

3. Teil:

Die Haftung der Dritten Gewalt im geltenden Recht (Deutsches Recht – Unionsrecht – Völkerrecht)

§ 8: Die Haftung der Dritten Gewalt im deutschen Recht

Das deutsche Recht kennt weder auf der Ebene der Verfassung noch auf der einfachgesetzlichen Ebene eine ausdrückliche »Richterhaftung«. Vorhandene Regelungen haben sich eher auf eine haftungsrechtliche Abschirmung der Dritten Gewalt konzentriert (§ 839 Abs. 2 BGB) oder aber eine Haftung auf ein absolutes Minimum (§ 1 StrEG) begrenzt. Das ist schon deshalb bemerkenswert, weil insbesondere Art. 34 GG keine Haftungsprivilegien oder -begrenzungen für die Dritte Gewalt vorsieht.¹ Art. 34 GG verkörpert allerdings keine Anspruchsgrundlage für eine Haftung der Dritten Gewalt, sondern setzt eine solche voraus.² Gleichwohl zeigt Art. 34 GG, dass das Grundgesetz neben der Rechtsbindung der Richter offen für weitere Formen der richterlichen Verantwortlichkeit ist. Dies wirft die Frage auf, welche Maßstäbe die Verfassung für eine Haftung der Dritten Gewalt bzw. für weitere Formen der richterlichen Verantwortlichkeit enthält (dazu A.).

Sucht man im Lichte dieser Maßstäbe nach möglichen Anspruchsgrundlagen für eine Haftung der Dritten Gewalt (dazu B.), so ist zunächst auf den tradierten Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB zurückzugreifen. Auch wenn der Anwendungsbereich dieser Vorschrift im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit und Rechtssicherheit maßgeblich durch § 839 Abs. 2 BGB beschränkt wird, lassen sich verschiedene Konstellationen herausarbeiten, in denen eine Haftung der Dritten Gewalt bereits in Betracht kommt. Darüber hinaus kann eine Haftung der Dritten Gewalt auch auf andere »etablierte« Anspruchsgrundlagen des deutschen Staatshaftungsrechts gestützt werden, wie etwa auf Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff. Doch auch hier greifen in der Regel richterrechtlich geschaffene Haftungsbeschränkungen.³ Zusätzlich gibt es spezialgesetzlich geregelte Haftungsansprüche, wie § 198 GVG für überlange Gerichtsverfahren (dazu C. II.) oder § 1 StrEG, der ausdrücklich eine Haftung der Dritten Gewalt für die Folgen

1 J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 33; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL. 2021, Art. 34, Rn. 11 f.

2 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 11 ff.

3 S. nur BGH v. 11.01.2007 – III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 – Staatshaftung bei verzögerter Antragsbearbeitung (hier zum enteignungsgleichen Eingriff); BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14 – Amtshaftung wegen überlanger Verfahrensdauer (hier zum allgemeinen Aufopferungsanspruch); zu beachten ist hier freilich, dass die Privilegierung des § 839 Abs. 2 BGB in aller Regel eine Ausstrahlungswirkung entfaltet, s. etwa für den Aufopferungsanspruch BGHZ 50, 14 (19 ff.); C.-F. Menger/H.-U. Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 59 (1968), S. 366 ff. (386 f.).

einer strafrechtlichen Verurteilung ermöglicht, die im Wiederaufnahmeverfahren fortfällt oder gemildert wird (dazu C. VII.).⁴

A. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Haftung der Dritten Gewalt

Eine Haftung der Dritten Gewalt wirft eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragen auf. Lässt sich eine solche Haftung verfassungsunmittelbar aus Art. 34 GG begründen, oder geht das GG im Gegenteil davon aus, dass eine solche Haftung nicht möglich ist? Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang das Rechtsstaatsprinzip, das für das Institut der Staatshaftung eine erhebliche Prägekraft entfaltet, und die Grundrechte? Der verfassungsrechtliche Rahmen, so wird schon anhand dieser Fragen deutlich, kann für die Frage, ob es eine solche Haftung geben kann, ebenso von Bedeutung sein wie für die Frage, ob der Weiterentwicklung einer solchen Haftungsverantwortlichkeit verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind.

Auffällig ist, dass sowohl die früheren deutschen Verfassungsurkunden als auch das Grundgesetz Fragen der Amtshaftung (bzw. allgemeiner: der Staatshaftung) nur fragmentarisch behandeln. Mit Art. 34 GG kennt das Grundgesetz zwar eine eigenständige Vorschrift, die sich ausweislich ihrer nicht amtlichen Überschrift auf die »Haftung bei Amtspflichtverletzung« bezieht.⁵ Doch schon diese Überschrift deutet darauf hin, dass Art. 34 GG nicht etwa einen allgemeinen Rahmen für die Staatshaftung in der Bundesrepublik verkörpert, sondern sachlich beschränkt ist. Für den verfassungsrechtlichen Maßstab einer Haftung der Dritten Gewalt sind daher neben Art. 34 GG weitere Garantien des Grundgesetzes relevant, wie etwa die allgemeine Bindung des Richters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) bzw. an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG), die allgemeine Stellung der Dritten Gewalt im Gefüge des GG (Art. 92 ff. GG) sowie die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit. Insbesondere letztere steht einer Haftung der Dritten Gewalt scheinbar diametral entgegen. Schließlich wird der äußere Rahmen des verfassungsrechtlichen Maßstabs durch die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gebildet. Letzteres spielt für das Staatshaftungsrecht im Allgemeinen,⁶ aber auch für eine Haftung der

⁴ Dazu etwa *D. Meyer*, Strafrechtsentschädigungsgesetz, 11. Aufl. 2020, § 1, Rn. 1; *J.-G. Schätzler/K.-H. Kunz*, Strafrechtschädigungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 1, Rn. 1.

⁵ S. dazu *T. von Danwitz*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 34, Rn. 1 ff.

⁶ *H. J. Vogel*, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, 1977, und DVBl. 1978, S. 657 ff.

Dritten Gewalt im Besonderen eine wichtige Rolle, auch weil es mitunter herangezogen wird, um Ausnahmen von einer solchen Haftung zu begründen.⁷

I. Frühere verfassungsrechtliche Regelungen

Die früheren deutschen Verfassungswerke haben sich nur am Rande mit Fragen der Staatsunrechtshaftung beschäftigt. Dies bedeutet nicht, dass eine solche Haftung vollkommen unbekannt war; sie wurde aber nur in Bezug auf Entschädigungen für Eigentumsverletzungen verfassungsrechtlich (s. etwa § 164 RVerf. 1849, Art. 9 PreußVerfUrk. 1850) verankert.⁸ Der RVerf. 1849 und der PreußVerfUrk. 1850 ist aber eine Bestimmung gemein, nach der eine

»vorgängige Genehmigung der Behörden [...] nicht notwendig [ist], um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen« (§ 160 RVerf. 1849, Art. 97 PreußVerfUrk. 1850).

Hiermit wurde die Amtshaftungsklage, die sich grundsätzlich auch auf Richter beziehen konnte, zu einem verfassungsrechtlichen Normalfallszenario erklärt, wenngleich beide Verfassungswerke weder eine Garantie der Staatshaftung noch eine weitere Konkretisierung eventueller Ansprüche kannten.⁹

Dies bedeutet freilich nicht, dass es zu diesem Zeitpunkt nicht schon einfachgesetzliche Regelungen der Staatshaftung gab. In Preußen ist mit dem Allgemeinen Preussischen Landrecht, das im Übrigen auch eine Reaktion auf gefühlte oder tatsächliche Missstände im preussischen Justizwesen verkörperte,¹⁰ bereits im Jahre 1794 der allgemeine Aufopferungsanspruch kodifiziert worden (§§ 74, 75 Einl. ALR).¹¹ Diese Regelungen spielen bis heute im Staatshaftungsrecht eine gewisse Rolle. Darüber hinaus enthielt das ALR in Teil II Titel 10 §§ 88, 89 die Grundzüge eines Amtshaftungsanspruchs, der

⁷ So insbesondere der Ansatz bei M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011.

⁸ Dazu U. Scheuner, Die Garantie des Eigentums in der Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte, in: ders./E. Küng, Der Schutz des Eigentums, 1966, S. 5 (33); zur Kontinuität in Bezug auf Art. 14 GG P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, Verhandlungen des 49. DJT, Bd. II Teil T, 1972, S. T 11.

⁹ S. J. Masing, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 34, Rn. 3.

¹⁰ Als symptomatisch wird hier häufig der sog. Müller-Arnold-Fall betrachtet, dazu T. Repgen, Der Müller Arnold und die Unabhängigkeit des Richters im friderizianischen Preußen, in: U. Falk/M. Luminati/M. Schmoeckel (Hrsg.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, S. 223 ff.; M. Dießelhorst, Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen, 1984, allgemein zu den Hintergründen, die zur Schaffung des preuß. ALR führten, s. A. Schwenicke, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 13 ff., S. 69 ff.; H. Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794, 1970; R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, 1987.

¹¹ F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 126 ff.

auch auf Richter anwendbar war.¹² Allerdings hat das Preußische Obertribunal bereits 1838 entschieden, dass diese Vorschriften auf Richter im Wesentlichen nicht anzuwenden seien.¹³ Die Privilegierung war damit richterrechtlich fundiert, verfassungsrechtlich aber keineswegs geboten. Dagegen enthielt die Bismarck'sche Reichsverfassung von 1871 keine Vorschriften über eine staatliche Unrechtshaftung. Bis heute bleiben einfachgesetzliche Regelungen bzw. das Richter- und Gewohnheitsrecht für die Institute des Staatshaftungsrechts prägend. So wurde etwa die Konstruktion der mittelbaren Staatshaftung erstmals in der Reichsgrundbuchordnung von 1897 gewählt (§ 12 RG-BO)¹⁴ und mit dem Reichsbeamtenhaftungsgesetz (RBHG) vom 22. Mai 1910¹⁵ weiter ausgedehnt. Erst die Weimarer Reichsverfassung von 1919 verankerte in Art. 131 die staatliche Unrechtshaftung, allerdings wiederum »nur« als mittelbare Staatshaftung, auf der Ebene der Verfassung, ein Modell, das bis heute Bestand hat (dazu nachfolgend II.).

II. Art. 34 GG als verfassungsrechtlicher Maßstab

Eine Haftung der Dritten Gewalt stellt in aller Regel eine Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG dar. Hierbei erschöpft sich die Rolle des Art. 34 GG im Gefüge des Grundgesetzes nicht darin, eine Überleitung der Haftung nach § 839 Abs. 1 BGB auf den Staat zu ermöglichen. Die Vorschrift verkörpert eine *institutionelle Garantie der Staatshaftung*. Aus ihr folgt eine grundsätzliche Verpflichtung des Staates, Schadensersatz bei staatlichem Unrecht zu leisten. Wenn aber aus Art. 34 GG eine allgemeine staatliche Verpflichtung abgeleitet werden kann, so sind Ausnahmen von einer solchen Verpflichtung grundsätzlich begründungspflichtig und zudem restriktiv zu handhaben. Art. 34 GG kann so erheblichen Einfluss auf die Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB haben, stellt diese Vorschrift doch eine Durchbrechung der prinzipiellen Haftungsverantwortlichkeit des Staates dar.¹⁶

1. Art. 34 GG als Überleitungsnorm

Art. 34 GG leitet die Haftungsverantwortlichkeit bei Amtspflichtverletzungen, die »jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes«

12 W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 19 ff.

13 Entscheidung v. 06.03.1838, Ent. Bd. 3, S. 253 ff.

14 RGBl. S. 139.

15 RGBl. S. 798.

16 Zu den Voraussetzungen für eine solche Durchbrechung s. u., Fn. 33 u. 34.

begeht, auf den Staat über.¹⁷ Hiervon werden prinzipiell auch Amtspflichtverletzungen von Richtern erfasst.¹⁸ Die Formulierung des Art. 34 GG, die zumindest in Bezug auf den Kreis der handelnden Amtswalter (»jemand«) bewusst von der entsprechenden Vorschrift der Weimarer Reichsverfassung (Art. 131 WRV) abweicht, die insoweit ausdrücklich von »Beamten« sprach, ist vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Amtshaftung zu sehen.

Grundlage der Amtshaftung waren nicht verfassungsrechtliche Vorschriften, sondern die im 18. Jahrhundert entwickelte Mandatstheorie, die, vom römischen Recht beeinflusst, das Verhältnis zwischen Landesherrn und Staatsdiener als »gewöhnliches« Vertragsverhältnis deutete.¹⁹ Hiernach bestimmten sich die dem Landesherrn zurechenbaren Handlungen des Staatsdieners nach dem jeweiligen Mandatskontrakt. Ein Handeln außerhalb dieses Rahmens – also *contra mandatum* – war dem Landesherrn nicht zurechenbar.²⁰ Dieser Ansatz, der sich etwa in §§ 88, 89 II. Teil, 10 Titel ALR oder in § 1507 des sächsischen BGB von 1865 niederschlug, wurde in § 839 BGB aufgegriffen und durch die entsprechende Rechtsprechung weiter ausgeformt.²¹ Historisch betrachtet war die Amtshaftung also zunächst immer eine persönliche Haftung des handelnden Beamten. So führte *Lorenz von Stein* 1869 aus, dass »durchaus kein Grund denkbar, oder haltbar [sei], weshalb [der Beamte] indem [er] aus eigener Selbstbestimmung etwas Ungesetzliches verfügt, nicht wie jeder andere Staatsbürger für [seine] individuelle Ungesetzlichkeit haften solle«.²²

Dieser Ansatz wurde aber schon damals stark kritisiert,²³ was schließlich zur einfachgesetzlichen Überleitung des Anspruchs auf den Staat durch die

17 Ausführlich dazu *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 11 ff.

18 *J. Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 51; *E. Gurlit*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 30; *H.-J. Papier*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL. 2021, Art. 34, Rn. 107.

19 Dazu *M. Heidenhain*, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, S. 487 ff.

20 Ausführlich dazu *M. Heidenhain*, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichen Eingriff, 1965, S. 15 ff.

21 *M. Heidenhain*, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, S. 487 ff. (488); *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL. 2021, Art. 34, Rn. 3; allgemein zum Preussischen ALR s. *A. Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 1 ff.

22 *L. von Stein*, Die vollziehende Gewalt, Bd. I, 1, 2. Aufl. 1869, S. 369.

23 S. etwa *O. von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 743 ff. mit grundlegenden Aussagen über die Deliktsfähigkeit von Körperschaften; zur Kritik an der damals noch herrschenden Mandatstheorie s. etwa *H. Zoepfl*, Grundsätze des allgemeinen und constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 3. Aufl. 1846, S. 370 f. Anm. 6; s. auch *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 9; *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL. 2021, Art. 34, Rn. 5; *J. Masing*, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. 1, 2002 Art. 34, Rn. 4 m. jeweils w. Nachw.

RGBO und das RBHG führte (s. o.). Dem Reich fehlte aber, wie auch später dem Bund (bis 1994), eine umfassende Kompetenz, um eine reichseinheitliche öffentlich-rechtliche Staatshaftung einzuführen. Dies war nach §§ 3, 77 EGBGB vielmehr Sache der Einzelstaaten, die z. T. auch entsprechende Regelungen erließen.²⁴ Auf der Ebene des Verfassungsrechts leitete erst die WRV von 1919 die Haftung der Beamten bei einem Handeln *contra mandatum* mit Art. 131 auf den Staat über:

»Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht.«²⁵

Zwar wurde Art. 131 WRV namentlich von *Gerhard Anschütz* zunächst nur als unverbindlicher Programmsatz verstanden,²⁶ das Reichsgericht ging aber rasch dazu über, Art. 131 WRV als unmittelbar anwendbare Rechtsnorm auszulegen.²⁷ Die anfängliche Zurückhaltung bei der Auslegung des Art. 131 WRV dürfte letztlich damit zusammenhängen, dass die Vorschrift im Grundrechteteil der WRV (Art. 109 ff.) lokalisiert war. Ob aber die Grundrechte der WRV unmittelbar anwendbare Rechte darstellten, war stark umstritten.²⁸ Angestoßen durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde aber recht schnell deutlich, welche Rolle zumindest eine (mittelbare) Staatshaftung auch für das in der WRV nicht ausdrücklich verankerte Rechtsstaatsprinzip zu entfalten vermochte.²⁹

Das GG hat diesen Ansatz übernommen, wenn auch die Formulierung des Art. 34 GG von der des Art. 131 WRV in einigen Punkten abweicht.³⁰ Doch auch hier gilt: Art. 34 GG setzt eine zivilrechtliche Haftung voraus, die durch Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet wird; die haftungsbegründende Norm (in der Regel § 839 BGB) wird also durch die haftungsausfüllende Norm (Art. 34 GG) überlagert. Gleichwohl hat sich in Bezug auf die Amtshaftung

24 S. etwa Art. 60, 61 des BayAGBGB v. 09.06.1899, Beilage zum GVBl. Nr. 28, S. 1; § 1 Preuß. Beamtenhaftungsgesetz v. 01.08.1909, PrGS, S. 691; E. Gurlit, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 3.

25 S. zur Staatshaftung in der WRV etwa R. Thoma, Das System der subjektiven Rechte und Pflichten, in: G. Anschütz/ders. (Hrsg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, § 102.

26 G. Anschütz, Kommentar zur Reichsverfassung, 1921, Art. 131, Rn. 1; dazu auch C. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 283; U. Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 383 ff.

27 S. nur RG v. 29.04.1921 - Rep. III. 373/20, RGZ 102, 166 (168); RG v. 31.01.1922 - III 608/21, RGZ 103, 429 (430); RG v. 20.02.1923 - III 117/22, RGZ 106, 34 (35); J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 5.

28 S. zu den Grundrechten in der WRV C. Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 272 ff.

29 Dazu W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 321; zur Geltung des Rechtsstaatsprinzips unter der WRV s. E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 15.

30 J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 7 ff.

nach und nach die Betrachtungsweise herausgebildet, dass beide Normen zusammen eine Anspruchsgrundlage verkörpern.³¹

Es kann nicht verwundern, dass die nur historisch erklärbare Kombination aus zivilrechtlicher Haftungsbegründung und öffentlich-rechtlicher Haftungsübernahme gerade hinsichtlich einer Haftung der Dritten Gewalt besondere Probleme verursacht, müssen doch in der Person des Richters alle Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB erfüllt sein; letztlich hat auch diese Konstruktion dazu geführt, dass die Privilegierung des § 839 Abs. 2 BGB geschaffen wurde. Insoweit ist die Frage, welchen Stellenwert eine solche Privilegierung in einem System der unmittelbaren Staatshaftung hätte, von einigem Interesse.

2. Art. 34 GG als verfassungsrechtliche Garantie der Staatshaftung

Jenseits seiner rechtstechnischen Funktion als haftungsüberleitende bzw. -ausfüllende Norm verkörpert Art. 34 GG zudem eine institutionelle Garantie der Staatshaftung.³² Der Staat muss gem. Art. 34 S. 1 GG von Verfassungen wegen für das von seinen Amtsträgern bei Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Unrecht haften.³³ Eine solche Klassifizierung des Art. 34 GG hat insbesondere zur Folge, dass Haftungsausschlüsse sowie Haftungsbeschränkungen nur als Ausnahmen und aufgrund eines formellen Gesetzes zulässig sind.³⁴ In diesem Lichte ist auch § 839 Abs. 2 BGB zu sehen.

Gegen diese Deutung des Art. 34 GG als Institutsgarantie wird teilweise eingewandt, dass schon der Wortlaut des Art. 34 S. 1 GG nichts für eine solche Auslegung der Vorschrift hergebe. Die Formulierung des Art. 34 S. 1 GG, wonach die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat treffe, beziehe sich nicht auf die grundsätzliche Verpflichtung des Staates, bei staatlich verursachtem Unrecht zu haften, sondern nur auf die Überleitung einer entsprechenden Haftung.³⁵ Art. 34 GG verkörpere lediglich eine Mindestgarantie,

31 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 11: »Beide Vorschriften müssen zusammen gelesen werden.«; s. auch H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 26, Rn. 7.

32 S. BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (198) – Staatshaftungsgesetz; H.-J. Papier/E. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 13; U. Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 383 ff.

33 H.-J. Papier/E. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 13.

34 Ebenda.

35 J. Masing, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 34, Rn. 14; J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 33.

die nicht unterschritten, wohl aber überschritten werden dürfe.³⁶ Dem Staat stehe es aber frei – diesbezüglich besteht Einigkeit – die mittelbare Staatshaftung durch einfachgesetzliche Regelung in eine unmittelbare Haftung abzuändern. Mit anderen Worten: Die zweigleisige Konstruktion der Amtshaftung, das Ineinanderfließen von zivilrechtlicher Haftungs begründung und öffentlich-rechtlicher Haftungsausfüllung, ist verfassungsrechtlich keineswegs geboten und könnte zugunsten einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen, unmittelbaren Staatsunrechtshaftung aufgehoben werden.³⁷ Praktisch liefe dies auf eine Neuformulierung des § 839 BGB hinaus, wenn nicht gar auf seine Streichung und die damit einhergehende Verabschiedung eines neuen Staatshaftungsgesetzes, für das der Bund mit Art. 74 Nr. 25 GG seit 1994³⁸ unzweifelhaft die Kompetenz besitzt.³⁹

Die Frage, ob Art. 34 GG eine institutionelle Garantie verkörpert, ist in erster Linie für Durchbrechungen des in Art. 34 GG niedergelegten Grundsatzes der Staatsunrechtshaftung sowie für eine umfassende Reform des deutschen Staatshaftungsrechts von Bedeutung. Zu bedenken ist hier, dass Art. 34 GG schon seinem Wortlaut nach Raum für Ausnahmen belässt (»grundsätzlich«), die aber rechtfertigungsbedürftig sind.⁴⁰ Kann bei einer solchen Anlage der Norm dennoch von einer institutionellen Garantie gesprochen werden?

Die institutionelle Garantie, eine Figur, die von der Weimarer Staatsrechtslehre entwickelt wurde, um Defizite der Reichsverfassung auszugleichen,⁴¹ ist in ihren rechtlichen Wirkungen nur schwer auf einen Nenner zu bringen.⁴² Gewiss ist aber, dass, soweit das GG eine institutionelle Garantie für eine Einrichtung enthält, der Staat gehindert ist, diese Einrichtung vollkommen abzuschaffen.⁴³ Weitere institutionelle Garantien des GG bestätigen diesen Kerngehalt, wie z. B. die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

36 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 – Staatshaftungsgesetz; S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 3.

37 H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 14.

38 Änderungsgesetz v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

39 Zu den entsprechenden Szenarien E. Gurlit, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 21.

40 Dazu BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (199) – Staatshaftungsgesetz; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 240.

41 Dazu insbesondere C. Schmitt, Freiheitsrecht und institutionelle Garantien in der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl. 1985, S. 140 ff.

42 Zur Dogmatik unter dem GG siehe K. Waechter, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, DV 29 (1996), S. 47 ff.

43 U. Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 405 ff.

(Art. 28 GG) oder die Garantie des Berufsbeamtentums (Art. 33 GG).⁴⁴ Letztlich dürfte die Diskussion, ob Art. 34 GG eine institutionelle Garantie darstellt, zunächst eine Diskussion über Begrifflichkeiten, insbesondere über die Bedeutung von institutionellen Garantien überhaupt darstellen, denn in der Sache ist unbestritten, dass der Gesetzgeber das heutige System der Amtshaftung abändern könnte, nach verbreiteter Ansicht gar abändern müsste.⁴⁵

Versteht man unter einer institutionellen Garantie eine totale Veränderungssperre für den verfassungsrechtlichen *Status quo*, so ließe sich in der Tat behaupten, das zweigleisige System der Amtshaftung sei verfassungsrechtlich unabänderbar. Soweit man den Begriff der institutionellen Garantie dagegen weiter auslegt, spricht nichts dagegen, hierunter auch Art. 34 GG zu fassen. Sicher ist jedenfalls, dass dem GG mit Art. 34 die Vorstellung zugrunde liegt, dass der Staat – in welcher Form auch immer – für Amtspflichtverletzungen seiner Bediensteten einzustehen hat.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ausnahmen

Aus Art. 34 GG folgt zunächst, dass eine solche Haftung im Falle judikativer Amtspflichtverletzungen nicht *a priori* ausgeschlossen ist bzw. werden darf. Soweit § 839 Abs. 2 BGB eine Ausnahme von einer solchen Haftung statuiert, ist diese Ausnahme im Lichte der Verfassung eng auszulegen.⁴⁶ Zudem schränkt Art. 34 GG die Möglichkeit des Gesetzgebers ein, weitere Ausnahmen von der Amtshaftung zu etablieren; vielmehr ist insbesondere mit Blick auf das sog. »Verweisungsprivileg« des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB eine Tendenz dahingehend zu beobachten, dass Ausnahmen immer restriktiver gehandhabt werden;⁴⁷ der BGH hat in der Vergangenheit gar erwogen, § 839 Abs. 1 S. 2 BGB überhaupt nicht mehr anzuwenden, soweit die in Frage stehende Amtspflichtverletzung gleichzeitig auch die Voraussetzungen des § 823 BGB er-

44 Ausführlich dazu E. Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, 1979.

45 Zur Reformnotwendigkeit s. E. Gurlit, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 80; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 737 ff.

46 S. dazu BGH v. 21.05.1987 – III ZR 25/86, NJW 1988, 129; eingehend zu den Ausnahmebereichen, die z. T. spezialgesetzlich geregelt sind, etwa G. Galke, Die Beschränkung der Staatshaftung nach Art. 34 GG in der Rechtsprechung des BGH, DÖV 1992, S. 53 ff.

47 Ausführlich dazu F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 82 ff.; K. Nüßgens, Zur Rechtsfortbildung bei § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB (Verweisungsklausel), in: FS Willi Geiger, 1989, S. 456 ff.; J. Stangl, Die Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB und ihre Bedeutung für den Amtshaftungsanspruch, 1994; s. auch P. Reinert, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 61. Aufl. 2022, § 839, Rn. 89; H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839, Rn. 54 ff. m. w. Nachw. aus der Rspr.

füllt.⁴⁸ Obwohl der BGH diesen Ansatz nicht weiter verfolgte, wurden doch zahlreiche Ausnahmen vom Verweisungsprivileg etabliert.

Ausnahmen vom Grundsatz der Staatsunrechtshaftung müssen stets sachgerechte Erwägungen zugrunde liegen, und sie dürfen den Kernbereich des Art. 34 GG nicht antasten.⁴⁹ Sie müssen mithin die Institution der Staatshaftung als solche respektieren; es kann sie lediglich für »Randzonen und nur bereichsspezifisch« geben.⁵⁰ Überdies haben sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen⁵¹ und müssen zumindest in Form eines formellen Gesetzes (oder als Rechtsverordnung bei entsprechender gesetzlicher Grundlage) niedergelegt sein.⁵²

Bislang wurden die einfachgesetzlichen Ausnahmen von der Haftung, wie etwa das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB oder der Ausschlussgrund der Rechtsmittelversäumung stets als verfassungsrechtlich gerechtfertigt angesehen, wenn auch z. T. scharfe Kritik hinsichtlich einzelner Fragen geäußert wurde.⁵³ Sie unterliegen gleichwohl den genannten Voraussetzungen, denn sie führen nicht nur dazu, dass die Haftung nicht auf den Staat übergeleitet wird, sondern auch dazu, dass ein Anspruch gegen den entsprechenden Amtswalter gar nicht erst entstehen kann.⁵⁴

Für die Frage nach der Haftung der Dritten Gewalt folgt daraus, dass insbesondere das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB den Anforderungen an die Ausnahmen von Art. 34 GG genügen muss. Hierauf kann letztlich nur eine Antwort gefunden werden, wenn die Zielsetzungen der Regelungen analysiert werden. Angemerkt sei gleichwohl, dass § 839 Abs. 2 BGB in der »juristischen Wahrnehmung« wie ein Totalausschluss der Haftung für Richter wirkt. Hierzu trägt sicherlich die Rechtsprechung selbst bei, indem sie

48 BGH v. 16.04.1964 – III ZR 182/63, BGHZ 42, 176 (179 ff.).

49 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 – Staatshaftungsgesetz; BGH v. 10.06.1974 – III ZR 89/72, BGHZ 62, 372 (377 f.).

50 So die Formulierung von H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 240.

51 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (200) – Staatshaftungsgesetz; BGH v. 10.06.1974 – III ZR 89/72, BGHZ 62, 372 (377 f.); BGH v. 20.01.2005 – III ZR 48/01 (1), BGHZ 162, 49 (62); J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 58; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 240 f.

52 Insofern reicht eine Regelung mittels gemeindlicher Satzung nicht aus, s. BGH v. 17.05.1973 – III ZR 68/71, BGHZ 61, 7; BGH v. 07.07.1983 – III ZR 119/82, NJW 1984, 615 (617) – Haftung einer Gemeinde bei Rücktauschäden. Diesbezüglich wird in der Literatur z. T. eine andere Auffassung vertreten, s. S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 71.

53 S. etwa sehr kritisch zur extensiven Handhabung des Ausschlusses der Amtshaftung wegen Rechtsmittelversäumung F. Schoch, Amtshaftung, Jura 1988, S. 648 ff. (650); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 94.

54 H.-J. Papier/F. Shirvani, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 235 f.

den Anwendungsbereich dieser Ausnahme stetig ausgedehnt hat. Schon der Haftungsausschluss für die gesamte Dritte Gewalt erfasst zumindest bei einem ersten Blick keine Randzone oder wirkt nicht bereichsspezifisch, sondern entzieht eine Staatsgewalt umfassend der Haftungsverantwortlichkeit. Hier wird deutlich, dass aus verfassungsrechtlicher Perspektive Bedenken anzumelden sind, die eine erhöhte Begründungslast für das Privileg des § 839 Abs. 2 BGB auslösen könnten. Sollte sich das Privileg nicht (mehr) rechtfertigen lassen, ist es dem Gesetzgeber nach Art. 34 GG jedenfalls nicht verwehrt, einfachgesetzliche Ausnahmen abzuschaffen oder inhaltlich zu modifizieren.

III. Die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG)

Soweit Art. 34 GG zunächst keine haftungsrechtliche Sonderstellung der Dritten Gewalt zu begründen vermag, verkörpert Art. 97 GG möglicherweise die andere Seite der Medaille. Die durch Art. 97 Abs. 1 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit ist »schlechthin konstitutiv« für die Dritte Gewalt und ihre Rolle bei der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips.⁵⁵ Sie stellt zudem eine wichtige Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes dar.⁵⁶ Dogmatisch handelt es sich bei der richterlichen Unabhängigkeit nicht etwa um ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht, sondern um einen hergebrachten *Grundsatz des richterlichen Amtsrechts*.⁵⁷ Dies ist zumindest in Bezug auf die sachliche Unabhängigkeit der Richter unbestritten.⁵⁸ Verletzungen der sachlichen (ggf. auch der persönlichen) Unabhängigkeit kann der Richter deshalb über Art. 33 Abs. 5 GG im Wege der Verfassungsbeschwerde rügen.⁵⁹

Art. 97 Abs. 1 GG zielt zunächst auf die sachliche Unabhängigkeit »der Richter« bei der Entscheidungsfindung.⁶⁰ Sachlich unabhängig ist der Richter, wenn er seine Entscheidung ausschließlich auf der Grundlage von Gesetz und Recht treffen kann. Seitens der Exekutive sind Weisungen oder ähnliche

55 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 1; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97, Rn. 14; ausführlich zur richterlichen Unabhängigkeit D. Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 174 ff.

56 BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (296) – Anwaltsverschulden; E. Schilken, Die Sicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, JZ 2006, S. 860 ff. (860 f.).

57 S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 97, Rn. 7.

58 Hinsichtlich der persönlichen Unabhängigkeit vgl. BVerfG v. 22.10.1974 – 2 BvR 147/70, BVerfGE 38, 139 (151) – Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit.

59 BVerfG v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60, BVerfGE 12, 81 (88) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; BVerfG v. 07.01.1981 – 2 BvR 401, 606/7, BVerfGE 55, 372 (391 f.) – Richterbesoldung III.

60 C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 3.

Einmischungen in den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung nach Art. 97 Abs. 1 GG ebenso unzulässig⁶¹ wie z. B. Einzelfallgesetze seitens der Legislative, die sich auf einzelne anhängige Gerichtsverfahren beziehen.⁶² Schließlich ist der Richter auch von der Judikative selbst unabhängig, d. h. er ist in der Regel nicht an Rechtsauffassungen anderer Gerichte, seien sie auch instanziell höherrangig, gebunden.⁶³ Wohlgermerkt: Es geht hier zunächst um die Unabhängigkeit des Richters von den (überwiegend anderen) Staatsgewalten.⁶⁴ Ob dagegen ein von einer Partei eines Rechtsstreits angestrebter Amtshaftungsprozess, der sachlogisch zumeist einer richterlichen Entscheidungsfindung nachfolgt, eine Verletzung des Postulats der richterlichen Unabhängigkeit darstellen kann, steht auf einem anderen Blatt.⁶⁵

Neben die sachliche Unabhängigkeit des Richters tritt seine persönliche Unabhängigkeit, die sich auf der Ebene des Verfassungsrechts im Wesentlichen aus Art. 97 Abs. 2 GG ergibt.⁶⁶ Sie richtet sich insbesondere auf Sicherung des richterlichen Status. Nur wer diesen Status endgültig erreicht hat, also hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellter Richter ist, kann sich vollumfänglich auf Art. 97 Abs. 2 GG berufen.⁶⁷ Die Vorschrift ist insofern enger gefasst als Art. 97 Abs. 1 GG, der sich zunächst auf alle »Richter« bezieht. Der Zusammenhang zwischen einer Haftung der Dritten Gewalt und der persönlichen Unabhängigkeit des Richters kann bestenfalls als reflexhaft charakterisiert werden; eine Amtshaftungsklage bzw. die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen berührt den richterlichen Status im Sinne des Art. 97 Abs. 2 GG als solchen nicht.

Eine andere Frage ist jedoch, wie sich derartige Klagen auf die Karriere des involvierten Richters auswirken könnten. Hier hat Art. 97 Abs. 2 GG aber eher eine entgegengesetzte Wirkung; die Vorschrift schützt den Richter in umfangreichem Maße vor Konsequenzen, die im sonstigen Beamtenrecht ggf. zu gewärtigen wären.⁶⁸ Dies bezieht sich insbesondere auf den in Art. 97

61 BVerfG v. 08.07.1992 – 2 BvL 27/91, 2 BvL 31/91, BVerfGE 87, 68 (85) – Übernahme Richter DDR.

62 H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97, Rn. 23; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 188 f.

63 Freilich kennt das deutsche Recht von diesem Grundsatz eine Reihe von Ausnahmen, dazu im Einzelnen H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97, Rn. 42 ff.

64 Dazu im Einzelnen S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 97, Rn. 12 ff.

65 So aber z. B. BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14 (19 f.) – Amtshaftung wegen überlanger Verfahrensdauer; s. auch W. Grunsky, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, in: FS Ludwig Raiser, 1974, S. 141 (151 ff.).

66 Vgl. auch § 1 VwGO.

67 M. Kment, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 97, Rn. 12; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97, Rn. 49 ff.

68 A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 121 f.

Abs. 2 GG verankerten Grundsatz der »Inamovibilität«, nach dem Richter während ihrer Amtszeit gegen ihren Willen weder versetzt noch entlassen werden können.⁶⁹ Freilich vermag Art. 97 Abs. 2 GG es aber nicht, Richter gänzlich der Dienstaufsicht bzw. dem Disziplinarverfahren zu entziehen, solange sich die entsprechenden Maßnahmen im Rahmen des § 26 DRiG bewegen. Im Zusammenhang mit einer Haftung der Dritten Gewalt ist aber zu beachten, dass gerade die Bereiche richterlicher Tätigkeit, die einem Amtshaftungsprozess zugänglich sind, der Dienstaufsicht entzogen sind. Dies gilt etwa für die Sachentscheidung selbst, die Rechtsfindung sowie die meisten verfahrensleitenden Entscheidungen.⁷⁰ Die Grenze liegt hier allenfalls bei evidenten Verfehlungen, also groben Fehlgriffen, wie es der BGH formuliert,⁷¹ wobei sich immer wieder zeigt, dass ein dienstaufsichtsrechtliches Verfahren selten Erfolg verspricht.⁷² Disziplinarrechtliche Schritte haben sich in der Vergangenheit in aller Regel nur auf außerdienstliches Verhalten von Richtern bezogen und liegen damit außerhalb des Anwendungsbereichs der Amtshaftung und der sonstigen staatshaftungsrechtlichen Ansprüche.⁷³

Frägt man insgesamt, welche Vorgaben Art. 97 GG für eine Haftung der Dritten Gewalt enthält, so fällt auf, dass die richterliche Unabhängigkeit und eine solche Haftung nur in absoluten Ausnahmefällen Berührungspunkte aufweisen können. Art. 97 GG schützt den Richter zunächst vor Staatsgewalt, mithin vor Übergriffen der anderen Gewalten. Diese Ausgangslage liegt aber einem Amtshaftungsprozess gerade nicht zugrunde. Insbesondere die persönliche Unabhängigkeit dient der Ämterstabilität,⁷⁴ die aber durch eine Haftung gerade nicht berührt wird. Umgekehrt bietet die Vorschrift Schutz vor Konsequenzen, die sich dienst- oder gar disziplinarrechtlich an einen Amtshaftungsprozess anschließen könnten.

IV. Die Rechtsbindung der Dritten Gewalt

Die Dritte Gewalt ist nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 3 GG wie jede andere Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden und darüber hinaus gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht. Diese umfassende Rechtsbindung der Drit-

69 S. dazu eingehend R. Gröschner, Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, 2005.

70 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 84.

71 BGH v. 09.03.1967 – RiZ(R) 2/66, BGHZ 47, 275 (287 f.); BGH v. 27.09.1976 – RiZ(R) 3/75, BGHZ 67, 184 (187).

72 A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 283 ff.

73 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 148 ff.

74 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 4.

ten Gewalt ist schon aus der Perspektive ihrer demokratischen Legitimation unabdingbar.⁷⁵ Sie ist aber auch notwendiges Korrelat der in Art. 97 Abs. 1 GG gleichfalls niedergelegten richterlichen Unabhängigkeit.⁷⁶ Dieser Zusammenhang wird in Art. 97 Abs. 1 GG deutlich betont; so ist der Richter nach dieser Verfassungsnorm zwar unabhängig, aber dennoch »nur dem Gesetz unterworfen«.

Die strikte Formulierung des Art. 97 Abs. 1 GG (»unterworfen«) wird zuweilen als besonders strenge Rechtsbindung der Dritten Gewalt im Gegensatz zur Legislative und Exekutive interpretiert, wobei es angesichts der theoretischen Probleme, die die Figur der Rechtsbindung im Allgemeinen und die Bindung der Dritten Gewalt an das Gesetz im Besonderen umwehen, zumindest zweifelhaft erscheint, ob es verschiedene Bindungsintensitäten an das Recht geben kann (dazu bereits § 4 C. II. 2.). Überhaupt wird zuweilen die bloße Möglichkeit einer Rechtsbindung bezweifelt⁷⁷ oder die Frage aufgeworfen, wie der Richter das, woran er gebunden ist, erkennen soll.⁷⁸

Blendet man diese theoretischen Fragen aber einmal aus, stellt sich die Frage, welche Maßstäbe die verfassungsrechtlich angeordnete Rechtsbindung der Dritten Gewalt für ihre Haftungsverantwortlichkeit bereitzustellen vermag. Teilweise wird der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG neben anderen Instrumenten als *Mittel der Gewährleistung der Rechtsbindung* verstanden.⁷⁹ Eine vergleichbare Rolle komme in diesem Zusammenhang noch dem Instanzenzug, der Ablehnung eines Richters (vgl. etwa § 42 ZPO, § 24 StPO, § 54 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 42 ZPO), den dienstaufsichts- bzw. disziplinarrechtlichen Instrumenten, dem Rechtsbeugungstatbestand des § 339 StGB⁸⁰ und der Möglichkeit der Richteranklage nach Art. 98 Abs. 2 GG zu.⁸¹ Neben diesen »harten« Instrumenten zur Gewährleistung der Rechtsbindung gebe es zudem informelle Mechanismen, die

75 Dazu ausführlich A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006; A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff.; G. Sydow, Independence of the Judiciary in Germany, in: K. Ziegler/D. Baranger/A. Bradley (Hrsg.), Constitutionalism and the Role of Parliaments, 2007, S. 225 ff.; C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 27 ff.

76 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 43 II 1, 4.

77 Überblick dazu bei J. P. Terhechte, Zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts und den Critical Legal Studies, in: M. Bungenberg et al. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 91 ff.

78 Dazu ausführlich R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989.

79 Ausführlich dazu F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140 ff., insb. S. 150 ff.; tendenziell eine andere Einordnung bei W. Meyer, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 97, Rn. 154.

80 Dazu unten § 8 B. V. 1.

81 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140 ff.

ebenfalls der Rechtsbindung der Richter sekundierten, wie z. B. die allgemeine Gerichtsöffentlichkeit⁸² sowie die sog. »amtliche Urteilsschelte«.⁸³

Stellt man aber die erwähnten Instrumente in den Kontext der Rechtsbindung, so ist eine Reihe von Relativierungen notwendig: Während der Instanzenzug das effektivste Mittel zur Gewährleistung der Rechtsbindung darstellen dürfte, fehlt es den anderen Instrumenten in der Regel an Durchschlagskraft.⁸⁴ Die Rechtsbindung ist damit nur schwer zu garantieren.⁸⁵ Soweit man den Amtshaftungsanspruch restriktiv in Bezug auf die Dritte Gewalt handhabt (§ 839 Abs. 2 BGB), wird damit zugleich ein Instrument zur Gewährleistung der Rechtsbindung aus der Hand gegeben.

Neben den bereits erwähnten informellen Mechanismen zur Gewährleistung der Rechtsbindung der Richter gewinnt in den letzten Jahren allerdings die richterliche Berufsethik zunehmend an Bedeutung.⁸⁶ Dahinter verbirgt sich die Einsicht, dass im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und Rechtsbindung gerade von der Richterschaft selbst entwickelte Maßstäbe eine vermittelnde Position einnehmen können. Obwohl die Effektivität ethischer Leitlinien oft bezweifelt wird,⁸⁷ zeigen insbesondere die Entwicklungen im Ausland, dass sie durchaus in der Lage sind, eine Steuerung der Rechtsbindung zu gewährleisten, ohne dass die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Richter angetastet wird. In den meisten Fällen werden ethische Leitlinien (sog. »*codes of conduct*«) von der Richterschaft selbst entwickelt.

Gleichwohl sind die aufgezählten Instrumente aus der Perspektive des Verfassungsrechts nicht gänzlich unproblematisch. Man könnte den Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 GG auch so verstehen, dass »nur« (so der Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 GG) die Rechtsbindung als solche ein Korrelat der richterlichen Unabhängigkeit sein kann und soll. Die aufgezeigten Instrumente haben zwar unbestritten das Potenzial, die Rechtsbindung zu gewährleisten, ihnen liegt bei Lichte besehen aber eine andere Zielsetzung zugrunde. Mitunter ha-

82 Dazu ausführlich C. von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005; T. Gostomzyk, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006.

83 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 163 ff.

84 Ebenda, S. 140 ff.; A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 280 ff., 297.

85 S. C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 51, der davon ausgeht, dass die Rechtsbindung der Judikative »nur sehr eingeschränkt der Nachprüfung und Sanktionierung« unterliegt.

86 Dazu M. Eckertz-Höfer, »Vom guten Richter« – Ethos, Unabhängigkeit, Professionalität, DÖV 2009, S. 729 ff. (739 f.); A. Titz, Richtereid und richterliche Ethik, DRiZ 2009, S. 32 f.; dies., Über den Umgang mit richterlicher Ethik im Ausland, DRiZ 2009, S. 34 ff.; J. P. Terbechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct, German Law Journal 10 (2009), S. 501 ff., eingehend dazu § 15 E. I.

87 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 54.

ben sie gar das Potenzial, die Rechtsbindung der Richter zu untergraben.⁸⁸ So betont *Wolfgang Meyer*, dass sie aus dieser Perspektive nur dann unbedenklich sein können,

»wenn jeweils vorausgesetzt wird, dass beide Normen [§ 339 StGB bzw. § 839 BGB] tatbestandlich voraussetzen, daß die fragliche richterliche Entscheidung ihren Zusammenhang mit dem positiven Recht nicht mehr erkennen lässt.«⁸⁹

Mit anderen Worten: Die Rechtsbindung der Richter wird angetastet, soweit Amtshaftungsprozesse sich nicht auf judikative Ausreißerfälle beschränken. Wo liegt hier der Zusammenhang? Sicher ist, dass, soweit die Befolgung der Rechtsbindung, sprich die *lege artis* erfolgte Anwendung eines Gesetzes, strafrechtliche oder haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich zu ziehen imstande wäre, die Rechtsbindung durch Richter außer Acht gelassen würde, um ein »haftungsimmunes Urteil« zu produzieren. Ein solcher Fall ist aber kaum vorstellbar. Der Zusammenhang muss also ein anderer sein: Die Rechtsbindung des Richters ist möglicherweise auch dann gefährdet, wenn die Hürden für eventuelle, dem Urteil nachfolgende straf- und amtshaftungsrechtliche Konsequenzen zu niedrig angesetzt würden bzw. gar nicht bestünden. In einer solchen Situation ist es durchaus denkbar, dass der Richter, um »Scherereien« zu vermeiden, die Rechtsbindung äußerst »flexibel« handhabt.

Die Gefahren eines solchen Vorgehens liegen auf der Hand: Mit einer »Lockerung« der Rechtsbindung ginge auch eine Relativierung der demokratischen Legitimation des Richters und seiner Bindung an das Rechtsstaatsprinzip einher. Aus der Perspektive des Art. 97 Abs. 1 GG ist damit die entscheidende Frage, wo die Grenze für den Einsatz von Instrumenten liegt, die der Gewährleistung der Rechtsbindung dienen, und wo solche Instrumente ihre intendierten Wirkungen ins Gegenteil verkehren.

Zudem ließen derartige Lockerungen die kontrovers geführte Debatte über die Befugnis des Richters zur Fortbildung bzw. Schöpfung des Rechts in einem anderen Licht erscheinen.⁹⁰ Die Thematik der richterlichen Rechtsfortbildung verkörpert eine der »Ewigkeitsfragen der Jurisprudenz« (*J. Abr. Frowein*),⁹¹ deren Sprengkraft umso größer werden muss, je mehr der Grundsatz der richterlichen Rechtsbindung an Direktionskraft einbüßt.

Für eine Haftung der Dritten Gewalt vermag die verfassungsrechtlich geforderte Rechtsbindung des Richters so letztlich nur einen ambivalenten

88 W. Meyer, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 97, Rn. 25.

89 Ebenda.

90 Dazu ausführlich C. Möllers, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, S. 668 ff.

91 S. J. A. Frowein, Randbemerkungen zu den Grenzen des Richterrechts in rechtsvergleichender Betrachtung, in: FS 600 Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 555 ff. (557).

Rahmen abzugeben: Eine solche Haftung kann einerseits helfen, die Rechtsbindung des Richters zu gewährleisten, und kann so ggf. die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt stärken sowie die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips fördern. Sie kann aber andererseits bei einer zu extensiven Handhabung die verfassungsrechtlich klar postulierte solitäre Stellung der Rechtsbindung im Rechtspflichtenkanon des Richters (s. Art. 97 Abs. 1 GG: »nur«) ebenso infrage stellen, indem sie den Richter bei der Entscheidungsfindung mitunter dazu zwingt, auch haftungsrechtliche Konsequenzen im Auge zu behalten. Art. 97 Abs. 1 GG möchte aber eine solche Perspektivverweiterung gerade verhindern.

Letztlich kann ein Ausgleich zwischen diesen beiden Polen nur erfolgen, wenn eine Haftung der Dritten Gewalt zumindest nicht vollkommen uferlos gestaltet wird. So kennt das Staatshaftungsrecht bereits heute Ansätze, wie dem Problem begegnet werden könnte, etwa das im Recht der Europäischen Union verbreitete Erfordernis einer »qualifizierten Rechtsverletzung«, die der EuGH auch im *Köbler*-Urteil für die Haftung für judikatives Unrecht gefordert hat.⁹² Eine ähnliche Lösung ist aus der Perspektive des Art. 97 Abs. 1 GG sicherlich nicht ausgeschlossen.

V. Art. 92 GG als Maßstab

Nach Art. 92 Hs. 1 GG ist die rechtsprechende Gewalt *den Richtern* anvertraut. Die Vorschrift konkretisiert insoweit den Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG für die Dritte Gewalt⁹³ und erfüllt zugleich für eine Haftung der Dritten Gewalt in vielfältiger Weise eine Maßstabsfunktion: Zunächst grenzt Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt von den anderen Staatsgewalten ab⁹⁴ und sorgt dafür, dass die Kontrolle der Dritten Gewalt durch die anderen Staatsgewalten schon konzeptionell vermindert sein muss.⁹⁵ Gleichzeitig unterliegt die Dritte Gewalt aber einer strikten Rechtsbindung, sodass von vornherein die Frage gestellt werden muss, wie angesichts der verfassungsrechtlich exponierten Stellung der Dritten Gewalt die Rechtsbindung überhaupt gewährleistet werden kann. Hier könnte eine Haf-

92 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 36 – Köbler.

93 BVerfG v. 06.06.1967 – 2 BvR 375, 53/60 und 18/65, BVerfGE 22, 49 (76); H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 92, Rn. 17; S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 92, Rn. 1.

94 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 13.

95 Ausführlich s. A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 65 ff.

tungsverantwortlichkeit durchaus einen Baustein für eine Einpassung der Dritten Gewalt in »moderne« Kontrollstrukturen darstellen.

Darüber hinaus bringt Art. 92 GG überhaupt erst zum Ausdruck, dass die Rechtsprechung Staatsgewalt ist; der Begriff der »rechtsprechenden Gewalt« wird im GG nur in Art. 92 erwähnt.⁹⁶ Sie ist öffentliche Gewalt und muss dies nach Maßgabe des Art. 92 GG in allen wesentlichen Bereichen auch bleiben.⁹⁷ Die Vorschrift setzt damit Entwicklungen, die z. B. auf eine Privatisierung der Rechtsprechung hinauslaufen, eine klare Grenze.⁹⁸ Der Wandel, der die rechtsprechende Gewalt insgesamt in den letzten Jahren ergriffen hat,⁹⁹ ist damit kein unaufhaltsamer Prozess, sondern wird verfassungsrechtlich eingefangen. Art. 92 GG garantiert damit auch, dass eine Haftung der Dritten Gewalt zunächst immer eine Staatshaftung sein wird, unabhängig von ihrer spezifischen Ausgestaltung.

VI. Die Grundrechte als Maßstab

Eine Haftung der Dritten Gewalt kann in vielen Konstellationen eine Reaktion der Rechtsordnung auf Grundrechtsverletzungen darstellen, die ggf. nur noch durch eine Kompensation aufgefangen werden können.¹⁰⁰ Hier geht es also mitunter darum, die »aus dem Gleichgewicht geratene Grundrechtsordnung [...] durch Kompensation wieder ins Lot zu bringen.«¹⁰¹ Dass den Grundrechten ein derartiger *status negativus compensationis* immanent ist, könnte beispielsweise direkt aus Art. 14 Abs. 3 GG, allgemeiner jedoch aus Art. 1 Abs. 3 GG zu folgern sein. Die Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte wäre möglicherweise unvollständig, wenn es im Falle der vollständigen Erledigung einer Grundrechtsverletzung keinen Kompensationsmechanismus als Annex gäbe.¹⁰²

96 S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 92, Rn. 4.

97 Ausführlich zu Art. 92 GG als Bestandsgarantie der Dritten Gewalt s. D. Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112, Rn. 16 f.

98 Zur Privatisierung der Rechtsprechung s. etwa W. Voit, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, S. 120 ff.

99 Dazu § 5.

100 Ausführlich dazu B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002; A. Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht. Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 2006; S. 40 ff.; ders., Die staatshaftungsrechtliche Dimension der Grundrechte, DÖV 2006, S. 288 ff.; D. Röder, Die Haftungsfunktion der Grundrechte. Eine Untersuchung zum anspruchsbewehrten status negativus compensationis, 2002.

101 J. F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 524.

102 Ebenda; zur Rechtslage in den USA und dem Vereinigten Königreich s. etwa A. Gromitsaris, Die staatshaftungsrechtliche Dimension der Grundrechte, DÖV 2006, S. 288 ff. (289) m. w. Nachw.

Allerdings werden gegen eine solche Ausdehnung der Freiheitsrechte gewichtige Argumente vorgebracht.¹⁰³ Aus der Verletzung von Abwehrrechten folge zwar u. U. eine Pflicht zur Beseitigung des Eingriffs; ein darüberhinausgehender, direkt aus dem jeweiligen Abwehrrecht resultierender Entschädigungsanspruch sei aber abzulehnen. Namentlich *Gertrude Lübke-Wolff* hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es insofern in den Abwehrrechten an einem »definitiven verfassungsmäßigen Gegenteil« fehle.¹⁰⁴ Ein solches Gegenteil ist in Bezug auf negatorische Ansprüche exakt bestimmbar: Mit der Negation des (grundrechtswidrigen) staatlichen Handelns (sprich: die Beseitigung bzw. Unterlassung) kann meist genau der Zustand wieder hergestellt werden, der vor dem Grundrechtseingriff bestand.¹⁰⁵ Diese Spiegelbildlichkeit fällt aber bei weitergehenden Entschädigungs- oder Haftungsansprüchen naturgemäß weg; ein Entschädigungsanspruch (insbesondere sein Umfang und seine Höhe) lässt sich nicht direkt aus der Verletzung eines Abwehrrechts konstruieren. Letztlich geht es hier um die Frage, wie ein aus den Grundrechten direkt abgeleiteter Anspruch inhaltlich zu bestimmen wäre; das GG stellt hierfür keine Maßstäbe bereit.¹⁰⁶ Auch wird hier eingewendet, dass sich durch eine Kompensation zumindest der grundrechtliche *status quo ante* nicht wieder herstellen lasse; dies sei schon aufgrund der zeitlichen Dimensionen gar nicht möglich.¹⁰⁷ Insofern wird zur Vermeidung des Problems vorgeschlagen, den Grundrechten nur in Kombination mit einfachgesetzlichen Regelungen eine Kompensationsdimension zuzugestehen.¹⁰⁸ Es geht hier also letztlich um die *Ausstrahlungswirkung*, die die Grundrechte auf die Institute des Staatshaftungsrechts haben können.

Für eine Haftung der Dritten Gewalt werden im Lichte dieser Überlegungen Grundrechte insbesondere dann maßstäblich, wenn einfachgesetzliche Regelungen direkt mit Grundrechtsgewährleistungen in Verbindung stehen. Dieser Gedanke liegt etwa der Entschädigung für zu Unrecht erlittene Haft

103 Zur Diskussion C. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 225 ff.

104 G. Lübke-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 21 ff.; ablehnend auch J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 198; M. Sachs, in: K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 683 f.

