

Sind die Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit

so wie sie im Vertrag über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*) zwischen den USA und der Europäischen Union vereinbart werden sollen

verfassungswidrig, weil sie gegen Art. 92 GG (innerstaatliches Rechtsprechungsmonopol) und Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG (innerstaatliche Garantie des Rechtswegs) verstoßen?

RECHTSGUTACHTEN

Erstattet von

Prof. Dr. Kathrin Groh

Professur für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan

Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht

Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht

Universität der Bundeswehr München

München, 9. März 2015

I. Streitbeilegungsmechanismen zwischen ausländischem Investor und Gaststaat

Der internationale Investitionsschutz zielt in der Praxis im Regelfall darauf ab, dass sowohl die Vertragsstaaten als auch ausländische Investoren für die Verletzung der vertraglich vereinbarten Investitionsschutzgarantien durch den Gaststaat Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche in einem schiedsgerichtlichen Verfahren geltend machen können. Das Schiedsverfahren steht beiden Parteien entweder anstelle oder neben dem nationalen Rechtsweg des Gaststaats zur Verfügung. Die internationalen Schiedsgerichte sind nicht mit hauptamtlichen und unabhängigen Richtern im Sinne der Art. 92 und 97 GG besetzt, sondern mit sachkundigen Privatleuten.

Die Streitbeilegungsklauseln der frühen bilateralen Investitionsschutzverträge (seit 1959) umfassten in der Regel nur Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung bei einer direkten oder einer *de facto* Enteignung des ausländischen Investors durch den Gaststaat. Die Streitbeilegungsregeln heutiger Investitionsschutzabkommen erstrecken sich hingegen regelmäßig auf alle Streitigkeiten über mögliche Wertminderungen von Investitionen eines ausländischen Investors im Gaststaat. Zum Streitgegenstand werden können damit potentiell insbesondere auch alle Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen sozial-, umwelt-, struktur- und allgemeinwirtschaftspolitischer Natur durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber des Gaststaats, die sich wertmindernd auf eine Investition auswirken können.

Umfasst sind also vor allem Streitigkeiten zwischen privaten ausländischen Investoren und dem deutschen Gaststaat über die Verletzung der investitionsrechtlichen Schutzstandards, die aus nationalstaatlicher Perspektive unter den Sekundärrechtsschutz und damit unter die Rechtsweggarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG fallen.

Bei Streitigkeiten über die Höhe der Enteignungsentschädigung und bei Amtshaftungsansprüchen handelt es sich nach heutigem Verständnis um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die nur wegen der besonderen Rechtswegzuweisungen in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG und deren einfachgesetzlicher Umsetzung in § 40 Abs. 2 VwGO in die ordentliche Gerichtsbarkeit verwiesen sind. Dass für diese öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten die ordentlichen Gerichte zuständig sind, hat allein noch historische Gründe.

[*Papier*, Staatshaftung kraft „Überlieferung“?, in: JZ 1975, S. 585 ff.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998, S. 121 f.]

Auch das TTIP soll ein Investitionsschutzkapitel und Regelungen über die schiedsgerichtliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investor und Staat enthalten.

[*Rat der Europäischen Union*, Leitlinien für die Verhandlungen über die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, <http://www.ttip-leak.eu>; *European Commission*, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, S. 12, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280pdf.pdf.]

Den Verhandlungen zum TTIP sind Musterverfahrensordnungen für die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit zugrunde gelegt worden. Hierbei handelt es sich vor allem um die Regeln des Übereinkommens über das International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) sowie die UNCITRAL Arbitration Rules. Während UNCITRAL die Möglichkeit der innerstaatlichen Überprüfung des Schiedsspruchs durch ein nationales Gericht auf seine Vereinbarkeit mit dem *ordre public* im Rahmen des Aufhebungsverfahrens nach Art. 34 i.V.m. Art. 6 UNCITRAL und, im Rahmen der Vollstreckbarerklärung, nach § 1061 ZPO i.V.m. Art. 36 UNCITRAL zumindest nicht ausschließt, ist die Kontrolle von Schiedssprüchen durch die innerstaatliche Gerichtsbarkeit nach ICSID nicht vorgesehen. Nach Art. 53 ICSID gilt das Ausschließlichkeitsprinzip. Nach Art. 54 ICSID muss ein Schiedsspruch von den Vertragsstaaten ohne weitere Kontrolle anerkannt und vollstreckt werden.

[Tietje, Internationaler Investitionsschutz, in: Ehlers (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009, § 4 Rdnr. 10 ff.; Kreindler, Rechtsschutz für ausländische Direktinvestitionen im Energiesektor, in: Genzow (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Köln 2010, S. 433 (439 f.); Wolff, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, in: JuS 2008, S. 108 ff.]

Für den privaten Investor wird die Beschreitung des innerstaatlichen Rechtswegs zwar in den bislang mit deutscher Beteiligung abgeschlossenen Freihandelsabkommen als grundsätzliche Alternative zu einem Schiedsverfahren gewährleistet. Zum einen ist eine Erschöpfung der innerstaatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren aber regelmäßig keine zwingende Voraussetzung für die Anrufung des privaten internationalen Schiedsgerichts und zum anderen besteht ein derartiges Wahlrecht für die staatliche Streitpartei eben gerade nicht: Der (beklagte) Staat ist seinerseits im Hinblick auf den konkreten Verfahrensweg und damit letztlich auch mit über das anwendbare (materielle) Recht ganz von der Entscheidung des privaten Investors abhängig.

[Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des TTIP, in: ZUR 2014, S. 396 (398).]

Da die internationalen Schiedsgerichte keine Kompetenz zur Kassation innerstaatlicher Rechtsakte haben, verurteilen sie den Gaststaat bei einem Verstoß gegen das Abkommen zur Zahlung von Schadensersatz. Ihre Entscheidungen sind bindend und grundsätzlich vollstreckbar. Die Möglichkeit, Rechtsmittel im innerstaatlichen Instanzenzug einzulegen, besteht, wenn überhaupt, nur in geringem Umfang (vgl. z.B. Art. 34 i.V.m. Art. 6 UNCITRAL). Soweit bekannt, soll eine derartige Möglichkeit im Rahmen des TTIP-Abkommens überhaupt nicht bestehen.

[Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, 2. Aufl., 2012, S. 122 ff.; von Frankenberg, Rechtsstaaten vor privaten Schiedsgerichten?, in: DRiZ 2014, S. 238 (239 f).]

II. Das staatliche Rechtsprechungsmonopol aus Art. 92 GG und die private Schiedsgerichtsbarkeit

Die nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit aus den Investorenschutzverträgen ist Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG.

Trotz einer gewissen Reserviertheit des Grundgesetzes gegenüber der nichtstaatlichen Rechtsprechung, verstößt die Existenz einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit aber nicht grundsätzlich gegen das Justizmonopol des Staates aus Art. 92 GG. Bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes hat es in Deutschland eine ausgeprägte Schiedsgerichtskultur auf privatrechtlichem Gebiet gegeben, die der Verfassungsgeber in sein vorverfassungsrechtliches Gesamtbild aufgenommen hat, und die er durch Art. 92 GG nicht hat aufheben wollen.

[*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 175 Rdnr. 22; *Steiner*, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, in: *SchiedsVZ* 2013, S. 15 (19).]

Inwieweit die grundsätzliche Zulässigkeit der nichtstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit aber auch für die echte, d.h. letztverbindlich entscheidende Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gelten soll, ist umstritten.

In der älteren Literatur wurde ein absolutes Rechtsprechungsmonopol mit Wirkung auch gegenüber der privaten Schiedsgerichtsbarkeit behauptet. Hier wurde die Zulässigkeit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt, der echten Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht überhaupt oder doch zumindest der echten Schiedsgerichtsbarkeit in subordinationsrechtlichen Verhältnissen zwischen Bürger und Staat kategorisch als verfassungswidrig abgelehnt.

[*Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 92 Rdnr. 158; *Menger*, Berufsgerichte und Grundgesetz, in: *JuS* 1966, S. 66 ff.; *Häberle*, Berufsgerichte als „staatliche“ Gerichte, in: *DÖV* 1965, 369 (373); *Arndt*, Private Betriebs-„Justiz“, in: *NJW* 1965, S. 26 (27); *Lembcke*, Die Influenz von Justizgewährungsanspruch, Rechtsprechungsmonopol des Staates und rechtlichem Gehör auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, in: *NVwZ* 2008, S. 42 (43); *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 112 Rdnr. 47: Ausdrücklich ordne das Grundgesetz die richterliche Kontrolle der Exekutive durch folgende Vorschriften an: Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 34 S. 3 GG. Nur im Übrigen sei es Sache des Gesetzgebers, Zuständigkeiten zu verteilen. Zurückhaltender *Wolff*, in: *Umbach/Clemens*, Grundgesetz, 2001, Art. 91 Rdnr. 45: Auslotung der Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen.]

Diese ablehnenden Kommentar- und Literaturstellen beziehen sich in der Regel allerdings entweder auf das Bild von einer privaten Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, die mit der Kompetenz ausgestattet ist, Maßnahmen von Hoheitsträgern zu kassieren, was als unzulässiger Übergriff Privater in die Souveränitätsdomänen des Staates bewertet wird.

[*Hillgruber*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, beck-online, Art. 92 Rdnr. 89: „Wegen ihrer grundrechtlichen Basis kommt private Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein nur im zivilrechtlichen Bereich zwischen Privatpersonen in Betracht. Private

„Verwaltungsgerichtsbarkeit“ scheidet dagegen aus, weil Private keine Rechts- und Entscheidungsmacht gegenüber der öffentlichen Verwaltung ausüben können (...).“]

Eine Kassationskompetenz sehen die Investorenschutzverträge deshalb gerade nicht vor.

Oder die Literaturstellen beziehen sich auf eine nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit, die nicht auf Parteivereinbarung beruht, sondern die der Gesetzgeber als alternatives Verfahren anstelle des Rechtswegs in die staatliche Gerichtsbarkeit vorschreibt.

Heute wird dagegen als wohl noch herrschende Meinung vertreten, dass die nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt nicht Regelungsgegenstand des Art. 92 GG sei. Das Rechtsprechungsmonopol zugunsten der staatlichen Gerichte sei ausschließlich funktional in Abgrenzung zu den beiden anderen Staatsgewalten zu verstehen und bedeute, dass im gewaltenteilenden Staat die Rechtsprechung der Judikative vorbehalten sei. Ein Rechtsprechungsmonopol gegenüber Privaten besteht nach dieser Auffassung nicht, oder doch zumindest nicht „in gleichem Maße“ wie im Innenverhältnis der Judikative zur Exekutive und Legislative.

[*Bettermann*, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Band III/2, 2. Aufl. 1972, S. 629; *Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR V*, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 112 Rdnr. 90 f.; *Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, Lichtenberg 2004, S. 84 ff.]

