

59. Bitburger Gespräche

Bearbeitet von
Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier

1. Auflage 2017. Buch. VII, 131 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 69658 9
Format (B x L): 16,0 x 23,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Streitschlichtung erstens das letzte Wort haben muß in dem Sinne, daß die Behauptung, im nichtstaatlichen Verfahren in wohlgeordnet staatlich gesetzten Rechtspositionen verletzt zu sein, geprüft werden muß. Zweitens folgt daraus *dem Grunde nach* ein Set an materiell- wie verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen an nichtstaatliche Streitschlichtung, die sich erneut als Ableitung des Funktionscodes der rechtsprechenden Gewalt nach Art. 92 GG präsentieren: Das Schiedsrecht der ZPO sieht neben diversen Einzelbestimmungen, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter sichern sollen³⁵, Vorschriften zur Gleichbehandlung der Parteien sowie zur Wahrung rechtlichen Gehörs vor (§ 1042 Abs. 1 S. 1 u. 2 ZPO)³⁶; zentral ist sodann die Möglichkeit der staatlichen Gerichte, den Schiedsspruch am Maßstab des *ordre public* zu prüfen (§§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b, 1060 Abs. 2 S. 1, 1061 Abs. 1 u. 2 ZPO)³⁷. Das Bundesverwaltungsgericht wiederum hat in Ansehung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgesellschaften nach Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG die Grenzen kirchlicher Gerichtsbarkeit wie folgt bestimmt³⁸:

Der Geltungsanspruch der staatlichen Rechtsordnung ist auf die Beachtung wesentlicher Verfassungsgrundsätze beschränkt. Hierzu zählen die gegen jede Änderung geschützten Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, das Willkürverbot und elementare rechtsstaatliche Anforderungen an das Verfahren der Entscheidungsfindung.

Auch hier bleibt der Zwischenbefund: Nichtstaatliche Justiz ist ungeachtet von Rechtsschutzgarantie und Justizgewähranspruch möglich, aber an Mindestvoraussetzungen gebunden, die von der deutschen Rechtsordnung bislang bereichsspezifisch ausbuchstabiert werden: Gesetz ist die Überprüfbarkeit an sich i. S. d. letzten Worts. Der Maßstab dieser Überprüfung variiert hingegen.

c) Gleichheit und Diskriminierungsverbote

Der Vorhalt, nichtstaatliche Streitschlichtung sei gleichheitsavers oder diskriminierend, begegnet in verschiedenen Spielarten, die auf der Skala von der Makro- zur Mikroebene unterschiedlich zu verorten sind. Ganz grundsätzlich wird sie als Gleichheitsverstoß gebrandmarkt, wenn allgemein der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit oder in Sonderheit den Streitschlichtungsinstanzen nach CETA oder

³⁵ Vgl. § 1034 Abs. 2 (Übergewicht einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts), § 1035 Abs. 5 S. 1 (Pflicht des Gerichts zur Bestellung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters) oder § 1036 Abs. 2 ZPO (Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Zweifeln an seiner Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit).

³⁶ Dazu näher *J. Münch*, in: Krüger/Rauscher, ZPO III (Fn. 18), § 1042 Rn. 1 f., 19 ff. und 26 ff.; konzise *I. Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Handkommentar Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2015, § 1042 Rn. 1 ff. – Wohlgeordnet folgt aus dieser Norm nicht, daß sie Ausdruck einer unmittelbar aus der Verfassung folgenden Bindung auch privater Streitschlichtung ist.

³⁷ Näher wiederum *J. Münch*, in: Krüger/Rauscher, ZPO III (Fn. 18), § 1059 Rn. 38 ff.; *F. Hötte*, Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit, 2013, S. 213 ff., 225 ff.; *W. Voit*, in: H.-J. Musielak/ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 12. Aufl. 2015, § 1059 Rn. 25 ff.

³⁸ BVerwG (Fn. 31), Rn. 25.