105 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 292, 301 ff.

106 W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff. (271 f.).

107 W. Höfling, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 51, Rn. 76.

108 W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff. (272); weitergehend B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002, S. 483 ff.

zugrunde (vgl. § 1 StrEG).¹⁰⁹ Auch die Problematik überlanger Gerichtsverfahren kann in diesem Zusammenhang erwähnt werden.¹¹⁰ Hier wird regelmäßig nicht nur gegen das Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen,¹¹¹ sondern ggf. auch Art. 6 der EMRK verletzt,¹¹² die einen eigenständigen Kompensationsmechanismus für Menschenrechtsverletzungen kennt (Art. 41 EMRK).¹¹³ Die Koppelung von Grundrechtsverbürgung und einfachgesetzlicher Kompensationsnorm spiegelt sich insofern seit jeher im einfachen Gesetzesrecht wider. Entsprechend ist eine Berufung auf das Spruchrichterprivileg im Falle einer überlangen Verfahrensdauer gem. § 839 Abs. 2 S. 2 BGB gerade ausgeschlossen.¹¹⁴

Jenseits dieser recht konkreten Koppelung von Grundrechten und einer Haftung der Dritten Gewalt vermögen die Grundrechte aber auch allgemein Anforderungen an das Amtshaftungsrecht bzw. an die sonstigen einschlägigen Institute des Staatshaftungsrechts zu stellen. Hier muss der Frage nachgegangen werden, wie sich Haftungsprivilegierungen wie § 839 Abs. 2 BGB zu eventuellen Grundrechtsverstößen verhalten. Kann die einfachgesetzlich angeordnete Privilegierung auch dann angewendet werden, wenn eine richterliche Amtspflichtverletzung zugleich Grundrechte verletzt? Dies wird nur möglich sein, wenn das Spruchrichterprivileg seinerseits als Ausprägung von verfassungsrechtlichen Prinzipien verstanden werden kann.¹¹⁵

109 § 1 StrEG enthält eine Gefährdungshaftung, s. D. Meyer, Strafrechtsentschädigungsgesetz, 11. Aufl. 2020, § 1, Rn. 31 ff.; s. auch P. Kotz, Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, StRR 2010, S. 164 ff., 204 ff.; G. Galke, Die Entschädigung nach dem StrEG – ein Fall verschuldensunabhängiger Staatshaftung, DVBl. 1990, S. 145 ff.

110 Dazu ausführlich V. Schlette, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999, S. 62 ff.; L. Niesler, Angemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozeß, 2005.

111 BVerfG v. 27.03.1980 – 2 BvR 316/80, BVerfGE 54, 39 (41); BVerfG v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (13) – Kruzifix; ausführlich dazu V. Schlette, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999, S. 32 ff.; L. Niesler, Angemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozeß, 2005, S. 15 ff.; A. Brockmüller/A. Weichbrodt, Rechtsschutz bei überlanger Dauer gerichtlicher Verfahren, NdsVBl. 2010, S. 225; J. P. Terbechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff.; M. Kloepfer, Verfahrensdauer und Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren, JZ 1979, S. 209 ff.

112 Ausführlich dazu J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6, Rn. 188 ff.

113 S. J. P. Terbechte, Auf dem Weg zu einer Haftung der Dritten Gewalt? – Wandlungen des sekundären Rechtsschutzes bei judikativem Unrecht im Lichte des Europa- und Völkerrechts, in: Deutsches Anwaltsinstitut (Hrsg.), Brennpunkte des Verwaltungsrechts 2010, 2010, S. 280 ff. (299).

114 Dazu unten B. IV.

115 Zur *ratio legis* des § 839 Abs. 2 BGB ausführlicher s. unten B. III. 3.

VII. Das Rechtsstaatsprinzip als Maßstab

Das Staatshaftungsrecht dient in weiten Teilen der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips als einem »der elementaren Prinzipien des GG«¹¹⁶. Gleichwohl bildet das Rechtsstaatsprinzip zunächst nur einen Rahmen; mit Art. 14 Abs. 3 und Art. 34 kennt das GG Vorschriften, die diesen Rahmen konkretisieren und Vorgaben für das einfachgesetzliche Recht oder das staatshaftungsrechtliche Gewohnheits- oder Richterrecht zu setzen vermögen.¹¹⁷ Teilweise wird das Rechtsstaatsprinzip aber auch direkt zur Begründung von Instituten des Staatshaftungsrechts herangezogen, wie etwa im Falle des Folgenbeseitigungsanspruchs (FBA).¹¹⁸ Die prägende Kraft des Rechtsstaatsprinzips in Bezug auf das Staatshaftungsrecht wurde im Zusammenhang mit dem Versuch einer grundlegenden Reform des Staatshaftungsrechts Ende der 1970er Jahre besonders unterstrichen.¹¹⁹ Hier zeigt sich, dass das Prinzip seine Wirkungen insbesondere in Zeiten des Umbruchs zu entfalten vermag, sei es, um neue Entwicklungen zu begründen, sei es, um die Übereinstimmung des *Status quo* mit dem Prinzip zu beschwören.¹²⁰

Die originäre Verbindung zwischen dem Staatshaftungsrecht und dem Rechtsstaatsprinzip kann folgendermaßen auf den Punkt gebracht werden: »Verletzt der Staat seine rechtsstaatliche Bindung an ›Gesetz und Recht‹, so ist er in konsequenter Fortentwicklung dieser positiven Pflicht gehalten, die Rechtsstaatlichkeit durch Wiedergutmachung«¹²¹ wiederherzustellen. Das Rechtsstaatsprinzip drückt sich in der Bindung der Staatsgewalten an Gesetz und Recht aus; hieraus wurden die Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes entwickelt.¹²² Soweit diese Bindung – rechtswidrig – abgestreift wird, tritt die Pflicht zur Wiedergutmachung ein.¹²³

116 BVerfG v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323 (331) – »nulla poena sine culpa«; H. D. Jarass, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 20, Rn. 37.

117 E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 88; s. auch allgemein H.-J. Vogel, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, 1977 (auch erschienen in DVBl. 1978, S. 657).

118 Grundlegend O. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1968, S. 1 ff.; s. auch F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 367 ff.; K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 226 ff.

119 Dazu J. Lücke, Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform. Zur unmittelbaren Haftung des Staates für die vollziehende, rechtsprechende und gesetzgebende Gewalt, AöR 104 (1979), S. 225 ff.

120 P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 191 ff.

121 J. Lücke, Die Gewährleistung der unmittelbaren Staatshaftung als ein Grundrecht, JZ 1979, S. 281 ff. (282).

122 Dazu nur F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2007, § 62, Rn. 14.

123 K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 217 ff. (231 f.).

Auch die Dritte Gewalt ist diesem Grundsatz unterworfen, wie Art. 20 Abs. 3 GG unmissverständlich zum Ausdruck bringt. Prinzipiell löst damit auch judikatives Unrecht, das in der Regel auf einer Missachtung der Gesetzesbindung beruht, die rechtsstaatlich gebotene Pflicht zur Wiederherstellung aus. Eine Haftung der Dritten Gewalt ist damit grundsätzlich rechtsstaatlich geboten, wenn auch das Rechtsstaatsprinzip für die Ausfüllung einer solchen Haftung kaum Maßstäbe bereitzustellen in der Lage ist. Ausnahmen von diesem Prinzip müssen wiederum rechtsstaatlich veranlasst sein. Damit stellt sich in erster Linie die Frage, wie das Spruchrichterprivileg, aber auch andere Ausnahmen vom Amtshaftungsanspruch, rechtsstaatlich begründbar sind.¹²⁴

In Bezug auf das Spruchrichterprivileg wird teilweise das Rechtsstaatsprinzip selbst zur Legitimation herangezogen: § 839 Abs. 2 BGB schütze die Rechtskraft der Urteile und konkretisiere so den Grundsatz der Rechtssicherheit,¹²⁵ der seinerseits aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten sei.¹²⁶ Diese verfassungsrechtliche Begründung des § 839 Abs. 2 BGB ist aber alles andere als überzeugend.¹²⁷

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt letztlich, dass es, abgesehen von verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmen, eine Haftung der Dritten Gewalt als Reaktion auf die Verletzung rechtsstaatlicher Bindungen geben muss. Art. 20 Abs. 3 GG lässt an dieser Stelle keinerlei Raum für eine haftungsrechtliche Sonderbehandlung der Judikative. Im Zusammenhang mit Art. 97 Abs. 1 GG kann allenfalls von einer besonders ausgeprägten Rechtsbindung der Dritten Gewalt gesprochen werden, die Haftungsprivilegierungen der Dritten Gewalt sogar unter erhöhten Rechtfertigungsbedarf setzen.

VIII. Maßstäbe des Landesverfassungsrechts

Einige Landesverfassungen kennen eigenständige staatshaftungsrechtliche Überleitungsvorschriften (vgl. etwa Art. 97 BayVerf., Art. 136 HessVerf., Art. 128 VerfRh.-Pf.), die nach dem Vorbild des Art. 131 WRV geschaffen wurden. Auch wenn im Detail gewisse Unterschiede in der Formulierung

¹²⁴ Ausführlich dazu B. III. 3.

¹²⁵ Zur Rechtskraft als Dimension von Rechtsstaatlichkeit s. nur *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 82; C. F. Gernelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 11 f.

¹²⁶ S. etwa *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 102 f.; *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 34, Rn. 262; *W.-R. Schenke*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 09.12.2004 – III ZR 200/04, JZ 2005, 680 ff. (683 f.); grundlegend zum Grundsatz der Rechtssicherheit und seiner verfassungsrechtlichen Verankerung *A. von Arnould*, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine 'idée directrice' des Rechts, 2006, S. 667 ff.; s. auch *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 154 ff.

¹²⁷ So auch *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 152 ff.

auszumachen sind, haben diese Vorschriften stets an dem Prinzip der mittelbaren Staatshaftung festgehalten. Sie sind heute angesichts des Art. 34 GG praktisch bedeutungslos¹²⁸ und enthalten in Bezug auf eine Haftung der Dritten Gewalt keinerlei spezielle Aussagen. Interessant ist gleichwohl, dass aus der Perspektive des § 839 BGB spezielle landesrechtliche Regelungen unproblematisch eingeführt werden könnten, weil Art. 77 EGBGB eine Unberührtheitsklausel für landesrechtliche Spezialregelungen enthält.¹²⁹ Diese ist vor dem Hintergrund geschaffen worden, dass die Regelung der Staatshaftung über lange Zeit nicht in der Kompetenz des Reiches bzw. des Bundes lag; dies änderte sich erst 1994.¹³⁰ Soweit der Bund von der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG Gebrauch machen würde, bliebe allerdings kein Raum mehr für landesgesetzliche Spezialregelungen (Art. 72 Abs. 1 GG).

Jenseits dieser landesverfassungsrechtlichen Überleitungsvorschriften sind dem Landesverfassungsrecht mit einigen Modifikationen ähnliche Vorgaben zu entnehmen wie dem Grundgesetz. So ist der Grundsatz der Gewaltenteilung ebenso in den meisten Landesverfassungen verankert (s. etwa Art. 5 BayVerf.) wie die Rechtsbindung der Richter (Art. 85 BayVerf., »Richterliche Abhängigkeit«). Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 62 Abs. 1 Verf. HH, Art. 3 Abs. 3 Verf. NRW, Art. 87 BayVerf.). Zudem kennen zahlreiche Landesverfassungen Entschädigungspflichten für den Fall des Eigentumsentzugs (vgl. etwa Art. 159 BayVerf.). Es gibt aber auch Bundesländer, die gar keine Grundrechtsverbürgungen in den entsprechenden Landesverfassungen verankert haben (so z. B. die Freie und Hansestadt Hamburg¹³¹). Insgesamt ist der Rechtsrahmen der Landesverfassungen für die (landesrechtliche) Ausgestaltung einer Haftung der Dritten Gewalt den grundgesetzlichen Vorgaben damit recht ähnlich, wenn auch die praktische Relevanz dieser Vorgaben niedrig ist.¹³² Eine Haftung der Dritten Gewalt richtet sich *de lege lata* (und ggf. auch *de lege ferenda*) nach bundesverfassungsrechtlichen Maßstäben.

128 J. Masing, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 34, Rn. 9.

129 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (161 f.) – Staatshaftungsgesetz; BGH v. 28.02.1980 – III ZR 165/78, BGHZ 76, 375 (379); J. Masing, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 34, Rn. 4.

130 Dazu H. P. Bull/V. Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 1100; W. Höfling, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einsandspflichten, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 51, Rn. 19.

131 Dazu U. Karpen, in: W. Hoffmann-Riem/H.-J. Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 35.

132 Allgemein zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht U. Sacksofsky, Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Entwicklung in den neuen Bundesländern, NVwZ 1993, S. 235.

IX. Fazit

Das Grundgesetz trifft in der Tradition der früheren deutschen Verfassungswerke nur fragmentarische Aussagen zur Ausgestaltung der Haftung für staatliches Unrecht. Dies gilt auch für eine Haftung für judikatives Unrecht. Schon dieser Umstand deutet zumindest darauf hin, dass dem Gesetzgeber bei der Ausfüllung des verfassungsrechtlichen Rahmens ein großer Spielraum an die Hand gegeben ist, dessen konkrete Ausfüllung wiederum im Lichte der sonstigen Güter mit Verfassungsrang sowie insbesondere der Grundrechte zu erfolgen hat. Im Gegensatz zu anderen Staaten scheint es momentan jedenfalls nicht möglich, eine staatsunmittelbare Haftung für judikatives Unrecht allein aus den Grundrechten oder gar direkt aus Art. 34 GG abzuleiten. Auch das Landesverfassungsrecht vermag hier keine Direktionskraft zu entfalten. Eine Haftung der Dritten Gewalt kommt daher nur auf der Grundlage einfachgesetzlicher Regelungen in Betracht, die ihrerseits an den Maßstäben des GG gemessen werden müssen.

Grundsätzlich differenziert Art. 34 GG als institutionelle Garantie der Staatshaftung nicht zwischen den verschiedenen Staatsgewalten und erfasst damit auch die durch die Judikative begangenen Amtspflichtverletzungen. Soweit Art. 34 GG als institutionelle Garantie gedeutet wird, folgt hieraus aber nicht unbedingt, dass die heute in Art. 34 GG angelegte mittelbare Staatshaftung den Gesetzgeber daran hindern würde, eine unmittelbare Staatshaftung, auch in Bezug auf judikatives Unrecht, einzuführen. Letztlich stellt die Haftung bei Amtspflichtverletzungen den verfassungsrechtlichen Normalfall dar. Ausnahmen hiervon sind grundsätzlich eng auszulegen und müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Ob insbesondere das Spruchrichterprivileg diese Anforderungen erfüllt, bedarf einer näheren Erläuterung.¹³³

Etwas anderes folgt auch nicht aus der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG). Sie schützt den Richter zunächst nur vor Übergriffen der anderen Staatsgewalten, sodass die reflexhafte Bemühung dieses Grundsatzes in Bezug auf eine Haftung der Dritten Gewalt in den meisten Fällen fehlerhaft ist, was letztlich auch schon aus der Überleitungskonstruktion des Art. 34 GG folgt.¹³⁴

Aus der Perspektive der Gesetzesbindung ist eine Haftung der Dritten Gewalt ambivalent einzustufen; sie kann einmal als Mittel der Gewährleistung

133 Dazu unten B. III. 4. ee).

134 So auch F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 152 ff.

der Rechtsbindung verstanden werden, ebenso gut aber auch als Interferenz hinsichtlich der solitären Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG). Im Übrigen gebietet auch die verfassungsrechtlich abgesicherte Position der Dritten Gewalt aus Art. 92 GG keine haftungsrechtliche Sonderbehandlung; die Vorschrift garantiert in Verbindung mit Art. 34 GG vielmehr, dass eine solche Haftung immer eine Staatshaftung ist.

Schließlich ist noch auf die Überlagerung einer solchen einfachgesetzlich ausgestalteten Haftung durch die Grundrechte hinzuweisen, die das Potenzial haben, haftungsverstärkend zu wirken. Hierdurch können haftungsrechtliche Privilegierungen ggf. unter enormen Rechtfertigungszwang geraten. Insbesondere diese verfassungsrechtliche Dimension der Haftung der Dritten Gewalt könnte künftig mehr Bedeutung erlangen, was nicht zuletzt auf die größere Akzeptanz eines grundrechtlichen *status negativus compensationis* zurückzuführen ist.

B. Die Haftung der Dritten Gewalt als Amtshaftung

Eine Haftung der Dritten Gewalt ist in nahezu allen Fällen zunächst eine Frage der Amtshaftung gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Zwar kennt das deutsche Recht noch weitere denkbare Anspruchsgrundlagen, sie spielen in der Praxis aber gewöhnlich keine nennenswerte Rolle,¹³⁵ wenn man einmal vom Spezialfall des § 1 StrEG absieht.¹³⁶ Die Problematik der Haftung der Dritten Gewalt wird im Amtshaftungsrecht in besonderer Weise reflektiert, enthält doch § 839 Abs. 2 BGB eine Spezialbestimmung, die diese Haftung stark einschränkt. Soweit diese Ausnahme aber nicht zur Anwendung gelangt, sieht sich eine Haftung der Dritten Gewalt zunächst mit allen Problemen konfrontiert, die das Amtshaftungsrecht bzw. das deutsche Staatshaftungsrecht im Allgemeinen kennzeichnen.

I. Das »Chaos« des deutschen Amtshaftungsrechts

Die Schwierigkeiten, die die Haftung der Dritten Gewalt aufwirft, sind nicht nur durch die verfassungsrechtlich garantierte »gesonderte Stellung« der Dritten Gewalt begründet, sondern hängen zu guten Teilen auch mit der viel beklagten unsystematischen Anlage des deutschen Amtshaftungsrechts – oder allgemeiner: des deutschen Staatshaftungsrechts – zusammen. *Fritz*

135 S. M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 316.

136 S. dazu unten C. II.

Ossenbühl und Matthias Cornils sprechen hier nicht umsonst von einem »gewachsenen Chaos«. ¹³⁷ Dieses »Chaos« ist letztlich auf die unkoordinierte historische Entwicklung des Staatshaftungsrechts durch die Rechtsprechung, auf das wenig abgestimmte Ineinandergreifen von Öffentlichem Recht und Zivilrecht sowie das Fehlen eines allgemeinen Staatshaftungsgesetzes zurückzuführen.

Bernd Bender benennt konkret die Unübersichtlichkeit, die Überalterung, die rechtspolitischen Lücken im Bereich der originären (unmittelbaren) Staatshaftung, Ungereimtheiten bei der Bestimmung des Klagegegners und die Rechtswegaufspaltung für die verschiedenen Institute des Staatshaftungsrechts als zentrale Probleme, die mit dem Staatshaftungsgesetz von 1981 beseitigt werden sollten. ¹³⁸ Zwar spiegeln sich diese Probleme in allen Bereichen des Staatshaftungsrechts wider, aber in kaum einem Bereich häufen sich die Probleme wie im Amtshaftungsrecht. Dies ist schon durch die eigenartige Konstruktion der Erfüllung des privatrechtlichen deliktischen Tatbestandes des § 839 Abs. 1 BGB und der Überleitung der damit verbundenen Haftung auf den Staat (Art. 34 GG) bedingt. Diese Konstruktion lässt sich letztlich nur historisch erklären und zwingt die Rechtsprechung bis heute immer wieder in merkwürdig anmutende Bahnen. Nicht umsonst wird diese Ausgestaltung der Amtshaftung für »sowohl staats-theoretisch wie auch verfassungsrechtlich untragbar« gehalten. ¹³⁹

II. Voraussetzungen der Amtshaftung

Die Amtshaftung ist wie alle öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche in Deutschland zweigleisig ausgestaltet. § 839 Abs. 1 BGB regelt zunächst nur eine *persönliche Beamtenhaftung*. Diese wird durch Art. 34 GG auf den Staat verlagert. ¹⁴⁰ Erst durch diese verfassungsrechtlich angeordnete Verlagerung wird die persönliche Haftung des Beamten zu einer *Amtshaftung des Staates* mit der Folge, dass nicht der Beamte, sondern zunächst der Staat passivlegitimiert ist und ggf. haftet. Unter besonderen Voraussetzungen kann der Staat seinerseits Rückgriff auf den »Beamten« nehmen. ¹⁴¹

Eine Analyse der Amtshaftung muss so bei § 839 BGB ansetzen. Nach dieser, seit dem Inkrafttreten des BGB unveränderten, Norm trifft einen Amts-

¹³⁷ F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 2 f.

¹³⁸ B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 41 ff.

¹³⁹ Ebenda S. 6.

¹⁴⁰ S. H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839, Rn. 1; P. Reinert, in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 61. Aufl. 2022, § 839, Rn. 1.

¹⁴¹ Art. 34 S. 2 GG schränkt diesen Rückgriff auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ein.

walter eine Schadenersatzpflicht, soweit er eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, es sei denn, dass der Verletzte auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermag (sog. Verweiserprivileg).

Für eine Haftung der Dritten Gewalt spielt indes § 839 Abs. 2 S. 1 BGB eine besondere Rolle. Diese Vorschrift etabliert einen Privilegierungstatbestand, nach dem eine Haftung des »Beamten« bei einem Urteil in einer Rechtssache nur dann in Betracht kommt, wenn die entsprechende Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Diese Privilegierung findet allerdings auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes keine Anwendung (§ 839 Abs. 2 S. 2 BGB). Schließlich postuliert § 839 Abs. 3 BGB den Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem sekundären Rechtsschutz, indem die Ersatzpflicht des »Beamten« ausscheidet, soweit der Verletzte es versäumt hat, den entsprechenden Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Hierbei handelt es sich letztlich um eine nicht unumstrittene Form eines Haftungsausschlusses kraft Mitverschuldens des Geschädigten.¹⁴²

Aus der Systematik der Vorschrift ergibt sich, dass eine Haftung der Dritten Gewalt als Amtshaftung zunächst an eine Erfüllung der Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB geknüpft ist. § 839 Abs. 2 BGB formuliert dann eine Haftungsbeschränkung, soweit ein »Urteil in einer Rechtssache« betroffen ist. Doch nicht nur diese Haftungsbeschränkung ist für eine Haftung der Dritten Gewalt relevant, sondern potenziell auch das sog. Verweiserprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. Fragen des Mitverschuldens im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB. Diese Einschränkungen führen letztlich zu einer unübersichtlichen Anlage der Amtshaftung für judikatives Unrecht. Im Folgenden gilt es daher zunächst, die Voraussetzungen einer solchen Haftung näher zu erläutern.

Soweit die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB erfüllt sind und kein Tatbestand der Haftungsbeschränkung bzw. -befreiung greift, haftet der »Beamte« gleichwohl nicht persönlich. Seine Haftung wird gem. Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet. Schon durch die Überleitung der Haftung auf den Staat ist damit auch gewährleistet, dass die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im Falle eines Amtshaftungsprozesses wegen judikativen Unrechts gar nicht direkt betroffen sein kann, sondern allenfalls mittelbar.¹⁴³ Hinzu kommt die Abschirmungswirkung der verschiedenen Ausnahmetatbestände

142 BGH v. 29.03.1971 – III ZR 98/69, BGHZ 56, 57 (63); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 93 ff.

143 S. dazu unten B. III.

des § 839 BGB, sodass eine Haftung der Dritten Gewalt *de lege lata* zunächst auf Ausnahmekonstellationen beschränkt ist.

1. Die Amtshaftung als Funktionshaftung

Art. 34 GG knüpft die mittelbare Staatshaftung daran, dass »jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes« handelt. § 839 Abs. 1 BGB spricht demgegenüber von einem »Beamten«. Es ist offensichtlich, dass die Perspektiven der beiden Vorschriften unterschiedlich sind: Während § 839 Abs. 1 BGB als deliktischer Tatbestand den *Status* des Handelnden (also den Beamten) in den Vordergrund rückt, stellt Art. 34 GG auf die *Funktion* des Handelnden ab. Die Amtshaftung wird damit – verfassungsrechtlich determiniert – zu einer Funktionshaftung.¹⁴⁴ Für eine Haftung der Dritten Gewalt hat diese verfassungsrechtliche Akzentuierung der Funktion wichtige Folgen. Sie ist insbesondere nicht nur auf richterliches Handeln im statusrechtlichen Sinne (maßgeblich wäre insoweit eine Statusbestimmung anhand des DRiG) beschränkt, sondern erfasst auf den ersten Blick auch Handeln der »Dritten Gewalt«, das von Personen ausgeht, die nicht Richter im statusrechtlichen Sinne sind. Entscheidend ist zunächst, dass sie in Ausübung eines öffentlichen Amtes handeln.

Angesichts des Wandels der Dritten Gewalt erweist sich der Ansatz der Amtshaftung so möglicherweise als entwicklungs offen gegenüber neuen Phänomenen, die bei einer rein statusbezogenen Ausgestaltung der Amtshaftung nicht verarbeitet werden könnten. Aufgrund des Vorrangs der Verfassung ist bei der Amtshaftung dieser funktionale Ansatz auch maßgeblich.¹⁴⁵ Dass die Rechtsprechung bislang im Wege einer teleologischen Reduktion nur »Richter« unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB fasst, ist freilich eine nicht unerhebliche Einschränkung für eine »flexible« Anwendung des Amtshaftungsanspruchs.¹⁴⁶

Aus der Perspektive der Funktionshaftung kommt es damit im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB zunächst darauf an, ob in einer konkreten Situation ein »öffentliches Amt« ausgeübt wird oder nicht. Allgemein fallen hierunter solche öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse, durch die einer natürlichen oder juristischen Person die Wahrnehmung einer dem Staat zur Wahrneh-

144 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 14; W. Kluth, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth (Hrsg.), Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67, Rn. 14.

145 Zum Verhältnis von § 839 BGB und Art. 34 GG s. etwa H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 26, Rn. 8.

146 S. dazu unten B. III.

mung zugewiesenen Aufgabe punktuell oder auf Dauer übertragen wird.¹⁴⁷ Hierbei kennen weder § 839 Abs. 1 BGB noch Art. 34 GG Ausnahmereiche, sodass die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt grundsätzlich von der Amtshaftung erfasst wird. Dies verdeutlicht § 839 Abs. 2 BGB als Ausnahmeregelung in besonderer Weise, denn es bedürfte weder dieser Ausnahme, soweit die Aufgaben der Rechtsprechung nicht als Ausübung eines öffentlichen Amtes gälten, noch der ausdrücklichen »Rückausnahme« bei Fällen von Verzögerung bzw. Verweigerung der Amtsausübung nach § 839 Abs. 2 BGB. Dass die Dritte Gewalt öffentliche Aufgaben wahrnimmt, die in den Anwendungsbereich der Amtshaftung fallen können, folgt schon unmittelbar aus dem GG,¹⁴⁸ das in Art. 92 die rechtsprechende Gewalt *expressis verbis* den Richtern »anvertraut«.

a) Richter als »Beamte im haftungsrechtlichen Sinne«

Vor dem Hintergrund der Funktionshaftung hat sich im Laufe der Zeit ein »pluraler Beamtenbegriff« entwickelt. So ist etwa zwischen Beamten im statusrechtlichen Sinne, Beamten im haftungsrechtlichen Sinne und Beamten im strafrechtlichen Sinne zu unterscheiden.¹⁴⁹ Für den Bereich der Amtshaftung kommt es hier auf eine nähere Ausfüllung des Begriffs des Beamten im haftungsrechtlichen Sinne an und – verallgemeinernd – auf die Frage, ob »Richter« unter einen solchen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff fallen. Dies ist vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung verfassungsrechtlich determiniert eine staatliche Funktion ist, letztlich unzweifelhaft. Richter sind zwar keine Beamten im statusrechtlichen Sinne, sie stehen aber gleichwohl in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat, in das der Richter berufen wird (§§ 9, 17 DRiG). Insofern kann weder aus der Perspektive der vom Richter wahrgenommenen Funktion noch aus der Perspektive der Ausgestaltung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Richter und Staat ein Zweifel daran bestehen, dass Richter »Beamte« im haftungsrechtlichen Sinne sein können.¹⁵⁰

Der Begriff des »Richters« im haftungsrechtlichen Sinne muss in diesem Zusammenhang indes differenzierter betrachtet werden, denn es stellt gleich-

147 W. Kluth, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth (Hrsg.), *Verwaltungsrecht II*, 7. Aufl. 2010, § 67, Rn. 16.

148 Zur Bedeutung des verfassungsrechtlichen Rahmens zur Bestimmung von »Staatsaufgaben« s. etwa H. P. Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1977, S. 99 ff.

149 F. Ossenbühl/M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 15 f.

150 M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 246; A. Ohlenburg, *Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten*, 2000, S. 91 f.

wohl keine Selbstverständlichkeit dar, dass etwa ein »Richter« im verfassungsrechtlichen Sinne (Art. 92, Art. 97 GG) auch ein »Richter« im haftungsrechtlichen Sinne ist. Vielmehr kann es hier zu Divergenzen kommen, die sich vornehmlich darauf auswirken, welche Rechtsgrundlage in der konkreten Situation für eine Haftung zu wählen ist. Verfassungsrechtlich ist die Richtereigenschaft – und damit der besondere Schutz der Verfassung gem. Art. 97 GG – Personen vorbehalten, die »Rechtsprechung« ausüben. Die Stellung des Richters ist nach der Rechtsprechung des BVerfG durch organisatorische Selbstständigkeit, persönliche und sachliche Unabhängigkeit sowie Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten gekennzeichnet.¹⁵¹ Verfassungsrechtlich kommt es daher mehr auf die Stellung des Richters im Staatsgefüge und gegenüber den Parteien eines Rechtsstreits an, nicht aber so sehr auf die Frage, ob er hoheitliche Befugnisse ausübt. Dies wird vom Grundgesetz vielmehr vorausgesetzt. Verfassungsrechtlich lässt sich die Richtereigenschaft damit am ehesten aus der Perspektive der Gewaltenteilung erhellen,¹⁵² weniger dagegen aus dem Umstand, welche konkreten Hoheitsbefugnisse ihr zugrunde liegen. Entscheidend ist damit die »organisationsrechtliche Verselbstständigung« der Rechtsprechung gegenüber den anderen Staatsgewalten.¹⁵³

Zudem wird das Kriterium der »Rechtsgelehrtheit« im verfassungsrechtlichen Kontext eine gewisse Rolle spielen. Es spiegelt sich einfachgesetzlich im DRiG wider, setzt doch die Befähigung zum Richteramt nach § 5 Abs. 1 DRiG das Bestehen der ersten und zweiten juristischen Staatsprüfung voraus. Bei aller Vorsicht, die bei diesem Kriterium geboten ist – verfassungsrechtlich steht es dem Staat frei, auch in stärkerem Maße als bislang auf sog. »Laienrichter« zurückzugreifen –, ist doch nicht zu übersehen, dass von Art. 92 GG ein gewisser Rechtfertigungszwang für den Einsatz von »Laienrichtern« ausgeht. »Richter« ist so zunächst, wer bei einem staatlichen Rechtsprechungsorgan entgeltlich beschäftigt ist und die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1

151 BVerfG v. 24.03.1982 – 2 BvH 1, 2/82, 2 BvR 233/82, BVerfGE 60, 175 (214) – Startbahn West; M. Kment, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 92, Rn. 7; s. auch C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 65 ff., der allerdings auch zutreffend darauf hinweist, dass eine solche Betrachtung einen Zirkelschluss impliziert, soweit man insbesondere auf die Unabhängigkeit abstellt. Denn nach dieser Argumentation ist Richter, wer u. a. die grundgesetzlich garantierte Unabhängigkeit genießt. Das GG garantiert diese Unabhängigkeit aber seinerseits nur der rechtsprechenden Gewalt. Die Unabhängigkeit sei – so Hillgruber zu Recht – vielmehr eine Rechtsfolge der Richtereigenschaft, nicht aber Voraussetzung für die Frage, wer Richter im Sinne des GG ist, so auch C.-D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 9.

152 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 68.

153 Ebenda.

DRiG erfüllt (also »rechtsgelehrt« ist).¹⁵⁴ Daneben kann es ehrenamtliche, aber rechtsgelehrte Richter geben und schließlich auch Laienrichter. In letzterem Fall ist aber in der Regel zu fordern, dass sie zumindest mit einem Berufsrichter zusammen entscheiden.¹⁵⁵

Sowohl die Frage der organisatorischen Selbstständigkeit als auch die Frage der Qualifikationen spielen indes im Kontext des Amtshaftungsrechts keine Rolle, entscheidend ist vielmehr die Frage, ob hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden. Mit anderen Worten: Zwar greift der Amtshaftungsanspruch theoretisch bei allen Amtspflichtverletzungen von Richtern im Sinne des Art. 92 GG, ist aber nicht auf diese beschränkt.

Eine differenzierte Betrachtung bietet sich aber auch aus einer anderen Perspektive an: Die Dritte Gewalt dürfte zwar in aller Regel hoheitliche Befugnisse ausüben und damit stets »in Ausübung eines öffentlichen Amtes« handeln, gleichwohl heißt dies nicht, dass es sich immer um denselben Aufgabentypus handelt. Hier muss schon vor dem Hintergrund der Privilegierung des § 839 Abs. 2 BGB zwischen solchen Tätigkeiten unterschieden werden, die sich »auf ein Urteil bei einer Rechtssache« beziehen, und solchen, die hiervon nicht umfasst sind, wie zum Beispiel administrative Tätigkeiten.

Letzterer Bereich unterliegt prinzipiell dem haftungsrechtlichen Normfall-szenario des § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art 34 GG, ohne dass § 839 Abs. 2 BGB zum Zuge käme. In der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur zur Amtshaftung wird daher im Bereich der Rechtspflege insbesondere auf diese administrativen Tätigkeiten der Schwerpunkt gelegt, etwa in Hinblick auf die sog. Freiwillige Gerichtsbarkeit, die nunmehr im FamFG geregelt ist.¹⁵⁶ Eine besondere Rolle spielen hier insoweit Grundbuchsachen und die Tätigkeiten des Haftrichters sowie des Insolvenz-, Nachlass-, Register-, Vollstreckungs-, Vormundschafts- und Zwangsversteigerungsgerichts.¹⁵⁷

b) Nichtrichterliche Organe der Rechtspflege

Auch wenn die »Dritte Gewalt« nach Art. 92 GG zunächst den Richtern anvertraut ist, so ist mit dem Wandel dieser Staatsaufgabe auch der Kreis der Funktionsträger, die mit Aufgaben der Dritten Gewalt bzw. mit Aufgaben

154 Ebenda, Rn. 70.

155 Ebenda, Rn. 72.

156 S. dazu etwa K. Schäfer, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 566 ff.; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 381.

157 Eingehend dazu unten B. III. 4. c) ff); s. auch H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839, Rn. 113 ff.; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 385.

aus ihrem Umfeld betraut sind (sog. »nichtrichterliche Organe der Rechtspflege«¹⁵⁸), in jüngerer Zeit immer größer geworden bzw. die Aufgaben der Funktionsträger haben sukzessive an Bedeutung gewonnen. Soweit sie, wie z. B. Rechtspfleger (§ 1 RPflG), Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (s. etwa § 153 GVG, § 13 VwGO, § 4 SGG), Gerichtsvollzieher (§ 154 GVG) oder Justizwachtmeister, unmittelbar dem Tätigkeitsbereich der Rechtspflege zugeordnet sind, erfüllen sie zweifelsohne hoheitliche Funktionen und sind insoweit nicht nur Beamte im statusrechtlichen Sinne,¹⁵⁹ sondern auch Beamte im haftungsrechtlichen Sinne.¹⁶⁰ Dies gilt auch für die Staatsanwaltschaft (§§ 141 ff. GVG).¹⁶¹ Dagegen ist die Rechtsanwaltschaft – wiewohl sie ein Organ der Rechtspflege verkörpert (s. § 1 BRAO) – nicht im öffentlichen Funktionskreis tätig. Ihre Haftung ist keine Amtshaftung im Sinne des § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG, sondern eine vertragliche Haftung gegenüber dem Mandanten.¹⁶² Dies gilt auch für Notare, für die als sog. »Gebührenbeamte« seit jeher spezielle Regelungen Anwendung finden (s. § 19 Abs. 1 BNotO, der eine § 839 Abs. 1 BGB nachgebildete persönliche Haftung des Notars statuiert).¹⁶³ Nach §§ 19, 46 BNotO haftet der Staat nicht für Amtspflichtverletzungen von Notaren, d. h. die Überleitung des Art. 34 GG greift bei Notaren nicht.¹⁶⁴ Ausnahmen von diesem Grundsatz, die in erster Linie historisch begründet sind, gibt es für die Bezirksnotare in Württemberg (§ 114 BNotO) und die badischen Notare im OLG-Bezirk Karlsruhe (§ 115 BNotO) als Notare im Landesdienst.¹⁶⁵ Sie sind Beamte im statusrechtlichen Sinne, auf die wiederum die speziellen Haftungsregelungen der BNotO keine Anwendung finden. Weil aber Notare allgemein hoheitliche Funktionen übernehmen, fin-

158 Eingehend dazu etwa E. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 513 ff.

159 M. Georg, in: E. Arnold/K. Meyer-Stolte/K.-O. Herrmann/K. Rellermeyer/U. Hintzen/ders. (Hrsg.), Rechtspflegergesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 1, Rn. 6 ff. Der Rechtspfleger ist nach § 2 Abs. 1 RPflG »Beamter im Justizdienst«, ebenda, Rn. 14.

160 M. Georg, in: E. Arnold/K. Meyer-Stolte/K.-O. Herrmann/K. Rellermeyer/U. Hintzen/ders. (Hrsg.), Rechtspflegergesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 9, Rn. 41.

161 S. J. Blomeyer, Zur Haftung des Staates für Fehler des Staatsanwalts, JZ 1970, S. 715 ff.; E. Steffen, Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts, DRiZ 1972, S. 153 ff.; A. Oblenburg, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten, 2000, S. 104 ff.

162 Die Literatur zur Anwaltschaft ist Legion, s. etwa F. J. Rinsche/K. Fahrendorf/S. Mennemeyer, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl. 2010; M. Vollkommer/R. Greger/J. Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009; B. Borgmann/A. Jungk/H. Grams, Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005; zu den aktuellen Problemen in diesem Bereich s. auch G. Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 76 ff.; eingehend auch C. Grüneberg, in: ders. (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 280, Rn. 66 ff.

163 S. H. Zugehör/H. G. Ganter/C. Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004; H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839, Rn. 149 ff.

164 Eingehend dazu BGH v. 23.04.1953 – III ZR 103/52, BGHZ 9, 289.

165 Erst mit der Reichsnotarordnung v. 13.07.1937 (RGBl. 1931 S. 191) wurden Notare nicht mehr als Beamte im beamtenrechtlichen Sinne behandelt. Zuvor waren Notare immer auch Beamte, s. nur RG v. 20.06.1901 – Rep. VI. 75/01, RGZ 49, 269; F. Kreft, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, § 839, Rn. 139.

det der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG in diesen Fällen direkte Anwendung.¹⁶⁶ Dagegen haftet der gerichtlich bestellte Sachverständige nach § 839a BGB persönlich.¹⁶⁷ Der Sachverständige übt grundsätzlich keine hoheitliche Gewalt aus, sodass eine Amtshaftung regelmäßig ausscheidet.

Demgegenüber erfüllen *Schiedsmänner* regelmäßig öffentliche Aufgaben.¹⁶⁸ Auch hier spielt der historische Hintergrund eine Rolle, denn das Schiedsamt war lange Zeit ein Beamtenamt.¹⁶⁹ Private Mediatoren erfüllen dagegen in der Regel keine öffentlichen Aufgaben und haften daher persönlich. Dies gilt ggf. auch für sog. Notarmediatoren, die nach § 19 BNotO haften.¹⁷⁰ Allerdings erfüllen Richter naturgemäß auch öffentliche Aufgaben, wenn sie mit Aufgaben der Mediation betraut sind. Eine Haftung ist in diesem Falle eine Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG.¹⁷¹

Diese Beispiele zeigen insgesamt, dass durch den Wandel der Dritten Gewalt und die Ausdifferenzierung der Akteure die Frage, was privatrechtlich zu beurteilende Aufgaben der Rechtspflege und was öffentliche Aufgaben sind, entscheidend für das jeweils ggf. zur Anwendung gelangende Haftungsregime ist.

2. Amtspflichtverletzung und Dritte Gewalt

Die Amtshaftung knüpft unmittelbar an die Verletzung einer »Amtspflicht« an. Was aber genau eine Amtspflicht im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB ist, kann weder aus dem Tatbestand der Norm geschlossen werden noch hat der Gesetzgeber an einer anderen Stelle entscheidende Hinweise darauf gegeben, was hierunter zu verstehen ist, und damit die Aufgabe der Konkretisierung des Begriffs letztlich in die Hände der Dritten Gewalt gelegt.¹⁷² Amtspflichten können sich deshalb aus einer Reihe unterschiedlicher Rechtsquellen ableiten lassen, insbesondere aus dem Verfassungs- und Gesetzesrecht. Sie können

166 BGH v. 23.11.1995 – IX ZR 213/94, NJW 1996, 464 – Notarhaftung für Verschulden von Hilfspersonen; BGH v. 06.10.1994 – III ZR 134/93, NJW-RR 1995, 248.

167 S. dazu C. Thole, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, 2004.

168 BGH v. 11.12.1961 – III ZR 172/60, BGHZ 36, 193; s. auch BGH v. 12.02.1970 – III ZR 231/68, BGHZ 53, 217 (220) – Amtspflichtverletzung für den Fall, dass es sich nach speziellen Regelungen um Ehrenbeamte handelt.

169 Bis zur preußischen Schiedsmannsordnung v. 03.12.1924 (GVBl. S. 751); eingehend dazu A. Koch, Die historische Entwicklung des Schiedsmannswesens in Preußen von 1808 bis 1900, 2003; s. auch F. Kreft, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, § 839, Rn. 139.

170 Dazu H. Nölting, Die Haftung des Mediators, ZKM 2004, S. 231 ff.

171 S. K.-H. Matthies, Richterliche Mediation im Lichte der Amtshaftung, FS Erwin Deutsch, 2009, S. 869 ff.

172 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 44.

aber auch richterrechtlich entwickelt werden.¹⁷³ Dass das Tatbestandsmerkmal der »Amtspflichtverletzung« besonders problematisch ist, lässt sich schon aus dem Umstand ersehen, dass Amtspflichten streng genommen nur gegenüber dem Dienstherrn bestehen können, nicht aber gegenüber »Dritten« oder gegenüber der Allgemeinheit.¹⁷⁴ Diese Schwäche des Amtshaftungsrechts, die zu erheblichen dogmatischen Brüchen verleitet, wurde etwa im Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981 reflektiert.¹⁷⁵ Dessen § 1 knüpfte die unmittelbare Staatsunrechtshaftung an die Verletzung einer »Pflicht des öffentlichen Rechts«, nicht aber an eine »Amtspflicht«.¹⁷⁶

Weil eine abstrakte Definition der »Amtspflicht« nicht verfügbar ist, dieses Tatbestandsmerkmal bei der gegenwärtigen Konstruktion der Amtshaftung als mittelbarer Staatsunrechtshaftung aber auch nicht außer Acht gelassen werden darf, haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im Laufe der Jahre eine Vielzahl von Amtspflichten entwickelt, die nur noch schwer auf einen Nenner gebracht werden können.¹⁷⁷ Dieses Vorgehen ist dadurch gekennzeichnet, dass bestimmte Typisierungen vorgenommen werden und insbesondere in der Kommentarliteratur auch berufsgruppenspezifische Analysen vorzufinden sind. Im Zentrum steht hierbei bemerkenswerterweise hinsichtlich der Dritten Gewalt bislang nicht etwa das »Fehlurteil« und damit korrespondierend eine Diskussion darüber, ob Richter verpflichtet sind, »richtige Entscheidungen« zu fällen – hier zeigt sich einmal mehr die abschirmende Wirkung des § 839 Abs. 2 BGB –, sondern Fragen des administrativen Handelns der Dritten Gewalt, der Sitzungspolizei oder allgemeiner des Verfahrens.¹⁷⁸

a) Richterliche Amtspflichten

Insofern lässt sich heute ein ganzes Bündel richterlicher Amtspflichten identifizieren, die z. T. jenseits der allgemeinen Amtspflichten, die für »alle« Beamten im haftungsrechtlichen Sinne gelten, stehen. Teilweise lassen sich diese Amtspflichten unmittelbar aus § 839 BGB ableiten. Indem etwa § 839 Abs. 2

173 Ebenda, S. 45.

174 Ebenda, S. 44 mit Verweis auf H.-H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 35 ff.

175 BGBl. I S. 553.

176 Dazu eingehend B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 64 ff.

177 S. etwa schon K. Schäfer, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 227 ff.; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 244 ff.

178 Eingehend dazu etwa A. Ohlenburg, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten, 2000, S. 94 ff.

S. 2 BGB die Verweigerung bzw. Verzögerung der Amtsführung vom Anwendungsbereich des Spruchrichterprivilegs ausnimmt, folgt daraus, dass die *zügige Ausführung des Amtes* (bzw. die Pflicht, überhaupt tätig zu werden) auch und insbesondere für Richter gilt.¹⁷⁹ Verfassungsrechtlich leitet sich diese Pflicht zum Tätigwerden bzw. zügigen Entscheiden aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ab.¹⁸⁰ Weitere richterliche Amtspflichten können aus den jeweiligen Prozessordnungen abgeleitet werden bzw. folgen schon aus der besonderen Natur des richterlichen Amtes. Letzteres gilt etwa für die Amtspflicht zur *Unparteilichkeit*¹⁸¹ und die Pflicht zum *rechtmäßigen Handeln*.¹⁸² Wo die Prozessordnungen richterliche *Hinweispflichten* statuieren (s. etwa §§ 139 ZPO), tritt zwar ein gewisses Spannungsverhältnis zur Amtspflicht der Unparteilichkeit zu Tage,¹⁸³ dennoch sind die Gerichte gehalten, auf Grundlage der Hinweispflichten für ein zügiges und faires Verfahren zu sorgen.¹⁸⁴ Aus der verfassungsrechtlichen Verbürgung des *rechtlichen Gehörs* (Art. 103 Abs. 1 GG) resultiert für den Richter die (Amts-)Pflicht, dieses auch zu gewähren.

Insgesamt lassen sich die richterlichen Amtspflichten damit entweder direkt auf das Verfassungsrecht zurückführen, folgen unmittelbar aus den in den verschiedenen Prozessordnungen bzw. im DRiG festgelegten richterlichen Pflichten oder gehen auf die besondere Natur des richterlichen Amtes zurück. Durch den Wandel der Dritten Gewalt (dazu § 5) und stetig neue Aufgaben der Richter werden auch neue Amtspflichten geschaffen, die sich

179 OLG Frankfurt v. 15.12.1966 – 1 U 38/66, VersR 1967, 461.

180 S. BVerfG v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349 (369) – Hess-Entscheidung; BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (269) – Anwaltsverschulden; BVerfG v. 11.12.2000 – 1 BvR 661/00, NJW 2001, 961; BVerfG v. 29.11.2005 – 2 BvR 1737/05, NJW 2006, 668; dazu jüngst – allerdings restriktiv – auch BGH v. 04.11.2010 – III ZR 32/10, NJW 2011, 1072 – Amtshaftung nur bei unvertretbarer Verfahrensverzögerung: »Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 II 1 BGB ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass das richterliche Verhalten bei der Prozessführung im Amtshaftungsprozess nur auf seine Vertretbarkeit hin zu überprüfen ist. Bei der Würdigung, ob dem Richter pflichtwidrige Verzögerungen anzulasten sind (§ 839 II 1 BGB), ist zu beachten, dass sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet. Der Zeitfaktor ist aber auch bei langer Verfahrensdauer nicht der allein entscheidende Maßstab.«

181 Dazu K. Fischer, Die Richterhaftung, 1973, S. 5 ff. (»Erste und höchste Pflicht des Richters ist die Pflicht zur Unparteilichkeit«); s. auch A. Ohlenburg, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten, 2000, S. 94 f.

182 Hier steht insbesondere die Amtspflicht zur »richtigen« Gesetzesauslegung im Zentrum der Diskussion, so hat das Reichsgericht schon früh entschieden, dass eine unrichtige Gesetzesauslegung, die auf einem Verstoß gegen einen vollkommen klaren Gesetzeswortlaut basiert, eine Amtspflichtverletzung darstellen kann, s. RG v. 09.06.1931 – III 283/30, RGZ 133, 137; insgesamt sind die Hürden hier aber hoch, s. BGH v. 23.03.1959 – III ZR 207/57, BGHZ 30, 19 (22); BGH v. 06.11.1961 – III ZR 143/60, BGHZ 36, 144 (148); BGH v. 14.10.1963 – III ZR 27/63, VersR 1964, 146.

183 BGH v. 02.03.2003 – V ZB 22/03, NJW 2004, 164.

184 BVerfG v. 12.08.2002 – 1 BvR 399/02, NJW 2002, 2937 (2938).

mit den althergebrachten Pflichtenstellungen der Richter mitunter nur schwer vereinbaren lassen. So muss sich die »besondere« Rolle des richterlichen Mediators (»Güterichter«), des Strafrichters, der eine Prozessabsprache trifft, oder des Richters im einstweiligen Rechtsschutz auch bei der Bestimmung der Amtspflichten niederschlagen. Während etwa der richterliche Mediator schon aufgrund der Natur der Mediation eine äußerst passive Rolle hat – Zurückhaltung wird so gewissermaßen zur Amtspflicht –, spielt im einstweiligen Rechtsschutz das richterliche Ermessen eine ungleich größere Rolle als etwa im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens. Dementsprechend wird auch die Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Ermessensausübung im einstweiligen Rechtsschutz eine weitaus größere Rolle spielen als im Hauptsacheverfahren.

Überlagert werden die richterlichen Amtspflichten auch durch das Unionsrecht bzw. das internationale Recht. So treffen den nationalen Richter im europäischen Rechtsprechungsverbund etwa die Pflichten, das Unionsrecht ggf. unmittelbar anzuwenden bzw. nationales Recht *ex officio* nicht anzuwenden, mit der europäischen Gerichtsbarkeit im Rahmen des Vorlageverfahrens zu kooperieren und in den jeweiligen Entscheidungen das europäische Interesse zu berücksichtigen. Hierbei handelt es sich nicht nur um unionsrechtliche Pflichten des Richters, sondern letztlich gebietet auch die Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln eine Berücksichtigung des Unionsrechts. In abgestufter Weise gilt dies letztlich auch für die Berücksichtigung der Garantien der EMRK. Zwar genießt die EMRK in Deutschland »nur« einfachgesetzlichen Rang, dies heißt aber nicht, dass nationale Richter die Verbürgungen der EMRK nicht – als Amtspflicht – zu berücksichtigen hätten. Das BVerfG hat diesbezüglich zumindest eine »faktische Bindung« der Gerichte befürwortet.¹⁸⁵ Entsprechend trifft auch die (unteren) nationalen Gerichte die (Amts-)Pflicht, die EMRK zu berücksichtigen. Sie leitet sich u. a. aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ab, der nicht nur vom BVerfG oder anderen Höchstgerichten zu beachten ist, sondern von allen Gerichten.¹⁸⁶

185 BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen.

186 Ebenda.

b) Verletzung

Die Frage, wann eine Amtspflicht verletzt ist, wird nur selten im Kontext der Amtshaftung thematisiert.¹⁸⁷ Hier gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze der unerlaubten Handlung,¹⁸⁸ d. h. sowohl die im Spiegel der konkreten Amtspflicht *unzulässige Vornahme* einer Handlung oder Maßnahme als auch das *Unterlassen* einer durch eine konkrete Amtspflicht gebotenen Handlung oder Maßnahme können eine Verletzungshandlung im Sinne des Amtshaftungsrechts darstellen.¹⁸⁹ In Bezug auf die Dritte Gewalt dürfte hierbei eine Verletzung durch Unterlassen die Regel darstellen. Dies folgt schon aus der Natur der Rechtsprechung, die eine retrospektive Rolle einnimmt und der das gestaltende Element allgemein fehlt.¹⁹⁰ Entsprechend stehen hier etwa Fragen der Verfahrensdauer,¹⁹¹ der ordnungsgemäßen Besetzung der Spruchkörper,¹⁹² Einzelfragen des ordnungsgemäßen Verfahrens¹⁹³ und ähnliche Konstellationen im Vordergrund. Anders gestaltet sich dagegen die Situation, soweit richterliches Handeln exekutivem Handeln vorgeschaltet ist, etwa bei Richtervorbehalten im Rahmen des Strafprozessrechts. Bisweilen fällt es auch schwer, eine exakte Abgrenzung zwischen Unterlassen und der unzulässigen Vornahme von Amtshandlungen vorzunehmen, worauf es allerdings so lange nicht ankommt, wie die Verletzung als solche nicht infrage steht.

187 Nahezu alle Kommentierungen und Standardwerke schweigen zum Begriff der Verletzung, s. aber *F. Kreft*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, § 839, Rn. 145.

188 Dazu etwa *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 21 ff. (insb. S. 25-27).

189 *F. Kreft*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, § 839, Rn. 145 mit Hinweis auf RG v. 29.10.1903 – VI 105/03, RGZ 56, 84 (92).

190 Dazu *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 100.

191 Dazu etwa *K. A. Otto*, Der Anspruch auf ein Verfahren in angemessener Zeit, 1994; *V. Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999; *L. Niesler*, Angemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozeß, 2005; rechtsvergleichend *F. Bien/O. Guillaumont*, Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer – Eine kritische Untersuchung der präventiven und kompensatorischen Rechtsbehelfe im deutschen und französischen Recht im Lichte der Kudla-Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2004, S. 451 ff.

192 BGH v. 06.11.1961 – III ZR 143/60, BGHZ 36, 144; BGH v. 13.03.1962 – VI ZR 142/61, NJW 1962, 959; BGH v. 19.01.1978 – III ZR 11/76, VersR 1978, 460.

193 Dazu etwa *G. Britz/D. Pfeifer*, Rechtsbehelf gegen unangemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozess – Rechtsschutzerofordernisse bei Verletzung von Prozessgrundrechten nach der jüngsten Rechtsprechung von EGMR und BVerfG, DÖV 2004, S. 245 ff.

