bargen*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 118.

1816 Siehe hierzu den Nachweis oben in Fn. 1809.

1817 Vgl. ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 896-900; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 292; vgl. für eine Aufstellung der Fälle, die diesen Maßstäben folgen *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 154 (Fn. 71).

vorangegangener Schiedspraxis auseinander¹⁸¹⁸ oder sie folgen dieser ohne nähere Begründung.¹⁸¹⁹ In zwei Verfahren wendete das Schiedsgericht die *Lemire*-Formel wohl vor allen Dingen deshalb an, weil die Parteien diesen Maßstab zugrunde legen.¹⁸²⁰

Der Auffassung aus *Arif v. Moldova* ist dagegen bisher erst ein weiteres Schiedsgericht gefolgt – allerdings ohne nähere Begründung.¹⁸²¹ Damit tendiert die Praxis insgesamt dazu, die Definition aus *Lemire v. Ukraine* für autoritativ zu erachten. Auch die Parteien in Schiedsverfahren tragen oftmals die Definition aus *Lemire v. Ukraine* als geltendes Recht zum immateriellen Schadensersatz vor.¹⁸²² Deshalb dürfte sich – ungeachtet der offenen Frage nach dem Unterschied zwischen beiden Ansätzen – letztlich der Vorschlag des Schiedsgerichts in der Entscheidung *Lemire v. Ukraine* durchgesetzt haben.

Um auf die bereits aufgeworfene Frage nach einem Verschuldenserfordernis für die Haftung auf immateriellen Schadensersatz zurückzukom-

1818 ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 290-292.

1819 ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910, wobei das Schiedsgericht hier die Formulierung aus *Lemire v. Ukraine* leicht verändert und den 3. Teil der Definition in den zweiten Teil integriert: „[...] and that such situation has caused serious damage to its physical health, grave mental suffering or a substantial loss of reputation.“, ebd. Rn. 910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618, das allerdings auch auf *Arif v. Moldova* Bezug nimmt.

1820 ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 900 und ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897, 909. Die übereinstimmende Rechtsauffassung beider Parteien führt jedoch nicht zwingend zu deren Anwendung, wie *Arif v. Moldova* zeigt. In dem Verfahren hatten beide Parteien die Definition für außergewöhnliche Umstände aus *Lemire v. Ukraine* vorgetragen. Das Schiedsgericht ist dem gleichwohl nicht gefolgt, vgl. ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587, 590 f.

1821 Vgl. ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 622. Auf *Desert Line v. Yemen* (ebenso wie auch *Benvenuti & Bonfant v. Congo*) verweist das Schiedsgericht nur für die generelle Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht, vgl. ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621.

1822 Vgl. für einen solchen Vortrag des Schiedsklägers ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 282; vgl. auch ICSID, *Convial and CCI v. Peru*, 2013, Case No. No. ARB/10/2, Rn. 357; ICSID, *Hamadi Al Tamimi v. Oman*, 2015, Case No. ARB/11/33, Rn. 254, in dem sich der Schiedsbeklagte auf *Lemire v. Ukraine* stützte, während der Schiedskläger lediglich auf *Desert Line v. Yemen* und *Diallo* abstelle, in der Sache wohl aber auch von dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände ausging (vgl. ebd. Rn. 251-253).

men,¹⁸²³ fällt zunächst auf, dass die Definition aus *Lemire* kein subjektives Element nennt. Indes scheint es kaum möglich, ohne Vorsatz gegen Normen, an die zivilisierte Staaten sich halten, auf eine der *Lemire*-Formel genügenden Weise zu verstößen.¹⁸²⁴ In der Folge dürfte ein solches Kriterium in den Voraussetzungen nach *Lemire* aufgegangen sein.

3. Die übrige Schiedspraxis

Mittlerweile verlangen einige Schiedssprüche außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung eines immateriellen Schadensersatzes. Gleichwohl bleibt eine erhebliche Anzahl an Schiedssprüchen, die sich zwar zu Nichtvermögensschäden äußern, aber eine solche Voraussetzung nicht anwenden. Dies betrifft immerhin 15 Schiedssprüche,¹⁸²⁵ d. h. mehr als ein Drittel aller bekannten investitionsschutzrechtlichen Fälle zu Nichtvermögensschäden.

1823 Siehe oben unter § 11 B. III. 1.

1824 So auch *von Bargen*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 108 f.; a. A. unter Hinweis auf die lediglich kompensatorische Funktion immateriellen Schadensersatzes *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 96

1825 Dies sind in chronologischer Reihenfolge: *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279 (329 f.); *ICSID, Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198; *ICSID, Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Schiedsspruch, 8. Mai 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704; *ICSID, Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 808; *ICSID, Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 22. April 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140; *ICSID, Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423-435; *ICSID, Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, Schiedsspruch, 1. März 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; *ICSID, Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Schiedsspruch, 6. Juli 2012, Case No. ARB/09/16; *ICSID, Rompetrol v. Romania*, Schiedsspruch, 2013, Case No. ARB/06/3, Rn. 289, 293; *PCA, ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria*, Schiedsspruch (Jurisdiction), 18. Juli 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 430; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Schiedsspruch, 15. Dezember 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653; *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, Schiedsspruch, 24. Oktober 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 317 f.; *ICSID, Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 516, 22; *ICSID, Lundin Tunisia B.V. v. Tunisian Republic*, Schiedsspruch, 22. Dezember 2015, Case No. ARB/12/30, Rn. 374 f.; *ICSID, Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Resubmission)*, Schiedsspruch, 3. September 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 243.

Eine Analyse dieser Schiedspraxis zeigt allerdings, dass diese Praxis einem solchen Kriterium nicht widerspricht.

Zunächst hat – von zwei Ausnahmen abgesehen – keiner dieser Schiedsprüche immateriellen Schadensersatz gewährt.¹⁸²⁶ Folglich ergibt sich aus den übrigen 13 Schiedssprüchen nichts dafür, dass immaterielle Schäden auch ohne außergewöhnliche Umstände zugesprochen werden könnten. Etwas Anderes folgt auch nicht aus den beiden anderen Schiedssprüchen, die immateriellen Schadensersatz gewährt haben: *LAFICO v. Burundi* unterscheidet sich von den übrigen Schiedssprüchen dadurch, dass hier eine staatliche Entität als Klägerin auftrat und der Disput letztlich zwischenstaatlich war.¹⁸²⁷ In einem solchen Streit ist nach allgemeinem Völkerrecht (folgerichtig) kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal für immateriellen Schadensersatz zu fordern.¹⁸²⁸ Der zweite Schiedsspruch, der scheinbar einen immateriellen Schadensersatz gewährt hat, ohne hierfür außergewöhnliche Umstände zu verlangen, ist *Swisslion v. Macedonia*. Die schweizerische Investorin wehrte sich dagegen, dass ihr die Mehrheitsbeteiligung an einer Keksfabrik ohne Entschädigung entzogen worden war. Sie machte unter anderem Rufschäden geltend. Das Schiedsgericht ersetzte entgegen der klägerischen Anträge¹⁸²⁹ nur die Reputationsverluste, die es als materiellen Schaden bewertete.¹⁸³⁰ Letztlich diskutierte es damit nur einen materiellen Schadensersatz, den es – missverständlich – als “reputational damages”¹⁸³¹ bezeichnete.¹⁸³² Damit lässt sich dem Schiedsspruch nicht entnehmen, dass immaterielle Schäden ohne den Nachweis außergewöhnlicher Umstände ersetzt würden.

Damit sind diese beiden Schiedssprüche grundsätzlich mit der Einführung eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals zum Ersatz immaterieller Schäden vereinbar. Zu demselben Ergebnis führt ein näherer Blick auf die übrigen Schiedssprüche. Diese lassen sich im Wesentlichen in drei Ka-

1826 Dies sind *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 f. und ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350. Streng genommen spricht das Schiedsgericht in diesem Fall nur einen materiellen Schaden zu, den es als Reputationsverlust bezeichnet.

1827 Siehe hierzu bereits oben unter § 11 B. I.

1828 Siehe oben unter § 5 C.

1829 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 73.

1830 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350.

1831 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350.

1832 Vgl. ebenfalls zur Vermengung materieller und immaterieller Schäden in diesem Schiedsspruch *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 508 f.

tegorien aufteilen. Die Entscheidungen lehnen einen immateriellen Schadensersatz mangels Nachweisen,¹⁸³³ aus prozessualen Gründen¹⁸³⁴ oder in Anwendung eines mit dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände vergleichbaren Kriteriums ab.¹⁸³⁵ Die ersten beiden Kategorien widersprechen der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände schon deshalb nicht, weil die Schiedsgerichte keinen Anlass hatten, sich mit den Tatbestandsvoraussetzungen immaterieller Schäden zu befassen.

