

# **Die Unterwerfung unter völkerrechtliche (Schieds-)Gerichte: kein Verfassungsverstoß!**

Claus Dieter Classen<sup>\*</sup>

## Inhalt

A. Einführung	449
I. Allgemeines	449
II. Hoheitlich institutionalisierte Gerichtsbarkeit	450
B. Schiedsgerichtsbarkeit	450
I. Zu den grundlegenden verfassungsrechtlichen Prinzipien	451
1. Zur demokratischen Legitimation	451
a) Anwendbarkeit	451
b) Inhalt des Legitimationsprinzips	452
2. Zur Rechtsstaatlichkeit	453
II. Konsequenzen für die Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit	454
1. Die sachliche Legitimation	454
2. Die personelle Legitimation	454
3. Rechtsstaatliche Rechtfertigungen	456
C. Fazit	457

## **A. Einführung**

### **I. Allgemeines**

Will eine Rechtsordnung sicherstellen, dass ihre Regeln eingehalten werden, soll sich also nicht das Recht des Stärkeren, sondern die Stärke des Rechts durchsetzen, ist eine Stelle, die Streitigkeiten verbindlich entscheidet, unverzichtbar. Das gilt auch für das Völkerrecht. Ein Ansatz, internationale Gerichte prinzipiell für verfassungswidrig zu halten, ist daher nicht erkennbar. Aus rechtsstaatlicher Perspektive stellen internationale Gerichte vielmehr im Grundsatz sogar einen Gewinn dar. Gewisse Zweifel kann man zwar mit Blick auf das Demokratieprinzip haben. Doch verfasst Art. 20 Abs. 2 GG als solcher nur die deutsche Staatsgewalt. Aus dieser Norm lassen sich daher zumindest unmittelbar keine Vorgaben für internationale Stellen ableiten. Ebenso wenig sind die konkreten, auf die Rechtsprechung bezogenen Normen des Grundgesetzes

\* Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald, Richter am Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern.

wie Art. 92 oder 101 GG auf internationale Gerichte anwendbar, selbst wenn Deutschland ihren Entscheidungen unterworfen ist.<sup>1</sup>

## II. Hoheitlich institutionalisierte Gerichtsbarkeit

Wenn und soweit sich Deutschland in internationalen Verträgen einer hoheitlich verfassten, institutionalisierten internationalen Gerichtsbarkeit unterwirft, findet diese Entscheidung ihre demokratische Legitimation zum einen in der in einem solchen Fall notwendigen parlamentarischen Ratifikation. Zum anderen verfügt das Parlament regelmäßig über die Möglichkeit, für den innerstaatlichen Rechtskreis abweichendes Recht durchzusetzen. Das BVerfG hat diese Option gerade vor nicht allzu langer Zeit im Ergebnis zu Recht bestätigt, wenn auch mit Hinweis auf demokratische Prinzipien erstaunlich geadelt.<sup>2</sup> Und für den Fall, dass einem solchen Gericht auch die Befugnis zu Entscheidungen mit unmittelbarer Wirkung im innerstaatlichen Rechtskreis zugekannt wird, liefern Art. 24 Abs. 1 GG, im jeweiligen Anwendungsbereich auch Art. 23 Abs. 1 oder auch – rein theoretisch – Art. 24 Abs. 1a GG eine verfassungsrechtliche Legitimation.

Alles andere wäre auch ausgesprochen erstaunlich. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Unterwerfung unter eine internationale Gerichtsbarkeit nach Art. 24 Abs. 3 GG zwingend vorgegeben. Dem lässt sich auch die Wertung entnehmen, dass diese grundsätzlich auch im Übrigen zulässig ist.<sup>3</sup> Zudem enthält das Grundgesetz zahlreiche weitere Aussagen, die *Klaus Vogel* mit dem Ausdruck der Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit zusammengefasst hat.<sup>4</sup> Fazit: Prinzipielle verfassungsrechtliche Probleme bei hoheitlich verfasster Gerichtsbarkeit sind nicht erkennbar. Das schließt problematische Ausgestaltungen im Einzelfall natürlich nicht aus, doch sind solche aktuell nicht erkennbar.