3. Drittgerichtetheit der Amtspflicht

a) Drittgerichtetheit als Kriterium

§ 839 Abs. 1 BGB erfasst schon von seinem Wortlaut her nicht jede denkbare Amtspflichtverletzung eines Amtswalters. Die Vorschrift unterscheidet vielmehr zwischen drittgerichteten und solchen Amtspflichten, die lediglich im Innenverhältnis einer Behörde oder sonstigen öffentlichen Einrichtung zum Tragen kommen bzw. gegenüber der Allgemeinheit. Das Kriterium der »Drittgerichtetheit« hat wie weitere »Sicherungen« innerhalb des Tatbestandes die Funktion, haftungsbegrenzend zu wirken, was wiederum vor der historischen Entwicklung der Amtshaftung zu sehen ist.¹⁹⁴ Gleichwohl wirft das Kriterium seit jeher besondere Probleme auf.¹⁹⁵ Eine überzeugende Definition konnte bislang weder vom Reichsgericht noch vom BGH entwickelt werden. So konstatiert etwa *Jörg Berkemann*:

»In mehr als fünfzigjähriger Tätigkeit, seien wir ehrlich, hat der BGH es nicht geschafft, eine plausible Definition dieser drittbezogenen Amtspflicht zu geben.«¹⁹⁶

Das Merkmal der »Drittgerichtetheit« im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs erfüllt eine ähnliche Funktion wie das subjektiv-öffentliche Recht im Verwaltungsrecht bzw. im Verwaltungsprozessrecht (§ 42 Abs. 2 VwGO) allgemein.¹⁹⁷ Gleichwohl dürfen beide Voraussetzungen nicht statisch gleichgesetzt werden.¹⁹⁸ Vor dem Hintergrund der Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts ist es zu einer ungeahnten Relativierung der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht¹⁹⁹ bzw. zur Schutznormtheorie gekommen, die sich etwa durch Verbandsklagerechte etc. ausdrückt.²⁰⁰ Was diese Entwicklungen

194 S. B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 64 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 60 ff.; zur Drittgerichtetheit s. auch A. Blankenagel, Die »Amtspflicht gegenüber einem Dritten« – Kasuistik ohne Systematik?, DVBl. 1981, S. 15 ff.; K.-H. Ladeur, Zur Bestimmung des drittschützenden Charakters von Amtspflichten im Sinne des § 839 BGB und Art. 34 GG – insbesondere bei Aufsichtspflichten, DÖV 1994, S. 665 ff.; T. Hebel, Die BGH-Rechtsprechung zur Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung im Baurecht – Bestandsaufnahme, Kritik, Ausblick, VerwArch 98 (2007), S. 136; J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1134) m. w. Nachw.

195 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 60.

196 J. Berkemann, Sinn, Last und Unsinn der Schutznormtheorie, in: DAI (Hrsg.), Brennpunkte des Verwaltungsrechts, 2010, S. 24 ff. (29); kritisch auch F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 61.

197 BGH v. 10.03.1994 – III ZR 9/93, BGHZ 125, 258 (268), s. auch B. Grzeszick, in: D. Ehlers/H. Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 44, Rn. 18.

198 Tendenziell a. A. M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 258 f.

199 S. dazu grundlegend G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892; O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

200 S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 368 ff.; J. P. Terhechte, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung – Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht der

für das Kriterium der »Drittgerichtetheit« im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB bedeuten, ist bislang wenig wissenschaftlich beleuchtet worden.

Der Tatbestand des § 839 Abs. 1 BGB spricht zunächst von einer Amtspflicht, »die ihm [dem Beamten] gegenüber einem Dritten obliegt«. Die dem Kriterium der »Drittgerichtetheit« ursprünglich innewohnende Begrenzungsfunktion wird in der Rechtsprechung in jüngerer Zeit immer weiter aufgeweitet und so der Kreis der »Dritten« im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB stetig erweitert. Gleichwohl greift der BGH in ständiger Rechtsprechung auf die Formel zurück, dass die verletzte Amtspflicht (zumindest auch) den Zweck haben muss, das Interesse des Geschädigten wahrzunehmen.²⁰¹ Entscheidend ist so letztlich der Zweck der jeweiligen Amtspflicht, um die Drittgerichtetheit bestimmen zu können.²⁰²

b) Die Drittgerichtetheit der richterlichen Tätigkeit

Es liegt schon in der Natur des Rechtsstreits, dass die richterliche Entscheidung zunächst nur zwischen den Parteien (*inter partes*), nicht aber gegenüber jedermann (*erga omnes*) zum Tragen kommt.²⁰³ Dieser Grundsatz ist eng mit der dem gerichtlichen Verfahren eigenen Individualisierungsleistung und -funktion verknüpft.²⁰⁴ Insofern darf vermutet werden, dass das amts haftungsrechtliche Kriterium der »Drittgerichtetheit« zumindest in Bezug auf die Parteien eines Rechtsstreits nur wenige Probleme aufwirft. Anders gestaltet sich dagegen die Situation, wenn es um die Amtspflichten der Dritten Gewalt gegenüber am Prozessrechtsverhältnis Unbeteiligten geht, wie etwa der »Öffentlichkeit«. Hier konfliktieren das Kriterium der »Drittgerichtetheit«

EU, 2. Aufl. 2022, § 1, Rn. 30. Eingehend dazu anhand der jüngeren Diskussion über Verbandsklagerechte s. etwa J. Berkemann, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand – Vorlagebeschluss des OVG Münster vom 5. März 2009 und Urteil des OVG Schleswig vom 12. März 2009, NordÖR 2009, S. 336; J. Ziekou, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz im System des deutschen Rechtsschutzes, NVwZ 2007, S. 259; s. auch allgemein D. Ehlers, Die Klagbefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht, VerwArch 84 (1993), S. 139.

201 BGH v. 04.07.1974 – III ZR 61/72, BGHZ 63, 35 (38 f.); BGH v. 24.06.1982 – III ZR 169/80, BGHZ 84, 292 (299); BGH v. 21.12.1989 – III ZR 49/88, BGHZ 110, 1 (8 f.); s. auch F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 61.

202 BGH v. 29.03.1971 – III ZR 110/68, BGHZ 56, 40 (45); BGH v. 24.06.1982 – III ZR 169/80 BGHZ 84, 292 (299); BGH v. 10.02.1983 – III ZR 151/81, BGHZ 87, 9 (18); H.-J. Papier/E. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 291 ff.

203 Dieser Grundsatz wird freilich in jüngerer Zeit immer häufiger durchbrochen, was in besonderer Weise im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle spielt. Auch den Entscheidungen der Vereinigten Großen Senate des BGH kommt mitunter »Gesetzescharakter« zu, s. dazu § 132 GVG; ferner M. Schulte, Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag: Dargestellt am Beispiel des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, 1986.

204 Zu ihr etwa C. Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 103 f.

und die Individualisierungsfunktion des Gerichtsverfahrens schon aus einer grundsätzlichen Perspektive.

4. Verschulden

Die Amtshaftung ist historisch betrachtet eine persönliche Deliktshaftung des Beamten und setzt schon ihrem Wortlaut nach ein Verschulden voraus. Prinzipiell gelten hier die allgemeinen Regelungen des Bürgerlichen Rechts, d. h. die infrage stehende Amtspflicht muss vom Amtswalter *in seiner Person* in vorwerfbarer Weise verletzt worden sein, wobei grundsätzlich als Verschuldensformen sowohl die Fahrlässigkeit (§ 276 BGB) als auch Vorsatz in Betracht kommen. Diese prinzipielle Sichtweise wird allerdings heute von der Rechtsprechung kaum noch berücksichtigt. Vielmehr zeichnet sich seit geraumer Zeit eine Tendenz ab, das eigentlich subjektive Kriterium des Verschuldens zu objektivieren und die Amtshaftung damit stärker in Richtung einer allgemeinen Unrechtshaftung zu rücken.²⁰⁵ Dies wirft nicht unerhebliche Probleme auf, denn die Rechtsprechung lässt sich hier kaum noch auf einen Nenner bringen. Hinsichtlich der Dritten Gewalt scheint das Verschuldenskriterium darüber hinaus von vornherein mit der richterlichen Unabhängigkeit zu kollidieren.²⁰⁶ Zudem sind auch verfahrensrechtliche Besonderheiten zu verzeichnen, die die Feststellung eines (individuellen) Verschuldens maßgeblich erschweren. Plastisch werden diese Probleme anhand des Verschuldensmaßstabs der *Fahrlässigkeit*, der nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung für judikatives Unrecht – wenn überhaupt – nur eingeschränkt gelten soll. Zudem wird die Feststellung eines Verschuldens maßgeblich erschwert, soweit das *Beratungsgeheimnis* greift. Bei Kollegialgerichten wird die Feststellung des individuellen Verschuldens damit nicht nur erschwert, sondern gesetzlich von vornherein ausgeschlossen. Insofern stößt auch die Übertragung der Figur des Organisationsverschuldens auf judikatives Unrecht an ihre Grenzen.

a) *Fahrlässigkeit und richterliche Unabhängigkeit*

Der BGH hat in jüngeren Entscheidungen eine Haftung der Dritten Gewalt ausgeschlossen, soweit dem Richter bei der Rechtsanwendung lediglich Fahr-

205 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 78 f.

206 BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306.

lässigkeit zur Last gelegt werden kann.²⁰⁷ Aufgrund des Verfassungsgrundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit, so der BGH, könne dem Richter in einem Amtshaftungsprozess ein Schuldvorwurf nur bei besonders groben Verstößen gemacht werden, was inhaltlich auf eine Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinauslaufe.²⁰⁸ Diese Rechtsprechung liegt auf einer Linie, die der BGH bereits wesentlich früher in Bezug auf die unrichtige Anwendung des Rechts durch Gerichte entwickelt hatte. In einem Urteil aus dem Jahre 1960 hatte der BGH festgestellt:

»Unrichtige Rechtsanwendung oder -auslegung begründet gegen den Richter regelmäßig keinen Schuldvorwurf, wenn es sich um die Anwendung von Vorschriften oder Grundsätzen handelt, deren rechtliche Tragweite unklar und durch höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt ist.«²⁰⁹

Das OLG Koblenz hat im Jahre 2005 einen anderen tatbestandlichen Anknüpfungspunkt gewählt. Nach diesem Urteil kommt ein Amtshaftungsanspruch bei judikativem Unrecht nur in Betracht, wenn Richter ihre Pflichten besonders grob, mithin in besonders schwerer, kaum noch nachvollziehbarer Weise verletzen.²¹⁰ Es kommt hiernach also auf die Verletzungshandlung, nicht aber den Grad des Verschuldens an. Das OLG begründet diese Ansicht letztlich mit »systematischen« Argumenten:

»Die gegenteilige Auffassung würde u. a. bei Eingriffen in das Eigentum (z. B. in Zwangsversteigerungsverfahren) dazu führen, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen fehlender Schuld ausgeschlossen wäre. Da aber ein rechtswidriges Handeln nach dieser Meinung vorläge, würden Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff in diesen Fällen eingreifen können. Dies würde ersichtlich gerade in Widerspruch zu der Bedeutung und dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit und der damit einhergehenden gewollten Haftungsbegrenzung bei richterlichem Handeln führen.«²¹¹

Bei Lichte betrachtet ist die Ausdehnung der richterlichen Haftungsprivilegierung indes nicht einleuchtend – unabhängig davon, ob man beim Merkmal der Amtspflichtverletzung oder beim Verschulden ansetzt. Aus der systematischen Perspektive führt ein solcher Ansatz zu einer weiteren Zersplitterung des Amtshaftungsrechts, das schon heute kaum noch einheitliche Strukturen aufweist. Zudem ist nicht ersichtlich, warum die richterliche Unabhän-

207 Ebenda (310); s. auch BGH v. 19.12.1991 – III ZR 9/91, NJW-RR 1992, 919; OLG Frankfurt v. 29.03.2001 – 1 U 25/00, NJW 2001, 3270 (Schuldvorwurf bei objektiv unrichtiger Rechtsanwendung nur bei besonders groben Verstößen); OLG München v. 21.06.2010 – 1 U 2201/10; tendenziell anders aber BGH v. 05.10.2006 – III ZR 283/05, NJW 2007, 224 in Bezug auf die Amtspflichtverletzung eines Rechtspflegers.

208 Ebenda.

209 BGH v. 16.01.1961 – III ZR 224/59, BGHZ 34, 184. In diesem Verfahren ging es um Fragen der Anerkennung »sowjetzonaler Gerichtsakte«.

210 OLG Koblenz v. 12.01.2005 – 1 U 713/04, openJur 2018, 8463.

211 Ebenda.

gigkeit eine restriktive Handhabung des Verschuldenskriteriums überhaupt erfordern würde. Dem (historischen) Gesetzgeber schwebte bei der Formulierung des § 839 Abs. 2 BGB offenkundig ein bestimmter Anwendungsbereich der Haftungsimmunisierung vor; hätte man hier das Bedürfnis für einen weitergehenden Ansatz gesehen, so hätte auch eine allgemeine Ausnahme für richterliche Amtstätigkeiten in § 839 Abs. 2 BGB aufgenommen werden können. Dass die Rechtsprechung ihrerseits den Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB sukzessive ausbaut,²¹² ist schon vor diesem Hintergrund nicht unproblematisch und müsste auch im Lichte des Art. 34 GG, der keine Bereichsausnahme für die Dritte Gewalt enthält, gerechtfertigt werden. Hinzu kommt, dass nach ganz überwiegender Auffassung § 839 Abs. 2 BGB jedenfalls nicht der richterlichen Unabhängigkeit dient.²¹³ Dass diese ausgerechnet in Fällen stark gemacht werden soll, die nicht vom Privileg des § 839 Abs. 2 BGB erfasst werden, stellt damit einen Bruch innerhalb der Systematik der Amtshaftung dar.

b) Richterliches Beratungsgeheimnis

Eine Hürde für die Feststellung des Verschuldens stellt überdies das richterliche Beratungsgeheimnis dar.²¹⁴ Nach § 43 DRiG hat der Richter über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen.²¹⁵ Das Beratungsgeheimnis dient nach gefestigter Rechtsprechung zunächst der Sicherung der Unabhängigkeit des Richters; es ist so nach einer bekannten Wendung des Reichsgerichts »das Palladium« der richterlichen Unabhängigkeit.²¹⁶ Aus der historischen Perspektive sollten Richter hiermit vor politischen Einflüssen geschützt werden.²¹⁷ Zudem dient das Beratungsgeheimnis nach allgemeiner Auffassung dem Schutz des Ansehens von Kollegialgerichtsentscheidungen.²¹⁸ Gerade im Strafverfahren seien unterschiedliche Ansichten innerhalb eines Kollegialgerichts eher kontraproduktiv.²¹⁹ Ob dies allerdings für ein zivilgerichtliches

212 Dazu unten B. III. 4. c) bb).

213 Dazu ausführlich unten B. III. 3. a).

214 Eingehend dazu BVerwG v., 21.02.2007 – 20 F 9/06, BVerwGE 128, 135; G. Spendel, Das richterliche Beratungsgeheimnis und seine Grenzen im Strafprozeß, ZStW 65 (1953), S. 403 ff.

215 S. auch § 30 Abs. 1 BVerfGG (für die Beratungen des BVerfG); zum Ganzen auch J. Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 275 ff.; H. Prütting, Zur Rechtsstellung des Schiedsrichters – dargestellt am richterlichen Beratungsgeheimnis, in: FS Karl Heinz Schwab, 1990, S. 409 ff.

216 RG v. 13.11.1984 – 3679/94, RGSt 26, 202.

217 T. Wickern, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 11, StPO/GVG Kommentar, 26. Aufl. 2011, § 193 GVG, Rn. 37.

218 Ebenda, Rn. 48.

219 Ebenda, Rn. 48.

oder verwaltungsgerichtliches Verfahren ebenso angenommen werden darf, steht auf einem anderen Blatt. Überhaupt ist in den letzten Jahren intensiv diskutiert worden, ob nicht in bestimmten Situationen die Möglichkeit eines Richters, der einem Kollegialgericht angehört, dem Urteil eine Minderheitsmeinung (sog. *dissenting opinion*) beizufügen, umgekehrt das Ansehen von Entscheidungen steigern könnte.²²⁰ So ist im Rahmen von Entscheidungen des BVerfG die »abweichende Meinung« (§ 32 Abs. 2 BVerfGG) seit 1970 zulässig.²²¹ Auch Höchstgerichte anderer Länder, wie z. B. der U.S. Supreme Court,²²² arbeiten mit diesem verfahrensrechtlichen Instrument, sodass der Schutz des Beratungsgeheimnisses nicht pauschal als konstitutiv für die richterliche Unabhängigkeit angesehen werden kann. Solange aber § 43 DRiG seine »abschirmende« Wirkung entfaltet, ist zumindest die Feststellung eines persönlichen Verschuldens bei Kollegialgerichten unmöglich bzw. wesentlich erschwert.

Dies bedeutet aber nicht, dass die Feststellung eines Verschuldens hier vollkommen ausgeschlossen wäre. Soweit es nämlich im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs unmöglich ist, den Beamten im haftungsrechtlichen Sinne zu identifizieren, dem die Amtspflichtverletzung zuzurechnen ist, ist dies nicht dem Anspruchsteller, sondern dem Staat zur Last zu legen. Dies heißt, dass es im Rahmen der Amtshaftung regelmäßig ausreicht, dass eine Amtspflichtverletzung von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausgeht; auf eine Individualisierung kommt es in diesem Fall nicht mehr an.²²³ Dieser Ansatz trägt der Einsicht Rechnung, dass es für Außenstehende in vielen

- 220 Dazu etwa R. Lamprecht, Fragwürdige Schweigepflicht – Plädoyer für ein Recht zur »Dissenting Opinion« bei den Obergerichten, ZRP 2010, S. 117 ff.; s. auch H. F. Gaul, Empfiehlt es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (*dissenting opinion*) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?, FamRZ 1969, S. 23 ff.; R. Lamprecht, Richter contra Richter – Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur, 1992; E. Niebler, Beratungsgeheimnis und abweichende Meinung, in: FS Herbert Tröndle, 1989, S. 585 ff.; H. J. Faller, Beratungsgeheimnis, »dissenting vote« und richterliche Unabhängigkeit, DVBl. 1995, S. 985 ff.
- 221 4. Änderungsgesetz zum BVerfGG v. 21.12.1970, BGBl. I S. 1765; eingehend dazu U.-D. Steiner, Die Bedeutung der Dissenting Opinion für den rechtspolitischen Diskurs – Bereits die Ankündigung kann die Kompromissfähigkeit des Senats beleben (ZRP-Rechtsgespräch), ZRP 2007, S. 245 f.; dazu auch K. G. Zierlein, Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, DÖV 1981, S. 83 ff. (87); skeptisch G. Roellecke, Sondervoten, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 363 ff.; D. Hennecke, in: D. C. Umbach/T. Clemens/F.-W. Dollinger (Hrsg.), BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 30, Rn. 15 ff.
- 222 Dazu etwa K.-H. Millgramm, Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts, 1985; M. Tushnet (Hrsg.), I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases, 2008; ökonomische Analysen bei P. C. Corley, Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court, 2010; s. auch L. E. Ledebur, Plurality Rule: Concurring Opinions and a Divided Supreme Court, Penn State Law Review 113 (2009), S. 899 ff.
- 223 Erstmals bereits RG v. 05.10.1920 – Rep. III. 213/20, RGZ 100, 102; s. auch H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 346 f.

Fällen schwierig – wenn nicht unmöglich – ist, genau auszumachen, welcher Beamte im haftungsrechtlichen Sinne die Amtspflichtverletzung zu verantworten hat. Angesichts immer komplexerer Verwaltungsverfahren ist es mitunter schon schwierig, die jeweils verantwortliche Körperschaft auszumachen. Eine Individualisierung des jeweils handelnden Beamten wird daher noch schwieriger sein. Das richterliche Beratungsgeheimnis schützt so gesehen zwar die Richter, nicht aber das jeweilige Kollegialorgan. Dieser Ansatz erscheint auch vor dem Hintergrund sachgerecht, dass Einzelrichter sich nicht auf ein Beratungsgeheimnis o. ä. stützen können. Im Falle judikativen Unrechts reicht es deshalb trotz des gesetzlich angeordneten Beratungsgeheimnisses aus, den Spruchkörper (Kammer, Senat) zu benennen, von dem eine richterliche Amtspflichtverletzung verursacht wurde.

c) Organisationsverschulden und Dritte Gewalt

Eine interessante Entwicklung hinsichtlich des Verschuldens im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB hat indes der BGH im Jahre 2009 angestoßen,²²⁴ indem er erstmals die Figur des »Organisationsverschuldens« für den Bereich der Dritten Gewalt fruchtbar gemacht hat.²²⁵ Hiermit wird letztlich ein weiterer Schritt in Richtung Objektivierung des Verschuldenskriteriums auch in Bezug auf richterliche Amtsgeschäfte unternommen.²²⁶ Im Kern stellt der BGH in seinem Urteil fest, dass den Staat eine Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Ausstattung seiner Behörden treffe.²²⁷ Diese (Amts-)Pflicht sei zwar zunächst nur im Innenverhältnis bzw. gegenüber der Allgemeinheit relevant. Wenn es aber wegen (bekannter) Überlastungen zu unzumutbaren Verzögerungen komme, könne die Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Mittelausstattung bzw. zur sachgerechten Mittelausstattung auch drittschützenden Cha-

224 BGH v. 11.01.2007 – III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 – Staatshaftung bei verzögerter Antragsbearbeitung; eingehend dazu J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff.; F. Ossenbühl, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.1.2007 – III ZR 302/05, JZ 2007, S. 690 f.

225 Zum Organisationsverschulden eingehend A. Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001; H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. V, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 341; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 79; J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1137 f.).

226 So auch H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 350 f.

227 BGH v. 11.01.2007 – III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 – Staatshaftung bei verzögerter Antragsbearbeitung.

rakter haben.²²⁸ Zwar ging es in dem Fall zunächst um Verzögerungen durch einen Rechtspfleger, der Ansatz des BGH lässt sich jedoch gleichwohl auf die Dritte Gewalt insgesamt übertragen.²²⁹ Das eigentlich Bemerkenswerte an diesem Fall war, dass dem Rechtspfleger aufgrund seiner Arbeitsüberlastung kein Verschulden angelastet werden konnte. Entsprechend griff der BGH auf die Figur des Organisationsverschuldens zurück.

Was folgt aus diesem Ansatz des BGH für eine Haftung der Dritten Gewalt? Das Urteil wirkt letztlich wie eine höchstrichterliche Reaktion auf das Problem der Verfahrensdauer. Soweit die Ursachen von überlangen Verfahren nicht »individualisierbar« sind, also dem einzelnen Amtswalter kein Verschulden angelastet werden kann, ist es aus der Perspektive des Amtshaftungsrechts gleichwohl nicht angängig, dass der Geschädigte am Ende leer ausgeht. Vielmehr wird man überlange Verfahren in vielen Situationen auf eine mangelhafte Ausstattung der Justiz zurückführen können. Die Verantwortung liegt in diesem Fall bei der für die Mittelverteilung zuständigen Behörde bzw. letztlich beim Haushaltsgesetzgeber. Entweder muss die jeweilige Behörde (zumeist das Justizministerium) das betreffende Gericht mit höheren Haushaltsmitteln ausstatten, oder der Haushaltsgesetzgeber muss den Justizetat insgesamt erhöhen. Die Figur des Organisationsverschuldens erlaubt so zumindest eine indirekte Steuerung der Mittelzuweisung an die Gerichte.²³⁰ Hiermit ist zugleich ein weiterer Schritt in Richtung einer Objektivierung des Verschuldenskriteriums im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB unternommen.

d) »Kollegialgerichtsrichtlinie« und Verschulden

Eine weitere Besonderheit im Rahmen des Verschuldens bei § 839 Abs. 1 BGB stellt die sog. Kollegialgerichtsrichtlinie dar. Nach dieser »Richtlinie«, die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts²³¹ und daran anschließend vom BGH entwickelt wurde, kann einem Beamten bei der Rechtsanwendung kein Verschulden zur Last gelegt werden, soweit »ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat«.²³² Umstritten ist aber, ob diese »Richtlinie« auch auf »rich-

228 BGH v. 11.01.2007 – III ZR 302/05, BGHZ 170, 260 – Staatshaftung bei verzögerter Antragsbearbeitung.

229 So auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 337; eingehend dazu auch J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1137 f.).

230 Ebenda; s. auch W. Höfling, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 51, Rn. 71.

231 RG JW 1933, 1064.

232 S. etwa BGH v. 29.05.1958 – III ZR 38/57, BGHZ 27, 338 (343); BGH v. 06.02.1986 – III ZR 109/84, BGHZ 97, 97 (107); BGH v. 20.02.1992 – III ZR 188/90, BGHZ 117, 240 (250); BGH v.

terliche Beamte« Anwendung finden kann.²³³ Sie dient zunächst als Maßstab für die Einschätzung, ab welchem Punkt einem »nichtrichterlichen Beamten« ein Schuldvorwurf im Zusammenhang mit einer gebildeten und vertretenen Rechtsansicht gemacht werden kann.²³⁴ Es wirkt hier in der Tat plausibel, dass man vom einzelnen Beamten nicht mehr »Rechtskunde« verlangen kann als von einem Kollegialgericht.

Die Anwendung dieser »Richtlinie« auf Richter selbst vermag dagegen nicht zu überzeugen. Der BGH hat sich mit dieser Frage – soweit ersichtlich – erst einmal direkt beschäftigt und, auf die konkrete Rechtsanwendung eines Konkursrichters bezogen, von der »Richtlinie« Gebrauch gemacht.²³⁵ Darüber hinausgehende Überlegungen, dass die »Richtlinie« eigentlich ihrer inneren Logik nach dazu führen müsste, Kollegialgerichtsentscheidungen auf diesem Wege ganz der Amtshaftung zu entziehen, sind bislang zwar vereinzelt angestellt worden, konnten sich aber nicht durchsetzen.²³⁶ Die »Kollegialgerichtsrichtlinie« verkörpert in Bezug auf den Verschuldensmaßstab bei »nichtrichterlichen« Beamten ein Stück gefestigte Rechtsprechung des BGH. Sie darf gleichwohl nicht mit einem Gesetz o. ä. gleichgesetzt werden, sondern bedarf immer wieder einer Würdigung im Einzelfall.²³⁷ Zwar muss die Rechtsprechung Kriterien für die Feststellung des Verschuldens bei »unrichtiger Rechtsfeststellung« entwickeln, es widerspricht aber schon der Natur der Sache, dass diese Kriterien dann auf die Dritte Gewalt ebenfalls Anwendung finden sollen. Zum einen ist die Situation der richterlichen Rechtsanwendung nicht einfach mit der Rechtsanwendung durch die Exekutive gleichzusetzen. Zum anderen ist der Effekt einer solchen Anwendung der Kollegialgerichtsrichtlinie in Bezug auf die Dritte Gewalt ein anderer. Kollegialgerichte – und sehr wahrscheinlich nahezu alle Formen der Gerichtsbarkeit – würden so dem Staatshaftungsrecht komplett entzogen. Dies ließe sich schon vor dem Hintergrund des Art. 34 GG kaum begründen.

14.03.2002 – III ZR 302/00 (1), BGHZ 150, 172 (184); BVerwG v. 03.06.2003 – 5 C 50/02, NVwZ 2004, 104; ausführlich dazu H. Wöstmann, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn. 211 ff.; B. Schmidt, Der Irrtum des Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund?, NJW 1993, S. 1630 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 77 f.

233 Dazu ausführlich M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 260 ff.

234 Eingehend zur Rechtsbindung der Exekutive etwa F. Ossenbühl, Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), S. 478 ff.

235 BGH v. 19.12.1991 – III ZR 9/91, BGH NJW-RR 1992, 919; dazu auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 261.

236 OLG Brandenburg v. 25.04.2002 – 2 W 1/02, MDR 2002, 1192.

237 Dass eine statische Anwendung der »Richtlinie« nicht interessengerecht ist, hat der BGH seit Ende der 1980er Jahre selbst betont, s. BGH v. 05.06.1986 – III ZR 12/85, NVwZ 1987, 258 (259 f.); BGH v. 21.04.1988 – III ZR 255/86, NJW 1989, 96 (99); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 77 f.

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts stellt sich die Situation noch einmal vollkommen anders dar. Soweit der nationale Richter in qualifizierter Weise gegen das Unionsrecht verstößt, dürfte eine richterrechtlich geprägte »Richtlinie«, die das Verschulden – und damit den Anspruch selbst – ausschließt, nach der Rechtsprechung des Unionsrechts erst gar nicht zur Anwendung gelangen, weil dies die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts gefährden würde.²³⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob man den unionalen Staatshaftungsanspruch als eigenen Anspruch behandelt oder ihn an den Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 GG »anseilt«.

5. Schaden und Beweislast

Auf den durch die Amtspflichtverletzung der Dritten Gewalt verursachten Schaden finden zunächst die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen Anwendung, wobei ein Anspruch auf Naturalrestitution wie allgemein im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs regelmäßig ausscheidet.²³⁹ Eine Naturalrestitution würde insbesondere bei judikativem Unrecht eine »bereinigende« Vornahme eines Hoheitsaktes bedeuten. Weil aber die Amtshaftung für judikatives Unrecht auch heute noch dem Grunde nach eine persönliche Haftung des Beamten (bzw. des Richters) ist, die durch Art. 34 GG auf den Staat übergeleitet wird, kann der Staat nicht mehr leisten als der persönlich haftende Amtswalter als Privatperson. Im Gegensatz zu den Entschädigungsansprüchen umfasst der Amtshaftungsanspruch allerdings auch ein mögliches Schmerzensgeld (§ 847 BGB).

Gerade in der Frage überlanger Verfahren kommt es bei der Bezifferung des Schadens regelmäßig zu Schwierigkeiten, weil die Rechtsprechung vom Anspruchssteller eine Beweisführung verlangt, welches konkrete Verhalten (insbesondere welches Unterlassen) den Schaden verursacht hat. Dies setzt zuweilen eine detaillierte Analyse des Prozesshergangs voraus, die bei langen Verfahren häufig zu Problemen führt, weil etwa Fragen der ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts, gerichtinterne Ursachen für Verfahrensverzögerungen etc. von außen nur schwer dargelegt werden können. Auch in diesem Zusammenhang wird man angesichts der Überformung des Amtshaftungsanspruchs durch das Unionsrecht bzw. die EMRK nicht allzu hohe Hürden aufbauen dürfen. So ist etwa sehr fraglich, ob in einem dem EGMR-Urteil nachgehenden Amtshaftungsprozess ein Anspruch deshalb versagt werden

238 S. dazu § 9 C. III.

239 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 111.

kann, weil der Anspruchsteller die einzelnen »Stationen« der entsprechenden Verzögerungen und die damit jeweils korrespondierende Schadenshöhe nicht im Einzelnen darlegen kann.²⁴⁰

6. Verursachung und Zurechnung

a) Kausalität der richterlichen Amtspflichtverletzung für den Schaden

In der Systematik des Amtshaftungsrechts wirft die Frage der (adäquaten) Kausalität²⁴¹ der schuldhaften Amtspflichtverletzung für den entsprechenden Schaden in den meisten Fällen keine besonderen Probleme auf; es gelten insoweit die allgemeinen Kriterien des Deliktsrechts. In Bezug auf eine Haftung der Dritten Gewalt gilt hier im Prinzip nichts anderes. Zu beachten ist allerdings, dass im Rahmen der Amtshaftung jeder Vermögensschaden ersetzt wird, sodass sich die Frage einer »haftungsbegründenden« Kausalität, wie sie etwa bei § 823 BGB verlangt wird, nicht stellt.²⁴² Dagegen können Fragen der Kausalität bei einer Haftung der Dritten Gewalt aus zwei Perspektiven besondere Probleme verursachen: Zum einen, wenn es um die Frage nach dem Einfluss von Verfahrensfehlern auf das Urteil bzw. ihre Zurechnung geht, und zum anderen, wenn die Amtspflichtverletzung des Richters lediglich mitursächlich für ein Fehlurteil gewesen ist.

b) Zurechnung und rechtmäßiges Alternativverhalten

Bei der Frage der Zurechnung von Amtspflichtverletzungen, die genau genommen der Frage nach der adäquaten Verursachung nachgeht, können Verfahrensverstöße der Judikative erhebliche Probleme verursachen, weil insoweit der Einwand des »rechtmäßigen Alternativverhaltens« zum Tragen kommt, so z. B. bei Verfahrensverstößen.²⁴³ Soweit ein Verfahrensverstoß keinen Einfluss auf das Urteil hat, kann der Einwand des »rechtmäßigen Alternativverhaltens« durchaus zu einem Ausschluss der richterlichen Haftung führen.²⁴⁴ Nach ständiger Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung dieser Frage darauf an, wie das jeweilige Gericht aus der Perspektive des Amtshaftungsrechts hätte entscheiden müssen, um die Erheblichkeit des

240 Eingehend dazu § 14 B.

241 BGH v. 24.10.1985 – IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157 (171).

242 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 73 f.

243 Eingehend dazu M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 263.

244 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 74.

Verfahrensverstöße für das jeweilige Urteil feststellen zu können.²⁴⁵ Konstellationen, bei denen es um den Einwand des »rechtmäßigen Alternativverhaltens« geht, sind aber rar gesät.

c) Das Verhältnis von Richter- und Anwaltschaftung

Von größerer Bedeutung ist dagegen der Trend der Rechtsprechung, Fehler bei der Rechtsanwendung, die sowohl dem Gericht als auch Anwälten zuzurechnen sind, auf die Anwälte »abzuwälzen«.²⁴⁶ Hintergrund dieser Diskussion, die eine enge Beziehung zur Frage des »rechtmäßigen Alternativverhaltens« aufweist, sind mehrere Entscheidungen von Obergerichten und schließlich auch des BVerfG gewesen, das in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 feststellte, dass

*»die Gerichte verfassungsrechtlich nicht legitimiert (sind), den Rechtsanwälten auf dem Umwege über den Haftungsprozess auch die Verantwortung für die richtige Rechtsanwendung aufzubürden«.*²⁴⁷

Dem Kammerbeschluss des BVerfG war ein Urteil des BGH vorangegangen, in dem es um die Frage ging, ob hinsichtlich eines fehlerhaften Vergleichsabschlusses und damit verbundener Rechtsmittel der Schaden bei einer vom Gericht ordnungsgemäß vorgenommenen Beweiserhebung im Abänderungsprozess (§ 323 ZPO) bzw. einer »richtigen« Rechtsauffassung des Gerichts hätte abgewendet werden können, und wie sich dieser Umstand zu einem Anwaltschaftungsprozess verhält. In dem konkreten Verfahren hatten sowohl der Rechtsanwalt als auch das erkennende Gericht pflichtwidrig gehandelt. In seinem Urteil formuliert das BVerfG deutlich:

*»Auch wenn eine Amtshaftung wegen des Richterprivilegs regelmäßig ausscheidet, legitimiert dies nicht die Haftungsverschiebung zu Lasten der Rechtsanwälte, ohne in Rechnung zu stellen, dass hierbei deren Grundrechte berührt werden. Auch als »Organe der Rechtspflege« (§ 1 BRAO) haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert (§ 51 BRAO) sind.«*²⁴⁸

Diese Rechtsprechung zielt zum einen auf das allgemeine Verhältnis zwischen der Haftung der Dritten Gewalt und der Anwaltschaftung ab, zum anderen wirft sie aber auch eine Frage der Zurechnung auf. Welcher Fehler bzw. wel-

²⁴⁵ BGH v. 06.11.1961 – III ZR 143/60, BGHZ 36, 144 (154).

²⁴⁶ S. dazu LG Darmstadt v. 26.08.2005 – 24 S 20/05, NJW 2006, 519; BGH v. 18.12.2008 – IX ZR 179/07, NJW 2009, 987; BGH v. 17.01.2002 – IX ZR 182/00, NJW 2002, 1048 – Anwaltsverschulden bei Abschluss eines Vergleichs.

²⁴⁷ BVerfG v. 12.08.2002 – 1 BvR 399/02, NJW 2002, 2937 (2. Leitsatz der Redaktion), tendenziell anders aber nunmehr BVerfG v. 22.04.2009 – 1 BvR 386/09, NJW 2009, 2945.

²⁴⁸ BVerfG v. 12.08.2002 – 1 BvR 399/02, NJW 2002, 2937 (2938).

che Amtspflichtverletzung ist für einen Schaden kausal? Soweit das richterliche Fehlverhalten für den Schaden mitursächlich ist, müsste eigentlich eine entsprechende Zurechnung auch im Haftungsprozess erfolgen. In einer späteren Entscheidung hat es das BVerfG allerdings als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, dass § 839 Abs. 2 BGB bei mitursächlichen Beiträgen durch den Richter eine Sperrwirkung entfaltet:

»Dass mehrere Verantwortliche einen Schaden herbeiführen, sich aber nicht alle von ihnen auf eine vertragliche oder gesetzliche Haftungserleichterung berufen können, ist auch in anderen Fallgestaltungen des Schadenersatzrechts anzutreffen und erlangt insbesondere für den internen Ausgleich unter den Gesamtschuldnern Bedeutung.«²⁴⁹

Eine solche Betrachtungsweise verschiebt damit bis auf wenige Ausnahmen das Haftungsrisiko für eine fehlerhafte Rechtsanwendung im Rahmen einer »kumulativen Kausalität« in den Bereich der Anwaltshaftung. Soweit also das Gericht und die Rechtsanwälte »gemeinsam« zu einer fehlerhaften Rechtsanwendung gekommen sind, greift das Privileg des § 839 Abs. 2 BGB. Nur soweit die anwaltliche Pflichtverletzung in keinem Zusammenhang mit dem »Fehlurteil« steht, scheidet eine solche Verlagerung aus. Freilich ändert dies dann nichts an dem Ergebnis, dass auch in dieser Situation ein Amtshaftungsanspruch regelmäßig an § 839 Abs. 2 BGB scheitern wird.²⁵⁰ Dass das BVerfG die in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2002 deutlich angeklungenen Bedenken bereits im Jahre 2009 wieder entkräftet hat, lässt sich hierbei nur schwer erklären. Das BVerfG fordert insoweit nur noch eine Befassung des erkennenden Gerichts mit einer »etwaigen Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs«²⁵¹. Umgekehrt folgt hieraus zumindest, dass die völlige Nichtbefassung mit der jeweiligen Amtspflichtverletzung eines erkennenden Gerichts bei gleichzeitiger Pflichtverletzung eines Rechtsanwalts verfassungsrechtlich problematisch ist. Wenn etwa eine Würdigung des richterlichen Verhaltens nur auf der Grundlage des – nachgehenden – Haftungsausschlusses über § 839 Abs. 2 BGB unterbleibt, ist dies rechtsfehlerhaft. Letztlich ist aber selbst bei Feststellung einer kumulativen Kausalität dem Anspruchsteller nicht geholfen, weil in Bezug auf die Dritte Gewalt weitere Ausnahmen von der Haftung greifen können. Neben dem Spruchrichterprivileg könnte in solchen Situationen, insbesondere bei Amtspflichtverletzungen, die

249 BVerfG v. 22.04.2009 – 1 BvR 386/09, NJW, 2009, 2945 (2946) dazu auch V. Römermann, Achtung, Anwaltshaftung!, NJW 2009, S. 2924 ff. (2925); eingehend zum Ganzen auch D. Medicus, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwaltshaftung, AnwBl. 2004, S. 257 ff.; O. Knöfel, Die Anwaltshaftung und Verfassungsrecht, AnwBl. 2004, S. 76 ff.; B. Chab, Wenn zwei das Gleiche tun, ist es nicht das Gleiche, AnwBl. 2009, S. 379 ff.; S. Seyfarth, Haftung des Anwalts für Fehler des Gerichts, AnwBl. 2009, S. 48 ff.

250 S. dazu etwa BGH v. 15.11.2007 – IX ZR 44, NJW 2008, 1309 (1310).

251 BVerfG v. 22.04.2009 – 1 BvR 386/09, NJW, 2009, 2945 (2946).

nicht vom Tatbestand des § 839 Abs. 2 BGB abgedeckt sind, auch das sog. Verweisungsprivileg greifen (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB).

7. Ausnahmen und Beschränkungen des Amtshaftungsanspruchs

Die Amtshaftung ist ursprünglich als persönliche Beamtenhaftung konzipiert worden. Um das »Haftungsrisiko« des Beamten zu mindern und damit – so die Überlegung – seine »Entscheidungsfreude« zu erhalten, hat der Gesetzgeber bestimmte »Sicherungen« in den Tatbestand des § 839 Abs. 1 BGB eingefügt bzw. Ausnahmen von einer Haftung in Abs. 2 (Spruchrichterprivileg) und spezielle Maßstäbe für ein Mitverschulden des Anspruchstellers bzw. zur Sicherung des Primärrechtsschutzes in Abs. 3 (Versäumung eines Rechtsmittels) statuiert.²⁵² Im Zuge der Überleitung des jeweiligen Anspruchs auf den Staat hat sich allerdings die Zielrichtung dieser »Sicherungen« in bedenklicher Weise verschoben, sodass die Rechtsprechung nach und nach im Lichte des Rechtsstaatsprinzips gefordert war, Restriktionen zu entwickeln, damit die haftungsrechtliche Privilegierung des an sich persönlich haftenden Beamten nicht zu einer ausufernden und pauschalen Privilegierung des Staates selbst führte.²⁵³ Diese richterrechtlichen Korrekturen beziehen sich in erster Linie auf das sog. Verweisungsprivileg, haben aber eigentümlicherweise nicht auf die anderen in § 839 Abs. 2 und Abs. 3 BGB niedergelegten Ausnahmen übergreifen, was jeweils spezifische Ursachen haben dürfte. Dass aber das Staatshaftungsgesetz von 1981 das sog. Verweisungsprivileg nicht kannte, zeigt, dass der häufig beschworene Reformbedarf der Amtshaftung (auch) in diesem Punkt vom Gesetzgeber – freilich nach einigem Zögern – bereits reflektiert wurde.²⁵⁴ Gleichwohl kann dem Verweisungsprivileg wie auch dem Versäumnis eines Rechtsmittels gem. § 839 Abs. 3 BGB bei einer Haftung der Dritten Gewalt in solchen Situationen Bedeutung zukommen, in denen das Spruchrichterprivileg nicht greift.

252 Zu den Motiven für diese Ausnahmen s. auch BGH v. 12.04.1954 – GSZ 1/54 BGHZ 13, 88.

253 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 72 f.

254 Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Staatshaftungsgesetz war zunächst versucht worden, das Verweisungsprivileg – wenn auch in abgemilderter Form – zu erhalten. Diesbezügliche Bemühungen sind aber letztendlich auch vor dem Hintergrund der zunehmend kritischen Haltung des BGH nicht konsensfähig gewesen, s. dazu A. Schäfer/H. J. Bonk, Staatshaftungsgesetz – Kommentar, 1982, Einleitung, Rn. 183; P. Bülow, Amtshaftung und Verweisungsprivileg nach Inkrafttreten des Staatshaftungsgesetzes, DVBl. 1981, S. 813 ff.

a) Das Verweisungsprivileg

Gem. § 839 Abs. 1 BGB tritt die Haftung des Beamten bei Fahrlässigkeit nur dann ein, soweit der Verletzte nicht »auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.« Nach diesem sog. Verweisungsprivileg entfällt also die persönliche Haftung des Beamten – und damit letztlich des Staates –, soweit der Geschädigte seinen Anspruch gegenüber einem weiteren Schuldner geltend machen kann.²⁵⁵ Die Formulierung des Verweisungsprivilegs ist hierbei offen gehalten, denn ein starrer Haftungsausschluss im Falle eines weiteren Schuldners ist hiermit gerade nicht intendiert. Vielmehr muss der Geschädigte es »vermögen«, Ersatz zu verlangen. Soweit die Realisierung des Anspruchs durch den Geschädigten aber vollkommen unmöglich oder jedenfalls unzumutbar ist, bleibt es bei der persönlichen Haftung des Beamten.²⁵⁶

Aufgrund der Überleitung der Haftung auf den Staat gem. Art. 34 GG sah sich die Rechtsprechung früh gezwungen, eine Reihe von Ausnahmen vom Verweisungsprivileg zu entwickeln,²⁵⁷ die jedoch in Bezug auf judikatives Unrecht keine besondere Rolle zu spielen vermögen.²⁵⁸ Schwierig bleiben beispielsweise die Fälle, in denen ein Anspruch sich möglicherweise sowohl gegen einen Richter als auch gegen einen Rechtsanwalt richtet. Soweit ein Anspruch hier nicht über § 839 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist und eine »echte« kumulative Kausalität vorliegt, so wird das Verweisungsprivileg zu einem Ausschluss der Haftung der Dritten Gewalt führen. Insoweit sind bei Fällen judikativen Unrechts gewissermaßen »Mehrfachsicherungen« im Tatbestand des § 839 Abs. 1 BGB angelegt, die die Realisierung eines Amtshaftungsanspruchs wesentlich erschweren. Nicht nur vor diesem Hintergrund verwundert daher die Diskussion über die ersatzlose Streichung des Verweisungsprivilegs nicht. Doch weder die Apostrophierung des Verweisungsprivilegs als »antiquiert«²⁵⁹ noch Überlegungen, es grundsätzlich unangewendet zu lassen,²⁶⁰ konnten an seinem Status als geltendes Recht bislang etwas ändern.²⁶¹

255 Eingehend dazu etwa H. Baumann, Gedanken zur Subsidiarität der Amtshaftung, AcP 169 (1969), S. 318 ff.; W. Futter, Subsidiarität der Amtshaftung, 1974, S. 117 ff.; K. D. Schwendy, Subsidiarität der Amtshaftung im Verhältnis zum privaten Mitschädiger, AcP 179 (1979), S. 367 ff.; J. Stangl, Die Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB und ihre Bedeutung für den Amtshaftungsanspruch, 1994.

256 BGH v. 05.11.1992 – III ZR 91/91, BGHZ 120, 124; eingehend dazu F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 87 f.

257 Dazu etwa K. Nüßgens, Zur Rechtsfortbildung bei § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB (Verweisungsklausel), in: FS Willi Geiger, 1989, S. 456 ff.

258 So auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 267.

259 BGH v. 16.04.1964 – III ZR 182/63, BGHZ 42, 176 (181).

260 So die Überlegung von K. A. Bettermann, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S. 299 ff. (304).

261 Zur Kritik am Verweisungsprivileg s. auch J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 86 ff.; zusammenfassend F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 88.

Aus der Warte des Unionsrechts kann sich dieses »negative Tatbestandsmerkmal«²⁶² durchaus als problematisch erweisen. Führt es nämlich im Ergebnis dazu, dass der Geschädigte im Anwendungsbereich des Unionsrechts einen Anspruch gegen einen deutschen Hoheitsträger nicht durchsetzen kann, so stünde das unionale Vereitelungsgebot bzw. der Effektivitätsgrundsatz einer Anwendung des Verweisungsprivilegs entgegen.²⁶³ Aufgrund der recht offenen Formulierung des Privilegs erscheint eine unionsrechtskonforme Auslegung, die das Unionsinteresse im Blick haben muss, aber durchaus möglich. Die Europäisierung der Amtshaftung drückt sich auch in dieser Konstellation aus.

b) Versäumung eines Rechtsmittels

Eine weitere Beschränkung erfährt der Amtshaftungsanspruch für den Fall, in dem es der Geschädigte vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, durch die Einlegung eines Rechtsmittels den Schaden abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB). Diese ursprünglich als Mitverschuldensregelung interpretierte Haftungsbeschränkung diente historisch – ähnlich wie das Verweisungsprivileg – dem Schutz des Beamten.²⁶⁴ Spätestens seit dem grundlegenden sog. »Nassauskiesungsbeschluss« des BVerfG²⁶⁵ hat sich in der wissenschaftlichen Diskussion aber zunehmend eine andere Deutung des § 839 Abs. 3 BGB durchgesetzt, die den Hauptzweck der Vorschrift darin sieht, den Vorrang des primären Rechtsschutzes zu sichern.²⁶⁶ Diese Akzentverlagerung ist entscheidend, denn eine Deutung des § 839 Abs. 3 BGB als spezielle Form des Mitverschuldens des Geschädigten legt eine weite Auslegung des Begriffs des Rechtsmittels nahe, während eine stärker institutionelle Perspektive, die auf das Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz fokussiert, nur die förmlichen Rechtsmittel der Prozessordnungen einschließt.²⁶⁷ Diese neue »Sinngebung« (F. Ossenbühl)²⁶⁸ muss insbesondere im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt

262 Zur dogmatischen Einordnung des Verweisungsprivilegs als »negatives Tatbestandsmerkmal« s. etwa BGH v. 12.07.1962 – III ZR 87/61, BGHZ 37, 375 (378); BGH v. 13.12.1990 – III ZR 14/90, BGHZ 113, 164 (167); B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 88; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 81.

263 S. auch T. von Damwitz, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 34, Rn. 158; C. Dörr, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DVBl. 2004, S. 598 (603); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 621.

264 RG v. 27.05.1919 – III 86/15, RGZ 96, 143 (148).

265 BVerfG v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300– Naßauskiesung.

266 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 94.

267 Ebenda.

268 Ebenda.

näher betrachtet werden, nimmt sie sich doch potenziell als »haftungsrechtliche Absicherung« der Selbstkontrolle der Dritten Gewalt aus. Insofern ist hier der Begriff des »Rechtsmittels« im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB ebenso von Interesse wie die damit zusammenhängende Frage, wie sich diese Sicherung angesichts des Wandels des Entscheidungsspektrums der Dritten Gewalt (dazu § 5) und damit zur »richterlichen Selbstkontrolle« verhält. Zu klären ist darüber hinaus, ob der Begriff des »Rechtsmittels« überhaupt zum Konzept der richterlichen Selbstkontrolle passt, das nicht auf die erstmalige Einlegung eines Rechtsmittels aufbaut, sondern gewissermaßen auf das »Rechtsmittel gegen das Rechtsmittel« setzt. In den Blick geraten so die Berufung und Revision sowie auch die durch die Rechtsprechung entwickelten Instrumente, wie etwa die Untätigkeitsbeschwerde.

Die Zivilgerichtsbarkeit betrachtet § 839 Abs. 2 BGB seit jeher als besondere Regelung eines Mitverschuldens, sodass der Begriff des Rechtsmittels in § 839 Abs. 3 BGB entsprechend weit ausgelegt wird.²⁶⁹ Hierunter fallen etwa auch der Widerspruch im verwaltungsrechtlichen Verfahren (§ 68 VwGO),²⁷⁰ die Gegenvorstellung²⁷¹ oder die Dienstaufsichtsbeschwerde.²⁷² Entscheidend ist aber immer, ob sich das fragliche Rechtsmittel unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung richtet.²⁷³ An diesem Unmittelbarkeitserfordernis dürfte es bei der Berufung bzw. Revision in der Regel fehlen; dem Kläger kann hier nicht die Ausschöpfung des Instanzenzugs aufgelastet werden. Auch gehört die Verfassungsbeschwerde nicht zu den von § 839 Abs. 3 BGB erfassten Rechtsmitteln.²⁷⁴

Bei judikativem Unrecht dürfte sich die Sachlage aber anders darstellen, da insoweit das erstinstanzliche Urteil bzw. Verzögerungen u. Ä. schadensursächlich sind. Folgerichtig ist es daher für den Geschädigten in vielen Fällen unmöglich, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, er ist vielmehr – insoweit auch als Konsequenz aus dem Vorrang des Primärrechtsschutzes –

269 S. etwa RG v. 18.03.1940 – V 169/39, RGZ 163, 121 (125); BGH v. 09.07.1958 – V ZR 5/57, BGHZ 28, 104 (106); BGH v. 29.03.1971 – III ZR 98/69, BGHZ 56, 57 (63); BGH v. 09.10.1997 – III ZR 4/97, BGHZ 137, 11 (23), wonach hierunter »alle Rechtsbehelfe [fallen], die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung oder Unterlassung richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung des Schadens zum Ziel haben oder herbeizuführen geeignet sind«.

270 H. J. Papier/E. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 391.

271 H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839, Rn. 73; A. Staudinger, in: R. Schulze (Hrsg.), BGB Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 839, Rn. 41. kritisch dazu H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 26, Rn. 32.

272 BGH v. 09.10.1997 – III ZR 4/97, BGHZ 137, 11 (23).

273 BGH v. 03.06.1993 – III ZR 104/92, BGHZ 123, 1 (7); BGH v. 09.10.1997 – III ZR 4/97, BGHZ 137, 11 (23).

274 BGH v. 23.03.1959 – III ZR 207/57, BGHZ 30, 19 (28).

auf Berufung und Revision zu verweisen. Schon diese Konsequenz nährt Zweifel, ob die Verweisung auf den primären Rechtsschutz in § 839 Abs. 3 BGB im Falle judikativen Unrechts überhaupt greifen kann, denn im Gegensatz zu den sonstigen Akten der öffentlichen Gewalt gibt es nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht ohne weiteres einen Anspruch auf »Rechtsschutz gegen den Richter«. ²⁷⁵ Deshalb lässt sich eine haftungsrechtliche Pflicht des Geschädigten nur vor dem Hintergrund des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs und weiteren Kriterien, wie dem der »Zumutbarkeit«, überhaupt rechtfertigen. ²⁷⁶

Besonders komplex ist aber die Situation, wenn § 839 Abs. 3 BGB in Konstellationen angewendet werden soll, die nicht vom Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB erfasst sind. Nach § 839 Abs. 2 S. 2 BGB findet dieses Privileg keine Anwendung im Falle der »pflichtwidrigen Verzögerung oder Verweigerung des Amts«. Wenn also der Richter das (Gerichts-)Verfahren gar nicht oder nur zögerlich bearbeitet, muss sich ein potenziell Geschädigter aus der Perspektive des § 839 Abs. 3 BGB fragen, welche »Rechtsmittel« er zu ergreifen hat. Angesichts der weiten Auslegung dieses Begriffs durch die Zivilgerichtsbarkeit gehören hierzu z. B. richterrechtlich entwickelte Rechtsbehelfe wie die sog. Untätigkeitsbeschwerde, soweit sie in den unterschiedlichen Gerichtszweigen anerkannt wird. ²⁷⁷ Letztlich zeigt sich anhand der verschiedenen Perspektiven (bzw. in der Erweiterung der ursprünglichen Perspektive) auf den Begriff des »Rechtsmittels« in § 839 Abs. 3 BGB auch, dass die öffentlich-rechtliche Forschung zum Staatshaftungsrecht und damit eine Betonung der verfassungsrechtlichen Wurzeln dieses Rechtsgebiets durchaus auf Rezeptionshindernisse bzw. Blockaden in der Zivilgerichtsbarkeit stoßen, was umso bedenklicher ist, soweit es um Ausnahmen von der institutionellen Garantie der Staatshaftung geht. ²⁷⁸

Eigentümlich kontrastiert wird die Frage nach »Rechtsmitteln« bei Amtspflichtverletzungen der Judikative durch die in § 839a BGB niedergelegte Haftung des gerichtlichen Sachverständigen. § 839a Abs. 2 BGB verweist auf § 839 Abs. 3 BGB. Insofern hat auch der durch einen gerichtlichen Sachver-

²⁷⁵ Dazu bereits § 5.