Das Unbehagen darüber, den Charakter des deutschen Rechtswegestaates dadurch grundlegend zu verändern, dass auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten eine letztentscheidende nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit zugelassen wird, führt jedoch dazu, dass viele Stimmen in der Literatur mit je unterschiedlichen Begründungen versuchen, der privaten Schiedsgerichtsbarkeit qualitative oder quantitative Grenzen zu ziehen.

Ein Versuch, die private Gerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich auszuschließen, beruft sich dabei auf die „Kernbereichsrechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts

[BVerfGE 22, 49 (79); 27, 18 (28); 45, 272 (289); 64, 261 (278); 103, 111 (136).]

und wendet diese gegenüber der privaten Schiedsgerichtsbarkeit an. Nach dieser Auffassung gibt es einen Kernbereich staatlicher Gerichtsbarkeit, der weder durch den Gesetzgeber noch durch Schiedsabreden, an denen der Staat beteiligt ist, angetastet werden darf. Zu diesem Kernbereich gehören alle Angelegenheiten, für die das Grundgesetz spezielle Rechtsweggarantien oder Richtervorbehalte vorsieht.

[*Detterbeck*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2. Aufl., München 1999, Art. 92 Rdnr. 29; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 92 Rdnr. 49 ff.]

Die Rechtsweggarantien der Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG würden unter diesen unantastbaren Kernbereich fallen. Schiedsklauseln zur Vereinbarung einer nichtstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit in Streitigkeiten über die Enteignungsentschädigung und auf dem Gebiet der Staatshaftung wären damit ohne weiteres

verfassungswidrig und auch nicht von den grundsätzlich weiten Integrationsermächtigungen des Grundgesetzes (insbesondere Artikel 23 GG) erfasst und damit legitimiert.

[*Klein*, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: *VVDStRL* 8 (1950), S. 67 (93): „Ausgeschlossen ist dadurch jegliche Art schiedsgerichtlicher Erledigung einer Streitigkeit zwischen einem durch einen Träger der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten Verletzten und dem Gewaltträger (...), da es einen Rechtsweg im rechtstechnisch-spezifischen Sinne nicht zu den Schiedsgerichten, sondern nur zu Gerichten gibt (...); Rechtsweg ist Gerichtsweg“.

Achterberg, in *Bonner Kommentar* (1981), Art. 92 Rdnr. 178, 184: Art 19 Abs. 4 GG „eröffnet somit nur für hoheitliche Rechtsverletzungen zwingend den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten.“ „Ob und inwieweit Schiedsgerichte auch in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten tätig werden können, ist umstritten. (...) Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist die Frage zu verneinen“.

Achterberg, in *Bonner Kommentar* (1981), Art. 92 Rdnr. 178, 184: Art 19 Abs. 4 GG „eröffnet somit nur für hoheitliche Rechtsverletzungen zwingend den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten.“ „Ob und inwieweit Schiedsgerichte auch in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten tätig werden können, ist umstritten. (...) Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ist die Frage zu verneinen“.

Schulze-Fielitz, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 92 Rdnr. 30 ff.: Der Begriff der Rechtsprechung enthält alle staatlichen Entscheidungstätigkeiten durch Gerichte, die der Text des Grundgesetzes ausdrücklich als solche ansieht. „So verlangen die im Grundgesetz explizit normierten Rechtsweggarantien, dass in den dort bestimmten Angelegenheiten letztverbindlich Gerichte in der Regel nachträglich entscheiden können. Auch für Streitigkeiten nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 und Art. 34 S. 3 normiert das Grundgesetz ausdrücklich spezielle Rechtsweggarantien.“]

Für die Kernbereichstheorie sprechen gewichtige Gründe, die sich vor allem aus dem für den Staat unverzichtbaren Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ergeben. (siehe unten)

Dass sich die Kernbereichstheorie in dieser Rigorosität halten lässt, wird in den wenigen Monografien, die sich mit einer privatautonom vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten beschäftigen, jedoch bestritten. Denn soweit und solange verfassungsrechtlich positivierte Rechtsweggarantien sowohl für den einzelnen als auch für den Staat disponibles Recht darstellen, könne das Justizmonopol des Art. 92 GG gegenüber einer vertraglich vereinbarten privaten Schiedsgerichtsbarkeit auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht greifen.

III. Zur Disponibilität der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantien

Mit der Vereinbarkeit echter Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten befassen sich nur wenige Stimmen in der Literatur intensiver. Hier wird die private Schiedsgerichtsbarkeit vor allem an Art. 19 Abs. 4 GG gemessen. Obwohl die speziellen Rechtsweggarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG als Grenze echter Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht ebenso naheliegen, sind beide Normen bisher kein Thema in der Fachliteratur.