## B. Schiedsgerichtsbarkeit

Intensiv und kontrovers wird hingegen, auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, über die im Kontext von Handelsabkommen, etwa CETA und TTIP, vorgesehenen, vor allem für investitionsschutzrechtliche Streitigkeiten zuständigen Schiedsgerichte diskutiert. Dies überrascht insofern, als es hier um ein ausgesprochen traditionsreiches Instrument geht.<sup>5</sup> Würde dieses demokratische und rechtsstaatliche Grundregeln missachten, hätte Deutschland jahrzehntelang die Verfassung gebrochen. Die hohen Summen, um die vor dieser Gerichtsbarkeit gestritten wird, sind

1 So auch *Ohler*, Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 344.

2 Instruktiv die Anmerkung von *Fastenrath* zu BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, JZ 2016, 637ff.

3 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 24, Rn. 101.

4 *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

5 Dazu etwa *Miles*, The Origins of International Investment Law, 2013.

jedenfalls nichts Neues – schon in den 60er und 70er Jahren haben Schiedssprüche hohe Zahlungsverpflichtungen begründet. Damals ging es allerdings im Regelfall um echte Enteignungen, etwa der Öl fördernden Industrie in Nordafrika und dem Nahen Osten. Heutzutage hingegen werden entsprechende Forderungen zum Teil auch mit Hinweis auf Maßnahmen der allgemeinen Sozial-, Gesundheits- oder Umweltpolitik begründet und zum Gegenstand entsprechender Verfahren gemacht.<sup>6</sup>

Im Einzelnen ist angesichts der eingangs betonten Begrenzung der Geltung des Grundgesetzes auf die Regelung des innerstaatlichen Rechtsraumes zunächst zu fragen, ob die vorgenannten verfassungsrechtlichen Grundsätze im vorliegenden Kontext überhaupt zum Tragen kommen, und wenn ja, mit welchem Gehalt. Zweitens ist dann zu erörtern, wie in diesem Lichte die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu beurteilen ist. Beides soll zunächst mit Blick auf das Demokratie- und dann das Rechtsstaatsprinzip untersucht werden.

## I. Zu den grundlegenden verfassungsrechtlichen Prinzipien

### 1. Zur demokratischen Legitimation

#### a) Anwendbarkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG bedarf „jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ demokratischer Legitimation.<sup>7</sup> Die hier in Rede stehenden Schiedsgerichte agieren im Grundsatz jedoch nicht amtlich. Das ist ja gerade einer der zentralen gegen sie vorgebrachten Kritikpunkte. Allerdings reicht dies nicht aus, um sie von verfassungsrechtlichen Bindungen völlig freizustellen, abgesehen davon, dass im Fall CETA ohnehin eine nicht unerhebliche Institutionalisierung stattgefunden hat mit der Folge, dass eine direkte Anwendung verfassungsrechtlicher Vorgaben nahe liegt, soweit es um die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallenden Teile des Abkommens geht.

Dies liegt an der Wirkung von Entscheidungen der Investitionsschiedsgerichte. Die wie bei allen Gerichtsentscheidungen intendierte verbindliche Streitentscheidung gebietet die Umsetzung eines Schiedsspruchs durch die Beteiligten. Das BVerfG betont zwar wie erwähnt die Freiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, völkerrechtliche Verpflichtungen schlachtweg zu übergehen. Schiedsgerichtliche Entscheidungen sind jedoch dank des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche<sup>8</sup> in allen Vertragsstaaten vollstreck-

6 Zum Problem etwa *Steinbach*, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, *RabelsZ* 80 (2016), S. 3, 8; *Sacerdoti*, General Interests of Host States in International Investment Law, 2014; Treves u.a. (Hrsg.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, 2014.

7 BVerfGE 83, 60 (73); BVerfGE 93, 37 (68).

8 Abkommen v. 10.6.1958, BGBl. 1961 II, 122.

bar.<sup>9</sup> Der insoweit bestehende *ordre public*-Vorbehalt (Art. V Abs. 2), spielt, da es zumeist, bei CETA sogar fast nur, um Geldforderungen geht (vgl. Art. 8.39 Abs. 1), kaum eine Rolle. Und selbst wenn ein Schiedsspruch im betroffenen Staat nicht vollstreckbar ist, ist er es doch in vielen anderen Staaten der Welt. Diese erleichterte Vollstreckbarkeit macht ja Schiedsgerichte so attraktiv.<sup>10</sup> Und das ICSID-Übereinkommen über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten,<sup>11</sup> auf das im CETA-Abkommen Bezug genommen wird (Art. 8.23 Abs. 2 lit. a und b), enthält sogar nicht einmal diesen Vorbehalt (Art. 52); vielmehr kann sofort vollstreckt werden (Art. 54; vgl. auch Art. 8.41 Abs. 6 CETA).<sup>12</sup>