In der letzten Gruppe ist die Vereinbarkeit mit der Schiedspraxis seit *Lemire v. Ukraine* weniger offensichtlich. Allerdings wenden diese vier

-
- 1833 Dies ist die größte Gruppe aus insgesamt sechs Entscheidungen: ICSID, *Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198; ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704; ICSID, *Rompetro v. Romania*, Schiedsspruch, 2013, Case No. ARB/06/3, Rn. 289, 293; ICSID, *Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 516, 22; ICSID, *Lundin v. Tunisia*, 2015, Case No. ARB/12/30, Rn. 375 (in diesem Schiedsspruch stellte das Schiedsgericht zusätzlich fest, dass es an einem missbräuchlichen oder vorwerfbaren Verhalten der Schiedsklägerin fehle (Rn. 379), so dass dieser Fall zusätzlich auf eine außergewöhnlichen Umständen vergleichbare Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden hinweist); ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 243.
- 1834 Dies betrifft zwei Fälle: ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 808 (das Schiedsgericht äußerte sich zu immateriellen Schäden im Rahmen eines *obiter dictums*, weil die Schiedsklägerin keinen immateriellen Schadensersatz beantragt hatte) und ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140 (Das Schiedsgericht lehnte einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz aus prozessualen Gründen (Verspätung) ab; allerdings sprach es einen Geldersatz für die "disturbances" durch die Enteignung zu, ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 138–140. Obwohl *Sabahi* hierin einen immateriellen Schadensersatz erblickt, vgl. *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, 143, dürfte es sich um einen Pauschalbetrag für die entstandenen materiellen Schäden handeln, vgl. *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 84).
- 1835 Dies betrifft vier Entscheidungen: ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423–435; ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011–06 (ST-BG), Rn. 430; *Al-Warraaq v. Indonesia*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653. In zwei weiteren Entscheidungen haben die beklagten Staaten einen vergleichbaren Maßstab vorgetragen, das Schiedsgericht musste sich hierzu mangels Verletzung des BIT jedoch nicht äußern, vgl. UNCITRAL, *David Aven et al. v. Costa Rica*, 2018, Case No. UNCT/15/3, Rn. 686; ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Alghanim v. Jordan*, 2017, Case No. ARB/13/38, Rn. 269.

Schiedssprüche¹⁸³⁶ in der Sache ein vergleichbares Tatbestandsmerkmal an, so dass sich ebenfalls kein Widerspruch ergibt. Die Vergleichbarkeit der aufgestellten Voraussetzungen mit außergewöhnlichen Umständen nach der *Lemire*-Formel illustrieren die Ausführungen des Schiedsgerichts in *Inmaris et al. v. Ukraine*. In dem Verfahren machten die deutschen Investor*innen Ansprüche wegen Reisebeschränkungen für ein staatliches Segelschulschiff geltend, das sie (mit-)nutzen durften. Das Schiedsgericht lehnte den klägerischen Antrag auf immateriellen Schadensersatz mit dem Hinweis ab, dass die Verletzungshandlungen der Ukraine weder “malicious” noch “driven by motives beyond the perceived need to change key components of the economic relationship between Claimants and [X]”¹⁸³⁷ sei und der erlittene immaterielle Schaden jedenfalls nicht “sufficiently serious” gewesen sei, um immateriellen Schadensersatz zu rechtfertigen.¹⁸³⁸ Hiermit wendete das Schiedsgericht eine – vielleicht etwas subjektiver ausgerichtete – Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände an.

Der einzige scheinbare Ausreißer ist die Entscheidung in *Belokon v. Kyrgyzstan*. Das Schiedsgericht war der Auffassung, dass der geltend gemachte Rufschaden durch die Schlussfolgerungen des Schiedsgerichts ausgeglichen sei.¹⁸³⁹ Da das Schiedsgericht diesen Schaden nicht in Geld ersetzt hat, widerspricht diese Schlussfolgerung nicht der übrigen Praxis, nur unter außergewöhnlichen Umständen immaterielle Schäden in Geld zu ersetzen. Folglich ist auch die übrige Schiedspraxis mit der Herausbildung einer Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände vereinbar.

1836 Siehe die Nachweise in Fn. 1835.

1837 ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; zustimmend zitiert in *Al-Warraq v. Indonesia*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653. Das Schiedsgericht im Fall *Meerapfel Söhne AG v. CAR* rezipierte die Ausführungen im *Desert-Line*-Schiedsspruch zum böswilligen Verhalten Jemens (ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423-435). Das Schiedsgericht im Fall *ST-AD v. Bulgaria* hielt die geltend gemachten Verletzungen für ungeeignet, immaterielle Schadensersatzansprüche zu generieren (*PCA, ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 430). Im Kontext der Passage lässt diese Wendung darauf schließen, dass das Schiedsgericht die Verletzungen als nicht schwerwiegend genug erachtet hat.

1838 ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428.

1839 *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318.

Auch wenn die Praxis vor *Desert Line v. Yemen* keine zusätzlichen Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden statuierte,¹⁸⁴⁰ hat sich seit diesem Schiedsspruch ein beachtlicher Teil der Praxis für ein solches Kriterium ausgesprochen.¹⁸⁴¹ Schiedspraxis, die sich dem ausdrücklich entgegenstellt oder hiermit unvereinbar ist, ist nicht ersichtlich. Obwohl es innerhalb der Schiedspraxis an einer tragenden Begründung für diese Entwicklung fehlt, die über Verweise auf frühere Schiedssprüche hinausgeht, dürfte es damit ständiger Schiedspraxis entsprechen, immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen in Geld zu ersetzen.

In der Folge verlieren die Literaturstimmen, welche die Erwähnung außergewöhnlicher Umstände in *Desert Line v. Yemen* lediglich für eine Bezugnahme auf den konkreten Fall,¹⁸⁴² Maßstäbe zur Bemessung der Höhe eines Nichtvermögensschadens,¹⁸⁴³ eine unglückliche Umschreibung der Kausalitätsanforderungen,¹⁸⁴⁴ ein Abgrenzungsmerkmal zu materiellen

1840 Siehe hierzu oben unter § 11 B. I.

1841 ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326-333; ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584, 591 f.; SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897, 909; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 897, 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453, 457; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 289-292.

1842 Vgl. *Gaillard*, NYLJ 240 (2008), 3ff.; *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum*: Thomas Wälde, 253, 260; in diese Richtung auch noch *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 269, der in den Äußerungen des Schiedsgerichts Bezugnahmen auf die Seltenheit immateriellen Schadensersatzes in Investitionsschiedsverfahren erblickt.

1843 So *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311 f. Zustimmend zitiert von *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 230.

1844 *Ehle/Dawidowicz*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, 293, 305.

Schäden¹⁸⁴⁵ oder einen impliziten Bezug auf die Zuständigkeitsvoraussetzungen erblickt haben,¹⁸⁴⁶ ihre Plausibilität. Sie sind durch die Praxis überholt und bieten keine plausible Erklärung (mehr) für die Schiedspraxis. Spätestens seit *Lemire v. Ukraine* ist konsentiert, dass außergewöhnliche Umstände die Voraussetzung für den Ersatz eines immateriellen Schadens im Investitionsschutzrecht sind.

4. Rechtsfolgen immaterieller Schäden unter gewöhnlichen Umständen

Wenn der Geldersatz immaterieller Schäden außergewöhnliche Umstände erfordert, ist die Frage, welche Rechtsfolgen für immaterielle Schäden unterhalb dieser Schwelle greifen. Der EGMR lässt in Fällen geringfügiger Verletzung eine Feststellung als Ersatz ausreichen.¹⁸⁴⁷ Daran angelehnt ließe sich überlegen, immaterielle Schäden grundsätzlich mit einer genugtuenden Feststellung des Schiedsgerichts zu entschädigen¹⁸⁴⁸ und nur unter außergewöhnlichen Umständen einen Geldersatz zu gewähren. Allerdings existieren zur Behandlung immaterieller Schäden abseits außergewöhnliche Umstände noch keine einheitlichen Maßstäbe in der Schiedspraxis.

Nur ein kleiner Teil der Schiedspraxis äußert sich zu alternativen Schadensfolgen für immaterielle Schäden.¹⁸⁴⁹ Unter diesen lassen sich drei

1845 Vgl. *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 278.

1846 Vgl. hierfür *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311, nach denen ein Schiedsgericht nur unter außergewöhnlichen Umständen, nämlich wenn die Streitigkeit aus einer Investition stamme, zuständig sei.

1847 Siehe hierzu oben unter § 8 B.

1848 Vgl. *Schreuer*, Alternative Remedies in Investment Arbitration, The Journal of Damages in International Arbitration 3 (2016), 1–30, 27. Manche Stimmen erachten die bloße Feststellung der Rechtsverletzung sogar grundsätzlich für die sinnvollste Schadensfolge bei immateriellen Schäden, vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 200; *Weber*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 19 (2020), 449.

1849 Dies sind (allenfalls) zehn Schiedssprüche: ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704 (annulliert hinsichtlich des Schadensausspruchs); ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807f.; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 180; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 170; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 457;

unterschiedliche Ansätze ausmachen. Ein Schiedsspruch kompensiert immaterielle Schäden mit dem materiellen Schadensersatz (erster Ansatz).¹⁸⁵⁰ Ein zweiter Ansatz spricht sich dafür aus, dass ein ausreichender Ersatz bereits in der Feststellung der Rechtsverletzung liege.¹⁸⁵¹ Die übrige Schiedspraxis verfolgt eine Mischung aus beiden Ansätzen (dritter Ansatz).¹⁸⁵² Insgesamt dürfte jedoch keiner dieser Ansätze sich soweit gefestigt haben, dass von einer über Einzelfälle hinausgehenden Schiedspraxis gesprochen werden könnte.