1. Zur Verzichtbarkeit der Primärrechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

a. Sekundärrechtsschutz als „Minus“ zum Primärrechtsschutz

Das Grundgesetz geht bei Sanktionierung von Rechtsverletzungen durch den Staat von dem Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz aus. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem so genannten „Nassauskiesungsbeschluss“

[BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745.]

die bis dato gepflegte Praxis des „Dulde und Liquidiere“ für unzulässig erklärt. Der in seinen privaten Rechten, vor allem in seinem Eigentum durch den Staat Verletzte muss zunächst versuchen, die betreffende Rechtsverletzung im Primärrechtsschutz rückgängig zu machen. Versäumt er dies, verspielt er sein Recht, Schadensersatz oder Entschädigung verlangen zu dürfen (§ 839 Abs. 3 BGB und § 254 BGB). Den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten im Primärrechtsschutz garantiert Art. 19 Abs. 4 GG. Zwar ignorieren die Investorenschutzabkommen den innerstaatlichen Vorrang des Primärrechtsschutzes und erlauben (nur) dem ausländischen Investor, den Gaststaat unmittelbar auf Schadensersatz oder Entschädigung zu verklagen. Und für eben diesen Rechtsweg im Sekundärrechtsschutz enthält das Grundgesetz eigenständige Rechtsweggarantien zu den staatlichen Gerichten in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG. Doch gilt der Sekundärrechtsschutz dogmatisch als ein ergänzendes „Minus“ zum Primärrechtsschutz.

[Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band I, 6. Aufl., München 2010, Art. 19 IV Rdnr. 455 ff.]

Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Schiedsklauseln im Primär- und im Sekundärrechtsschutz grundsätzlich gleich zu laufen hat.

b. Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit

Während auf dem Gebiet des Zivilrechts die nichtstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit im Wege der Privatautonomie zwischen den Parteien frei vereinbart werden kann,

[Ablehnend *Voit*, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, in: JZ 1997, S. 120 (120 ff.): Mit der Erklärung, private Schiedssprüche seien den Urteilen staatlicher Gerichte gleichwertig, habe die private Schiedsgerichtsbarkeit die Privatautonomie als Legitimationsgrundlage verloren.]

müssen in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, in denen Rechtsverletzungen durch den Staat sanktioniert werden sollen, andere Regeln gelten. Denn immerhin geht es in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten um die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bzw. die Bindung aller Staatsgewalten an das Verfassungsrecht.

Obwohl Parteivereinbarungen über eine Schiedsgerichtsbarkeit in Rechtstreitigkeiten, die sich nach der VwGO richten, nach § 173 S. 2 VwGO grundsätzlich zulässig sein soll, ist der Umfang privater Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten doch nach wie vor umstritten. Einigkeit besteht insoweit, als dass auch hier der Private sich gegenüber der

öffentlichen Gewalt auf seine Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG bzw. auf einen Grundrechtsverzicht soll berufen und damit die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG soll ausschließen können. Die Frage, ob Art. 19 Abs. 4 GG auch für den Staat disponibles Recht darstellt, wird dagegen genauso unterschiedlich beantwortet, wie die Frage nach der nach Verfassungsrecht erforderlichen Ausgestaltung letztentscheidender staatlicher Kontrolle über privatgerichtliche Schiedssprüche in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten.

c. Letztentscheidende Schiedsgerichtsbarkeit als Alternative neben (oder anstelle) der staatlichen Gerichtsbarkeit

Nach einer weiten, an den praktischen Bedürfnissen der kooperativen Verwaltung orientierten Auffassung stellt Art. 19 Abs. 4 GG nur ein Angebot an die Rechtsschutzsuchenden dar.

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 sei zum einen als Grundrecht subjektiv geprägt und damit im Rahmen der Privatautonomie des Einzelnen verzichtbar. Aber auch die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG als Wertentscheidung des Grundgesetzes für den Rechtswegstaat ende dort, wo der Kläger fehle, weil er eine nichtstaatliche Instanz anrufe. Weder die staatliche Garantie des Rechtswegs noch das staatliche Rechtsprechungsmonopol zwingen den Einzelnen nach dieser Auffassung dazu, Rechtsverletzungen durch die öffentliche Hand vor den staatlichen Gerichten auszufechten. Und auch für den Staat ist die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG disponibles Recht. Die Rechtsschutzgarantie habe als einzigen Zweck, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen, enthalte aber keine grundsätzliche Verpflichtung des Staates, sein Handeln durch staatliche Gerichte überprüfen zu lassen. Der Staat sei ebenso wie die Bürger frei in seiner Entscheidung für oder gegen den Weg in die staatliche Gerichtsbarkeit. Um aber der institutionellen Garantie, die Art. 19 Abs. 4 GG ebenfalls enthält, gerecht zu werden, darf nach dieser Auffassung die Rechtsweggarantie nicht dadurch ausgehöhlt werden, dass nichtstaatliche Schiedsgerichte unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit zur hauptsächlichen Entscheidungsinstanz ausgebaut werden.

Im Ergebnis erlaubt diese Auffassung die Einrichtung einer umfassenden, letztentscheidenden Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, die der staatlichen Gerichtsbarkeit als zusätzlicher Streitentscheider ergänzend an die Seite gestellt wird, die die staatliche Gerichtsbarkeit als Alternative aber zumindest nicht ausschließt, so wie dies die z.B. Art. 53 und Art. 54 der ICSID-Regeln vorsehen. Die staatliche Gerichtsbarkeit muss nur das letzte Wort auf Anrufung durch die Parteien zumindest haben können.

[*Stumpf*, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, Tübingen 2006, S. 28 ff., insb. S. 37 f.; *Ritter*, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft, in: NJW 2001, S. 3440 (3447); *Rapsch*, Konfliktbewältigung mit verfassungswidrigen Mitteln? Wasserverbandliches Schiedswesen zwischen Wunsch und Realität, in: NVwZ 1993, S. 534 (536 f.); BVerfG, NJW-RR 2007, 1073 (1074): Was auch immer der Gesetzgeber macht: „Ergänzend muss der Weg zu einer Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet sein.“.]