²⁷⁶ S. BGH v. 20.02.2003 – III ZR 224/01, BGH NJW 2003, 1308 (1313); BGH v. 11.03.2011 – III ZR 124/09, NJW-RR 2010, 1465, zum Zumutbarkeitskriterium, das ursprünglich für den enteignungs-gleichen Eingriff entwickelt wurde, s. auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 274 ff.

²⁷⁷ Dazu J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1140).

²⁷⁸ So auch W. Zimmerling, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/M. Würdinger (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 839, Rn. 257.

ständigen Geschädigte die Pflicht, den Schaden durch Rechtsmittel abzuwenden. § 839a BGB setzt aber eine gerichtliche Entscheidung voraus, wobei unter den Begriff des Rechtsmittels ohne Zweifel die Rechtsmittel im Sinne der Verfahrensordnungen – also Berufung und Revision – fallen.²⁷⁹

Während also bei der Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB im Falle judikativen Unrechts, das *nicht* vom Spruchrichterprivileg erfasst wird, die Frage nach dem »Rechtsmittel« zumeist nicht diskutiert wird, steht sie bei der Haftung gem. § 839a BGB im Zentrum.²⁸⁰ Insoweit enthält das BGB einen eindeutigen Hinweis auf eine Art »Vorrang der judikativen Selbstkontrolle«, die der BGH allerdings an äußerst strikte Vorgaben gebunden hat. So hat er im Jahre 2007 entschieden, dass zu den »Rechtsmitteln« im Sinne des § 839a Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 839 Abs. 3 BGB auch der Antrag gehört, den gerichtlichen Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, wobei hier insbesondere auf die Pflicht der Klägerin hingewiesen wird,

*»aufgrund des auch bei der Sachverständigenhaftung geltenden Vorrangs des Primärrechtsschutzes (§ 839a Abs. 2 i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB) durch Einlegung von Rechtsmitteln auf eine Korrektur des ihrer Meinung nach unrichtigen Sachverständigengutachtens hinzuwirken«.*²⁸¹

Diese Pflicht ist nach Auffassung des BGH umso deutlicher zu betonen, als dass der Klägerin in dem konkreten Fall eine Revision wenig Erfolg versprechend erschien, was insbesondere mit den nach neuem Recht erforderlichen Revisionszulassungsgründen zusammenhing. Gegenvorstellungen zum Gutachten (§ 411 Abs. 4 ZPO), der Antrag auf die mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen oder ein formeller Beweis Antrag zur Einholung eines Ober-(Gutachtens) sind nach der Rechtsprechung des BGH insofern als »Rechtsmittel« anzusehen.²⁸²

Dieser Ansatz, der auf den ersten Blick als eindeutiges Bekenntnis zur Funktion des § 839 Abs. 3 BGB als Garant des Primärrechtsschutzes erscheint, könnte sibyllinischer nicht sein. Denn die Konsequenz dieses Ansatzes wäre eigentlich gewesen, nur solche Rechtsmittel als »Rechtsmittel« im Sinne von § 839a Abs. 2 BGB i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB zu betrachten, die zugleich förmliche Rechtsbehelfe darstellen. Soweit der BGH aber in immer

279 G. Wagner, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839a, Rn. 40.

280 Dazu auch C. Katzenmeier, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839a BGB, in: FS Norbert Horn, 2006, S. 67 ff. (79 ff.).

281 BGH v. 05.07.2007 – III ZR 240/06, BGHZ 173, 98; s. auch OLG Brandenburg v. 31.08.2006 – 5 U 168/05.

282 Ebenda mit Verweis auf BGH v. 28.07.2006 – III ZB 14/06, NJW-RR 2006, 1454.

weiteren Ansätzen den Begriff auch mit informellen Kommunikationswegen zwischen der Dritten Gewalt und den Parteien auflädt – bis hin zu informellen Sachstandsfragen –, verfehlt dies die Intention des Vorrangs des Primärrechtsschutzes vollkommen. Wenn dieser Weg gegangen werden soll – und es spricht einiges dafür, ihn unbegangen zu lassen –, so wäre eine angemessene Lösung nur über ein Mitverschulden, § 254 BGB, zu erreichen, was eine Gewichtung zuließe und nicht wie im Falle des § 839 Abs. 3 BGB bzw. § 839a BGB einen völligen Ausschluss des Anspruchs zur Folge hätte.

III. Die Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 2 BGB

Dreh- und Angelpunkt der Diskussion um eine Haftung der Dritten Gewalt im deutschen Recht ist seit jeher das in § 839 Abs. 2 BGB niedergelegte sog. »Spruchrichterprivileg« bzw. »Richterspruchprivileg«.²⁸³ Gem. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB ist ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache nur dann verantwortlich, wenn die entsprechende Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Die Bestimmung verkörpert damit eine Ausnahme zu der grundsätzlich in § 839 Abs. 1 BGB niedergelegten persönlichen Haftungsverantwortlichkeit des Beamten im Falle einer Amtspflichtverletzung. Schon ihre Formulierung wirft zahlreiche Fragen auf: Was ist mit einem »Urteil in einer Rechtssache« gemeint? Was folgt aus der Koppelung der (eingeschränkten) Haftungsverantwortlichkeit im Sinne des § 839 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB an eine »Straftat«? Und welche Bedeutung kommt schließlich der in § 839 Abs. 2 S. 2 BGB statuierten Ausnahme von der Ausnahme zu, nach der die Haftungsausnahme »bei dem Urteil in einer Rechtssache« dann nicht greift, soweit es um eine »pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes« geht?

Neben diesen Fragen, die sich in erster Linie auf die konkrete Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB beziehen, sind intensive Diskussionen über die Zielsetzung dieser Privilegierung geführt worden. Die entsprechenden Auseinandersetzungen sind hierbei nicht nur auf Auslegungsfragen beschränkt, sondern es verbergen sich dahinter auch grundsätzliche Erwägungen, die mit der Stellung und Funktion des Richters im modernen Rechtsstaat und seinem Ver-

283 Die Literatur zu diesem Privileg ist Legion, s. dazu bereits §§ 1, 2, ferner D. Merten, Zum Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB, in: FS Wilhelm Wengler, Bd. II, 1973, S. 519 ff.; W. Grunsky, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, in: FS Ludwig Raiser, 1974, S. 141 ff.; S. Smid, Zum prozeßrechtlichen Grund des Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB, Jura 1990, S. 225 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 102 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 151 ff.; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 270 ff.

hältnis zu anderen Organen der Rechtspflege, wie z. B. der Rechtsanwaltschaft, verbunden sind.

Jedenfalls hat der Wandel der Dritten Gewalt bislang dazu geführt, dass dieses Privileg durch die Rechtsprechung immer intensiver gehandhabt wurde, was zu Verschiebungen von Verantwortlichkeiten geführt hat, die sich im Lichte der dem Privileg historisch zugrundeliegenden Zielsetzung nur noch schwer erklären lassen. Auch hat das Privileg dazu geführt, dass eine Auseinandersetzung mit den Bereichen, in denen es eine Haftung der Dritten Gewalt auch *de lege lata* zweifelsfrei gibt, meist aus dem Blickfeld geraten ist, was das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 839 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung letztlich auf den Kopf gestellt hat.

1. Grundlagen

§ 839 Abs. 2 BGB verkörpert eine Beschränkung der Amtshaftung des § 839 Abs. 1 BGB.²⁸⁴ Soweit die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind, ist ein Anspruch des Geschädigten – auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 – ausgeschlossen. Letztlich handelt es sich bei § 839 Abs. 2 BGB um eine vorkonstitutionelle einfachgesetzliche Ausnahme von der institutionellen Garantie der Staatshaftung in Art. 34 GG. Dieser Umstand gebietet eigentlich eine restriktive Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB; betrachtet man aber die Rechtsprechung zum Spruchrichterprivileg, so kommen ernste Zweifel auf, ob der verfassungsrechtliche Hintergrund immer ausreichend Berücksichtigung findet.²⁸⁵ Gleichwohl gibt es Konstellationen, in denen eine Haftung der Dritten Gewalt auf der Grundlage eines Amtshaftungsanspruchs nicht beschränkt wird, auch wenn § 839 Abs. 2 BGB häufig einen weitgehenden oder faktischen Ausschluss der Haftung des »Spruchrichters« zur Folge hat.²⁸⁶ Mit der Formulierung »Spruchrichter« ist letztlich schon eine Eingrenzung gegenüber dem administrativ tätigen Richter oder dem »Güterichter« erbracht. Bei diesen Tätigkeiten kann aber § 839 Abs. 2 BGB zumindest nicht direkt angewendet werden. Darüber hinaus suggeriert die Bezeichnung »Spruchrichterprivileg«, dass § 839 Abs. 2 BGB dem handelnden Amtswalter, also »dem Richter« zugutekommt. Eine solche Betrachtungsweise setzt voraus, dass das Privileg der richterlichen Unabhängigkeit dient. Diese Deu-

284 S. nur F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 102 ff.; W. Kluth, in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67, Rn. 122; B. J. Hartmann/S. Tieben, Amtshaftung, JA 2014, S. 401 ff. (406).

285 Dazu unten B. III. 4. c) ee).

286 H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 380 ff.

tung des Privilegs ist aber heute kaum noch aufrecht zu erhalten, auch wenn sie aus der historischen Perspektive stimmen mag.²⁸⁷ Zudem kommt die Haftungsbeschränkung heute nicht mehr dem persönlich haftenden Amtswalter (Richter) zugute, sondern zunächst dem Staat (Art. 34 GG), der ggf. Regress nehmen kann, aber nicht muss (Art. 34 S. 2 GG).²⁸⁸

2. Historischer Hintergrund

a) Grundlegung durch das Königlich Preußische Obertribunal

Das Spruchrichterprivileg war schon bei der Verabschiedung des BGB durch den Reichstag im Jahre 1896²⁸⁹ und dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Januar 1900 bzw. im Rahmen der entsprechenden Vorarbeiten nie unumstritten, wiewohl es schon vor der Verabschiedung des BGB der ständigen Rechtsprechung deutscher Gerichte entsprach, die Dritte Gewalt von Schadensersatz- bzw. Amtshaftungsklagen freizustellen. Den Ausgangspunkt setzte insofern das Königlich Preußische Obertribunal bereits im Jahre 1838 in einem die weitere Rechtsentwicklung stark beeinflussenden Urteil.²⁹⁰ Bis zu diesem Urteil galt in Preußen eigentlich keine Haftungsausnahme für den Spruchrichter, sondern er war grundsätzlich wie der »gewöhnliche« Beamte ggf. auch haftungsrechtlich verantwortlich. Das Obertribunal setzte dieser haftungsrechtlichen »Gleichbehandlung« im Wege der Rechtsschöpfung, die damals z. T. stark kritisiert wurde,²⁹¹ ein Ende, wobei die Inspiration hier schon von der streitgegenständlichen Entscheidung der ersten Instanz ausgegangen sein dürfte, die offenbar sowohl eine Unterscheidung zwischen administrativen und spruchrichterlichen Tätigkeiten betont²⁹² als auch einen strengen Maßstab für die Beurteilung richterlicher Fehlinterpretation von Gesetzen postuliert hatte.²⁹³ Das Obertribunal hat also den Ball zunächst nur aufgenommen. Die Kriterien, die es für das Spruchrichterprivileg entwickelt hat,

287 Eingehend dazu unten B. III. 3. a).

288 T. von Danwitz, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 34, Rn. 141 ff.

289 RGBl. 1896, S. 195 ff.

290 Preußisches Obertribunal, Bd. 3 (1838), 253; ähnlich dann auch KG Berlin, Juristische Wochenschrift für die Preussischen Staaten 1841, S. 331; eingehend dazu G. Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 28 ff.; H. Lüders, Die Haftung der Richter bei Urteilen, 1930, S. 21 ff.; W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 19 f.; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 212 ff.

291 S. nur die Nachweise bei W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 20 f.

292 Preußisches Obertribunal, Bd. 3 (1838), 253 (259 f.).

293 Ebenda (256).

haben jedenfalls die spätere gesetzliche Regelung in § 839 Abs. 2 BGB stark beeinflusst.

Nach dem Urteil des Obertribunals finden die preußischen Vorschriften über die Haftung der Beamten auf »von einem Richter in streitigen Sachen gesprochenen Urtheile nicht Anwendung«; die unterliegende Partei sei daher

*»nicht berechtigt, den Spruchrichter, wegen eines bei der Abfassung des rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses von ihm angeblich begangenen Versehens, auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.«*²⁹⁴

Begründet wird dieser Haftungsausschluss im Wesentlichen mit dem Institut der Rechtskraft des Erkenntnisses,²⁹⁵ nicht dagegen mit der Unabhängigkeit des Richters. Bei diesem Grundsatz könne es nicht auf

*»einzelne, an sich schon seltene, Fälle der Ausnahme, wenn ein Richter auf strafbare Weise ein Urtheil zum Nachteil einer Partei gesprochen hat«*²⁹⁶,

ankommen. Dieser Ansatz wurde dann vom Obertribunal in nachfolgenden Entscheidungen gefestigt²⁹⁷ und schließlich vom Reichsgericht übernommen, wobei dieses auch den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zur Abstützung des Privilegs heranzog.²⁹⁸ Der Ursprung des Spruchrichterprivilegs liegt damit eigentümlicherweise im »Richterrecht«, das schließlich vom Gesetzgeber im BGB übernommen wurde.

b) Hintergrund der Kodifikation des § 839 Abs. 2 BGB

Das Spruchrichterprivileg hat wie der Amtshaftungsanspruch selbst während der Beratungen zur Kodifikation des Bürgerlichen Rechts zahlreiche Abänderungen erfahren.²⁹⁹ Will man die wesentlichen Streitpunkte zusammenfassen, so ging es um vier Kernfragen: So wurde bestritten, dass das Reich die Kompetenz zur Regelung einer staatsunmittelbaren Amtshaftung besitzt. Darüber hinaus gab es unterschiedliche Vorstellungen darüber, wem die Privilegierung zugutekommen und welche richterlichen Tätigkeiten es erfassen sollte. Schließlich gab es unterschiedliche Vorstellungen über den Zweck der Privilegierung.

²⁹⁴ So im Wesentlichen die Leitsätze, Preußisches Obertribunal, Bd. 3 (1838), 253.

²⁹⁵ Preußisches Obertribunal, Bd. 3 (1838), 253 (258).

²⁹⁶ Ebenda.

²⁹⁷ Preußisches Obertribunal, Bd. 63 (1869), 366.

²⁹⁸ RG v. 18.01.1897 – Rep. IV. 216/96, RGZ 38, 338 (340 f.).

²⁹⁹ Eingehend dazu etwa K. Schneider, Die Haftbarkeit des sog. Spruchrichters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, AcP 91 (1901), S. 209 ff.; G. Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 35 ff.; W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 22 ff.; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 219 ff.

Die Diskussion um die Einführung einer staatsunmittelbaren Haftung – entweder als subsidiäre Haftung oder prinzipale Haftung – ist hierbei recht früh im Keime erstickt worden, zum einen, weil es aus Sicht der Reichsregierung keine Kompetenz für eine reichseinheitliche Regelung gab, zum anderen, weil dies eine Frage des öffentlichen Rechts und nicht des Zivilrechts sei.³⁰⁰ Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs des heutigen § 839 Abs. 2 BGB wurde in der Kommission angeregt, das Wort «Beamter» durch den Begriff »Spruchrichter« zu ersetzen, was insofern auf einer Linie mit den Entscheidungen des Preußischen Obertribunals gelegen hätte. Hiermit sollten Unklarheiten wie etwa eine Extension des Privilegs auf Staatsanwälte von vornherein vermieden werden. Der entsprechende Antrag wurde aber in der Kommission mit dem Hinweis abgelehnt, dass der Begriff des »Spruchrichters« letztlich ebenso unklar sei wie der des »Beamten«. Schließlich sollten auch Verwaltungsbeamte, »die ein richterliches Erkenntnis abzugeben haben«, in den persönlichen Anwendungsbereich des Privilegs fallen.³⁰¹

Der sachliche Anwendungsbereich des Spruchrichterprivilegs war dagegen Gegenstand der entsprechenden 3. Beratung zum BGB im Reichstag.³⁰² Hier hatte der Reichstagsabgeordnete *Adolf Gröber* den Antrag eingebracht, die ursprüngliche Formulierung des Privilegs, die insofern darauf abstellte, dass eine Amtspflichtverletzung »*bei der Entscheidung einer Rechtssache*« begangen wurde, zu ändern. Der Antrag war nach einer Diskussion letztlich erfolgreich, so dass sich das Spruchrichterprivileg bis heute auf ein »*Urt[h]eil[e] in einer Rechtssache*« bezieht. *Gröber* begründete seinen Antrag mit der Offenheit des Begriffs der »Entscheidung«, der

»alle denkbaren Verfügungen und Beschlüsse der Einzelrichter wie der Kollegialgerichte innerhalb und außerhalb der mündlichen Verhandlung«

umfassen könne. Wenn der Schutz der Rechtskraft das Hauptziel der Regelung sei, so mache es keinen Sinn, diesen Schutz auf richterliche Entscheidungen zu erstrecken, die der Rechtskraft nicht fähig seien. Die Ausführungen fanden ihren Höhepunkt in seiner Äußerung:

*»Ich für meine Person wäre sogar geneigt, das Prinzip zu billigen, daß jeder Richter lediglich den allgemeinen Regeln über Schadensersatzpflicht unterstellt werde«*³⁰³.

300 S. Kommissionsbericht Unerlaubte Handlungen, abgedruckt bei *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1306 f. Die entsprechenden Diskussionen erfolgten bemerkenswerte Weise vor einem rechtsvergleichenden Hintergrund, so wurde etwa die Rechtslage in Frankreich und der Schweiz in den Blick genommen.

301 Kommissionsbericht Unerlaubte Handlungen, abgedruckt bei *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 2, S. 1305.

302 Dritte Beratung im Plenum, abgedruckt bei *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 2, S. 1409.

303 Ebenda.

Gröbers Ausführungen stießen seinerzeit zwar auf Widerstand, so wurden namentlich von *Johannes Struckmann* die für das richterliche Amt notwendige Unbefangenheit und das Wesen der Rechtskraft ins Feld geführt. Für die Entscheidung des Plenums dürfte dann aber der Wortbeitrag *Arthur Stadthagens* ausschlaggebend gewesen sein, der die Konsequenzen eines zu weit formulierten Privilegs anhand eines Beispiels – es ging um einen rechtswidrigen Haftbefehl – plastisch aufzeigte.³⁰⁴

Aus den Materialien zum BGB ergibt sich schließlich auch, welche Zielsetzung mit dem Spruchrichterprivileg verfolgt wurde. Bereits angeklungen sind die »richterliche Unbefangenheit« und der Schutz der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung. Bereits in den Motiven und der Denkschrift zum BGB wurden die richterliche Unabhängigkeit und der Schutz der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung hervorgehoben.³⁰⁵ In der Konstruktion des Privilegs wurde zudem Bedacht auf das Verhältnis von primärem und sekundärem Rechtsschutz genommen, das aber gerade gestört werde, so *Gröber*, wenn man das Privileg auf »Entscheidungen« erstreckte, die nicht der Rechtskraft fähig seien und entsprechend nicht mit den ordentlichen Rechtsmitteln angreifbar.

Diese vier Kernfragen sind bis heute zentral bei der Diskussion um eine Haftung der Dritten Gewalt geblieben, auch wenn sich die Vorzeichen der Diskussion angesichts des Wandels und der Ausdifferenzierung des Entscheidungsspektrums der Dritten Gewalt geändert haben. Der Bund besitzt heute unzweifelhaft die Kompetenz, eine staatsunmittelbare Amtshaftung einzuführen, auch wenn von dieser Kompetenz kein Gebrauch gemacht wird.³⁰⁶ Fragen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs stehen heute im Mittelpunkt der Judikatur zu § 839 Abs. 2 BGB, auch wenn sich sowohl der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift – sei dies auch in analoger Anwendung – merklich ausgeweitet hat als auch der Begriff des »Urteils in einer Rechtssache« von der Rechtsprechung immer extensiver gehandhabt wird (dazu sogleich). Letzteres zeigt, dass die Befürchtungen der Reichstagsabgeordneten *Gröber* und *Stadthagen* in einer langfristigen Perspektive nicht unberechtigt waren. Schließlich – und dies ist das eigentlich Erstaunliche – ist in den letzten Jahren eine intensive Diskussion über die Zielsetzung des Spruchrichterprivilegs entstanden, die die ursprüngliche Intention der Vorschrift immer mehr aus den Augen verliert bzw. diese Zielsetzung des Privi-

304 Ebenda.

305 Denkschrift abgedruckt bei *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 2, S. 1270.

306 Dazu § 15 F. I.

legs vor dem Hintergrund des Wandels der Dritten Gewalt immer weniger akzeptiert.

3. Wandlungen der Zielsetzung des Spruchrichterprivilegs

Schon die Debatte im Reichstagsplenum zeigt, dass die gesetzgeberische Zielsetzung des Spruchrichterprivilegs nie nur auf ein Ziel fokussiert war. So wurden neben der Sicherung der Rechtskraft des Urteils auch der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit bzw. die »richterliche Unbefangenheit«, die Teil oder Ausfluss seiner Unabhängigkeit sein dürfte, als Motive für die Ausnahme genannt. Mit diesen unterschiedlichen Zielen sind auch die bis heute kursierenden Bezeichnungen des § 839 Abs. 2 BGB verbunden, denn sieht man seinen Zweck in erster Linie darin, die richterliche Unabhängigkeit zu sichern, so bietet es sich an, von einem »Spruchrichterprivileg« zu sprechen. Rückt man dagegen den Schutz der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung in den Vordergrund, so geht es weniger um ein »Standesprivileg« als vielmehr um die Entscheidung selbst. § 839 Abs. 2 BGB muss dann als »Richterspruchprivileg« begriffen werden.³⁰⁷ Schließlich wird in jüngerer Zeit immer stärker auf den Erhalt des »Rechtsfriedens« als Ziel des § 839 Abs. 2 BGB verwiesen, der jedoch für den historischen Gesetzgeber allenfalls mittelbar – sofern man mit ihm die Rechtskraft verbindet – eine Rolle gespielt hat. Die Rechtsprechung selbst ist seit Inkrafttreten des BGB nie zu einer einheitlichen Linie in dieser Frage gelangt, obwohl das Privileg eine bemerkenswerte »Karriere« gemacht hat. Die unterschiedlichen Zielsetzungen wurden so teils alternativ, teils kumulativ angeführt.³⁰⁸

a) Unabhängigkeit der Justiz

Das Reichsgericht und frühe Urteile des BGH sahen eine Hauptzielsetzung des § 839 Abs. 2 BGB in der Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit und festigten damit seine Funktion als »Spruchrichterprivileg«. So betonte das Reichsgericht 1917, dass ursprünglich die »Wahrung der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen richterlichen Unabhängigkeit der Gerichte«³⁰⁹ ein Hauptmotiv des historischen Gesetzgebers gewesen sei. Hinzutrete aber auch die Sicherung der Rechtskraft.³¹⁰ Ähnlich argumentierte

307 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2007, S. 151 ff.

308 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2007, S. 152.

309 RG v. 15.05.1917 – Rep. III. 65/17, RGZ 90, 228 (230).

310 Ebenda.

der BGH noch im Jahre 1954 – und zwar ausschließlich – mit der richterlichen Unabhängigkeit:

»Daran ist festzuhalten. Denn die äußere Bezeichnung allein kann im Hinblick auf das nach Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches in vielen Punkten geänderte Verfahren der Zivilprozessordnung keine ausreichende Grundlage darstellen, um den mit § 839 Abs. 2 BGB verfolgten Zweck zu erreichen, der dahin geht, die richterliche Unabhängigkeit zu wahren.«³¹¹

Die Rechtsprechung hat aber zu keinem Zeitpunkt den Zusammenhang des Spruchrichterprivilegs und der richterlichen Unabhängigkeit konzeptionell entfaltet. Die jeweiligen Passagen der einschlägigen Urteile nehmen auf diesen heute auch durch das Grundgesetz verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz (Art. 97 GG) zwar Bezug, die Ausführungen wirken aber zumeist reflexhaft und dogmatisch wenig durchdrungen. Dies wird man vor dem Hintergrund der Stellung der Dritten Gewalt im Staatsgefüge sehen müssen, die sich historisch gesehen erst konsolidieren musste. Daher ist es zwar verständlich, die eigene Unabhängigkeit zu betonen; ob dieses Argument vor dem Hintergrund der heutigen Rechtsordnung aber noch schlagkräftig ist, steht auf einem anderen Blatt. Die Rechtswissenschaft hat jedenfalls schon früh darauf hingewiesen, dass der Zusammenhang von Unabhängigkeit und Haftungsverantwortlichkeit nicht ohne weiteres darin gesehen werden kann, dass eine Haftungsverantwortlichkeit automatisch zu einer Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit führt.

Die durch das Grundgesetz und konkretisierend durch das DRiG garantierte richterliche Unabhängigkeit kann bei Lichte besehen kaum mit einer richterlichen Haftungsverantwortlichkeit konfliktieren, sodass sie auch nur wenig für die Rechtfertigung des Privilegs des § 839 Abs. 2 BGB hergibt.³¹² Art. 97 Abs. 1 GG bezieht sich zunächst auf die *sachliche Unabhängigkeit* des Richters, er soll frei von Weisungen bzw. Übergriffen der anderen Staatsgewalten sein. Ein Amtshaftungsprozess kann fast schon sachlogisch diese sachliche Unabhängigkeit des Richters – oder allgemeiner: der Dritten Gewalt – nicht berühren, denn er geht auf eine Privatklage zurück und ist insofern nicht »gewaltenübergreifend«. Dass aber die Dritte Gewalt ihre Unabhängigkeit selbst gefährden kann, ist ausgeschlossen. Es entspricht vielmehr dem »gewaltenschonenden« Konzept der richterlichen Selbstkontrolle, dass in

311 BGH v. 26.04.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142 (144); s. auch BGH v. 20.05.1957 – III ZR 8/56, NJW 1957, 1277.

312 Zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben s. oben; vgl. auch eingehend M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 179 ff.; K. A. Bettermann, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, in: ders./H.-C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/2, 1959, S. 578 ff.

den Situationen, in denen der Primärrechtsschutz nicht weiterhilft, »Rechtsschutz gegen Richter durch Richter« zu gewähren ist.³¹³

Anspruchsgegner im Amtshaftungsprozess ist zudem nicht der Richter, sondern der Staat (Art. 34 S. 1 GG). Die richterliche Haftungsverantwortlichkeit im deutschen Amtshaftungsrecht ist so allenfalls eine mittelbare, nämlich im Wege des prinzipiell möglichen Regresses (Art. 34 S. 2 GG).³¹⁴ Dass also die »richterliche Unabhängigkeit« zentral für die Begründung des Spruchrichterprivilegs sein soll, kann heute nicht mehr überzeugen.

Hinzu kommt, dass auch die vom Grundgesetz *garantierte persönliche Unabhängigkeit von einem Amtshaftungsprozess nicht berührt* wird, denn weder kann das Ergebnis eines solchen Prozesses die »Versetzung« eines Richters sein, noch hat er andere persönliche Konsequenzen *de lege lata* zu befürchten. Dass in dieser Diskussion etwa die Erwägung, dass der »Spruchrichter« Karriereeinbußen zu befürchten hätte oder seine »Entschlussfreude«, »Sorgfalt« oder »Unbefangenheit« einbüße, eine Rolle spielt,³¹⁵ zeigt, dass die verfassungsrechtlich garantierte persönliche Unabhängigkeit des Richters häufig falsch verstanden wird. Hierbei geht es gem. Art. 97 Abs. 2 GG um die Garantie der Inamovibilität und damit um die Absicherung des richterlichen Status, nicht aber darum, dem Richter eine Art »Standesprivileg« zu garantieren.

Schließlich würden auch die inneren Begrenzungen des Privilegs (»Urteil in einer Rechtssache«) keinen Sinn ergeben, würde es pauschal der richterlichen Unabhängigkeit dienen. Warum der Richter »bei einem Urteil in einer Rechtssache« *mehr* der richterlichen Unabhängigkeit bedarf als in Konstellationen, die nicht hierunter fallen, ist nicht schlüssig.

b) Der Schutz der Rechtskraft

Seit 1975 lässt sich eine Tendenz in der Rechtsprechung des BGH nachweisen, die Sicherung der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen als Hauptziel des § 839 Abs. 2 BGB stärker zu betonen. Der BGH geht inzwischen davon aus, dass dies als Hauptziel des § 839 Abs. 2 BGB anzusehen ist:

»Die Haftungsbeschränkung des § 839 Abs. 2 BGB gründet sich vor allem darauf, daß es mit dem Wesen der Rechtskraft nicht verträglich ist, wenn jede Entscheidung des Spruchrichters schon wegen einer angeblichen Unrichtigkeit, ohne daß diese auf einem strafba-

313 Eingehend dazu D. Merten, Zum Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB, in: FS Wilhelm Wengler, Bd. II, 1973, S. 519 ff.; S. Smid, Zum prozeßrechtlichen Grund des Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 2 S. 1 BGB, Jura 1990, S. 225 ff.

314 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 153.

315 Dazu etwa D. Leipold, Das Haftungsprivileg des Spruchrichters, JZ 1967, S. 737 ff. (739).

ren Tatbestand beruht, zur Grundlage von Ersatzansprüchen gemacht und damit über die von den Prozeßordnungen vorgesehenen Rechtsbehelfe hinaus auf dem Weg über das Recht der unerlaubten Handlung zur Nachprüfung durch einen anderen Richter gestellt werden kann (...). Insbesondere deshalb sollen Urteile, außer bei strafbaren Handlungen des Richters, grundsätzlich nicht zum Gegenstand von Amtshaftungsprozessen gemacht werden können.«³¹⁶

Im Zentrum dieser Argumentation steht damit das Institut der Rechtskraft und seiner »Sperrwirkung«, die vom BGH in einer jüngeren Entscheidung betont wurde.³¹⁷ Auffällig an der zuvor zitierten Passage des BGH-Urteils ist eine gewisse Überzeichnung der Situation, denn es geht gewiss nicht um »jede Entscheidung des Spruchrichters«, die mit einer angeblichen Unrichtigkeit behaftet ist. In einem Amtshaftungsprozess wird es sich der Kläger wie in jedem anderen Zivilprozess reiflich überlegen, ob er einen Anspruch gerichtlich durchzusetzen sucht oder nicht.

Abgesehen davon, dass der BGH in jüngerer Zeit das Kriterium der Rechtskraft im Rahmen des § 839 Abs. 2 BGB immer weiter aufgeweicht hat, überzeugt diese Rechtfertigung des Spruchrichterprivilegs ebenso wenig wie der reflexhafte Verweis auf die richterliche Unabhängigkeit, denn im Amtshaftungsprozess wegen judikativen Unrechts kann die Rechtskraft des in Frage stehenden richterlichen Erkenntnisses allenfalls mittelbar tangiert werden.³¹⁸ Weder ist der nachfolgende Amtshaftungsprozess parteiidentisch, noch muss zwangsläufig »das Urteil in einer Rechtssache« in seinem Mittelpunkt stehen.³¹⁹ Die Rechtsprechung hat schon früh anerkannt, dass auch alle Entscheidungen, die der Vorbereitung des »Richterspruchs« dienen, also »bei« einem »Urteil in einer Rechtssache« ergehen, unter § 839 Abs. 2 BGB fallen. Sie weisen zwar häufig eine innere Verbindung zum »Urteil« auf, können aber auch nur entfernt etwas mit ihm zu tun haben. Würde aber ein Haftungsprozess die Rechtskraft des Urteils wirklich unterminieren, so dürfte es

316 BGH v. 05.05.1975 – III ZR 43/73, BGHZ 64, 347 (349).

317 BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306 (308); s. auch S. Smid, Zum prozeßrechtlichen Grund des Haftungsausschlusses nach § 839 Abs. 2. S. 1, Jura 1990, S. 225 ff. (227); N. Luhmann, Öffentlich-rechtliche Schadensersatzansprüche rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 124; W. Grunsky, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, in: FS Ludwig Raiser, 1974, S. 141 ff.

318 Demgegenüber rechtfertigen etwa T. von Danwitz, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 34, Rn. 128, und H.-J. Papier/E. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2019, § 839, Rn. 382, sowie F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 102 f., das Privileg mit dem Institut der Rechtskraft.

319 A. A. offenbar J. Gundel, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche »Richterprivileg«, EWS 2004, S. 8 ff. (12 f.).

auch keine Haftung des Rechtsanwalts im Falle einer Fehlberatung oder des gerichtlichen Sachverständigen geben (§ 839a BGB).³²⁰

c) *Sicherung des Rechtsfriedens*

In jüngerer Zeit hat sich vor dem Hintergrund der Betonung der Funktion des § 839 Abs. 2 BGB als »Rechtskraftstütze«³²¹ und der Unzulänglichkeiten der früheren Argumentationen eine Lesart des Privilegs durchgesetzt, die die allgemeine Funktion der Rechtsprechung und ihrer Entscheidungen verstärkt in den Blick nimmt. Hiernach dient § 839 Abs. 2 BGB der Sicherung des »Rechtsfriedens«. Diesen Gedanken hat der BGH – soweit ersichtlich – 1971 zum ersten Mal entwickelt. In dem betreffenden Urteil heißt es:

»Das Berufungsgericht ist weiter richtig davon ausgegangen, daß diese Beschlüsse als urteilsvertretende Entscheidungen nur unter der erschwerenden Voraussetzung des § 839 Abs. 2 BGB einen Ersatzanspruch auslösen können. Diese Sondervorschrift soll insbesondere Rechtssicherheit und Rechtsfrieden wahren.«³²²

Soweit der BGH in einer jüngeren Entscheidung die »interimistische Befriedungsfunktion« des einstweiligen Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Ausnahme des § 839 Abs. 2 BGB betont, wird deutlich, dass die Begriffe »Rechtsfrieden« und »Rechtssicherheit« hier letztlich als Sammelbegriffe dienen, die eine flexible Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB ermöglichen sollen und im Kern die Gehalte des Begriffs der »Rechtskraft« umschreiben.

Der Begriff der »Rechtssicherheit« ist aber pauschal verwendet denkbar ungeeignet, um »flexibilisierend« zu wirken. Rechtssicherheit bedeutet Erwartungssicherheit, was wiederum die Bindung an Recht und Gesetz bedeutet. Betont man dagegen den »Rechtsfrieden«, so verschwimmen die Maßstäbe bei der Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB vollends. Der Begriff bezieht sich zwar auch auf die »Rechtskraft« eines »Urteils«; er ist aber kein Rechtsbegriff im engeren Sinne. Es ist nämlich letztlich stark wertungs- und perspektivabhängig, wann und unter welchen Umständen ein wie auch immer gearteter »Rechtsfrieden« entsteht. Im Falle judikativen Unrechts entsteht er jedenfalls nicht auf der Seite des Geschädigten. Beide Begriffe sollen offenbar die Möglichkeit offenhalten, die spezielle Stellung der Dritten Gewalt im staatlichen Gefüge mit der Sicherung ihrer »Entscheidungen« zu umschreiben und so eine *ratio* des § 839 Abs. 2 BGB erzeugen. Dieses Verschwimmen

320 W. Grunsky, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, in: FS Ludwig Raiser, 1974, S. 141 ff. (151).

321 Ebenda, S. 141 ff.

322 BGH v. 14.07.1971 – III ZR 181/69, BGHZ 57, 33 (45).

der *ratio legis* wird z. T. als eigener Ansatz, als Möglichkeit der Kombination der tradierten Begründungsansätze gesehen.³²³

d) Kritik

Die Zielsetzung des § 839 Abs. 2 BGB ist nicht nur einem Wandel ausgesetzt, sondern läuft Gefahr, ihre Konturen vollkommen zu verlieren. Der Rechtsprechung gelingt es immer weniger, die Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB mit einem wie auch immer gearteten Ziel des § 839 Abs. 2 BGB in Verbindung zu bringen. Erstaunlich ist hierbei auch, dass keine wirkliche dogmatische Arbeit zur Unterfütterung des Privilegs geleistet wird, sondern allzu reflexhafte Beschwörungen erfolgen, die der Kritik nicht immer standhalten.

§ 839 Abs. 2 BGB enthält weder ein Standesprivileg noch kann der Gedanke der Absicherung der Rechtskraft heute allein ausschlaggebend sein. Dies gilt umso mehr, wenn man sich die europäischen und internationalen Einflüsse, denen das Privileg ausgesetzt ist, vor Augen führt.³²⁴ Insofern sieht man sich mit einer unsicheren *ratio legis* des § 839 Abs. 2 BGB konfrontiert, die im Lichte der Tatsache, dass § 839 Abs. 2 BGB eine einfachgesetzliche Ausnahme zur institutionellen Garantie der Staatshaftung verkörpert, dazu anhalten sollte, die Vorschrift restriktiv auszulegen.

4. Tatbestandsvoraussetzungen des Spruchrichterprivilegs

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Spruchrichterprivilegs sind durch die Rechtsprechung in einer Weise ausgeformt worden, die nur noch schwer zu strukturieren ist. Dies ist auf verschiedene Faktoren zurückzuführen: Die Entstehungsgeschichte des § 839 Abs. 2 BGB legt eigentlich nahe, dass das Spruchrichterprivileg nicht nur auf »Richter« anwendbar ist, sondern auch auf andere Organe der Rechtspflege. Insofern ist hier aktuellen Entwicklungen, die auf eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs zielen, weiter nachzugehen. Auch hat der BGH im Gegensatz zum Reichsgericht schon früh eine formale Betrachtung des Merkmals »Urteil in einer Rechtssache« aufgegeben, was im Ergebnis eine sukzessive Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs zur Folge hatte, die zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt hat. Dass aber eine Haftung der Dritten Gewalt durch das Spruchrichterprivileg nicht vollkommen ausgeschlossen wird, ver-

323 So etwa A. Ohlenburg, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten – Im deutschen, englischen und französischen Recht, 2000, S. 38.

324 Dazu unten § 9 und 10.

deutlicht sich insbesondere in den Bereichen richterlicher Tätigkeit, in denen das Privileg bislang keine Anwendung findet und die bislang wissenschaftlich kaum gewürdigt wurden. Dass die Rechtsprechung in diesen Bereichen die verfassungsrechtliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit mehr und mehr zum »Platzhalter« für das Spruchrichterprivileg umwidmet, ist eine interessante und zugleich bedenkliche Entwicklung, die auch dazu Anlass gibt, sich der heutigen Zielsetzung dieser Privilegierung – und damit letztlich ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung – zu vergewissern.

a) *Beamter*

§ 839 Abs. 2 BGB findet zunächst Anwendung auf »Beamte« und ist damit schon vom Wortlaut her anscheinend kein exklusives Richterprivileg o. Ä. Gleichwohl ist durch die Verkoppelung mit dem Merkmal des »Urteils in einer Rechtssache« eine starke Eingrenzung auf Richter verbunden. Dennoch ist zu beobachten, dass der persönliche Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB durch die Rechtsprechung stetig ausgedehnt wird, sei es, dass die Vorschrift entsprechende Anwendung findet, oder sei es, dass sie – wie im Falle von Schiedsrichtern – als konkludent im Schiedsvertrag vereinbart gilt.³²⁵ In diesen Fällen findet die Vorschrift zwar keine direkte Anwendung, ihr Grundgedanke wird auf diese Weise aber auch in Konstellationen fruchtbar gemacht, die strukturelle Parallelen zur Regelungskonzeption des § 839 Abs. 2 BGB aufweisen.

aa) *Berufsrichter und ehrenamtliche Richter*

Beamte, die eine Amtspflicht bei dem Urteil in einer Rechtssache verletzen können, sind zunächst Berufsrichter und ehrenamtliche Richter, wie z. B. Schöffenrichter, Handelsrichter (§ 105 GVG) und Arbeitsrichter (§ 16 Abs. 1 S. 1 ArbGG).³²⁶ Gleichwohl Berufsrichter keine Beamten im statusrechtlichen Sinne sind, gelangt man auch hier über den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff zu einer Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB.³²⁷ Insoweit hätte es sich durchaus schon bei seiner Kodifizierung angeboten, den Begriff des »Spruch-

325 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12 (15).

326 S. auch § 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB; s. auch *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 383; *H. Wöstmann*, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn 321; *P. Reinert* in H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck, BeckOK BGB, 53. Edition 2020, § 839, Rn. 106.

327 *K. Fischer*, Die Richterhaftung, 1973, S. 2 ff.

richters« oder »Prozessrichters« in § 839 Abs. 2 BGB aufzunehmen. Bei den ehrenamtlichen Richtern wurde die Beamteneigenschaft im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB in der Vergangenheit ebenfalls angezweifelt; vor dem Hintergrund des Art. 92 GG und des § 1 DRiG, die sich sowohl auf Berufsrichter wie auf ehrenamtliche Richter beziehen, kann aber letztlich kein Zweifel daran bestehen, dass beide Richtergruppen öffentliche Aufgaben wahrnehmen und daher als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne zu behandeln sind. In der älteren Diskussion zu dieser Frage wurde dagegen mitunter eine Haftung der ehrenamtlichen Richter nach § 823 ff. BGB befürwortet, was zu einer Zersplitterung der Haftungsmaßstäbe geführt hätte.³²⁸

Obwohl der Wortlaut des § 839 Abs. 2 BGB von »Beamten« spricht, ist die Rechtsprechung zu einer »teleologischen« Reduktion der Vorschrift übergegangen.³²⁹ »Beamte« i. S. d. § 839 Abs. 2 BGB sind hiernach mehr oder weniger ausschließlich »Richter der staatlichen Gerichte bei Ausübung der Rechtsprechung«³³⁰. Ihre Basis findet diese Reduktion in der Überlegung, dass durch Art. 92 GG die »Rechtsprechung« bei staatlichen Gerichten monopolisiert ist. Dieses Rechtsprechungsmonopol führe dazu, dass nur Richter der staatlichen Gerichte letztverbindliche Entscheidungen treffen könnten.³³¹ Diese Sichtweise der Rechtsprechung berechtigt letztlich auch dazu, § 839 Abs. 2 BGB als »Richterprivileg« einzustufen, denn eine Anwendung auf nichtrichterliche Organe der Rechtspflege oder sonstige Institutionen der »Streitbeilegung« scheint sich im Lichte der einschlägigen Judikate zu verbieten.

bb) Extension auf weitere Akteure?

Gleichwohl hat die Rechtsprechung diese strikte Auslegung des § 839 Abs. 2 BGB selbst nicht immer durchgehalten. Zwar wurde eine direkte Anwendung des Spruchrichterprivilegs auf weitere Akteure zumeist abgelehnt. Dies gilt insbesondere für Rechtspfleger³³² und Schiedsrichter.³³³ Angesichts des Bedeutungswandels, dem die verschiedenen Mechanismen der Streiterledi-

328 S. dazu K. Fischer, Die Richterhaftung, 1973, S. 2 ff. m. w. Nachw. zur älteren Diskussion.

329 L. Horn/A. Graef, Die Geltung des Spruchrichterprivilegs des § 839 II BGB für Mitglieder der Vergabekammern, NZBau 2002, S. 142 ff. (142).

330 H. Wöstmann, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn. 320 mit Verweis auf BGHZ 10, 57; NGH NJW 1962, 1500; BGH VersR 1966, 1053.

331 H. Wöstmann, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn. 320.

332 BVerfG v. 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (404 f.) – Kontrolle des Rechtspflegers; BGH v. 05.10.2006 – III ZR 283/05, NJW 2007, 224 (226).

333 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12 (15); s. auch OGH Wien v. 24.08.1998 – 1 Ob 253/97 f, BB 1999, Beilage 11, 7.

gung unterworfen sind, ist in diese Diskussion in den letzten Jahren aber Bewegung geraten. So wird eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB etwa für die Mitglieder der Vergabekammern beim Bundeskartellamt ebenso befürwortet³³⁴ wie z. T. eine direkte Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf die Mitglieder der Gütestellen i. S. d. § 15a EGZPO. Und selbst wo § 839 Abs. 2 BGB nicht für direkt anwendbar gehalten wird, ist es – soweit ersichtlich – nur sehr selten zu einer »vollkommenen Unterwerfung« von Rechtspflegern oder Schiedsrichtern unter § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG gekommen. Vielmehr hat die Rechtsprechung in nahezu allen Fällen Strategien entwickelt, um zumindest die Grundgedanken des Spruchrichterprivilegs entsprechend anzuwenden.

(1) Mitglieder der Gütestellen

Die Mitglieder der Gütestellen sind zwar keine Richter im Sinne des Art. 92 GG, § 1 DRiG, gleichwohl wird eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf sie vereinzelt befürwortet.³³⁵ Dies lässt sich damit begründen, dass der am Ende eines erfolgreichen Güteverfahrens stehende Vergleich gem. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Titelfunktion hat. Wenn aber das »Verfahrensergebnis« in diesem Bereich mit dem eines »echten« Erkenntnisverfahrens vergleichbar ist, so könnte dies auch Rückwirkungen auf die Stellung der Mitglieder der Gütestellen haben. Bislang ist aber – soweit ersichtlich – noch nie entschieden worden, dass Mitglieder von Gütestellen in den Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB fallen. Zum einen ist nämlich die Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB bei Vergleichen schon nicht unproblematisch, zum anderen sind die Mitglieder der Gütestellen jedenfalls keine Richter im Sinne des Art. 92 GG.³³⁶ Auch die Ausgestaltung der Schlichtungsgesetze der Länder sprechen hier eine eindeutige Sprache. So verlangt etwa das JustG NRW ausdrücklich (§ 48), dass Mitglieder der Gütestellen, die nicht von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt getragen werden, eine private Haftpflichtversicherung abschließen müssen. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass sie nicht in den »Genuss« einer Haftungsüberleitung kommen, soweit sie nicht in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft stehen.

Insofern kommt es für die Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB maßgeblich auf die Organisationsform der jeweiligen Gütestelle an. Angesichts des

334 L. Horn/A. Graef, Die Geltung des Spruchrichterprivilegs des § 839 II BGB für Mitglieder der Vergabekammern, NZBau 2002, S. 142 ff. (142).

335 W. Zimmerling, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/M. Würdinger (Hrsg.), Juris Praxiskommentar, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 839, Rn. 201.

336 S. dazu N. Preuss, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2000, S. 466.

»Wildwuchses« in diesem Bereich³³⁷ sind genaue Abgrenzungen jedoch schwierig. Soweit eine Gütestelle in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft steht, kann zwar aufgrund der Organisationsform zunächst davon ausgegangen werden, dass zumindest der Anwendungsbereich der Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG eröffnet ist; dagegen wird allein die Anerkennung durch staatliche Stellen bei privatrechtlicher Organisationsform nicht ausreichen, um von einer »öffentlichen Aufgabe« auszugehen. In einem nächsten Schritt stellt sich dann bei den Mitgliedern der Gütestellen die Frage, ob sie »Beamte bei dem Urteil in einer Rechtssache« sind, ob also der vor einer Gütestelle erreichte Vergleich ein Urteil in einer Rechtssache darstellt. Weil aber schon allein der (protokollierte) gerichtliche Vergleich nicht hierunter fällt, kann für vor Schiedspersonen geschlossene Vergleiche nichts anderes gelten.

Hinzu kommt, dass die Stellung von Schiedspersonen auch strukturell nicht der Stellung eines Richters entspricht. Weder garantieren die Schlichtungsgesetze der Länder die sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Schiedspersonen, noch existieren besondere Hürden im Rahmen der Aufsicht. So können etwa Schiedspersonen in Nordrhein-Westfalen gem. § 9 Abs. 1 S. 2 SchAG NRW bereits bei Vorliegen wichtiger Gründe des Amtes enthoben werden. Zudem unterliegen sie der Aufsicht; die zuständigen Stellen verfügen diesbezüglich über recht weitgehende Kontrollbefugnisse. So haben sie gem. § 7 Abs. 2 S. 1 SchAG NRW die Befugnis, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Schiedsperson zu ordnungsgemäßer, unverzüglicher Führung ihrer Amtstätigkeit anzuhalten. Sie verfügen gem. § 7 Abs. 2 S. 2 über ein Rügerecht und sind gem. § 7 Abs. 2 S. 3 SchAG NRW für die Bearbeitung von Rügen zuständig. Schon dieses Beispiel belegt, dass sowohl die Aufgabe als auch die Stellung von Schiedspersonen nicht mit denen eines Richters gleichgesetzt werden können. Entsprechend kann auf Schiedspersonen § 839 Abs. 2 BGB nicht angewendet werden. Soweit aber tatsächlich ein Haftungsfall im Zusammenhang mit einer Schlichtung stehen sollte, so spricht einiges dafür, dass die Rechtsprechung zumindest von einem reduzierten Haftungsmaßstab ausgehen wird, der im Wesentlichen Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit umfassen dürfte.

337 S. dazu R. Greger, Die von der Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestellen: Alter Zopf mit Zukunftschancen, NJW 2011, S. 1478 ff. (1478).

(2) Schiedsrichter

In Bezug auf die Haftung des Schiedsrichters hat der BGH früh angenommen, dass zwar § 839 Abs. 2 BGB keine direkte Anwendung finden könne, die Schiedsparteien aber mit dem Schiedsvertrag in der Regel eine stillschweigende Haftungsbegrenzung dahingehend vereinbaren,

»dass die Parteien nicht ein höheres Maß der Verantwortlichkeit den Schiedsrichtern auferlegt wissen wollten, als sie den Staatsrichter trifft«³³⁸.

Einer Analogie zu § 839 Abs. 2 BGB, wie sie das Reichsgericht in einer frühen Entscheidung angenommen hatte,³³⁹ wollte sich der BGH aber nicht anschließen, wahrscheinlich auch, weil das Reichsgericht diesen Ansatz selbst nicht weiterverfolgt, sondern auf die Figur des »stillschweigenden Haftungsausschlusses« zurückgegriffen hatte.³⁴⁰ Der BGH hat seinen Ansatz dann in einer Vielzahl von Entscheidungen gefestigt.³⁴¹

Tatsächlich ist diese »stillschweigende Extension« des Spruchrichterprivilegs aber weder in ihrer Begründung überzeugend noch im Lichte der tatsächlichen Verhältnisse angemessen – zu Recht spricht *Wolfgang Zimmerling* hier von einer »gewaltsamen Konstruktion«³⁴². Der Schiedsrichter schließt mit den Parteien der Schiedsstreitigkeit einen Vertrag. Soweit Haftungsbeschränkungen für notwendig erachtet werden, können sie ausdrücklich vereinbart werden. Auch wenn das Schiedsverfahren strukturell und in seinen Ergebnissen staatlichen Gerichtsverfahren sehr nahekommt, ist doch auf entscheidende Unterschiede hinzuweisen. Schon weil ein Schiedsrichter von den Parteien bestellt wird und er nach den Maßstäben eines Rechtsanwalts vergütet wird, kann ein konkludenter Haftungsausschluss gerade nicht gewollt sein.³⁴³ Insofern scheidet eine Übertragung des Haftungsausschlusses gem.

338 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12 (15) mit Verweis auf RG v. 06.02.1907 – Rep. III. 363/06, RGZ 65, 175; RG JW 1933, 217.

339 RG v. 21.03.1898 – Rep. VI. 350/97, RGZ 41, 251 (256): *»Diese Erwägungen nötigen zu der Annahme, daß ein Schiedsrichter in Beziehung auf seinen Spruch, wo nicht aus positiven gesetzlichen Bestimmungen eine weitergehende Haftung zu entnehmen ist, von der Partei nur unter derselben Voraussetzung in Anspruch genommen werden kann, wie der Richter, im Gebiete des preußischen Rechts also nur dann, wenn er vorsätzlich das Recht gebeugt hat.«*

340 RG v. 06.02.1907 – Rep. III. 363/06, RGZ 65, 175; RG JW 1933, 217; eingehend dazu B. Osterthun, Schadensfälle im Schiedsverfahren – Vermeidung oder schiedsrichterliche Haftung, 2002, S. 348 f.; J. Gal, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2009, S. 170 f.

341 BGH v. 19.11.1964 – VII ZR 8/63, BGHZ 42, 313 (316); BGH v. 22.04.1965 – VII ZR 15/65, BGHZ 43, 374 (376).

342 W. Zimmerling, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/M. Würdinger (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 839, Rn. 204.

343 Ebenda.

§ 839 Abs. 2 BGB auf Schiedsrichter aus, unabhängig davon, wie sie methodisch konstruiert wird.

(3) Mitglieder der Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit

Soweit die Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit eine »echte« Schiedsgerichtsbarkeit verkörpert, müssen die für die Schiedsrichter geltenden Erwägungen auch in diesem Bereich gelten. Eine »sinngemäße« oder anderweitige Übertragung des § 839 Abs. 2 BGB scheidet in diesen Fällen also regelmäßig aus. Dies gilt erst recht, soweit man es hier mit hybriden Formen der Schiedsgerichtsbarkeit zu tun hat, deren rechtliche Einordnung mitunter schwerfällt. Die Haftung von Mitgliedern der Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit richtet sich damit nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen, also insbesondere nach § 280 BGB.

(4) Mitglieder der Parteigerichtsbarkeit

Die konkrete rechtliche Klassifizierung von »Parteigerichtsbarkeiten« erweist sich als schwierig. Begreift man die Parteigerichtsbarkeit als »echte« Schiedsgerichtsbarkeit, so liegt es nahe, die Überlegungen, die für die Schiedsgerichte angestellt wurden, auf die Parteigerichte zu übertragen. Die Rechtsprechung würde auch in diesem Falle eine »Übertragung« des Gedankens des § 839 Abs. 2 BGB aller Voraussicht nach für möglich halten, auch wenn dieser Fall – soweit ersichtlich – noch nie eingetreten ist. Ein solcher Ansatz wäre auch für den Bereich der Parteigerichtsbarkeit nicht überzeugend. Dies gilt unabhängig von der Frage, welchen Umfang an Kontrollkompetenz man der staatlichen Gerichtsbarkeit in Bezug auf Entscheidungen der Parteigerichte zubilligen will, denn auch wenn man sie nicht als »echte« Schiedsgerichte einordnet, werden jedenfalls keine Verschiebungen des Haftungsmaßstabs ermöglicht. Die Haftbarkeit der Mitglieder von Parteigerichten ist damit zunächst eine Frage der zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen.

