

Verfassungsrechtliche (und unionsrechtliche) Rahmenbedingungen privater Justiz

I. Private „Justiz“ als Herausforderung der Dritten Gewalt

Wer die Frage nach „privater Justiz“ oder vielleicht besser nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit aufwirft, muß sich zuallererst vergegenwärtigen, daß damit in der Bundesrepublik gegenwärtig wenigstens drei Diskurse aufgerufen sind, die sich durch die unterschiedliche „Fallhöhe“ der jeweils verhandelten Phänomene, aber auch durch weitgehende Abschottung voneinander auszeichnen – Abschottung in dem Sinne, daß es sich um getrennt ablaufende Diskurse handelt, die jeweils über eigene rechtliche Parameter, distinkte Kanones an satisfaktionsfähigen Argumenten sowie ideologische Rahmungen oder Wahrnehmungseingführungen verfügen. An erster Stelle steht die mittlerweile klassische Debatte um den „Rechtsschutz in Kirchensachen“ oder allgemeiner um den Status religiöser Gerichtsbarkeit¹; sie ist unlängst durch teils kontroverse Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts², des Bundesverwaltungsgerichts³

¹ Siehe dazu die klassischen Darstellungen von *E. Friedberg*, Die Grenzen zwischen Staat und Kirche und die Garantien gegen deren Verletzung, 1872, S. 80 ff. u. passim; *P. Hinschius*, System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland, Bd. VI/1, 1897, S. 40 ff., 184 ff.; *H. v. Schubert*, Der Kampf des geistlichen und weltlichen Rechts, 1927; *R.E. Rodes*, Secular Cases in the Church Courts: A Historical Survey, in: *The Catholic Lawyer* 32 (1988–1989), S. 301 ff.; *H.J. Berman*, Recht und Revolution, 1995, S. 367 ff., 413 ff.; *U. Eisenhardt*, Zur Inanspruchnahme der geistlichen Gerichte in Zivilrechtsstreitigkeiten, in: *F. Dorn/J. Schröder* (Hrsg.), Festschrift für Gerd Kleinheyer, 2001, S. 193 (202 ff.); zuletzt magistral *P. Oestmann*, Geistliche und weltliche Gerichtsbarkeit im Alten Reich. Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzüge, 2012, bes. S. 716 ff.

² BAG NJW 2012, 1099 – *Chefarzt* und BAG NJW 2013, 1550 – *Dritter Weg*; vgl. dazu die Anmerkungen resp. Besprechungen von *M. Plum*, Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers wegen Wiederverheiratung, in: *RdA* 2012, S. 373 ff.; *C. Melms/C. Wiegelmann*, Kirchen und Arbeitsrecht: Dritter Weg streikfrei?, in: *Der Betrieb* 2013, S. 2504 ff.; *E. Kocher/L. Krüger/C. Sudhof*, Streikrecht in der Kirche im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht, in: *NZA* 2014, S. 880 ff. sowie *A. Edenbarter*, Loyalitätsobliegenheiten in kirchlichen Arbeitsverhältnissen – Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit, in: *NZA* 2014, S. 1378 ff.

³ BVerwGE 149, 139 – *Rechtsschutz für Kirchenbeamte*; siehe dazu *C. Kirchberg*, Rechtsschutz Geistlicher vor staatlichen Gerichten, in: *NJW* 2014, S. 2763 ff.; *R. Hotstegs*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 (2 C 19.12; DVBl 2014, 993) – Zur Überprüfung von Maßnahmen der im Sinne des Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV selbstbestimmten Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte, in: *DVBl.* 2014, S. 997 ff.

sowie des Bundesverfassungsgerichts⁴ einmal mehr angefacht worden⁵. Daneben tritt als vergleichsweise neuer Unterdiskurs der um „muslimische Friedensrichter“, die als sogleich perhorreszierte „Paralleljustiz“ vermeintlich in Deutschland die gleichermaßen perhorreszierte islamische *šarīʿa* anwenden⁶. Schon hier ist darauf hinzuweisen, daß – bei aller Unsicherheit über das Ausmaß wie die tatsächliche religiöse Radizierung dieser Spielart der informellen Streitschlichtung⁷ – zumindest der nahöstliche Ursprungskontext der Friedensrichter dezidiert nichtreligiös

⁴ BVerfGE 137, 273 – *Chefarzt* und dazu *C.D. Classen*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, in: JZ 2015, S. 199 ff.; *S. Rixen*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, ebda., S. 202 ff.; *F. Hammer*, Ein Kompendium des Staatskirchenrechts und des kirchlichen Arbeitsrechts von höchster Stelle. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Düsseldorf-Chefarzt-Fall vom 22.10.2014, in: K&R 20 (2014), S. 145 ff.; *G. Neureither*, Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer – neue Variationen eines alten Themas, in: NVwZ 2015, S. 493 ff.; vgl. ferner BVerfG NJW 2016, 229 – *Dritter Weg I* und dazu knapp *J.-H. Bauer*, Unzulässigkeit einer gewerkschaftlichen Verfassungsbeschwerde mangels Beschwerdebefugnis, in: ArbRAktuell 2015, S. 461.

⁵ Neuere zusammenfassende Stellungnahmen: *C. Kirchberg*, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: NVwZ-Extra 2013, S. 1 ff.; *P. Melot de Beauregard/M. Baur*, Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsverhältnis – Eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, in: NZA-RR 2014, S. 625 ff.; *C. v. Tiling*, Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Grundsatzentscheidungen des Jahres 2014, in: öAT 2015, S. 29 ff.

⁶ So die möglicherweise kurzschlüssige Einordnung von *J. Wagner*, Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat, 1. Aufl. 2011; 2. Aufl. 2012 mit dem ergänzten Untertitel „Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat – Wie Imame in Deutschland die Scharia anwenden“. – Siehe die kritischen Besprechungen des Bandes von *M. Brocker*, in: ZfP 58 (2011), S. 474 ff. sowie *H. Rottleuthner*, Mediation im Schatten des Strafrechts, in: KritJ 45 (2012), S. 444 ff. – Vgl. aus der bislang vorliegenden Literatur näher *A. Funke*, Parallelwelten des Rechts? Die Anerkennung des Rechts und der Gerichtsbarkeiten von Religionsgemeinschaften durch den Staat, in: A. Bettenworth u.a. (Hrsg.), Herausforderung Islam, 2011, S. 42 ff.; *C. Schirmacher*, Friedensrichter, Streitschlichter, Schiariengerichtshöfe: Ist die Rolle der Vermittler auf den säkularen Rechtsstaat übertragbar?, 2013; *F. Wittreck*, Paralleljustiz in ethnischen Minderheiten? Die bundesdeutsche Perspektive, in: A. Deixler-Hübner/M. Schauer (Hrsg.), Migration, Familie und Vermögen, 2014, 91 ff.; *F. Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, in: VVDStRL 74 (2015), S. 169 (192 f.); *C. Ernst*, Die Bewältigung konfligierender normativer Ordnungen. Die Aushöhlung hoheitlicher Gewalt durch muslimische Friedensrichter?, in: DÖV 2015, S. 809 ff.; *K. Bawwens*, Religiöse Paralleljustiz – Zulässigkeit und Grenzen informeller Streitschlichtung und Streitentscheidung unter Muslimen in Deutschland, Diss. iur. Münster 2015, i.E. sowie jetzt die Beiträge in: U. Kischel (Hrsg.), Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung des Staates: Rechtspluralismus in vergleichender Perspektive, 2016.

⁷ Erste empirisch informierte Stellungnahmen: Abschlußbericht „Paralleljustiz“ (Stand: 1.11.2012, nicht veröffentlicht), verfaßt vom Bayerischen Staatsministerium für Verbraucherschutz unter Einbeziehung der Ergebnisse des Runden Tisches „Paralleljustiz“; Abschlußbericht des Bundesjustizministeriums (http://www.bmjuv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Studie-Paralleljustiz.pdf?__blob=publicationFile, S. 5 ff. [21.2.2015]) sowie *M. Robel/M. Jaraba*, Paralleljustiz (Gutachten für die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz [2015]; <https://www.berlin.de/sen/justv/service/broschueren-und-info-materialien> [21.2.2015]); instruktiv auch das Interview mit dem Berliner „Friedensrichter“ *Hassan Allouche* in: *Bertritt Justiz* 108 (2011), S. 173 ff.

ist und diese Form der „Paralleljustiz“ etwa im Westjordanland auch von arabischen Christen praktiziert wird⁸.

Eine zweite Debatte hat die klassische Handelsschiedsgerichtsbarkeit sowie ihren Ableger in Gestalt der Sportschiedsgerichtsbarkeit⁹ zum Gegenstand; erstere wird neuerdings ebenfalls als „Hinterzimmerjustiz“ diffamiert¹⁰ bzw. wegen der äußeren Anmutung wie der vermuteten Kosten in die Nähe einer Klassenjustiz gerückt¹¹.