TTIP zum Vorwurf gemacht wird, hier werde ökonomisch potenten Akteuren neben dem gewöhnlichen staatlichen Rechtsweg eine Art Premium-Rechtsschutz in Gestalt einer Ausnahmegerichtsbarkeit eingeräumt, die entweder generell einer sachlichen Rechtfertigung nicht zugänglich sei³⁹ oder im konkreten Fall der Europäischen Union, der USA und Kanadas auf einem Mißtrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit beruhe, das in Staaten mit entsprechenden Plazierungen in den Korruptionsindizes eine gewisse Plausibilität für sich reklamieren könne⁴⁰, entwickelten Rechtsstaaten aber schon *sub specie* Höflichkeit nicht tunlich sei⁴¹. Selbst wenn man den Hinweis auf Unionsmitglieder mit notorisch verfilzter Justiz wie Bulgarien und Rumänien⁴² einerseits sowie die nicht eben ausgeprägte Neigung US-amerikanischer Gerichte und Behörden zur Berücksichtigung von Völkerrecht andererseits⁴³ nur als Argument mittlerer Reichweite einstuft, bleiben doch Zweifel, ob der Gleichheitssatz hier nicht überstrapaziert wird. Das gilt zumindest für solche Stellungnahmen, die „Investor“ mehr als (negative) moralische Kategorie verstehen.

Auf einer mittleren Ebene ist die häufig geäußerte Sorge angesiedelt, namentlich religiös radizierte Institutionen der Streitschlichtung – außer der bereits erwähnten religiösen „Paralleljustiz“ ist hier an formalisierte Schiedsgerichte zu denken, die in Großbritannien⁴⁴ sowie in den USA⁴⁵ begegnen und auf der Grundlage

³⁹ So wohl *F.C. Mayer/M. Ermes*, Rechtsfragen zu den EU-Handelsabkommen CETA und TTIP, in: ZRP 2014, S. 237 (239 f.) sowie *A. Fisahn/R. Ciftci*, CETA und TTIP: demokratische Bedenken zu einigen Aspekten, in: KritJ 48 (2015), S. 251 (261 f.).

⁴⁰ Instruktiv *Transparency International* (Hrsg.), *Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems*, Cambridge 2007.

⁴¹ In diese Richtung *C.D. Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, in: EuZW 2014, S. 611 (611).

⁴² Näher *V. Alistar*, Corruption and deficiencies in the Romanian justice system, in: *Transparency, Corruption* (Fn. 40), S. 267 ff.; materialreich auch *L.F. Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK, 2015, S. 156 ff.

⁴³ Vgl. *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgement, I.C.J. Reports 2001, S. 446; instruktiv auch BVerfGE 91, 335 (343 ff.) – *punitive damages*.

⁴⁴ Prominent das sog. Muslim Arbitration Tribunal; dazu näher *Hötte*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 37), S. 179 ff. sowie *S. Bano*, Multicultural Interlegality? Negotiating Family Law in the Context of Muslim Legal Pluralism in the UK, in: *M.D.A. Freemant/D. Napier* (Hrsg.), *Law and Anthropology*, Oxford/New York 2009, S. 408 (427); *M. Rafeeq*, Rethinking Islamic Law Arbitration Tribunals: Are they compatible with traditional American notions of justice?, in: *Wisconsin International Law Journal* 28 (2010), S. 108 (124 ff.); *J. Rivers*, *The Law of Organized Religions*, Oxford/New York 2010, S. 100 ff.; *R. Sandberg*, *Law and Religion*, Cambridge 2011, S. 186; *ders.*, Islam and English Law, in: *Law and Justice* 164 (2010), S. 27 (38 ff.) sowie *L. Zucca*, *A Secular Europe*, Oxford/New York 2012, S. 55, 129 f.; vgl. die Selbstdarstellung unter www.matribunal.com. – Davon zu unterscheiden sind die verbreiteten sog. *sharia councils*, die nach hiesiger Terminologie der informellen religiösen Streitschlichtung zuzuordnen sind; siehe dazu *D. Pearl*, *Islamic Family Law and its Reception by the Courts in the West: The English Experience*, in: *C. v. Bar* (Hrsg.), *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, 1999, S. 111 ff.; *I. Yilmaz*, *Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England*, in: *Alternatives* 2 (2003), S. 117 ff.; *M. Reiss*, *The materialization of legal pluralism in Britain: why Shari'a council decision should be non-binding*, in: *Arizona journal of international and comparative law* 26 (2009), S. 739 ff.; *R. Arshad*, *Islamic Family Law*, London 2010, S. 34 ff.; *S. Bano*, *Cultural translations and legal*