(5) Mitglieder der Vergabekammern

Auf die Mitglieder von Vergabekammern (§ 157 GWB) findet das Spruchrichterprivileg dagegen direkte Anwendung.³⁴⁴ Auf der Ebene der Bundeslän-

344 Dazu J. Braun, Zur Stellung der Vergabekammer und zur Haftung ihrer Mitglieder, ZVgR 2000, S. 111 ff.; L. Horn/A. Graef, Die Geltung des Spruchrichterprivilegs des § 839 II BGB für Mitglieder

der ist dies z. T. gesetzlich – allerdings »über Bande« – vorgesehen.³⁴⁵ Gem. § 105 Abs. 1 GWB üben die Vergabekammern ihre Tätigkeiten im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus. Diese starke Betonung der Unabhängigkeit, die durch eine partielle Regelung der Unversetzbarkeit (§ 104 Abs. 4 S. 1 GWB) sekundiert wird, lässt die Schlussfolgerung zu, dass es sich bei Vergabekammern um »gerichtsähnliche« Kollegialorgane handelt. Sie sind unstreitig keine Gerichte i. S. d. Art. 92 GG, nehmen aber vergleichbare Aufgaben wahr. Entsprechend haben staatliche Gerichte die Entscheidungen der Vergabekammern (heute § 168 GWB) auch als »urteilsvertretende Erkenntnisse« eingestuft und damit letztlich Urteilen gleichgestellt.³⁴⁶ Hinzu kommt, dass man ihnen ein Vorlagerecht zum EuGH nicht absprechen können wird, sodass sie zumindest aus der Perspektive des Unionsrechts als »Gericht der Mitgliedstaaten« anzusehen sind.³⁴⁷ Demgegenüber gilt das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB nicht für Mitglieder der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts (§ 51 Abs. 2 bis Abs. 4 GWB) bzw. der Bundesnetzagentur, weil ihnen gegenüber – prinzipiell – Weisungsbefugnisse bestehen.³⁴⁸

(6) Rechtspfleger

Rechtspfleger gem. § 1 RPflG sind keine Richter i. S. d. Art. 92 GG. Trotz der anhaltenden Diskussionen über diese Einschätzung³⁴⁹ hat sich die Recht-

der Vergabekammern, NZBau 2002, S. 142 ff.; K. Stockmann, in: U. Immenga/E. J. Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 157, Rn. 7.

345 S. etwa § 7 Vergabenachprüfungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern: »Die Mitglieder der Vergabekammern haften dem Land für Schäden, die diesem aus ihrer Tätigkeit in den Vergabekammern erwachsen, nur nach Maßgabe von § 839 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Für die Kammermitglieder günstigere Regelungen in anderen Gesetzen bleiben unberührt.«

346 OLG Düsseldorf v. 22.01.2001 – Verg 24/00, NZBau 2001, 520.

347 K. Stockmann, in: U. Immenga/E. J. Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 155, Rn. 8; L. Horn/A. Graef, Die Geltung des Spruchrichterprivilegs des § 839 II BGB für Mitglieder der Vergabekammern, NZBau 2002, S. 142 ff. (145); s. auch EuGH v. 17.09.1997, Rs. C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, Slg. 1997, I-4691 – Dorsch.

348 Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass diese Weisungsbefugnisse praktisch keine Rolle spielen, dazu H.-H. Schneider, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008, § 12, Rn. 35. Diese Unterschiede zwischen Vergabekammern und Beschwerdekammern sollten nach Stimmen in der Literatur ausgeräumt werden, s. K. Stockmann, in: U. Immenga/E. J. Mestmäcker (Hrsg.), GWB Kommentar, Bd. 4, 6. Aufl. 2021, § 155, Rn. 15 ff.; s. auch R. Zuck, Bundeskartellamt, Dienstaufsicht und Regreß, NJW 1972, S. 468 ff.

349 Ausführlich dazu M. Tams, Der Rechtspfleger als Richter i. S. d. Grundgesetzes – eine Bestandsaufnahme oder eine Absage an das Erfordernis persönlicher Unabhängigkeit, Rpfleger 2007, S. 581 ff.; früh für eine Richtereigenschaft des Rechtspflegers etwa W. Habscheid, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation – Zugleich ein Beitrag zum Begriff des »Richters« im Sinne des Grundgesetzes, Rpfleger 1968, S. 237 ff.; ders., Zur Stellung des Rechtspflegers nach dem neuen Rechtspflegergesetz, NJW 1970, S. 1175; eingehende Auseinandersetzung bei M. Georg, in: E. Arnold/K. Meyer-Stolte/K.-O. Herrmann/K. Rellermeier/U. Hintzen/ders., Rechtspflegergesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2015, § 1,

sprechung daher bis heute nicht dazu entschließen können, das Spruchrichterprivileg auf den Rechtspfleger direkt anzuwenden.³⁵⁰ Dies bedeutet aber umgekehrt nicht, dass der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG hier direkte und unbeschränkte Anwendung findet. Der BGH hat aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit des Rechtspflegers (§ 9 RPflG) eine Beschränkung der Amtshaftung im Wege einer restriktiven Auslegung des Verschuldenskriteriums vorgenommen, die sich an den Maßstäben für das Verschulden des Richters außerhalb des Spruchrichterprivilegs orientiert.³⁵¹ Hiernach ist ein Verschulden des Rechtspflegers nur anzunehmen,

*»wenn die seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Rechtsansicht nicht mehr vertretbar erscheint«.*³⁵²

Das OLG Frankfurt hat eine Haftung des Rechtspflegers in Anlehnung an die ältere Rechtsprechung des BGH gar auf Fälle von grober Fahrlässigkeit und Vorsatz begrenzt.³⁵³ Interessant ist hier, dass die Unabhängigkeit des Rechtspflegers in Parallele zur Unabhängigkeit des Richters als Grundlage für den strengeren Verschuldensmaßstab gesehen wird, obgleich das Spruchrichterprivileg selbst weder historisch noch aktuell seine *ratio* maßgeblich hierin findet. Dies unterstreicht auch, dass die Rechtsprechung heute durch einen »*case-by-case-Ansatz*« gekennzeichnet ist, der insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 34 GG problematisch ist.

(7) Gerichtliche Sachverständige

Dass die Rechtsprechung ihre Linie selbst nicht immer konsequent einhält, wurde schon 1973 deutlich, als der BGH das Privileg des § 839 Abs. 2 BGB auf den gerichtlichen Sachverständigen anwenden wollte.³⁵⁴ Dem ist aber das BVerfG entgegengetreten.³⁵⁵ Das Pendel schlug dann geradezu in die andere Richtung aus, insofern die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen aus § 823 Abs. 1 BGB folgen sollte. Um diesen Unsicherheiten entgegenzuwirken,

Rn. 34 ff. mit zahlreichen Nachweisen; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 92, Rn. 55.

350 S. insbesondere BVerfG v. 07.07.1982 – 2 BvL 29/81, BVerfGE 61, 75 (77) wonach der Rechtspfleger nicht zur Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG ermächtigt ist; deutlich auch BVerfG v. 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 (404 f.) – Kontrolle des Rechtspflegers; BayVerfGH v. 16.10.1981 – Vf. 10, 97 – VI/80, NJW 1982, 1746.

351 BGH v. 05.10.2006 – III ZR 283/05, NJW 2007, 224.

352 BGH v. 05.10.2006 – III ZR 283/05, NJW 2007, 224 (226).

353 OLG Frankfurt v. 10.12.2004 – 1 W 69/04, MDR 2005, 1051.

354 BGH v. 18.12.1973 – VI ZR 113/71, BGHZ 62, 54.

355 BVerfG v. 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, NJW 1979, 305.

hat der Gesetzgeber mit der speziellen Regelung des § 839a BGB reagiert, die aber hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung einige Probleme aufwirft. Der gerichtliche Sachverständige haftet gem. § 839a BGB für Schäden, soweit er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Diese Reduktion weist Parallelen zum Haftungsmaßstab für judikatives Unrecht außerhalb des § 839 Abs. 2 BGB auf und führt faktisch zu einem Ausschluss der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen.

(8) Gerichtliche Mediatoren

Obwohl richterliche Mediation überwiegend als »öffentliche Aufgabe« angesehen wird, ist eine direkte Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf den Richter-Mediator ausgeschlossen.³⁵⁶ Dies hängt mit dem Wesen der Mediation zusammen, die keine Tätigkeiten »bei einem Urteil in einer Rechtssache« verkörpert. Die Mediation dient weder der unmittelbaren Vorbereitung eines solchen Urteils (sie soll es gerade verhindern), noch kann man die Rolle des Richter-Mediators mit der des Prozessrichters gleichsetzen. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Anwendungsbereich der Amtshaftung nicht für den Richter-Mediator eröffnet wäre. Zwar gibt es Stimmen in der Literatur, die für die Richter-Mediation ein rein privatrechtliches Haftungsregime befürworten, weil sie als Grundlage der Mediation einen Mediationsvertrag zwischen Richter-Mediator und den Parteien sehen, der neben dem Prozessrechtsverhältnis stehen soll.³⁵⁷ Diese Konstruktion ist aber nicht notwendig, soweit man die Mediation durch Richter als »Amtstätigkeit« im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB begreift. Indes wird in diesem Zusammenhang häufig vorgeschlagen, den mit der richterlichen Unabhängigkeit zusammenhängenden eingeschränkten Verschuldensmaßstab für richterliche Tätigkeiten, die nicht von § 839 Abs. 2 BGB erfasst sind, auch im Falle des Richter-Mediators anzuwenden, was im Ergebnis ebenfalls zu einem breitflächigen Haftungsausschluss führen dürfte.³⁵⁸

356 J. M. von Barga, *Gerichtsinterne Mediation*, 2008, S. 340 f.

357 S. etwa J. Volkmann, *Mediation im Zivilprozess*, 2006, S. 105 ff.; zu den bisweilen strengeren Haftungsmaßstäben im ausländischen Recht s. etwa R. Greger, *Qualitätssicherung der Mediation im internationalen Vergleich*, JZ 2011, S. 229 ff. (232) am Beispiel der Regelungen des österreichischen Rechts.

358 So auch H. Koch, *Gerichtliche Mediation – gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen*, NJ 2005, S. 97 (100); J. M. von Barga, *Gerichtsinterne Mediation*, 2008, S. 340 f.; K.-H. Matthies, *Richterliche Mediation im Lichte der Amtshaftung*, in: FS Erwin Deutsch, 2009, S. 869 ff. (877 ff.).

b) Verletzung einer Amtspflicht

Das Erfordernis der Amtspflichtverletzung in § 839 Abs. 2 BGB ist letztlich auf § 839 Abs. 1 BGB bezogen. Dennoch lassen sich gewisse Unterschiede in den jeweiligen Formulierungen feststellen. So spricht Abs. 1 davon, dass der Beamte »die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht« verletzt, während Abs. 2 von »seine[r] Amtspflicht« spricht. Aus diesen Divergenzen im Wortlaut ist aber in der Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – keinerlei Konsequenz gezogen worden. Auch die Amtspflichten im Rahmen des § 839 Abs. 2 BGB müssen Drittbezug aufweisen, selbst wenn der Wortlaut dieses Ergebnis nicht stützt – täten sie es nicht, wäre es ohnehin folgenlos, weil schon die Haftung des § 839 Abs. 1 BGB nicht griffe, von der Abs. 2 nur eine Ausnahme darstellt. Dies hätte zur Folge, dass das Kriterium des Drittbezugs erfüllt sein müsste.³⁵⁹

c) Urteil in einer Rechtssache

Der in § 839 Abs. 2 BGB verwendete Begriff des Urteils ist im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung immer extensiver gefasst worden, was eine automatische Ausweitung des Spruchrichterprivilegs zur Folge hatte. Neben den formellen Endurteilen fallen nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH auch sog. »urteilsvertretende Erkenntnisse« unter § 839 Abs. 2 BGB, womit seit jüngerer Zeit auch Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz erfasst werden. Diese Entwicklung ist angesichts der Gesetzgebungsgeschichte erstaunlich und in der Literatur häufig kritisiert worden. Offensichtlich werden hier die Verschiebungen im Entscheidungsspektrum des Richters verarbeitet (§ 5), ohne dass allerdings die Maßstäbe für diese Extension immer klar herausgearbeitet würden.

aa) Ursprünglicher Begriff des »Urteils«

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte den Begriff des Urteils noch technisch verstanden. Hiernach fielen unter das Spruchrichterprivileg nur solche Erkenntnisse, die nach obligatorischer mündlicher Verhandlung ergingen, die den Rechtsstreit ganz oder teilweise beendeten und nach den jeweiligen Prozessordnungen als »Urteil« zu bezeichnen waren.³⁶⁰ Im Lichte der

³⁵⁹ Eingehend zum Begriff der Verletzung und dem der Amtspflicht s. o. B. II. 2.

³⁶⁰ RG v. 06.02.1906 – Rep. III. 501/05, RGZ 62, 367 (369); RG v. 17.10.1916 – Rep. III. 127/16, RGZ 89, 13 (14); RG v. 08.02.1927 – III 113/26, RGZ 116, 90; RG v. 29.06.1937 – III 205/36, RGZ

Entstehungsgeschichte des § 839 Abs. 2 BGB wurde eine extensive Auslegung des Begriffs abgelehnt.³⁶¹ Dass eine rein formelle Betrachtung des Begriffs des »Urteils« schon angesichts des einsetzenden Wandels in den Prozessordnungen langfristig zu Problemen führen würde, hat die Rechtswissenschaft früh erkannt. Die Prozessordnungen waren nie vollkommen auf § 839 Abs. 2 BGB abgestimmt. So wurde beispielsweise angemerkt, dass mit einem Versäumnisurteil, das formell ein »Urteil« darstelle, die Instanz nur sehr bedingt abgeschlossen werde.³⁶² Auch dass im Zivilprozessrecht ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung als »Beschluss« ergehe (§ 922 Abs. 1 S. 1 2. Alt. bzw. § 940 i. V. m. §§ 936, 922 Abs. 1 S. 1 2. Alt. ZPO), nach einer mündlichen Verhandlung aber als »Urteil« (§ 922 Abs. 1 S. 1. 1. Alt. ZPO), verdeutliche die relative Wahlfreiheit hinsichtlich der Form des Erkenntnisses im einstweiligen Rechtsschutz.³⁶³ Schließlich sei das Kriterium der »obligatorischen mündlichen Verhandlung« durch Veränderungen der Prozessordnungen mit der Zeit aufgeweicht worden; es liege heute zu einem guten Teil in den Händen der Parteien, ob es zu einer mündlichen Verhandlung komme oder nicht.³⁶⁴

bb) Urteile und urteilsvertretende Erkenntnisse

Aufgrund dieser Inkonsistenzen hat der BGH schon im Jahre 1953 den formalen Ansatz des Reichsgerichts aufgegeben. In dem Urteil ging es im Wesentlichen um die Frage, ob »Sprüche« der Spruchkammern in der amerikanischen Besatzungszone »Urteile« i. S. d. § 839 Abs. 2 BGB verkörpern können.³⁶⁵ Der historische Kontext der Entscheidung darf sicherlich nicht außer Acht gelassen werden, ging es hier doch auch um Frage, ob die ersten von den Alliierten zugelassenen deutschen Spruchkörper ihre Aufgaben in dem

156, 34 (44); RG v. 30.10.1942 – III 78/41, RGZ 170, 333 (338); eine Ausnahme wurde nur für den insoweit auf ein Urteil bezogenen Berichtigungsbeschluss gemacht, s. RG v. 15.05.1917 – III 65/17, RGZ 90, 228.

361 K. Schäfer, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 435 m. w. Nachw.

362 Es liegt letztlich in den Händen der Parteien, ob dies eintritt. Soweit Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt wird, wird der Rechtsstreit in der Instanz fortgeführt, in dem er auch ursprünglich anhängig wurde.

363 So schon K. Schäfer, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 436 m. w. Nachw.

364 Auf die Untauglichkeit dieses Kriteriums hatte bereits BGH v. 21.05.1953 – III ZR 272/51, BGHZ 10, 55 (60) hingewiesen; so auch K. Schäfer, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 438 m. w. Nachw.

365 Bei den Spruchkammern handelte es sich um Spruchkörper, die das »Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus« (Gesetz Nr. 104 v. 05.03.1946 – BefrG) umsetzen sollten (s. Art. 24 ff. BefrG), d. h., sie waren für Entscheidungen im Zusammenhang mit der »Entnazifizierung« zuständig.

Bewusstsein erfüllen konnten, dass sie »Richter« sind bzw. rechtlich wie solche behandelt werden. Ob hinter dem Urteil auch die politisch motivierte Erwägung stand, die Reputation der Spruchkammern zu schützen und damit die Bemühungen um die Entnazifizierung nicht zu gefährden, lässt sich dagegen heute nur noch schwer rekonstruieren.

Der BGH stellt in dem Urteil zunächst darauf ab, dass § 839 Abs. 2 BGB überhaupt nur auf Entscheidungen von Gerichten anwendbar sei.³⁶⁶ Sodann wird anhand der Organisation der Spruchkammern festgestellt, dass sie strukturell mit Gerichten vergleichbar seien. Interessanterweise sah der BGH weder ein Problem darin, dass die Mitglieder der Spruchkammern nicht über die Befähigung zum Richteramt verfügen mussten,³⁶⁷ noch darin, dass ihnen keine Inamovibilität garantiert wurde. Hinsichtlich der Frage, ob es sich bei dem »Spruch« der Spruchkammer um ein »Urteil« i. S. d. § 839 Abs. 2 BGB handele, fasst der BGH dann zusammen:

»Die Sprüche der Spruchkammern in Hessen entsprechen somit den Anforderungen, die an ein Urteil in einer Rechtssache im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB gestellt werden. Sie ergeben durch sachlich unabhängige Richter in einem dem Strafverfahren ähnlichen Verfahren, das in seinen Grundzügen den Erfordernissen einer geordneten Rechtsprechung gerecht wird; sie entsprechen auch in ihrer äußeren Form einem Urteil und schließen die Instanz ab.«³⁶⁸

Entscheidend ist also, dass 1. ein sachlich unabhängiger Richter 2. in einem bestimmten Verfahren 3. eine Entscheidung trifft, die in ihrer Form mit einem Urteil vergleichbar ist und 4. die Instanz abschließt. Es kommt danach insbesondere nicht mehr auf die vom Reichsgericht noch als zentral empfundene formelle Bezeichnung an.

Diesen Ansatz hat der BGH dann 1954 in einem denkbar unpolitischen Kontext weiter ausgebaut, indem er auch eine richterliche Entscheidung über die Kosten im Falle der Erledigungserklärung (§ 91a Abs. 1 ZPO), die durch »Beschluss« entschieden wird, als »Urteil in einer Rechtssache« ansah.³⁶⁹ In dem Urteil wird das BGH-Urteil zu den Sprüchen der Spruchkammern in Bezug genommen und fortgeführt; es komme darauf an, dass

366 BGH v. 21.05.1953 – III ZR 272/51, BGHZ 10, 55 (57).

367 Tatsächlich musste gem. § 25 Abs. 2 BefrG nur der Vorsitzende der Berufungskammer die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst besitzen. Derartige Anforderungen bestanden für die Beisitzer (§ 25 Abs. 1 BefrG) nicht.

368 BGH v. 21.05.1953 – III ZR 272/51, BGHZ 10, 55 (61).

369 BGH v. 26.04.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142. Ein Hintergrund dieses Rechtsstreits mag gewesen sein, dass die Kostenfestsetzung bei Erledigungserklärung bis 1942 durch ein Urteil im formellen Sinne erfolgte, was durch § 4 Abs. 1 der 3. Vereinfachungsverordnung v. 16.05.1942 (RGBl. I, 333) geändert worden war, s. BGH v. 26.04.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142 (145).

»die richterliche Entscheidung das Prozeßrechtsverhältnis für die Instanz beende und diese Entscheidung unter den für ein Urteil wesentlichen Voraussetzungen – insbesondere mit der Möglichkeit vorherigen rechtlichen Gehörs der Beteiligten – ergangen sei.«

Entscheidend ist damit, dass mit dem Beschluss eine Beendigung des Rechtsstreits herbeigeführt wird. In dem Urteil wird dann erstmals der Begriff des »urteilsvertretenden Erkenntnisses« eingeführt:

»Auf richterliche Entscheidungen, die ihrem Wesen nach Urteile sind und die dargelegten Voraussetzungen erfüllen, also auf urteilsvertretende Erkenntnisse, ist deshalb auch die Bestimmung des § 839 Abs. 2 BGB anzuwenden, gleichgültig, ob sie die äußere Bezeichnung ›Urteil‹ führen oder nicht.«³⁷⁰

Diese Rechtsprechung hat der BGH dann weiter konkretisiert: Hinsichtlich des Verfahrens komme es darauf an, dass es sich um ein »Erkenntnisverfahren« handle, dessen Ziel im Wesentlichen die Anwendung materieller Rechtsnormen auf einen konkreten Fall sei.³⁷¹ Entsprechend fallen bis heute richterliche Entscheidungen in Verfahren, in denen es ausschließlich um die Durchsetzung von Rechten geht, wie etwa Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren, nicht in den Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB.³⁷² Hiermit wurde der Extension des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 BGB erstmals eine deutliche Grenze gezogen. Weiteres zentrales Kriterium des »urteilsvertretenden Erkenntnisses« ist nach der Rechtsprechung, dass die jeweilige Entscheidung nicht nur die Instanz beendet, sondern dass »darüber hinaus ihr Inhalt in Rechtskraft erwachsen kann«³⁷³.

Die wichtigsten Merkmale des »urteilsvertretenden Erkenntnisses« sind spätestens seit dieser Präzisierung klar umrissen. Hierunter fallen damit alle

»Entscheidungen [von Richtern], die in einem Erkenntnisverfahren, d.h. einem Verfahren über den Bestand von Rechten, das Prozessrechtsverhältnis abschließen oder wenigstens die Instanz beenden, und zwar unter Selbstbindung des Gerichts, so daß sie nicht nur zu formeller, sondern auch materieller Rechtskraft fähig sind, und die ferner einem Urteil im technischen Sinne in allen wesentlichen Voraussetzungen – Gewährung des rechtlichen Gehörs, gegebenenfalls Erhebung von Beweisen, Begründung des Spruchs – gleichzusetzen sind.«³⁷⁴

Mit der Betonung der *Rechtskraft* der entsprechenden richterlichen Entscheidung kommt es somit für das Vorliegen eines »urteilsvertretenden Erkennt-

370 BGH v. 26.04.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142 (144).

371 BGH v. 19.02.1962 – III ZR 23/60, BGHZ 36, 379 (382).

372 Dazu unten B. III. c) ff) (4).

373 BGH v. 05.05.1975 – III ZR 43/73, BGHZ 64, 347 (349) mit Verweis auf BGH v. 19.09.1966 – III ZR 92/65, BGHZ 46, 106; BGH v. 10.02.1969 – III ZR 35/68, BGHZ 51, 326 (328).

374 So die Zusammenfassung in BGH v. 09.12.2004 – III ZR 200/04, BGHZ 161, 298 (301 f.); s. auch H. Wöstmann, in: J. von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn 324; A. Staudinger, in: R. Schulze (Hrsg.), BGB Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 839, Rn. 38.

nisses« hauptsächlich darauf an, dass das Prozessrechtsverhältnis abgeschlossen oder zumindest die Instanz beendet wird (formelle Rechtskraft) und diese Entscheidung auch materielle Rechtskraft erlangen kann.³⁷⁵ Dass genau dieser Punkt in der jüngeren Rechtsprechung des BGH aufgeweicht wurde, wirkt daher einigermaßen erstaunlich.

cc) Erstreckung auf einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO?

In einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 2005 hat der BGH auch eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO als urteilsvertretendes Erkenntnis eingestuft, obwohl die einstweilige Anordnung in dem Verfahren als Beschluss (§ 123 Abs. 4 VwGO) und ohne mündliche Verhandlung ergangen war.³⁷⁶ Auch die verhältnismäßig einfach ausgestaltete Abänderbarkeit eines Beschlusses gem. analog § 80 Abs. 7 VwGO bei § 123 Abs. 1 VwGO sah er nicht als Hindernis für diesen Schritt und machte sich damit die schon 1986 von *Karl Schäfer* formulierte Kritik hinsichtlich der Inkonsistenzen bei der Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf Erkenntnisse im einstweiligen Rechtsschutz – nahezu wortwörtlich – zu eigen.³⁷⁷ Die Folge dieses Urteils ist, dass heute nahezu alle Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz in den sachlichen Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 fallen sollen.³⁷⁸

Den Hintergrund des Urteils bildet der tief greifende Wandel, denen die Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes anhaltend ausgesetzt sind.³⁷⁹ Der BGH stellt insofern zutreffend fest, dass etwa einstweiligen Verfügungen in Wettbewerbssachen inzwischen häufig streitbeendende Wirkung zukäme, da die Parteien zumeist die einstweilige Verfügung widerspruchlos hinnähmen.³⁸⁰ Auch im Verwaltungsprozess trete neben die Sicherungsfunktion der einstweiligen Anordnungen gem. § 123 Abs. 1 VwGO immer öfter ihre »interimistische Befriedungsfunktion«.³⁸¹ Darüber hinaus sei aufgrund der prozeduralen Ausgestaltung des verwaltungsprozessualen Anordnungsverfahrens und der Tatsache, dass auch im Verwaltungsprozessrecht nach Erlass

375 S. nur BGH v. 19.09.1966 – III ZR 92/65, BGHZ 46, 106; BGH v. 10.02.1969 – III ZR 35/68, BGHZ 51, 326 (328); BGH v. 14.07.1971 – III ZR 181/69, BGHZ 57, 33 (45); BGH v. 05.05.1975 – III ZR 43/73, BGHZ 64, 347 (349); *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 382.

376 BGH v. 09.12.2004 – III ZR 200/04, BGHZ 161, 298.

377 Dazu *K. Schäfer*, in: J. von Staudinger (Hrsg.), *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. 1986, § 839, Rn. 436 m. w. Nachw.

378 S. nur *D. Fischer*, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 13. Aufl. 2021, § 922, Rn. 9.

379 Dazu bereits § 5 B. I.

380 BGH v. 09.12.2004 – III ZR 200/04, BGHZ 161, 298 (303).

381 Ebenda.

der einstweiligen Anordnung häufig von der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens Abstand genommen werde, eine Anwendung des § 839 Abs. 2 auf Beschlüsse im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO geboten.³⁸² Eine Ausnahme hat der BGH allerdings selbst formuliert. Soweit Erkenntnisse im einstweiligen Rechtsschutz eine »interimistische Befriedungsfunktion« gerade nicht herbeiführen könnten, komme eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auch weiterhin nicht in Betracht.³⁸³

Das Urteil des BGH ist überwiegend begrüßt worden, enthält es doch eine wichtige Klarstellung hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Spruchrichterprivilegs.³⁸⁴ Diese positive Resonanz hat *Wolf-Rüdiger Schenke* in einer Anmerkung zu dem Urteil geteilt und zugleich den Ansatz des BGH in wesentlichen Punkten fortentwickelt, die für die weitere Diskussion bestimmend sein dürften.³⁸⁵ Unter grundsätzlicher Zustimmung zu den das Urteil tragenden Erwägungen plädiert *Schenke* dafür, den Begriff des »Urteils in einer Rechtssache« in Anschluss an die *Larenz'sche* Methodenlehre als »Typusbegriff« zu verstehen, also nicht als Begriff, der »durch unverzichtbare Merkmale abschließend festgelegt ist«³⁸⁶. Nach *Karl Larenz* verpflichtet der Typus, »eine Bewertung vorzunehmen, die der von der Norm oder dem Maßstab »gemeinten« entspricht«³⁸⁷. Zudem stellt *Schenke* grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von einstweiligem Rechtsschutzverfahren und Hauptsacheverfahren, dem Verhältnis von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie zu weiteren Extensionen des Spruchrichterprivilegs an.³⁸⁸ So entspreche es nicht der inzwischen zu verzeichnenden »Substitutionsfunktion« des einstweiligen Rechtsschutzes, ihn haftungsrechtlich anders zu behandeln als reguläre Hauptsacheverfahren. Eine Haftung für Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz berge die Gefahr, das »für das Hauptsacheverfahren geltende Richterspruchprivileg auszuhöhlen«³⁸⁹. Als letzter Punkt wird schließlich noch das Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Verwaltungsgerichtsbarkeit thematisiert. Durch eine restriktive Anwendung des

382 Ebenda (304).

383 Ebenda mit Verweis auf BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306. In diesem Verfahren ging es um die Anordnung einer vorläufigen Unterbringung nach dem PsychKG, die nach Auffassung des BGH »weder bestimmt noch geeignet war« eine »interimistische Befriedungsfunktion« zu erfüllen. Dem wird man nur beipflichten können.

384 So *S. Meyer*, Richterspruchprivileg auch für Arrestbeschlüsse und einstweilige Verfügungen im Beschusswege, NJW 2005, S. 864 ff. (864).

385 *W.-R. Schenke*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 09.12. 2004 – III ZR 200/04, JZ 2005, 680 ff.

386 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 215.

387 Ebenda.

388 *W.-R. Schenke*, Anmerkung zu BGH v. 09.12. 2004 – III ZR 200/04, JZ 2005, 680 ff. (insbesondere 684).

389 Ebenda.

§ 839 Abs. 2 BGB bei einstweiligen Anordnungen gem. § 123 Abs. 1 VwGO billige man der ordentlichen Gerichtsbarkeit möglicherweise ein Übergewicht zu, das die »prinzipielle Gleichwertigkeit der verschiedenen Gerichtsbarkeiten« infrage stelle.³⁹⁰

Ist also mit dem Urteil des BGH tatsächlich eine dogmatische Flurbereinigung vorgenommen worden? Stellt sie einen Baustein zur Austarierung des Verhältnisses von Hauptsacheverfahren und einstweiligem Rechtsschutz wie auch der Gerichtsbarkeiten zueinander dar? Bei Lichte besehen sind jedenfalls weder die Begründung des BGH noch die weiterführenden Überlegungen *Schenkes* kritiklos zu akzeptieren.

Dass der Begriff des Urteils in einer Rechtssache einen »Typusbegriff« darstellt, ist schon angesichts des historischen Hintergrunds des Spruchrichterprivilegs³⁹¹ und seines Verhältnisses zur institutionellen Garantie der Staatshaftung überaus zweifelhaft. Soweit man auf feste Begriffsbildung verzichten will, dürfte eine Handhabung des Begriffs nur sehr schwer möglich sein und liefe unweigerlich auf weitere Extensionen hinaus, die sich verfassungsrechtlich kaum rechtfertigen lassen. Auch ist es prinzipiell problematisch, Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz mit Entscheidungen in Hauptsacheverfahren mehr oder weniger gleichzusetzen. Zwar ist es unbestreitbar, dass dem einstweiligen Rechtsschutz eine immer wichtigere Funktion zukommt, doch sind die strukturellen Unterschiede hier von einigem Gewicht. Dies muss in besonderer Weise für den verwaltungsprozessualen einstweiligen Rechtsschutz gelten. Dass man die Abänderbarkeit der Erkenntnisse (§ 80 Abs. 7 VwGO) sowie die häufig fehlende mündliche Verhandlung für mehr oder weniger unbeachtlich hält, mag zwar praktischen Bedürfnissen entsprechen, ist aber verfassungsrechtlich – und vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 EMRK – wenig überzeugend.

Den systematischen Bedenken ließe sich auch auf andere Weise beikommen, nämlich, wenn man konsequent alle Erkenntnisse, die nicht aufgrund der entwickelten Vorgaben zum »urteilsvertretenden Erkenntnis« als »Urteile« einzustufen sind, aus dem Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB fallen ließe. Wenn die formale Bezeichnung als »Urteil« keine wesentliche Rolle spielen soll, so spricht auch nichts dagegen, ein Versäumnisurteil nicht unter § 839 Abs. 2 BGB zu fassen, weil es kein »Urteil« im Sinne der Vorschrift ist. Gerade im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes kommt hinzu, dass anschließender Primärrechtsschutz – sei es im Beschwerdeverfahren, sei es im

390 Ebenda.

391 Dazu oben B. III. 2.

ggf. folgenden Hauptsacheverfahren – häufig nicht in Anspruch genommen wird, weil sich die Parteien hiervon keine Verbesserung ihrer Situation erhoffen. Das sagt aber noch nichts über die potenzielle Funktion des sekundären Rechtsschutzes in dieser Funktion aus. Vor allem wenn aufgrund eines gewissen Zeitablaufs oder Veränderungen in der tatsächlichen Situation der Primärrechtsschutz sinnlos wird, muss dem sekundären Rechtsschutz eine besondere Bedeutung zukommen.

Hinzu kommt, dass das Ermessen des Gerichts gerade im verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz sehr weit gehen kann.³⁹² Die für dieses Verfahren typische Entscheidung nach »Aktenlage« entspricht in vielen Punkten mehr einer Entscheidung der Verwaltung als einer »typischen« Gerichtsentscheidung, was auch darauf zurückzuführen ist, dass häufig im Interesse der Verfahrensökonomie auf eine mündliche Verhandlung verzichtet wird. Die Gefahr der Abänderbarkeit der einstweiligen Anordnung sowie der leicht zu hemmende Devolutiveffekt von Arresten und Verfügungen im Zivilprozessrecht sind auch in diesem Lichte zu sehen. Wenn aber der Stellenwert des primären Rechtsschutzes hier einem Wandel unterworfen ist, so wird man darüber nachzudenken haben, ob der sekundäre Rechtsschutz hier nicht auch eine Lücke füllen müsste. Das weite Ermessen der Gerichte ließe sich in diesen Verfahren sonst kaum noch verfassungsrechtlich rechtfertigen. Zumindest die abstrakte Möglichkeit einer Haftung könnte hier legitimationsstiftend wirken.

Ob der Umstand, dass die Zivilgerichte für einen Amtshaftungsprozess zuständig sind, zu einer Art »Über-Unterordnungsverhältnis« zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit führt, darf schließlich auch bezweifelt werden. Hierhinter verbirgt sich letztlich die Vorstellung, dass ein Amtshaftungsprozess bei judikativem Unrecht so etwas wie die Fortführung des Ausgangsprozesses »mit anderen Mitteln« ist. Tatsächlich trifft diese Vorstellung aber nicht zu. Schon die Parteien sind in einem nachfolgenden Amtshaftungsprozess nicht identisch, mit denen des Ausgangsverfahrens, wie auch der Streitgegenstand ein anderer ist. In der Vergangenheit hatte der BGH selbst über die Frage zu befinden, ob Entscheidungen der Kammern des BVerfG »Urteile in einer Rechtssache« darstellen, was bejaht wurde.³⁹³ Soweit ersichtlich, ist hieraus aber keine Grundsatzdebatte über das Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Verfassungsgerichtsbarkeit entstanden.

392 S. dazu nur A. Bostedt, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 123 VwGO, Rn. 80 ff.

393 BGH v. 28.10.1965 – III ZR 166/63, NJW 1966, 246.

dd) Weitere urteilsvertretende Erkenntnisse

Die Rechtsprechung hat die entwickelten Kriterien für »urteilsvertretende Erkenntnisse« auf zahlreiche weitere gerichtliche Entscheidungen angewendet.³⁹⁴ Den Schwerpunkt bildeten Erkenntnisse im Zivil- und Strafrecht. So stellt etwa der Beschluss, mit dem ein Arrestantrag abgelehnt wird, ein urteilsvertretendes Erkenntnis dar.³⁹⁵ Auch der Abänderungsbeschluss gem. § 319 ZPO³⁹⁶ wie auch der Kostenfestsetzungsbeschluss gem. § 91a ZPO³⁹⁷ wurden als urteilsvertretende Erkenntnisse eingestuft. Im Bereich der Strafgerichtsbarkeit gilt dies für den Beschluss nach §§ 203, 209 Abs. 1 StPO, mit dem ein Hauptverfahren eröffnet wird.³⁹⁸ Letzteres wurde maßgeblich mit der Unanfechtbarkeit des Beschlusses gem. § 210 StPO begründet. Auch die Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern über die Rechtmäßigkeit von Strafvollzugsmaßnahmen (§ 115 StVollzG)³⁹⁹ sowie der Einstellungsbeschluss gem. § 153 Abs. 2 StPO a. F. stellen nach der Rechtsprechung ein »urteilsvertretendes Erkenntnis« dar.⁴⁰⁰ Schließlich hatte der BGH bereits 1966 entschieden, dass Kammerentscheidungen des BVerfG unter den Begriff des »Urteils« in § 839 Abs. 2 BGB fallen.⁴⁰¹ In den maßgeblichen Urteilen stand jeweils außer Frage, dass die jeweiligen Verfahrensgarantien eingehalten worden waren sowie dem Kriterium der Rechtskraft, wenn auch z. T. eingeschränkt, Genüge getan war.

ee) Die Tendenz zur Ausweitung des Anwendungsbereichs des Privilegs

Spätestens mit der Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf Entscheidungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes hat sich die Tendenz der Rechtsprechung, das Spruchrichterprivileg, das eigentlich eine Ausnahmeregelung darstellt, extensiv zu handhaben, in einer Weise manifestiert, die ernsthafte Bedenken hervorrufen muss.⁴⁰² Im Spiegel der verfassungsrechtlichen Vorga-

394 H. Sprau, in: C. Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 839 Rn. 65; A. Staudinger, in: R. Schulze u.a. (Hrsg.), BGB Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 839, Rn. 38; W. Zimmerling, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/S. Würdinger (Hrsg.), Juris Praxiskommentar, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 839, Rn. 206.

395 KG Berlin v. 22.01.2001 – 22 U 1044/00, KGR Berlin 2001, 93.

396 RG v. 15.05.1917 – Rep. III. 65/17, RGZ 90, 228 (230 ff.).

397 BGH v. 26.04.1954 – III ZR 6/53, BGHZ 13, 142 (143 ff.).

398 OLG Dresden v. 21.02.2001 – 6 U 2233/00, OLGR Dresden 2001, 551.

399 OLG Koblenz v. 25.11.2003 – 1 W 674/03, OLGR Koblenz 2004, 125.

400 BGH v. 05.05.1975 – III ZR 43/73, BGHZ 64, 347.

401 BGH v. 28.10.1965 – III ZR 166/63, BGH NJW 1966, 246.

402 So auch H. Vinke, in: H. T. Soergel (Hrsg.), BGB Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2002, § 839, Rn. 214.

ben, die bemerkenswerterweise in diesem Zusammenhang nur selten diskutiert werden, müssen ernsthafte verfassungsrechtliche Zweifel aufkommen:

Ausnahmen von der institutionellen Garantie der Staatshaftung wie dem Spruchrichterprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB müssen sachgerechte Erwägungen zugrunde liegen; auch dürfen sie den Kernbereich der Staatshaftung nicht aushöhlen. Hinzu kommt, dass sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen haben und jedenfalls nur in »Randzonen und bereichsspezifisch« zulässig sind.⁴⁰³

Führt man sich dagegen die Entwicklung des Privilegs vor Augen, fällt auf, dass die Rechtsprechung stets bemüht war, ihre Haftungsverantwortlichkeit dem Wandel ihres Aufgaben- und Entscheidungsspektrums anzupassen. Spätestens mit der Erstreckung des § 839 Abs. 2 BGB auf den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, den Bemühungen, diese Vorschrift auch im Bereich der richterlichen Mediation stark zu machen, ihrer direkten oder indirekten Extension auf weitere »Organe der Streitentscheidung« oder den Versuchen, das Privileg auch auf Verhandlungen zu erstrecken, die mit einem Vergleich enden,⁴⁰⁴ zeigt sich, dass der Wandel der Dritten Gewalt stets von der Vorstellung begleitet wird, dass diese einer Privilegierung bedarf. Dies führt aber letztlich dazu, dass das Privileg nicht nur in »Randzonen« bzw. »bereichsspezifisch« zum Tragen kommt, sondern letztlich eine Staatsgewalt nahezu in ihrem kompletten Aktionsradius von einer (übergeleiteten) Haftungsverantwortlichkeit freistellen soll. Hierbei fällt es der Rechtsprechung schwer, »sachgerechte« Erwägungen ins Feld zu führen, denn die Zielsetzung des § 839 Abs. 2 BGB ist mit der Zeit eher unklarer geworden. Sie verwischt vollends, wenn man den Begriff des »Urteils« als »Typusbegriff« verstehen will, denn eine Rückbindung an das Ziel der Vorschrift wird dann immer schwieriger. Die Bedenken, die die Rechtsprechung etwa dem Verweisungsprivileg entgegenbringt, finden offensichtlich im Rahmen des § 839 Abs. 2 BGB keinen Widerhall.

ff) Nichtanwendbarkeit auf andere Beschlüsse

Die extensive Auslegung des Spruchrichterprivilegs hat im Ergebnis dazu geführt, dass eine »Haftung der Dritten Gewalt« bislang nur selten zum Tragen kam. Dennoch hat die Rechtsprechung eine allzu volatile Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB in einigen Fällen abgelehnt. Dies betrifft insbesondere

403 Eingehend oben A. II. 3.

404 Bemerkenswert OLG Bremen v. 21.07.1999 – 1 U 130/98, NJW-RR 2001, 1036.

grundrechtssensible Bereiche, wie richterliche Anordnungen im Ermittlungsverfahren⁴⁰⁵ oder im Unterbringungsverfahren.⁴⁰⁶ Auch wenn die Rolle der Grundrechte in diesem Zusammenhang zumeist nicht näher gewürdigt wird, bilden sie letztlich den Hintergrund. Dies zeigt, dass das Verfassungsrecht für die Haftung der Dritten Gewalt durchaus eine Rolle zu spielen vermag, wie auch in diesem Zusammenhang der Zielsetzung des § 839 Abs. 2 BGB eine wichtige Bedeutung zukommt.

(1) Prozessvergleiche

Der Prozessvergleich spielt in der »Justizwirklichkeit« eine zunehmend wichtige Rolle. Weil er aber nicht mit einem »Urteil« und auch nicht mit einem »urteilsvertretenden Erkenntnis« abgeschlossen wird, sondern einen Vertrag mit Doppelwirkung darstellt (dazu § 6), der nicht in Rechtskraft erwachsen kann, ist eigentlich von vornherein kein Raum für die Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB. Trotzdem hat das OLG Bremen im Jahre 1999 das Spruchrichterprivileg auch in dieser Situation angewendet.⁴⁰⁷ Das Urteil prüft zunächst, ob dem Richter eine Rechtsbeugung gem. § 339 StGB vorgeworfen werden kann. Weil dies aber nicht der Fall war, hielt es den Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB gewissermaßen für automatisch eröffnet. Es komme nicht darauf an, ob das Verfahren durch eine richterliche Entscheidung abgeschlossen werde, sondern es genüge, dass ein Verfahren in Gang gesetzt worden sei, welches zu einer Entscheidung führe. Das OLG Bremen verweist hier auf die Rechtsprechung des BGH, wonach § 839 Abs. 2 BGB sich gerade nicht nur auf »Amtspflichtverletzungen durch Urteil«, sondern »bei dem Urteil« beziehe und insofern alle Maßnahmen erfasse, die darauf gerichtet seien, eine Entscheidung herbeizuführen.⁴⁰⁸ Das OLG führt dann weiter aus:

»Damit gehört die Äußerung unzutreffender Rechtsansichten durch das Gericht im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung unabhängig davon, ob die Instanz durch ein Urteil oder einen Vergleich beendet wird, zu dem vom Richterspruchprivileg erfassten Kreis der Amtspflichtverletzungen.«⁴⁰⁹

Hier geht es letztlich um die Frage, ob § 839 Abs. 2 BGB selbst dann anwendbar ist, wenn gar keine richterliche Entscheidung ergeht bzw. sie nur

405 BGH v. 29.04.1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268.

406 BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306.

407 OLG Bremen v. 21.07.1999 – 1 U 130/98, NJW-RR 2001, 1036, eingehend zu dem Problem M. Dietrich, Prozessvergleiche »auf dringendes Anraten des Gerichts« und Staatshaftung, ZZP 120 (2007), S. 443 ff.; eingehend auch L. F. Schramm, Richterliche Pflichten und Haftung beim Prozessvergleich der ZPO, 2015.

408 OLG Bremen v. 21.07.1999 – 1 U 130/98, NJW-RR 2001, 1036 (1038 f.).

409 OLG Bremen v. 21.07.1999 – 1 U 130/98, NJW-RR 2001, 1036 (1039).

feststellende Wirkung hat. Jedenfalls kann der Prozessvergleich nicht als richterliche Entscheidung angesehen werden.⁴¹⁰ Das Urteil des OLG Bremen ist nicht nachvollziehbar, denn wenn ein Verfahren nicht durch eine wie auch immer geartete richterliche Entscheidung abgeschlossen wird, verbietet sich eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB. Jede andere Auslegung hätte eine uferlose Extension des § 839 Abs. 2 BGB zur Folge, die sich vor dem Hintergrund des Art. 34 GG nicht rechtfertigen ließe. Diese Entwicklung steht auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴¹¹ und zu frühen Entscheidungen des BGH.⁴¹²

(2) Freiwillige Gerichtsbarkeit

Im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit findet das Spruchrichterprivileg im streitigen Verfahren Anwendung.⁴¹³ Allerdings gibt es in diesem Verfahren Beschlussformen, bei denen der BGH eine automatische Erstreckung des § 839 Abs. 2 BGB ablehnt. Dies zeigt eine neuere Entscheidung des BGH, in der es um die Frage ging, ob eine einstweilige Anordnung im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffend eine Unterbringungsmaßnahme nach § 7 des Thüringer Gesetzes zur Hilfe und Unterbringung psychisch Kranker (ThürPsychKG) dem Spruchrichterprivileg unterfällt.⁴¹⁴ Der BGH hat hier eine direkte Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB abgelehnt. In dem summarischen Verfahren nach § 69f Abs. 1 FGG (a. F.) könne eine einstweilige Anordnung auch ohne vorherige Anhörung des Betroffenen erlassen werden.⁴¹⁵ Insoweit stelle das Unterbringungsverfahren kein »Erkenntnisverfahren« dar, das die für ein Urteil zu fordernde Richtigkeitsgewähr biete. Gleichwohl fordere die richterliche Unabhängigkeit, dass § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG nur im Falle besonders grober Verstöße zu bejahen sei.

(3) Strafrechtliches Ermittlungsverfahren

Der BGH hat in der Vergangenheit schon des Öfteren zu der Frage Stellung bezogen, ob richterliche Anordnungen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

410 S. nur BGH v. 09.03.2006 – III ZR 143/05, BGHZ 166, 313.

411 RG v. 13.05.1930 - III 284/29, RGZ 129, 37.

412 R. Stürmer, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, 202 ff. (204).

413 BGH v. 19.02.1962 – III ZR 23/60, BGHZ 36, 379 (384); BGH v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, NJW 2003, 3693 (3695).

414 BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306, s. zuvor OLG Thür. v. 03.09.2002 - 3 U 69/02, OLG NL 2002, 248.

415 Anders noch BGH v. 19.02.1962 – III ZR 23/60, BGHZ 36, 379 (384) in Bezug auf das alte Entmündigungsverfahren.

ren unter das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB fallen. Hiernach fällt etwa der Beschluss über die Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft nicht in den Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB,⁴¹⁶ was sinngemäß auch für die Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnung gelten dürfte. Allerdings gilt hier nach der Rechtsprechung die Einschränkung, dass die entsprechenden richterlichen Entscheidungen nur auf ihre Vertretbarkeit geprüft werden können.⁴¹⁷ Auch ein Beschluss, mit dem der Einsatz verdeckter technischer Mittel genehmigt wird, fällt nicht unter das Spruchrichterprivileg, weil es vor seinem Erlass keine Möglichkeit gibt, rechtliches Gehör zu gewähren.⁴¹⁸ Schließlich fiel nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch der Strafbefehl (Bußgeldbescheid) nicht unter § 839 Abs. 2 BGB,⁴¹⁹ eine Rechtsprechung, die vom OLG München mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zu Beschlüssen gem. § 123 Abs. 1 VwGO verworfen wurde.⁴²⁰ Insofern lässt sich auch für den Bereich der Beschlüsse im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren eine Tendenz ausmachen, entweder das Spruchrichterprivileg anzuwenden oder aber andere Restriktionen zu etablieren, die eine Anwendung des § 839 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 GG wesentlich erschweren bzw. unmöglich machen. Zurückhaltend ist die Rechtsprechung allerdings bei Beschlüssen, die schon von ihrem Sinn und Zweck her vorheriges rechtliches Gehör in keiner Weise voraussetzen. Dies sollte eigentlich Anlass bieten, über die Rolle der Verfahrensgrundrechte auch in anderen Bereichen nachzudenken.

(4) Weitere Bereiche

Neben den erwähnten Fallgruppen hat die Rechtsprechung wiederholt zur Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB auf Entscheidungen der Sitzungspolizei,⁴²¹ den Protokollberichtigungsbeschluss,⁴²² die Festsetzung der Entschädigung von Sachverständigen,⁴²³ das Verfahren der Erbscheinerteilung⁴²⁴ oder Beordnungsbeschlüsse⁴²⁵ Stellung bezogen und eine Anwendung abgelehnt. Allgemein findet § 839 Abs. 2 BGB auch keine Anwendung im Register- und

416 BGH v. 29.04.1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268.

417 BGH v. 29.04.1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268 (270 f.); BGH v. 18.05.2000 – III ZR 180/99, VersR 2001, 586 (587).

418 BGH v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, NJW 2003, 3693.

419 RG v. 24.11.1939 – III 26/39, RGZ 162, 230.

420 OLG München v. 10.03.2005 – 1 U 4947/04, OLGR München 2006, 35.

421 BGH v. 26.04.1990 – III ZR 182/89.

422 OLG Frankfurt v. 08.07.2002 – 1 U 155/01, OLGR Frankfurt 2002, 301.

423 BGH v. 06.10.1983 – III ZR 61/82, VersR 1984, 77.

424 OLG Naumburg v. 11.01.2000 – 1 U 151/99.

425 BGH v. 26.10.1989 – III ZR 147/88, BGHZ 109, 163.

Eintragungsverfahren,⁴²⁶ im Konkurs- und Zwangsvollstreckungsverfahren,⁴²⁷ im Prozesskostenverfahren (§§ 114 ff. ZPO) oder in Bezug auf einen Streitwertbeschluss.⁴²⁸ Allerdings bildet auch in diesen Bereichen eine erfolgreiche Amtshaftungsklage die absolute Ausnahme, was auf die inzwischen fest etablierten Restriktionen des Verschuldensmaßstabs zurückzuführen ist, der bei richterlichen Entscheidungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 BGB angelegt wird.

(5) Restriktionen des Verschuldensmaßstabs

Soweit richterliche Entscheidungen nicht unter das Spruchrichterprivileg fallen, greift eigentlich die Haftung gem. § 839 Abs. 1 BGB. Für diesen Fall hat die Rechtsprechung aber den »Verschuldensmaßstab« in einer Weise konkretisiert, die in nahezu allen Situationen eine Haftung ausschließen dürfte.⁴²⁹ Nach diesem Ansatz kommt eine Haftung nur bei grober Fahrlässigkeit und vorsätzlichem Handeln des Richters in Betracht. Begründet wird dies erstaunlicherweise mit der richterlichen Unabhängigkeit. Ob sich deshalb richterliche Entscheidungen, die unter das Spruchrichterprivileg fallen, von solchen, die prinzipiell an § 839 Abs. 1 BGB zu messen sind, praktisch überhaupt unterscheiden, ist stark zu bezweifeln. Bedenkt man die sonstigen Restriktionen des Amtshaftungsanspruchs, so wird deutlich, dass sekundärer Rechtsschutz gegen judikatives Unrecht bis auf wenige Ausnahmen bislang keine ernsthafte Rechtsschutzoption darstellen kann. Eine andere Begründung wird neuerdings aus einer Parallele zu § 839a BGB gezogen, denn wenn der gerichtliche Sachverständige nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz hafte, könne nichts anderes für Richter gelten.⁴³⁰ Diese Parallele ist aber nicht überzeugend. Weder lässt sich die Stellung des Richters mit der des gerichtlichen Sachverständigen gleichsetzen, noch kennt § 839a BGB ein Verweisungsprivileg. Andersherum müsste eigentlich gefragt werden, warum der gerichtliche Sachverständige vom Gesetzgeber in dieser Weise privilegiert wird.

426 BGH v. 05.10.2006 – III ZR 283/05, NJW 2007, 224.

427 OLG Schleswig v. 04.12.1992 – 11 U 181/90, SchlHA 1993, 91; BGH v. 19.12.1991 – III ZR 9/91, NJW-RR 1992, 919.

428 OLG Brandenburg v. 25.04.2002 – 2 W 1/02, MDR 2002, 1192; BGH v. 19.09.1961 – III ZR 107/60, NJW 1962, 36.

429 BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306.

430 W. Zimmerling, in: M. Herberger/M. Martinek/H. Rüßmann/S. Weth/M. Würdinger (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 839, Rn. 199.

gg) Bei einem Urteil

Eine weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 BGB geht schließlich auf die Formulierung des Tatbestandes zurück, dass es nicht darauf ankommt, dass eine Amtspflichtverletzung »durch« ein Urteil in einer Rechtssache begangen wird, sondern es ausreicht, dass dieses »bei« einem Urteil in einer Rechtssache geschieht. Die Rechtsprechung ist aufgrund dieser Formulierung dazu übergegangen, »alle Maßnahmen, die darauf abzielen, eine Rechtssache durch ein ›Urteil‹ zu entscheiden«, unter das Spruchrichterprivileg zu fassen.⁴³¹ Hierbei handele es sich um alle Maßnahmen, »die darauf gerichtet sind, die Grundlagen für die Sachentscheidung zu gewinnen«⁴³². Hierzu gehört etwa nach einer neuen Entscheidung auch die Bestimmung des Hauptverhandlungstermins.⁴³³ Dass eine extensive Interpretation der Präposition »bei« nicht immer unproblematisch ist, wird in Konstellationen deutlich, in denen das Spruchrichterprivileg auch bei richterlichen Maßnahmen greifen soll, die sich gegen Dritte, die an einem Prozess nicht beteiligt sind, wenden. So hat der BGH bereits 1968 entschieden, dass auch die Verlesung eines Berichts des Bundeskriminalamtes, in dem belastende Informationen über am Prozess nicht beteiligte Personen enthalten waren, unter das Privileg des § 839 Abs. 2 BGB falle.⁴³⁴ Der Kläger machte einen Amtshaftungsanspruch und Ansprüche aus Aufopferung geltend, die der BGH aber letztlich am Spruchrichterprivileg scheitern ließ. Ähnlich argumentierte das OLG Bremen hinsichtlich der Frage, ob richterliche Amtspflichtverletzungen in einem Verfahren, das durch einen Vergleich beendet wurde, unter § 839 Abs. 2 BGB fallen.⁴³⁵

IV. Verweigerung und Verzögerung der Amtsausübung als Grenze

Das Spruchrichterprivileg erfährt mit § 839 Abs. 2 S. 2 BGB eine Anwendungsbegrenzung, wonach es bei einer pflichtwidrigen Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung nicht greift. Während die Verweigerung der Amtsausübung bislang selten zum Problem wurde, hat sich in den letzten Jahren die Frage nach der zeitlichen Dauer von Gerichtsverfahren als ein zentrales Problem des deutschen Rechts in seinem Verhältnis zur EMRK entpuppt. Die Entwicklung fand ihren Höhepunkt in mehreren Urteilen des

431 BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14 (17).

432 Ebenda.

433 OLG Düsseldorf v. 10.03.1988 – 18 U 223/87.

434 BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14 (17).

435 OLG Bremen v. 21.07.1999 – 1 U 130/98, NJW-RR 2001, 1036.

EGMR, in denen er der deutschen Rechtsordnung ein strukturelles Defizit in Bezug auf Rechtsbehelfe gegen überlange Verfahren bescheinigte und führte schließlich zur Einführung der §§ 198 GVG ff. (dazu unten § 8 C.).⁴³⁶

1. Die Justizverweigerung

Der Begriff der Justizverweigerung beschreibt eine Konstellation, in welcher der Richter nicht nur zögerlich, sondern überhaupt nicht mehr agiert. Aus heutiger Perspektive liegt hier ein Verstoß gegen den Justizgewährungsanspruch vor; § 839 Abs. 2 S. 2 BGB findet damit seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Rechtsstaatsprinzip bzw. in den Grundrechten. Allerdings darf bezweifelt werden, ob in einer Situation der »justitia inactiva« ausgerechnet ein Schadensersatzanspruch dem Rechtssuchenden weiterhilft. Zwar ist der Primärrechtsschutz für diesen Fall äußerst begrenzt, es liegt aber auf der Hand, dass bei einer vollkommenen Verweigerung der Amtstätigkeit ausnahmsweise informelle Rechtsbehelfe wie z. B. die Dienstaufsichtsbeschwerden wirken können.