Verpflichtet aber wie hier ein Schiedsspruch die hoheitliche Gewalt und damit eine unstreitig demokratische Legitimation erheischende Stelle und ist dieser Spruch auch effektiv durchsetzbar, so dass sich Deutschland dem nicht faktisch durch eine abweichende innerstaatliche Entscheidung entziehen kann, ist das demokratische Legitimationserfordernis auch auf solche Stellen zu erstrecken, die selbst nicht amtlich handeln, aber ein bestimmtes amtliches Handeln erzwingen können. Nur dann wird gewährleistet, dass sich das auf eine solche Entscheidung hin erfolgende amtliche Handeln „auf den Willen des Volkes zurückführen lässt und ihm gegenüber verantwortet werden“<sup>13</sup> kann. Das Demokratieprinzip will ja kein rein formales Zurechnungssystem etablieren, sondern dem Volk und seinen Vertretern einen realen Einfluss sichern.<sup>14</sup>

### b) Inhalt des Legitimationsprinzips

Ist also eine demokratische Legitimation auch von Schiedsgerichten erforderlich, ist zu fragen, ob und wie diese hergestellt werden kann. Die allgemeinen Grundsätze sind insoweit bekannt: Benötigt werden institutionelle, sachliche und personelle Legitimation.<sup>15</sup> Im Klartext: Die Institution muss mit ihrer einschlägigen Aufgabe als solche vorgesehen sein, es müssen die Maßstäbe des Handelns der Institution durch das Parlament oder eine von ihm legitimierte Stelle bestimmt sein, und es müssen die handelnden Akteure als Personen ihre Bestellung auf ihrerseits demokratisch legitimierte Personen, letztlich das Parlament zurückführen können. Insgesamt muss auf diese Weise ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht werden. Wann dies der Fall ist, kann aber nicht im luftleeren Raum beantwortet werden, sondern nur nach Maßgabe des sachlichen und des verfassungsrechtlichen Kontexts. Es sind also die Struktur der zu erfüllenden Aufgabe sowie andere Verfassungsentscheidungen mit zu berücksich-

9 Zur Vollstreckung *Kröll*, Enforcement of Awards, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), International Investment Law, 2015, S. 1482, Rn. 18 ff.

10 *Reinisch*, Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 18, Rn. 25.

11 Abkommen v. 18.3.1965, BGBl. 1969 II, 371.

12 Zu Einzelheiten *Steinbach*, (Fn. 6), S. 27 ff.; *Kröll*, (Fn. 9), Rn. 40 ff.

13 BVerfGE 83, 60 (73); BVerfGE 93, 37 (68).

14 So auch *Steinbach*, (Fn. 6), S. 11; im Ergebnis ähnlich *Ohler*, (Fn. 1), S. 344.

15 BVerfGE 83, 60 (73); BVerfGE 93, 37 (68); klassisch dazu *Böckenförde*, Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 14 ff.

tigen, hier insbesondere die Rechtsstaatlichkeit und die schon erwähnte „Verfassungsentscheidung für die internationale Zusammenarbeit“.<sup>16</sup>