staatlichen Schiedsverfahrensrechts wie religiösen Rechts entscheiden – müssten mit einiger Notwendigkeit Frauen benachteiligen⁴⁶. Hier sind die prozessuale und die materielle Perspektive zu unterscheiden. In Sachen Verfahrensgerechtigkeit werfen Lesarten des islamischen wie des jüdischen religiösen Rechts Probleme auf, die dem Zeugnis von Frauen entweder weniger Wert zumessen als dem von Männern⁴⁷ oder sie sogar vom Zeugnis ganz ausschließen⁴⁸. In Staaten, die religiöse (Schieds-)Gerichtsbarkeit in Zivilsachen anerkennen, sind hier die weltlichen Gerichte konsequenterweise eingeschritten⁴⁹.

Als komplexer präsentiert sich die materielle Perspektive, also die Frage, ob namentlich die Anwendung islamischen Rechts in erb- und familienrechtlichen Konstellationen zu Resultaten führe, die zwangsläufig und rechtlich erheblich Abweichungen vom deutschen Recht nach sich ziehe⁵⁰. Der an dieser Stelle reflexhaft erfolgende Hinweis auf unterschiedliche Erbquoten⁵¹, die differenzierte Einwir-

conflict: Muslim women and the Shari'a councils in Britain, in: A. Hellum (Hrsg.), *From transnational relations to transnational laws*, Farnham u.a. 2011, S. 165 ff. sowie zuletzt *dies.*, *Muslim women and Shari'ah Councils. Transcending the boundaries of community and law*, Houndmills u.a. 2012, S. 73 ff.

⁴⁵ Hier begegnet u.a. eine starke jüdische Schiedsgerichtsbarkeit (namentlich in New York); näher m.w.N. *Hötte*, *Schiedsgerichtsbarkeit* (Fn. 37), S. 73 ff., 106 ff.

⁴⁶ Diese Sorge gab der sog. *sharia controversy* in Ontario Nahrung und führte dort 2006 zu einer Änderung des Schiedsrechts, die religiöse Streitschlichtung nunmehr kategorisch ausschließt: Siehe eingehend u.m.w.N. *Hötte*, *Schiedsgerichtsbarkeit* (Fn. 37), S. 134 ff.

⁴⁷ Konkret sieht das klassische islamische Recht (wiederum mit zahlreichen Modifikationen durch die einzelnen Rechtsschulen) vor, daß das Zeugnis von Frauen im Zusammenhang mit schweren Delikten überhaupt nicht, im übrigen jedenfalls nur eingeschränkt zu berücksichtigen ist. So sollen etwa bei der Vereinbarung eines Darlehens entweder zwei Männer, oder aber, sofern nur ein Mann verfügbar ist, ein Mann und zwei Frauen als Zeugen anwesend sein (Koran, Sure 2:282); vgl. dazu *E. Tyan*, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden 1960, S. 236 ff.; *T. Alwani*, *The Testimony of Women in Islamic Law*, in: *The American Journal of Islamic Social Sciences* 13 (1996), S. 173 ff. sowie *M. Robe*, *Das islamische Recht*, 3. Aufl. 2011, S. 40; der Versuch einer gleichheitsgerechten Neuinterpretation des religiösen Rechts bei *N. Ahmad*, *Women's Testimony in Islamic Law and Misconceptions: A Critical Analysis*, in: *Religion and Human Rights* 6 (2011), S. 13 ff. – Kritisch aus westlich-rechtsstaatlicher Sicht *J.E. Tucker*, *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge u.a. 2008, S. 133 ff.

⁴⁸ Im jüdischen religiösen Recht sind Frauen grundsätzlich keine tauglichen Zeugen vor dem Rabbinatsgericht: *E. Quint*, *A Restatement of Rabbinic Civil Law*, Bd. I, Northvale/London 1990, S. 255 (relativierend allerdings ebda., S. 276 ff.) und ebenfalls relativierend *A. Strauss*, *Das rabbinische Schiedsgericht*, 2004, S. 185.

⁴⁹ Vgl. nochmals *Hötte*, *Schiedsgerichtsbarkeit* (Fn. 37), S. 60 f.

