

Valérieane König

Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche

Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambridge),
München; Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M.
(Berkeley), Berlin; Professor Dr. Susanne Kalss,
LL.M. (Florenz), Wien; Professor Dr. Wolfgang Kerber,
Marburg; Professor Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J.
(Austin/Texas), Bochum; Professor Dr. Heike
Schweitzer, LL.M. (Yale), Mannheim; Professor Dr.
Hans-Peter Schwintowski, Berlin; Professor Dr.
Reinhard Singer, Berlin; Professor Dr. Christine
Windbichler, LL.M. (Berkeley), Berlin

EIW Band 48

Valériane König

Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche



Dogmatisch-empirische Analysen zur Handels-
und Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

DE GRUYTER

ISBN 978-3-11-033461-6
e-ISBN 978-3-11-033465-4

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Einbandabbildung: © Mike Kemp/Getty Images
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
☼ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Dank

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Sommer 2012 abgeschlossen, vereinzelt konnten später erschienene Beiträge und Entscheidungen berücksichtigt werden.

Eine Reihe von Personen und Institutionen hat die Entstehung dieser Arbeit unterstützt, wofür ich gerne meinen Dank aussprechen möchte. Dabei richtet sich mein Dank zunächst an die Studienstiftung des deutschen Volkes, die Harvard Law School (Harvard University, Cambridge, MA), das Deutsch-Französische Jugendwerk, die Deutsch-Britische Juristenvereinigung sowie die Mathews-Stiftung für die freundliche Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Meinem Doktorvater, Stefan Grundmann (Humboldt-Universität zu Berlin), danke ich vor allem für seine Offenheit, eine die herkömmlichen Fachgrenzen überschreitende Arbeit zu begleiten. Jörn Griebel (Universität zu Köln) danke ich insbesondere für die über die Zweitbegutachtung hinausgehenden wichtigen Impulse und seine fortdauernde Unterstützung. Sehr wertvoll war mir ferner der Austausch mit Christoph Schreuer (Universität Wien) sowie die Anregungen von William W. Park (Boston University), Gabrielle Kaufmann-Kohler (Université de Genève), Emmanuel Gaillard (Université Paris XII) und August Reinisch (Universität Wien).

Besonders danken möchte ich Thomas Reiberling für die kritische Durchsicht weiter Teile dieser Arbeit. Für die Korrektur des Manuskripts sowie für seine stete persönliche Unterstützung danke ich schließlich von Herzen Andree Michaelis.

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis — XIII

Einführung — 1

Forschungsfeld und Fragestellung — 1

Gang der Untersuchung — 5

1. Teil:

Dogmatische Grundlagen — 7

Kapitel 1:

Präcedenzwirkung – Konzepte im nationalen Recht, Begriff und Bedeutung — 9

- I. Die Bedeutung von Präjudizien und die richterliche Rechtsfortbildung im nationalen Recht — 9
 1. Der angloamerikanische Rechtsraum — 10
 2. Das deutsche Rechtssystem — 13
 3. Das französische Rechtssystem — 20
 4. Zusammenfassende Bewertung — 27
- II. Präcedenzwirkung: Begriff und Abgrenzungen — 29
- III. Zur Bedeutung der Präcedenzwirkung für Rechtsfortbildung, Rechts-
erzeugung und Kohärenz — 32

Kapitel 2:

Die faktische Präcedenzwirkung internationaler Schiedssprüche — 35

- I. Unabdingbare Voraussetzungen — 38
 1. Entscheidungsbegründung — 39
 2. Veröffentlichung — 39
 - a) Veröffentlichungsinteresse — 41
 - b) Bedürfnis nach Vertraulichkeit — 45
 - c) Rechtlicher Rahmen — 48
 - aa) Nationale Rechtsgrundlagen — 49
 - bb) Internationale Rechtsgrundlagen — 52
 - cc) Schiedsordnungen — 52
 - dd) Vertraulichkeit: ein dem Schiedsverfahren inhärentes
Prinzip? — 56
 - ee) Schiedsklausel — 61
 - ff) Zusammenfassende Bewertung — 63
 - d) Realisierung einer breiteren Veröffentlichungspraxis — 64

- aa) Kein Rangverhältnis zwischen den konfligierenden Interessen — **64**
 - bb) „Praktische Konkordanz“ — **66**
 - cc) Konkrete Lösungsansätze für die Praxis — **66**
- 3. Bezugnahme — **71**
- II. Qualifizierende Faktoren — **73**
 - 1. Grad an Konnexität und Relevanz der früheren Entscheidung — **73**
 - 2. Besondere Beschaffenheit der angewendeten Normen — **74**
 - 3. *Persuasive authority* — **75**
 - 4. Anzahl früherer Bezugnahmen — **80**
 - 5. Weitere Faktoren — **81**
- III. Analyse der faktischen Präzedenzwirkung: Methodik — **82**
 - 1. Art der Bezugnahme (Grad der Präzedenzwirkung) — **82**
 - 2. Typologie der Bezugnahme — **82**
 - a) Befolgen — **83**
 - b) Anwenden — **86**
 - c) Erwähnen — **88**
 - d) Ignorieren? — **88**
 - 3. Mögliche Verzerrungen einer empirischen Vorgehensweise — **88**
- IV. Zusammenfassende Bewertung — **89**

Kapitel 3:

Rechtserzeugung durch internationale Schiedsgerichte — 91

- I. Kompetenzgrundlagen und Befugnisrahmen der privaten Streitschlichtung und Rechtserzeugung — **91**
 - 1. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit — **93**
 - 2. Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit — **102**
- II. Bereiche schiedsgerichtlicher Rechtserzeugung — **106**
 - 1. Nationales materielles Recht — **106**
 - 2. Nationale Kollisionsrechte — **110**
 - 3. Nationale und internationale Verfahrensrechte — **111**
 - 4. Internationales Einheitsrecht — **114**
 - 5. Internationales Investitionsrecht — **115**
 - 6. Transnationales Recht — **117**
- III. Zusammenfassende Bewertung — **120**

2. Teil:

Die schiedsgerichtliche Praxis — 123

Kapitel 1:

Analyse handelsschiedsgerichtlicher Entscheidungen — 127

- I. Summarischer rechtsempirischer Befund — 129
- II. Präcedenzwirkung in der ICC-Spruchpraxis — 132
 1. Ausweitung der Schiedsklausel auf konzernzugehörige Unternehmen — 132
 - a) Die *Dow Chemical*-Entscheidung und die „Group of Companies“-Doktrin — 135
 - aa) Zustimmungende Schiedssprüche — 139
 - bb) Uneindeutige Schiedssprüche — 140
 - cc) Ablehnende Schiedssprüche — 141
 - b) Zusammenfassende Bewertung — 142
 2. Internationale Baustreitigkeiten — 142
 - a) Quantitative Analyse — 145
 - b) Qualitative Analyse — 147
 - c) Insbesondere: Spruchpraxis zur Klausel 67 Red Book — 149
 - d) Zusammenfassende Bewertung — 151
- III. Konsistenz — 152
 1. Ausweitung der Schiedsklausel auf konzernzugehörige Unternehmen — 153
 2. Internationale Baustreitigkeiten vor Schiedsgerichten: Etablierung einer *lex constructionis*? — 156
- IV. Rechtsfortbildung — 157
 1. Ausweitung der Schiedsklausel auf konzernzugehörige Unternehmen — 157
 2. Internationale Baustreitigkeiten — 158