Diese Notwendigkeit zur Berücksichtigung anderer Verfassungsprinzipien zeigt sich schon im normalen staatlichen Bereich, konkret der Justiz. Zur sachlichen Legitimation gilt: Gesetzliche Normen sind offen, und passen sie in einem Fall nicht, können sie gegebenenfalls fortgebildet werden – die entsprechende Befugnis ist im Gerichtsverfassungsgesetz (§ 132 Abs. 4) und den anderen Prozessordnungen ausdrücklich vorgesehen.<sup>17</sup> Personell werden Richter nach Leistung und im Grundsatz auf Lebenszeit angestellt, zugleich sind sie unabhängig und grundsätzlich unersetzbar (Art. 97 GG). Sachliche und personelle Legitimation sind also gleichermaßen schwach ausgeprägt, obwohl es sich bei der Justiz um die Staatsgewalt mit dem letzten Wort handelt. Nun ist die erwähnte Legitimationsdogmatik ohnehin vor allem mit Blick auf die Verwaltung entfaltet worden und passt auf die Justiz nur begrenzt.<sup>18</sup> Erklären kann man das nur mit universell anerkannten Grundsätzen rechtsstaatlicher Justiz. Die rechtsstaatlichen Anforderungen begrenzen also die aus dem Demokratieprinzip herzuleitenden Anforderungen. Und im Kontext der hier zu beurteilenden Investitionsschiedsgerichtsbarkeit heißt das vor allem, dass auch Gesichtspunkte mit in die Betrachtung einfließen können, die sich aus der inneren Funktionalität dieser Form der Entscheidung internationaler Konflikte ergeben.

## 2. Zur Rechtsstaatlichkeit

Mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeit gilt im Ausgangspunkt nichts anderes als für die Demokratie: auf eine nichtdeutsche Institution sind deren Grundsätze unmittelbar nicht anwendbar. Insbesondere enthält entgegen einem gelegentlich üblichen Sprachgebrauch Art. 92 GG kein „Rechtsprechungsmonopol“ des Staates. Ein Monopol für Rechtsprechung hat die Justiz nur innerhalb des Staatsapparates; nicht-staatliche Streitentscheidungsmechanismen liegen außerhalb des Anwendungsbereiches der Norm.<sup>19</sup> Soll die Bindung an Schiedssprüche demokratisch legitimiert sein, wie das nach dem soeben Ausgeföhrten erforderlich ist, muss sie sich jedoch als sachgerechtes Instrument zur Konkretisierung rechtlicher Bindungen darstellen. So gesehen kommen auch hier indirekt verfassungsrechtliche Grundsätze zum Tragen.

Ein prinzipiell negatives Verdikt in Sachen Schiedsgerichtsbarkeit ist aber auch auf dieser Grundlage nicht möglich. Elementare Verfahrensgrundsätze wie rechtliches Gehör und Ähnliches können sie gleichfalls gewährleisten. Und persönliche Integrität der Richter vorausgesetzt, ist auch der Bestellungsmodus nicht per se zu beanstanden. Da die Richter jeweils nur einen Fall zu klären haben und beruflich ohnehin anders abgesichert sind, sind sie auch nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie Berufs-

16 Näher dazu *Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, S. 37 ff.

17 Dazu etwa BVerfGE 34, 269 (287 f.).

18 *Rennert*, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529 ff.; *Voßkuble/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff.

19 *Classen*, (Fn. 3), Art. 92, Rn. 41.

richter; eine „planmäßige“ Anstellung, von der Art. 97 Abs. 2 GG spricht, macht im hiesigen Kontext keinen Sinn.

## II. Konsequenzen für die Zulässigkeit der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

### 1. Die sachliche Legitimation

Nun etwas konkreter speziell zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Deren demokratische Legitimation ist sicher eher prekär. Sachlich stützt sie sich auf das jeweilige Investitionsschutzabkommen. Dieses soll jeweils eine faire Behandlung der ausländischen Investoren sicherstellen, ohne dass absehbar ist, welche Sachverhalte konkret erfasst sein werden. Die Investoren müssen sich auf ein fremdes Rechtssystem einlassen, an dessen politischer Legitimation sie nicht mitwirken können. Deren Bedürfnisse können nur durch recht weit gefasste und damit zugleich auch offen formulierte Abkommen befriedigt werden.