Nach dieser Auffassung sind die Schiedsklauseln, die UNCITRAL zugrunde legen ohne weiteres verfassungskonform.

d. Zur Schutzpflicht und Gewährleistungsverantwortung des Rechtsstaats: Staatliche Evidenz- oder Missbrauchskontrolle privatgerichtlicher Schiedssprüche

Eine etwas engere Auffassung geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit echter Schiedsgerichtbarkeit auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus, versucht aber zugleich, verfassungsrechtliche Vorgaben aufzuzeigen, um eine Flucht der Beteiligten in die private Schiedsgerichtsbarkeit zu Lasten der Gemeinwohlsicherung durch den Staat zu begrenzen.

Diese Auffassung orientiert sich an den schiedsgerichtlichen Standards des Zivilrechts, die § 173 S. 2 VwGO in die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten importiert und zurt diese Standards als verfassungsrechtliche Notwendigkeit fest.

Selbst für das von Partei- und Privatautonomie beherrschte Zivilrecht wird eine verfassungsrechtliche Pflicht des Rechtsstaats konstruiert, zumindest darüber zu wachen, dass jede private Streitschlichtung einer gewissen staatlichen Ingerenz durch Kontrolle auf Missbrauch und Evidenz unterliegt. Als Konsequenz ist im nationalen Zivilprozessrecht die Möglichkeit der begleitenden Kontrolle durch die staatliche Justiz normiert worden (§§ 1059, 1061 ZPO). Sie enthält als materiell-rechtlichen Prüfungsmaßstab aber lediglich einen ordre-public-Vorbehalt in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit b ZPO.

Die Möglichkeit der Überprüfung schiedsgerichtlicher Rechtsprüche durch die staatliche Gerichtsbarkeit ist darüber hinaus fakultativ. Sie muss von den Parteien des Zivilrechtsstreits nicht in Anspruch genommen werden.

[*Hirsch*, Schiedsgerichte – ein Offenbarungseid für die staatlichen Gerichte?, in: *SchiedsVZ* 2003, S. 49 (50 ff.).]

Ähnliches soll für die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gelten. Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten der Rechtsschutzgarantie flankierend eine Schutzpflicht oder eine Gewährleistungsverantwortung des Staates zur Seite gestellt und gegen einen Totalverzicht der Parteien auf den Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG in Stellung gebracht. In Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip sollen die Bindungen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG zumindest so weit reichen, dass die für das Schiedsverfahren einschlägigen Verfahrensordnungen vorsehen und garantieren müssen, dass die jeweilige Schiedsentscheidung auf Antrag zumindest einer fakultativen letztentscheidenden Kontrolle auf evidente formelle und materielle Rechtsfehler durch ein staatliches Gericht unterliegen.

[*Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26 Rdnr. 73; *Papier*, Justizgewährungsanspruch, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 176 Rdnr. 12 f.; *Möller*, Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht, Berlin 2014, S. 116 f.; *Classen*, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, in: *EuR* 2012, S. 611 (617 ff.).]

Diese zivilrechtlichen Standards können allerdings nicht unbesehen auf die Schiedsgerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten übertragen werden.

Zum einen muss hier der Kontrollmaßstab der staatlichen Gerichte gegenüber den Standards im Zivilprozess in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten erweitert werden. Zum anderen verlangt die Verfassung, dass in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwingend eine letztentscheidende staatliche Instanz urteilt.

Anders als im Privatrecht geht es in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht darum, dass staatlicherseits darauf geachtet wird, dass die Durchsetzung privatautonomer Vereinbarungen mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts nicht offensichtlich unvereinbar ist. Vielmehr geht es beim Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG vor allem darum, die Bindung der Staatsgewalt an das für sie geltende Recht durchzusetzen. Die Rechtsstaatlichkeit ist ein wesentliches Verfassungsprinzip des Grundgesetzes, das historisch vor allem durch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die gerichtliche Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit hoheitlicher Akte geprägt wurde. Art. 19 Abs. 4 GG ist deshalb auch eine objektive Wertentscheidung des Grundgesetzes, die das Rechtsstaatsbild der deutschen Verfassung in signifikanter Weise prägt.

[*Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26 Rdnr. 18; *Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 177 Rdnr. 6 f.]

Die aus dem objektiven Rechtsstaatsprinzip folgende Bindung des Staates an seine (verfassungs-)rechtlich verpflichtenden Vorgaben ist durch privatautonome Vereinbarungen zwischen Einzelnem und Staat nicht verfügbar. Der Grundsatz „*volenti non fit injuria*“ mag im Zivilrecht Plausibilität besitzen. Gegenüber dem Staat gilt er nicht uneingeschränkt – weder im materiellen Recht noch im Prozessrecht. Denn durch eine unbeschränkte Berufbarkeit auf diesen Grundsatz von Seiten des Einzelnen und dann in dessen Kielwasser auch von Seiten des Staates würden u.a. die Prinzipien des Vorrangs der Verfassung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufgeweicht. Ein prozessualer (Teil-)Verzicht des einzelnen auf seine (Grund-)Rechte kann die Bindung des Staates an Verfassung, Gesetz und Recht nicht ersetzen.

[Bereits *Thoma*, Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit eines Abkommens zwischen dem Deutschen Reich und einer Aktiengesellschaft, durch welches die letztere Verpflichtungen übernommen hat, gegen Zusage der Zurückziehung eines von der Reichsregierung eingebrachten Gesetzentwurfs auf Enteignung sämtlicher Aktien zugunsten des Reichsfiskus, Hannover 1927, S. 18 ff.]