Kapitel 2:

Analyse investitionsschiedsgerichtlicher Entscheidungen — 160

- I. Präcedenzwirkung in der investitionsschiedsgerichtlichen Spruchpraxis — 161
 1. Quantitativer Befund — 167
 2. Qualitative Analyse — 168
- II. Konsistenz — 174
 1. Der Investitionsbegriff — 175
 - a) Subjektiver Investitionsbegriff — 177
 - b) Objektiver Investitionsbegriff — 178

- aa) Erheblicher Beitrag — **180**
- bb) Dauer — **182**
- cc) Risiko — **184**
- dd) Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates — **186**
- ee) Gewinn und Rendite — **190**
- c) Qualifizierung des Salini-Tests in späteren Entscheidungen — **191**
 - aa) *Typical Characteristics Approach* — **192**
 - bb) *Jurisdictional Approach* — **194**
- d) Zusammenfassende Bewertung — **197**
- 2. Investitionsschutzstandards — **200**
 - a) Der Meistbegünstigungsgrundsatz — **200**
 - aa) Anwendung auf materielle Fragen — **201**
 - bb) Anwendung auf prozessuale Fragen — **208**
 - cc) Zusammenfassende Bewertung — **215**
 - b) Das Gebot vollen Schutzes und voller Sicherheit — **217**
 - aa) Verhältnis zum völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht — **218**
 - bb) Abgrenzung zum Grundsatz gerechter und billiger Behandlung — **223**
 - cc) Sachlicher Anwendungsbereich — **226**
 - dd) Haftungsmaßstab — **235**
 - ee) Zusammenfassende Bewertung — **241**
- III. Rechtsfortbildung — **242**

Zusammenfassende Bewertung — 246

Zusammenfassung und Ausblick — 249

Anhänge — 255

- Anhang 1:
Behandelte Schiedssprüche der ICC mit Fundstellen — **255**
- Anhang 2:
Spruchpraxis der ICC zur Ausweitung der subjektiven Reichweite der Schiedsklausel auf konzernzugehörige Unternehmen — **261**
- Anhang 3:
Spruchpraxis der ICC zu baurechtlichen Streitigkeiten — **264**
- Anhang 4:
Behandelte Schiedssprüche des ICSID — **265**

Anhang 5:	
Behandelte investitionsrechtliche Schiedssprüche (ohne ICSID)	— 270
Anhang 6:	
Spruchpraxis des ICSID zum Investitionsbegriff	— 271
Anhang 7:	
Investitionsrechtliche Spruchpraxis zum Meistbegünstigungsgrundsatz (MFN)	— 275
Anhang 8:	
Investitionsrechtliche Spruchpraxis zum Gebot vollen Schutzes und voller Sicherheit (FPS)	— 277
Anhang 9:	
Auszüge aus baurechtlichen Standardbedingungen	— 280
Literaturverzeichnis	— 283
Sachregister	— 302

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Andere(r) Ansicht
AAA	American Arbitration Association
A. A. Yb.	Austrian Arbitration Yearbook
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
All ER	All England Law Reports
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Rev. Int. Arb.	American Review of International Arbitration
Am. U. Int. L. Rev.	American University International Law Review
Arb.	Arbitration
Arb. Int.	Arbitration International
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage/Swiss Arbitration Association
ASA Bull.	ASA Bulletin
ASA SpS	ASA Special Series
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Berkeley J. Int. L.	Berkeley Journal of International Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIT	Bilateral Investment Treaty
BTW	Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
B. U. Int. L. J.	Boston University International Law Journal
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull., A.P.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. info.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bus. L. Int.	Business Law International
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Cour d'appel
Cah. arb.	Cahiers de l'Arbitrage
Clunet	Journal du droit international (Clunet)
Colum. J. Trans. L.	Columbia Journal of Transnational Law
CLR	Commonwealth Law Reports
DAB	Dispute Adjudication Board
D. Chron.	Recueil Dalloz, Chronique
Disp. Res. J.	Dispute Resolution Journal
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DIS-Scho	DIS-Schiedsgerichtsordnung vom 01.07.1998
EJIL	European Journal of International Law
Emory L. J.	Emory Law Journal
ERA	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive

EÜH	Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. 04. 1961, BGBl. 1964 II, 426.
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, BGBl. 1986 II, 109
EWCA	England and Wales Court of Appeal Decisions
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
Fordham Int. L. J.	Fordham International Law Journal
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
GG	Grundgesetz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
Geo. J. Int. L.	Georgetown Journal of International Law
GLJ	German Law Journal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hg.	Herausgeber
h. M.	Herrschende Meinung
IAR	International Arbitration Rules (des AAA/ICDR)
IBA Rules	IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
ICC	International Chamber of Commerce
ICC Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin
ICC Rules	ICC Rules of Arbitration
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
ICE	British Institution of Civil Engineers
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
ICLR	The International Construction Law Review
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICSID AR	ICSID Arbitration Rules
ICSID News	News from ICSID (Newsletters)
ICSID Rev.	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs
IILJ WP	Institute for International Law and Justice Working Paper
ILC	International Law Commission
Incoterms	International Commercial Terms
Indian J. Int. L.	Indian Journal of International Law
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
Int. Arb. L. Rev.	International Arbitration Law Review
Int. Bus. L. J.	International Business Law Journal
Int. L.	The International Lawyer
Int. Rev. L. Econ.	International Review of Law and Economics
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JBl.	Juristische Blätter
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)

J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
J. Int. Disp. S.	Journal of International Dispute Settlement
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
J. L. Soc.	Journal of Law and Society
JWIT	The Journal of World Investment and Trade
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kans. L. Rev.	Kansas Law Review
KK	Karlsruher Kommentar zur StPO
L. Econ. Res.	New York University Law and Economics Research Paper Series
Leiden J. Int. L.	Leiden Journal of International Law
Lloyd's Rep.	Lloyd's Reports
LPICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
L. Pol. Int. Bus.	Law and Policy of International Business
LSE WP	LSE Law, Society and Economy Working Papers
L. Soc. Rev.	Law and Society Review
Mich. J. Int. L.	Michigan Journal of International Law
MLJ	McGill Law Journal
MüKo	Münchener Kommentar
NAFTA	North American Free Trade Association
N. C. L. Rev.	North Carolina Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
N. Y. L. J.	New York Law Journal
NYU WP	New York University Working Paper
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
PCA	Permanent Court of Arbitration
Penn. St. Int. L. Rev.	Penn State International Law Review
Penn. St. L. Rev.	Penn State Law Review
Pepp. Disp. Res. L. J.	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
PPS	Perspectives on Psychological Science
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
RdC	Recueil des Cours
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), BGBl. 2009 I, 1574
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rth	Rechtstheorie
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SFDI	Société française pour le droit international
SGCA	Singapore Court of Appeal
SGHC	Singapore High Court