Typisch sind in diesem Zusammenhang zunächst einige insoweit eher unproblematische Verpflichtungen, die Grundsätze der Inländergleichbehandlung, der Meistbegünstigung, der Gewährleistung vollen Schutzes und voller Sicherheit gegenüber Übergriffen Privater sowie Transfermöglichkeiten von Kapital und Gewinn. Zwei andere Grundsätze lösen dagegen immer wieder wegen ihrer Offenheit Diskussionen aus: das Gebot einer „fairen und gerechten Behandlung“ sowie das Gebot, bei einer Enteignung Entschädigung zu zahlen.<sup>20</sup> Dabei werden als Enteignungen nicht nur die eher seltenen und nach Art. 14 Abs. 3 GG ebenfalls entschädigungspflichtigen formellen Enteignungen angesehen, sondern im Regelfall, zum Teil sogar ausdrücklich, auch sogenannte de-facto-Enteignungen.<sup>21</sup> Hierunter versteht man Maßnahmen, die in ihrer Wirkung – nach Auffassung der Richter – einer Enteignung gleichkommen. Hierzu kann auch ein sachlich nicht gerechtfertigter Entzug einer Betriebsgenehmigung für eine Anlage zählen. Allerdings verwendet der EGMR den gleichen Enteignungsbegriff, und daraus haben sich bisher keine substantiellen Probleme ergeben.<sup>22</sup> Und im CETA-Abkommen wurden die vorgenannten Grundsätze zudem noch einmal substantiell konkretisiert.<sup>23</sup>

### 2. Die personelle Legitimation

Mit Blick auf die personelle Legitimation dürfte die traditionelle Struktur der Schiedsgerichte bekannt sein: regelmäßig besteht sie aus drei Richtern, von denen jede Seite einen benennt. Für den dritten gibt es dann unterschiedliche Bestellungsmodi: beide Parteien, beide bereits ernannten Richter, oder eine neutrale Instanz entscheiden.

20 Dazu die Beiträge in Bungenberg u.a., (Fn. 9), Kap. 8; *de Nanteuil*, Droit international de l’investissement, 2014, Rn. 669 ff.

21 Kriebaum, Expropriation, in: Bungenberg u.a., (Fn. 9), S. 959, Rn. 31 ff.

22 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 25, Rn. 12.

23 Ohler, (Fn. 1), S. 341.

CETA hat diesen Modus etwas modifiziert (Art. 8.27), doch bleibt es auch hier bei einer parteienbezogenen Legitimation. Dass die EU-Mitgliedstaaten insoweit keine Rolle spielen, ist angesichts der (allenfalls) marginalen nationalen Kompetenzen, die von CETA berührt werden, plausibel.

Im Lichte der herkömmlichen Legitimationsdogmatik ergibt sich: Der eine Richter, nämlich der vom eigenen Staat benannte, ist problemlos, eher sogar: beängstigend gut demokratisch legitimiert, nämlich in einer Weise, die rechtsstaatlich auf den ersten Blick starke Zweifel weckt, sollen Richter doch von beiden Parteien unabhängig sein. Das ist hier nicht der Fall, wird der Richter doch nur für einen Fall und nur von einer Seite benannt. Der andere Richter hingegen wird vom Investor benannt, ist also als solcher aus deutscher oder auch europäischer Perspektive gar nicht demokratisch legitimiert. Und beim dritten Richter hängt alles vom Bestellungsmodus ab. Dieser wird zumeist so geregelt, dass die Bestellung entweder von den beiden anderen Richtern oder durch eine im Vertrag vorgesehene Stelle vorgenommen wird. In beiden Fällen kann die Legitimation auch auf eine nationale Entscheidung zurückgeführt werden.

Auf den ersten Blick ist das alles sicher ungewöhnlich. In der Sache aber ist das Modell leicht erklärlich: Es geht darum, den institutionellen Rahmen für eine Streitentscheidung zwischen zwei Hoheitsträgern bzw. diesen zugeordneten Privaten zu organisieren. Die Vorstellung, die Richter eines für solche Aufgaben berufenen Gerichts müssten durchgängig unter Rückbezug auf das deutsche Volk legitimiert sein, ist daher bereits im Ansatz verfehlt; sie missachtet die elementaren Funktionsmechanismen (materiell) zwischenstaatlicher Streitentscheidung. Diskutabel ist ein Verfassungsverstoß nur, wenn an der Personalauswahl zwar alle anderen betroffenen Akteure, aber nicht Deutschland beteiligt wäre,<sup>24</sup> oder in ähnlichen Fallgestaltungen.