2. Die Verzögerung

Weitaus größere Probleme hat in den letzten Jahren die Frage der Verzögerung der richterlichen Amtsführung verursacht.⁴³⁷ Die Schwierigkeiten reichen bei dieser Fallgruppe von Fragen der »angemessenen« Verfahrensdauer bis hin zur Frage des Verschuldens. Durch den Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf der Basis des Art. 6 EMRK hat sich die Frage der Justizverzögerung nicht nur zu einem regelrechten »Mehrebenenproblem« entwickelt,⁴³⁸ sondern durch die fortwährenden Urteile des BVerfG⁴³⁹ auch zu einem echten »innerjustiziellen« Politikum.

436 In kaum noch zu überbietender Deutlichkeit: EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06, NJW 2010, 355 – Rumpf gegen Deutschland.

437 Eingehend dazu V. Schlette, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999; J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1135 f.).

438 EGMR v. 26.10.2000 – no. 30210/96 – NJW 2001, 2694, Kudla; EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01 – NJW 2006, 2389, Sürmeli.

439 S. nur BVerfG v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349 (369) – Hess-Entscheidung; BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (369) – Anwaltsverschulden; BVerfG v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 (124); BVerfG v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (13); BVerfG v. 29.03.2005 – 2 BvR 1610/03, NJW 2005, 3488; BVerfG v. 29.11.2005 – 2 BvR 1737/05, NJW 2006, 668.

Aus der Perspektive des Amtshaftungsrechts ist hierzu zunächst anzumerken, dass eine »Verzögerung« im Sinne des § 839 Abs. 2 BGB zumindest dazu führt, dass das Spruchrichterprivileg nicht anwendbar ist. Schwierig ist dagegen die Frage zu beantworten, wann eine »Verzögerung« vorliegt. Hier wird man freilich keine festen Zeitlinien ziehen können. Die Dauer eines Gerichtsverfahrens liegt nämlich nicht nur in der Hand der beteiligten Richter, sondern maßgeblich auch in den Händen der Parteien und Sachverständigen.⁴⁴⁰ Dennoch verdichtet sich nach der Rechtsprechung die Pflicht des Richters, das Verfahren zu fördern, im Laufe der Zeit. In der Vergangenheit wurden entsprechende Grundrechtsverstöße in Verfahren, die 4 Jahre und 7 Monate⁴⁴¹ oder gar 15 Jahre⁴⁴² bzw. 16 ½ Jahre⁴⁴³ in Anspruch nahmen, ohne weitere Begründung angenommen.

Ähnlich wie bei der Verweigerung der Amtsausübung muss aber auch bei der Verzögerung gefragt werden, ob das Amtshaftungsrecht überhaupt das richtige Instrument ist, um das Problem zu lösen. Allein ein Haftungsanspruch reicht bei Lichte besehen während des Verfahrens gerade nicht aus, um das Verfahren zu beschleunigen. Deshalb wird seit einigen Jahren über die Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde diskutiert, um auch die deutsche Rechtsordnung den Anforderungen der EMRK anzupassen. Hiervon wurde jüngst wieder Abstand genommen. Stattdessen wurde ein neuer Entschädigungsanspruch geschaffen (§ 198 Abs. 1 GVG), der aber für sich genommen das Verfahren nicht beschleunigen können wird. Soweit aber auf der Grundlage des § 839 Abs. 1 BGB ein Amtshaftungsanspruch geltend gemacht wird, finden die restriktiven Verschuldensmaßstäbe für Richter wie auch das Verweisungsprivileg Anwendung, was insbesondere im Verhältnis zu den Rechtsanwälten und gerichtlichen Sachverständigen (§ 839a BGB) wiederum zu einer weitgehenden Haftungsfreistellung der Dritten Gewalt führen wird. Dies gilt erst recht im Hinblick auf § 839 Abs. 3 BGB und sein Verhältnis zur richterrechtlich entwickelten Untätigkeitsbeschwerde.⁴⁴⁴

440 BVerfG v. 04.10.1974 – 2 BvR 80/77, BVerfGE 46, 17 (29).

441 LG München v. 12.01.2005 – 9 O 17286/03, DRiZ 2006, 49 (50).

442 BVerfG v. 17.11.1999 – 1 BvR 1708/99, NJW 2000, 797.

443 EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01 – NJW 2006, 2389, Sürmeli.

444 Dazu oben; s. auch J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1142.).

V. Die Begehung einer Straftat als Ausnahme

Schon das Preußische Obertribunal scheute sich, das Spruchrichterprivileg auch auf solche Konstellationen anzuwenden, in denen die Pflichtverletzung des Richters gleichzeitig eine Straftat darstellte. Die Begehung einer Straftat markiert so auf den ersten Blick den Punkt, an dem die deutsche Rechtsordnung der Dritten Gewalt aus keiner Perspektive Schutz angedeihen lässt. Tatsächlich spielen aber »judikative Straftaten« bislang keine nennenswerte Rolle im deutschen Rechtssystem. Dies dürfte auf der einen Seite damit zusammenhängen, dass die deutsche Justiz wenig korruptionsanfällig ist und sich auch andere denkbare Straftaten durch Richter (§§ 258, 258a StGB) nur selten ereignen. Auf der anderen Seite hat es aber zumindest zwei historische Zäsuren gegeben, die Anlass für den BGH geboten hätten, den Tatbestand der Rechtsbeugung operabel zu gestalten, und die gegensätzlicher nicht sein könnten. Gemeint ist hiermit zunächst die Situation der ehemaligen NS-Richter nach dem 2. Weltkrieg und die der ehemaligen Richter der DDR nach der Wiedervereinigung Deutschlands. Während ein durch den »Korpsgeist der Richterschaft gespeiste[r] Abwehrreflex«⁴⁴⁵ dafür gesorgt hat, dass selbst echte »Skandalurteile« aus der NS-Zeit nicht zu strafrechtlichen Reaktionen geführt haben,⁴⁴⁶ ist hinsichtlich der Richter der DDR-Justiz das Gegenteil zu verzeichnen.⁴⁴⁷ Hinzu kommen einige wenige Fälle, in denen Richter der Rechtsbeugung angeklagt waren.⁴⁴⁸ Dass es in diesen Konstellationen gleichwohl so gut wie nie zu Verurteilungen gekommen ist, wurde vielfach – zu Recht – kritisiert.⁴⁴⁹ Strukturell ist die Ursache hierfür in der Auslegungspraxis des BGH zum Tatbestand der Rechtsbeugung gem. § 339 StGB begründet.

445 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 158.

446 Dazu etwa L. Gerke, Die Anwendung des § 339 StGB auf Rechtsbeugungen in der DDR, 2000; Günter Spendel, DDR-Unrechtsurteile in der jüngeren BGH-Judikatur – eine Bilanz, JR 1986, S. 177 ff.; E. Wilhelm, Rechtsbeugung in der DDR, 2003; D. Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003, S. 153 ff.; s. auch allgemein E.-C. Schroeder, Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, NJW 2000, S. 3017 ff.

447 Eingehend dazu K. Freudiger, Die juristische Aufarbeitung des NS-Unrechts, 2002; D. Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003, S. 16 ff.; G. Gribbohm, Nationalsozialismus und Strafrechtspraxis – Versuch einer Bilanz, NJW 1988, S. 2842 ff.

448 BGH v. 04.09.2001 – 5 StR 92/01, BGHSt 47, 105 – Schill.

449 H. C. Schaefer, Überzogenes Richterprivileg, NJW 2002, S. 734 ff.

1. Rechtsbeugung (§ 339 StGB)

Der Tatbestand der Rechtsbeugung gem. § 339 StGB⁴⁵⁰ soll sicherstellen, dass im Rahmen der Rechtspflege »richtiges« Recht gesprochen wird.⁴⁵¹ Die zentrale Rolle dieses Anliegens wird durch das verhältnismäßig hohe Strafmaß unterstrichen (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren). Schon deshalb hat der BGH hohe Anforderungen für die Verwirklichung der Rechtsbeugung entwickelt. Demnach setzt die Verwirklichung des § 339 StGB neben einer nicht einmal mehr vertretbaren Rechtsanwendung des Richters (»elementarer Verstoß gegen die Rechtsordnung«) voraus, dass er sich bewusst in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt.⁴⁵² Diese – auch in der praktischen Anwendung des § 339 StGB – hohen Hürden haben letztlich dazu geführt, dass der Tatbestand der Rechtsbeugung kaum noch erfüllt werden kann.⁴⁵³ Insofern spielt § 339 StGB im Verhältnis zu § 839 Abs. 2 S. 1 BGB keine nennenswerte Rolle. Dass aber aufgrund dieser Rechtsprechung die Chance verpasst wurde, das Justizunrecht der NS-Zeit und der DDR strafrechtlich – und damit letztlich auch haftungsrechtlich – aufzuarbeiten, ist in Gänze betrachtet eine schwere Hypothek. Umso unverständlicher sind jüngere Entscheidungen des BGH, in denen er die Maßstäbe für den Rechtsbeugungstatbestand abermals verschärft hat. Die Folge dieser Rechtsprechung ist jedenfalls, dass gewöhnlich auch Amtshaftungsklagen an § 839 Abs. 2 BGB scheitern werden und so nicht nur die »Opfer« im Sinne des Strafrechts, sondern auch die »Geschädigten« im Sinne des Haftungsrechts regelmäßig leer ausgehen.

2. Richterbestechlichkeit (§ 332 Abs. 2 StGB)

Ein weiterer strafrechtlicher Tatbestand, dessen Verwirklichung eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB ausschließen würde, ist der der »Richterbestechlichkeit« (§ 332 Abs. 2 StGB). Auch dieses Delikt spielt nur selten eine Rolle, zumindest in Deutschland. Betrachtet man dagegen andere Staaten, so wer-

450 § 339 StGB: Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.

451 BGH v. 13.09.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257; K. Lackner/K. Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 339, Rn. 1.

452 G. Heine, in: A. Schönke/H. Schröder (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 339, Rn. 10.

453 H. C. Schaefer, Überzogenes Richterprivileg, NJW 2002, S. 734 ff. (735).

den effektive und rechtsstaatliche Strukturen in vielen Fällen durch Justizkorruption erodiert.⁴⁵⁴

3. Nötigung durch den Richter?

Der Wandel der Dritten Gewalt hat ihr Entscheidungsspektrum und die Rolle des Richters im Verfahren verändert. Bislang kaum beachtet wurde, dass hierdurch auch die (strafrechtlichen) Verantwortlichkeiten verschoben wurden. So wird in jüngerer Zeit thematisiert, ob im Bereich der Justiz neben den »klassischen« Delikten wie dem der Rechtsbeugung und der Bestechlichkeit nicht auch Situationen entstehen können, bei denen der Richter bzw. das Gericht in einer Weise auf die Parteien oder Verfahrensbeteiligten einwirkt, die den Tatbestand der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) erfüllt.⁴⁵⁵ Zwar ist, soweit ersichtlich, noch kein Richter wegen § 240 Abs. 1 StGB verurteilt worden. Da Richter aber immer mehr in die Rolle des »Moderators« geraten, sind auch solche Konstellationen nicht unvorstellbar, was sicherlich zu einer Bewährungsprobe für die deutsche Justiz führen würde.

VI. Inhalt des Amtshaftungsanspruchs

Der Amtshaftungsanspruch ist ein deliktischer Anspruch; insofern finden für die Bestimmung des Inhalts der Haftung die Regelungen des Bürgerlichen Rechts, die für unerlaubte Handlungen gelten, Anwendung (insbesondere §§ 249 ff. BGB).⁴⁵⁶ Allerdings scheidet eine Naturalrestitution regelmäßig aus, denn sie könnte nur in der Vornahme einer weiteren hoheitlichen Maßnahme bestehen.⁴⁵⁷ Dass dies insbesondere bei richterlichen Entscheidungen bzw. Maßnahmen nicht möglich ist, erklärt sich daraus, dass Gerichtsverfahren nicht von Amts wegen eingeleitet werden, sondern gewöhnlich nur auf Antrag. Insofern bleibt bei judikativem Unrecht nur Schadensersatz in Geld, wobei ggf. auch Ansprüche auf Schmerzensgeld eingeschlossen sind.⁴⁵⁸

454 Eingehend dazu Transparency International, Global Corruption Report 2007 und § 11 B. III.

455 Vgl. etwa die Konstellation in BGH v. 06.07.1966 – Ib ZR 83/64, NJW 1966, 2399.

456 H.-J. Papier/F. Shirvani, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VI, 8. Aufl. 2020, § 839, Rn. 353.

457 BGH v. 11.07.1985 – III ZR 62/84, BGHZ 95, 238 (244); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 111.

458 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 111.

VII. Die Regressmöglichkeit des Staates

Weniger aus der Sicht des Geschädigten als aus der des Richters stellt sich die Frage, ob der Staat im Falle eines erfolgreich durchgesetzten Amtshaftungsanspruchs Regress bei dem Richter nehmen kann, der seine Amtspflichten i. S. d. § 839 Abs. 2 BGB schuldhaft verletzt hat. Die Regressmöglichkeit des Staates bzw. der jeweils haftenden Körperschaft ist hierbei verfassungsunmittelbar, sieht Art. 34 S. 2 GG doch ausdrücklich vor, dass bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der Rückgriff vorbehalten ist. Soweit der Dienstherr hier tatsächlich den Richter auf der Grundlage von Art. 34 S. 2 GG i. V. m. § 46 DRiG i. V. m. § 78 Abs. 1 BBG bzw. § 71 DRiG i. V. m. § 46 Abs. 1 BRRG in Regress nimmt,⁴⁵⁹ dürfte es sich um absolute Ausnahmesituationen handeln. Aufgrund der restriktiven Rechtsprechung zum Verschuldensmaßstab bei judikativem Unrecht ist es indes zu einer Synchronisierung zwischen den verfassungsrechtlichen Vorgaben und den Fällen gekommen, in denen es zu einer Haftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG kommen kann. Denn der Fall, dass der Richter nur fahrlässig gehandelt hat, fällt praktisch aus dem Anwendungsbereich des § 839 Abs. 1 BGB. Fälle, in denen es überhaupt zu einem Regress gekommen ist, sind nicht ersichtlich.⁴⁶⁰ Auch dürfte der Regressanspruch des Staates auf das beschränkt sein, was der jeweilige Richter zu leisten imstande ist, ohne dass eine »Existenzvernichtung« droht.⁴⁶¹

C. Die Haftung der Dritten Gewalt jenseits des Amtshaftungsanspruchs

Eine Haftung der Dritten Gewalt wird in aller Regel eine Amtshaftung darstellen. Dies heißt aber nicht, dass nicht auch andere Haftungsinstitute des deutschen Staatshaftungsrechts auf judikatives Unrecht angewendet werden könnten. Die Rechtsprechung hat sich deshalb in der Vergangenheit (wenn auch selten) im Zusammenhang mit richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen auch mit Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff und dem allgemeinen Aufopferungsanspruch beschäftigen müssen. Auf den ersten Blick bieten diese Institute auf der Seite des Geschädigten die Möglichkeit, viele

459 Dazu auch *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 153.

460 *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 154 m. Verweis auf *M. Thode*, Amtshaftung für Akte der Strafjustiz, DRiZ 2002, S. 417 ff. (424).

461 Hier dürfte die Fürsorgepflicht des Dienstherrn nicht der eines Arbeitsgebers nachstehen, s. für die beschränkte Haftung des Arbeitnehmers BAG, VersR 1989, 1321; *M. Dietrich*, Prozessvergleiche »auf dringendes Anraten des Gerichts« und Staatshaftung, ZZP 120 (2007), S. 443 ff. (453 Fn. 68).

der Probleme, die aus seiner Perspektive mit dem Spruchrichterprivileg zusammenhängen, zu vermeiden. So setzen Entschädigungsansprüche wegen Eingriffen ins Eigentum regelmäßig keinen Nachweis des Verschuldens voraus. Gleichwohl ist die Rechtsprechung dazu übergegangen, die Wertungen des § 839 Abs. 2 BGB auch auf diese Institute des Staatshaftungsrechts »auszudehnen«.⁴⁶² Für den Fall überlanger Gerichtsverfahren hat der Gesetzgeber dagegen im Jahre 2011 einen neuen Entschädigungsanspruch in das GVG eingefügt, der von hoher Relevanz ist (dazu II.). Dagegen bietet § 1 StrEG einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch gegen den Staat, der sich bislang dem Einfluss des § 839 Abs. 2 BGB entziehen konnte (dazu III.). Neben bundes- und landesverfassungsgerichtsbezogenen Spezialregelungen (IV., V.) sowie Besonderheiten des Strafrechtsentschädigungsgesetzes (VI.) ist schließlich noch auf das in Brandenburg und Thüringen fortgeltende Staatshaftungsgesetz der DDR hinzuweisen (VII.), das allerdings in seiner heutigen Form die Haftung der Dritten Gewalt praktisch ebenso ausschließt wie § 839 Abs. 2 BGB.

I. Entschädigungsansprüche

Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff wie auch der allgemeine Aufopferungsanspruch sind stark richterrechtlich geprägt und bieten im Falle judikativen Unrechts nur in seltenen Fällen die Grundlage für eine verschuldensunabhängige, wenn auch sachlich sehr begrenzte unmittelbare Haftung des Staates.⁴⁶³ Während Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff eine Eigentumsverletzung voraussetzen, bezieht sich der allgemeine Aufopferungsanspruch auf die Verletzung sonstiger Rechtsgüter (Leib, Leben, Gesundheit). Dass beide Ansprüche im Zusammenhang mit der Haftung der Dritten Gewalt keine wesentliche Rolle spielen, ist u. a. darauf zurückzuführen, dass der BGH in einem frühen Urteil die Wertungen des Spruchrichterprivilegs auch auf den Aufopferungsanspruch erstreckt hat.⁴⁶⁴ Entsprechendes dürfte auch für einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gelten.⁴⁶⁵ Und selbst in Fällen, in denen § 839 Abs. 2 BGB direkt keine Anwendung finden würde, hat der BGH eine restriktive Auslegung der

462 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 267.

463 Konstellationen, in denen darüber hinaus ein Anspruch aus enteignendem Eingriff denkbar wäre, sind nicht ersichtlich.

464 BGH v. 19.02.1962 – III ZR 23/60, BGHZ 36, 379 (393 f.); BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14 (19 ff.).

465 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 267–268; C.-F. Menger/H.-U. Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 59 (1968), S. 366 (386 f.).

entsprechenden Institute vorgenommen, die praktisch zu einer völligen Unbeachtlichkeit im Zusammenhang mit judikativem Unrecht geführt hat.⁴⁶⁶

II. Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren (§ 198 Abs. GVG)

1. Allgemeines

Im Rahmen der Haftung der Dritten Gewalt haben sich überlange Gerichtsverfahren als zunehmend eigenständige Problemlage herauskristallisiert.⁴⁶⁷ Sie begleitet die rechtsprechende Gewalt zwar seit jeher, es hat sich aber erwiesen, dass eine Lösung des Problems enorme Schwierigkeiten bereiten kann, denn eine »angemessene« oder »richtige« Dauer eines Gerichtsverfahrens lässt sich kaum abstrakt festlegen, auch weil die Verfahrensdauer nicht nur vom Gericht abhängt, sondern ebenso vom Verhalten der Verfahrensteiligten und vielen weiteren Aspekten (Ausstattung der Justiz usw.). Insofern sind die Ursachen für überlange Gerichtsverfahren mitunter vielschichtig.⁴⁶⁸ Zugleich ist empirisch belegbar, dass es einen Zusammenhang zwischen zügigen Gerichtsverfahren und der Qualität eines Justizsystems insgesamt gibt.⁴⁶⁹

Im deutschen Recht gab es lange Zeit keine effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle überlanger Gerichtsverfahren, auch, weil sich der Gesetzgeber scheute, Rechtsbehelfe zu schaffen, die originär auf eine Verfahrensbeschleunigung abzielen. Eigentlich müsste in einer solchen Situation dem sekundären Rechtsschutz im Wege des (Staats-)Haftungsrechts eine besondere Rolle zukommen. Doch auch das Amtshaftungsrecht konnte (und kann) hier kaum weiterhelfen: Zwar greift im Falle eines überlangen Verfahrens der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG, insbesondere, weil das Spruchrichterprivileg gem. § 839 Abs. 2 S. 2 BGB unanwendbar ist, soweit eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes in Rede steht. In der Praxis hat sich aber gezeigt, dass

466 Ausführlicher dazu M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 287 ff.

467 Zur Sonderstellung dieser Fallgruppe s. etwa M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 316; s. auch s. V. Schlette, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999; F. Bien/O. Guillaumont, Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer, EuGRZ 2004, S. 451 ff.; H. Berth, Rechtsschutz gegen verzögerte Gerichtsverfahren in Europa, 2015; s. auch allgemein Z. Szenté/K. Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Judicial Protection in Administrative Law, Abingdon 2017; C. Savvidis, Court Delay and Human Rights Remedies, 2018; zur Problematik überlanger Schiedsverfahren s. etwa T. R. Klötzel, *Justitiae dilatio est quaedam negatio* – Considerations on expedited arbitral procedures, in: FS Thümmel, 2020, S. 396 ff.

468 Eingehend zu den unterschiedlichen Faktoren s. A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 64 ff.; aus ökonomischer Sicht s. etwa M. Pflughaupt, Prozessökonomie, 2011, S. 68 ff.

469 Dazu jüngst A. Melcarne/G. B. Ramello/R. Spruk, Is justice delayed justice denied? An empirical approach, International Review of Law and Economics 65 (2021), Article 105953, S. 1 ff.

der Amtshaftungsanspruch im Kontext überlanger Verfahren aus zahlreichen Gründen (Verschulden, Nachweis der Pflichtverletzung usw.) kaum effektiv ist.

In anderen Rechtsordnungen – wie z. B. in Frankreich – ist die Entschädigung bei überlangen Verfahren dagegen schon seit langer Zeit einfachgesetzlich geregelt und knüpft hierbei an weniger strenge Maßstäbe an als der tradierte deutsche Ansatz.⁴⁷⁰ Das Zögern des deutschen Gesetzgebers wurde vor diesem Hintergrund so gedeutet, dass es lange gar eine Bereitschaft gab, lange Verfahrensdauern zu tolerieren.⁴⁷¹

Ein grundsätzliches Umdenken hat hier erst infolge einiger Urteile des EGMR eingesetzt,⁴⁷² die letztlich den deutschen Gesetzgeber veranlasst haben, im Jahre 2011 einen neuen Entschädigungsanspruch im Falle überlanger Gerichtsverfahren einzuführen (§ 198 GVG). Der neue Entschädigungsanspruch hat in der rechtswissenschaftlichen Forschung der letzten Jahre eine erhebliche Rolle gespielt, sei es in Monografien,⁴⁷³ in Spezialkommentierungen⁴⁷⁴ oder in Aufsätzen.⁴⁷⁵ Die Einführung dieses Entschädigungsanspruchs

470 Art. L. 141-1 Code de l'organisation judiciaire: L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. Änderungen: LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1); eingehend dazu F. Bien/O. Guillaumont, Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer, EuGRZ 2004, S. 451 ff. (462).

471 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 320.

472 EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01, NJW 2006, 2389 – Sürmeli; EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06, NJW 2010, 355 – Rumpf gegen Deutschland.

473 S. A. Gerhardinger, Die Umsetzung der Anforderungen an einen effektiven Rechtsbehelf gegen überlange Verfahren in der deutschen Rechtsordnung, Hamburg 2014; C. Gohde, Der Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Verfahrensdauer nach dem § 198 ff. GVG, Baden-Baden 2020; R.-C. Lorenz, Die Dogmatik des Entschädigungsanspruchs aus § 198 GVG, Tübingen 2018; J. Schmidt, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, Berlin/Heidelberg 2018; D. Wedel, Rechtsschutz bei überlangen steuerprozessualen Verfahren, 2018; D. Pietron, Die Effektivität des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, 2016; L. Hofmarksrichter, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017; M.-J. Schubert, Vorgaben des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention für einen Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren, 2016.

474 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013; M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2013; T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013.

475 S. etwa R. Magnus, Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ZZP 2012, S. 75 ff.; C. Steinbeiß-Winkelmann/T. Sporrer, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung, NJW 2014, S. 177 ff.; B. Schmidt, Die Entschädigungsklage wegen unangemessener Verfahrensdauer, NVwZ 2015, S. 1710 ff.; W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2012, S. 257 ff.; C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff.; R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff.; A. Guckelberger, Der neue staatshaftungsrechtliche Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren,

ist ein Beleg dafür, dass insbesondere auch das Völkerrecht wichtige Impulse für die Frage der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt geben kann, denn mit dem neuen Anspruch hat der Gesetzgeber auf eine ganze Reihe von Urteilen des EGMR reagiert, der Deutschland recht häufig⁴⁷⁶ wegen überlanger Gerichtsverfahren verurteilt und im Jahre 2010 die Einfügung eines wirksamen Rechtsbehelfes für überlange Gerichtsverfahren explizit gefordert hatte.⁴⁷⁷

Das »Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren« (ÜGRG) ist am 3. Dezember 2011 in Kraft getreten.⁴⁷⁸ Der Gesetzgeber hat hiermit auf eine Kompensationslösung für den Fall überlanger Gerichtsverfahren gesetzt, auch weil ein sog. »Tu-Was-Rechtsbehelf« auf starken Widerstand in der Richterschaft gestoßen war.⁴⁷⁹ Die gefundene Lösung in § 198 GVG trägt aber in jeder Hinsicht einen Kompromisscharakter, was dem Gesetzgeber offenbar auch klar war, denn bei Erlass des ÜGRG wurde eine umfassende Evaluation des Gesetzes nach zwei Jahren beschlossen. Aufgrund des im Jahre 2014 durch das BMJ vorgelegten Berichts lassen sich die Schwächen und dogmatischen Ungeheimheiten, die sich zum Teil aus § 198 GVG ergeben, recht gut belegen.⁴⁸⁰

Die praktische Bedeutung des neuen Entschädigungsanspruchs ist hoch, auch wenn am Ende »erfolgreiche« Klagen bislang offenbar die Ausnahme bilden.⁴⁸¹ Zudem ist das Fallaufkommen in den verschiedenen Gerichtszweigen recht unterschiedlich ausgeprägt, wobei der Entschädigungsanspruch nach § 198 GVG insbesondere in der Sozialgerichtsbarkeit eine besondere Rolle spielt, was mit der allgemeinen Arbeitsbelastung der Sozialgerichte korreliert.

Offen ist zudem, ob die gefundene Lösung in allen Facetten ausreicht, um die Anforderungen der EMRK zu erfüllen. Zumindest in Bezug auf familien-

DÖV 2012, S. 289 ff.; F. Ossenbühl, Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren, BayVBl. 2012, S. 857 ff.; T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 460 ff.; aus jüngerer Zeit etwa M. Würdinger, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 132 (2019), S. 49 ff.; B. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff.

476 F. Ossenbühl und M. Cornils zählen hier 102 Verfahren im Zeitraum von 1959 bis 2011, s. dies., Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 467.

477 EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06, NJW 2010, 355 – Rumpf gegen Deutschland.

478 BGBl. I 2302 v. 02.12.2011.

479 C. Steinbeiß-Winkelmann, Überlange Gerichtsverfahren – der Ruf nach dem Gesetzgeber, ZRP 2007, S. 177 ff. (180).

480 BT-Drucks. 18/2950.

481 Eingehend dazu H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 667 ff.

rechtliche Verfahren hat der EGMR hier im Jahre 2015 Bedenken angemeldet.⁴⁸² Darüber hinaus ist die gefundene Lösung in § 198 GVG aber auch deshalb problematisch, weil die Vorschrift in sich sehr komplex und ersichtlich auf allen Ebenen von Kompromissen gekennzeichnet ist.⁴⁸³

Nicht umsonst ist von einer inhaltlichen Überfrachtung⁴⁸⁴ oder schlicht einem »Regelungsmonster« die Rede.⁴⁸⁵ Die Diskussion scheint sich allerdings mehr auf die Ebene grundsätzlicher Fragen zu verlagern,⁴⁸⁶ denn insbesondere aus den Reihen der Justiz wird darauf hingewiesen, dass viele dogmatische Schwierigkeiten, die mit § 198 GVG verbunden sind, inzwischen behoben sind. Ein Indikator für diesen Befund sei die Tatsache, dass immer weniger Urteile überhaupt noch eine Revision zuließen.⁴⁸⁷

2. Verfahrensdauer als tradierte Problemlage

a) Historische Regelungsansätze

Der Faktor »Zeit« spielt in jedem Verfahren eine wichtige Rolle und folgerichtig auch in Gerichtsverfahren.⁴⁸⁸ Entsprechend früh wurde die Thematik auch aufgegriffen.⁴⁸⁹ Schon im römischen Recht war bekannt, dass überlange Verfahren mitunter einer Rechtsverweigerung gleichkommen können (*Ulpian*: »*justitiae dilatio est quaedam negatio*«).⁴⁹⁰ Umgekehrt galt aber auch, dass zu große Eile ihre eigenen Probleme aufwirft (»*in judicando criminosa est celeritas*« = »Beim Richten ist Eile verbrecherisch«, *Publius Syrus*).⁴⁹¹ Im

482 EGMR v. 15.01.2015 – no. 62198/11 – NJW 2015, 1433, Rn. 137 ff., Kuppinger.

483 Dazu etwa M. Würdinger, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZJP 132 (2019), S. 49 ff.

484 So H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 702.

485 O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 198, Rn. 4.

486 Sehr deutliche Kritik z. B. bei F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 465 ff.

487 H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, S. 2554 ff. (2555).

488 S. etwa P. M. Huber, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19, Rn. 528.

489 Exodus 22:18: »Sie sollen dem Volk jederzeit als Richter zur Verfügung stehen. Alle wichtigen Fälle sollen sie vor dich bringen, die leichteren sollen sie selber entscheiden. Entlaste dich und lass auch andere Verantwortung tragen!«

490 In diesem Zusammenhang wird auch häufig darauf hingewiesen, dass auch Abschnitt 40 der Magna Charta Verfahrensverzögerungen thematisierte, s. dazu R. Magnus, Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ZJP 125 (2012), S. 75 ff. (75); T. Sourdin/N. Burstynier, Justice Delayed is Justice Denied, Victoria U. L. & Just. J. 4 (2014), S. 46 ff.

491 Zur historischen Entwicklung ab 1495 K.-A. Otto, Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit, 1995, S. 4 ff.; s. auch R. Pest, Das Verzögerungsverbot im Strafverfahren, 2017, S. 9 ff.

anglo-amerikanischen Recht steht insbesondere die Magna Charta von 1215 häufig am Anfang entsprechender Überlegungen (Nr. 40: »Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam«).

Auch das Gemeine Recht hat die Problematik überlanger Gerichtsverfahren zumindest gestreift, auch wenn etwa das Reichskammergericht (RKG) nicht unbedingt dafür bekannt war, dass Prozesse zügig abgeschlossen wurden.⁴⁹² Gleichwohl enthält die Reichskammergerichtsordnung (RKGO) von 1495 durchaus verschiedene »Beschleunigungsgebote« bzw. »Verzögerungsverbote«, ohne dass die Beschleunigung der Sache als solche durch einen Rechtsbehelf hätte erreicht werden können.⁴⁹³

So war in § 16 S. 1 der RKGO eine erstinstanzliche Zuständigkeit des RKG im Falle der »Rechtsversagung« verankert. § 17 der RKGO enthielt inhaltliche Anforderungen an den Ladungsbrief, um »eine Verzögerung der Sache (..) zu vermeiden«. Die Richter, Beisitzer, Anwälte etc. genossen nach der RKGO besondere Privilegien am Verhandlungsort des RKG. Soweit aber an diesem Ort von dem privilegierten Personenkreis gegen das Recht verstoßen wurde, war die Sache nach § 18 S. 5 RKGO beschleunigt zu behandeln. Diese unterschiedlichen Formulierungen können jeweils als unterschiedliche Ausprägung einer gewissen Beschleunigungsdimension der Verfahren beim RKG angesehen werden. Dass aufgrund der Erst- und Letztzuständigkeit des RKG die Haftung der Richter und Beisitzer immer wieder zum Thema wurde, überrascht auch angesichts der Korruptionsanfälligkeit des Gerichts, seiner Unterfinanzierung und seiner mangelnden personellen Ausstattung nicht.⁴⁹⁴ Die anfänglich häufiger durchgeführten »Visitationen« konnten hier offenbar nicht immer Abhilfe schaffen.⁴⁹⁵

Neben einigen Sonderregelungen im Partikularrecht⁴⁹⁶ wurde das Problem der überlangen Verfahren mit Erlass der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 auf verfassungsrechtlicher Ebene adressiert. Allerdings hat sich die Justizverweigerungsbeschwerde gem. Art. 77 Verf. des Deutschen Reiches von 1871 als wenig effektiv erwiesen.⁴⁹⁷ Grundlegende »Beschleunigungsef-

492 Eingehend dazu K. *Perels*, Die Justizverweigerung im alten Reiche seit 1495, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Germanistische Abteilung, Bd. XXV (1904), S. 1 ff.; E. *Kern*, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954, S. 31 mit dem Hinweis, dass die Hauptursache hierfür die latente Unterfinanzierung des RKG gewesen ist. Allgemein zum RKG etwa R. *Smend*, Das Reichskammergericht, 1911.

493 K.-A. *Otto*, Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit, 1995, S. 4 ff.

494 Dazu M. *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 207 ff.

495 Eingehend dazu jüngst A. *Baumann*, Visitationen des Reichskammergerichts, 2018.

496 Dazu M. *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 204 ff.

497 Art. 77: »Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden kann, so liegt dem Bundesrathe ob, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des betreffenden Bundesstaates zu beurtheilende Be-

fekte« waren jedenfalls nicht zu verzeichnen.⁴⁹⁸ Spätere deutsche Verfassungen sahen vergleichbare Instrumente zur Justizverweigerungsbeschwerde wegen Zweifeln am Vorliegen einer Reichskompetenz und vor dem Hintergrund der wenig ermutigenden Erfahrungen mit Art. 77 Verf. des Deutschen Reiches von 1871 dann nicht mehr vor.⁴⁹⁹ Vielmehr wurde hier ganz das Instrument der Dienstaufsicht in den Vordergrund gerückt.⁵⁰⁰ Womöglich hat auch § 839 Abs. 2 BGB, der die pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes seit 1900 unverändert dem haftungsrechtlichen Normalstandard des § 839 Abs. 1 BGB unterwirft, eine verfassungsrechtliche Verankerung eines Beschleunigungsinstruments als unnötig erscheinen lassen.⁵⁰¹

b) Ursachen für überlange Verfahren

Die Ursachen für überlange Gerichtsverfahren sind vielgestaltig⁵⁰² und nicht nur auf der Seite der Richter bzw. Gerichte zu suchen. Vielmehr ist häufig auch das konkrete Verhalten der weiteren Verfahrensbeteiligten (Parteien, Beigeladene, Sachverständige,⁵⁰³ Zeugen usw.) ausschlaggebend. Insbesondere die Parteien eines Rechtsstreits haben zahlreiche Möglichkeiten, die Länge eines gerichtlichen Verfahrens zu beeinflussen, etwa indem sie schlicht die Zeitkorridore nicht beachten oder bewusst sprengen.⁵⁰⁴ Auf der Seite der Justiz können überlange Verfahren natürlich auch mit der Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des Justizpersonals zusammenhängen (Problem des »Liegenlassens der Akten«⁵⁰⁵).

Doch auch jenseits des konkreten Verhaltens der Verfahrensbeteiligten kann etwa die Komplexität des Rechtsstreits in rechtlicher (etwa im Falle neuer oder besonders komplexer Rechtsfragen) wie tatsächlicher Hinsicht

schwerde über verweigte oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken.«

498 Eingehend dazu A. Haratsch, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 61. EL 2021, § 97a Entstehungsgeschichte; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 343.

499 Ebenda.

500 K.-A. Otto, Der Anspruch auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit, 1995, S. 14 f.

501 S. oben § 8 B. II.

502 Eingehende Analyse bei J. Keder/F. Walter, Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, NJW 2013, S. 1697 ff.; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 64 ff.

503 BVerfG v. 20.07.2000 – 1 BvR 352/00, NJW 2001, 214 (215).

504 Dazu etwa umfassend A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 110 ff.; ferner C. Krehl/L. Eidam, Die überlange Dauer von Strafverfahren, NStZ 2006, 1 ff.

505 BGH v. 26.11.2020 – III ZR 61/20, NJW 2021, 859.

(etwa bei vielen Parteien, Zeugen usw.) dazu führen, dass das Verfahren in die Länge gezogen wird.⁵⁰⁶ Hinzu treten auf der Seite der Justiz strukturelle Defizite, die zwar in den letzten Jahren erkannt (Stichwort: »Pakt für den Rechtsstaat«⁵⁰⁷), aber noch nicht beseitigt wurden. Neben Mängeln in der Personalausstattung wird auch immer wieder auf die »Unterfinanzierung« der Justiz hingewiesen.⁵⁰⁸ Hierbei kann auch beobachtet werden, dass das Risiko, dass es zu unangemessen langen Verfahrensdauern kommt, durch bereits bestehende Problemlagen erhöht wird (etwa wenn es in Dezernaten zur »Staubildung« bei den Verfahren kommt oder das Dezernat sprichwörtlich »abgesoffen« ist).

Die Ursachen für überlange Verfahren sind auch nicht für alle Gerichtsbarkeiten bzw. Gerichtszweige oder Instanzen identisch. So ist etwa die Länge von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht⁵⁰⁹ bzw. bei den Bundesgerichten in erster Linie auf komplexe Rechtsfragen zurückzuführen, während beispielsweise die Ermittlung des Sachverhalts oder andere tatsächliche Fragen insbesondere bei den Eingangsinstanzen eine Rolle spielen dürften. Zudem sind die Ursachen in Strafverfahren⁵¹⁰ anders gelagert als in Zivilverfahren.⁵¹¹

Vor diesem Hintergrund ist bei der Beurteilung, ob eine Verfahrenslänge angemessen ist oder nicht, jeweils eine genaue Analyse der Umstände des jeweiligen Verfahrens vorzunehmen.⁵¹² Hierbei sind die Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der Verfahrensbeteiligten, die Komplexität des Verfahrens, die strukturellen Faktoren sowie ggf. zu beachtende Besonderheiten in einen Gesamtrahmen zu bringen, bei dem auch die bereits zu verzeichnende Verfahrenslänge, gesetzliche Beschleunigungsgebote usw. zu berücksichtigen sind.

506 A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 106.

507 S. Rebehn, Rechtsstaatspakt die mit Abstand wichtigste Aufgabe, DRiZ 2019, S. 42 ff.; ders., Pakt mit durchwachsender Zwischenbilanz, DRiZ 2021, S. 6; s. auch <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/pakt-fuer-den-rechtsstaat-mehr-neue-justizstellen-als-geplant> (Letzter Aufruf: 19.03.2024).

508 Dazu etwa J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt, DVBl. 2007, S. 1134 ff.

509 Dazu T. Barczak, Rechtsschutz bei Verzögerung verfassungsgerichtlicher Verfahren, AöR 138 (2013), S. 536 ff. (539 ff.).

510 Dazu J. Schmidt, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. VVG, 2018, S. 6 f. m. w. Nachw.

511 J. Keders/F. Walter, Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, NJW 2013, S. 1697 ff.; Präsident des OLG Hamm (Hrsg.), Langdauernde Gerichtsverfahren, abrufbar unter <https://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2013/17880/pdf/LangdauerndeWPMALSV.pdf> (Letzter Aufruf: 19.03.2023); s. auch L. Hofmarksrichter, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017, S. 12 f.

512 M. Würdinger, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 132 (2019), S. 49 ff. (59 f.).

3. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Das Grundgesetz kennt keinen ausdrücklich verankerten Anspruch des Einzelnen auf Entscheidung eines Gerichtsverfahrens in angemessener Zeit. Vielmehr wird ein solcher Anspruch aus den allgemeinen verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien (u. a. Art. 19 Abs. 4 GG) bzw. direkt aus den Grundrechten abgeleitet.⁵¹³ Verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantien sind hierbei allerdings im Kontext des Gesamtgefüges des Grundgesetzes zu sehen, nach dem die Effektivität der gerichtlichen Verfahren nur ein Aspekt der Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt ist. Von ebenso hoher Bedeutung sind darüber hinaus aber auch die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit sowie die Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Gerechtigkeit und Wahrheit zu sichern.⁵¹⁴

a) Grundlagen

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts ist der Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten heute aus Art. 19 Abs. 4 GG⁵¹⁵ bzw. bei anderen Streitigkeiten aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip⁵¹⁶) abzuleiten, folgt darüber hinaus aber nach der Rechtsprechung des BVerfG mitunter auch direkt aus den Grundrechten (insbesondere bei freiheitsentziehenden Maßnahmen aus Art. 2 Abs. 2 GG⁵¹⁷).⁵¹⁸

Weitere verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für den Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit werden zwar immer wieder ins Spiel gebracht, vermochten sich aber nicht als originäre Bezugspunkte durchzuset-

513 C. Grabenwarter/K. Pabel, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., 2013, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens, Rn. 116; P. Kirchhof, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Verfahrensdauer und für Rechtsmittel, in: FS Doebering, 1987, S. 439 ff.

514 Hierzu umfassend D. Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt – Wegmarken des Rechtsstaats in Deutschland, 1962.

515 Ursprünglich unmittelbar auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt durch BVerfG v. 18.07.1973 – 1 BvR 23, 155/73, BVerfGE 35, 382 (405); BVerfG v. 04.10.1974 – 2 BvR 80/77, BVerfGE 46, 17 (28 f.) – Befangenheit Bundesverfassungsrichter; dann aber BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (269) – Anwaltsverschulden; BVerfG v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 (124); BVerfG v. 20.06.1995 – 1 BvR 166/93, BVerfGE 93, 99 (107 f.); M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20, Rn. 164.

516 BVerfG v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (291) – Ablehnung der Revision; BVerfG v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 (124).

517 BVerfG v. 03.05.1966 – 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 45 (50); BVerfG v. 12.12.1973 – 2 BvR 558/73, BVerfGE 36, 264 (273); BVerfG v. 25.07.2003 – 2 BvR 153/03, NJW 2003, 2897; kritisch dazu M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 321.

518 S. etwa V. Schlette, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist, 1999.

zen. Dies gilt insbesondere für eine Kopplung an die Garantie des gesetzlichen Richters gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG⁵¹⁹ oder an den Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG,⁵²⁰ wiewohl die Justizgrundrechte *prima facie* eine besondere Sachnähe zum Thema der überlangen Verfahren aufweisen.

Insoweit kennt das deutsche Verfassungsrecht keinen einheitlichen Ort für den Anspruch,⁵²¹ wie etwa die EMRK (Art. 6) oder andere europäische Verfassungen.⁵²² Im geschriebenen U.S.-Verfassungsrecht ist in diesem Zusammenhang auf die sog. »*speedy-trial-clause*« des XI. Amendments zu verweisen, die aber nur für Strafverfahren gilt.⁵²³ In Bezug auf andere Verfahren – insbesondere Zivilverfahren – ist im U.S.-Recht dagegen nicht abschließend geklärt, ob die Verfahrensbeschleunigung eine Teilgarantie der *Due Process Clause* (V. und XIV. Amendment) verkörpert.⁵²⁴

b) Verfassungsrechtlicher Kontext

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit ist aus der Perspektive der staatlichen Aufgabe der Rechtsprechung allerdings in einem Gesamtkontext zu sehen, denn neben einer angemessenen

-
- 519 Missverständlich noch BVerfG v. 26.02.1954 – 1 BvR 537/53, BVerfGE 3, 359 (364) – Tatsachenfeststellung; dazu eingehend M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 318 f.
- 520 Dazu H.-J. Papier, Justizgewähranspruch, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 176, Rn. 4; M. J. Schubert, Vorgaben des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention für einen Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren, 2016, S. 33 ff.
- 521 Eine Ausnahme bildet hier der Rechtsschutz bei Freiheitsentziehungen gem. Art. 104 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 GG wonach bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung »unverzüglich« eine richterliche Entscheidung herbeizuführen ist (Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG) und der Richter bei einer Festnahme »unverzüglich« einen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen hat. Vgl. auch Art. 52 Abs. 4 S. 1 Verf.Bbg und Art. 78 Abs. 3 S. 1 Verf. Sachsen.
- 522 So enthalten etwa das finnische Grundgesetz (§ 21 S. 1), die irische Verf. (Art. 111 Abs. 2), die österreichische Verf. (Art. 87 Abs. 1 und Abs. 3), die polnische Verf. (Art. 45 Abs. 1), die tschechische Verf. (Art. 38 Abs. 2), die slowakische Verf. (Art. 48 Abs. 2), die slowenische Verf. (Art. 23 Abs. 1), die spanische Verf. (Art. 28 Abs. 2) oder die zypriotische Verf. (Art. 30 Abs. 2) spezielle Rechtsbehelfe auf zeitigen Rechtsschutz. Auch im Vereinigten Königreich, das seit dem 01.02.2020 kein Mitglied der EU mehr ist, sieht Art. 40 der Magna Charta v. 1215 als Teil der ungeschriebenen Verfassung vor, dass Verzögerungen des Verfahrens unterbleiben sollen. Mitunter enthalten Verfassungstexte auch einen speziellen Anspruch auf Entscheidung in angemessener Frist, z. B. bei freiheitsentziehenden Maßnahmen (Art. 17 Abs. 3 niederl. Verf., Art. 17 Verf. Slowakei, Art. 17 span. Verf., Art. 20 Verf. Slowenien).
- 523 Amendment VI (1791): »In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury (...)«. Eingehend dazu R. L. Misner, Speedy Trial, Federal and State Practice, 1983; A. Garcia, The Sixth Amendment in Modern American Jurisprudence, 1992, S. 157 ff.
- 524 Dazu St. L. Wasby, Is Court Delay Unconstitutional?, Justice System Journal 17 (1994), S. 267 ff.; zu den Ursachen M. Heise, Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time, Case Western Law Reserve Law Review, 50 (2000), S. 813 ff.

Verfahrensdauer, die als Indikator für eine effiziente Aufgabenwahrnehmung anzusehen ist, sind auch die Aufgaben der Rechtsprechung, die »Wahrheit« herauszufinden, allgemeine Gerechtigkeitserwägungen und die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt im Blick zu behalten.⁵²⁵

Schon dieser Gesamtzusammenhang, den *Wolfgang Hoffmann-Riem* in den 1990er Jahren als »magisches Viereck« charakterisiert hat, verbietet eine einseitige verfassungsrechtliche Perspektivverengung auf Geschwindigkeit bzw. Effizienzgesichtspunkte.⁵²⁶

»Magisches Viereck«⁵²⁷

Wahrheit

Gerechtigkeit



Unabhängigkeit

Effizienz

Tatsächlich dürfte dieses Viereck den Gesamtzusammenhang aus heutiger Perspektive noch nicht (bzw. nicht mehr) abschließend beschreiben, denn die nationalen Gerichtssysteme stehen auch in einem europäischen und internationalen Kontext, der aus der Perspektive des Rechtsschutzes in angemessener Zeit zu weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen führt.⁵²⁸ Zu nennen ist hierbei insbesondere die »*Gerichtskooperation*« im europäischen Gerichtsverbund: Judizielle Kooperationsverpflichtungen ergeben sich hier nicht nur unmittelbar aus dem Unionsrecht (Art. 267 AEUV), sondern auch aus dem deutschen Verfassungsrecht (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).⁵²⁹ Solche Kooperationspflichten können aber mit der verfassungsrechtlich ebenfalls zu beachtenden Effektivität des Rechtsschutzes (s. o.) konfliktieren: So führen etwa Vorlageverfahren zum EuGH gem. Art. 267 AEUV regelmäßig zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer (dazu § 6 B. II.), ohne dass diesem Problem aus der Perspektive des nationalen Verfassungs- und Gesetzesrechts begegnet

⁵²⁵ Dazu bereits oben § 1 G. III., E.VII.

⁵²⁶ Dazu etwa *J. Hyckel*, Prozessökonomie, 2020; s. auch *C. Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005.

⁵²⁷ *W. Hoffmann-Riem*, Wahrheit, Gerechtigkeit, Unabhängigkeit und Effizienz – das magische Viereck der Dritten Gewalt?, JZ 1997, S. 1 ff.; s. auch *M. Würdinger*, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 132 (2019), S. 49 ff. (51).

⁵²⁸ Dazu auch *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 3 f.

⁵²⁹ BVerfG v. 31.05.1990 – 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, 159 (195 ff.); jüngst auch BVerfG(K) v. 04.03.2021 – 2 BvR 1161/19, NJW-RR 2021, 617, Rn. 53 ff.; dazu auch *J. P. Terhechte*, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff. (601).

werden könnte. So wurde bei Erlass des ÜGRG ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien darauf hingewiesen, dass es nach Maßgabe des deutschen Rechts nicht möglich ist, auf eine Beschleunigung der Arbeit des EuGH hinzuwirken oder haftungsrechtliche Konsequenzen aus hieraus resultierenden Verfahrensverzögerungen zu ziehen.

c) Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

Soweit es um Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt geht, folgt der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Zeit direkt aus Art. 19 Abs. 4 GG.⁵³⁰ Zwar enthält diese Vorschrift ausdrücklich keinerlei Aussagen über ihre zeitlichen Dimensionen, allgemein wird aus dem in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Prinzip des effektiven Rechtsschutzes⁵³¹ aber auch der Rechtsschutz in angemessener Zeit abgeleitet.⁵³² Allerdings lassen sich aus Art. 19 Abs. 4 GG keine genauen zeitlichen Vorgaben entnehmen.

Zudem folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG auch die Pflicht des Gesetzgebers, Rechtsschutz so anzulegen, dass dem Effektivitätsprinzip auch entsprochen werden kann. In diesen Kontext sind verwaltungsprozessuale Beschleunigungsgebote (§§ 87 ff. VwGO, 116 VwGO) ebenso wie die Verzögerungsrüge bzw. die Entschädigungsansprüche aus den §§ 97a ff. BVerfGG und § 198 GVG zu nennen.⁵³³

d) Allgemeiner Justizgewährungsanspruch

Aus dem aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden allgemeinen Justizgewährungsanspruch folgt dagegen der Anspruch auf Entscheidung

⁵³⁰ Dazu etwa BVerfG v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349 (369) – Hess-Entscheidung: »Wirksamer Rechtsschutz bedeutet zumal auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit. Die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens ist nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen«; BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (269) – Anwaltsverschulden; BVerfG v. 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, 1 (13); eingehend dazu etwa P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19, Rn. 521; M. J. Schubert, Vorgaben des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention für einen Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren, 2016, S. 19 ff.; A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 230 ff.

⁵³¹ BVerfG v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, BVerfGE 35, 263 (274) – Behördliches Beschwerderecht; BVerfG v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73, BVerfGE 40, 272 (275); BVerfG v. 27.09.1978 – 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, 220 (225); BVerfG v. 10.10.1978 – 1 BvR 475/78, BVerfGE 49, 252 (256); BVerfG v. 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, BVerfGE 118, 168 (207); P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19, Rn. 521.

⁵³² P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024 Art. 19, Rn. 521; H.-J. Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 177 Rn. 93 f.

⁵³³ P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19, Rn. 529.

in angemessener Zeit in den Fällen, in denen Art. 19 Abs. 4 GG nicht greift, also insbesondere bei zivilrechtlichen Streitigkeiten.⁵³⁴ Auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch bezieht sich hierbei sowohl »auf die Zugänglichkeit und die Wirksamkeit richterlichen Rechtsschutzes.«⁵³⁵ Und wie im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG wird auch im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes der Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit abgeleitet.⁵³⁶

e) Besondere Rolle des Art. 2 Abs. 2 GG in Strafverfahren

Schließlich gibt es Konstellationen, in denen die verfassungsgerichtliche Praxis direkt auf der Grundlage eines verletzten Grundrechts einen Anspruch auf effektive, d. h. zeitnahe Beseitigung der Verletzung entwickelt hat. Das gilt insbesondere für freiheitsentziehende Maßnahmen, die vom Bundesverfassungsgericht bislang direkt an Art. 2 Abs. 2 GG gemessen werden.⁵³⁷ Das gilt jedenfalls, soweit sich der Verfahrensbeteiligte noch in Haft befindet.⁵³⁸ Hier gilt ein spezielles aus Art. 2 Abs. 2 GG abgeleitetes Beschleunigungsgebot.⁵³⁹ Anders sind dagegen Fälle zu beurteilen, bei denen sich der Verfahrensbeteiligte noch in Freiheit befindet. Hier wird der Anspruch auf Entscheidung in angemessener Zeit in der Regel aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.⁵⁴⁰ Art. 104 GG sichert in diesem Kontext die in Art. 2 Abs. 2 GG garantierte persönliche Freiheit prozedural ab⁵⁴¹ und enthält hierbei eigenständige Beschleunigungselemente.

534 BVerfG v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (291) – Ablehnung der Revision; BVerfG v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 (124); BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401) – Rechtsschutz gegen den Richter I; *H.-J. Papier*, Justizgewährungsanspruch, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 176.

535 *H.-J. Papier*, Justizgewährungsanspruch, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 176, Rn. 12.

536 Ebenda.

537 Eingehend dazu *M. J. Schubert*, Vorgaben des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention für einen Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren, 2016, S. 26 ff.

538 BVerfG v. 03.05.1966 – 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 45 (50); BVerfG v. 14.03.1967 – 1 BvR 742/66, BVerfGE 21, 223 (225 f.); BVerfG v. 12.12.1973 – 2 BvR 558/73, BVerfGE 36, 264 (273); BVerfG v. 08.11.2006 – 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE 117, 71 (124).