Der erste Ansatz ist vereinzelt geblieben. Die Praxis zum zweiten Ansatz, auf die Feststellung der Rechtsverletzung als ausreichenden Ersatz abzustellen, ist ebenso spärlich. Die erste Äußerung eines Schiedsgerichts in diese Richtung ist ein *obiter dictum*¹⁸⁵³ im Fall *Victor Pey Casado v. Chile*.¹⁸⁵⁴ Der Fall behandelte die Folgen der Enteignung eines Zeitungsinhabers unter

ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296; unklar: ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 244.

- 1850 ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 457. Dagegen ist die Entscheidung des Schiedsgerichts im Fall *Funnekotter and others v. Zimbabwe* (ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140) kein Beleg dafür, dass der materielle Schadensersatz auch immaterielle Schäden kompensieren kann (so aber *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 23). Vielmehr ordnete das Schiedsgericht die geltend gemachten Posten als materielle Schäden ein, die es mit einer Pauschalsumme für "disturbances" ausglich (*Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 84; siehe hierzu auch bereits in Fn. 1834).
- 1851 ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704 (annulliert hinsichtlich des Schadensausspruchs); ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807 f.; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 180; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 170; *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318. Unklar ist es, ob das Schiedsgericht im wiederaufgegriffenen Verfahren ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 244 ebenfalls einen ausreichenden Ersatz in der Feststellung der Rechtsverletzung erblickt hat.
- 1852 Dies sind ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296.
- 1853 Vgl. *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 20 f.; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 22.
- 1854 Vgl. ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704. Dieser Schiedsspruch wurde bzgl. des Schadensausspruchs annulliert, vgl. ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Annulment)*, Entscheidung (Annulment), 18. Dezember 2012, Case No. ARB/98/2, Rn. 359.

der Pinochet-Diktatur. Das *obiter dictum* erachtete die Feststellung der Verletzung des BIT als einen ausreichenden Ersatz für erlittene immaterielle Schäden.¹⁸⁵⁵ Allerdings nimmt der Schiedsspruch keinen Bezug auf die Entscheidung zu *Desert Line v. Yemen*.¹⁸⁵⁶ Daher ergibt sich aus diesem Schiedsspruch nichts für die Frage, welche Rechtsfolgen für immaterielle Schäden unterhalb der Schwelle außergewöhnlicher Umstände greifen.¹⁸⁵⁷ Anders ist dies bei den Schiedssprüchen in den Fällen *Europe Cement v. Turkey* und *Cementownia v. Turkey*, weil sie jeweils einen ausreichenden Ersatz in den Feststellungen des Schiedsgerichts sahen¹⁸⁵⁸ und die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände anerkannt haben.¹⁸⁵⁹ Allerdings betraten beide den Anspruch des beklagten Gaststaates¹⁸⁶⁰ auf immateriellen Schadensersatz. Da die Feststellungen eines Spruchkörpers ohnehin die übliche Form der Wiedergutmachung für immaterielle Schäden eines Staates sind,¹⁸⁶¹ ergibt sich aus diesen Schiedssprüchen nichts für die Wiedergutmachung immaterieller Schäden des Individuums. Gleiches gilt für den Schiedsspruch in *LAFICO v. Burundi*, indem die Schiedsklägerin als ausreichenden Ersatz für ihren eigenen immateriellen Schaden die Feststellung der Rechtsverletzung erhielt.¹⁸⁶² Da LAFICO ein Staatsunternehmen ist,

1855 Offen erscheint es, ob mit der Wendung “le prononcé de la présente sentence” auch auf den Ausspruch zum materiellen Schadensersatz Bezug genommen wird, vgl. in diese Richtung *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 20.

1856 Hierauf weist *Wong* zu Recht hin, vgl. *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 80.

1857 Da der Anspruch auf immateriellen Schadensersatz zudem bereits an ausreichenden Nachweisen gescheitert ist, konnte die Feststellung der Rechtsverletzung diesen nicht nachgewiesenen Schaden ohnehin nicht ersetzen. Allerdings mutmaßt *Latty*, dass die Ausführungen des Schiedsgerichts hier unabhängig von der Frage ausreichender Nachweise eines immateriellen Schadens seien, *Latty*, Arbitrage transnational et droit international générale, AFDI 54 (2008), 467–512, 502.

1858 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 171. Beide sahen zudem in der Kostenentscheidung einen zusätzlichen Ausgleich für den erlittenen immateriellen Schaden.

1859 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169.

1860 Vgl. zu den Problemen einer Widerklage im Investitionsschutzrecht eingehend *Uchkunova/Temnikov*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 387–402, die sich auch für einen Geldersatz immaterieller Schäden zugunsten beklagter Staaten aussprechen, ebd. 402.

1861 Siehe oben unter § 4 B.

1862 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 (Rn. 77).

ging es um die Genugtuung zugunsten des Staates.¹⁸⁶³ Damit bleibt nur eine einzige klare Stellungnahme dafür, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung ausreichenden Ersatz für Investor*innen biete. Dieser Schiedsspruch knüpft diese Rechtsfolge allerdings nichts an das Fehlen außergewöhnlicher Umstände.¹⁸⁶⁴ Dagegen lässt sich die “schweigende Mehrheit” der Schiedssprüche, die einen immateriellen Schadensersatz abgelehnt hat, nicht so lesen, dass sie implizit mit der Feststellung der Rechtsverletzung(en) einen Ersatz gewähren wollte. Denn Genugtuung im Sinne von Art. 37 ARSIWA setzt über die bloße Feststellung der Rechtsverletzung hinaus die ausdrückliche Anerkennung voraus, dass diese Feststellung der Genugtuung dient.¹⁸⁶⁵

Für den Mittelweg des dritten Ansatzes hat sich, bei Unklarheiten im Detail, zuerst¹⁸⁶⁶ *Lemire v. Ukraine* ausgesprochen. Nach diesem Schiedsspruch gleichen die Feststellung einer Rechtsverletzung in Kombination mit (erheblichem) materiellem Schadensersatz auch immaterielle Schäden aus.¹⁸⁶⁷ *Dumberry* hält diese Ausführungen für ein *obiter dictum*, weil es an einem immateriellen Schaden fehle.¹⁸⁶⁸ *Dumberry* verkennt indes, dass nach den Ausführungen des Schiedsgerichts zwar ein immaterieller Schaden entstanden ist, dieser nur nicht schwerwiegend genug ist, um in Geld

1863 Vgl. *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 18 f.

1864 Vgl. *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318. Auch in *Biwater & Gauff v. Tanzania* bleibt offen, ob sich das Schiedsgericht zu Nichtvermögensschäden geäußert hat. Das Schiedsgericht hält eine entschädigende Feststellung nur allgemein für angemessen, vgl. ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania, Schiedsspruch*, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807 f.

1865 Vgl. *Garcia Amador*, Sixth Report on International Responsibility, 1961, A/ CN.4/134 and Add. I, S. 15 f. (Rn. 60); vgl. auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 6); ebenso *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 319 (Fn. 791); *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 507.

1866 Liest man *Pey Casado v. Chile* mit *Dumberry* so, dass hier auch der materielle Schadensersatz einen ausreichenden Ersatz für immaterielle Schäden bietet, wäre dieser Schiedsspruch der zeitlich erste, siehe zur Zweifelhaftigkeit dieser Deutung bereits oben Fn. 1855.

1867 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344 und 339. Im hierzu veröffentlichten Sondervotum eines Schiedsrichters wird diese Argumentation auf die großzügige Bemessung des materiellen Schadensatzes durch die Mehrheit zurückgeführt, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, Abweichendes Votum des Schiedsrichters Dr. Jürgen Voss, 1. März 2011, Case No. ARB/06/18, Fn. 180.

1868 *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 23.

aufgewogen zu werden.¹⁸⁶⁹ Dem Ansatz im Fall *Lemire v. Ukraine* sind zwei Schiedsgerichte gefolgt, ohne aber explizit auf *Lemire v. Ukraine* zu verweisen.¹⁸⁷⁰ Auch wenn damit die Unterstützung deutlich stärker ist als für den ersten Ansatz, ist die Praxis ebenfalls recht dürftig.

Letztlich besteht damit für alle drei eingeschlagenen Wege nur eine recht dünne Grundlage. In der Folge ist keine gefestigte Praxis hinsichtlich alternativer Schadensfolgen für immaterielle Schäden abseits außergewöhnlicher Umstände feststellbar.¹⁸⁷¹ Allerdings sprechen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendung einer entschädigenden Feststellung. Insbesondere ist die Kritik in der Literatur gegenüber alternativen Schadensfolgen zugunsten von Investor*innen zu weitgehend. *Dumberry* hält solchen Entwicklungen die Regeln der ARSIWA entgegen, nach denen für immaterielle Schäden eines Individuums Geldschadensersatz und für immaterielle Schäden eines Staates Genugtuung zu gewähren ist.¹⁸⁷² Diese strikte Orientierung an den ARSIWA ist für die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen allerdings, wie herausgearbeitet, nicht zwingend.¹⁸⁷³ Im Übrigen hat auch die Schiedspraxis grundsätzlich, d. h. unabhängig von der Frage immaterieller Schäden, anerkannt, dass die Genugtuung eine zulässige Form der Wiedergutmachung sein kann.¹⁸⁷⁴ Gleichwohl fehlt eine ausreichende Praxis dazu, wie weniger schwerwiegende immaterielle Schäden im Investitionsschutz ausgeglichen werden.