⁵⁰ Vgl. hierzu nur einige neuere Entscheidungen: OLG Zweibrücken, *Beschl. v. 8.12.2010*, Az. 3 W 175/10: Anerkennung einer in Pakistan geschlossenen Handschuhhe; OLG Hamm, *Beschl. v. 4.7.2012*, Az. 8 UF 37/12: Vereinbarung einer iranischen Morgengabe; AG Büdingen, *Beschl. v. 6.3.2014*, Az. 53 F 963/13: Nach marokkanischem Recht vereinbarte Brautgabe; AG Darmstadt, *Beschl. v. 15.5.2014*, Az. 50 F 366/13 GÜ: Nichtigkeit der Abrede, eine sog. Morgengabe zu zahlen. Ähnlich entschied das AG Baden-Baden, *Beschl. v. 11.9.2015*, Az. 2 F 118/13; OLG Köln, *Beschl. v. 19.2.2015*, Az. 12 UF 98/14, NJW 2015, 1763. Zur Durchsetzbarkeit islamisch geprägtem Erbrechtes siehe *H. Dörner*, KG: Verstoß gegen den deutschen *ordre public* bei Erbrechtausschluss nach ägyptischem Recht. Bestätigung der testamentarischen, den Erbrechtausschluss bestätigenden Verfügung des Erblassers, in *ZEV* 2008, S. 440 ff.

⁵¹ Siehe *K.A. Schachtschneider*, *Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam*, 2. Aufl. 2011, S. 105 sowie *W. Bock*, *Islam, Islamisches Recht und Demokratie*, in: *JZ* 2012, S. 60 (66: „erbrechtliche Be-

kungsmöglichkeit auf den Fortbestand einer Ehe⁵² oder die starre Regelung des Sorgerechts⁵³ bedarf an dieser Stelle allerdings der kritischen Kontextualisierung⁵⁴. Es tut die Selbstvergewisserung Not, ob hier nicht vorschnell das islamische Erb- oder Familienrecht mit dem deutschen Normalmodell abgeglichen wird, ohne zu berücksichtigen, welche Abweichungen zu Lasten der Frau das BGB bzw. die einschlägige Rechtsprechung zulassen – das gilt für die unterschiedliche Berücksichtigung von Söhnen und Töchtern durch den Erblasser⁵⁵ oder für Eheverträge, die den weitgehenden Ausschluß von Unterhalt, Versorgungs- und Zugewinnausgleich festschreiben⁵⁶. Legt man den Maßstab des Art. 3 Abs. 2 GG in der etwas weniger faltenfreien Gestalt an, die ihm die Kautelarjurisprudenz verleiht, so erweist sich der Nachweis einer sicheren Diskriminierung der Frau durch die An-

nachteiligungen der überlebenden Ehefrau“ als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG); differenzierend *M.F. Radford*, The Inheritance Rights of Women Under Jewish and Islamic Law, in: *British Columbia International and Comparative Law Review* 23 (1999/2000), S. 135 ff.

⁵² Die Diskussion kreist hier namentlich um die ganz überwiegend nur dem Mann eingeräumte Möglichkeit der Verstoßung im Wege des *talāq*: Siehe die knappe Darstellung bei *T. Nagel*, Das islamische Recht, 2001, S. 71 f. sowie eingehend und m.w.N. *I. Schneider*, Der *talāq* auf Reisen: Kodifikation, Geschlechtergleichheit und islamisches Personalstatut in der globalen postkolonialen Moderne, in: *J. Kokott/U. Mager* (Hrsg.), *Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter*, 2014, S. 133 ff.; instruktiv zur Figur der Übertragung auf die Frau *F. Khan*, *Tafwī al-talāq: transferring the rights to divorce to the wife*, in: *M.A. Baderin* (Hrsg.), *Islamic law*, Bd. 2, Farnham u.a. 2014, S. 101 ff. – Vgl. nochmals m.w.N. *Hötte*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 37), S. 186 ff.

⁵³ Näher *N. Yassari*, Die Brautgabe im Familienvermögensrecht: Innerislamischer Rechtsvergleich und Integration in das deutsche Recht, 2014, S. 73 ff. sowie *E. Yabyaoui Krivenko*, Muslim women's claims to refugee status within the context of child custody upon divorce under Islamic law, in: *International journal of refugee law* 22 (2010), S. 48 ff.; vgl. auch *F. Esack*, Islam, children, and modernity: A Quranic perspective, in: *M.C. Bunge* (Hrsg.), *Children, Adults, and Shared Responsibilities. Jewish, Christian, and Muslim Perspectives*, Cambridge 2012, S. 99 ff. – Siehe wiederum *Hötte*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 37), S. 216 ff. sowie *Wittreck*, Paralleljustiz (Fn. 6), S. 104 ff.