Zwar kann ein einzelner Privater nicht gezwungen werden, seine materiellen Rechte und damit gleichzeitig das Rechtsstaatsprinzip gegen den Staat durchzusetzen. Er hat keine Klagepflicht. Sein materielles Recht ist insoweit verzichtbar. Seine prozessualen Rechte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sind es deswegen nicht aber zwangsläufig auch.

Entscheidet der Einzelne sich, gegen Rechtsverletzungen durch den Staat vorzugehen, tritt die rechtsstaatliche Funktion des Art. 19 Abs. 4 GG als objektive Wertentscheidung des

Grundgesetzes in den Vordergrund und überlagert die grundrechtliche Seite des Art. 19 Abs. 4 GG. Hier zeigt sich dann, dass die – im Gegensatz zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch in zivilrechtlichen Streitigkeiten – ausdrücklich normierte Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, die von den ebenfalls ausdrücklich normierten Rechtsschutzgarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG flankiert wird, nicht allein zur Unterstützung der subjektiven Rechte des Einzelnen dient, und deshalb auch nicht allein als prozessuale Ergänzung oder als Hilfsrecht für den abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte fungiert. Vielmehr besitzt sie eine ebenfalls genuine rechtsstaatliche Funktion: Sie soll die Verfassungsmäßigkeit des Staatshandelns wieder herstellen. Und auf diese Funktion kann weder vom beklagten Staat noch vom verklagenden Einzelnen verzichtet werden.

Entscheidet der Private sich, Rechtsverletzungen durch den Staat bei einer Instanz, die letztentscheidend und verbindlich urteilen darf, geltend zu machen, dann muss deshalb das hierbei gewählte Verfahren eben diese rechts- und verfassungsstaatlichen Bindungen des Staates abbilden. Tut es dies, wie das schiedsgerichtliche Verfahren nach den Freihandelsabkommen nicht, dann ist die rechtsstaatliche Bindung der nationalen Hoheitsgewalt zum einen durch eine zwingende innerstaatliche Kontrolle des Schiedsspruchs sicherzustellen.

Die Aufgabe, die rechtsstaatliche Verantwortung des Staates gegen eine Flucht ins Privat- oder ins Vertragsrecht sicherzustellen, leistet zum anderen allein eine Kontrolle durch die innerstaatliche Gerichtsbarkeit, deren Umfang weiter geht, als der des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit b ZPO.

[*Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., München 1999, Art. 92 Rdnr. 29: „§ 1059 ZPO vermag (...) die weitreichende Preisgabe staatlicher Rechtspflege (scil.: bereits im Zivilrecht) nicht mehr zu kompensieren“.]

Im Ergebnis würden die ICSID Regeln diesen Erfordernissen nicht entsprechen. Sie schließen die innerstaatliche Gerichtsbarkeit aus und sehen selbst bei der Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs keinerlei Kontrolle durch ein nationales Gericht vor (Art. 54 ICSID).

Die Behauptung, dass die UNCITRAL Regeln diesen Vorgaben genügen würden, ist ebenfalls abzulehnen: Zwar verweisen Art. 34 UNCITRAL im Rechtsbehelfsverfahren und Art. 36 UNCITRAL bei dem Erfordernis der Vollstreckbarerklärung durch ein innerstaatliches Gericht zumindest auf einen ordre-public-Vorbehalt. Das entspricht den Standards, die in zivilrechtlichen Schiedsverfahren zwischen Privaten gelten. Diese Kontrolle von Schiedssprüchen am Maßstab des ordre public bezieht sich jedoch nur auf einen Kernbereich von Normen zwingenden Rechts.

[BGHZ 27, 249 (254).]

Sie stellt deshalb nur eine Minimalkontrolle dar.

[*Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz III, 6. Aufl., München 2010, Art. 92 Rdnr. 44.]

Sie stellt keine Rechtskontrolle der umfassenderen Art dar, die in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten als Mindestanforderung aus dem objektiven Rechtsstaatsprinzip zwingend erforderlich ist.

Deshalb ist im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG richtigerweise davon auszugehen, dass die schiedsgerichtliche Streitbeilegung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auf ein außergerichtliches Vorverfahren beschränkt bleiben muss, welches den nationalen Richter im Sinne der Art. 92, 97 GG nicht binden darf.

[*Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band I, 6. Aufl., München 2010, Art. 19 IV Rdnr. 450.]

2. Zur Unverfügbarkeit des Sekundärrechtsschutzes aus Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG für den Staat

Wenn Schiedsabreden zwischen Privaten und Staat in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten im Primärrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG nach wohl herrschender Meinung zumindest solange keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen, wie die staatliche Gerichtsbarkeit die Möglichkeit der Evidenz-Kontrolle behält, fragt es sich, warum dies beim Sekundärrechtsschutz nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG anders sein sollte.

Ein Wortlautvergleich der einschlägigen Normen hilft hier wenig weiter. Obwohl vor allem die Rechtsweggarantie des Art. 34 S. 3 GG („für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden“) viel zwingender klingt als die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG („steht ihm der Rechtsweg offen“), herrscht doch Einigkeit, dass es sich, was den Umfang des Rechtsschutzes betrifft, bei der Primärrechtsschutzgarantie und den Sekundärrechtsschutzgarantien um Parallelvorschriften handelt.

[v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band II, 6. Aufl., München 2010, Art. 34 Rdnr. 40 ff.]