C. Exkurs: ein „soziologischer“ Erklärungsversuch für die Schiedspraxis

Innerhalb kurzer Zeit entwickelte sich eine unwidersprochene Schiedspraxis, immaterielle Schäden nur unter der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände in Geld zu ersetzen. Dieser Schiedspraxis steht eine fast ge-

1869 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 339.

1870 Vgl. ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296.

1871 So aber *Schreuer*, The Journal of Damages in International Arbitration 3 (2016), 26 f.

1872 Vgl. hierfür *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 23 f. und 25-29; zustimmend *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 80.

1873 Siehe hierzu bereits oben in § 7.

1874 ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 555, 560.

schlossene Literatur gegenüber, die eine solche Voraussetzung ablehnt.¹⁸⁷⁵ Bevor der nächste Abschnitt die Schiedspraxis rechtsdogmatisch einordnet und sich mit der Argumentation der Literatur auseinandersetzt, geht dieser Abschnitt der Frage nach, wie diese erstaunliche Situation entstehen konnte. Um die Herausbildung der Schiedspraxis ungeachtet der Kritik im Schrifttum nachzu vollziehen, blickt der Abschnitt auf die involvierten Akteure und ihre Interessen.¹⁸⁷⁶ Bei der oben herausgearbeitete Schiedspraxis treten gewisse Akteure immer wieder an neuralgischen Punkten auf, was zu der Vermutung Anlass gibt, dass ihre persönliche Beteiligung die Entwicklung maßgeblich beeinflusst hat. Andere Studien haben bereits belegt, welch große Rolle wiederkehrende Akteure im Investitionsschutzrecht spielen.¹⁸⁷⁷

Den Anstoß zur beschriebenen Entwicklung gab der Schiedsspruch im Fall *Desert Line v. Yemen*. Dabei ist bemerkenswert, dass gewisse Akteure aus diesem ersten Schiedsspruch immer wieder auftreten. Namentlich Hamid G. Gharavi, seines Zeichens Parteivertreter der Schiedsklägerin in *Desert Line v. Yemen*, tritt danach in fünf weiteren der hier behandelten Fälle auf.¹⁸⁷⁸ In vier der fünf Fälle äußern sich die angerufenen Schiedsgerichte näher zu immateriellen Schäden.¹⁸⁷⁹ Zu diesen zählen wiederum die beiden Schiedssprüche *Lemire v. Ukraine* und *Arif v. Moldova*, welche die

-
- 1875 Dumberry/Cusson, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 54; zustimmend Cazala, *La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement*, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 270.
- 1876 Der Sache nach handelt es sich hierbei um eine soziologische Herangehensweise, vgl. zu rechtsssoziologischen Ansätzen im Investitionsschutzrecht Hirsch, *Sociology of International Investment Law*, in: *The Foundations of International Investment Law*, 143–167; vgl. für eine soziologische Betrachtung des Schrifttums im internationalen Investitionsschutzrecht Schill, *W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law*, *EJIL* 22 (2011), 875–908.
- 1877 Vgl. Langford/Behn/Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *JIEL* 20 (2017), 301–332; vgl. bereits Puig, *Social Capital in the Arbitration Market*, *EJIL* 25 (2014), 387–424.
- 1878 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4 *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023); ICSID, *Eurogas and Belmont Resources v. Slovakia*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen, 2015, Case No. ARB/14/14.
- 1879 Lediglich in *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic* fehlen Ausführungen zu Nichtvermögensschäden, weil sich das Schiedsgericht für unzuständig erklärt hat, vgl. ICSID, *Eurogas and Belmont Resources v. Slovakia*, Schiedsspruch, 18. August 2017, Case No. ARB/14/14, Rn. 476.

nachfolgenden Debatten nachhaltig bestimmt haben.¹⁸⁸⁰ Neben Gharavi tritt noch eine weitere Person mehrfach in Erscheinung: Jan Paulsson. Er ist nicht nur Schiedsrichter in *Desert Line v. Yemen*, sondern auch in *Lemire v. Ukraine*.¹⁸⁸¹ Das ist in sich schon bemerkenswert, weil der prägende Deutungsvorschlag der Entscheidung zu *Desert Line v. Yemen* aus dem Schiedsspruch zu *Lemire v. Ukraine* stammt. Zudem tritt Paulsson noch in vier weiteren Verfahren als Parteivertreter auf, wobei zwei dieser Schiedssprüche nur kurze Zeit nach *Desert Line v. Yemen* diesen Schiedsspruch in Richtung eines Tatbestandsmerkmals der außergewöhnlichen Umstände auslegen.¹⁸⁸² Zusätzliche Verbindungslien zwischen *Desert Line v. Yemen* und weiteren Schiedssprüchen, die immateriellen Schadensersatz von außergewöhnlichen Umständen abhängig gemacht haben, treten hervor, wenn man Pierre Tercier in den Blick nimmt, den Vorsitzenden des Schiedsgerichts in *Desert Line v. Yemen*. Tercier tritt als Schiedsrichter noch in drei weiteren Schiedsverfahren auf, in denen die Schiedsgerichte außergewöhnliche Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden verlangen.¹⁸⁸³ Stellt man zusätzlich ein, dass der Fallkorpus der Entscheidungen, die außergewöhnliche Umstände als Tatbestandsmerkmal anwenden, nur aus 15 Fällen besteht,¹⁸⁸⁴ wird die Relevanz dieser Häufungen klar. Insge-

1880 Siehe hierzu die Ausführungen oben unter § 11 B. III. 1.

1881 In dem analysierten Fallkorpus tritt Jan Paulsson auch noch in zwei weiteren Schiedssprüchen auf. Das sind ICSID, *Generation Ukraine v. Ukraine*, 2003, Case No. ARB/00/9 und *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023). In keinem dieser beiden Entscheidungen spielen außergewöhnliche Umstände eine Rolle. Der erste Fall wurde 2003 entschieden und damit noch deutlich vor *Desert Line v. Yemen*. Der andere Fall datiert mit 2014 nach *Desert Line v. Yemen* und *Lemire v. Ukraine*. Das mag gegen die These sprechen, dass Jan Paulsson die treibende Kraft hinter dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände war.

1882 Vgl. ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169. In den beiden übrigen Verfahren (ICSID, *Helnan International Hotels v. Egypt*, 2008, Case No. 05/19, Rn. 170; ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22 fehlen solche Ausführungen, weil es entweder schon an einer Verletzung des BIT oder einem Schaden fehlte.

1883 Vgl. ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169; *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 454, 456.

1884 Dies sind die in den Fußnoten 1771, 1779, 1781, 1782 nachgewiesenen Schiedssprüche.

samt weisen damit sieben¹⁸⁸⁵ dieser 15 Fälle personelle Verbindungen zu *Desert Line v. Yemen* auf. Das gibt Anlass für die Vermutung, dass sich die Entwicklung auf diese Akteure zurückführen lässt.¹⁸⁸⁶ Hinzu kommt, dass Schiedsgerichte dazu neigen, früheren Entscheidungen zu folgen.¹⁸⁸⁷ Diese Neigung kann auch erklären, warum die Schiedspraxis die Kritik im Schrifttum ignoriert.

Angesichts der beschriebenen Umstände ließe sich folgender Zusammenhang mutmaßen, der die schnelle Entwicklung der Schiedspraxis erklären würde: In der Entscheidung *Desert Line v. Yemen* nehmen die Schiedsrichter zunächst ein unabweisbares Bedürfnis war, immateriellen Schadensersatz zu gewähren.¹⁸⁸⁸ Dieser Schiedsspruch löst – vielleicht überraschend für die Beteiligten –¹⁸⁸⁹ einen Dammbruch aus, weil nunmehr viele Schiedskläger*innen immateriellen Schadensersatz einklagen.¹⁸⁹⁰ Danach gilt es, die Geister, die man heraufbeschworen hat, wieder einzufangen. In der Tat scheinen die Schiedsrichter aus *Desert Line v. Yemen* nunmehr zur Eindämmung des Rechtsinstituts gewillt zu sein, während der Parteivertreter der Desert Line LLC diesen Schaden in mehreren

1885 Das sind im Einzelnen ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4; *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29.

1886 Allerdings treten die angeführten Personen ohnehin überproportional häufig in Schiedsverfahren auf (vgl. *Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), 310–313, 315 f.). Deren wiederholtes Auftreten erklärt daher nicht zwingend die Durchsetzung des Tatbestandsmerkmals außergewöhnlicher Umstände, sondern kann mit diesem lediglich koinzidieren.

1887 Vgl. hierzu *Hirsch*, Sociology of International Investment Law, in: The Foundations of International Investment Law, 143, 158–165.

1888 Hierfür spricht (deren Richtigkeit unterstellt) die Beschreibung *Gharavis*, dass der Inhaber der Desert Line LLC nach den streitgegenständlichen Ereignissen „ein gebrochener Mann“ gewesen sei, *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 233, 240.