539 BVerfG v. 19.10.1977 – 2 BvR 1309/76, BVerfGE 46, 194 (195); BVerfG v. 24.08.2010 – 2 BvR 1113/10; s. auch *B. Pieroth/H. B. Hartmann*, Das Beschleunigungsgebot in Strafsachen, StV 2008, S. 276 ff.; *C. Seban*, Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen und sonstigen Strafverfahren und die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen, 2011; *S. Baummann*, Der Beschleunigungsgrundsatz im Strafverfahren – Die Verfahrensverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, 2011; *R. Pest*, Das Verzögerungsverbot im Strafverfahren, 2017.

540 BVerfG v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248; BVerfG v. 12.01.1983 – 2 BvR 864/81, BVerfGE 63, 45; BVerfG v. 20.07.2000 – 1 BvR 325/00, NJW 2001, 214; eingehend zum Ganzen *J. Schmidt*, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, 2018, S. 30 ff.

541 *C. Gusy*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 104, Rn. 78.

4. Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren bis zum Erlass des ÜGRG

Der verfassungsrechtlich garantierte Anspruch auf Entscheidung in angemessener Zeit ist keine Neuschöpfung der letzten Jahre, sondern ist vom Bundesverfassungsgericht schon recht früh entwickelt worden. § 839 Abs. 2 S. 2 BGB verkörpert darüber hinaus vorkonstitutionelles Recht und spiegelt wider, dass das Problem überlanger Verfahren gerade kein neues Phänomen darstellt, sondern die rechtsprechende Gewalt seit jeher begleitet.

Trotz dieser Vorgaben (z. T. aber auch wegen dieser Vorgaben) fiel es in Deutschland im Falle überlanger Gerichtsverfahren lange Zeit schwer, Rechtsschutz zu erlangen.⁵⁴² Hierbei ist zwischen einem originären Beschleunigungsanliegen und Ersatzansprüchen zu unterscheiden. Eine Beschleunigung im Rahmen anhängiger Gerichtsverfahren etwa durch ungeschriebene Untätigkeitsbeschwerden, die Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (§ 26 Abs. 2 DRiG) oder einer Verfassungsbeschwerde haben sich aus verschiedenen Gründen als wenig praktikabel erwiesen. Insbesondere die z. T. richterrechtlich geschaffene Untätigkeitsbeschwerde als »Tu-Was-Rechtsbehelf«⁵⁴³ war nicht in allen Gerichtsbarkeiten anerkannt.⁵⁴⁴ Eine gesetzliche Verankerung ist im Jahre 2005 am Widerstand der Justiz gescheitert.⁵⁴⁵ Dagegen tragen Dienstaufsichtsbeschwerden nach § 26 Abs. 2 DRiG für sich genommen nicht zu einer Beschleunigung eines Verfahrens bei.⁵⁴⁶ Das gilt auch für eine Verfassungsbeschwerde.⁵⁴⁷ Demgegenüber kann ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB nur zu einem Ersatz von Schäden führen, die durch ein überlanges Gerichtsverfahren verursacht wurden, führt aber ebenfalls nicht zu einer Beschleunigung eines Verfahrens. Letztlich lief der Rechts-

542 Dazu eingehend A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 251 ff.; J. Schmidt, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, 2018, S. 85 ff.

543 C. Steinbeiß-Winkelmann, Überlange Gerichtsverfahren – der Ruf nach dem Gesetzgeber, ZRP 2007, S. 177 ff. (180).

544 Während die Zivilgerichtsbarkeit einer solchen ungeschriebenen Untätigkeitsbeschwerde eher positiv gegenüberstand (vgl. OLG Naumburg, OLGR 2006, 408; KG Berlin, MDR 2005, 455; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1138; OLG Hamburg, NJW-RR 1989, 1022), stieß sie im Rahmen der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit eher auf Ablehnung (vgl. VGH Baden-Württemberg, NVwZ 2003, 1541; OVG Brandenburg, DVBl. 2001, 314); kritisch auch BVerfG v. 20.09.2007 – 1 BvR 775/05, NJW 2008, 503; zum Ganzen auch J. Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt – Zur Vorhersehbarkeit arbeitsteiliger Rechtszeugung am Beispiel des Rechtsmittelrechts, 2010, S. 49 ff. m. w. Nachw.; s. auch J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff. (1141 f.).

545 S. Entwurf eines Gesetzes über Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges gerichtliches Verfahren (Untätigkeitsbeschwerdegesetz) v. 22.08.2005.

546 Dazu etwa K. V. Boesche, Die Brechung des Rechts durch die Mittel der Zeit, in: dies./J. T. Füller/M. Wolf (Hrsg.), Variationen im Recht (Festbeigabe für Säger zum 65. Geburtstag), 2006, S. 3 ff. (14 f.).

547 Ebenda.

schutz bei überlangen Verfahren im deutschen Recht im Lichte dieser Gemengelage häufig leer.⁵⁴⁸

5. Rechtsprechung des EGMR als Impuls für eine Neuregelung

Aus Art. 6 EMRK folgt ausdrücklich ein Recht auf eine gerichtliche Entscheidung in angemessener Zeit.⁵⁴⁹ Art. 13 EMRK enthält zudem ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, wobei »wirksam« hierbei meint, dass mit dem fraglichen Rechtsbehelf »eine angebliche Konventionsverletzung oder ihre Fortdauer verhindert werden oder angemessene Entschädigung für die Verletzung erlangt werden kann«.⁵⁵⁰

In der Rechtsprechung des EGMR spielten Verfahren, bei denen es um überlange Gerichtsverfahren ging, seit jeher eine wichtige Rolle.⁵⁵¹ Da es immer deutlicher wurde, dass es hier mitunter um systematische Defizite in den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten ging, hat der EGMR in dem Verfahren *Kudla* im Jahre 2000 erstmals die Verpflichtung der Konventionsstaaten aus Art. 13 EMRK in den Vordergrund gerückt.⁵⁵² Bis zu diesem Urteil wurde im Falle überlanger Verfahren häufig ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK bejaht, Art. 13 EMRK dann aber im Lichte des bereits festgestellten Verstoßes gegen Art. 6 EMRK nicht weiter thematisiert.⁵⁵³ Mit dem *Kudla*-Urteil hat der EGMR einen Perspektivwechsel vollzogen, um die Konventionsstaaten an ihre Verpflichtung zur Schaffung geeigneter Rechtsbehelfe im Sinne des Art. 13 EMRK zu erinnern und sich selbst auch Entlastung in dieser Frage zu verschaffen. In Deutschland ist die Diskussion dann insbesondere im

548 Eingehend dazu A. Steger, Überlange Verfahrensdauer bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor deutschen und europäischen Gerichten, 2008, S. 251 ff.; J. Schmidt, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, 2018, S. 85 ff.

549 Eingehend dazu etwa L. Hofmarksrichter, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017; J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6, Rn. 188 ff.

550 J. Meyer-Ladewig/D. Renger, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 13, Rn. 9.

551 Eingehend dazu C. Brüning, Staatshaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren, NJW 2007, 1094 ff. (1094); J. Meyer-Ladewig, Rechtsbehelfe gegen Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren, NJW 2001, S. 2679 ff.

552 EGMR v. 26.10.2000 – no. 30210/96 –, NJW 2001, 2694, *Kudla*; eingehend dazu V. Vorwerk, *Kudla* gegen Polen – Was kommt danach?, JZ 2004, S. 553 ff.; zu den aktuellen Entwicklungen in Polen s. etwa P. Silli, Status und Perspektiven der Rechtsstaatsicherung in der EU unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Polen, 2021; M. Symann, Schutz der Rechtsstaatlichkeit durch europäisches Haushaltsrecht, Plädoyer für einen neuen Sanktionsmechanismus, 2021; R. Bossong, Der ungelöste Streit um die Rechtsstaatlichkeit in der EU. Weitere Sanktionen und schwere Zeiten für Polens Beziehungen zur Union, SWP-Studie, 2021.

553 EGMR v. 18.06.1978 – no. 6232/73 –, NJW 1979, 477, *König gegen Deutschland*; EGMR v. 01.07.1997 – no. 20960/92 –, NJW 1997, 2809, *Probstmeier*; EGMR v. 01.07.1997 – no. 17820/91 –, NJW 1998, 2961, *Pammel*.

Zuge des *Sürmeli*-Urteils aus dem Jahre 2006 geführt worden, in dem der EGMR feststellte, dass es in Deutschland keinen wirksamen Rechtsschutz gegen die überlange Dauer von Zivilverfahren gebe.⁵⁵⁴ In diesem Urteil hat der EGMR die verschiedenen Rechtsbehelfe im Falle überlanger Zivilverfahren ausführlich aus der Perspektive der EGMR ausgelotet und kam zu dem Ergebnis, dass weder die Verfassungsbeschwerde, die Dienstaufsichtsbeschwerde (s. u. a. § 26 Abs. 2 DRiG), eine außerordentliche Untätigkeitsbeschwerde noch eine Amtshaftungsklage geeignet seien, um das von Art. 13 EMRK geforderte Rechtsschutzniveau im Falle überlanger Verfahren abzusichern.

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde – so der EGMR – könne das BVerfG lediglich feststellen, dass eine Verfahrensverzögerung verfassungswidrig sei, es könne aber dem zuständigen Gericht keine Fristen vorgeben. Auch im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde könne kein bestimmtes Verhalten erzwungen werden und die (damals noch teilweise anerkannte) Untätigkeitsbeschwerde sei im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG schon aus der Sicht des Verfassungsrechts problematisch.⁵⁵⁵ Im Rahmen der Amtshaftungsklage könne schließlich kein Ausgleich für Nichtvermögensschäden verlangt werden.

Obwohl das *Sürmeli*-Urteil schon von bemerkenswerter Deutlichkeit war, bedurfte es dennoch eines weiteren sog. Piloturteils des EGMR, um den deutschen Gesetzgeber zum Handeln zu bewegen. Piloturteile dienen dazu, die Konventionsstaaten auf strukturelle Defizite hinzuweisen (s. Art. 61 Verfo EGMR).⁵⁵⁶ In seinem *Rumpf*-Urteil hat der EGMR im Jahre 2010⁵⁵⁷ die einjährige Frist gem. Art. 46 EMRK betont, um die in Deutschland häufig festgestellten Defizite zu beheben. In seinem Urteil führt der EGMR aus:

»Der Gerichtshof stellt fest, dass die vorliegende Rechtssache ein immer wieder auftretendes Problem zum Gegenstand hat, das den vom Gerichtshof in Bezug auf Deutschland bisher festgestellten Konventionsverletzungen am häufigsten zugrunde liegt; über die Hälfte seiner Urteile gegen Deutschland, in denen eine Konventionsverletzung festgestellt wurde, betraf die überlange Dauer von Gerichtsverfahren.«⁵⁵⁸

554 EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01 – NJW 2006, 2389, *Sürmeli*.

555 S. BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 – Rechtsschutz gegen den Richter I.

556 Eingehend dazu M. Breuer, EuGRZ 2012, 1; J. Eschment, Musterprozesse vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 2011; J. Baumann, Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren, 2016.

557 EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06 – NJW 2010, 3355, *Rumpf* gegen Deutschland.

558 Ebenda, Rn. 3356.

Nach einer Feststellung von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und Art. 13 EMRK formuliert der EGMR dann deutlich:

»Der Gerichtshof betont, dass der beschwerdegegenerische Staat unverzüglich, und spätestens ein Jahr nachdem dieses Urteil endgültig geworden ist, einen Rechtsbehelf oder eine Kombination von Rechtsbehelfen in die nationale Rechtsordnung einführen muss, um sie den Schlussfolgerungen des Gerichtshofs im vorliegenden Urteil entsprechend auszugestalten und die Erfordernisse des Artikels 46 der Konvention zu erfüllen. Er muss ferner sicherstellen, dass der Rechtsbehelf oder die Rechtsbehelfe sowohl in der Theorie als auch in der Praxis den vom Gerichtshof genannten Schlüsselkriterien entsprechen (siehe *Sürmeli*, a.a.O., Rdnnr. 97-101). Hierbei sollten die deutschen Behörden auch die Empfehlungen des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten vom 12. Mai 2004 über die Verbesserung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe gebührend berücksichtigen.«⁵⁵⁹

Die Rechtsprechung des EGMR ist aus vielerlei Perspektive bemerkenswert.⁵⁶⁰ Auffällig ist, wie deutlich nicht nur der Verstoß gegen Art. 6 und 13 EMRK, sondern darüber hinaus ein systematisches Defizit der deutschen Rechtsordnung angenommen wird. Die Fristsetzung des EGMR ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass es Deutschland in mehreren Jahren – trotz eines konkreten Versuchs der Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde⁵⁶¹ – nicht gelungen war, dieses systematische Defizit zu beseitigen und der EGMR nicht sicher war, dass es ohne ein Piloturteil – verbunden mit einer einjährigen Frist – zu einer Lösung des Problems kommen würde. Die Urteile des EGMR haben darüber hinaus zu einer umfassenden Diskussion über das Verhältnis der EMRK und dem deutschen Recht geführt.⁵⁶²

Der EGMR benennt in dem Urteil also sehr konkrete Vorgaben, die bei der Umsetzung zu berücksichtigen sind: erstens die Einführung eines Rechtsbehelfs innerhalb eines Jahres, zweitens die theoretische und praktische Übereinstimmung des neuen Rechtsbehelfs mit den vom Gerichtshof bestimmten Kerngrundsätzen, die sich insbesondere aus dem *Sürmeli*-Urteil ergeben, und drittens die Berücksichtigung der Empfehlungen des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Verbesserung staatlicher Rechtsbehelfe aus dem Jahre 2004.

Zwar sind die Konventionsstaaten der EMRK nach Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichtet, »das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen«, es ist aber zu-

559 Ebenda, Rn. 3358.

560 Dazu auch J. Meyer-Ladewig, Dauer von Gerichtsverfahren in Deutschland als strukturelles Problem, NJW 2010, S. 3355 ff.

561 Dazu C. Steinbeiß-Winkelmann/T. Sporrer, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung, NJW 2014, S. 177 ff. (177).

562 Eingehend dazu § 4 und § 6; s. auch U. Heckötter, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2007, S. 87 ff.; D. Anagnostou/A. Mungiu-Pippidi, Domestic Implementation of Human Rights Judgements in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter, EJIL 25 (2014), S. 205 ff.

nächst Sache des Konventionsstaates, darüber zu entscheiden, in welcher Form dies geschieht. Hinsichtlich der überlangen Gerichtsverfahren hatte sich allerdings die Situation derart verdichtet, dass nur noch mit der Einführung eines neuen Rechtsbehelfs reagiert werden konnte.⁵⁶³ In den Gesetzesmaterialien wird deshalb auch deutlich unterstrichen, dass das ÜGRG eine direkte Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des EGMR verkörpert.⁵⁶⁴ Das ÜGRG reiht sich so einer Reihe von Gesetzesänderungen ein, mit denen der deutsche Gesetzgeber in den letzten Jahren auf Urteile des EGMR reagiert hat.⁵⁶⁵ Neben überlangen Verfahren ging es u. a. auch um das Recht der Sicherheitsverwahrung,⁵⁶⁶ das Umgangs-, Sorge- und Auskunftsrechts von Vätern nicht-ehelicher Kinder⁵⁶⁷ sowie das Jagdrecht.⁵⁶⁸ Entscheidungen des EGMR, in denen ähnlich detaillierte Vorgaben und eindeutige Bewertungen des gesetzgeberischen Unterlassens wie in der *Rumpf*-Entscheidung zu finden sind, haben sich aber bislang nicht wiederholt.

6. Strukturen und Kontext des ÜGRG

a) Systematik

Das ÜGRG hat als Artikelgesetz nicht nur den Entschädigungsanspruch in § 198 GVG eingefügt, sondern in einer Vielzahl von Gesetzen Anpassungen

563 EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06 – NJW 2010, 3355 (3358), *Rumpf* gegen Deutschland.

564 BT-Drs. 17/3802, S. 1: »Der Entwurf soll eine Rechtsschutzlücke schließen, die sowohl den Anforderungen des Grundgesetzes (GG) als auch denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) widerspricht«.

565 Eingehend dazu etwa Bericht des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages »Zur innerstaatlichen Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie zur Durchsetzung und Wirkung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Deutschland, Frankreich, Italien und Russland, im Vereinigten Königreich und in der Türkei«, WD 2 – 3000 – 104/16 v. 12.10.2016.

566 EGMR v. 17.12.2009 – no. 19359/04 – M. gegen Deutschland. Als Reaktion auf dieses Urteil sowie eine Leitentscheidung des BVerfG (BVerfGE 128, 326) wurden das Gesetz zur Neuordnung der Sicherheitsverwahrung und zu begleitenden Regelungen v. 22.12.2010 (BGBl. I, S. 2300) und das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherheitsverwahrung v. 05.12.2012 (BGBl. 2012 I, S. 2452) erlassen.

567 EGMR v. 21.12.2010 – no. 20578/07 – A. gegen Deutschland; EGMR v. 15.09.2011 – no. 17080/07 – *Schneider* gegen Deutschland. Als Reaktion auf die Urteile wurde das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters v. 25.04.2013 (BGBl. I, S. 2176) erlassen.

568 EGMR v. 26.06.2012 – no. 9300/07 – H. gegen Deutschland. Als Reaktion auf das Urteil wurde das Gesetz zur Änderung jagdrechtlicher Vorschriften v. 29.05.2013 (BGBl. I, S. 1386) erlassen. Das Urteil ist in den Reihen des EGMR auf Kritik gestoßen, so wird in der gemeinsamen abweichenden Meinung von drei Richtern ausgeführt: »Alles in allem hat sich der Gerichtshof unnötigerweise zum »Mikromanagement« von Problemen verleiten lassen, die keine Lösung auf europäischer Ebene erfordern und die besser von den Parlamenten und den Jagdbehörden auf innerstaatlicher Ebene gelöst würden. Dies ist unseres Erachtens ein ausgezeichnetes Beispiel für einen Fall, in dem der Grundsatz der Subsidiarität sehr ernst genommen werden sollte«.

und Verweise mit sich gebracht.⁵⁶⁹ Aufgrund der besonderen Stellung des BVerfG hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, modifizierte Regelungen in das BVerfGG einzufügen, die seiner besonderen Stellung entsprechen sollen (Art. 2 ÜGRG).⁵⁷⁰

Im Zentrum des ÜGRG stehen die in Art. 1 des Gesetzes niedergelegten Änderungen des GVG, in erster Linie § 198 GVG, der einen recht komplex ausgestalteten Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren vorsieht.⁵⁷¹ Besonders an der Regelung ist, dass sie kompensatorische und präventive Elemente mischt, indem sie die Entschädigung an eine Verzögerungsrüge koppelt (§ 198 Abs. 3 GVG) und auch eine Wiedergutmachung durch andere Weise (§ 198 Abs. 2 S. 2 GVG i. V. m. § 198 Abs. 4 GVG) erlaubt. Hinzu treten Regelungen über Fristen (§ 198 Abs. 5 GVG) sowie Legaldefinitionen der Begriffe »Gerichtsverfahren« und »Verfahrensbeteiligter« (§ 198 Abs. 6 GVG). § 199 GVG enthält Spezialregelungen für das Strafverfahren, § 200 GVG regelt, gegen wen sich der Anspruch richtet, und § 201 GVG bestimmt die ausschließliche sachliche und örtliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte bzw. des BGH. Entsprechende Vorschriften über die Zuständigkeit wurden durch das ÜGRG in die jeweiligen Prozessordnungen eingefügt, was Ausdruck der sog. »Gerichtszweiglösung« ist, die dem Gesetz zugrunde liegt (vgl. etwa Art. 6-9 ÜGRG).⁵⁷² Diese »Lösung« ist gewählt worden, weil die Angemessenheit einer Verfahrensdauer in den Gerichtszweigen variieren und deshalb »gerichtszweigsspezifisch« besser taxiert werden kann. Allerdings hat das auch dazu geführt, dass sich in den unterschiedlichen Gerichtszweigen eine eigenständige Kasuistik zu § 198 GVG entwickelt hat, was insbesondere im Rahmen der Sozialgerichtsbarkeit beobachtet werden kann.

Eine besondere Übergangsregelung sieht schließlich Art. 23 S. 1 ÜGRG vor. Hiernach gilt das ÜGRG auch für Verfahren, die bei seinem Inkrafttre-

569 Zum Gesetzgebungsverfahren eingehend etwa A. Matusche-Beckmann/P. Kumpf, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren – nach langem Weg ins Ziel?, ZJP 124 (2011), S. 173 ff.; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 592 ff.; BT-DRs. 17/3802.

570 BT-DRs. 17/3802, S. 26; s. auch R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff.

571 Kritisch dazu etwa H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, S. 2554 ff. (2554): »Die Norm ist damit an Unbestimmtheit kaum noch zu übertreffen«. Auch bei der Anhörung im Rechtsausschuss am 23.3.2011 wurden die vagen Formulierungen kritisiert, dem Bürger sei es nicht möglich abzuschätzen, wann der Anspruch zustehe und wann nicht.

572 C. Steinbeiß-Winkelmann, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, ZRP 2010, S. 205 ff. (208); M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 201 GVG, Rn. 1.

ten (3.12.2011) bereits anhängig waren, sowie für abgeschlossene Verfahren, deren Dauer bei seinem Inkrafttreten Gegenstand von anhängigen Beschwerden beim EGMR ist oder noch werden kann. Hiermit wollte der Gesetzgeber ausdrücklich den EGMR entlasten und damit auch weiteren Verurteilungen Deutschlands vorbeugen.⁵⁷³

b) Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs

Wie lässt sich der in § 198 GVG, § 97a BVerfGG verankerte Entschädigungsanspruch in die Systematik des deutschen Staatshaftungsrechts einpassen? Was ist also seine »Rechtsnatur«?⁵⁷⁴ Was auf den ersten Blick wie eine Frage ohne große praktische Relevanz klingt, offenbart auf den zweiten Blick fundamentale Differenzen darüber, ob überlangen Verfahren das »Odium der Rechtswidrigkeit« anhängt oder ob es sich gewissermaßen um »neutrale« Vorgänge handelt. Entsprechend wurde darüber diskutiert, ob es sich bei dem Entschädigungsanspruch um eine Risikohaftung des Staates, um eine besondere Spielart des Aufopferungsanspruchs⁵⁷⁵ oder um einen staatshaftungsrechtlichen Anspruch eigener Art handelt.

Wenig überzeugend ist allerdings die dogmatische Einordnung des § 198 GVG als einer »prozessrechtlich fundierten Risikohaftung, die weder Verschulden noch Rechtswidrigkeit« voraussetzt.⁵⁷⁶ Ein solcher Ansatz würde dazu führen, § 198 GVG mehr als prozessrechtliches Institut zu begreifen, welches den Entschädigungsanspruch letztlich gar nicht dem Staatshaftungsrecht zurechnen ließe.⁵⁷⁷ Eine solche Betrachtungsweise überrascht schon deshalb, weil in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung ausdrücklich von einem »staatshaftungsrechtlichen Anspruch *sui generis* für Nachteile infolge rechtswidrigen hoheitlichen Verhaltens« die Rede ist.⁵⁷⁸ Hiermit wird

573 BT-Drs. 17/3802, S. 31.

574 Eingehend dazu R.-C. Lorenz, Die Dogmatik des Entschädigungsanspruchs aus § 198 GVG, 2018, S. 205 ff.; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 676 ff.; H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, S. 2554 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 460 ff.; W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2012, S. 257 ff. (260 f.).

575 So W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2012, S. 257 (260 f.).

576 H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, 2554 ff. (2558).

577 So erstmals W. Schlick, Amtshaftung und Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, in: FS Tolksdorf, 2014, S. 549; s. auch H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, S. 2554 ff.

578 BT-Drs. 17/3802, S. 19 (40).

zumindest die Frage, ob überlange Verfahren aus der Perspektive der Rechtsordnung *auch* rechtswidrige Verfahren verkörpern, eindeutig beantwortet. Näher liegt hier, § 198 GVG als Form der verschuldensunabhängigen Staatshaftung bei auch rechtswidrigen Maßnahmen einzuordnen.⁵⁷⁹

Der BGH charakterisiert § 198 GVG entsprechend in einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 2019 als »staatshaftungsrechtlichen, verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch sui generis«⁵⁸⁰. Das überzeugt zwar im Grundsatz, auffällig ist gleichwohl, dass in der Entscheidung zur Frage der Rechtswidrigkeit jede Äußerung fehlt. Vielmehr stellt der BGH auf eine Verletzung eines Beteiligten in seinen Rechten aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 20 Abs. 3 GG und aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ab, dagegen komme es auf ein

»schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des mit der Sache befassten Richters oder eines sonstigen Angehörigen der Justiz (...) nicht an.«⁵⁸¹

Mit der Entschädigungsregelung solle

»kein schuldhaftes Fehlverhalten staatlicher Stellen mit »spürbaren Auswirkungen« für den ersatzpflichtigen Staat sanktioniert (»bestraft«) werden (...).«⁵⁸²

In dem Verfahren ging es um die Frage, ob gegen einen Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG die Aufrechnung erklärt werden kann. Das OLG Karlsruhe hatte in der Vorinstanz entschieden, dass dies nicht möglich sei, was insbesondere mit einer strukturellen Ähnlichkeit zwischen dem Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG und dem Anspruch auf Geldentschädigung eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen begründet wird.⁵⁸³

Dieser Auffassung ist der BGH in seinem Grundsatzurteil klar entgegengetreten und hat die Aufrechnung gegenüber einem Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG grundsätzlich als zulässig betrachtet, da es sich bei einer solchen Aufrechnung weder um eine unzulässige Rechtsausübung gem. § 242 BGB handle noch Aufrechnungsverbote griffen (§ 394 S. 1 BGB, § 851 ZPO i. V. m. § 399 Alt. 1 BGB bzw. § 198 Abs. 5 S. 3 GVG). Hinter den dogmatischen Erwägungen des BGH versteckt sich offensichtlich das Bemühen, überlange Verfahren nicht mit solchen Konstellationen zu vermischen, in denen das staatliche Unrecht klar zu Tage tritt. Das Urteil des BGH stellt letztlich den Versuch dar, die unterschiedlichen Positionen, die zu der Rechtsnatur des § 198 GVG vertreten werden, miteinander zu versöhnen, indem einerseits

579 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 460 ff.

580 BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20.

581 BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20 (Rn. 22).

582 BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20 (Rn. 23).

583 OLG Karlsruhe v. 18.01.2019 – 16 EK 32/18.

festgestellt wird, dass es sich bei § 198 GVG zwar um ein Institut des Staatshaftungsrechts handelt,⁵⁸⁴ das sich aber durch einen eigenständigen Charakter auszeichnet.

c) Funktion des Entschädigungsanspruchs

Trotz der erkennbaren Präferenz des EGMR für präventive Ansätze⁵⁸⁵ hat sich der deutsche Gesetzgeber mit § 198 GVG für eine sog. Kompensations-/Wiedergutmachungslösung entschieden, die aber durch das Erfordernis der Verzögerungsrüge mit »beschleunigenden Elementen« gemischt wird.⁵⁸⁶ Nach Auffassung des BGH geht von § 198 GVG so auch eine »spezial- und generalpräventive« Wirkung aus:

»Diese Kompensations-/Wiedergutmachungslösung wird ergänzt durch spezial- und generalpräventive Regelungselemente, die beschleunigend wirken sollen, aber keinen eigenen präventiven Rechtsbehelf mit zwingenden Beschleunigungsfolgen darstellen.«⁵⁸⁷

Diese spezial- und generalpräventive Wirkung begründet der BGH dann insbesondere mit der in § 198 GVG niedergelegten Obliegenheit, eine Verzögerungsrüge beim *index a quo* einzulegen (§ 198 Abs. 3 GVG), mit der Existenz der Entschädigungsklage an sich, die Gerichte veranlassen könne, »Beschleunigungsmöglichkeiten zu nutzen«, und damit, dass die Entschädigungsklage bereits im laufenden Ausgangsverfahren erhoben werden könne.⁵⁸⁸

Dagegen komme dem Entschädigungsanspruch keine sanktionierende Wirkung zu. Bezugspunkt – so der BGH – sei allein die Verletzung des Anspruchs auf Entscheidung des gerichtlichen Verfahrens in angemessener Zeit (s. o.). Eine Sanktionierung des Staates solle dagegen nicht erfolgen.⁵⁸⁹ Der BGH betont mit diesem Urteil somit die Ausgleichsfunktion des § 198 GVG. Dagegen sollen weitere Funktionen – die auch im Staatshaftungsrecht zunehmend thematisiert werden – deutlich zurückstehen. Ob diese einschränkende Sichtweise aus der Perspektive der neueren Entwicklungen (Stichwort: Pluralisierung der Haftungsfunktionen) allerdings überzeugend ist, ist eine andere Frage (gehendend dazu § 15).

⁵⁸⁴ Zum Begriff des Staatshaftungsrechts s. § 2 B. II.

⁵⁸⁵ EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01, NJW 2006, 2389 (2389), Sürmeli: »Die beste Lösung ist ein präventiver Rechtsbehelf zur Beschleunigung von Verfahren, weil er die Verletzung von Art. 6 I EMRK verhindert und sie nicht nur nachträglich wieder gutmacht«.

⁵⁸⁶ BT-Drs. 17/3802, S. 16.

⁵⁸⁷ BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20 (Rn. 21).

⁵⁸⁸ BGH, ebenda.

⁵⁸⁹ BGH, ebenda, Rn. 23 mit dem Hinweis, dass im Gesetzgebungsverfahren ein Antrag, die Pauschale von 1.200 Euro wesentlich zu erhöhen, abgelehnt worden sei.

7. Entwicklung der Rechtsprechung zu § 198 GVG

a) Allgemeine Entwicklung

Die Unbestimmtheit des § 198 GVG hat unmittelbar nach dem Erlass des ÜGRG dafür gesorgt, dass viele Tatbestandsvoraussetzungen des neuen Entschädigungsanspruchs zunächst durch die Gerichte zu klären waren.⁵⁹⁰ Diese Entwicklung ist zwar noch nicht abgeschlossen, inzwischen wird aber allgemein attestiert, dass die wesentlichen Eckpunkte geklärt sind.⁵⁹¹ Indes haben die letzten Jahre auch gezeigt, dass im Rahmen einer allgemeinen Bilanzierung erhebliche Unterschiede zwischen den Gerichtszweigen auszumachen sind.

b) Evaluationsbericht des BMJV aus dem Jahre 2014

Im Rahmen der Verabschiedung des ÜGRG hat der Bundestag einen Evaluationsauftrag ausgesprochen.⁵⁹² Mit dem im Jahre 2014 vorgelegten Evaluationsbericht des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) wurde diesem Auftrag entsprochen.⁵⁹³ Der Bericht ist in erster Linie hinsichtlich der frühen Implementationsphase des ÜGRG aussagekräftig, Entwicklungen seit Ende 2013 sind dagegen nicht mehr evaluiert worden. Vor diesem Hintergrund betrachtet der Bericht die Einführung des Entschädigungsanspruchs gem. § 198 GVG als »rechtspolitisch große(n) Schritt« und zeigt sich mit der Situation aufgrund der Implementierung insgesamt zufrieden.⁵⁹⁴ So heißt es in der Zusammenfassung des Berichts:

590 Insgesamt wird hier eine »deutliche Konsolidierung« beobachtet, d. h. dass die Grundlinien der Rechtsprechung inzwischen einigermaßen klar sind, s. B. Schmidt, NZS-Jahresrevue 2018: Prozessrecht, NZS 2019, 293 (299).

591 Dazu etwa C. Steinbeiß-Winkelmann/T. Sporrer, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung, NJW 2014, S. 177 ff. (177): »Die inzwischen vorliegende Rechtsprechung der Bundesgerichte zeigt, dass die Neuregelung in der Anwendung »funktioniert« und Gerechtigkeitslücken schließen kann«; kritisch dagegen C. Kirchberg, Überlange Verfahrensdauer in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – wie wirksam ist der Rechtsschutz nach § 198 GVG?, DVBl. 2015, S. 675 ff. (679): »Die vergleichsweise sehr geringe Erfolgsquote von Entschädigungsklagen wegen unangemessener Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren (weniger als 10 %) darf auch gerade die Akteure in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu der Annahme verleiten, das Problem der Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren habe sich damit erledigt oder gar als Nicht-Problem erwiesen«.

592 S. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 28.09.2011, BT-Drs. 17/7217, S. 4, Ziff. III.

593 BT-Drs. 18/2950 v. 17.10.2014.

594 So auch die Einschätzung von C. Kirchberg, Überlange Verfahrensdauer in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – wie wirksam ist der Rechtsschutz nach § 198 GVG?, DVBl. 2015, S. 675 ff. (676): »sehr zufrieden«.

»Die insgesamt niedrigen Zahlen von Verzögerungsrügen und erst recht von Entschädigungsklagen unter Einbeziehung der Rechtsmittelinstanz machen für alle Gerichtszweige deutlich, dass die Problematik unangemessener Verfahrensdauer in der deutschen Justiz quantitativ keinen großen Umfang hat. Die neue Rechtsschutzregelung betrifft – aufs Ganze gesehen – Einzelfälle, die allerdings für den jeweils betroffenen Rechtsschutzsuchenden erhebliche Bedeutung haben können. Die befürchtete Klagewelle zu Lasten der Gerichte blieb selbst in der Geltungszeit der Übergangsregelung aus, in der auch Altfälle vor Gericht gebracht werden konnten.«⁵⁹⁵

Es habe sich gezeigt, so die Zusammenfassung, dass nur wenige Verzögerungsrügen anschließend auch zu Entschädigungsklagen führten.⁵⁹⁶ Die Entwicklung bei den Entschädigungsklagen habe sich im Berichtszeitraum dagegen unterschiedlich entwickelt. Während die Zahl in der Verfassungs-, Verwaltungs- und in der ordentlichen Gerichtsbarkeit rückläufig war, stagnierte sie in der Finanz- und Arbeitsgerichtsbarkeit. Nur in der Sozialgerichtsbarkeit sei sie gestiegen. Hinsichtlich der Klagebegehren stehe der Ersatz immaterieller Nachteile im Vordergrund, wobei die Erfolgsquote der Entschädigungsklagen recht unterschiedlich sei.⁵⁹⁷ Eine missbräuchliche Nutzung sei nicht ersichtlich. Die Entschädigungspauschale von 1.200 Euro habe sich bewährt; insgesamt sei es zu einer Gesamthaftungssumme von 182.807,87 Euro gekommen.⁵⁹⁸ Der Bericht zieht so eine positive Bilanz zur ersten Implementationsphase des ÜGRG. Seit seiner Veröffentlichung haben – soweit ersichtlich – keine weiteren Evaluationen oder quantitativen Erhebungen stattgefunden, sodass er für die Beurteilung des Status quo nur noch bedingt aussagekräftig ist.⁵⁹⁹

c) Neuere Bewertungen des § 198 GVG

Auch wenn in vielen Publikationen zu § 198 GVG mitunter der Eindruck geweckt wird, dass nunmehr alle wesentlichen Fragen im Zusammenhang mit der Haftung für überlange Verfahren geklärt sind, sind bei Licht betrachtet auch zehn Jahre nach Einführung der Vorschrift noch viele Probleme unge-

⁵⁹⁵ BT-Drs. 18/2950 v. 17.10.2014, S. 32.

⁵⁹⁶ 9,11 % in der Zivilgerichtsbarkeit, 5,61 % in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 8,77 % in der Finanzgerichtsbarkeit, 6,6 % in der Arbeitsgerichtsbarkeit und 13,17 % in der Sozialgerichtsbarkeit. Zahlen für die Strafgerichtsbarkeit lagen nicht vor.

⁵⁹⁷ In der Zivilgerichtsbarkeit 30,68 %, in der Strafgerichtsbarkeit 44 %, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 58,06 %, in der Sozialgerichtsbarkeit 13,23 % und in der Finanzgerichtsbarkeit 15,38 %.

⁵⁹⁸ Davon entfielen auf den Bund lediglich 1.400 Euro.

⁵⁹⁹ Ein positives Fazit ziehen auch C. Steinbeiß-Winkelmann/T. Sporrer, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung, NJW 2014, S. 177 ff.; sowie H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 1271 ff.

löst.⁶⁰⁰ Einige Stimmen sind hier dezidiert kritisch. So ist in Bezug auf § 198 GVG von einer »Minimallösung« die Rede. Mehr noch:

»Infolge des Verzichts auf wirksame Präventionsinstrumente hat das Gesetz aber keinen wirksamen Beitrag zur Lösung des generellen Problems der unangemessenen Verfahrensdauer geleistet.«⁶⁰¹

Diese Bewertung des § 198 GVG basiert insbesondere auf der Justizstatistik 2020, die zumindest zeigt, dass etwa die Bedeutung von Entschädigungsklagen gem. § 201 Abs. 1 GVG gleichbleibend ist.⁶⁰²

Entschädigungsklagen gem. § 201 Abs. 1 GVG (2013-2020) im Zivilrecht

Jahr	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anzahl	-	-	217	119	240	254	196	251	192	295

Entschädigungsklagen gem. § 201 Abs. 1 GVG (2013-2020) bei den Landes- sozialgerichten

Jahr	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Anzahl	-	-	547	498	881	299	338	455	403	474

Insgesamt geht Greger von ca. 760 Klagen im Jahr aus.⁶⁰³ Rechnet man die Entschädigungsrügen, über die keine Statistik mehr geführt wird, hinzu, so zeigt sich, dass das Problem der überlangen Verfahren nicht wirklich gelöst wurde, sondern nach wie vor besteht. Der Evaluationsbericht geht von 3958 Verzögerungsrügen für den Berichtszeitraum (3. Dezember 2011 bis 31. Dezember 2013) aus, wobei diese Zahl wenig aussagekräftig ist, weil insbesondere die Verzögerungsrüge in Nordrhein-Westfalen, aber auch in Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Thüringen nicht erfasst worden ist.⁶⁰⁴ Die Zahl der Verzögerungsrügen dürfte also deutlich höher liegen. Dies wird auch weiterhin der Fall sein, weil die Zahl der Entschädigungsklagen unge-

600 Eingehend zu den zu verzeichnenden Problemlagen etwa C. Kirchberg, Überlange Verfahrensdauer in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – wie wirksam ist der Rechtsschutz nach § 198 GVG?, DVBl. 2015, S. 675 ff.; M. Würdinger, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 132 (2019), S. 49 ff.; R. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff.

601 R. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff. (99).

602 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1 – 2020, Tabelle 7.1; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.7 – 2020, Tabelle 4.1.

603 R. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff. (98).

604 BT-Drs. 18/2950 v. 17.10.2014, S. 10.

fähr gleichgeblieben ist, auch wenn 2020 besonders viele Entschädigungsklagen gem. § 201 Abs. 1 GVG erhoben worden sind.

Dies mag auch daran liegen, dass sich der Gesetzgeber mit § 198 GVG zu einer Kombinationslösung aus (abgeschwächten) präventiven Ansätzen (Verzögerungsrüge) und repressiven Elementen (Entschädigungsanspruch) entschieden hat, die eine sehr hohe Komplexität aufweist und die sich z. B. in Bezug auf Kindschaftssachen als nicht EMRK-konform erwiesen hat.

8. Ausgestaltung im Lichte der EMRK

a) Allgemeines

Nach Inkrafttreten des ÜGRG hat das Thema »überlange Gerichtsverfahren« zwar deutlich an Brisanz verloren, auch weil der EGMR die in Deutschland gefundene Lösung als grundsätzlich mit der EMRK vereinbar angesehen hat.⁶⁰⁵ Damit hat sich die Diskussion aus der Sicht der EMRK aber nicht etwa erledigt. Vielmehr spielt § 198 GVG im Rahmen der *local remedies rule* zunächst die Rolle eines zusätzlichen »gatekeeper«. Soweit aber die neuen Rechtsschutzmöglichkeiten nach § 198 GVG erfolglos bleiben, sind Beschwerden beim EGMR auf der Grundlage des Art. 6 EMRK weiterhin möglich.⁶⁰⁶ Aus der Sicht der EMRK kann sich das Problem überlanger Verfahren in Einzelfällen weiterhin stellen. Gleichwohl hat der EGMR in den letzten Jahren die Thematik in Bezug auf die deutsche Rechtslage – mit einer gravierenden Ausnahme (dazu b)) – nur noch am Rande gestreift. Hier ging es etwa um die Frage, inwiefern bei überlangen Strafverfahren eine Kompensation durch Herabsetzung einer Freiheitsstrafe erfolgen kann bzw. muss.⁶⁰⁷ Teilweise werden die Verfahren auch durch einen Vergleich beendet, sodass der EGMR keine Stellung beziehen musste.

b) Sonderfall Familiensachen

So hat sich die im ÜGRG niedergelegte Kompensationslösung in familienrechtlichen Verfahren, die das Umgangsrecht von Elternteilen mit ihren leib-

⁶⁰⁵ Grundsätzlich hat der EGMR die Kompensationslösung akzeptiert s. EGMR v. 29.05.2012 – no. 53126/07, Rn. 40 ff. – T. gegen Deutschland; EGMR NJW 2013, 47; EGMR NJW 2014, 3083 (3084); S. Roller, Rechtsschutz bei überlangen Verfahren – eine Zwischenbilanz, DRiZ 2015, 66 (68); BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20; kritisch dagegen F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 466 f.

⁶⁰⁶ S. dazu EGMR v. 24.01.2019 – no. 16741/16 – NJW 2020, 601 (602), Fröhlich gegen Deutschland.

⁶⁰⁷ Jüngst EGMR v. 20.06.2019 – no. 497/17 – NJW 2020, 1047, Chiarello gegen Deutschland.

lichen Kindern betrafen, als problematisch erwiesen. Der EGMR hat in seinem Urteil *Kuppinger* im Jahre 2016 festgestellt, dass in Deutschland ein Rechtsbehelf zur Beschleunigung von Umgangsverfahren fehlt.⁶⁰⁸ Fälle im Bereich des elterlichen Umgangsrechts sind aus der Perspektive des EGMR sehr sensibel und erfordern eine vorrangige und beschleunigte Erledigung. Als Reaktion auf das Urteil hat der Gesetzgeber 2016 eine neuartige Beschleunigungsrüge (§ 155b FamFG) und eine Beschleunigungsbeschwerde (§ 155c FamFG) in das FamFG eingefügt,⁶⁰⁹ die die deutschen Gerichte nunmehr regelmäßig beschäftigt.⁶¹⁰ Diese Instrumente sollen helfen, das sog. »Vorrang- und Beschleunigungsgebot in Bezug auf Kindschaftssachen«, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen (§ 155 FamFG), effektiv durchsetzbar zu machen.⁶¹¹

§ 155c Beschleunigungsbeschwerde

(1) Der Beschluss nach § 155b Absatz 2 Satz 1 kann von dem Beteiligten innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach der schriftlichen Bekanntgabe mit der Beschwerde angefochten werden. § 64 Absatz 1 gilt entsprechend. Das Gericht ist zur Abhilfe nicht befugt; es hat die Akten unverzüglich dem Beschwerdegericht nach Absatz 2 vorzulegen.

(...)

(4) Hat das Gericht innerhalb der Monatsfrist des § 155b Absatz 2 Satz 1 keine Entscheidung über die Beschleunigungsrüge getroffen, kann der Beteiligte innerhalb einer Frist von zwei Monaten bei dem Beschwerdegericht nach Absatz 2 die Beschleunigungsbeschwerde einlegen. Die Frist beginnt mit Eingang der Beschleunigungsrüge bei dem Gericht. Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend.

Gem. § 155b FamFG kann ein Beteiligter in einer Kindschaftssache geltend machen, dass die bisherige Verfahrensdauer nicht dem Vorrang- und Beschleunigungsgebot entspricht, wobei jeweils die Umstände darzulegen sind, die diese Annahme begründen. Über diese Rüge hat das Gericht spätestens innerhalb eines Monats zu entscheiden (§ 155b Abs. 2 FamFG); sie gilt zu-

608 EGMR v. 15.01.2015 – no. 62198/11 – NJW 2015, 1433 Rn. 137 ff., Kuppinger; eingehend dazu H. Frehe, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 183 ff.

609 Vgl. Art 2 des Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes v. 11.10.2016, BGBl. I., S. 2222; s. auch BT-Drs. 18/9092, S. dazu M. Herberger, Die Beschleunigungsrüge (§ 155b FamFG) und die Beschleunigungsbeschwerde (§ 155c FamFG), FuR 2017, S. 654 ff.; M. Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, Tübingen 2019, S. 291 f.; OLG Bremen v. 12.10.2017 – 4 UF-17-107, S. 7 ff.

610 S. aber OLG Brandenburg v. 27.07.2020 – 15 WF 166/20, BeckRS 2020, 18692; s. auch BVerfG v. 19.02.2020 – 1 BvR 2375/19, FamRZ 2020, 776; BVerfG v. 06.09.2019 – 1 BvR 1763/18, NJW 2019, 3569 – Verfahrensdauer in Umgangssachen: kein Anspruch auf »maximale Verfahrensbeschleunigung«.

611 Zum Beschleunigungsgebot s. etwa L. Salgo, Das Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen, FF 2010, 352 ff.

gleich als Verzögerungsrüge i. S. d. § 198 Abs. 3 S. 1 GVG (§ 155b Abs. 3 FamFG). Der Beschluss des Gerichts kann nach § 155c Abs. 1 FamFG innerhalb einer Frist von zwei Wochen angefochten werden. Zuständig ist insoweit zunächst das Oberlandesgericht (§ 155c Abs. 2 FamFG), das seinerseits innerhalb eines Monats entscheiden soll.⁶¹²

Gegen diesen Beschluss ist nach § 155c Abs. 1 FamFG eine Beschwerde zulässig. Hier liegt im Vergleich zu § 198 Abs. 1 GVG der entscheidende Unterschied, denn soweit die Verzögerungsrüge nicht zu einer Beschleunigung des Verfahrens führt, bleibt nur die Entschädigung gem. § 198 Abs. 1 GVG. Dagegen verkörpert die Beschleunigungsbeschwerde gem. § 155c FamFG ein Rechtsmittel.

c) Folgen

Das Urteil *Kuppinger* sowie die Reaktion des deutschen Gesetzgebers haben gezeigt, dass mit § 198 GVG nicht alle Probleme, die sich aus überlangen Gerichtsverfahren ergeben können, beseitigt sind.⁶¹³ Vielmehr hat sich der deutsche Gesetzgeber insgesamt für eine recht komplexe Anlage des Rechtsschutzes im Falle überlanger Gerichtsverfahren entschieden: Im Zentrum steht hier auch nach dem Urteil *Kuppinger* weiterhin eine Entschädigungslösung, die mit »Beschleunigungselementen« (Verzögerungsrüge) angereichert wurde. Das Urteil des EGMR hat jedenfalls nicht dazu geführt, dass die Diskussion über die Einführung eines »Tu-was-Rechtsbehelfs« wieder an Fahrt gewonnen hätte.

9. Verhältnis zu sonstigen Rechtsbehelfen

Das Verhältnis des Entschädigungsanspruchs zu sonstigen Rechtsbehelfen, die (auch) der Verfahrensbeschleunigung dienen, ist mitunter komplex. Zunächst geht der BGH davon aus, dass seit dem Inkrafttreten des ÜGRG kein Raum mehr für die zuvor richterrechtlich entwickelte Untätigkeitsrügen besteht.⁶¹⁴ Darüber hinaus ist auch das Verhältnis des Entschädigungsanspruchs

612 Ausführlich dazu H. Borth/M. Grandel, in: H.-J. Musielak/H. Borth (Hrsg.), FamFG Kommentar, 6. Aufl. 2018, § 155b, Rn. 1 ff.; U. Bumiller, in: ders./D. Harders/W. Schwamb (Hrsg.), FamFG Kommentar, 12. Aufl. 2019, § 155b, Rn. 1 ff.; U. Meyer-Holz, in: T. Keidel (Begr.), FamFG Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 155b, Rn. 1 ff.; E. Schumann, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2019, § 155b, Rn. 1 ff.

613 Eingehend dazu M. Würdinger, »Justice delayed is justice denied.« – Zur Europäisierung und Optimierung des Rechtsschutzes bei überlangen Zivilverfahren, ZZP 132 (2019), S. 49 ff.

614 Eingehend dazu BGH v. 02.08.2013 – IX ZA 17/13; BGH v. 20.11.2012 – VIII ZB 49/12, NJW 2013, 385; VGH Bayern v. 07.04.2016 – 4 C 16.635; BGH v. 09.01.2020 – III ZB 54/19; BGH v.

zur Verfassungsbeschwerde zu klären. Zwar hat es in der Vergangenheit zahlreiche Urteile des BVerfG zur Problematik überlanger Gerichtsverfahren gegeben,⁶¹⁵ da aber § 198 GVG im Verfahren der Verfassungsbeschwerde schon im Rahmen der Rechtswegerschöpfung eine Rolle spielen kann, ist es hier zu einer interessanten Verschiebung gekommen: Die Untätigkeitsrüge wird nunmehr als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde angesehen (Stichwort: Rechtswegerschöpfung).⁶¹⁶

10. Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs

a) Anspruchsberechtigung (§ 198 Abs. 6 Nr. 2 GVG)

Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 Abs. 1 GVG steht nur Verfahrensbeteiligten zu.⁶¹⁷ Das sind nach § 198 Abs. 6 Nr. 2 GVG »jede Partei und jeder Beteiligte eines Gerichtsverfahrens mit Ausnahme der Verfassungsorgane, der Träger öffentlicher Verwaltung und sonstige öffentlichen Stellen, soweit diese nicht in Wahrnehmung eines Selbstverwaltungsrechts an einem Verfahren beteiligt sind.« Während die Begriffe »Partei« und »Beteiligte« den Usancen des jeweiligen Prozessrechts Rechnung tragen – im Zivilprozessrecht wird von »Parteien« gesprochen, während etwa im Verwaltungsprozessrecht von »Beteiligten« die Rede ist –, dient die Legaldefinition des § 198 Abs. 6 Nr. 2 GVG insbesondere auch dazu, andere Verfahrensbeteiligte von der Anspruchsberechtigung auszuschließen. Wer nicht »Partei« oder »Beteiligter« ist, dem steht der Anspruch auch nicht zu. Das gilt zunächst für Zeugen, Sachverständige oder Prozessbevollmächtigte.⁶¹⁸ Anspruchsberechtigt sollen zunächst auch nicht die öffentliche Verwaltung und sonstige öffentliche Stellen sein, um »In-sich-Konstellationen« zu vermeiden. Bedenkt man, dass § 198 Abs. 1 GVG geschaffen wurde, um Rechtsschutzlücken mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG und Art. 6 EMRK zu schließen, ist dieser Ausschluss folgerichtig, denn der Staat kann nicht in diesen Grundrechten

09.01.2020 – III ZB 83/19; A. Neff, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl., 2021, § 198 GVG, Rn. 11 ff.; W. Schlick, Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, NJW 2020, S. 2690 ff. (2691).

615 S. dazu nur BVerfG v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74, BVerfGE 40, 237 (256); BVerfG v. 27.03.1980 – 2 BvR 316/80, BVerfGE 54, 39 (41); BVerfG v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349 (369) – Hess-Entscheidung.

616 BVerfG v. 04.06.2018 – 1 BvR 1928/16; BVerfG v. 04.09.2017 – 1 BvR 2443/16, FamRZ 2017, 2031; dazu auch C. Steinbeiß-Winkelmann/T. Sporer, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung, NJW 2014, S. 177 ff. (177).

617 T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, Rn. 16; dazu auch BT-Drs. 17/3802, S. 23.

618 T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, Rn. 17.

verletzt werden.⁶¹⁹ Etwas anderes gilt nur, soweit tatsächlich zustehende Selbstverwaltungsrechte wahrgenommen werden. Anspruchsberechtigt ist also, wer »aufgrund eigener Rechte auf das Verfahren einwirken« kann.⁶²⁰ Im Detail ist es hier zu Diskussionen gekommen, ob etwa Nebenintervenienten⁶²¹ oder Insolvenzverwalter⁶²² anspruchsberechtigte Beteiligte sein können, was aber angesichts des weiten Begriffs »Beteiligter« zu bejahen ist.

b) Begriff des Gerichtsverfahrens

Gegenstand des Anspruchs gem. § 198 GVG sind überlange Gerichtsverfahren. Zwar enthält § 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG eine Legaldefinition des »Gerichtsverfahrens« (aa)), hiermit sind aber nicht alle Fragen beantwortet; so ist schon unklar, welche Gerichte von der Bestimmung erfasst werden und was etwa hinsichtlich des EuGH im Vorlageverfahren (bb)) und vor Schiedsgerichten (cc)) gilt. Während es bezogen auf den EuGH auf eine genaue Analyse der jeweiligen Verfahrensabschnitte ankommt, wird bezogen auf private Schiedsgerichte mitunter eine analoge Anwendung des § 198 GVG erwogen.

aa) Definition des Gerichtsverfahrens (§ 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG)

Gem. § 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG ist »ein Gerichtsverfahren jedes Verfahren von der Einleitung bis zum rechtskräftigen Abschluss einschließlich eines Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und zur Bewilligung von Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe; ausgenommen ist das Insolvenzverfahren nach dessen Eröffnung; im eröffneten Insolvenzverfahren gilt die Herbeiführung einer Entscheidung als Gerichtsverfahren«. Dieser Legaldefinition, die für alle Gerichtsbarkeiten gilt, liegt damit ein weites Verständnis des »Gerichtsverfahrens« zugrunde, was schon daran zu erkennen ist, dass ausdrücklich auch Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eingeschlossen werden. Soweit bei einer Klage allerdings kein sinnhaftes und ernst zu nehmendes Rechtsschutzbegehren identifiziert werden kann, handelt es sich (noch) nicht

619 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 194.

620 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 190.

621 Dagegen etwa C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff. (1); T. Steinecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, Rn. 17 a. E.