Die dogmatische Einordnung des Staatshaftungsanspruchs allein als institutionelle Verfassungsgarantie und nicht gleichzeitig auch als Grundrecht

[*Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., München 2001, Art. 34 Rdnr. 1.]

hilft ebenfalls nicht weiter: Zwar könnte mit dem Grundrechtscharakter der staatshaftungsrechtlichen Regelung zugleich auch die privatautonome Verzichtbarkeit über die im Staatshaftungsartikel enthaltene Rechtsweggarantie entfallen. Doch ist auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch außerhalb von Art. 19 Abs. 4 GG kein Grundrecht. Gleichwohl gilt er in Kombination mit Art. 2 Abs. 1 GG als disponibel.

Die Literatur zu den Rechtswegzuweisungen der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG geht deshalb übereinstimmend davon aus, dass nur der (endgültige) Ausschluss der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zugunsten nichtstaatlicher Gerichte verfassungswidrig ist.

[*Leibholz/Rinck/Hesselberger*, Grundgesetz, Art. 14 Rdnr. 1210; *Dagoglou*, in: Bonner Kommentar (1970), Art. 34 Rdnr. 359 ff., 363.]

Die Regelungen des TTIP, die dem betroffenen Investor dagegen die Wahl des Rechtswegs lassen und die private Schiedsgerichtsbarkeit als echte Alternative neben den innerstaatlichen Rechtsweg stellen, wären nach dieser Auffassung nicht verfassungswidrig, denn durch diese Regelungen wird der ordentliche Rechtsweg nicht von vornherein endgültig ausgeschlossen, sondern ein weiterer Rechtsweg tritt zu ihm hinzu.

Und doch gibt es ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus den 1990er Jahren, das in einem *obiter dictum* dem Staat die Verfügung über den Sekundärrechtsschutz zugunsten einer jeden anderen als der in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG genannten ordentlichen Gerichtsbarkeit untersagt.

Eine Moselgemeinde stritt in diesem Fall mit dem Bund über die Entschädigung für diverse Baumaßnahmen zur Sicherung der Wasserversorgung. Das Bundesverwaltungsgericht befand, dass eine zwischen den Parteien geschlossene Schiedsvereinbarung, die sich auf die Höhe einer Enteignungsentschädigung nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG beziehen würde, ausgeschlossen sei:

„Der kraft Verfassungsrechts vorgesehene ordentliche Rechtsweg steht grundsätzlich nicht zur Disposition der Beteiligten“.

[BVerwG, NJW 1990, 1926 (1929); ebenso *Kimminich*, in: Bonner Kommentar (1992), Art. 14 Rdnr. 564.]

Was für Hoheitsträger untereinander gilt, muss aber auch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Staat und Privaten gelten. Diese Folgerung ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, zu dessen wesentlichen Kernelementen im deutschen Verfassungsrecht der gerichtliche Rechtsschutz gegen verfassungs- und rechtswidrige staatliche Hoheitsakte zählt.

[*Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 26 Rdnr. 18.]

Auch die Geltendmachung subsidiärer Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche führt zu einer Kontrolle der rechtlichen Bindungen der öffentlichen Gewalt, sanktioniert rechtsverletzendes Handeln des Staates und heilt das staatliche Unrecht durch eine mögliche Annäherung an einen verfassungsmäßigen Zustand. Das Enteignungsentschädigungs- und das Staatshaftungsrecht stellen zudem verfassungsrechtliche Instrumente zum Ausgleich von Konfliktlagen zwischen einem durch den nationalen Gesetzgeber zu definierenden Gemeinwohl und den Rechten der Einzelnen dar.

[v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band II, 6. Aufl., München 2010, Art. 34 Rdnr. 7.]

Dass vor allem das Staatshaftungsrecht deshalb auch eine wesentliche rechtsstaatliche Institution ist, deren Rechtsweggarantie nach dem Willen des Verfassungsgebers zu den verfassungsrechtlich geschützten Elementen des deutschen Rechtswegestaates gehört, weil ihr auch heute noch eine justizstaatliche Garantiefunktion zukommt,

[*W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1929, S. 310: Das Staatshaftungsrecht ist die „ultima ratio des Rechtsstaates“.]

zeigt ein Blick in die neuere Geschichte des Staatshaftungsrechts.

Als das Staatshaftungsrecht in den 1980er Jahren umfassend geregelt werden sollte, war durch den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Bundes- und Landesebene die verfassungsrechtliche Zuweisung der betreffenden Streitigkeiten zu den ordentlichen Gerichten als veraltet erkannt. Trotzdem sollten die Rechtsschutzgarantien der Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG erhalten bleiben. Beide Rechtsschutzgarantien sollten folgende Fassungen bekommen: „Im Streitfall steht der Rechtsweg offen“. In den Stellungnahmen zur Änderung des Staatshaftungsrechts findet sich auch der Grund angedeutet, aus dem die letztverbindliche Entscheidung in Entschädigungs- und Schadensersatzprozessen gegen den Staat bei den staatlichen Gerichten bleiben muss: „Die grundgesetzliche Garantie der Staatshaftung als Verfassungsinstitut und ihre innere Begründung im Rechtsstaatsprinzip verlangen nach einem einheitlichen Rechtsschutzstandard in der Bundesrepublik Deutschland.“

[BT-Drs. 8/2080, S. 3, 5, 7 (Zitat).]

Dieser einheitliche Rechtsschutzstandard, der sowohl normative Maßstäbe wie auch eine konsistente Rechtsprechung beinhaltet, ist auf eine institutionelle Gerichtsstruktur angewiesen, die die internationale (ad hoc) Schiedsgerichtsbarkeit nicht erbringen kann.