Vollends Selbstand hat schließlich die Debatte um die sog. Staat-Investor-Schiedsgerichtsbarkeit gewonnen¹², dies nochmals zugespitzt in der gerade in der

⁸ Näher die religionswissenschaftliche Studie von *U. Qubaja*, Konfliktregulierung in den besetzten palästinensischen Gebieten: Empirische Betrachtung des Şulh-Systems in der Region Hebron, islamwiss. Magisterarbeit Hamburg 2012; instruktive Fallstudie von *ders.*, Ein Şulh-Verfahren nach einem tödlichen Unfall in der Region Hebron – Wahlmöglichkeiten und Normen im Kontext von rechtem Pluralismus, in: GAIR-Mitteilungen 6 (2014), S. 207 ff. Vgl. ferner *S. Lang*, Sulha Peacemaking and the Politics of Persuasion, in: *Journal of Palestine Studies* 31(2002), S. 52 ff.; *I. Zilbermann*, Palestinian Customary Law in the Jerusalem Area, in: *Catholic University Law Review* 45 (1995/1996), S. 795 ff. sowie *F. Witteck*, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, in: *VVDStRL* 74 (2015), S. 115 (122 f.). – Instruktiv zur auch institutionell hochfein ausdifferenzierten kurdischen Streitschlichtung in der Türkei wie Deutschland *L. Tas*, Legal Pluralism in Action. Dispute Resolution and the Kurdish Peace Committee, Farnham/Burlington 2014.

⁹ Hier hat namentlich der „Fall Pechstein“ Furore gemacht: OLG München JZ 2015, 355 und dazu aus der reichhaltigen Besprechungsliteratur *P.W. Heermann*, Anmerkung zu OLG München, Teil-Urteil v. 15.1.2015 – U 1110/14 Kart, in: *JZ* 2015, S. 362 ff.; *C. Dwoj/K.Ö. Rösch*, Ist das deutsche Kartellrecht mehr wert als alle Olympiasiege?, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 69 ff.; *F.C. Haus/I. Heitzer*, Kartellrecht gegen (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit – 1:0. Zum Urteil des OLG München in der Sache Claudia Pechstein, in: *NZKart* 2015, S. 181 ff.; *P. Eckel/H. Richter*, Die kartellrechtliche Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen. Zur Gewährleistung von Verfahrensgarantien mittels des europäischen und deutschen Kartellrechts, in: *WuW* 2015, S. 1078 ff.; *C. Lasthaus*, Schiedsgericht als letzte Instanz? Konsequenzen aus dem Fall Pechstein, in: *Bucerius law journal* 9 (2015), S. 70 ff. sowie *R. Eckert/C. Wisser*, Die Genehmigungsgebühr des DLV im Lichte des „Pechstein-Urteils“ des OLG München, in: *Causa Sport* 2015, S. 238 ff.

¹⁰ Prononcierte Gegen-Kritik etwa bei *J. Risse*, Wehrt euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, in: *SchiedsVZ* 2014, S. 265 (267, 270 ff.), der von „Gespenstern“ spricht, wenn die Kritiker „polemisch“ oder „mit sensationsheischendem Unterton“ von „Schattenjustiz im Nobelhotel“ oder „Geheimjustiz“ geschrieben.

¹¹ Dieser Zungenschlag bei *C. Meller-Hannich/A. Höland/E. Krausbeck*, „ADR“ und „ODR“: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, in: *ZEuP* 22 (2014), S. 8 (38); „Zwei-Klassen-Justiz“. – Vgl. zuletzt aus der Beobachterperspektive *R. Gaier*, Nützliche Konkurrenz?, in: *FAZ* Nr. 41 v. 18.2.2016, S. 6.

¹² Hier steht im Zentrum der Aufmerksamkeit das Verlangen des schwedischen (Staats-)Konzerns Vattenfall, einige wasserrechtliche Auflagen aufzuheben, die nach Meinung des Konzerns eine einteilungsgleiche Wirkung haben sollen: Vattenfall AB and other v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12. Siehe dazu *D. Bunttenbroich/M. Kaul*, Transparenz in Investitionsschiedsverfahren – Der Fall Vattenfall und die UNCITRAL Transparenzregeln, in: *SchiedsVZ* 2014, S. 1 ff.; *R. Hofmann*, Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Paralleljustiz im Namen des Geldes? Fakten, Geschichte und Reformbedarf des Investitionsschutzes, in: *Betrifft Justiz* 120 (2014), S. 194 (195); *M. Krajewski*, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: *ZUR* 2014, S. 396 ff. sowie – betont kritisch – *T. Kienle/M. Münzner*, Keine Schattenjustiz! Transparenz und Vertraulichkeit in Investitionsschiedsverfahren: Der Fall Vattenfall, in: *Rescriptum* 6 (2015), S. 24 ff.

Bundesrepublik hochgradig emotionalisierten Auseinandersetzung um das Projekt eines transatlantischen Freihandelsabkommens (TTIP)¹³ und die darin vorgesehenen Streitschlichtungsinstanzen¹⁴ – hier ist bei manchen Einlassungen inzwischen schlicht unklar, ob es deren Urhebern noch um Geheimhühnchen oder doch schon um Chlorgerichte geht.

Charakteristisch ist, daß in jedem dieser Diskurse eigene Gefahrenszenarien evoziert werden: Geistliche Gerichtsbarkeit wirft die Frage nach der Abschirmung staatlicher Macht gegen ein gesellschaftliches Großaggregat auf (in Gestalt der „islamischen“ Paralleljustiz zusätzlich die der Geschlechtergerechtigkeit¹⁵ wie der Anerkennung der staatlichen Rechtsordnung an sich¹⁶). Schiedsgerichtsbarkeit wird neben der sozialen Schieflage wie der „Heimlichtuerei“¹⁷ auch vorgehalten, sie entziehe der staatlichen Justiz gerade finanziell lukrative i. S. v. gebührenträchtigen Verfahren¹⁸ und behindere die Rechtsfortbildung, weil faktisch ganze wirtschaftsrechtliche Sachbereiche den ordentlichen Gerichten nicht mehr unterbreitet werden¹⁹ (bei der Sportschiedsgerichtsbarkeit kommt der Vorhalt der Machtasym-

¹³ Oder „Transatlantic Trade and Investment Partnership“; siehe aus der Debatte nur *V. Treier/S. Wernicke*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Trojanisches Pferd oder steiniger Weg zum Olymp?, in: *EuZW* 2015, S. 334 ff.

¹⁴ Näher (kritisch) *A. Fisañ/R. Ciftci*, Rechtliche und politische Probleme von Freihandelsabkommen am Beispiel von CETA, in: *Ad Legendum* 2015, S. 177 (177 ff.) sowie (affirmativ) *O. Sandrock*, Das Internationale Handelsgesetz im TTIP, in: *RiW* 2015, S. 625 ff.

¹⁵ Unterstrichen von *Wagner*, Richter (Fn. 6), S. 249 ff. – Breiten Raum nimmt diese Diskussion in den angelsächsischen Ländern, aber auch in Israel ein; einige repräsentative Beiträge: *A. Scolnicov*, Religious Law, Religious Courts and Human Rights Within Israeli Constitutional Structure, in: *International Journal of Constitutional Law* 4 (2006), S. 732 (739 f.); *J. Rehman*, The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq, in: *International Journal of Law, Policy and the Family* 21 (2007), S. 108 (122 f.); *D.G. Green*, Editor's Introduction, in: *D. MacEoin*, *Sharia Law or 'One Law For All?'*, London 2009, S. 1 (4 ff.); *I. Shahar*, Legal Pluralism in the Holy City. Competing Courts, Forum Shopping, and Institutional Dynamics in Jerusalem, *Farnham/Burlington* 2015, S. 95 ff.; differenzierend *Wittreck*, Paralleljustiz (Fn. 6), S. 104 ff.

¹⁶ Näher dazu m.w.N. *F. Wittreck*, „Scharia-Polizei“ und „Friedensrichter“ – Amtsmaßung oder Rechtsanmaßung?, in: *Festschrift für Hans Jarass*, 2015, S. 265 (278 ff.).

¹⁷ Zusammenfassend zum Problem u.m.w.N. *J. Risse/M. Oehm*, Vertraulichkeit und Nicht-Öffentlichkeit in Schiedsverfahren, in: *ZVglRWiss* 114 (2015), S. 407 ff.