StPO	Strafprozessordnung
Suff. Trans. L. Rev.	Suffolk Transnational Law Review
Tex. Int. L. J.	Texas International Law Journal
TDM	Transnational Dispute Management
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
UNB L. J.	University of New Brunswick Law Journal
U. M. Int. Comp. L. Rev.	University of Miami International and Comparative Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade
UNCITRAL-SchO	Schiedsordnung der UNCITRAL
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vand. J. Trans. L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Va. J. Int. L.	Virginia Journal of International Law
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WBÜ	Weltbankübereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BGBl. 1969 II, 369
Wis. L. Rev.	The Wisconsin Law Review
WLR	Weekly Law Reports
W. M. L. Rev.	William and Mary Law Review
WTO	World Trade Organization
Yale J. Int. L.	Yale Journal of International Law
Y.B. Comm. Arb.	Yearbook Commercial Arbitration
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einführung

Forschungsfeld und Fragestellung

Rechtsstreitigkeiten werden zunehmend vor internationalen Schiedsgerichten ausgetragen. Dabei können sowohl die Handels- als auch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit einen großen Zulauf verzeichnen: So hat sich in den letzten 20 Jahren die Zahl der Anträge zur Durchführung eines Schiedsverfahrens bei dem 1923 unter dem Dach der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*, ICC) gegründeten Internationalen Schiedsgerichtshof (*International Court of Arbitration*) mehr als verdoppelt.¹ Das erst 1966 mit Inkrafttreten des Weltbankübereinkommens (WBÜ) gegründete Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ICSID) nahm sechs Jahre später seinen ersten Fall an. Seit 2003 wurden jährlich über 20 neue Verfahren eingeleitet, im Jahr 2011 betreute das ICSID sogar 38 neue Streitfälle.²

Zu einer wachsenden Anzahl internationaler Streitigkeiten und einer erhöhten Inanspruchnahme internationaler Schiedsverfahren führte der steigende Welthandel³ ebenso wie die explosionsartige Vervielfachung von Direktinvestitionen.⁴ Hinzu kommt, dass es ein zunehmend dichtes Netz an bilateralen In-

1 Gingen im Jahr 1993 noch 352 Anträge zur Durchführung eines Schiedsverfahrens ein, waren es 2000 bereits 541 und zehn Jahre später sogar 793 Anträge, s. ICC, ICC Bulletin, Vol. 22 (1), Statistical Report 2010. Eine Übersicht zur Anzahl der bei den verschiedenen Institutionen eingegangenen Anträge nach Jahrgängen (1993 bis 2007) findet sich bei Born, International Commercial Arbitration – Vol. I, S. 69.

2 Berücksichtigt werden Verfahren nach dem WBÜ sowie nach den Additional Facility Rules, s. ICSID, The ICSID Caseload – Statistics, 2012 (1), S. 8, verfügbar unter: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013).

3 Zur Entwicklung des weltweiten Warenhandels s. WTO, International Trade Statistics 2009, S. 10, verfügbar unter: <http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2009_e/its2009_e.pdf> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013). Diese Statistik zeigt, dass der nominale Wert der exportierten Waren 2008 bei 15,7 Billionen US-Dollar lag und damit über hundertmal höher war als im Jahr 1963. Der im Zusammenhang mit der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 gesunkene Wert stieg 2011 auf 17,8 Billionen US-Dollar, s. WTO, International Trade Statistics 2009, S. 14 und 24, verfügbar unter: <http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2012_e/its2012_e.pdf> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013).

4 Zur Entwicklung der ausländischen Direktinvestitionen s. OECD, Shifting Wealth, S. 81. Aus der dort aufgeführten Statistik ergibt sich, dass sich die laufend getätigten ausländischen Direktinvestitionen von 13 Milliarden US-Dollar im Jahr 1970 auf 207 Milliarden US-Dollar im Jahr 1990 sowie auf knapp 1,98 Billionen US-Dollar im Jahr 2007 erhöht haben. Nach einer krisen-

vestitionsabkommen (*Bilateral Investment Treaties*, BITs) Investoren erleichtert, Verfahren zur Wahrung und Durchsetzung eigener Rechte anzustrengen. Denn hier bedarf es anders als im völkerrechtlichen Fremdenrecht keiner Flankierung durch den diplomatischen Schutz des Heimatstaates. Während dort, dem traditionellen völkerrechtlichen Verständnis entsprechend, nicht dem Einzelnen, sondern lediglich dem souveränen Staat Rechte erwachsen,⁵ kann der Investor hier eigene Rechte unmittelbar aus dem zwischen seinem Heimatstaat und dem Anlagestaat abgeschlossenen Investitionsvertrag geltend machen. Mittlerweile existieren bereits über 2800 BITs, von denen eine Vielzahl die Verpflichtung der Anlagestaaten enthält, sich der Schiedsgerichtsbarkeit des ICSID zu unterwerfen.⁶ Auf der Grundlage einer solchen BIT-Klausel kann ein Investor dann seine subjektiven Rechte vor einem ICSID-Schiedsgericht geltend machen.⁷

Mit der steigenden Bedeutung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit geht einher, dass die Gerichtsbarkeit zunehmend „privatisiert“ bzw. „entstaatlicht“ wird. Die von Schiedsrichtern entschiedenen Fälle betreffen zentrale Bereiche des Wirtschaftsrechts, teilweise ganze Branchen. Denn in vielen Branchen gibt es kaum noch Vertragsbeziehungen, in denen keine Schiedsabrede getroffen wird. So enthielten bereits vor 15 Jahren über 80 % der Exportverträge im Anlagen- und Maschinenbau Schiedsvereinbarungen.⁸ Internationale Bauvorhaben, internationale Energieverträge und der internationale Seehandel sind nur einige der Bereiche, in denen die staatliche Gerichtsbarkeit immer mehr an Bedeutung verliert.⁹ Diese Entwicklung wird vor allem dadurch befördert, dass sich die Parteien von der Schiedsgerichtsbarkeit bestimmte Vorteile versprechen. Zu die-

bedingten Verringerung stiegen die Direktinvestitionen für das Jahr 2011 wieder auf über 1,5 Billionen US-Dollar, s. UNCTAD, World Investment Report 2012, S. 3, verfügbar unter: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013).

⁵ Zum völkerrechtlichen Fremdenrecht s. Ipsen, Völkerrecht, § 50 Rn. 2ff.

⁶ So weist bereits Arnoldt, Praxis des Weltbankübereinkommens, S. 23, auf über 1000 BITs mit einer solchen Verpflichtung hin.

⁷ Die Kompetenz des ICSID beruhte in 63 % der im Jahr 2011 geführten Verfahren auf einem BIT, vgl. ICSID, The ICSID Caseload – Statistics, 2012 (1), S. 10, verfügbar unter: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013).

⁸ Hirsch, SchiedsVZ 2003, 49; vgl. auch Lionnet, in: FS Sandrock, S. 603.