1889 Vgl. für eine solche Haltung *Abdel Raouf*, The First Inter-Arab Investment Dispute Before ICSID, in: Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, 227, 235.

1890 Nur fünf der Entscheidungen zu immateriellen Schäden datieren vor *Desert Line v. Yemen*. Jedoch mag diese Entwicklung auch mit dem allgemein steigenden Fallaufkommen ab den 2000er Jahren zusammenhängen, siehe den Nachweis in Fn. 1713.

Verfahren einzuklagen versucht. Weil Schiedsrichter wie Paulsson hohes Ansehen¹⁸⁹¹ und Einfluss¹⁸⁹² genießen und oft benannt werden,¹⁸⁹³ setzt sich deren Sichtweise letztlich durch.¹⁸⁹⁴

Diese Personen mögen einen erheblichen Einfluss auf diese Entwicklung genommen haben und es erscheint auch nicht unplausibel, dass das Motiv für die eingetretene Entwicklung Schadensbegrenzung war. Da diese Arbeit eine dogmatische Einordnung der Schiedspraxis anstrebt, sind die Motive und Prozesse hinter der Entwicklung zunächst irrelevant. Sie offenzulegen ist aber dennoch nicht nutzlos.¹⁸⁹⁵ Insbesondere führen sie zu der Frage, ob es überhaupt zulässig ist, systematisierend vorzugehen, wenn wenig für ein durchdachtes Vorgehen spricht. Allerdings ist es auch und gerade die Aufgabe der Dogmatik, einen Rechtskörper, der ganz zufällig und mit den unterschiedlichsten Motiven entstanden ist, in ein wissenschaftliches System einzuordnen.¹⁸⁹⁶ Dabei darf die Entstehung nicht außer Acht gelassen werden und es gilt mit der gebotenen Umsicht zu vermeiden, in den Rechtsstoff ein System hineinzulesen. Wie der folgende Abschnitt allerdings zeigen wird, fügt sich diese Schiedspraxis in das gegenwärtige Völkerrecht schlüssig und ohne Wertungswidersprüche ein.

1891 Beispielsweise ist er Verfasser des sehr einflussreichen Aufsatzes *Paulsson, Arbitration without Privity*, ICSID Review 10 (1995), 232–257, vgl. zu dessen Einfluss *Schill*, EJIL 22 (2011), 876.

1892 Vgl. hierzu die Studie von *Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), 320.

1893 Jan Paulsson ist 33-mal als Schiedsrichter benannt worden, damit gehört er zu den 20 am häufigsten ernannten Schiedsrichtern, vgl. UNCTAD, Investment Policy Hub: Investment Dispute Settlement Navigator, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1894 Die Bedeutung von Persönlichkeiten wie Jan Paulsson und Pierre Tercier für das Investitionsschutzrecht arbeiten *Langford, Behn und Lie* (*Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), insbesondere 310) anhand einer Netzwerkanalyse heraus.

1895 Siehe hierzu oben unter § 1 C.

1896 Vgl. für die deutsche Rechtswissenschaft *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 45 f. Diese Vorstellung von Dogmatik setzt voraus, Recht als System zu verstehen. Diese Voraussetzung erfüllt auch das Völkerrecht, vgl. Völkerrechtskommission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, Nr. 1.

D. Der Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht

Obwohl Investitionsschiedsgerichte dazu neigen frühere Schiedssprüche als oder jedenfalls fast wie eine Rechtsquelle zu nutzen,¹⁸⁹⁷ ist die Schiedspraxis aus einer positivistischen Perspektive niemals selbst Rechtsquelle.¹⁸⁹⁸ Daraus folgt, dass der völkerrechtliche Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht nicht deshalb von außergewöhnlichen Umständen abhängen kann, weil die Schiedspraxis dieses Kriterium etabliert hat. Alleine als materielle Rechtsquelle kann die Schiedspraxis Zeugnis ablegen, dass eine formale Rechtsquelle dieses Inhaltes existiert.¹⁸⁹⁹ Damit bedarf es einer Verankerung der schiedsrichterlich herausgebildeten Regel in den traditionellen Rechtsquellen des Völkerrechts. Dies sind jedenfalls die in Art. 38 Abs. 1 lit. a bis c IGH-Statut aufgeführten Rechtsquellen, d. h. Verträge, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.¹⁹⁰⁰ Da vertragliche Regelungen ersichtlich fehlen, kann die Schiedspraxis allenfalls Ausdruck einer gewohnheitsrechtlichen Regel oder eines allgemeinen Rechtsgrundatzes sein.

Der stärkste Einwand der Literatur gegen die Schiedspraxis ist, sie sei völkerrechtswidrig, weil sie nicht mit der zwischenstaatlichen Entscheidungspraxis übereinstimme.¹⁹⁰¹ Träfe der Einwand zu, erübrigte sich jede weitere Auseinandersetzung mit der Schiedspraxis. Daher gilt es in einem ersten Schritt herauszufinden, ob dieses Argument trägt. Hierbei zeigt sich, dass die Regeln für völkerrechtliche Individualansprüche lückenhaft sind und daher nicht mit den zwischenstaatlichen Regeln übereinstimmen müssen (I.). Damit ist zwar der Einwand im Schrifttum entkräftet, die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände ist dadurch aber noch nicht in den Rechtsquellen des Völkerrechts verankert. Da sich die Schiedspraxis nicht als Anwendung bestehender völkerrechtlicher Regel verstehen lässt (II.),

1897 Vgl. hierzu *Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, 2009, S. 355, der eine Entwicklungstendenz hin zu einem System aus Präzedenzfällen diagnostiziert. *Grisel* kommt zu dem Ergebnis, dass die Schiedspraxis eine materielle Rechtsquelle sei, wobei er "materiell" so versteht, dass sie die Prozesse seien, durch die das Recht zum Leben erwache, vgl. *Grisel*, Sources of Foreign Investment Law, in: The Foundations of International Investment Law, 213, 215.

1898 Vgl. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut.

1899 Internationale Entscheidungen sind Rechtserkenntnisquellen gem. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut.

1900 Vgl. für einen Überblick möglicher weiterer Rechtsquellen *Thirlway*, Sources, 2014, S. 19-25.

1901 Siehe hierzu unten unter § II D. I.

bleibt nur die Entstehung einer neuen Regel des Völkerrechts (III.).

I. Die Lückenhaftigkeit des Völkerrechts

Den Tenor der Stellungnahmen in der Literatur zur Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände bildet die Annahme, dass die oben skizzierte Entwicklung im Investitionsschutzrecht dem allgemeinen Völkerrecht widerspreche.¹⁹⁰² Sie verweisen regelmäßig auf den Grundsatz der Totalreparation.¹⁹⁰³ Weil hiernach jeder Schaden zu ersetzen ist, bestehe kein Raum für eine zusätzliche Voraussetzung zum Ersatz immaterieller Schäden.¹⁹⁰⁴ Letztlich basiert die Haltung der Literatur auf der zutreffenden¹⁹⁰⁵ Analyse, dass immaterielle Schäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht ohne zusätzliche Voraussetzungen ersatzfähig sind. Allerdings übergehen viele die Frage,¹⁹⁰⁶ ob diese Regeln im Investitionsschutzrecht überhaupt Anwendung finden. Wie bereits erläutert, regeln die ARSIWA keine Individualansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit. Vielmehr behandeln sie lediglich immaterielle Schäden eines Individuums, die der Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes als eigene Ansprüche geltend macht. Obwohl viel für die grundsätzliche Übertragung der Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit spricht, steht dies unter dem Vorbehalt abweichender Regeln im Verhältnis zwischen Individuum und Staat.¹⁹⁰⁷ Damit stellt sich die Ausgangslage ganz anders dar, als sie das investitions-

1902 Vgl. insbesondere *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 157; ebenso bereits *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 54; ebenso *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 378; vgl. jüngst *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 107 f.

1903 Vgl. StGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

1904 Vgl. für diese Argumentation stellvertretend *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 54–56; ebenso *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 394 f.; vgl. auch *Ehle/Dawidowicz*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, 293, 307; *Laird*, *ICSID Review* 26 (2011), 183; *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 501 f.

1905 Siehe hierzu oben unter § 5 C.

1906 Vgl. aber die vorsichtige Formulierung bei *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 61, dass die Praxis seit *Lemire v. Ukraine* der Praxis der “diplomatic protection precedents” und des Menschenrechtsschutzes widerspreche.

1907 Siehe hierzu oben in § 7.

schutzrechtliche Schrifttum behauptet. Klar ist nur, dass das Völkerrecht im zwischenstaatlichen Verhältnis keine außergewöhnlichen Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden fordert. Ob dies auch im Verhältnis zwischen Individuum und Staat gilt, ist dagegen gerade die Frage.

Die Richtigkeit der Prämisse der Literatur folgt auch nicht etwa daraus, dass die Völkerrechtskommission die Regeln der ARSIWA mit menschenrechtlicher Rechtsprechung belegt.¹⁹⁰⁸ Diese nimmt die Völkerrechtskommission lediglich als Beleg für die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Allgemeinen, weil diese Gerichte grundsätzlich auch auf Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts zurückgegriffen haben. Eine detaillierte Analyse, ob diese Praxis deckungsgleich mit dem allgemeinen Völkerrecht ist, nimmt die Völkerrechtskommission indes nicht vor.¹⁹⁰⁹ Folglich erweist sich das Völkerrecht in dieser Frage als lückenhaft und es gilt, diese zu füllen.