¹⁸ So *Risse*, Wehrt euch endlich! (Fn. 10), S. 266, 273; siehe auch das Handelsblatt Online „Justizminister kritisiert Trend im Zivilrecht“ vom 2. Oktober 2014, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/private-streitbeilegung-justizminister-kritisiert-trend-im-zivilrecht/10787620.html> (29.2.2016); Hinweis auf den häufig sehr hohen Streitwert von im Schiedsverfahren verhandelten Streitigkeiten bei *B. Zypries*, Zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: *SchiedsVZ* 2009, S. 1 (2) sowie *J. Münch*, in: *W. Krüger/T. Rauscher* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 3., 4. Aufl. 2013, Vorbem. zu den §§ 1025 ff. Rn. 17.

¹⁹ So anhand des Rechts des Unternehmenskaufs *K.P. Berger*, Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit, in: *SchiedsVZ* 2009, S. 289 (296); allgemein zur Thematik der Rechtsfortbildung: *C. Dwee/M. Keller*, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke?, in: *SchiedsVZ* 2005, S. 169 ff.; *Risse/Oehm*, Vertraulichkeit (Fn. 17), S. 423.

metrie hinzu²⁰). Investor-Staat-Schiedsgerichte schließlich begegnen dem auf der Makroebene angesiedelten Vorwurf der Aushebelung des Demokratieprinzips²¹ wie dem der positiven Diskriminierung ökonomisch starker Akteure durch Einräumung zusätzlicher Rechtsschutzmöglichkeiten²².

Der vorliegende Beitrag plädiert demgegenüber dafür, kohärente Parameter für alle Formen nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit zu formulieren, die lediglich bereichsspezifisch durch etwa einschlägige Spezialgrundrechte – im Rahmen der geistlichen Gerichtsbarkeit mit Händen zu greifen etwa die individuelle wie die kollektive Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 u. 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV²³ – modifiziert werden²⁴. Er steht dabei vor einem nicht zu unterschätzenden methodischen Problem: Das Grundgesetz schafft in den Grundrechten wie in Art. 92 ff. GG sowie weiteren Normen einen vergleichsweise klaren und festgefühten Rahmen für die staatliche Gerichtsbarkeit. Es ist eingedenk der Art. 1 Abs. 3 wie Art. 20 Abs. 3 GG evident, daß dieses Regelwerk nicht eins zu eins auf Erscheinungsformen nichtstaatlicher Streitschlichtung übertragen werden kann²⁵. Zugleich ist klar, daß es Ausgangs- oder besser Ankerpunkt eines Ableitungsprozesses sein muß, der die schwierige Frage der Binnendifferenzierung aufwirft – welche verfassungsrechtlichen Normen sind methodisch plausibel mit einem Bedeutungsstigma zu versehen, das ihre Geltung auch gegenüber privater „Gerichtsbarkeit“ bewirkt? Das Dilemma wird durch den Versuch einer Anlehnung an der

²⁰ Vgl. OLG München JZ 2015, 355 (357 f.) und speziell dazu aus der Besprechungsliteratur *Duwe/Rösch*, Kartellrecht (Fn. 9), S. 76 f.; *Haus/Heitzer*, Kartellrecht (Fn. 9), S. 184; *G. Brander/R. Kläger*, Ein Sieg über (oder für) das System der Sportgerichtsbarkeit?, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 112 (116 f.); *P.W. Heermann*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1). Ist eine Neubewertung nach dem Urteil des OLG München im Pechstein-Verfahren erforderlich?, in: *WRP* 2015, S. 1047 (1048 ff.).

²¹ *Fisahn/Ciftci*, Probleme (Fn. 14), S. 178; *Sandrock*, Handelsgericht (Fn. 14), S. 637 f.

²² Die Vorteile für Unternehmen listet auf *Hofmann*, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit (Fn. 12), S. 198; den Disput zusammenfassend *J. Trappe*, Schiedsgericht und TTIP – ein Bericht, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 235 (235).

²³ Dazu unten II.2.b.

²⁴ Dabei ist der Vorbehalt anzubringen, daß namentlich die Diskussion um „TTIP“ aus einem solchen kohärenten Rahmen fällt und fallen muß. Das gilt schon deshalb, weil Investor-Staat-Schiedsgerichte zwar in der gegenwärtigen Debatte häufig leichter Hand mit der klassischen Handelsschiedsgerichtsbarkeit in einen Topf geworfen werden, jedoch durch die völkerrechtliche Absicherung wie die staatliche Beteiligung schon die Einstufung als Form „privater“ Streitschlichtung fragwürdig erscheint; ähnlich *Sandrock*, Handelsgericht (Fn. 14), S. 625.

²⁵ Im Ergebnis ist festzustellen, daß Art. 92 GG nichtstaatliche Gerichte weder erlaubt noch verbietet. Es ist lediglich anzunehmen, daß Art. 92 GG für staatliche Gerichte ein Rechtsprechungsmonopol bzw. einen Richtervorbehalt für die traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung konstituiert. Vgl hierzu *N. Achterberg*, in: *W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 92 (Zweitb. 1981/1985), Rn. 185 ff.; *W. Distler*, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung*, 2000, S. 47 ff., 179 f.; *M. Burgi*, *Privatisierung*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 41; *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 33 ff., 50 f. sowie *S. Detterbeck*, in: *M. Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 92 Rn. 29. – Die Fassung der privaten Schiedsgerichtsbarkeit unter Art. 92 GG hinterfragt grundsätzlich kritisch *F. Hesselbarth*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*, 2004, S. 61 ff., 69 ff.

Verfassung immanente Binnenstufungen nur verschoben, wie die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Rechtsschutz von Kirchenbeamten bzw. Geistlichen belegt: Die in der Sache ausgesprochene Bindung einschlägiger kirchlicher (auch: kirchengerichtlicher) Entscheidungen an Kerngehalte des Art. 79 Abs. 3 GG prolongiert namentlich in Ansehung des Rechtsstaatsprinzips lediglich die Frage, welche seiner anerkannten Teilgehalte i.d.S. „fundamentale Verfassungsprinzipien“ sind²⁶.

Nach diesen Vorbemerkungen soll nunmehr in zwei Schritten untersucht werden, wie sich Verfassungs- und Unionsrecht zum „Ob“ privater Streitschlichtung positionieren (II.) und ob beiden Vorgaben für das „Wie“ zu entnehmen sind (III.). Dabei sei vorab eingeräumt, daß die Direktionskraft des Unionsrechts diesbezüglich noch vergleichsweise übersichtlich ist.

II. Das „Ob“ privater Justiz

Beginnen wir mit der Frage, ob der deutschen oder europäischen Rechtsordnung Bestimmungen zu entnehmen sind, die private Streitschlichtung entweder dem Grunde nach ausschließen (1) oder aber in umgekehrter Stoßrichtung für ihre Zulässigkeit streiten (2).

1. Verfassungsrechtliche Einreden

Sofern Erscheinungsformen nichtstaatlicher Streitschlichtung kontrovers oder gar kritisch erörtert werden, begegnet regelmäßig der Rekurs auf drei Gruppen von Rechtsfiguren: An erster Stelle steht das Gewalt- resp. Rechtsprechungsmonopol (a), gefolgt vom Justizgewähranspruch und der Rechtsschutzgarantie (b). Dritte im Bunde ist die Sorge um Ungleichbehandlung oder Diskriminierung durch private Justiz (c).

a) Gewalt- und Rechtsprechungsmonopol

Obwohl häufig bemüht, ist der Ertrag des staatlichen Gewaltmonopols für das „Ob“ privater Justiz eher bescheiden. Denn das Gewaltmonopol ist in der Sache

²⁶ BVerwG BeckRS 2016, 41842, Rn. 23: „Auch im Kernbereich dieses Selbstbestimmungsrechts hat der Staat gegenüber Religionsgesellschaften darauf zu achten, dass ihr Verhalten nicht zu einer Gefährdung der in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien führt. Das Grundgesetz erklärt durch Art. 79 Abs. 3 GG neben dem in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz der Menschenwürde und dem von ihm umfassten Kerngehalt der nachfolgenden Grundrechte auch andere Garantien für unantastbar, die in Art. 20 GG festgehalten sind. Daraus können sich zugleich staatliche Schutzpflichten ergeben. Daher obliegt es staatlichen Gerichten, im Einzelfall nachzuprüfen, ob eine Religionsgesellschaft nach ihrem Verhalten bereit und imstande ist, die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien auch im innerkirchlichen Bereich zu gewährleisten“.

kein Institut des geltenden Rechts, sondern eine Figur der neuzeitlichen Rechtsphilosophie oder Allgemeinen Staatslehre, die lediglich Ausdruck in den Bestimmungen des Gerichtsverfassungs-, Polizei-, Verwaltungsvollstreckungs- und Wehrrechts gefunden hat²⁷. Im Kern geht es um die Einsicht, daß moderne Verfassungsstaatlichkeit nur funktioniert, wenn lediglich ein einziger Akteur befugt ist, legitimerweise physische Gewalt auszuüben (die Grenze markieren bis heute das Notwehr- und das Widerstandsrecht gem. § 32 StGB bzw. Art. 20 Abs. 4 GG). Sofern sich private „Justiz“ nicht berührt, hier neben dem Staat oder an seiner Stelle ihre „Urteile“ durch willensbrechende Gewalt zu „vollstrecken“, stellen weder geistliche Gerichtsbarkeit, informelle Paralleljustiz oder (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit das Gewaltmonopol in Frage. Es ist gerade ihr Proprium, daß sie an die Stelle der rechtsförmigen Vollstreckung die Ausübung von sozialem Druck setzen, die charakteristisch für außerrechtliche Normen ist²⁸. Das Gewaltmonopol wird m. a. W. derzeit nur von einzelnen Erscheinungsformen der „Paralleljustiz“ tangiert, die – namentlich in Berlin – die „Vollstreckung“ der Sprüche von sog. Friedensrichtern in die eigene Hand nehmen; in der Sache sind hier ohnehin die Übergänge zur organisierten Schwerstkriminalität fließend²⁹.