⁵⁴ Abgewogen *A. Büchler*, Kulturelle Vielfalt und Familienrecht. Die Bedeutung kultureller Identität für die Ausgestaltung europäischer Familienrechtsordnungen – am Beispiel islamischer Rechtsverständnisse, in: *G. Nolte* u.a., *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, 2008, S. 215 (226 f.): die geschlechterspezifische Funktionszuweisung des islamischen Familienrechts begründe noch keinen Verstoß gegen den *ordre public*. Instruktiv auch *M.-C. Foblets*, Accommodating Islamic Family Law(s). A Critical Analysis of Some Recent Developments and Experiments in Europe, in: *M.S. Berger* (Hrsg.), *Applying Shari'a in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden 2013, S. 207 (213 ff.).

⁵⁵ Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 28.2.2005, Az. 15 W 117/04: Anwendung des *ordre public* bei Erbrechtsausschluss ausländischen Rechts mit religiös diskriminierendem Charakter; aus der Literatur *A.K. Pattar*, Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher *Ordre Public*. Die Erbrechtsordnungen von Ägypten, Tunesien und Marokko und ihre Anwendbarkeit im Inland, 2007; *P. Scholz*, Islamisch geprägtes Erbrecht und deutscher *Ordre Public*, 2007, S. 9 ff.

⁵⁶ Siehe zu den Grenzen solcher Vertragswerke aus der jüngeren Rechtsprechung BGH NJW 2008, 3426 (3427 ff.); aus der anwaltlichen Beratungsliteratur *M. Klein*, in: *G. Weinreich/ders.* (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Familienrecht – Kompaktcommentar zum Familienrecht*, 3. Aufl. 2008, § 1585c Rn. 12 ff. sowie *C. Münch*, Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich – Stichwort Inhaltskontrolle, in: *Familie – Partnerschaft – Recht (FPR)* 2011, S. 504 (507). Allgemein zu Grenzen, die der Gleichheitssatz der Ehevertragsautonomie zieht, *R. Kemper*, in: *R. Schulze* u.a. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 8. Aufl. 2014, § 1408 Rn. 7 ff.

wendung islamischen Rechts als voraussetzungsvoll⁵⁷. Ein kategorischer Ausschluß in diesem Falle religiöser nichtstaatlicher Streitschlichtung läßt sich auf einen Generalverdacht jedenfalls nicht stützen.

2. Verfassungsrechtliche Fürsprecher

Fragen wir in umgekehrter Perspektive, welche verfassungs- oder unionsrechtlichen Perspektive nichtstaatliche Justiz womöglich gewährleisten oder ihre Zulassung gar fordern können, so drängen sich die Allgemeine Handlungsfreiheit (a), die Religionsfreiheit (b) sowie das vielbeschworene Konzept der „offenen Staatlichkeit“ (c) auf.

a) Handlungsfreiheit als Verhandlungsfreiheit

Oben wurde dargelegt, daß staatlicher Rechtsschutz ein Angebot an die Bürgerinnen und Bürger ist. Aus ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG folgt ihre Freiheit, dieses Angebot auszuschlagen und ihre Rechte entweder nicht gerichtlich feststellen zu lassen oder ihre Streitigkeiten einem Schiedsgericht oder einer sonstigen nichtstaatlichen Institution der Schlichtung vorzulegen⁵⁸. Damit korrespondiert die ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG (je nach Ausgestaltung auch aus Art. 12 Abs. 1 GG⁵⁹) folgende Freiheit für den *quivis ex populo*, Dienste als Schlichter oder Schiedsrichter anzubieten⁶⁰; sofern dieses Angebot grenzüberschreitend erfolgt, ist es in Gestalt der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 f. AEUV sogar unionsrechtlich unterfangen⁶¹. Selbst wenn man in Rechnung stellt, daß die „Netto-Freiheit“, die Art. 2 Abs. 1 GG gewährt, hinter den spezielleren Grundrechten regelmäßig zurückbleibt⁶², so dürfte die Norm zumindest Überlegungen entgegenstehen, etwa die allgemeine Schiedsgerichtsbar-

⁵⁷ Das Vorstehende ist näher entwickelt und belegt in *Wittreck*, Paralleljustiz (Fn. 6), S. 106 f.