⁹ Zu den internationalen Baustreitigkeiten s. insbesondere Kapitel 1 des 2. Teils der vorliegenden Arbeit, zur „international oil and gas arbitration“ s. etwa Bishop, Y.B. Comm. Arb. 23 (1998), 1131 ff., und die Veröffentlichungen des Global Energy Law & Regulation Portal (OGEL), verfügbar unter: <<http://www.ogel.org>> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013), zum internationalen Seehandel s. Maurer, Lex Maritima.

sen zählt primär ihre enge Verzahnung mit der Handelspraxis,¹⁰ die auch zur Bezeichnung der Schiedsrichter als „juges naturels“ des internationalen Handels geführt hat.¹¹ Immerhin können die häufig von Experten besetzten Schiedskörper den Besonderheiten einer Branche sowie den dort herrschenden Parteiinteressen besonders Rechnung tragen.¹² Damit wird sowohl die Akzeptanz des Schiedsspruchs als auch die Anwendung von Handelsbräuchen erleichtert.¹³ Ebenso wird die Neutralität des Forums als wichtiger Vorzug sowohl der Handels- als auch der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit angesehen. Gerade in Investitionsstreitigkeiten, bei denen ein Investor gegen seinen Gaststaat vorgehen möchte, wird nach einer neutralen – staatsunabhängigen – Jurisdiktion gesucht.¹⁴

Der Zuwachs an Schiedsklagen führt zu einer steigenden Anzahl an schiedsrichterlichen Entscheidungen.¹⁵ Diese offenbaren häufige Bezugnahmen auf die frühere Rechtsprechung, obgleich weder ICC- noch ICSID-Schiedsgerichte an frühere Schiedssprüche gebunden sind. Die vorliegende Arbeit untersucht dieses Phänomen. Indem die früheren Entscheidungsbegründungen zur Referenz für spätere Entscheidungen werden, kommt den früheren Entscheidungen eine faktische Präcedenzwirkung zu. Deren genaue Ausprägung lässt sich dabei – so die entscheidende These dieser Arbeit – anhand der jeweiligen Art der Bezugnahme feststellen. Daher wird diese faktische Präcedenzwirkung mit Blick auf ihre Voraussetzungen und die sie prägenden Faktoren ergründet sowie eine Methodik zur Erforschung ihrer konkreten Gestalt entworfen. Damit soll diese Arbeit theoretisch, aber auch empirisch, die zentralen Grundlagen etablieren.

Für die Rechtsfortbildung ist die Präcedenzwirkung von höchster Bedeutung, denn Rechtsfortbildung setzt Präcedenzwirkung voraus: Nur wenn spätere Entscheidungen die Fortentwicklung übernehmen, handelt es sich um eine wirkliche

10 So schreibt auch Cremades, Am. J. Comp. L. 31 (1983), 526, 534: „[A]rbitration in the commercial setting has served as a bridge between actual practice and normative aspiration, between commercial reality and the law.“

11 Dasser, Internationale Schiedsgerichte, S. 387; ferner Breitenstein, in: FS Sandrock, S. 111, 112.

12 Zur „tailor-made justice“ s. Dezalay/Garth, Dealing in virtue, S. 310. S. ferner Franck, Fordham L. Rev. (2005), 1521, 1606; Renner, Zwingendes transnationales Recht, S. 59; Sandrock, in: Rechtsfortbildung, S. 21, 36.

13 Cremades, Am. J. Comp. L. 31 (1983), 526, 534.

14 Lionnet, in: FS Sandrock, S. 603, 606; Schroeder, Lex mercatoria arbitralis, S. 27.

15 Bei der ICC waren es 479 Schiedssprüche allein im Jahr 2010, vgl. ICC, ICC Bulletin, Vol. 22 (1), S. 15. Beim ICSID waren es 96 Schiedssprüche zwischen 2001 und 2010 sowie 14 Schiedssprüche im Jahr 2011, vgl. ICSID, The ICSID Caseload – Statistics, 2012 (1), S. 15, verfügbar unter: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>> (zuletzt abgerufen am: 01.07.2013).

Rechtsfortbildung. Wenn sich nun Rechtsgebiete nahezu vollständig oder zum Großteil von der staatlichen Judikative abwenden, können staatliche Richter das Recht in jenen Bereichen nicht mehr fortbilden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob Schiedsrichter befugt sind, Recht fortzubilden und in welchen Bereichen sowie welchem Umfang sie tatsächlich rechtsschöpfend tätig werden.

Die Präcedenzwirkung von Schiedssprüchen und die Rechtserzeugung durch Schiedsgerichte stehen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit und in der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit gleichermaßen zur Frage. Dies ist mitunter auf die strukturelle Verwandtschaft beider Bereiche zurückzuführen. Prozessual wurzelt die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, weshalb ihre strukturellen Bedingungen mit Blick auf die Präcedenzwirkung vergleichbar sind. Auf beide lässt sich ferner jene Kritik beziehen, welche in Bezug auf die „offshore justice“¹⁶ geäußert wird und insbesondere die Legitimität privater Rechtserzeugung durch Schiedsgerichte in Frage stellt.¹⁷ Dass Schiedsgerichte der Handelsschiedsgerichtsbarkeit schwerpunktmäßig in anderen Rechtsgebieten agieren als Spruchkörper der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, steht einer gemeinsamen und vergleichenden Analyse nicht entgegen. Es sind vor allem die einzelnen Rechtsbereiche und weniger die Schiedsgerichtsbarkeiten, die maßgebende Besonderheiten und Unterschiede aufweisen. Entsprechend finden sich selbst innerhalb eines Zweiges der Schiedsgerichtsbarkeit Rechtsgebiete, die kaum Berührungspunkte miteinander teilen. So hat etwa das Recht des internationalen Seehandels (*lex maritima*) mit dem Recht internationaler Bauvorhaben (*lex constructionis*) ebenso wenig gemein wie mit dem internationalen Investitionsrecht. Die Spezifika einzelner Bereiche sprechen daher nicht gegen die gemeinsame Betrachtung der ICC- und der ICSID-Spruchpraxis. Im Gegenteil: Im vorliegenden Kontext ist es gerade von Bedeutung, dass in verschiedenen Rechtsgebieten, die sowohl die Handels- wie auch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit betreffen, jeweils ähnliche Phänomene zu beobachten sind, die mittels empirischer Analyse Schlussfolgerungen zulassen und so den Vergleich der beiden Schiedsgerichtsbarkeiten erlauben.

Die in dieser Studie getroffene Auswahl der Themenbereiche zeigt überdies, dass weder die Handelsschiedsgerichtsbarkeit als rein zivilrechtlich noch die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als rein öffentlich-rechtlich gedacht werden kann. Die dem staatlichen Rechtssystem entstammende Trennung von öffentli-

¹⁶ Dezalay/Garth, L. Soc. Rev. 29 (1995), 27, 58.