Das Rechtsprechungsmonopol wiederum beschränkt sich im Kern auf die Aussage, daß die verbindliche Streitschlichtung, deren Entscheidungen anschließend mit (staatlichem) Zwang durchgesetzt werden können, staatlichen Richtern bzw. Gerichten oder solchen Stellen vorbehalten ist, die – wie die Schiedsgerichtsbarkeit nach der ZPO – erstens eine an die Einhaltung von Mindestvoraussetzungen gebundene staatliche Delegation erfahren haben und zweitens einer (wenn auch eingeschränkten) Kontrolle durch wiederum staatliche Gerichte unterliegen³⁰. Sofern nichtstaatliche Streitschlichtung unverbindlich bleibt, unterliegt sie quasi das Aufmerksamkeitsradar des Rechtsprechungsmonopols. Das illustriert zuletzt die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur zwangsweisen Durchsetzung

²⁷ Siehe G. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913 (ND 1960), S. 435 ff.; J. *Isensee*, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: G. Müller/R. Rhinow/G. Schmid/L. Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982, S. 23 ff.; E. *Benda*, Der Soziale Rechtsstaat, in: ders./W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 17 Rn. 14 ff.; M. *Schulte*, Gewalt durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, in: DVBl. 1995, S. 130 (131 f.); T. *Gutmann*, Die Grenzen staatlicher Gewalt, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, 2011, S. 33 (35 f.).

²⁸ Klassisch M. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, S. 17 f.; aus der modernen rechtssoziologischen Literatur nur S. *Baer*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 37 f.

²⁹ Näher beschrieben bei K. *Heisig*, Das Ende der Geduld. Konsequent gegen jugendliche Gewalttäter, 2012, S. 141 ff.

³⁰ Zusammenfassend *Distler*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 25), S. 67 ff.; J. *Zado*, Privatisierung der Justiz. Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister, 2013, S. 250 ff. sowie *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 176 f. (jeweils m. w. N.).

eines kirchengerichtlich festgestellten Anspruchs auf Kostenerstattung vor den weltlichen Gerichten³¹.

b) Justizgewähranspruch und Rechtsschutzgarantie

In der gleichen Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht das obwaltende Verständnis der verschiedenen grundgesetzlichen Justizgewährleistungen wie folgt zusammengefaßt³²:

Das Grundgesetz gewährleistet umfassend wirkungsvollen Rechtsschutz durch staatliche Gerichte. Soweit es nicht um Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG geht, folgt dies aus den Grundrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG, in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) und Art. 92 GG. Jedermann kann die staatlichen Gerichte mit der Behauptung anrufen, in einer von der staatlichen Rechtsordnung vermittelten Rechtsposition verletzt zu sein. Neben dem Recht auf Zugang zu einem staatlichen Gericht vermittelt die Rechtsschutzgarantie das Recht auf eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Rechtsschutzbegehrens in einem förmlichen Verfahren und auf den Erlass einer gerichtlichen Entscheidung über dieses Begehren, die jedenfalls die Verfahrensbeteiligten bindet (Justizgewährungsanspruch). Auch muss die staatliche Rechtsordnung sicherstellen, dass Rechtspositionen, die ein staatliches Gericht unanfechtbar zuerkannt hat, durch staatliche Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden können.

Erneut läßt sich daraus kein Ausschluß nichtstaatlicher Streitschlichtung ableiten³³: Der Staat des Grundgesetzes muß seinen Bürgerinnen und Bürgern ein Rechtsschutz-Angebot machen, das den Geltungsanspruch der staatlichen Rechtsordnung ebenso gewährleistet³⁴ wie die effektive Durchsetzung der subjektiven Rechte der Gewaltunterworfenen. Beide Motive haben zur Folge, daß die staatliche Rechtsprechung i.S.v. Art. 92 GG gegenüber jeder Form nichtstaatlicher

³¹ BVerwG BeckRS 2016, 41842. Das Gericht führt aus (Rn. 19): „Die staatliche Rechtsordnung erkennt Entscheidungen auch der korporierten Religionsgesellschaften weder als Vollstreckungstitel an noch eröffnet sie die Möglichkeit, sie für vollstreckbar zu erklären. Dies gilt auch für Entscheidungen der Gerichte der Evangelischen Kirchen und deren Kostenfestsetzungen. Die Verwaltungsgerichtsordnung sieht nur Entscheidungen staatlicher Gerichte und darauf beruhende Kostenfestsetzungsbeschlüsse als Vollstreckungstitel vor (§ 168 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 VwGO; §§ 704, 794 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Auch sind Kirchengerichte wegen ihrer Einbettung in die Organisationsstrukturen der Religionsgesellschaft keine öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichte, deren Schiedssprüche für vollstreckbar erklärt werden können (vgl. § 168 Abs. 1 Nr. 5 VwGO; § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO).“ – Vgl. noch die Entscheidung der Vorinstanz (OVG Münster BeckRS 2014, 51608); allgemein zum Problem *H. Weber*, Rechtsschutz der Kirchen durch staatliche Gerichte, in: J. Listl/D. Pirson (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Bd. 2, 1994, § 72, S. 1047 (1056 ff.) sowie *D. Ehlers*, Rechtsfragen der Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 496 ff.

³² BVerwG (Fn. 31), Rn. 12.

³³ *Distler*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 25), S. 47 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 25), Art. 92 Rn. 50; *B. Broch*, Die Verfassung als Grundlage und Grenze der Schiedsgerichtsbarkeit. Eine amerikanische Perspektive, 2012, S. 133; *Zado*, Privatisierung (Fn. 30), S. 252, 264; *K.H. Möller*, Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht, 2014, S. 117 sowie *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 175 f., 186 f.

³⁴ Nochmals BVerwG (Fn. 31), Rn. 13.

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: Gesetzt 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 Platzierungen 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. Freemann/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-)Gerichtbarkeit 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. *Rohe*, *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 Handschuhehe; 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 Erbrechtsausschluss nach ägyptischem Recht. Bestätigung der testamentarischen, den Erbrechtsausschluss 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 Erberoder 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 Verstößung 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. Kott/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. Yahyaoui 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 Qur'anic 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.), *Fachanwaltswalkommentar 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 *quibus 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 eigens eingerichtete Spruchkörper zu übertragen.“ – Aus der Literatur nur A. v. Campenhansen/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 Kirchengenossen 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 Schächtenentscheidung 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.

spektive auf die Auswahl der privaten Richterinnen und Richter Einfluß nehmen – erstere überläßt das Schiedsrecht der ZPO weitgehend den Parteien (vgl. § 1035 ZPO; die prozedurale Sicherung der Auswahl durch hilfsweise Einschaltung des Gerichts ist demgegenüber eher schwach ausgeprägt, siehe § 1035 Abs. 3–5 ZPO). Letztere ist im Kern durch die Ablehnungsvorschriften der §§ 1036 f. ZPO reguliert⁷⁷.

Die *Funktion* nichtstaatlicher Streitschlichtung kann ganz grundsätzlich in ihrem Umfang beschränkt sein – dies leistet in Deutschland für die Schiedsgerichtsbarkeit § 1030 ZPO, der die Schiedsfähigkeit für vermögensrechtliche Ansprüche weit faßt, während sie für Ehe- und Kindschaftssachen weitgehend ausgeschlossen ist⁷⁸. Der Zirkumskription der geistlichen Gerichtsbarkeit widmen sich lediglich Art. 137 Abs. 3 WRV (Angelegenheiten der Religionsgesellschaften) bzw. die dazu ergangene Judikatur. Daneben kann der Staat privater Justiz sowohl prozessuale als auch materielle Vorgaben machen; erneut geschieht dies in Ansehung der Schiedsgerichtsbarkeit in den Bestimmungen der ZPO etwa über die Rechtswahl (§ 1051 ZPO)⁷⁹ oder die allgemeinen Verfahrensregeln des § 1042 ZPO⁸⁰. Prozessuale wie materielle Vorgaben geistlicher wie sonstiger privater Gerichtsbarkeit hingegen verdanken sich erneut der Rechtsprechung, die sie aus den Grundrechten Dritter oder Verfassungsprinzipien ableitet⁸¹.