II. Anwendung einer bestehenden völkerrechtlichen Regel

Die wenigen Stellungnahmen in der Literatur, die sich der Schiedspraxis anschließen,¹⁹¹⁰ nehmen an, dass die Schiedspraxis bestehende völkerrechtliche Regeln anwende.¹⁹¹¹ Die Behauptung ist also, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersetze.¹⁹¹² Letztlich könnte diese Ansicht auch die Bezugnah-

1908 Vgl. bspw. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

1909 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

1910 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199 f.; vgl. auch *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 89, der sich allerdings nicht zum Verhältnis zum sonstigen Völkerrecht äußert.

1911 Eine aktuelle Monographie sieht in der Schiedspraxis lediglich eine Form der Rechtsfortbildung, welche die völkerrechtliche Schadensersatzregeln konturiert, *von Bargen*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 58 f. Während diese Haltung für die Berechnung immateriellen Schadensatzes eine gewisse Plausibilität für sich hat, geht eine Negierung des Grundsatzes der Totalreparation (ein Punkt, den *von Bargen* konzidiert, *ebd.* 104 f.) deutlich über die Ausziselierung eines Tatbestandsmerkmals hinaus. Es erscheint deshalb plausibler, hierin die Entwicklung einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Regel zu sehen.

1912 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199 f.; vgl. auch ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 591.

men auf die *Lusitania*-Entscheidung in *Lemire* erklären.¹⁹¹³ Jedoch kann sich diese Auffassung allenfalls auf die jeweiligen Sachverhalte der Fälle stützen, in denen ein solcher Ersatz zugesprochen worden ist. Dem liegt jedoch ein Fehlschluss zugrunde, weil aus den Umständen des Falls nicht auf die Notwendigkeit solcher Umstände geschlossen werden kann.¹⁹¹⁴ Im Übrigen zeigt eine detaillierte Analyse der zwischenstaatlichen Praxis, dass dieser nicht immer außergewöhnliche Umstände zugrunde lagen. Ein zusätzliches Kriterium für den Ersatz immaterieller Schäden lässt sich der zwischenstaatlichen Praxis daher nicht entnehmen.¹⁹¹⁵

Vielversprechender erscheint dagegen der Vorschlag, das Tatbestandsmerkmal außergewöhnlicher Umstände als eine Ausprägung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots¹⁹¹⁶ zu verstehen.¹⁹¹⁷ Dieser Ansatz kann Andeutungen in der Schiedspraxis für sich in Anspruch nehmen, dass Schiedsgerichte offenbar eine Über- bzw. Doppelkompensation der Investor*innen verhindern wollten.¹⁹¹⁸ Gleichwohl überzeugt dieser Ansatz nicht. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände verhindern soll, dass Investor*innen mehr erhalten, als ihnen zusteht. Entweder ist der Schaden schon kompensiert, etwa weil der materielle Schadensersatz schon Ansehensverluste erfasst,¹⁹¹⁹ oder aber er ist es noch nicht. Ist er es nicht, dann stellt sich keine Frage mehr der

1913 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 329 f.

1914 So auch *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 62.

1915 Siehe oben unter § 5 C.

1916 Vgl. zu dessen völkerrechtlicher Geltung *Cheng*, General Principles of Law, 1953, S. 326 unter Verweis auf *Delagoa Bay Railway Arbitration*, Schiedsspruch, 29. März 1890, abgedruckt in: H. La Fontaine (Hrsg.), *Pasicrisie International 1794–1900*, 397–410, 406; implizit ebenfalls in *StIGH, Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 49.

1917 *Lawry-White*, International Arbitration Law Review 15 (2012), 241 (welche den Verweis auf subjektive Kriterien mit Kausalitätserwägungen in Beziehung setzt: Bei vorsätzlichem Verhalten beruhe ein immaterieller Schaden eher adäquat-kausal auf der Verletzungshandlung, vgl. ebd. 245) und *Uchkunova/Temnikov*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 386 f.

1918 Vgl. beispielsweise ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434.

1919 Vgl. hierzu die Hinweise bei *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 256 f.

Übercompensation, sondern der Totalreparation. Es geht nur darum, ob Investor*innen erhalten, was ihnen zusteht.¹⁹²⁰

Letztlich ist die Voraussetzung der außergewöhnlichen Umstände daher kein Anwendungsfall bestehender völkerrechtlicher Regeln.

III. Füllung durch eine neue Regel des Völker gewohnheitsrechts

Da die skizzierte Spruchpraxis nicht auf einer bestehenden Regel des Völkerrechts beruht, findet die Schiedspraxis nur dann in den Rechtsquellen des Völkerrechts eine Grundlage, wenn eine neue Regel entstanden ist. Dieser Abschnitt schlägt vor, dass sich das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände zu einer Regel des Völker gewohnheitsrechts verfestigt hat. Hierfür spricht die Staatenpraxis, die auf eine entsprechende Rechtsüberzeugung schließen lässt (1.). Diese Regel erweist sich auch entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur als systemkonform im Völkerrecht (2.).

1. Staatenpraxis und opinio iuris

Die Entstehung einer völker gewohnheitsrechtlichen Regel setzt nach orthodoxer Auffassung eine gefestigte Praxis voraus, die von einer Überzeugung getragen ist, hierzu verpflichtet zu sein.¹⁹²¹ Dabei kann auch eine kürzere Zeitspanne genügen, wenn die Praxis "both extensive and virtually uniform"¹⁹²² ist. Bei aller gebotenen Vorsicht spricht viel für die Entstehung einer solchen Regel, nach der immaterielle Schäden jedenfalls im völkerrechtlichen Investitionsschutzrecht nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erstattungsfähig sind. Eine solche Regel kann sich sowohl auf die Staatenpraxis als auch auf Sinn und Zweck des Investitionsschutzrechts stützen.

1920 Vgl. zu diesem grundsätzlichen Argument gegen ein Erfordernis außergewöhnlicher Umstände *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 54 f.

1921 Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut; vgl. auch IGH, *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark / Germany v. Netherlands)*, Urteil, 20. Februar 1969, I.C.J. Reports 1969, 3, 44 (Rn. 77); IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Urteil, 3. Februar 2012, I.C.J. Reports 2012, 99, 122 (Rn. 55).

1922 IGH, *North Sea Continental Sea Shelf*, 1969, I.C.J. Reports 1969, 3, 43 (Rn. 74).

Die Praxis der Staaten zu immateriellem Schadensersatz im Investitions- schutzrecht ist angesichts der kurzen Zeitspanne, seit der immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht eine Rolle spielen,¹⁹²³ beeindruckend. So haben einige Staaten in Schiedsverfahren selbst ein Tatbestandsmerk- mal außergewöhnlicher Umstände¹⁹²⁴ oder eine ähnlich hohe Schwelle¹⁹²⁵ vorgetragen. Diese Staaten reichen von der Ukraine, Peru und Moldau über Bulgarien, Kasachstan, Kongo und Jordanien bis zu Rumänien, dem Oman, Costa Rica, Usbekistan, Guinea und Bolivien. Diese dreizehn Staaten decken Europa, Asien, Afrika und Südamerika ab. Diese Praxis ist unwidersprochen geblieben.¹⁹²⁶ Für die Verankerung dieser Regel im Völ- kergewohnheitsrecht spricht auch, dass selbst Investor*innen eine entspre- chende Regel in Schiedsverfahren vorgetragen haben.¹⁹²⁷ Dieses Verhalten

1923 Siehe hierzu näher oben unter § 11 B.

1924 Vgl. hierfür ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 319; ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 277; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587–588; ICSID, *Convial and CCI v. Peru*, 2013, Case No. ARB/10/2, Rn. 357; PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 250 (allerdings zu immateriellem Schadensersatz für den beklagten Staat); SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; mittelbar auch in ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 620; ICSID, *Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 501; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 902; ICSID, *Hamadi Al Tamimi v. Oman*, 2015, Case No. ARB/11/33, Rn. 254–256; Oxus Gold v. Uzbekistan, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 609; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 417.

1925 Vgl. UNCITRAL, *David Aven et al. v. Costa Rica*, 2018, Case No. UNCT/15/3, Rn. 686 (unter Verweis auf *Desert Line v. Yemen* und die dort festgestellte böswil- lige Verletzung des BIT unter Anwendung körperlichen Zwangs); ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Alghanim v. Jordan*, 2017, Case No. ARB/13/38, Rn. 269 („[moral damages] will only be granted in the most egregious of cases.“).

1926 Es ist nicht ersichtlich, dass sich – beispielsweise traditionell kapitalexportierende Staaten – für eine großzügigere Erstattung immaterieller Schäden einsetzen wür- den.

1927 Vgl. hierfür ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587; SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 277; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897; wohl auch ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 400 (allerdings unter Hinweis auf die abweichende Literaturauffassung); vgl. allerdings für eine ablehnende Haltung gegenüber der *Lemire*-Formel ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 605.

ist zwar nach herkömmlichen Auffassungen¹⁹²⁸ zur Bildung des Völkerge-wohnheitsrechts unbeachtlich. Indes indiziert es die Existenz einer solchen Regel, wenn ihr selbst diejenigen folgen, die sie benachteiligt.