¹⁷ Vgl. nur Franck, Fordham L. Rev. (2005), 1521ff.; Jarrosson, in: La procédure arbitrale, S. 263ff.; Tercier, Rev. Arb. 2011, 653ff.

chem Recht und Zivilrecht¹⁸ verliert jenseits des Staates an Berechtigung. Besonders anschaulich ist dies bei Investitionsstreitigkeiten zu beobachten, die sich „in einer Grauzone zwischen (Internationalem) Privatrecht und öffentlichem (Völker)Recht“¹⁹ bewegen. Scheint es bereits auf nationaler Ebene zunehmend schwierig, einzelne Rechtsbereiche zur Gänze entweder dem öffentlichen Recht oder dem Zivilrecht zuzuordnen, so ließe sich ein solches Vorgehen auch mit Blick auf einzelne Gebiete des transnationalen Rechts kaum realisieren.

Beide zu untersuchenden Zweige der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sind aus diesen Gründen Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Dabei werden sie gerade in Hinblick auf ihre jeweiligen Gemeinsamkeiten und Besonderheiten untersucht.

Gang der Untersuchung

Den Ausgangspunkt der theoretischen Überlegungen des ersten Teils der Arbeit bildet eine Darstellung der Bedeutung von Präjudizien sowie der richterlichen Rechtsfortbildung im angloamerikanischen, deutschen und französischen Rechtssystem. Darüber hinaus wird der Begriff der Präzedenzwirkung näher bestimmt sowie deren Bedeutung für die schiedsgerichtliche Rechtserzeugung und die Kohärenz der Spruchpraxis kurz skizziert (Kapitel 1). Daran anschließend werden die Voraussetzungen der faktischen Präzedenzwirkung von Entscheidungen internationaler Schiedsgerichte und die sie prägenden Faktoren ergründet (Kapitel 2). Der Entwurf einer Methodik zur Erforschung der konkreten Gestalt der Präzedenzwirkung von Entscheidungen ist dabei ebenso Gegenstand dieser Arbeit wie die Frage nach der Befugnis von Schiedsgerichten, Recht fortzuentwickeln, und die Darstellung der möglichen Bereiche schiedsrichterlicher Rechtserzeugung (Kapitel 3).

Auf diesen dogmatischen Grundlagen aufbauend wird im zweiten Teil der Arbeit die handelsschiedsgerichtliche (Kapitel 1) sowie die investitionsschiedsgerichtliche Spruchpraxis untersucht (Kapitel 2). Für den Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit beschränkt sich diese Untersuchung auf die Spruchpraxis der wichtigsten Schiedsinstitution, der ICC.²⁰ Für die Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit gilt dies analog für das ICSID, wobei hier, soweit dies mit Blick auf

18 S. bereits Ulpian: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“, Ulpian Digesten 1. 1. 1. 2.

19 Renner, Zwingendes transnationales Recht, S. 113.

20 Craig/Park/Paulsson, ICC Arbitration, S. 2, bezeichnen die ICC als „the dominant general-purpose institution [...] in the field of international commercial arbitration“.

Entwicklungen im internationalen Investitionsrecht erforderlich ist, vereinzelt auch Nicht-ICSID-Schiedssprüche berücksichtigt werden. Dabei werden für die handelsrechtliche wie für die investitionsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit je eine kompetenzrechtliche und eine materiellrechtliche Themenstellung behandelt. Anhand dieser werden die Präcedenzwirkung der Schiedssprüche, etwaige schiedsrichterliche Rechtsfortbildungen sowie die Kohärenz der Spruchpraxis untersucht.

1. Teil: Dogmatische Grundlagen

Kapitel 1: Präzedenzwirkung – Konzepte im nationalen Recht, Begriff und Bedeutung

I. Die Bedeutung von Präjudizien und die richterliche Rechtsfortbildung im nationalen Recht

Der Gleichheitsgrundsatz gehört „[s]eit der Antike [...] zu den fundamentalen Vorstellungen jeder Rechtskultur“.²¹ In dem Bestreben, gleichheitstaugliche Entscheidungen zu fällen, orientieren sich staatliche Gerichte an vorangegangenen Entscheidungen.²² Dies gilt sowohl bei der Rechtsfortbildung wie auch bei der Auslegung und Konkretisierung gesetzlicher Normen.²³

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit inspiriert sich sehr stark sowohl vom *Common Law* als auch vom kontinentaleuropäischen Recht.²⁴ Gerade die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ist „ein Knotenpunkt, an dem die Fäden unterschiedlicher Rechtstraditionen zusammenlaufen – aber auch neu verwoben werden.“²⁵ Vor diesem Hintergrund soll die Stellung der Rechtsprechung in den unterschiedlichen Rechtssystemen sowie der Umgang mit Präjudizien im Folgenden exemplarisch am Beispiel des angloamerikanischen, des deutschen und des französischen Rechts dargestellt werden.²⁶ Diese rechtsvergleichende Perspektive dient dabei als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Präzedenzwirkung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Die Rolle von

21 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 111. S. auch die dort folgenden Ausführungen zur „Gleichheitsproblematik“, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

22 Kähler, *Rechtsprechungsänderung*, S. 418; Schilling, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, S. 170.

23 Zur Konkretisierung durch Präjudizien vgl. Schilling, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, S. 178 ff.

24 Vgl. Baum, in: *Liber Amicorum Böckstiegel*, S. 21 ff.; Böckstiegel, *SchiedsVZ* 2011, 113 f.; Schlosser, in: *Rechtsfortbildung*, S. 5, 7: „Deshalb gilt es auch, gleich zu Beginn ein uraltes Vorurteil zu zerstreuen, das von den Bequemen im Geiste in die Welt gesetzt wurde: Common-law-Verfahren und kontinentaleuropäische Prozeduren seien jeweils ein in sich geschlossenes System; es sei unmöglich, Elemente aus dem einen in das andere zu übertragen, ohne daß es dabei zu Friktionen komme. Die Schiedsgerichtsbarkeit beweist gerade das Gegenteil [...].“

25 Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 96.

26 Die rechtsvergleichende Betrachtung nimmt somit jene Rechtsordnungen zum Gegenstand, die den größten Einfluss auf das Schiedsgerichtswesen haben. Aus diesem Grunde wird die völkerrechtliche Gerichtspraxis (namentlich des IGH) nicht in diese einführende Kontextualisierung aufgenommen. Während sich also die dogmatischen Grundlagen dieser Arbeit samt der entwickelten Methodik durchaus auf die völkerrechtliche Spruchpraxis anwenden lassen und damit künftigen Forschungsarbeiten als Fundament dienen, kann diese nicht Teil des Ausgangspunkts der nachstehenden Darstellung sein.

Präjudizien im angloamerikanischen, deutschen und französischen Recht wird daher nicht skizziert, um *Common Law*- und *Civil Law*-Traditionen erneut einander gegenüberzustellen. Die Darstellung der verschiedenen Umgangsformen soll hier vielmehr die graduell unterschiedliche Bedeutung von Präjudizien über die Grenzen der Rechtskreise hinweg aufzeigen und dazu dienen, die Eigenheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund dieser Einflüsse analysieren zu können.