Es bleibt die Frage der *Kontrolle* nichtstaatlicher Streitschlichtung. Sie kann wiederum vor- oder nachgelagert sein; im ersten Fall geht es im Kern um die Gewährleistung der Freiwilligkeit der Unterwerfung unter den nichtstaatlichen Spruch, wobei namentlich das Schiedsrecht der ZPO diesbezüglich nur marginale Sicherungen vorsieht⁸². Die nachgelagerte Kontrolle ist im Fall der Schiedsgerichtsbarkeit strikt formalisiert und in Gestalt der gerichtlichen Aufhebungsanordnung nach § 1059 Abs. 2 ZPO auch stark verengt⁸³. In Sachen geistlicher wie sonstiger privater Gerichtsbarkeit greift die Möglichkeit der Klage zum staatlichen Gericht, wobei der Umfang der gerichtlichen Überprüfung wiederum bereichs-

⁷⁷ Näher *R.A. Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Aufl. 2012, Rn. 87 ff.

⁷⁸ Siehe dazu m. w. N. *Hötte*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 37), S. 196 ff. sowie *K.H. Schwab/G. Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar, 7. Aufl. 2005, Kap. 4 Rn. 2 ff.

⁷⁹ Dazu *G. Wagner*, Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren, in: P. Gottwald/H. Roth (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, S. 535 ff. sowie *K. Reichold*, in: H. Thomas/H. Putzo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 36. Aufl. 2015, § 1051 Rn. 1 ff.

⁸⁰ Näher *J.-P. Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Rn. 1277 ff.; *Schütze*, Schiedsgericht (Fn. 77), Rn. 282 ff.

⁸¹ Vgl. nochmals BVerwGE 149, 139 (143, Rn. 13) sowie BVerwG (Fn. 31), Rn. 22 ff.

⁸² Man mag auf die Form der Schiedsvereinbarung (§ 1031 ZPO) sowie die gerichtliche Unterstützung bei der Auswahl der Schiedsrichter verweisen (vgl. § 1035 Abs. 3–5 ZPO); näher zur „Eingangskontrolle“ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 78), Kap. 5 Rn. 1; *R. Harbst*, Die Rolle der staatlichen Gerichte in Schiedsverfahren nach dem englischen Arbitration Act 1996 und dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht, 2002, S. 74 f.

⁸³ Eingehend *Lachmann*, Handbuch (Fn. 80), Rn. 2165 ff.; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 78), Kap. 25 Rn. 1 ff.; *Schütze*, Schiedsgericht (Fn. 77) Rn. 591 ff. sowie *Harbst*, Gerichte (Fn. 82), 125 ff.

spezifisch verengt wird⁸⁴. Der Fall *Pechstein* belegt, daß auch im Rahmen dieser nachgelagerten Kontrolle die Bekämpfung von Machtasymmetrie ein zentrales Thema ist⁸⁵.

2. Mindeststandards in prozessualer Perspektive

Welche verbindlichen Vorgaben macht die Verfassung nun dem Gesetzgeber (wie den oft genug gesetzgebervertretend agierenden und dazu wohl auch gezwungenen Gerichten) hinsichtlich der Auswahl und Anwendung dieses hier selbstverständlich nur gerafft skizzierten Instrumentariums? Dabei gilt es – soviel vorab – den Fehler zu vermeiden, von einem einfachrechtlichen Sein auf ein verfassungsrechtliches Sollen zu schließen – der Hinweis, daß die ZPO, der Bundesgerichtshof oder auch das Bundesverfassungsgericht bestimmte Rechtsfiguren für nichtstaatliche Streitschlichtungsinstanzen als verbindlich ausweisen⁸⁶, ist bestenfalls ein Indiz dafür, daß dies von Verfassung wegen auch geboten ist – nicht alles, was klug und sinnvoll ist, folgt aus dem Grundgesetz (und umgekehrt).

Konsens besteht zunächst – wie dargelegt⁸⁷ – hinsichtlich des „Ob“ staatlicher Kontrolle; die Rechtsprechung wird ihrem verfassungskräftigen Auftrag aus Art. 92 GG nur gerecht, wenn sie Bürgerinnen und Bürgern Rechtsschutz gewährt, die hinreichend plausibel die Behauptung erheben, nichtstaatliche Streitschlichtung habe ihre wohlgemerkt *staatlich* gewährleisteten Rechtspositionen verkürzt. Konsens besteht ferner in einem zweiten Schritt, daß diese Kontrolle nie eins zu eins das prozedurale wie materielle Prüfprogramm staatlicher Gerichtsbarkeit anlegen kann, weil andernfalls die Funktionslogik privater Streitschlichtung Schaden nehmen müßte (mit Händen zu greifen im Falle religiöser Gerichtsbarkeit, die bei einer Eins-zu-eins-Prüfung ihrer Ergebnisse eben keine religiöse Gerichtsbarkeit mehr wäre) und der Freiheits- wie Sachnähegewinn, den beispielsweise

⁸⁴ Vgl. oben II.2.b zur Kontrolle kirchlicher Gerichtsentscheidungen.

⁸⁵ Vgl. nochmals OLG München JZ 2015, 355 (357 f.) und dazu die Hinweise unter Fn. 20.

⁸⁶ Beispiele aus der Rechtsprechung: BVerfG (4. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2002, 2227 (2227: eingeschränkte zivilgerichtliche Überprüfung der Entscheidung eines Parteischiedsgerichts); BGHZ 65, 59 (62): „Daß das Gebot unparteilicher Rechtspflege grundsätzlich auch für Schiedsgerichte gilt, hat der Bundesgerichtshof wiederholt zum Ausdruck gebracht (BGHZ 51, 255, 258; 54, 392, 395; BGH LM Nr. 13 zu § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO). Daran ist festzuhalten. Das Erfordernis, daß ein Rechtsstreit von einem nichtbeteiligten Dritten entschieden wird, ist von so grundlegender Bedeutung, daß es auch im schiedsrichterlichen Verfahren grundsätzlich zu beachten ist.“; siehe ferner BGH SchiedsVZ 2009, 126 (127): „Verkürzung des rechtlichen Gehörs [Art. 103 Abs. 1 GG] – zugleich nach Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ“ – im konkreten Fall allerdings verneint); SchiedsVZ 2009, 233 (234): „Dies gilt freilich nur unter der bereits früher vom Senat mit Rücksicht auf das auch hier geltende Rechtsstaatsprinzip geforderten (BGHZ 132, 278, 282 – Schiedsfähigkeit I) Voraussetzung einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Ausgestaltung des schiedsgerichtlichen Verfahrens, die für sämtliche ihm unterworfenen Gesellschafter einen am Maßstab des § 138 BGB zu messenden (vgl. BGHZ 106, 336, 338 f.) Mindeststandard an Mitwirkungsrechten und damit Rechtsschutzmöglichkeit sicherstellen muss“.

⁸⁷ Vgl. oben II.1.b.

weise Handelsschiedsgerichtsbarkeit im Idealfall mit sich bringen kann⁸⁸, in Fortfall kommen müßte. Die verschiedenen Konzepte, mit denen Gesetzgeber und Rechtsprechung den genannten Auftrag wie die genannte Einsicht in praktische Konkordanz zu bringen versuchen (im Kern die Figur des *ordre public* gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO⁸⁹ sowie die Wechselwirkungs- oder Je-desto-Formeln der Rechtsprechung, die den Stellenwert des „für alle geltenden Gesetzes“ i.S.v. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV davon abhängig macht, wie intensiv das kirchliche Selbstverständnis resp. Selbstbestimmungsrecht betroffen ist⁹⁰). Im Kern laufen beide Konzepte auf eine Abwägung hinaus, die zwar je nach Sachverhalt eine Vielzahl von Verfassungsbestimmungen (namentlich Grundrechte) zu verarbeiten hat, aber von keiner einzelnen Verfassungsnorm (auch nicht den Rechtsschutzgarantien) mehr spezifisch in dem Sinne angeleitet werden kann, daß ein bestimmtes Kontrollniveau methodengerecht festgelegt werden könnte.