Jede Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist in einem völkerrechtlichen Vertrag verankert. Würden die beiden beteiligten Staaten ein Gericht zur Entscheidung von Konflikten zwischen den Vertragsparteien vorsehen, wäre dies im Grundsatz völlig unproblematisch. Die Tatsache, dass auf der anderen Seite nicht ebenfalls ein Staat, sondern ein anderer Kläger, nämlich ein – wenn auch dem anderen Staat zugehöriger – Investor auftritt, kann dann schon prinzipiell keine Veränderung des verfassungsrechtlichen Maßstabs begründen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Ansprüche, über die zu entscheiden ist, völkerrechtlich weiterhin solche des Staates sind. Es wird allein die herkömmliche Mediatisierung des ausländischen Investors durch seinen Heimatstaat durchbrochen, um die genuin zwischenstaatlichen Beziehungen nicht mit Problemen, die letztlich die Rechte eines Privaten betreffen, zu belasten. So gesehen ist die Struktur der personellen Legitimation nicht etwa problematisch, sondern genau im Gegenteil durchaus funktionsadäquat. Andernfalls müsste man wohl etwa auch die EMRK und die Unterwerfung Deutschlands unter den EGMR als verfassungswidrig qualifizieren.

<sup>24</sup> In BVerfGE 89, 155 (183) wird selbst (für den hier nicht einschlägigen Fall des Art. 24 Abs. 1 GG) auch nur eine gleichberechtigte Mitwirkung verlangt.

### 3. Rechtsstaatliche Rechtfertigungen

Zugleich aber sind aus rechtsstaatlicher Sicht einige Spezifika der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu beachten. Zum einen: so untadelig die deutsche Gerichtsbarkeit auch sein mag, ein Problem hat sie immer: Materiell gelten die deutschen Grundrechte für ausländische Investoren, soweit sie wie fast immer juristische Personen sind, nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht, und zugleich ist damit auch der Weg zum BVerfG versperrt. Mit anderen Worten: ausländische Investoren können die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen gar nicht in Frage stellen. Dies wirft nicht nur ein politisches, sondern auch ein rechtliches Problem auf, gewährleisten doch die meisten Investitionsschutzabkommen als Elementarprinzip den Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Und entstehungsgeschichtlich sollte Art. 19 Abs. 3 GG nicht prinzipiell inländische Unternehmen besser als ausländische Unternehmen stellen, sondern schlicht den für die Außenpolitik zuständigen Organen einen fremdenrechtlichen Handlungsspielraum verschaffen.<sup>25</sup> Den müssen sie dann aber auch nutzen können. In diesem Kontext erscheint der Rückgriff auf Schiedsgerichte sogar als einziger Weg, Inländergleichbehandlung zu ermöglichen.

Zum anderen tritt bei Streitigkeiten mit einem ausländischen Investor das Problem auf, dass ein staatliches Gericht regelmäßig zu einer Partei gehört, nämlich zum Staat, der die umstrittene Maßnahme erlassen hat. Es läuft so gesehen Gefahr, als institutionell „befangen“ angesehen zu werden. Dabei kommt es nicht auf die tatsächliche Befangenheit an, sondern den entsprechenden Anschein: „*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*“.<sup>26</sup> Über Schiedsgerichtsklauseln wird nun ein Gericht kreiert, das institutionell keiner der beiden Seiten stärker als der anderen verbunden ist und damit – aus Sicht eines Unternehmens – bessere Garantien bietet als ein hoheitliches Gericht.

Dem halten manche die rechtsstaatliche Qualität der deutschen Gerichte entgegen; der dargestellte Gedanke sei allenfalls bei Verträgen mit Staaten plausibel, die nicht über eine rechtsstaatliche Justiz verfügen. Unabhängig davon, ob die Sorgen im Übrigen tatsächlich so unbegründet sind, ist zu bedenken: Investitionsschutzabkommen sind ein Standardgeschäft. Wer nun zwei unterschiedliche Standards etablieren will, nämlich Verträge mit Staaten mit leistungsfähiger und solchen mit weniger leistungsfähiger Justiz, wird Probleme haben, diese durchzusetzen, stellt dann doch ein Vertrag mit Schiedsklausel zumindest einer Vertragspartei offenkundig ein vom betreffenden Staat sogar mit zu verantwortendes schlechtes Zeugnis aus – keine sehr realistische und überzeugende Perspektive.

25 Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, (Fn. 3), Art. 19, Rn. 295.