1. Der angloamerikanische Rechtsraum

Im angloamerikanischen Rechtsraum ist ein Präjudiz (*precedent*) eine Gerichtsentscheidung, die eine Autorität für die Lösung von gleichen oder ähnlichen Rechtsfragen darstellt.²⁷ Es gilt dabei der aus England stammende Grundsatz *stare decisis et non quieta movere*, wonach bei Vorentscheidungen „stehen zu bleiben ist“.²⁸ Die Bindungswirkung geht lediglich von der *ratio decidendi*, also den tragenden Urteilsgründen, aus.²⁹ Für die Bindungswirkung muss es sich ferner um die *ratio decidendi* einer Entscheidung eines Gerichts handeln, welches das zur Entscheidung berufene Gericht – hierarchisch – überhaupt binden kann.³⁰ Mit dieser hierarchischen Komponente geht die vertikale Dimension der Präjudizienbindung einher. Gerichte einer niedrigeren Stufe sind danach grundsätzlich an Entscheidungen von Gerichten höherer Stufen gebunden.³¹ Die in horizontaler Hinsicht bestehende Präjudizienbindung folgt dagegen keiner bestehenden Hierarchie. Nach dieser sind Gerichte an ihre eigenen früheren Entscheidungen sowie an solche von Gerichten gleicher Stufe gebunden.³²

Darüber hinaus muss der zugrundeliegende Sachverhalt für den aktuellen Fall einschlägig sein.³³ Somit lassen sich drei konstitutive Elemente der Bindungswirkung von Präjudizien im angloamerikanischen Rechtsraum festhalten: (1) Die

²⁷ Entscheidungen über Tatsachenfragen können nicht als Präjudizien herangezogen werden, vgl. Bailey/Ching/Taylor, *English Legal System*, S. 476.

²⁸ S. bereits die Bracton zugeschriebene Schrift aus dem 13. Jahrhundert, Bracton/Woodbine/Thorne, *Laws and Customs of England*.

²⁹ Blumenwitz, *Einführung*, S. 52; Bailey/Ching/Taylor, *English Legal System*, S. 477.

³⁰ Zander, *The law-making process*, S. 263.

³¹ Vgl. dazu Schilling, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, S. 171 f.

³² Vgl. Baker, *English legal history*, S. 200; Schilling, *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*, S. 172.

³³ Zander, *The law-making process*, S. 263; Garner, *Black's Law Dictionary*, Stichwort: Precedent.

Entscheidung muss von einem bestimmten Gericht erlassen worden sein. (2) Es muss sich um die *ratio decidendi* der Entscheidung handeln. (3) Es müssen die zugrundeliegenden Sachverhalte vergleichbar sein.

Doch sind nicht alle Präjudizien bindend (im Sinne von *binding precedents*). *Persuasive precedents* binden die Gerichte nicht. Nichtsdestotrotz kommt ihnen Präzedenzwirkung zu, sind sie doch schließlich „entitled to respect and careful consideration“.³⁴ Gerichte setzen sich hier also inhaltlich mit Entscheidungen auseinander, die zwar formal für sie nicht bindend sind, sie aber überzeugen können.³⁵ Die Überzeugungskraft (*persuasive power*) von Entscheidungen kann unterschiedlich ausfallen: „It is a truism upon which there is no need to enlarge that dicta are of varying degrees of persuasiveness.“³⁶ Welcher Grad an Präzedenzwirkung den *persuasive precedents* im Einzelfall zukommt, hängt von einer Reihe von Kriterien ab. Zu diesen zählen, welches Gericht entschieden hat, ob die formulierte Regel Teil der *ratio decidendi* ist, welchen Ruf der Richter genießt und ob der Richter des zu entscheidenden Falles der früheren Entscheidung zustimmt.³⁷ Der Präjudizienwert ist einer Entscheidung mithin nicht immanent. Folglich ist es einem Richter auch nicht möglich, zu verhindern, dass seiner Entscheidung Präzedenzwirkung zukommt.³⁸ Erst die nachträgliche Auseinandersetzung mit einer Entscheidung vermittelt ihr Präjudizienwert. Lautet die aktuelle Entscheidung dann gleich, so ist die höchstmögliche Präzedenzwirkung (einer nicht bindenden Entscheidung) feststellbar. Lehnt das Gericht die Argumentation der früheren Entscheidung hingegen ab, dann ist ihre Präzedenzwirkung gering. Dass das Gericht an die frühere Entscheidung nicht gebunden ist, bedeutet, dass es frei ist, dieser zu folgen oder nicht zu folgen. Die Überzeugungskraft der früheren Entscheidung ist dann die maßgebliche Größe, auf der die Präzedenzwirkung beruht.

Ob es sich um ein *binding* oder *persuasive precedent* handelt, spielt keine Rolle, wenn der zu entscheidende Fall von der früheren Entscheidung unter-

³⁴ Garner, Black's Law Dictionary, Stichwort: Persuasive precedent.

³⁵ Vgl. Klöckner, Grenzüberschreitende Bindung, S. 14.

³⁶ Cross/Harris, Precedent, S. 77.

³⁷ Bailey/Ching/Taylor, English Legal System, S. 512; Blumenwitz, Einführung, S. 54f.: „Ein wohl durchdachtes Dictum kann hohes Ansehen erlangen, ist aber als solches kein bindender Richterspruch, sondern bestenfalls eine treffende Äußerung zum Problem, die durch das Ansehen des betreffenden Richters oder durch die Überzeugungskraft der Formulierung (der sog. ‚persuasive power‘) oder der Gedankenführung später Anklang findet; die so formulierte Rechtsregel gewinnt ihre Präjudizienkraft aber auch dann nur vom späteren gleichlautenden Spruch eines Richters, der durch die ‚issues‘ in seinem Fall zur Stellungnahme gezwungen wurde.“

³⁸ Cross/Harris, Precedent, S. 42.

schieden (*distinguished*) werden kann. Der Sachverhalt des aktuellen Falles ist hier mit demjenigen, welcher der früheren Entscheidung zugrunde lag, nicht vergleichbar, sodass die dort entwickelten Prinzipien nicht übertragbar sind.³⁹

Neben rein deklaratorischen Präjudizien (*declaratory precedents*), die lediglich bestehende rechtliche Regeln anwenden und sich häufig in eine Folge von Präjudizien einfügen, gibt es originäre Präjudizien (*original precedents*), die eine neue Regel aufstellen, mithin Recht schaffen. Die Übernahme dieser Regel in späteren Entscheidungen als Akzeptanz dieses geschaffenen Rechts stellt eine Fortbildung des Rechts im eigentlichen Sinne dar. Heute ist die richterliche Rechtsschöpfung, die lange Zeit als mit der *stare decisis*-Doktrin nicht vereinbar galt, weithin anerkannt. So heißt es etwa in der *House of Lords*-Entscheidung *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*:

„[W]e all know that in reality, in the common law as in equity, the law is subject of development by the judges – normally, of course, by appellate judges. We describe as leading cases the decisions which mark the principal stages in this development, and we have no difficulty in identifying the judges who are primarily responsible.“⁴⁰

Doch wird mittlerweile nicht nur die richterliche Rechtsfortbildung anerkannt, vielmehr wurde auch die *stare decisis*-Doktrin als solche in den letzten Jahrzehnten in der englischen Gerichtsbarkeit ein wenig abgeschwächt.⁴¹ Sie nähert

³⁹ Bailey/Ching/Taylor, English Legal System, S. 515.