⁵⁸ Ganz h.M.: C. A. *Stumpf*, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2006, S. 49 f.; D. *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112 Rn. 91 ff.; C. *Hillgruber*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 92 (2007), Rn. 87; W. *Meyer* in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 92 Rn. 11; *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 175 f.

⁵⁹ Dafür *Distler*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 25), S. 56 ff., 68 ff.; C. D. *Classen*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 92 Rn. 41; *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 176, 186. Grundsätzlich kritisch zur Privatautonomie als Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 25), S. 44 ff.

⁶⁰ Siehe *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 176, 186; vgl. hierzu auch: *Möller*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 33), S. 52; zum allgemeinen Verhältnis der grundsätzlich über Art. 2 I GG geschützten Vertragsfreiheit und Privatautonomie mit speziellen Freiheitsgarantien, s. U. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 58), Art. 2 (2001), Rn. 103.

⁶¹ Für das Angebot entgeltlicher Schlichtung oder Schiedsgerichtsbarkeit als Dienstleistung in diesem Sinne P.-C. *Müller-Graff*, in: R. Streinz (Hrsg. u.a.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 56 Rn. 22.

⁶² Siehe nur H. *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 60 f.

keit nach §§ 1029 ff. ZPO aus bloß fiskalischen Erwägungen substantiellen Restriktionen zu unterwerfen⁶³.

b) Religionsfreiheit als Garantie geistlicher Gerichtsbarkeit

Speziell für das Segment der religiösen nichtstaatlichen Gerichtsbarkeit ist ferner die Religionsfreiheit in ihren verschiedenen Ausprägungen zu berücksichtigen. Für das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG und damit die *kollektive* Religionsfreiheit hat das Bundesverwaltungsgericht unlängst nochmals unterstrichen, daß es die Befugnis umfaßt, zur Entscheidung wohlgeernteter interner Streitigkeiten kirchliche Gerichte einzurichten⁶⁴ und u. a. ihre Verfahrensordnung auszugestalten⁶⁵. Zugleich haben die Obergerichte – mit Nuancen im Detail – die ältere Rechtsprechung verabschiedet, wonach das Selbstbestimmungsrecht staatlichen Rechtsschutz im Sinne des „Ob“ quasi ausschloß⁶⁶, und berücksichtigen es im Sinne des „Wie“ nur noch als eine letztlich flexibel gehandhabte Grenze der Überprüfung im Detail⁶⁷.

Während hier vertrautes Gelände mit Augenmaß neu vermessen wird, wirft die individuelle Religionsfreiheit i. S. v. Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG neue Fragen auf. Denn wenn man der Rechtsprechung folgt, die für die Bestimmung des Schutzbereichs

⁶³ Gleichsinnig R. Stober, Staatsgerichte und Schiedsgerichtsbarkeit, in: NJW 1979, S. 2001 (2005); R. Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: W. Grunsky (Hrsg. u. a.), Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 648 (656); zum grundsätzlichen Schutz des Schiedsverfahrens vgl. Möller, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 33), S. 54.

⁶⁴ BVerwG (Fn. 31), Rn. 16: „Das Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich auf die Bestimmung der Organisationsstrukturen der Religionsgesellschaften und der internen Entscheidungszuständigkeiten für Normsetzung und Verwaltung, weil die Regelungen dieser Bereiche Ausdruck des religiösen Selbstverständnisses sind oder damit jedenfalls in einem untrennbaren Zusammenhang stehen [...]. Diese Organisationsgewalt schließt die Befugnis ein, die verbindliche Entscheidung interner Streitigkeiten auf eigene eingerichtete Spruchkörper zu übertragen.“ – Aus der Literatur nur A. v. Campenhausen/P. Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III (Fn. 59), Art. 137 WRV Rn. 113; S. Muckel, in: K.H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 140/Art. 137 WRV (2011), Rn. 33; D. Ehlers, in: Sachs, GG (Fn. 25), Art. 140 GG/Art. 137 WRV Rn. 6, 8.