Grundsätzlich belegt auch die Schiedspraxis als Rechtserkenntnisquelle (Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut) die Entstehung einer entsprechenden Regel, weil ihre Anwendung notwendigerweise impliziert, dass sie ein Teil des Völkerrechts ist.¹⁹²⁹ Problematisch ist jedoch, welcher Wert dieser Praxis als Beleg einer entsprechenden Regel zukommt, soweit manche Schiedsgerichte die Anwendung der Regel nur auf den (übereinstimmenden) Parteivortrag gestützt haben.¹⁹³⁰ Da die Parteien gem. Art. 42 Abs. 1 ICSID-Konvention einzelne Regeln im Einvernehmen bestimmen und sogar eigene Regeln für den Rechtsstreit kreieren können,¹⁹³¹ könnte die Verknüpfung immateriellen Schadensersatzes mit außergewöhnlichen Umständen Ausdruck einer privatautonom gesetzten Regel zwischen den Parteien sein und nicht des Völkergewohnheitsrechts.¹⁹³² Allerdings greifen diese Bedenken nicht durch. Ein entsprechender Konsens der Parteien über die anwend-

1928 Vgl. statt aller Völkerrechtskommission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, 2018, ILCYbk 2018, Bd. II, Teil 2, 90–113, 96 (Conclusion 4 Abs. 1 und 3).

1929 Gegen meine Schlussfolgerung lässt sich nicht einwenden, dass diese Praxis eine genuin investitionsschutzrechtliche (Investitionsschutzrecht verstanden als ein Amalgam unterschiedlicher Rechtsordnungen) und keine völkerrechtliche Regel reflektiere. Denn ein genauerer Blick zeigt, dass nur Entscheidungen auf der Grundlage des Völkerrechts immateriellen Schadensersatz an außergewöhnliche Umstände binden. Entscheidungen auf der Grundlage anderen Sachrechts tun dies gerade nicht, vgl. bspw. ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, 1980, Case No. ARB/77/2, ICSID Reports I, 330 (Rn. 4.96); ICSID, *SOABI v. Senegal*, 1988, Case No. ARB/82/1, Rn. 10.02; SCC, *Bogdanov et al. v. Moldova*, 2005, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/168> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 5.2; CCJA, *Société Benin Control S.A. v. State of Bénin*, Schiedsspruch, 13. Mai 2014, 004/2013ARI3 du 7 mai 2013, Rn. 129-131; ICSID, *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch, 27. September 2017, Case No. ARB/13/13, Rn. 1200-1203.

1930 Vgl. *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900.

1931 Vgl. *Kriebaum* in: Schill (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3. Auflage, 2022, Art. 42 Rn. 71–74.

1932 Es ist umstritten, ob der Grundsatz *iura novit arbiter* in Investitionsschiedsverfahren gilt, vgl. für die Geltung dieser Maxime im Investitionsschutzrecht (innerhalb sowie außerhalb von ICSID-Schiedsverfahren) *De Brabandere, Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 103–107; vgl. zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit *Abdel Wahab, Iura Novit Arbiter*, in: *Abdel Raouf/Leboulanger/Ziadé* (Hrsg.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, 2015, 3–25.

baren Standards fehlt in den beiden prägenden Schiedssprüchen *Lemire v. Ukraine* und *Desert Line v. Yemen*. Damit geht es zu weit, die Schiedspraxis lediglich als Ausdruck übereinstimmenden Parteivortrags abzutun. Manche Schiedssprüche verlangen sogar entgegen der Rechtsauffassung der Schiedskläger*innen außergewöhnliche Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁹³³ Somit stützt die Schiedspraxis als Rechtserkenntnisquelle den Befund, dass eine entsprechende Regel entsteht.

Die Staatenpraxis ist von einer *opinio iuris* getragen. Staaten tragen die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände in einem spezifisch juristischen Kontext (Schiedsverfahren) vor. Damit geben sie zu erkennen, dass sie sich insoweit gebunden fühlen. Grundsätzlich erachtet auch die Völkerrechtskommission Parteivortrag als mögliche Quelle zur Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts.¹⁹³⁴ Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass Parteivortrag in Schiedsverfahren in der Regel prozesstaktisch motiviert sei.¹⁹³⁵ Ob dieser Einwand durchgreifen würde, wenn Staaten je nach eigenem Vorteil unterschiedliche Regeln vortragen, mag dahinstehen. Ein solches Verhalten ist hinsichtlich immaterieller Schäden jedenfalls nicht ersichtlich. Selbst in den seltenen Fällen, in denen Staaten selbst einen immateriellen Schadensersatz geltend gemacht haben, haben sie sich an die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände gebunden gefühlt.¹⁹³⁶ Obwohl in Bezug auf eigene Ansprüche des beklagten Staates mangels ausreichender Praxis wohl noch keine entsprechende Regel entstanden sein dürfte, zeigt dieses Verhalten, dass Staaten die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände nicht aus Prozesstaktik, sondern aus einem Gefühl der Gebundenheit heraus befolgen. Insgesamt sprechen deshalb gute Gründe dafür, dass sich eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Regel herauskristallisiert hat.

In Ergänzung zur soeben durchgeführten induktiven Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts lässt sich eine Voraussetzung außergewöhnlicher

1933 Vgl. ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 605, 618.

1934 Vgl. Wood, Second Report on Identification of Customary International Law, 2014, UN Dok Nr. A/CN.4/672, Rn. 75; zustimmend Hernández, International Law, 2022, S. 42.

1935 Vgl. Treves, Customary International Law, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2006, Rn. 34.

1936 Vgl. PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 250. Hier hatte die Investorin keinen immateriellen Schadensersatz verlangt, so dass Bulgarien nicht darauf bedacht sein musste, seine Rechtsauffassung gegenüber entsprechenden Ansprüchen der Investorin durchzuhalten.

Umstände auch aus den Grundprinzipien des Investitionsschutzrechts deduzieren.¹⁹³⁷ Investitionsschutzrechtliche Verträge sind in grober Verallgemeinerung darauf ausgerichtet, wirtschaftliche Aktivitäten abzusichern. Insoweit sie bei der Verletzung ihrer Garantien Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gewähren, geht es in erster Linie um den Schutz ökonomischer Interessen, den Schutz des Vermögens. Damit ist zugleich gesagt, dass der Ersatz immaterieller Schäden eher die Ausnahme, denn die Regel ist. Wenn damit also der primäre Schutzzweck gerade nicht auf immateriellen Interessen liegt, sondern auf materiellen, ist es folgerichtig, dass erstere nur bei hinzutreten außergewöhnlicher Umstände entschädigt werden.¹⁹³⁸ Diese Überlegung entkräftet übrigens auch ein Argument gegen die Voraussetzung, dass namentlich *Dumberry* in die Diskussion gebracht hat. Er führt an, dass es an einem einleuchtenden Grund für die unterschiedliche Behandlung materieller und immaterieller Schäden fehle.¹⁹³⁹ Allerdings ergibt sich schon aus der Zweckrichtung des Investitionsschutzrechts eine solche Unterscheidung.

2. Außergewöhnliche Umstände als systemkonforme Regel im Völkerrecht

In der Literatur ist die Schiedspraxis mannigfaltiger Kritik ausgesetzt. Diese reicht vom Vorwurf der Vermengung immateriellen Schadensersatzes mit dem Konzept des Strafschadensersatzes,¹⁹⁴⁰ einer Fehlinterpretation

1937 Vgl. für eine solche Kombination induktiver und deduktiver Ansätze zur Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts Völkerrechtskommission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries, 2018, ILCYbk 2018, Bd. II, Teil 2, 90–113, 94 (Conclusion 2 Rn. 5).

1938 Vgl. für eine ähnliche Argumentation – allerdings in Bezug auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ratione materiae* – *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311; vgl. für einen ähnlichen Gedanken *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 269, der sich allerdings gegen zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht ausspricht und lediglich auf die tatsächliche Seltenheit solcher Klagebegehren abhebt.

1939 Vgl. *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 55 f.; ebenso nochmals *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 157.

1940 Vgl. *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 183; ähnlich *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 37 f.; vgl. auch *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 60 f.; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 496 f. In eine ähnliche Richtung tendiert die Stellungnahme *Lattys* (*Latty*,

früheren Fallrechts,¹⁹⁴¹ eines unzulässigen Einflusses menschenrechtlicher Praxis¹⁹⁴² bis hin zur Unerfahrenheit der Schiedsrichter*innen im Umgang mit immateriellen Schäden.¹⁹⁴³ Manche vermuten einen Zusammenhang zur Legitimationskrise des Investitionsschutzrechts, weil die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände die Gefahr hoher Schadensersatzzahlungen zugunsten der Investor*innen eindämmen kann.¹⁹⁴⁴ Obwohl die Grundprämissen aller dieser Ansätze, nämlich die Völkerrechtswidrigkeit der Schiedspraxis, nach den bisherigen Ausführungen nicht überzeugen kann,¹⁹⁴⁵ geben sie Anlass zu einer Kontrollüberlegung. Allen diesen Argumenten liegt in unterschiedlichem Maße die Leitidee zugrunde, dass die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände im Investitionsschutzrecht systemwidrig sei. Angesichts der bereits herausgearbeiteten tatsächlichen Entstehungsbedingungen der Praxis¹⁹⁴⁶ geht dieser Abschnitt diesem Vorwurf nach.