[Classen, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, in: EuR 2012, S. 611 (617 ff.).]

Mit guten Argumenten lässt sich deshalb im Ergebnis der zwingende Charakter der Rechtsschutzgarantien in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auch des Sekundärrechtsschutzes begründen, der letztlich auch im Primärrechtsschutz für die oben ausgeführte „Kernbereichstheorie“ in Art. 92 GG spricht.

Als Mindestmaß ist im Sekundärrechtsschutz ebenso wie im Primärrechtsschutz zwingend eine Rechtskontrolle durch ein innerstaatliches Gericht sicherzustellen, das den Anforderungen der Art. 92 und Art. 97 GG entspricht und staatliches Handeln nicht allein am Maßstab des *ordre public* überprüft.

Schiedsklauseln in TTIP, die diesen Maßstäben nicht genügen, wären damit verfassungswidrig.

IV. Staat-Investor-Schiedsgerichtsbarkeit als Verfassungsgewohnheitsrecht?

Die Bundesrepublik Deutschland hat seit Ende der 1950er Jahre Freihandelsabkommen geschlossen, deren Streitbeilegungsklauseln in der Regel nach dem gleichen Muster gestrickt sind, das den genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht entspricht. Heute ist Deutschland mit über 130 in Kraft getretenen Verträgen weltweit führend.

[Reinhardt, Vattenfall vs. Deutschland II und das internationale Investitionsschutzregime in der Kritik, in: KJ 2014, S. 86 (86).]

Selbst wenn damit eine „Tradition“ begründet worden sein sollte,
[Broß, Freihandelsabkommen. Einige Bemerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, in: Hans Böckler Stiftung, Report Nr. 4, 2015, S. 3 (4 ff.).]

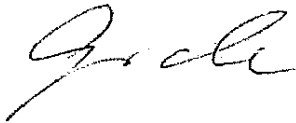
ändert dies nichts an der Verfassungswidrigkeit der Schiedsklauseln. Die aus dem Konstitutionalismus und der Weimarer Republik stammenden Rechtsfiguren des Verfassungsgewohnheitsrechts, der Verfassungsdurchbrechung und der stillen Verfassungswandlung haben unter dem Grundgesetz keine Bedeutung mehr. Einer verfassungsändernden Praxis steht Art. 79 Abs. 1 GG entgegen, der explizit eine – mit dem doppelten Quorum des Art. 79 Abs. 2 GG beschlossene – entsprechende Änderung oder Ergänzung des Verfassungswortlauts fordert.

V. Ergebnis

1. Der internationale Investorenschutz durch eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit orientiert sich ausschließlich an den Grundsätzen der Privatautonomie und des Rechtsschutzes in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, der es bei der Durchsetzung privatautonom vereinbarter Durchsetzungsverfahren genügen lässt, dass sich die fakultative (inner-)staatliche Kontrolle der in der privaten Gerichtsbarkeit erwirkten Titel auf die Minimalkontrolle des *ordre-public* beschränkt – wenn überhaupt.
2. Diese privatrechtlichen Grundsätze und mit ihnen die Schiedsverfahren nach ICSID und UNCITRAL können in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips nicht bestehen.
3. Entscheidet sich der private Einzelne wegen Rechtsverletzungen des Staates eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit auszutragen, und sei es auch nur im Sekundärrechtsschutz nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG oder Art. 34 S. 3 GG, dann sind diese Rechtsschutzgarantien weder für ihn noch für den Staat verzichtbar, da sie insoweit Ausfluss des objektiven Rechtsstaatsprinzips sind. Sie unterfallen damit gleichzeitig dem Rechtsprechungsmonopol des Staates nach Art. 92 GG.

Im Ergebnis muss damit in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der Fälle des Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG, zu denen typischerweise auch die Streitigkeiten zwischen Staat und (ausländischem) Investor gehören, ein (inner-)staatliches Gericht zwingend das letzte Wort haben. Das im Vertrag über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*) zwischen den USA und der Europäischen Union vorgesehene schiedsgerichtliche Verfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten genügt diesem rechtsstaatlichen Gebot nicht.

Alle deutschen Amtsträger sind von Verfassungen wegen verpflichtet, in ihrem Handeln das Rechtsstaatsgebot in seiner grundgesetzlichen Ausprägung zu beachten. Dies gilt im Fall des TTIP Abkommens insbesondere auch für die Mitwirkung des deutschen Vertreters/der deutschen Vertreterin im Rat der Europäischen Union sowie – soweit man hier richtigerweise von einem sog. „Gemischten Abkommen“ ausgeht – auch für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages bei ihrem nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderlichen Votum über das Vertragsgesetz zum TTIP. Auch die besondere europarechtliche Integrationsermächtigung aus Art. 23 Abs. 1 GG führt hier zu keinem anderen Ergebnis: Die aufgezeigten Defizite der geplanten (zumindest auch) europäischen Rechtsetzung sind – wie gezeigt – nicht mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar und verletzen damit gleichermaßen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG (Struktursicherungsklausel) wie auch Art. 23 Abs. 1 S. 3 a.E. i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG (Bestandsicherungsklausel). Die vom Grundgesetz für die Mitwirkung Deutschlands am europäischen Integrationsprozess normierten Grenzen sind damit überschritten.



Prof. Dr. jur. Kathrin Groh



Prof. Dr. jur. Daniel-Erasmus Khan