⁶⁵ BVerwG (Fn. 31), Rn. 23: „Hierunter fällt auch die Einrichtung intern unabhängiger Spruchkörper wie der Kirchengerichte der Evangelischen Kirchen, deren Besetzung, die ihnen übertragenen Zuständigkeiten, die Rechtsbehelfsmöglichkeiten, die Zulässigkeit einer anwaltlichen Vertretung, die Gestaltung des Verfahrens, die Entscheidungsfindung und die Erstattung von Verfahrenskosten.“

⁶⁶ So noch BVerwGE 117, 145 (147); aus der Literatur siehe etwa H. Weber, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, NJW 1989, S. 2217 (2219 f.) sowie L. Bechler, Staatliche Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten, in: Y. Becker/F.[V.] Lange (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 3, 2014, S. 297 (303 ff.).

⁶⁷ Nochmals BVerwG (Fn. 31), Rn. 25: „Aufgrund der zentralen Bedeutung der Organisationsgewalt für ihr Selbstverständnis steht den Religionsgesellschaften in diesem Bereich ein weit reichendes Selbstbestimmungsrecht zu. Der Geltungsanspruch der staatlichen Rechtsordnung ist auf die Beachtung wesentlicher Verfassungsgrundsätze beschränkt.“ – Aus der Literatur grundsätzlich zustimmend zur maßgeblichen Orientierung an Art. 79 Abs. 3 GG im „Kernbereich“ kirchlicher Selbstbestimmung Kirchberg, Rechtsschutz (Fn. 3), S. 2764; kritisch hingegen M. Friebe, Entscheidungsanmerkung zu BVerwGE 149, 139, in: JZ 2014, S. 954 (956).

entweder das Selbstverständnis des oder der einzelnen (so – letztlich konsequent – Teile der Literatur⁶⁸) oder seiner Bezugsgruppe (so – nachvollziehbar um praktische Handhabbarkeit bemüht – die Gerichte⁶⁹) als maßgeblich erachtet, dann ist nicht ausgeschlossen, daß auch in Deutschland einzelne Gläubige oder religiöse Gruppen ein Selbstverständnis geltend machen, wonach ihnen entweder die Anrufung geistlicher Rechtsprechungsinstanzen geboten oder die Nutzung „weltlicher“ verboten sei – dies mit der Konsequenz, daß der Schutzbereich der individuellen Glaubensfreiheit eröffnet ist und ein Eingriff nach der Ansicht der Rechtsprechung nur auf verfassungsimmanente Schranken wie die Grundrechte Dritter gestützt werden könnte⁷⁰.

c) Offene Staatlichkeit und Gerichtsbarkeit jenseits des Staates

Das Grundgesetz erteilt in zahlreichen Bestimmungen (neben den Art. 23–26 GG denke man an die Präambel, Art. 1 Abs. 2 GG oder Art. 109 Abs. 5 GG) dem Modell eines als Monade gedachten und ebenso isolierten wie imprägnierten Nationalstaats eine Absage, die von *Klaus Vogel* auf die griffige Wendung von der „offenen Staatlichkeit“ gebracht worden ist⁷¹. Zwar ist Art. 24 Abs. 3 GG (allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit) nicht unmittelbar einschlägig oder handlungsleitend für die strittige Frage der Investor-Staats-Schiedsgerichtsbarkeit oder die Streitschlichtungsinstanzen der Freihandelsabkommen, da diese weder allgemein noch umfassend ausgestaltet sind⁷². Die gemeinhin angenommene Hinwirkungspflicht der Bundesrepublik in Richtung des

⁶⁸ Maßgeblich *M. Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 49 ff. u. passim; siehe ferner zu den verschiedenen Ansätzen *A. v. Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa. Die Freiheit individueller Religionsausübung in Großbritannien, Frankreich und in Deutschland – ein Vergleich, 2008, S. 233 ff.; zusammenfassend *F. Wittreck*, Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: K. Ebner/T. Kraneis/M. Minkner u. a. (Hrsg.), Staat und Religion, 2014, S. 73 (97).