⁴⁰ *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1992] 2 AC 349 (377), per Lord Goff of Chieveley. S. ferner die *House of Lords*-Entscheidung *Home Office v. Dorset Yacht Co.* [1970] AC 1004 (1058), per Lord Diplock: „This function, which judges hesitate to acknowledge as law-making, plays at most a minor role in the decision of the great majority of cases, and little conscious has been given to analysing its methodology.“

⁴¹ Whittaker, in: *Precedent and the law*, S. 27, 45: In „England and Wales the very rigid adherence to *stare decisis* has slightly declined during the past half century. Recently there seems to be more room for divergence.“ Vgl. dazu Practice Statement (Judicial Precedents), 1966, 1 WLR 266, per Lord Gardiner L.C.: „Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.“

sich dadurch der von vornherein schwächeren Ausprägung in der US-amerikanischen Gerichtsbarkeit.⁴² Hatte sich die Gesetzgebung der einzelnen US-amerikanischen Staaten schon früh vom englischen *Common Law* emanzipiert,⁴³ ist die Distanzierung gegenüber dem englischen System bei den Gerichten in zweierlei Hinsicht feststellbar: Einerseits haben sich die oberen Gerichte anders als in England nie an eigene Vorentscheidungen gebunden gefühlt, andererseits erwies sich die Maxime der Berücksichtigung sämtlicher einschlägiger Präjudizien aufgrund der immensen Größe des Fallmaterials bald als unrealisierbar.⁴⁴

2. Das deutsche Rechtssystem

Das deutsche Recht kennt grundsätzlich kein Fallrecht im angloamerikanischen Sinne. Die *stare decisis*-Doktrin findet hier keine Anwendung, sodass auch die aus ihr resultierende Bindung an frühere Entscheidungen entfällt. Verstanden als die Bindung der Untergerichte an die tragenden Gründe obergerichtlicher Entscheidungen,⁴⁵ stellt sich indes durchaus die Frage, ob und inwieweit auch dieses auf Kodifikation beruhende Rechtssystem eine Präjudizienbindung kennt.

Die deutsche Rechtsordnung sieht vereinzelt eine Bindungswirkung für gerichtliche Entscheidungen vor, etwa in Bezug auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) und Verweisungsbeschlüsse nach § 17a Abs. 2 S. 3 GVG. Ferner sind die jeweiligen Instanzgerichte an die rechtliche Beurteilung des zurückverweisenden Gerichtes gebunden⁴⁶ ebenso wie die anrufenden Senate an Entscheidungen des Gemeinsamen Senats bzw. der Großen Senate.⁴⁷ In diesen wenigen Fällen ist die Bindung an Präjudizien gesetzlich festgeschrieben. Von diesen Ausnahmeregelungen einmal abgesehen, ist die Rechtsprechung jedoch „konstitutionell uneinheitlich“ konzipiert.⁴⁸

⁴² Blumenwitz, Einführung, S. 62; Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 215f. Zur Bedeutung von Präjudizien im US-amerikanischen System s. ferner Summers, in: *Interpreting Precedents*, S. 355ff.

⁴³ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 235.

⁴⁴ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 255.

⁴⁵ Diedrich, Präjudizien im Zivilrecht, 89.

⁴⁶ Vgl. etwa § 563 Abs. 2 ZPO, § 144 Abs. 6 VwGO, § 170 Abs. 5 SGG, § 126 Abs. 5 FGO, § 358 Abs. 1 StPO.

⁴⁷ Vgl. etwa § 11 Abs. 7 VwGO, § 41 Abs. 7 SGG, § 45 Abs. 7 ArbGG, § 11 Abs. 7 FGO.

⁴⁸ S. nur BVerfGE 78, 123, 126; 87, 273, 278.

Dennoch sind höchstrichterliche Entscheidungen in der Praxis anerkanntermaßen von großer Bedeutung.⁴⁹ Erkennt man in diesem „unleugbare[n] Einflu[ss] der Präjudizien“ mehr als nur „ein rechtssoziologisch interessantes Faktum“,⁵⁰ dann ist zu fragen, ob der begrenzten, gesetzlich angeordneten Bindungswirkung eine weite – ggf. auch nur faktische – Bindung an ober- und höchstgerichtliche Entscheidungen gegenübersteht.

Dabei erscheint es zunächst naheliegend, den Einfluss von Präjudizien mit der Rolle des Richterrechts im deutschen Rechtssystem in Verbindung zu bringen. Ob Richterrecht als Rechtsquelle oder bloße Rechtserkenntnisquelle zu betrachten ist,⁵¹ vermag die Frage nach der Präjudizienbindung allerdings nicht zu beantworten: Zwar besteht ein enger Zusammenhang zwischen beiden Fragen, doch führen sie insofern in unterschiedliche Bereiche, als nicht jedes Präjudiz in seiner Entscheidung Richterrecht – im Sinne eines über das bestehende Gesetz hinaus geschaffenen Rechts – beinhaltet.⁵²

Lässt sich aus der Charakterisierung des Richterrechts keine Antwort ableiten, so ist zunächst zu prüfen, auf welcher Grundlage eine formelle oder materielle Bindung an Präjudizien fußen könnte. Mit *Kähler* wäre eine formelle Bindung dann zu bejahen, „wenn besondere Anforderungen für die Zuständigkeit, das Verfahren oder die Form einer Rechtsprechungsänderung existier[t]en“.⁵³ Dies ist unter der *stare decisis*-Doktrin der Fall, doch im Gegensatz zum angloamerikanischen Recht besteht hier keine formelle Befolgungspflicht von Präjudizien. Allenfalls ließe sich eine solche Präjudizienbindung erwägen, wenn eine Ände-

49 Vgl. Langenbucher, Richterrecht, S. 2; allgemeiner Zander, The law-making process, S. 215: „It is difficult to conceive a legal system in which precedent plays no part at all.“ Speziell zum deutschen Rechtssystem schreibt Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, S. 47: „Abweichend von der [...] *dogmatischen* Enge in der Präjudizienwirkung haben Vorentscheidungen in der *Praxis* erhebliches Gewicht.“ (Hervorhebungen im Original). Alexy und Dreier heben in diesem Kontext hervor, dass nur wenige Entscheidungen höchstrichterlicher Gerichte gefunden werden könnten, in denen kein Rechtsprechungs zitat enthalten sei. Über 95 % der in den untersuchten Entscheidungsbänden enthaltenen Entscheidungen weisen dabei solche Zitationsquote auf, s. Alexy/Dreier, in: Interpreting Precedents, S. 17, 23.

50 So aber Schäffer, Rechtsquellen, S. 69.

51 Im Schrifttum wird dem Richterrecht der Rechtsquellencharakter überwiegend abgesprochen, s. Arndt, NJW 1963, 1273, 1280; Larenz, Methodenlehre, S. 318 ff.; Müller, Richterrecht, S. 110; Starck, VVDStRL 1975, 43 ff.; Wank, JuS 1980, 545 ff.