Gleichwohl zeigen zwei Aspekte, dass sich hier – zufällig – eine schlüssige Lösung herausgebildet hat. Dies sind einerseits die Konvergenzen mit anderen individualberechtigenden Regimen im Völkerrecht und an-

AFDI 54 (2008), 501), der allerdings alleine auf die subjektiven Kriterien, die in *Desert Line v. Yemen* anklingen, eingeht. Ansatzweise auch *Cabrera, Moral Damages in Investment Arbitration*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 197, 212.

1941 *Dumberry/Cusson, Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 56–63.

1942 Dieses Argument tritt in zwei Varianten auf: Das Schiedsgericht soll durch menschenrechtliche Fälle, die in der Regel schwere Verletzungen betreffen, dazu verleitet worden sein, für immaterielle Schäden eine solche Voraussetzung festzulegen, vgl. hierfür die Andeutungen bei *Coriell/Marchili, Unexceptional Circumstances: Moral Damages*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 229; explizit *Sabahi, Moral Damages in International Investment Law*, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 260 f.; wohl zustimmend *Dumberry/Cusson, Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 63 (allerdings attestieren *Dumberry* und *Cusson* der Schiedspraxis primär ein fehlerhaftes Verständnis der Entscheidungen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, vgl. ebd. 56–62). In einer anderen Spielart wird betont, dass es sich hier um eine falsche Deutung der menschenrechtlichen Schiedspraxis handle, weil die menschenrechtliche Praxis gerade kein erhöhtes Kriterium an die Gewährung immateriellen Schadensersatzes knüpfe, vgl. hierfür *Blake, Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 395 f.

1943 *Blake, Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 379; zustimmend *Dumberry/Cusson, Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 56.

1944 Vgl. *Blake, Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 380 f.

1945 Siehe hierzu oben unter § 11 D. I.

1946 Siehe oben unter § 11 C.

dererseits die innere Rechtfertigung durch die Zielrichtung des Investitionsschutzrechts. Letzterer Punkt wurde bereits oben angesprochen. Kurz gesagt ist der Ersatz immaterieller Schäden im vermögensrechtlich orientierten Investitionsschutzrecht die Ausnahme, weshalb sich der beschränkte Ersatz immaterieller Schäden als Ausdruck des Schutzzwecks des Rechtsgebiets rechtfertigen lässt.¹⁹⁴⁷

Wie bereits die vorangegangenen Kapitel gezeigt haben, kennt auch der Menschenrechtsschutz eine Schwelle, unterhalb derer immaterielle Schäden nicht (oder jedenfalls nicht substanziell) in Geld ersetzt werden.¹⁹⁴⁸ Daher erscheint die investitionsschutzrechtliche Praxis als deren Fortsetzung. Allerdings ist es eine hochumstrittene Frage, in welchem Verhältnis das Investitionsschutzrecht zum Menschenrechtsschutz steht.¹⁹⁴⁹ So ist der Schutz ausländischer Investor*innen nach Dederer "besonderer Menschenrechtsschutz".¹⁹⁵⁰ Peters sieht dagegen erhebliche Unterschiede zwischen Menschenrechts- und Investitionsschutz. Insbesondere sei der Menschenrechtsschutz ein Zweck in sich selbst, während der Investitionsschutz nur Mittel zur Förderung der Wirtschaft des jeweiligen Gaststaates ist.¹⁹⁵¹ Mit diesen Zwecksetzungen verbunden ist die unterschiedliche Reichweite der Regime. Während menschenrechtliche Verpflichtungen *erga-omnes(-partes)*-Wirkung entfalten, gelten investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen nur im Verhältnis Gaststaat-Investor*in.¹⁹⁵²

Diese Unterschiede geben allen Grund zur Skepsis gegenüber einer weitgehenden Gleichsetzung des Investitionsschutzes mit dem Menschenrechtsschutz. Dessen ungeachtet bleiben ausreichende Gemeinsamkei-

1947 Siehe hierzu oben unter § 11 D. III. 1. a. E.

1948 Siehe hierzu jeweils oben unter § 8 B., § 9 B. III. und § 10 B. II.

1949 Vgl. für die Relevanz der Menschenrechte im Investitionsschutzrecht Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, *ICLQ* 60 (2011), 573–596; vgl. zur Debatte auch Blake, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 388–393, der sich ebenfalls für eine Anlehnung an die menschenrechtliche Praxis ausspricht. Vgl. eingehend zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und Investitionsschutzrecht *De Brabandere*, *Human Rights and International Investment Law*, in: Krajewski/Hoffmann (Hrsg.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, 2019, 619–645.

1950 Dederer, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Berichte DGIR 51, 285, 297.

1951 Peters, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 320 f.

1952 Hirsch, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in: Dupuy/Petersmann/Francioni (Hrsg.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, 97–114, 109.

ten,¹⁹⁵³ um unter Beachtung der Eigenheiten beider Regime Parallelen zu ziehen. Obwohl sie unterschiedliche Ziele verfolgen,¹⁹⁵⁴ sind sie im Falle immateriellen Schadensersatzes mit einer vergleichbaren Problemlage konfrontiert. Beide haben es mit einer potentiell unbegrenzten Anzahl an Anspruchsteller*innen zu tun.¹⁹⁵⁵ Wie diese Ansprüche zu begrenzen sind, ist deshalb ein gemeinsames Problem. Zudem regeln beide Rechtsgebiete ein asymmetrisches Verhältnis, dasjenige zwischen Staat und Individuum.¹⁹⁵⁶ Ebenso balancieren beide das individuelle Schutzinteresse mit der staatlichen Souveränität aus.¹⁹⁵⁷ Da sich die Höhe der Fallzahlen ebenso wie die streitgegenständlichen Verletzungen und Ziele der Rechtsregime unterscheiden, mögen die konkreten Lösungen divergieren. Daher erscheint es plausibel, dass die Schwelle zum Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht höher ist als im Menschenrechtsschutz. Aber die Grundsituation des Individualrechtsschutzes eint Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht. Daher belegt das Aufkommen einer in Grundzügen vergleichbaren Praxis im Menschenrechtsschutz, dass die Entwicklung des Investitionsschutzrechts nur eine besondere Erscheinungsform einer allgemeineren Regel der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum ist.

Im internationalen Investitionsschutzrecht sind immaterielle Schäden trotz zum Teil geäußerter Bedenken ersatzfähig. Insbesondere kann auch eine

1953 Vgl. auch zu Gemeinsamkeiten der Regime *Steininger*, What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration, *LJIL* 31 (2018), 33–58, 34 f.

1954 Der Schutz wirtschaftlicher Interessen auf der einen Seite und der Schutz der menschlichen Würde auf der anderen Seite; vgl. *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 320; vgl. für eine alternative Unterscheidung der Zwecke in Bezug auf die Haftung *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 217.

1955 So auch *Steininger*, *LJIL* 31 (2018), 35. Wobei die Fallzahlen vor dem IAGMR und dem AfGMRRV wegen der jeweiligen Ausgestaltungen der Rechtsschutzsysteme deutlich geringer sind als vor dem EGMR oder im Investitionsschutzrecht, siehe hierzu jeweils oben unter § 9 A. und § 10 A.

1956 *Hirsch*, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths, in: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 97, 98 f. und 107; so auch *Dederer*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: *Berichte DGIR* 51, 285, 300 (Fn. 134); *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 318.

1957 *Dederer*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: *Berichte DGIR* 51, 285, 304.

juristische Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten verlangen, ohne dass hierfür eine tragfähige dogmatische Begründung existiert. Zusätzlich hat sich in der Schiedspraxis, ausgehend von der Entscheidung im Fall *Desert Line v. Yemen*, eine Regel herausgebildet, nach der immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen in Geld ersetzt werden. Außergewöhnliche Umstände setzen dabei nach der überwiegenden Schiedspraxis bestimmte schwerwiegende Rechtsverletzungen voraus, die Folgen wie Leid, Schmerz oder Ansehensverluste von einer gewissen Schwere hervorrufen. Allerdings lehnt das investitionsschutzrechtliche Schrifttum diese Regel mehrheitlich ab und verlangt die voraussetzungslose Gewährung immateriellen Schadensersatzes. Diese Haltung überzeugt indes nicht. Sie verkennt, dass das allgemeine Völkerrecht nur für den Ersatz immaterieller Schäden im zwischenstaatlichen Verkehr Regeln bereithält und eine Übertragung dieser Regeln auf das Verhältnis Staat-Individuum keine Selbstverständlichkeit ist. Zudem besteht für den Ersatz immaterieller Schäden im Verhältnis zwischen Staat und Individuum eine neue Regel des Völkergewohnheitsrechts, dass diese nur unter außergewöhnlichen Umständen ersetzt werden. Damit findet die Schiedspraxis ungeachtet ihrer Entstehungsbedingungen eine Grundlage im geltenden Völkerrecht.