⁶⁹ Das Bundesverfassungsgericht stellt in der Schächtentscheidung noch auf den muslimischen Metzger und seine Kunden ab (BVerfGE 104, 337 [346, 350 f., Rn. 32, 44 f.]); in der 2. Kopftuchentscheidung hingegen führt das Gericht aus (BVerfGE 138, 296 [329 f., Rn. 86]): „Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist, darf das Selbstverständnis der jeweils betroffenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und des einzelnen Grundrechtsträgers nicht außer Betracht bleiben [...]. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jegliches Verhalten einer Person allein nach deren subjektiver Bestimmung als Ausdruck der Glaubensfreiheit angesehen werden muss.“

⁷⁰ Zuletzt BVerfGE 138, 296 (333, Rn. 98) – *Kopftuch II*; in der Literatur dürfte inzwischen die Kritik bzw. die Rechtfertigung von Eingriffen durch Stützung auf Art. 136 Abs. 1 WRV überwiegen, siehe etwa *D. Ehlers*, in: Sachs, GG (Fn. 25), Art. 140 Rn. 4 oder *H.D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 4 Rn. 28. Zusammenfassend und einordnend *Wittreck*, Perspektiven (Fn. 68), S. 94 ff.

⁷¹ *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1963, S. 33; zuletzt m. w. N. *C. Walter*, 60 Jahre offene Staatlichkeit, in: *F. Wittreck* (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz. Verfassung mit Zukunft!?, 2010, S. 61 ff.

⁷² Näher statt aller *F. Wollenschläger*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 79.

Aufbaus einer solchen Form der Streitschlichtung⁷³ wäre zumindest als Rechtswert von Verfassungsrang einzustufen, dem potentiell Rechtfertigungswirkung zukommt, wenn festgestellt wird, daß die Unterwerfung unter eine internationale Investitionsschutzgerichtsbarkeit – wie auch immer sie ausgestaltet sein mag⁷⁴ – Entscheidungskompetenzen verlagert und damit potentiell verfassungsrechtlich garantierte Rechtspositionen verkürzt⁷⁵. „Offene Staatlichkeit“ ist in diesem Sinne kein *passepourtout* für jegliche Form und jegliche Ausgestaltung internationaler (privater oder teilweise privater) Streitschlichtung, aber die Mahnung, nicht um der Wahrung eines nationalen *status quo* neue Formen internationaler Kooperation zu frustrieren – jede Kooperation bedeutet Kontrollverlust.

III. Das „Wie“ privater Justiz

Nachdem die Sichtung des Für und Wider privater Justiz ein vergleichsweise deutliches „Ja, aber“ ergeben hat, steht die Frage nach dem „Wie“ privater Justiz an (präziser die Frage nach dem „Wie“ des „Aber“). Sie soll erneut in drei Schritten erfolgen, wobei thesenartig vorangestellt sei, daß eingedenk des eingangs umrissenen methodischen Problems der Spielraum des parlamentarischen Gesetzgebers bzw. des unionalen Richtlinien- und Verordnungsgebers vergleichsweise groß ist.

1. Modelle hoheitlicher Kontrolle

Vergegenwärtigt man sich zunächst, welches Instrumentarium dem Gesetzgeber hierbei zu Gebote steht, so schälen sich drei maßgebliche Stellschrauben heraus: das Personal der nichtstaatlichen Streitschlichtung, ihre Funktion sowie zuletzt ihre Kontrolle.

Auf das streitschlichtende *Personal* kann der Staat durch Vorgaben für die Qualifikation einwirken – in England etwa hat sich eine Praxis etabliert, die auf die domestizierende und rationalisierende Kraft der britischen Juristenausbildung vertraut, indem das Personal namentlich religiöser Schiedsgerichte regelmäßig neben dem jeweiligen religiösen Ausweis einen rechtswissenschaftlichen Abschluß vorweisen kann⁷⁶. Ferner kann das staatliche Recht in positiver wie negativer Per-

⁷³ Nochmals (m. w. N.) Wollenschläger (Fn. 72), Art. 24 Rn. 78 a. E.

⁷⁴ Zur Debatte, ob der Investitionsschutz besser durch Schiedsgerichte oder einen institutionalisierten internationalen Gerichtshof gewährleistet werden kann, statt aller C. Duve/K. Ö. Rösch, Lösen internationale Gerichte die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ab?, in: ZVglRWiss 114 (2015), S. 387 ff.

⁷⁵ Angenommen wird dies von Fisahn/Ciftci, Probleme (Fn. 14), S. 181 f. etwa für die kommunale Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG.

⁷⁶ Näher m. N. Hötte, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 37), S. 179 f. – Ähnliche Phänomene lassen sich im Libanon verzeichnen, wo Richter der staatlichen *šarīca*-Gerichte häufig auch über französische juristische Qualifikationen verfügen.