52 So auch Diedrich, Präjudizien im Zivilrecht, S. 227; Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 289.

53 Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 290.

rung der Rechtsprechung nur im Ausnahmefall möglich wäre.⁵⁴ Doch ist eine solche durchaus möglich, ohne dass ein besonderes Begründungserfordernis für Rechtsprechungsänderungen bestünde, aus dem sich eine Präjudizienbindung ableiten ließe.⁵⁵ Schließlich ist davon auszugehen, dass eine verbesserte Rechtskenntnis im Regelfall eine Änderung motiviert.

Auch mit *Krieles* These der präsuntiven Verbindlichkeit von Präjudizien lässt sich keine formelle Präjudizienbindung begründen. Nach dieser sind Präjudizien weder normativ verbindlich noch unbeachtlich, die Begründungspflicht wird jedoch auf das Gericht verlagert, das von ihnen abweichen will.⁵⁶ Daraus leitet *Kriele* ab, dass ein Gericht Präjudizien zu folgen hat, wenn es keine überwiegenden Gründe für eine Abweichung hat. Präjudizienvermutung in diesem Sinne bedeutet die widerlegliche Vermutung zugunsten der Richtigkeit eines Präjudizes.⁵⁷ Gerade in der grundsätzlichen Widerlegbarkeit dieser Vermutung zeigt sich aber, dass die von *Kriele* begründete These eine Präjudizienbindung nicht beinhalten kann.⁵⁸

Besteht also keine formelle Befolgungspflicht von Präjudizien, so ist eine etwaige materielle Bindung an Präjudizien zu erwägen. *Fikentscher* begründet eine solche mit der Fallnormtheorie. Danach bestehe eine rechtliche Bindungswirkung, wenn sich Entscheidungen nicht mehr innerhalb der Wortlaut-Grenzen bewegen. In diesen Fällen würden nicht die abstrakten Normen, sondern die sog. „Fallnormen“ das objektive Recht bilden.⁵⁹ Für den Richter bestehe dann die Pflicht, sich mit Präjudizien auseinanderzusetzen und den zu entscheidenden Fall

54 S. hierzu die Äußerung des BGH in BGHZ 85, 66: „Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen.“

55 Dazu bereits Langenbucher, Richterrecht, S. 126; ebenso Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 311.

56 Kriele, ZRP 2008, 51, 52; Kriele, Rechtsphilosophie, 31 ff. Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 330: „Aus der These der präsuntiven Verbindlichkeit folgt keine formellrechtliche Bindung an bisherige Entscheidungen, sofern man darunter nicht nur eine Pflicht zur Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung und Darlegung der vertretenen Ansicht versteht.“ und S. 323: „Es dürften zudem kaum Fälle argumentativer Pattlage auftreten in denen sie Relevanz hat.“

57 Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 248.

58 In einer späteren Schrift vermittelt Kriele den Eindruck, Präjudizienvermutung bedeute für ihn nicht mehr als die Pflicht, sich mit vergangenen Entscheidungen auseinanderzusetzen, s. Kriele, in: FS Universität Köln, S. 707, 716: „Aber sie [die Präjudizien] begründen gewissermaßen eine Präjudizienvermutung, d. h.: Eine Abweichung vom Präjudiz setzt eine sorgfältige Auseinandersetzung mit dessen Gründen voraus.“

59 Unter „Fallnormen“ versteht er Verallgemeinerungssätze in Gestalt einer Norm, durch die eine durch einen Sachverhalt aufgeworfene Rechtsfrage entschieden wird, s. Fikentscher, ZfRV 1985, 163 ff.

in die Kette des bisherigen Fallrechts zu stellen.⁶⁰ Hieran zeigt sich auch, dass mit der Fallnormtheorie die Gegensätze von kontinentaleuropäischem, kodifiziertem Recht und angloamerikanischem Fallrecht überwunden werden sollen. Methodologisch begründet die Fallnormtheorie jedoch keine allgemeine Präjudizienbindung, da sie eine solche nur bei Rechtsfortbildungen vorsieht.⁶¹

Eine noch weitreichendere materielle Bindung ist im deutschen Rechtssystem ebenso wenig nachzuweisen. Insofern ist Kähler zuzustimmen, dass sich die dahingehend vorgebrachten Gründe nicht als tragfähig erweisen.⁶² Gegen eine grundsätzliche Bindung an Präjudizien, die nur bei Vorliegen besonderer Gründe aufgehoben würde,⁶³ spricht zunächst, dass diese „Besondere-Gründe-Formel“ jeder Grundlage entbehrt und die Abgrenzung zu einfachen Gründen unklar bleibt.⁶⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 4. August 2004 klargestellt, dass „[a]us dem Recht auf Rechtsanwendungsgleichheit [...] kein Anspruch auf Fortführung einer als nicht mehr richtig erkannten Rechtsprechung abgeleitet werden“ kann.⁶⁵ Folglich lässt sich auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG keine Präjudizienbindung ableiten. Da die Norm nicht besagt, dass spätere Fälle grundsätzlich nicht anders als frühere Fälle entschieden werden dürften, also keine Gleichheit in zeitlicher Hinsicht garantiert wird,⁶⁶ lässt sich auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG keine Präjudizienbindung ableiten.⁶⁷

⁶⁰ Fikentscher, ZfRV 1985, 163 ff.

⁶¹ Fikentscher, Methoden, S. 243; Fikentscher, ZfRV 1985, 163, 175.

⁶² So lautet auch das Fazit Kählers: „Für eine materielle Bindung wird zwar eine Vielzahl von Gründen angeführt. Jedoch vermag keiner von ihnen zu überzeugen. Weder der Vertrauensschutz noch der allgemeine Gleichheitssatz, weder § 31 BVerfGG noch Art. 267 AEUV legitimieren eine über den Fall hinausgehende materielle Bindung.“ S. Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 394 (eingehend zu dieser Thematik ab S. 331 ff.).

⁶³ So etwa BGHZ 85, 64, 66; BGH NJW 2006, 700, 701; NJW-RR 2001, 447, 449; 2006, 107, 108.

⁶⁴ S. bereits Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 332.

⁶⁵ BVerfG, NVwZ 2005, 81; ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 332, 345; 4, 1, 6 f.

⁶⁶ Dreier, GG (Bearb. Heun), Art. 3 Rn. 38 ff.

⁶⁷ In diesem Sinne auch Kähler, Rechtsprechungsänderung, S. 344. Letztlich ist dies auf den Gedanken der Präponderanz der Freiheitssicherung vor der Gewährleistung der Gleichheit zurückzuführen, vgl. Maunz/Dürig, GG (Bearb. Dürig/Scholz), Art. 3 GG, Rn. 411. A. A. Gusy, NJW 1988, 2505, 2511: „[Die Gerichte] sind an ihre frühere Auslegung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Dies bedeutet nicht, daß Abweichungen von früheren Entscheidungen stets unzulässig seien; sie sind aber besonders begründungsbedürftig; und zwar entweder aus tatsächlichen Ungleichheiten, die zur Unanwendbarkeit der alten Auslegungssätze im neuen Fall führen, oder aber durch neue rechtliche Erkenntnisse, etwa bislang unberücksichtigte Auslegungsgesichtspunkte oder Folgenerwägungen.“