Fragt man eine Detaillierungsebene tiefer, ob konkrete Verfahrensvorgaben der Verfassung (oder des Unionsrechts) auch für nichtstaatliche Streitschlichtung per se Verbindlichkeit beanspruchen, so ergibt sich ein differenziertes Bild (das wohl-gemerkt nur exemplarisch anhand zweier Gewährleistungen entfaltet werden soll):

Ein naheliegender Kandidat für die Aufnahme in den Kanon der verbindlichen prozeduralen Vorgaben für private Justiz ist die *Unabhängigkeit* der Richter. So wird der Bundesgerichtshof nicht müde, die Unabhängigkeit der Schiedsrichter in der klassischen Schiedsgerichtsbarkeit i.S.v. § 1036 Abs. 1 u. 2 ZPO zu unterstreichen bzw. einzufordern⁹¹. Das klingt unmittelbar einleuchtend bzw. läßt sich intu-

⁸⁸ Näher dazu *H. Hammann/T. Lennarz*, Schiedsverfahren oder staatliche Gerichtsverfahren – Was ist besser?, in: JA 2012, S. 801 (803); *Münch* (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 1025 ff. Rn. 68 ff., 73; *Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt (Fn. 6), S. 173 ff., 181 f.; in bezug auf größtmögliche Fachkompetenz und Engagement des Schiedsrichters als Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. *J.P. Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Rn. 130 ff.

⁸⁹ Maßgebliche neuere Darstellungen: *K. Duden*, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, 2015, S. 133 ff.; überblicksartig zu den verschiedenen Erscheinungsformen der Figur des *ordre public* im deutschen und europäischen Recht *M. Frey/L. Pfeifer*, Der ordre public – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?, in: EuR 50 (2015), S. 721 (722 ff.).

⁹⁰ Zuletzt BVerwG (Fn. 31), Rn. 24: „Grundsätzlich stehen autonom gesetztes Recht der Religionsgesellschaften und Schranken zweck der allgemeinen Gesetze in einer Wechselwirkung, der durch eine Güterabwägung Rechnung zu tragen ist. Dabei ist dem Selbstverständnis der Religionsgesellschaften besonderes Gewicht beizumessen. Je wichtiger ein Bereich für das Selbstverständnis ist, desto weiter ist der Geltungsanspruch des staatlichen Rechts zurückgenommen“. Gleichsinnig BVerfGE 137, 273 (313 ff., Rn. 109 ff.).

⁹¹ BGH NJW 2004, 2226 (2227); zur Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Besorgnis der Befangenheit: OLG Karlsruhe, Beschluß vom 14.7.2006 – 10 Sch 1/06 –, juris; OLG Naumburg, Beschluß vom 19.12.2001 – 10 SchF 3/01 –, juris; zur sachlichen Unabhängigkeit der Schiedsrichter *P. Schlosser*, in: F. Stein/M. Jonas (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. X, 22. Aufl. 2013, § 1036 Rn. 58 ff.; *J. Münch*, in: Krüger/Rauscher, ZPO III (Fn. 18), § 1036 Rn. 30; *I. Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Handkommentar Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2015, § 1043 Rn. 1; vgl. auch *S. Kröll*, Schiedsrechtliche Rechtsprechung 2006, in: SchiedsVZ 2007, 145 (149).

itiv einem „Wesen“ von Rechtsprechung zuordnen⁹². Eine kurze Vergegenwärtigung der Funktionslogik von Schiedsverfahren macht deutlich, daß die Redeweise von der „Unabhängigkeit“ von Schiedsrichtern nur um den Preis zu haben ist, daß hier offensichtlich etwas anderes gemeint ist als die in Art. 97 Abs. 1 u. 2 GG bzw. § 1 GVG, § 25 DRiG garantierte Unabhängigkeit staatlicher Richter⁹³. Denn Schiedsrichter werden nach dem Regelmodell der ZPO von den Parteien bestellt (§ 1035 Abs. 3 S. 2 ZPO), die mit dieser Auswahl eine (Wohl-)Verhaltensersparnis verbinden⁹⁴. Dies geschieht in Ansehung eines konkreten Konflikts, also unter Wegfall der auch die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit schützenden Regeln über den gesetzlichen Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG⁹⁵ – je nach konkreter Ausgestaltung sind Schiedsgerichte ganz im Gegenteil Ausnahmegerichte i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG *par excellence*⁹⁶. Die Schiedsrichter werden von den Parteien bezahlt und haben zugleich ein finanzielles Interesse an der Betrauung wie am erfolgreichen Abschluß des Verfahrens⁹⁷. Vor allem finden sie ihren Spruch in

⁹² Vgl. als klassische Stimme *Thomas v. Aquino*, Summa Theologiae, II-II, Art. 60 qu. 1 ad 1 und dazu C.P. Nemeth, *Aquinas in the Courtroom*, Westport 2001, S. 119 ff.

⁹³ Dazu zusammenfassend F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 174 ff. Vgl. noch die jüngeren Beiträge in A. Seibert-Fohr (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012; S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, 2012 sowie in N.A. Engstad/A.L. Frøseth/B. Tønder (Hrsg.), *The Independence of Judges*, 2014. Ferner S. Holzwarth u.a. (Hrsg.), *Die Unabhängigkeit des Richters*, 2009; A. Rieger, *Verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlagen richterlicher Unabhängigkeit*, 2011; T.-C. Yang, *Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit*. Aus der Perspektive der Ausdifferenzierung des Rechts betrachtet, 2013; R. Bernhardt, *Die Unabhängigkeit des Richters – eine Verfassungsvoraussetzung?*, in: M. Anderheiden u.a. (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*, 2013, S. 643 ff.; W. Schubert, *Richterliche Unabhängigkeit heute: Reflexionen und Reaktionen*, in: M. Habersack u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Stitz*, 2014, S. 555 ff.; I. Tepperwien, *Richterliche Unabhängigkeit: Anspruch und Grenzen*, in: F. Dencker/G. Galke/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolksdorf*, 2014, S. 577 ff.; D. Zeller, *Maßnahmen der Gerichtsverwaltung – Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit?*, 2014; L. Michael, *The independence of meritorious elites: The government of judges and democracy*, in: M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law*, 2014, S. 1 (6 ff.) sowie zuletzt M. Minkner, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, 2015, S. 197 ff.

⁹⁴ Konkret ist plausibel, daß hier ein ähnlicher Mechanismus obwaltet wie bei der Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts (vgl. dazu m.w.N. Wittreck, *Verwaltung* [Fn. 93], S. 270 f.): Die rational handelnde Partei wird einen Kandidaten präsentieren, der nach Vorverhalten wie sonstigen Äußerungen im Sinne der Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO eher für als gegen die Partei entscheiden wird, ihr aber nicht erkennbar so nahe steht bzw. derart auf eine Position festgelegt ist, daß eine Ablehnung nach § 1036 Abs. 2 ZPO zu befürchten ist.

⁹⁵ Pointiert H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GGK III (Fn. 25), Art. 101 Rn. 39 a.E. sowie H.D. Jarass/B. Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 3 f.; näher Distler, *Schiedsgerichtsbarkeit* (Fn. 25), S. 56 ff., 68 ff.

⁹⁶ Wenn man die geläufige Definition zugrunde legt, wonach Ausnahmegerichte „besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen sind“: BVerfGE 2, 213 (223).

⁹⁷ Zu den Grenzen, die Art. 97 GG einem finanziellen Profit eines Richters zieht, siehe H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GGK III (Fn. 25), Art. 97 Rn. 55 (Art. 97 Abs. 2 GG verlangt eine angemessene, durch

der Gewißheit, daß die Parteien auf ein unbefriedigendes Ergebnis mit der Nichtnominierung im nächsten Schiedsfall reagieren können – dies mit allen gelinde gesagt unerfreulichen finanziellen Konsequenzen. Damit liegt aber der Paradefall eines Richters vor, der nicht *sine spe ac metu* entscheidet, was im Falle eines staatlichen Richters als klassischer Verstoß gegen die persönliche Unabhängigkeit i. S. v. Art. 97 Abs. 2 GG gewertet würde⁹⁸. Gerade die Sorge um eine mögliche Neubzw. Weiternominierung ist etwa bei der Besetzung von Verfassungsgerichten oder internationalen Gerichtshöfen als die Gefährdung für die richterliche Unabhängigkeit schlechthin namhaft gemacht worden; sie war ein zentrales Argument beim Übergang zur neunjährigen Amtszeit ohne Möglichkeit der Wiederwahl bei den Richterinnen und Richtern des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (jetzt Art. 23 Abs. 1 EMRK)⁹⁹.