26 So eine klassische Regel des englischen Rechts, die der EGMR im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK vielfach betont hat: EGMR, Nr. 2689/65, *Delcourt*, Rn. 31; EGMR, Nr. 8692/79, *Piersack*, Rn. 30; EGMR, Nr. 7819/77 und 7878/77, *Campbell and Fell*, Rn. 85; EGMR, Nr. 8790/79, *Sramek*, Rn. 42; EGMR, Nr. 11179/84, *Langborger*, Rn. 35; EGMR, Nr. 15651/89, *Saraiva de Carvalho*, Rn. 33.

Hinzu kommt schließlich der ganz praktische, oben schon erwähnte Gesichtspunkt, dass schiedsgerichtliche Sprüche regelmäßig auch international durchsetzbar sind; für staatliche Urteile hingegen bestehen vergleichbare Regelungen nicht.

### C. Fazit

Am Ende dieser sicher zu knappen Ausführungen steht ein doppeltes Fazit. Zum einen wirft herkömmlich organisierte Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sicher Fragen auf. Diese betreffen zunächst die im nationalen Gerichtsverfahren zur demokratischen Legitimation beitragende, hier aber traditionell entfallende Öffentlichkeit und die damit ermöglichte Kontrolle der gerichtlichen Verfahren. Nun spielen im Investitionsrecht sicher auch legitime Gesichtspunkte eine Rolle, die einen gewissen Geheimnisschutz rechtfertigen, die im Übrigen auch in staatlichen Gerichtsverfahren zum Tragen kommen könnten. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass in die Regeln der internationalen Schiedsverfahren insofern Bewegung gekommen ist, als seit einiger Zeit für den Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eine gewisse Transparenz eingefordert wird. Die UNCITRAL etwa hat ihre entsprechenden Regeln mittlerweile dahingehend geändert.<sup>27</sup>

Die Offenheit der entsprechenden Regelungen wurde bereits erwähnt. Immerhin werden zunehmend Regelungen zwecks Sicherung einer nachhaltigen Entwicklung, etwa in den Bereichen Gesundheit, Umwelt und Arbeitnehmerrechte, vorgesehen und so entsprechende Maßnahmen ausdrücklich legitimiert; eine Subsumtion unter den Enteignungsbegriff wird so unmöglich gemacht. Außerdem kann Rechtsprechung überzeugend nur arbeiten, wenn sie in ein Gesamtsystem eingebunden ist. Rechtsfindung ist eine komplexe Angelegenheit; sie gelingt wesentlich überzeugender, wenn sie in institutionelle Strukturen eingebunden ist, die auch für eine gewisse Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sorgen. Dies ist bei der staatlichen Gerichtsbarkeit durch den überall auf der Welt vorhandenen Instanzenweg gewährleistet, hier dagegen fehlt er.

In jedem Fall sind dies alles Punkte, bei denen man Verbesserungen zum Gegenstand von Verhandlungen machen sollte.<sup>28</sup> Bei CETA ist dies ja in allen drei Punkten auch substantiell geglückt. Sie führen aber nicht dazu, dass Schiedsgerichte in Investitionsstreitigkeiten als verfassungswidrig anzusehen sind. Die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionssachen ist ein international langjährig etabliertes Instrument. Zudem ist sie in ihren Eigenarten nicht allein durch Deutschland zu beeinflussen, und sie findet ihre Rechtfertigung in den besonderen Rahmenbedingungen internationalen Investitionsschutzes. Sie mit Hinweis auf das sehr offene Verfassungsprinzip der Demokratie in Frage zu stellen, bedeutet, dass die Bundesrepublik im Investitionsschutz handlungsunfähig wird. Sie würde dies gerade auch im Verhältnis zu Staaten, die in Sachen Demokratie eine wesentlich längere und vor allem ungebrochene Tradition aufweisen.

27 Steinbach, (Fn. 6), S. 6.

28 Dazu Clasen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S. 616; Steinbach, (Fn. 6), S. 29 ff.

Und bezogen auf die Rechtsstaatlichkeit ist die Lage zwar insofern anders, als Deutschland hier in der Tat eine spezifische Tradition aufweist. Aber zum einen sind die Probleme nicht so schwerwiegend. Zum anderen ist das Grundproblem, die Sicherung fairer Rechtsprechung, international das gleiche wie auf nationaler Ebene. Vor allem aber sollte sich Deutschland davor hüten, mit Hinweis auf national unabänderliche Verfassungsprinzipien in Sachen Verfassungsstaatlichkeit international als Lehrmeister aufzutreten.