Bezeichnenderweise hat auch das Bundesverwaltungsgericht seine Charakterisierung der Richter der evangelischen Kirchengerichte (hier konkret des Verwaltungsgerichtshofes der Union Evangelischer Kirchen¹⁰⁰) als „unabhängig“ nochmals präzisiert¹⁰¹:

Diese Organisationsgewalt schließt die Befugnis ein, die verbindliche Entscheidung interner Streitigkeiten auf eigens eingerichtete Spruchkörper zu übertragen, deren Mitglieder weisungsfrei und während ihrer Amtszeit unabsetzbar sind. Hierzu gehören die Gerichte der Evangelischen Kirchen (BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2014 – 2 C 19.12 – BVerwGE 149, 139 Rn. 27).

Gesetz bestimmte „feste“ Besoldung); näher (und weitergehend) S. Weth, Prämien für gute Richter, in: D. Schmidchen/ders. (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur. Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999, S. 220 ff.

⁹⁸ BGH NJW 1991, 1103 – Eingriff in richterliche Unabhängigkeit durch gleitende Arbeitszeit; BGH NJW 2002, 359 – Dienstliche Beurteilung von Richtern und richterliche Unabhängigkeit; BVerfGE 3, 214 (224); 17, 252 (259); aus der Literatur H.-J. Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, in: NJW 2001, S. 1089 ff.; A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 160 ff.; C. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG (Fn. 58), Art. 97 (2008), Rn. 98, 103 ff.; O. Kissel/H. Mayer, VVG, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 141 ff.

⁹⁹ Siehe K. Lemmens, (S)electing Judges for Strasbourg, in: M. Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford 2015, S. 95 (99 f.); zur alten Rechtslage und den daraus resultierenden Pressionen m. w. N. J.-F. Flauss, Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme, in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 5 (2005), S. 9 (9 ff.); Wittrecke, Verwaltung (Fn. 93), S. 231 f., 244 f. – Unglücklich bzw. auffällig bis heute der EuGH (vgl. Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 u. 3 EUV); zu recht kritisch D. Terris/C.P.R. Romano/L. Swigart, *The International Judge*, Oxford 2007, S. 226 f. sowie K. Baltes, Die demokratische Legitimation und die Unabhängigkeit des EuGH und des EuG, 2011, S. 32 ff.

¹⁰⁰ Näher H. de Wall/S. Muckel, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, S. 358 ff.; K.-H. Kästner, Evangelische Kirchengerichtsbarkeit zwischen Selbstbehauptung und Selbstüberschätzung, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 49 (2004), S. 171 ff. sowie knapp M. Germann, Art. Gerichtsbarkeit (kirchliche), Evangelische Kirche, in: H.D. Betz/D.S. Browning/B. Janowski/E. Jüngel (Hrsg.), *Religion in Geschichte und Gegenwart*, 4. Aufl., Bd. 3, 2000, Sp. 740 f.

¹⁰¹ BVerwG (Fn. 31), Rn. 16 a. E. – Vgl. ebda., Rn. 23, wo von der „Einrichtung intern unabhängiger Spruchkörper“ die Rede ist.

Gleichwohl bleibt der Hinweis, daß selbst dieses Kriterium in Ansehung der katholischen Kirchengerichtbarkeit Fragen aufwirft. Denn während die protestantischen Kirchen in Deutschland ihre Gerichte bis hart an den Rand der Unkenntlichkeit der staatlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit anverwandelt haben, kennt das ungleich traditionsreichere (aber auch traditionslastigere) kanonische Recht auch eine so gefaßte „Unabhängigkeit leicht“ des Offiziäls nicht – er ist lediglich der Vertreter des an sich als Richter berufenen Diözesanbischofs, der ihn zwar nur *ex legitima gravique causa* ersetzen kann (can. 1422 CIC), dem Weisungen aber nicht ausdrücklich untersagt sind¹⁰². Zusammengefaßt entsteht jedenfalls der Eindruck, daß „Unabhängigkeit“ i.S.v. Art. 97 GG in Ansehung nichtstaatlicher Streit-schlichtung abschmilzt wie ein Raclette-Käse oder der Eispanzer der Arktis.

Möglicherweise positiver fällt die Bilanz in Ansehung einer weiteren verfas-sungsrechtlichen Vorgabe aus. So hat der Bundesgerichtshof die (unmittelbare) Anwendung des Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) auf Schiedsgerichte angenommen¹⁰³; die Literatur folgt dem allerdings in der Begründung über-wiegend nicht¹⁰⁴, sondern verweist entweder auf § 242 BGB¹⁰⁵ oder das Rechts-staatsprinzip¹⁰⁶.

3. Mindeststandards in materieller Perspektive

Fragt man abschließend nach materiellen Standards für nichtstaatliche Streit-schlichtung, so sind zwei Versuche, eine normative „Zwischendecke“ in die bun-desdeutsche Rechtsordnung einzuziehen, bereits benannt worden und sollen nun näher analysiert werden: Der schiedsrechtliche Maßstab des *ordre public* (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO) sowie die vom Bundesverwaltungsgericht in Ansehung der geistlichen Gerichtsbarkeit kreierte Schranke der „Verletzung der fundamen-talen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, des Willkürverbots oder ele-mentarer Verfahrensgarantien“¹⁰⁷. Beide illustrieren überdeutlich die oben schon umrissene Schwierigkeit, einigermaßen trennscharf aus der Gesamtheit der staatli-chen Rechts- bzw. Verfassungsordnung solche Gehalte zu extrahieren, die auch nichtstaatliche Gerichte oder Spruchkörper binden (müssen). Das sei an den bei-den jüngsten Entscheidungen demonstriert.

¹⁰² Näher m.w.N. Wittreck, Verwaltung (Fn. 93), S. 262 f.

¹⁰³ BGH NJW 1986, 1436 (1438); BGH NJW 1992, 2299 f.; schlichte Anwendung in BGH NJW 1990 2193 (2200 f.); BGH NJW-RR 1993, 444 (444 f.).

¹⁰⁴ Gegen eine unmittelbare Bindung Distler, Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 25), S. 181 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG III (Fn. 25), Art. 103 I Rn. 18; P. Kunig, in: I. v. Münch/ders. (Hrsg.), Grundge-setz, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 4; C. Degenhart, in: Sachs, GG (Fn. 25), Art. 103 Rn. 8.

¹⁰⁵ Kunig (Fn. 104), Art. 103 Rn. 4.

¹⁰⁶ Sympathie dafür bei Schulze-Fielitz (Fn. 104), Art. 103 I Rn. 18 sowie G. Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III (Fn. 59), Art. 103 I Rn. 16.

¹⁰⁷ BVerwG (Fn. 31), Ls. 4. Vgl. vorher BVerwGE 149, 139 (147, Rn. 23).

Auf den *ordre public* stützt sich das Oberlandesgericht München in der *causa* Pechstein¹⁰⁸. Dieser wird wie folgt charakterisiert¹⁰⁹:

Ein der Anerkennung eines Schiedsspruchs entgegenstehender Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (*ordre public*) liegt vor, wenn dieser zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, er in diesem Sinn die elementaren Grundlagen der Rechtsordnung verletzt; dabei stellt nicht jeder Widerspruch der Entscheidung selbst zu zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts einen Verstoß gegen den *ordre public* dar.

Darunter subsumiert das Gericht sodann – unter Stützung auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, deutscher Gerichte wie auf Stimmen der Literatur – „auch die Einhaltung der grundlegenden Bestimmungen des Kartellrechts“¹¹⁰. Stellt man in Rechnung, daß der zuständige III. Senat des Bundesgerichtshofes in der in Bezug genommenen Entscheidung nochmals unterstrichen hat, daß die Annahme eines *ordre public*-Verstoßes „nur in ‚extremen Ausnahmefällen‘“ in Betracht komme¹¹¹, so bleibt eine gewisse Spannung, weil die Annahme eines extremen Ausnahmefalles angesichts der langjährigen Praxis der Sportschiedsgerichtsbarkeit sich zumindest nicht aufdrängt¹¹². So oder so wird klar, daß die Zwischendecke erstens uneben und zweitens bestenfalls semifest ist.

Nichts anderes gilt für den gleichgelagerten Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts. Es hat zuerst in der Entscheidung zum Rechtsschutz von Kirchenbeamten und Geistlichen versucht, den ungeachtet des Selbstbestimmungsrechts auch für die Religionsgesellschaften und ihre Gerichte verbindlichen Teil der staatlichen Rechtsordnung zu umreißen, und hat dabei im Kern auf Art. 79 Abs. 3 GG abgestellt¹¹³:

Bei der Überprüfung von Akten einer Religionsgesellschaft müssen sich die staatlichen Gerichte aber stets des stark eingeschränkten Geltungsanspruchs des staatlichen Rechts bewusst sein. Die religiöse Legitimation kirchenrechtlicher Vorschriften darf nur in Frage gestellt werden, wenn und soweit die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3

¹⁰⁸ OLG München JZ 2015, 355 (361 f., Rn. 128 ff.).

¹⁰⁹ OLG München JZ 2015, 355 (361, Rn. 129) unter Stützung auf BGH NJW 2014, 1597 (1598, Rn. 8 f.).

¹¹⁰ OLG München JZ 2015, 355 (361, Rn. 130).

¹¹¹ BGH NJW 2014, 1597 (1598, Rn. 4): „Die Annahme des Oberlandesgerichts, dass ein Widerspruch gegen den *ordre public* nur bei ‚offensichtlicher‘ Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vorliege und daher der Einwand einer Verletzung des *ordre public* nur in ‚extremen Ausnahmefällen‘ greife, ist zutreffend und entspricht der Senatsrechtsprechung.“ – Das Gericht führt im folgenden aus, daß in der Sache ein Redaktionsversehen des ZPO-Gesetzgebers vorliege, der in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO nicht den eigentlich intendierten und etwa in Art. 34 Nr. 1 EuGVVO auch umgesetzten Zusatz des „offensichtlichen“ Verstoßes aufgenommen habe (ebda., Rn. 6 ff.).

¹¹² Eher kritisch auch *Duvel/Rösch*, Kartellrecht (Fn. 9), S. 75; *Brandner/Kläger*, Sieg (Fn. 9), S. 119; *D. Kocholl*, Schiedsklauseln im internationalen Sport – gewollt oder nicht?, in: *Causa Sport* 2015 S. 311 (320); positive Besprechung des Urteils diesbezüglich hingegen von *Haus/Heitzer*, Kartellrecht (Fn. 9), S. 185 f.; *Heermann*, Anmerkung (Fn. 9), S. 364 f.; differenzierend *U. Scherrer/R. Muresan/K. Ludwig*, „Pechstein“ ist kein „Bosman der Sportschiedsgerichtsbarkeit“, in: *SchiedsVZ* 2015, S. 161 (164 f.).

GG betroffen sind. Der Grundsatz der Neutralität des Staates in religiösen Dingen muss durch weitestgehende Zurückhaltung gewahrt werden [...]. Die staatlichen Gerichte verfehlen diesen Prüfungsmaßstab, wenn sie einfaches staatliches Recht zum vermeintlichen verfassungsrechtlich verbürgten ‚Mindeststandard‘ erheben und ohne die gebotene Rücksichtnahme auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaft auf diese anwenden.

Die anschließende Subsumtion des Bundesverwaltungsgerichts belegt in beiden Fällen, daß es zunächst mit viel Aplomb grundlegende Verfassungsprinzipien heranzieht, um letztlich knapp festzuhalten, daß die auf den Prüfstand gestellten kirchlichen bzw. kirchengerichtlichen Entscheidungen schon deshalb nicht „fundamentalen Verfassungsprinzipien“ widersprechen (können), weil sie *cum grano salis* mit den funktional äquivalenten staatlichen Regelungen identisch sind¹¹⁴ – in der Tat wird der Staat nicht gerade *sub specie* „verfassungsstaatliches Minimum“ von den Kirchen mehr an Rechtsschutz oder Sozialstandards fordern dürfen, als er selbst in vergleichbaren Situationen gewährt. Die Überprüfung namentlich des evangelischen Kirchenrechts bzw. evangelischer Kirchengengerichtsbarkeit wird so für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (übrigens auch in persönlicher Perspektive¹¹⁵) zum Insichgeschäft. Zugleich mindert diese Sonderkonstellation der weitgehenden Deckungsgleichheit von Überprüfungsgegenstand und -maßstab die Aussagekraft resp. die Prognoseauglichkeit der beiden jüngsten Entscheidungen für solche Religionsgemeinschaften, die über mehr rechtlichen Eigen-Sinn verfügen als der Protestantismus; das gilt bereits für die katholische Kirche, erst recht aber für Judentum und Islam.

IV. Private „Justiz“ als Reformimpuls für die Dritte Gewalt

Was lehren uns diese Beobachtungen für den staatlichen Umgang mit privater „Justiz“ oder besser nichtstaatlicher Streitschlichtung? Auf der einen Seite sollte hinlänglich dargetan sein, daß die deutsche Rechtsordnung bzw. Rechtsprechung

¹¹³ BVerwGE 149, 139 (148, Rn. 25). – Vgl. auch 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. 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.“

¹¹⁴ Siehe BVerwGE 149, 139 (151, Rn. 39 ff.) sowie BVerwG (Fn. 31), Rn. 27: „Ein derartiger Verstoß liegt hier offenkundig nicht vor. Die für den Kostenerstattungsanspruch der Klägerin maßgebenden kirchenrechtlichen Bestimmungen stimmen inhaltlich vollständig mit dem staatlichen Verfahrensrecht überein, soweit sie die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ermöglichen, dem obsiegenden Beteiligten einen Anspruch auf Erstattung seiner verfahrensbedingten notwendigen Aufwendungen gegen den unterlegenen Beteiligten einräumen und eine betragsmäßige Festsetzung der zu erstattenden Kosten auf der Grundlage des festgesetzten Gegenstandswertes vorschreiben.“

¹¹⁵ Evangelische Kirchengenrichte sind typischerweise mit ehrenamtlich tätigen (staatlichen) Richtern evangelischer Konfession besetzt; siehe nur *Kästner*, Kirchengengerichtsbarkeit (Fn. 100), S. 173; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (Fn. 100), S. 363.

derzeit an die verschiedenen Phänomene nichtstaatlicher Gerichtsbarkeit jeweils distinkte Maßstäbe anlegt, die weder untereinander kohärent noch in der Lage sind, eine einigermaßen trennscharfe und prognosesichere Grenzziehung gegenüber „privater Justiz“ vorzunehmen. Dahinter steht nach hier vertretener Auffassung die Einsicht, daß das Grundgesetz (wie das Unionsrecht) nichtstaatliche Streitschlichtung als Form des Freiheitsgebrauchs anerkennt und nur dem Grunde nach durch den Vorbehalt des Zugangs zum staatlichen Rechtsschutz begrenzt, ohne für diese Kontrollfunktion ein ausformuliertes „Skript“ bereitzustellen. Damit korrespondiert ein breiter Spielraum des Gesetzgebers, von dem dieser etwa im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach der ZPO sinnhaft Gebrauch gemacht hat, indem er einzelne Verfassungsvorgaben auch für Private verbindlich gestellt hat. Die gegenwärtig mit Händen zu greifende Irritation über „private Justiz“ gibt keinen Anlaß, diese Grenzziehung etwa zu Lasten der Handelsschiedsgerichtsbarkeit substantiell zu verschieben (anderes mag – je nach weiterer Entwicklung bzw. auch nach näherer Erforschung des Phänomens – für die Erscheinungsformen [religiöser] informeller Paralleljustiz gelten¹¹⁶). Wenn staatliche Justiz realisiert, daß sie bereichsspezifisch nicht oder nur eingeschränkt konkurrenzfähig ist, weil Grundrechtsträgerinnen und -träger ihre Streitigkeiten andernorts in besseren Händen sehen bzw. wähen, sollte der erste staatliche Reflex nicht das repressive Vorgehen gegen die „Konkurrenz“ (oder gar die – *horribile dictu* – „Kunden“¹¹⁷) sein, sondern die nüchterne Analyse der eigenen Schwächen sowie die Verbesserung der eigenen Qualität. In diesem Sinne legt ethnische oder auch religiöse Paralleljustiz – neben einer Sensibilisierung über Zugangsbarrieren¹¹⁸ – auch das Nachdenken über die Zusammensetzung des deutschen Justizpersonals nahe¹¹⁹. Und beim Raisonieren über Qualität liegt nahe, nicht weiterhin zuallererst über *Effizienz* im Sinne der buchstäblichen „Erledigung“ möglichst vieler Verfahren pro Zeiteinheit, sondern über *Effektivität* im Sinne spürbarer rechtsstaatlicher Kontrolle nachzudenken¹²⁰.

¹¹⁶ Überlegungen in diese Richtung bei Wittreck, Paralleljustiz (Fn. 6), S. 118 f.

¹¹⁷ Näher zur Unangemessenheit dieser Redeweise namentlich in der Strafjustiz Wittreck, Verwaltung (Fn. 93), S. 25 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu die ersten Handlungsempfehlungen im Abschlußbericht „Paralleljustiz“ (Fn. 7), S. 19 ff. – Allgemein zum Problem aus der rechtssoziologischen Literatur Baer, Rechtssoziologie (Fn. 28), § 7 Rn. 3 ff.

¹¹⁹ Vgl. Wittreck, Dritte Gewalt (Fn. 8), S. 130: Unter rund 25 000 Angehörigen der Justiz waren 2014/2015 gerade einmal gut 70 mit einem türkischen oder arabischen Migrationshintergrund.

¹²⁰ Näher Wittreck, Dritte Gewalt (Fn. 8), S. 160 f.