622 Dazu M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 193.

um ein Gerichtsverfahren im Sinne des § 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG.⁶²³ Zudem sind Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren keine »Gerichtsverfahren«.⁶²⁴

Dagegen ist die Frage, ob auch PKH-Verfahren Gerichtsverfahren im Sinne des § 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG sind, in den letzten Jahren mehrfach in der Rechtsprechung thematisiert worden, wobei das Bundesverfassungsgericht diese Frage selbst als »schwierig« bezeichnet hat.⁶²⁵ Hier scheint sich eine Linie durchzusetzen, dass zumindest »selbstständige« PKH-Verfahren als Gerichtsverfahren gelten, soweit sie nicht parallel zu einem Rechtsstreit geführt werden, sondern diesem vorgelagert (isoliert) sind.⁶²⁶

bb) Rolle des § 198 GVG im Vorlageverfahren gem. Art. 267 AEUV

Nicht umfasst sind nach den Gesetzesmaterialien zu § 198 GVG dagegen Vorlageverfahren gem. Art. 267 AEUV⁶²⁷:

»Vorlageverfahren an den Europäischen Gerichtshof sind dem gerichtlichen Verfahren ebenfalls nicht zuzurechnen. Das ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK (EGMR RJD 1998-I, 436, § 95) und für Artikel 19 Absatz 4, Artikel 20 Absatz 3 GG daraus, dass das deutsche Verfassungsrecht keine Zügigkeit im Hinblick auf den Europäischen Gerichtshof garantieren kann.«

Diese Aussagen stützen sich bezüglich des Vorlageverfahrens gem. Art. 267 AEUV auf ein Urteil des EGMR aus dem Jahre 1998:

*»As regards the proceedings before the Court of Justice of the European Communities, the Court notes that the Athens District Court decided on 3 August 1993 to refer a question to the Court of Justice, which gave judgment on 12 March 1996. During the intervening period the proceedings in the actions concerned were stayed, which prolonged them by two years, seven months and nine days. The Court cannot, however, take this period into consideration in its assessment of the length of each particular set of proceedings: even though it may at first sight appear relatively long, to take it into account would adversely affect the system instituted by Article 177 of the EEC Treaty and work against the aim pursued in substance in that Article.«*⁶²⁸

623 BGH v. 31.01.2019 – III ZA 34/18, NJOZ 2019, 604; dazu W. Schlick, Die Rechtsprechung des BGH zu öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, NJW 2019, 2671 (2674).

624 BVerfG v. 07.04.2020 – 6 B 15.20; BSG v. 14.06.2018 – B 10 ÜG 2/18.

625 BVerfG v. 04.09.2017 – 1 BvR 2443/16, Rn. 15 = FamRZ 2017, 2031, Rn. 14 m. w. Nachw.; W. Schlick, Schadenersatz und Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, WM 2016, 485 (489); BGH v. 07.06.2018 – III ZB 23/18; gegen die Zurückweisung eines Prozesskostenhilfesuchs in Entschädigungssachen nach § 198 ff. GVG durch das erstinstanzlich zuständige Oberlandesgericht stellt die Rechtsbeschwerde den einzigen in Betracht kommenden Rechtsbehelf dar, s. BGH v. 19.03.2013 – VIII ZB 45/12, NJW 2013, 2361; BGH III ZB 18/18.

626 So etwa BFH v. 23.03.2022 – X K 6/20, Rn. 27 m. w. Nachw.

627 BT-Drs. 17/3802, S. 22.

628 EGMR v. 26.02.1998 – no. 20323/92 – Pafitis u. a. gegen Griechenland.

Zwar kann damit § 198 GVG keine Anwendung im Vorlageverfahren finden, dies bedeutet jedoch nicht, dass der EuGH sich beliebig lange Zeit lassen könnte. Die allfälligen Fragen sind in diesem Zusammenhang vielmehr nach Maßgabe des EU-Rechts zu beantworten. Auch kommt es jeweils darauf an, die Verfahrensschritte sauber zu trennen, denn alle Teile des Vorlageverfahrens, die unter die deutsche Jurisdiktionsgewalt fallen, sind ggf. an § 198 GVG zu messen. Nur die Teile des Verfahrens, die beim EuGH liegen, sind dagegen nach Maßgabe des Unionsrechts zu beurteilen.

cc) Analoge Anwendung auf private Schiedsgerichte?

§ 198 GVG setzt voraus, dass es sich um ein staatliches Gerichtsverfahren handelt.⁶²⁹ Ob diese Voraussetzung – zumindest in einem eng verstandenen Sinne – auch auf Schiedsverfahren gem. § 1025 ff. ZPO zutrifft, ist nicht eindeutig zu beantworten.⁶³⁰ Teilweise wird hiergegen eingewendet, dass privaten Schiedsverfahren zunächst wenig mit staatlichen Gerichten zu tun haben – sie verkörperten geradezu den Gegenentwurf zu Verfahren vor staatlichen Gerichten.⁶³¹ Schon deshalb scheide eine direkte oder analoge Anwendung des § 198 GVG im Rahmen privater Schiedsverfahren aus.

Allerdings ist es in diesem Zusammenhang wichtig, verschiedene Konstellationen auseinanderzuhalten: Soweit etwa die Schiedsparteien ausdrücklich mit den Schiedsrichtern eine Haftung vereinbart haben oder die zugrundeliegende Schiedsordnungen ausdrückliche Haftungsregelungen enthalten, richtet sich eine Haftung auch für überlanger Verfahren zunächst nach diesen Vereinbarungen. Ansonsten ist zu differenzieren: § 198 GVG findet auf die Verfahren Anwendung, in denen staatliche Gerichte mit Fragen eines (ggf. laufenden) Schiedsverfahrens konfrontiert sind (vgl. §§ 1026, 1062 ZPO).⁶³²

Ob darüber hinaus eine analoge Anwendung des § 198 GVG im Rahmen privater Schiedsverfahren mit Überlänge in Betracht zu ziehen ist (in Situationen, in denen die Schiedsvereinbarung oder -ordnung keine Vorgaben enthält), hängt zunächst davon ab, ob die Voraussetzungen eines Analogieschlusses erfüllt sind: Bei privaten Schiedsverfahren ist die zügige Erledigung

629 T. R. Klötzel, *Justitiae dilatio est quaedam negatio* – Considerations on expedited arbitral procedures, in: FS Thümmel, 2020, S. 396 ff.

630 L. Hofmarksrichter, *Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR*, 2017, S. 55 f.

631 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, *Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren*, 2013, § 198 GVG, Rn. 14 ff. mit dem Hinweis, dass die Parteien im Rahmen eines privaten Schiedsverfahrens bewusst auf den Justizgewährungsanspruch durch staatliche Richter verzichten.

632 S. etwa LG Frankfurt v. 13.03.2015 – 2-250174/14, SchiedsVZ 2017, 206.

der Schiedsrichteraufgaben regelmäßig vertraglich geschuldet.⁶³³ Soweit hiergegen verstoßen wird, kommt zunächst eine vertragliche Haftung nach § 280 BGB⁶³⁴ bzw. ggf. eine deliktische Haftung gemäß §§ 823 BGB ff.⁶³⁵ (oder § 839 Abs. 1 BGB analog) in Betracht. Im Rahmen der Diskussion wird hier häufig auf § 839 Abs. 2 BGB verwiesen (sei es als Analogie, in entsprechender Anwendung oder als »Rechtsgedanke« der richterlichen Privilegierung bzw. Ausschluss einer Haftung für fahrlässiges Handeln). Übersehen wird jedoch, dass die Bestimmung die Verfahrensverzögerung gerade nicht abdeckt.⁶³⁶ Die überlange Verfahrensdauer führt also ggf. auch bei Schiedsverfahren zunächst zu einer vertraglichen Haftung.⁶³⁷

Hier ist nach der Rechtsprechung des BGH § 839 Abs. 2 BGB weder direkt noch analog auf private Schiedsrichter anwendbar. Der BGH geht aber seit 1954 davon aus, dass die Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 2 BGB stillschweigend von den Parteien mitvereinbart wird:

»Der Schiedsrichter soll bei der ihm zur Entscheidung unterbreiteten Rechtssache eine dem Staatsrichter im wesentlichen analoge Tätigkeit entfalten. Hiermit verträgt sich, wie das Reichsgericht schon auf Grund des früheren Rechts vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen hat, die Annahme der Haftung des Schiedsrichters wegen Versehens, auch wegen groben Versehens, bei der Abgabe des Spruches nicht (RGZ 41, 251 [255]). Dem staatlichen Richter kommt im Falle von Amtspflichtverletzungen bei dem Urteil in einer Rechtssache die Haftungsbeschränkung des § 839 Abs. 2 BGB zugute. Er haftet insoweit nur, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Das Reichsgericht hat Bedenken getragen, diese Vorschrift für den Schiedsrichter analog anzuwenden, jedoch in ständiger Rechtsprechung angenommen, es sei ohne weiteres davon auszugehen, daß die Parteien nicht ein höheres Maß der Verantwortlichkeit den Schiedsrichtern auferlegt wissen wollten, als sie den Staatsrichter trifft (RGZ 65, 175; RG JW 1927, 1484 und 1933, 217). Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an.«⁶³⁸

Dass dieser Ansatz des BGH seit gut 70 Jahren die Diskussion dominiert, ist ebenso eigentümlich wie die ihm zugrundeliegende Annahme: Warum sollten Parteien (bzw. Vertragspartner) in einem Verfahren, in dem fast alles verein-

633 H. Prütting, in: ders./M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 1035, Rn. 9.

634 W. Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 118 ff.

635 H. Prütting, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 1035, Rn. 10.

636 Ebenda mit Verweis auf A. Götz, Der Schiedsrichter zwischen Dienstleistungserbringung und Richtertätigkeit – Zum sogenannten Spruchrichterprivileg im System der Schiedsrichterhaftung, Schieds-VZ 2012, S. 311; W. Buchwitz, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 118 ff.

637 So auch J. Gal, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2009; eingehend zu den Problemen überlanger Schiedsverfahren im Sportrecht s. M. Klarmann, Systemprobleme im Dopingverfahren? – Der Schutz der Sportler vor langwierigen und kostenintensiven Verfahren, SpuRt 2021, S. 316 ff.

638 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12, NJW 1954, 1763 f.

bart werden kann, ausgerechnet mitunter komplexe und ggf. bedeutsame Haftungsfragen stillschweigend mitvereinbaren?

Darüber hinaus wird zwar auch darüber diskutiert, ob die sog. Schiedsinstitutionen haften können.⁶³⁹ Eine eigenständige Haftung der Schiedsorganisationen kommt auch in Betracht, soweit die Parteien einen Vertrag mit der Schiedsorganisation abgeschlossen haben. Doch in der Praxis greifen hier dieselben Beschränkungen wie bei den Schiedsrichtern. Insoweit wird man auch eine Schiedsorganisation wegen überlanger Schiedsverfahren nur unter besonderen Voraussetzungen haftbar machen können.

c) Unangemessene Dauer (§ 198 Abs. 1 GVG)

Dreh- und Angelpunkt des Anspruchs aus § 198 Abs. 1 GVG ist die Frage, wann ein Gerichtsverfahren eine unangemessene Dauer aufweist.⁶⁴⁰ Die Vorschrift selbst enthält in S. 2 eine Klarstellung:

»Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens und nach dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter.«

Diese Bestimmung stellt zunächst klar, dass es sich bei der Frage, ob eine Verfahrensdauer angemessen ist oder nicht, stets um eine Einzelfallprüfung handelt.⁶⁴¹ Insoweit kann es hier keine »Fristenlösung«⁶⁴² geben, die auch im Lichte des Gesamtkontextes, in dem das Problem überlanger Gerichtsverfahren zu sehen ist, kaum tragfähig wäre. Auf der Grundlage des § 198 Abs. 1 S. 2 GVG hat vielmehr eine Gesamtwürdigung stattzufinden, wobei die in der Vorschrift genannten Tatbestandsmerkmale nicht abschließend sind (»insbesondere«). Der Gesetzgeber hat damit die Konkretisierung (auch) in die Hände der rechtsprechenden Gewalt gelegt. Es liegt hierbei auf der Hand, dass die notwendige Einzelfallwürdigung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR erfolgen muss. § 198 Abs. 1 S. 2 GVG greift letztlich die vier Kriterien auf, die der EGMR für die Beurteilung der Angemessenheit der Dauer eines Gerichtsverfahrens entwickelt hat⁶⁴³ und an denen sich auch das Bundesverfassungsgericht orientiert.⁶⁴⁴ Hier geht es zunächst um die Schwierigkeit des Verfahrens, die Be-

639 R. Risse/L. Reiser, Die Haftung von Schiedsorganisationen, NJW 2015, S. 2839 ff.

640 Eingehend dazu etwa M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 325 ff.

641 S. auch BVerfG v. 08.12.2015 – 1 BvR 99/11 – Vz 1/15, NJW 2016, 2021, Rn 25 ff.

642 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 7.

643 EGMR v. 28.06.1978 – no. 6232/73 – NJW 1979, 477, König gegen Deutschland.

644 BVerfG v. 08.12.2015 – 1 BvR 99/11 – Vz 1/15, NJW 2016, 2021, Rn 25 ff; Rn. 39.

deutung des Verfahrens für den Kläger, das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und das Verhalten am Rechtsstreit beteiligter Dritter.

Auf der Grundlage dieses Rahmens hat *Werner Roderfeld* hinsichtlich durchschnittlicher »Zivilverfahren« vorgeschlagen, bei der Prüfung der Verfahrenslänge fünf konkrete Schritte zu unternehmen, die die Verfahrensdauer ins Verhältnis zu dem tatsächlichen Ablauf des Verfahrens setzen:

1. Prüfung der Gesamtverfahrenslänge,
2. Prüfung der Nichtaktivität des Gerichts,
3. Prüfung der Terminierungen,
4. Beachtung zivilrechtlicher Beschleunigungsgebote und
5. Prüfung von Maßnahmen, die unmittelbar mit der Entscheidungsfindung zusammenhängen.⁶⁴⁵

Dieser differenzierte Ansatz kann helfen, eine Würdigung der Verfahrensdauer im Lichte des § 198 Abs. 1 GVG zu erleichtern. Freilich kann es Fälle geben, in denen sich eine detaillierte Prüfung angesichts extrem langer Verfahren erübrigt. Einen solchen Ansatz haben sowohl der EGMR als auch das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit verfolgt, etwa bei einem Verfahren, das zehn Jahre und vier Monate dauerte.⁶⁴⁶

aa) Schwierigkeit des Verfahrens

Zeitrelevante »Schwierigkeiten« eines Gerichtsverfahrens können auf viele Gründe zurückgeführt werden, seien sie rechtlicher oder tatsächlicher Art.⁶⁴⁷ Hierbei rechtfertigen ggf. erforderliche komplexe oder lange rechtliche Würdigungen durch ein Gericht nicht automatisch lange Gerichtsverfahren, sondern es müssen besondere Umstände hinzutreten, wie z. B. eine neue Gesetzeslage, das Fehlen höchstgerichtlicher Judikatur als Richtschnur oder besondere rechtliche Konstellationen jenseits des »Normalbetriebs«.⁶⁴⁸ Hier kann nur im Einzelfalle entschieden werden, ob eine »rechtliche Schwierigkeit« im

645 *M. Marx/W. Roderfeld*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 38.

646 EGMR v. 27.07.2000 – no. 33379/96 – Klein gegen Deutschland; EGMR v. 03.02.2009 – no. 4290/03 – K.-D P. & K. L. gegen Deutschland.

647 *T. Stahnecker*, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, Rn. 37 ff.; s. auch *C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 104 mit der Unterscheidung zwischen schwierigen Sachverhaltskonstellationen, einer schwierigen Rechtslage und schwierigen Umständen des Verfahrens.

648 *C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 105.

Sinne des § 198 Abs. 1 S. 2 GVG vorliegt oder nicht, denn auch der Umgang mit neuen Gesetzen oder bislang nicht klar zu beantwortenden Rechtsfragen ist Aufgabe der Gerichte. Von tatsächlichen Schwierigkeiten kann z. B. im Falle zeitintensiver Beweisaufnahmen gesprochen werden.⁶⁴⁹ Hier spielen etwa zu hörende Zeugen, Sachverständige oder eine hohe Anzahl der Parteien eine wichtige Rolle. Tatsächliche Schwierigkeiten liegen zudem vor, wenn der Sachverhalt des Rechtsstreits komplex ist oder das Geschehen lange zurückliegt.⁶⁵⁰

bb) Bedeutung des Verfahrens

§ 198 Abs. 1 S. 2 GVG spricht aber nur abstrakt von der »Bedeutung des Verfahrens«, ohne dass näher eingegrenzt wird, für wen das Verfahren diese Bedeutung aufweisen muss oder woran diese Bedeutung festgemacht werden kann. Bei der Einschätzung der Bedeutung kann hierbei nicht die Einschätzung einer Partei ausschlaggebend sein, vielmehr kommt es auf die objektive Bedeutung an, die bestimmte Verfahren »zeitsensibel« machen können. Dies gilt etwa regelhaft für Kindschaftssachen, aber auch arbeitsgerichtliche Verfahren oder strafrechtliche Ermittlungsverfahren. Es geht m. a. W. also um eine mögliche besondere Belastung der Verfahrensbeteiligten, zu befürchtende wirtschaftliche Nachteile oder die Abwendung unumkehrbarer Nachteile. Hierbei kommt es nicht nur auf die Perspektive des Entschädigungsklägers an, sondern die Bedeutung eines Verfahrens kann sich auch aus den Interessen dritter Personen (etwa das Kind in Kindschaftssachen) ergeben. Hier kann man als Faustformel festhalten, dass je höher die Bedeutung eines Verfahrens ist, desto mehr Eile ist durch ein Gericht geboten.⁶⁵¹ Diesen Ansatz hat auch der EGMR in der Rechtssache *Kuppinger* unterstrichen.⁶⁵² Wie für die Frage, ob ein Verfahren besondere Schwierigkeiten aufweist, ist auch die Bedeutung des Verfahrens jeweils nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen, sodass zwar bestimmte Sachverhalte (bzw. ihre rechtliche Bewertung) eine Bedeutung im Sinne des § 198 Abs. 1 S. 2 GVG nahelegen, aber nicht automatisch begründen.

649 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 8; T. Stahmecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, S. 37 ff.

650 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 106.

651 S. auch C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 111 mit zahlreichen Beispielen aus der gerichtlichen Praxis.

652 EGMR v. 15.01.2015 – no. 62198/11 – NJW 2015, 1433, Rn. 108, Kuppinger.

cc) Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter

Dass das Verhalten der Verfahrensbeteiligten einen erheblichen Einfluss auf die Dauer eines Gerichtsverfahrens haben kann, liegt auf der Hand. Insbesondere der Entschädigungskläger kann durch ganz unterschiedliche Anträge und Verhaltensweisen das gerichtliche Verfahren in die Länge ziehen. Soweit Verzögerungen klar ihm zuzurechnen sind, ist dies zu seinen Lasten bei der Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Dies gilt etwa für zahlreiche – im Ergebnis nicht weiterführende – Anträge, unnötig lange Schriftsätze, offensichtlich erfolglose Ablehnungsanträge, Fristverlängerungen, das »Ausreizen« von Fristen usw.⁶⁵³ Aus dogmatischer Perspektive ist bemerkenswert, dass das Verhalten des Entschädigungsklägers bereits bei der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrenslänge zu berücksichtigen ist und nicht erst im Rahmen der Bestimmung des Entschädigungsumfanges. Auch hier gilt, dass jeweils der konkrete Einzelfall zählt. Insgesamt wird man auch eine gewisse Zurückhaltung üben müssen, soweit der Entschädigungskläger von prozessrechtlich zulässigen Anträgen, Beschwerden usw. Gebrauch macht.

Zudem nennt § 198 Abs. 1 S. 2 GVG das Verhalten Dritter als Umstand, der die Dauer des Gerichtsverfahrens beeinflussen kann und entsprechend zu berücksichtigen ist. Ausweislich der Gesetzesmaterialien geht es hierbei insbesondere darum, das Verhalten der Verwaltung und öffentlicher Stellen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens würdigen zu können, die wie das Gericht selbst an die Maßstäbe des Grundgesetzes bzw. an die EMRK gebunden sind.⁶⁵⁴ Dagegen wird man angesichts der eindeutigen Überlegungen des Gesetzgebers weitere Personengruppen nicht pauschal hierzu zählen können, auch wenn sie mittelbar oder unmittelbar Einfluss auf die Dauer eines Gerichtsverfahrens nehmen können. Soweit es sich hier um einen unmittelbaren Einfluss handelt (z. B. im Falle von Sachverständigen oder Zeugen), trifft insbesondere das Gericht die Pflicht, für eine Verfahrensbeschleunigung bzw. für die Einhaltung der entsprechenden Zeitfenster Sorge zu tragen.⁶⁵⁵

653 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 121.

654 BT-Drs. 17/3802, S. 18: »Sind Träger öffentlicher Verwaltung oder sonstige öffentliche Stellen in einen Prozess einbezogen, so ist ihr Verhalten für die Beurteilung der Angemessenheit als Dritte von Bedeutung, auch wenn sie nicht unter die Definition des Verfahrensbeteiligten in § 198 Absatz 6 Nummer 2 fallen.« Gegen eine pauschale Berücksichtigung dagegen C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 121.

655 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 15.

Darüber hinaus ist auch denkbar, dass etwa Presseberichterstattung oder die öffentliche Diskussion von Verfahren zu Verzögerungen führen. In diesem Falle ist es aber auch zunächst Aufgabe des Gerichts, durch entsprechende Transparenz etc. seiner »Öffentlichkeitsverantwortung« (dazu § 12 D. II.) nachzukommen.

d) Nachteil

Der § 198 Abs. 1 GVG zugrundeliegende Begriff des »Nachteils« grenzt den Entschädigungsanspruch von anderen Schadenersatzansprüchen ab. Ein Nachteil kann hierbei abstrakt als »jede nicht ganz unerhebliche negative Betroffenheit« charakterisiert werden und umfasst damit sowohl materielle als auch immaterielle Nachteile.⁶⁵⁶

e) Kausalität des Nachteils

§ 198 Abs. 1 GVG verlangt, dass der entstandene Nachteil »infolge« des überlangen Gerichtsverfahrens entstanden sein muss. Voraussetzung ist also eine Kausalität zwischen überlangem Verfahren und Nachteil.⁶⁵⁷ Hier finden zunächst die allgemeinen Grundsätze Anwendung, wobei der Entschädigungskläger darlegungs- und beweispflichtig ist.⁶⁵⁸

f) Verzögerungsrüge

Die nach § 198 Abs. 3 GVG zu erhebende Verzögerungsrüge als materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung des Entschädigungsanspruchs nach § 198 Abs. 1 GVG⁶⁵⁹ dient in erste Linie der Beschleunigung des Verfahrens und hat damit zunächst eine präventive Warnfunktion. Sie kann erhoben werden »wenn Anlass zur Besorgnis besteht, dass das Verfahren nicht in einer angemessenen Zeit abgeschlossen wird« (§ 198 Abs. 3 S. 2 GVG). Es muss also eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Verzögerung vorliegen, die sich aus tatsächlichen Anhaltspunkten speist.⁶⁶⁰ Der Rüge kommt weder ein De-

656 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 50.

657 R.-C. Lorenz, Die Dogmatik des Entschädigungsanspruchs aus § 198 GVG, 2018, S. 46 f.

658 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 53 ff.; T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, Rn. 136; M. Heine, Überlange Gerichtsverfahren – Die Entschädigungsklage nach § 198 GVG, MDR 2012, S. 327 ff. (330).

659 BSG v. 27.03.2020 – B 10 ÜG 4/19 R, NZS 2020, 546, Rn. 30.

660 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 127 mit zahlreichen Beispielen.

volutiv- noch ein (im konkreten Zusammenhang auch unerwünschter) Suspensiveffekt zu; sie verkörpert also keinen Rechtsbehelf, sondern eine Obliegenheit.⁶⁶¹ Soweit sie nicht erhoben wurde, entfällt auch ein möglicher Anspruch aus § 198 Abs. 1 GVG. Weil die Rüge keinen Rechtsbehelf verkörpert, ist über sie nicht förmlich zu entscheiden.⁶⁶²

Formell wie inhaltlich sind hierbei an die Rüge keine hohen Anforderungen zu stellen; sie ähnelt strukturell einem Widerspruch gem. § 68 VwGO.⁶⁶³ Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 198 Abs. 3 GVG, der – im Gegensatz zu § 97b Abs. 1 S. 3 BVerfGG – keine näheren Anhaltspunkte für ein bestimmtes Form- oder Begründungserfordernis kennt.⁶⁶⁴ Es kommt letztlich nur darauf an, dass der Beteiligte i. S. d. § 198 Abs. 6 Nr. 2 GVG zu erkennen gibt, dass er davon ausgeht, dass es zu einer Verfahrensüberlänge kommen könnte – als präventive Warnung kommt es gerade nicht darauf an, dass dies schon der Fall ist.

11. Inhalt des Anspruchs

Gem. § 198 Abs. 1 GVG richtet sich der Anspruch zunächst auf eine »angemessene Entschädigung«, was einen Ausgleich für materielle und immaterielle Nachteile umfassen kann.⁶⁶⁵ Es handelt sich bei § 198 GVG damit um einen »trunkierten Entschädigungsanspruch«, was etwa im Gegensatz zu einem Schadenersatzanspruch den Ersatz entgangenen Gewinns ausschließt.⁶⁶⁶ Diese Konstruktion ist nicht unproblematisch und auch erst im Gesetzgebungsverfahren entstanden. Der Regierungsentwurf zum ÜGRG sah noch eine Entschädigung nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB vor, was insbesondere auch entgangenen Gewinn umfasst hätte.⁶⁶⁷ Dieser Ansatz wurde aber vom Bundesrat abgelehnt.⁶⁶⁸

661 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 105 mit Verweis auf BT-Drs. 17/3802, S. 16, 20.

662 BSG v. 27.03.2020 – B 10 ÜG 4/19 R, NZS 2020, 546, Rn. 31.

663 BSG v. 27.03.2020 – B 10 ÜG 4/19 R, NZS 2020, 546.

664 S. BVerfG v. 17.12.2015 – 1 BvR 3164/13, NJW 2016, 2018, Rn. 30; umstritten ist insoweit, ob die Rüge auch mündlich erhoben werden kann. Dagegen etwa M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, § 198 GVG, Rn. 111; offen gelassen in BSG v. 27.03.2020 – B 10 ÜG 4/19 R, NZS 2020, 546.

665 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 201 GVG, Rn. 56.

666 BT-Drs. 17/7217, S. 3; J. Wittschier, in: H.-J. Musielak/W. Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 198 GVG, Rn. 7.

667 T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2012, S. 138 ff.

668 BT-Drs. 17/3802, S. 20; dazu auch C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 3.

a) Entschädigungsanspruch

Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 Abs. 1 S. 1 GVG umfasst – wie bereits erwähnt – sowohl materielle als auch immaterielle Nachteile. Als Beispiel für materielle Nachteile nennt *Thomas Stahnecker* etwa »Wertminderungen, Rechtsverluste und Mehraufwendungen«⁶⁶⁹. Zwar wird der jeweilige Substanzverlust zu ersetzen sein, der Begriff der »angemessenen Entschädigung« lässt aber prinzipiell Abstriche zu. Hierin wird zum Teil eine weitere – potenzielle – Beschränkung des Umfangs des Anspruchs im Vergleich zum Schadenersatz gem. § 249 ff. BGB gesehen. Als immaterielle Nachteile kommen z. B. »seelische Unbill« durch die lange Verfahrensdauer, körperliche Beeinträchtigungen oder Rufschädigungen und in Sorgerechtsstreitigkeiten auch die Entfremdung des Kindes von einem Elternteil in Betracht.⁶⁷⁰ Das Vorliegen des Schadens wird vermutet (§ 198 Abs. 2 S. 1 GVG), kann aber widerlegt werden.⁶⁷¹ Eine Besonderheit besteht hinsichtlich der Entschädigung für immaterielle Nachteile. Nach § 198 Abs. 2 S. 3 GVG wird hier eine sog. Entschädigungspauschale in Höhe von 1.200 Euro gewährt,⁶⁷² wobei das Gericht einen höheren oder niedrigeren Satz festsetzen kann, soweit die Pauschale unbillig ist (§ 198 Abs. 2 S. 4 GVG). Dies setzt freilich voraus, dass besondere Umstände vorliegen, um das mit der Entschädigungspauschale verbundene Ziel der Verfahrensvereinfachung nicht zu unterwandern.⁶⁷³ Insgesamt ist damit der Entschädigungsanspruch aus gleich mehreren Perspektiven nicht »vollzugsscharf« ausbuchstabiert, sondern lässt viel Raum für Wertungen.

b) Wiedergutmachung auf andere Weise (§ 198 Abs. 4 GVG)

Eine Entschädigung kann zudem ganz entfallen, wenn nach den Umständen des Einzelfalles Wiedergutmachung auf andere Weise erlangt werden kann (§ 198 Abs. 2 S. 2 GVG i. V. m. § 198 Abs. 4 GVG). Was das – außer der Feststellung einer unangemessenen Verfahrensdauer (dazu sogleich c)) – sein kann, ist letztlich offen. Genannt werden etwa ein »Verweis auf bereits erfolgte dienstrechtliche Maßnahmen, eine Aussprache beim Gerichtspräsidenten

669 Ebenda.

670 BGH v. 13.04.2017 – III ZR 277/16, NJW 2017, 2478 (2480); BGH v. 12.02.2015 – III ZR 141/14, BGHZ 204, 184; BGH v. 06.05.2021 – III ZR 72/20, NJW 2021, 3194.

671 BGH v. 13.04.2017 – III ZR 277/16, NJW 2017, 2478 (2480).

672 Diese Höhe soll sich an der Rechtsprechung des EGMR orientieren, s. dazu BT-Drs., S. 20; C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 226.

673 BGH v. 06.05.2021 – III ZR 72/20, NJW 2021, 3194.

ten mit einer Erläuterung der Belastungssituation des Gerichts oder eine Entschuldigung von Seiten des Beklagten«⁶⁷⁴. Zwar ist es Aufgabe des zuständigen Gerichts, darüber zu befinden, ob eine andere Art der Wiedergutmachung »ausreichend« ist oder nicht. Doch die Beispiele zeigen schon, dass es sich hierbei um seltene Ausnahmen handeln dürfte.

c) Insbesondere die Feststellung der unangemessenen Verfahrensdauer

Von größerer praktischer Relevanz ist dagegen die Feststellung der unangemessenen Verfahrensdauer, die gem. § 198 Abs. 4 GVG ein besonders prominentes Beispiel einer »Wiedergutmachung auf andere Weise« verkörpert.⁶⁷⁵ § 198 GVG unterscheidet hierbei zwischen unterschiedlichen Konstellationen, die zu dieser Feststellung führen können: Zunächst kann die Feststellung an die Stelle der Entschädigung treten (§ 198 Abs. 2 S. 1 GVG), sie kann neben die Entschädigung treten (§ 198 Abs. 4 S. 2 1. Alt. GVG), und sie kann ausgesprochen werden, soweit eine oder mehrere Voraussetzungen des § 198 Abs. 3 GVG nicht erfüllt sind (§ 198 Abs. 4 S. 2 2. Alt. GVG). Während nach § 198 Abs. 2 S. 1 GVG die Umstände des Einzelfalles darüber entscheiden, ob es bei der Feststellung bleibt und der Entschädigungsanspruch entfällt – maßgeblich ist hier das schwammige Kriterium, ob die Feststellung ausreichend ist oder nicht –, ist die Feststellung durch das Gericht nach § 198 Abs. 4 S. 2 2. Alt. GVG auch ohne Erhebung der Verzögerungsrüge jederzeit möglich.⁶⁷⁶ Schließlich kann die Feststellung in schwerwiegenden Fällen neben die Entschädigung treten. Bislang nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, ob die Feststellung der unangemessenen Verfahrensdauer auch isoliert geltend gemacht werden kann oder ob dies nur im Rahmen einer Entschädigungsklage möglich ist.

12. Aktuelle Problemlagen des Entschädigungsanspruchs

Weitere Besonderheiten, die den Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG kennzeichnen, sind die im Rahmen der gerichtlichen Zuständigkeit gewählte »Gerichtszweiglösung«, Probleme, die mit der Aussetzung gem. § 201 Abs. 3 GVG zusammenhängen, das gesetzliche Abtretungsverbot gem. § 198 Abs. 5

674 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 160.

675 LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 22.02.2017 – L 12 SF 39/15 EK AS; OVG Lüneburg v. 14.04.2021 – 13 F 73/20, NJW 2021, 2525.

676 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 201 GVG, Rn. 95.

S. 3 GVG sowie die Frage, ob es im Rahmen des § 198 GVG auch möglich ist, die Überlänge eines Gerichtsverfahrens isoliert feststellen zu lassen.

a) Gerichtszweiglösung (§ 201 GVG) als Problem?

Gem. § 201 Abs. 1 S. 1 GVG ist für die Entschädigungsklage gegen ein Bundesland das Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk das streitgegenständliche Verfahren durchgeführt wird. Bei Klagen gegen den Bund ist dagegen der BGH gem. § 201 Abs. 1 S. 2 GVG zuständig. Entsprechend der sog. *Gerichtszweiglösung* gilt dieses Prinzip, das im GVG zunächst nur für die ordentliche Gerichtsbarkeit Anwendung findet (§ 2 EGGVG, § 13 GVG), auch für die Fachgerichtsbarkeit, d. h. die Zuständigkeit liegt in dem jeweiligen Gerichtszweig.⁶⁷⁷ Dieser Ansatz weicht von der ansonsten dominierenden Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Rahmen des deutschen Staatshaftungsrechts ab.⁶⁷⁸ Die Gerichtszweiglösung mag dazu beitragen, ein sachnäheres Bild zeichnen zu können, wenn es um die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer geht, zugleich führt sie zu einer problematischen Zersplitterung des Anspruchs.

b) Keine Beschwerde gegen die Aussetzung gem. § 201 Abs. 3 GVG?

Als problematisch hat sich in den letzten Jahren die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens durch das Entschädigungsgericht gem. § 201 Abs. 3 GVG erwiesen.⁶⁷⁹ Eine Aussetzung durch das Entschädigungsgericht kann hiernach erfolgen, wenn das Gerichtsverfahren, von dessen Dauer ein Anspruch nach § 198 GVG abhängt, noch andauert (§ 201 Abs. 3 S. 1 GVG). Im Strafverfahren muss das Entschädigungsgericht das Verfahren aussetzen, um die Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer bereits im Strafverfahren zu ermöglichen (§ 201 Abs. 3 S. 2 GVG).

Problematisch ist hierbei allerdings, dass gegen die Aussetzungsentscheidung nach § 201 Abs. 3 S. 1 GVG u. U. keine Beschwerdemöglichkeit gegeben ist. So hat der Bundesgerichtshof im Jahre 2018 entschieden, dass eine sofortige Beschwerde gegen einen Aussetzungsbeschluss des OLG nicht gege-

⁶⁷⁷ Vgl. § 9 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 201 GVG; § 173 S. 2 VwGO i. V. m. § 201 GVG, § 202 S. 2 SGG i. V. m. § 201 GVG, abweichend dagegen § 155 S. 2 FGO i. V. m. § 201 GVG.

⁶⁷⁸ Dazu M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 201 GVG, Rn. 1; C. Steinbeiß-Winkelmann, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, ZRP 2010, S. 205 ff. (208).

⁶⁷⁹ BGH v. 25.10.2018 – III ZB 75/18; BGH v. 25.10.2018 – III ZB 74/18; BGH v. 25.10.2018 – III ZB 72/18; dazu W. Schlick, Die Rechtsprechung des BGH zu öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, NJW 2019, S. 2671 ff. (2674); BGH v. 25.10.2018 – III ZB 71/18, NJW 2019, 376.

ben sei. Zwar verweise § 201 Abs. 2 S. 1 GVG u. a. auf § 252 ZPO (sofortige Beschwerde bei Aussetzung). Indes ergebe sich aus § 567 Abs. 1 ZPO,

»dass die sofortige Beschwerde nur gegen im ersten Rechtszug ergangene Entscheidungen der Amts- und Landgerichte statthaft ist. Bei allen Entscheidungen der Oberlandesgerichte kommt das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht in Betracht«⁶⁸⁰.

Denkbar sei im Falle einer Aussetzung durch das zuständige Oberlandesgericht gem. § 201 Abs. 3 S. 1 GVG nur eine Rechtsbeschwerde, die aber gem. § 574 ZPO entweder generell durch das Gesetz zugelassen sein muss (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder durch das OLG zuzulassen ist (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).⁶⁸¹ Allerdings lassen weder § 201 Abs. 3 S. 1 GVG noch eine andere Vorschrift generell eine Rechtsbeschwerde gegen einen Aussetzungsbeschluss gem. Art. 201 Abs. 3 S. 1 GVG zu. Insoweit hängt die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde an der Zulassung durch das zuständige Oberlandesgericht. Angesichts dieser Ausgangslage kann die Situation eintreten, dass das Entschädigungsverfahren ausgesetzt wird, ohne dass der Entschädigungskläger dagegen etwas unternehmen kann. Vor dem Hintergrund, dass das Entschädigungsverfahren aber der Beschleunigung dienen soll, ist die Möglichkeit einer »einsamen Aussetzungsentscheidung« äußerst problematisch.⁶⁸² Das Beschleunigungsziel wird womöglich verfehlt, soweit das Entschädigungsgericht erst einmal abwartet, bis das Ausgangsverfahren abgeschlossen wird. Insoweit liegt es nahe, dass die zuständigen Oberlandesgerichte im Lichte des Beschleunigungsziels die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH großzügig handhaben.

c) Keine Übertragbarkeit des Anspruchs?

Eine Frage, die insbesondere in der letzten Zeit verstärkt diskutiert wurde, ist, ob es sich bei dem Entschädigungsanspruch im Kern um einen »normalen« zivilrechtlichen Anspruch handelt oder ob er durch Besonderheiten geprägt ist, die nicht zuletzt auf seine Rechtsnatur zurückzuführen sind (dazu oben § 8 C. II. 6.). Nach § 198 Abs. 5 S. 3 GVG ist jedenfalls eine Übertragbarkeit des Anspruchs gem. § 198 Abs. 1 GVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung ausgeschlossen (also insbesondere die Abtretung). Hiermit soll nach den Gesetzesmaterialien »ein der Rechtspflege abträglicher Handel mit dem Anspruch« verhindert werden.⁶⁸³ Dies schließt allerdings weder die Ver-

680 BGH v. 25.10.2018 – III ZB 72/18.

681 BGH v. 25.10.2018 – III ZB 71/18, NJW 2019, 376.

682 R.-C Lorenz, Die Dogmatik des Entschädigungsanspruchs aus § 198 GVG, 2018, S. 275 f.

683 BT-Drs. 17/3802, S. 36.

erblichkeit des Anspruchs⁶⁸⁴ noch eine Aufrechnung mit anderen Forderungen aus.⁶⁸⁵ § 198 Abs. 5 S. 3 GVG bezieht sich zunächst nur auf den »rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang« bis zum Zeitpunkt des rechtskräftigen Urteils.⁶⁸⁶ § 198 Abs. 5 S. 3 GVG soll offenbar verhindern, dass Entschädigungsansprüche aus wirtschaftlichen Gründen abgetreten werden. Diese strukturelle Parallele zu § 13 Abs. 2 StrEG liegt auf der Hand, wenn auch die jeweiligen Ansprüche unterschiedlich sind (so zielt der Entschädigungsanspruch gem. § 1 StrEG auf den Schaden, nicht auf einen Nachteil, wie § 198 Abs. 1 GVG). Dass aber solche Abtretungen für die Rechtspflege abträglich seien, ist zunächst nur eine Behauptung. Man könnte umgekehrt auch vertreten, dass eine Abtretung (etwa an spezialisierte Unternehmen etc.) zur Effektivierung des Anspruchs und ggf. auch zur Beschleunigung der Verfahren beitragen könnte.

d) Isolierte Feststellung der Verzögerung?

Schließlich ist bis heute nicht abschließend geklärt, ob § 198 Abs. 4 S. 1 GVG zu einer isolierten Feststellung eines überlangen Gerichtsverfahrens führen kann, ob also eine (Feststellungs-)Klage allein mit dem Ziel verfolgt werden kann, die Unangemessenheit der Dauer eines gerichtlichen Verfahrens feststellen zu lassen.⁶⁸⁷ Während etwa das Bundesverwaltungsgericht⁶⁸⁸ eine solche isolierte Feststellung für möglich hält – in einem jüngeren Urteil hat es diese Frage offengelassen⁶⁸⁹ –, wird sie vom Bundesgerichtshof abgelehnt.⁶⁹⁰ Vordergründig geht es hier um die Frage, wie der komplexe Tatbestand des § 198 GVG insgesamt zu handhaben ist, dahinter verbirgt sich aber auch eine Diskussion über die »Rechtsschutzpotenziale« des § 198 GVG, die offenbar unterschiedlich gedeutet werden.

684 BSG v. 12.12.2019 – B 10 ÜG 3/19 R (zur Vererblichkeit des Entschädigungsanspruchs).

685 BGH v. 07.11.2019 – III ZR 17/19, BGHZ 224, 20.

686 BSG v. 12.12.2019 – B 10 ÜG 3/19 R.

687 Eingehend dazu W.-R. Schenke, Die Klage auf Feststellung der unangemessenen Dauer eines gerichtlichen Verfahrens, NJW 2015, S. 433 ff.; ders., Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2015, S. 257 ff. (264 f.).

688 BVerwG v. 12.07.2018 – 2 WA 1.17 D, NJW 2019, 320, Rn. 19: »Dem Kläger steht zwar kein Anspruch auf Entschädigung nach § 93 I 3 WDO i. V. m. 198 I 1, II 2 Hs. 1, S. 3 GVG, wohl aber nach § 91 I 3 Hs. 1 WDO i. V. m. § 198 II 2 Hs. 2, IV GVG auf Feststellung einer unangemessenen Dauer des Stammverfahrens zu«; s. auch BVerwG, NJW 2014, S. 96; W.-R. Schenke, Die Klage auf Feststellung der unangemessenen Dauer eines gerichtlichen Verfahrens, NJW 2015, S. 433 ff.; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 1025 ff.

689 BVerwG v. 12.07.2018 – 2 WA 1.17 D, NJW 2019, 320 (322).

690 BGH v. 05.12.2013 – III ZR 73/13, BGHZ 199, 190, NJW 2014, 789; BGH v. 23.01.2014 – III ZR 37/13, BGHZ 199, 20, NJW 2014, 939; s. auch H. Reiter, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, S. 2554 ff. (2558 f.).

Der Bundesgerichtshof begründet seine Ablehnung der isolierten Feststellung damit, dass es sich bei § 198 Abs. 4 S. 1 GVG um ein negatives Tatbestandsmerkmal handle:

»Damit wird deutlich gemacht, dass die Geldentschädigung für Nichtvermögensnachteile bei überlangen Gerichtsverfahren kein Automatismus ist (...). Ein Anspruch setzt vielmehr voraus, dass die Ausschlussregelung nicht eingreift. Dementsprechend stellt § 198 II 2 GVG ein 'negatives Tatbestandsmerkmal' für einen Entschädigungsanspruch nach § 198 I 1 GVG dar, soweit Entschädigung für immaterielle Nachteile begehrt wird (...).«⁶⁹¹

Darüber hinaus führt der Bundesgerichtshof in einem weiteren Urteil aus, dass die Feststellung einer unangemessenen Verfahrensdauer im Ermessen des zuständigen Gerichts liegt und es deshalb kein subjektives Recht auf diese Feststellung gebe:

»Eine Klage unmittelbar auf Feststellung der unangemessenen Dauer neben einer Entschädigung scheidet dennoch aus. Denn das Gesetz räumt dem Betroffenen keinen Anspruch auf gerichtliche Feststellung der Unangemessenheit in den genannten Fällen ein, sondern begründet lediglich die Befugnis des Gerichts zu einer solchen Feststellung. Ob das Entschädigungsgericht diese Feststellung zusätzlich zur Entschädigung trifft, ist in sein Ermessen (>kann<) gestellt (...). Es fehlt somit an einem subjektiven Recht des Betroffenen, das dieser im Klagewege geltend machen könnte.«⁶⁹²

Diese eher dogmatische Begründung des Bundesgerichtshofes wird mitunter noch zugespitzt. Eine isolierte Feststellung einer unangemessenen Verfahrensdauer trage Züge eines »Tu-Was-Rechtsbehelfs«, den der Gesetzgeber gerade nicht schaffen wollte.⁶⁹³ Woran genau eine isolierte Feststellungsklage scheitern sollte, wird hierbei allerdings nicht immer ganz deutlich. Insoweit aber § 198 Abs. 2 S. 2 GVG ein »negatives Tatbestandsmerkmal« verkörpern soll, muss eine Feststellungsklage schon daran scheitern, dass eine solche Klage (nach § 43 VwGO) nicht auf einzelne, unselbstständige Elemente eines Rechtsverhältnisses gestützt werden kann, sofern diesen keine Selbstständigkeit zukommt.⁶⁹⁴

Man könnte diese unterschiedlichen Ansätze als zu akzeptierende Divergenz im Rahmen der sog. Gerichtszweiglösung ansehen. Betrachtet man die

691 BGH v. 23.01.2014 – III ZR 37/13, BGHZ 199, 20, NJW 2014, 939 (943).

692 BGH v. 05.12.2013 – III ZR 73/13, BGHZ 199, 190, NJW 2014, 789 (791); weitere Nachweise bei H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 1025.

693 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 262.

694 W.-R. Schenke, Die Klage auf Feststellung der unangemessenen Dauer eines gerichtlichen Verfahrens, NJW 2015, S. 433 ff. (434); s. dazu J. P. Terbechte, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 VwGO, Rn. 44.

unterschiedlichen Begründungsansätze aber eingehender, so offenbaren sich fundamental unterschiedliche Konzeptionen des Entschädigungsanspruchs: Während der Bundesgerichtshof den Entschädigungsanspruch gem. § 198 Abs. 1 GVG wie einen »normalen« staatshaftungsrechtlichen Anspruch behandeln will, in dessen Rahmen die Verzögerungsrüge lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung verkörpert, misst das Bundesverwaltungsgericht ihr offenbar ein höheres Potential zu. § 198 GVG kennt unterschiedliche Konstellationen, die zur reinen Feststellung des überlangen Verfahrens führen können, was in der Praxis auch regelmäßig vorkommt. Die Betroffenen eines überlangen Gerichtsverfahrens gewissermaßen in die Entschädigungsklage zu zwingen, ist letztlich sachfremd und baut womöglich Hürden auf. Dass eine isolierte Feststellung dagegen ähnlich wie eine – vom Gesetzgeber nicht gewollte – Untätigkeitsklage wirke, erscheint dagegen fernliegend. Hier wird zu Recht darauf hingewiesen, dass ein »Tu-Was-Rechtsbehelf« schon deshalb nicht eingeführt wurde, um das zuständige Gericht nicht noch weiter zu belasten.⁶⁹⁵ Für die Feststellung der Verfahrensüberlänge ist aber gem. § 201 Abs. 1 S. 1 GVG das Oberlandesgericht zuständig, sodass eine Mehrbelastung des mit dem Ausgangsverfahren befassten Gerichts kaum möglich ist.⁶⁹⁶ Insgesamt weist die Diskussion damit Parallelen zu der Diskussion über die Untätigkeitsbeschwerde auf, nur dass die Vorzeichen vertauscht sind. Während nämlich die Zivilgerichtsbarkeit einer ungeschriebenen Untätigkeitsbeschwerde eher positiv gegenüberstand, lehnt sie die isolierte Feststellung eines überlangen Gerichtsverfahrens nunmehr ab.

13. Besonderheiten für Strafverfahren

§ 199 Abs. 1 GVG stellt klar, dass sich der Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Dauer des Verfahrens grundsätzlich auch auf Strafverfahren, das strafrechtliche Ermittlungsverfahren und ggf. im Wege des § 46 Abs. 1 OWiG auch auf das Bußgeldverfahren erstreckt, soweit hier die Staatsanwaltschaft oder Gerichte im Rahmen der Vorschrift tätig werden.⁶⁹⁷ Allerdings gilt dies nach § 198 Abs. 1 GVG nur »nach Maßgabe der Absätze 2 und 3« der Vorschrift. Konkret bedeutet dies, dass der Entschädigungsanspruch auch für eine unangemessene Verzögerung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens (§§ 158 ff. StPO) Anwendung findet und auch in den

⁶⁹⁵ R.-C. Lorenz, Die Dogmatik des Entschädigungsanspruchs aus § 198 GVG, 2018, S. 248 f.

⁶⁹⁶ Ebenda.

⁶⁹⁷ Dazu etwa J. Schmidt, Überlange Strafverfahren im Lichte der §§ 198 ff. GVG, 2018; A. Neff, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl., 2021, § 199 GVG, Rn. 1.

Fällen des § 386 Abs. 2 AO, in denen die Finanzbehörden bei Verdacht einer Steuerstraftat Ermittlungen aufnehmen. § 199 Abs. 2 GVG a. E. stellt klar, dass eine erhobene Verzögerungsrüge keine Fortgeltung für die jeweils anschließenden gerichtlichen Verfahren hat, vielmehr entfalten die Verzögerungsrügen immer nur für den jeweiligen Verfahrensabschnitt Geltung.

§ 199 Abs. 3 GVG verkoppelt die Besonderheiten des Strafverfahrens dann mit dem Grundsatz aus § 198 Abs. 2 S. 2 GVG, nach dem ein Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Verfahrensdauer entfällt, soweit Wiedergutmachung auf andere Weise erlangt werden kann. Entsprechend sieht § 199 Abs. 3 GVG vor, dass diese Voraussetzungen vorliegen, wenn das Strafgericht oder die Staatsanwaltschaft die unangemessene Verfahrensdauer zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt hat. Hierbei stellt § 199 Abs. 3 S. 2 GVG klar, dass soweit ein Beschuldigter in einem Strafverfahren eine Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer begehrt, das Entschädigungsgericht hinsichtlich der Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer an eine Entscheidung des Strafgerichts gebunden ist. Damit sollen widersprüchliche Entscheidungen des Strafgerichts und des Entschädigungsgerichts verhindert werden.⁶⁹⁸

14. Haftende Körperschaft

Gem. § 200 S. 1 GVG haftet für Verzögerungen bei Gerichten eines Landes das jeweilige Land und gem. § 200 S. 2 GVG der Bund, soweit es um Bundesgerichte geht. Diese Regelung wirft allerdings Schwierigkeiten auf, wenn ein überlanges Verfahren Landesgerichte und Bundesgerichte betrifft.⁶⁹⁹ Haften in einem solchen Fall Land und Bund jeweils gesondert oder ist eine gesamtschuldnerische Haftung zulässig? Während teilweise eine gesamtschuldnerische Haftung zumindest als möglich erachtet wird,⁷⁰⁰ ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass dieser Weg nicht beschritten werden kann, denn der Referentenentwurf zu § 200 GVG sah noch einen Verweis auf die §§ 421 bis 426 BGB für einen gesamtschuldnerischen Ausgleich vor.⁷⁰¹ Der Gesetzgeber ist dem Entwurf an diesem Punkt aber gerade nicht gefolgt. Hieraus folgt, dass die Länder jeweils für ihre Gerichtsbarkeiten haften müssen und

698 A. Neff, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl., 2021, § 199 GVG, Rn. 2.

699 Dazu R. Magnus, Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ZZP 2012, S. 75 ff. (83); M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 200 GVG, Rn. 2.

700 R. Magnus, Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ZZP 2012, S. 75 ff. (83).

701 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 200 GVG, Rn. 2.

der Bund für die Bundesgerichte. Diese Lösung ist aus der Perspektive der Betroffenen sicher unbefriedigend und kann im Detail Abgrenzungsprobleme aufwerfen, die letztlich eine »Verfahrensspirale« in Gang setzen können, insbesondere, wenn es um materielle Nachteile geht.⁷⁰²

15. Verhältnis zum Amtshaftungsanspruch

Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG steht in Anspruchskonkurrenz zum Amtshaftungsanspruch gem. 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG.⁷⁰³ Insofern hängt es von den konkreten Umständen ab, welcher Anspruch geltend gemacht wird – theoretisch können sie nebeneinander bestehen.⁷⁰⁴ Gleichwohl unterscheiden sich die beiden Ansprüche grundlegend: Der Amtshaftungsanspruch setzt Verschulden des Amtswalters voraus, zielt auf Schadenersatz (inklusive entgangenem Gewinn gem. § 252 BGB) und unterliegt den allgemeinen Verjährungsregelungen.⁷⁰⁵ Demgegenüber setzt der Entschädigungsanspruch nach § 198 Abs. 1 GVG zunächst ein überlanges Verfahren voraus, ist aber verschuldensunabhängig. Dagegen ist die Höhe der Entschädigung schon durch die gesetzlichen Vorgaben beschränkt, und der Anspruch ist in der Praxis angesichts der unterschiedlichen Möglichkeiten, die § 198 GVG bietet, offenbar auch nicht immer die erste Wahl.⁷⁰⁶

Das mehr oder weniger unkoordinierte Nebeneinander des Amtshaftungsanspruchs und des Entschädigungsanspruchs gem. § 198 GVG wirft eine Reihe von Fragen auf, die bislang noch nicht gelöst wurden. Zunächst wird das Problem überlanger Gerichtsverfahren direkt in § 839 Abs. 2 S. 2 BGB angesprochen, wonach das Spruchrichterprivileg auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes keine Anwendung findet.⁷⁰⁷ Haftungsansprüche für überlange Verfahren haben insofern eigentlich einen festen Platz in der Rechtsordnung, auch wenn sich der deliktische An-

702 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 200 GVG, Rn. 5 f.

703 C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff. (5); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 463; M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 97 jeweils mit Verweis auf BT-Drucks. 17/3802, S. 19.

704 Aufgrund der unterschiedlichen Rechtswege – der Amtshaftungsanspruch ist vor den Landgerichten, der Anspruch wegen überlanger Gerichtsverfahren dagegen vor den jeweiligen Obergerichten der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit geltend zu machen – ist diese Konstellation kaum von Bedeutung; dazu kritisch F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 463.

705 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 198 GVG, Rn. 98 f.

706 Kritisch dazu R. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff.

707 Eingehend dazu oben B. III.

spruch nach § 839 Abs. 1 BGB in diesem Fall möglicherweise nur schwer durchsetzen lässt. Es ist aber aus rechtssystematischer Perspektive nur schwer nachzuvollziehen, warum die Rechtslage weiter verkompliziert wird, anstatt das Problem an »Ort und Stelle« (also zunächst im BGB) zu lösen.

Letztlich führt das Nebeneinander von Amtshaftungsanspruch wegen überlanger Verfahren und dem Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG dazu, dass bei der Entscheidung, welcher Anspruch geltend gemacht wird, eine Reihe von Opportunitätserwägungen im Zentrum stehen müssen. Je gravierender die wirtschaftlichen Folgen eines überlangen Verfahrens sind, desto eher wird der Amtshaftungsanspruch im Vordergrund stehen. Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG hat so in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht eher zu einer symbolischen Lösung des Problems der überlangen Verfahrensdauer geführt.

16. Bewertung und Fazit

Der Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren steht insgesamt paradigmatisch für den erforderlichen »multiperspektivischen« (*E. Schmidt-Aßmann*) Zugriff auf moderne Rechtsschutzarrangements.⁷⁰⁸ Durch die verfassungsrechtlich angelegte (§ 4 D.) Öffnung der deutschen Rechtsordnung für die europäische – und mitunter auch internationale – Ebene ist es zu einer Verzahnung und Anpassung des deutschen Rechts mit den europäischen und internationalen Vorgaben gekommen, die nicht nur die Ebene des primären Rechtsschutzes stark beeinflusst, sondern auch das Staatshaftungsrecht. Es ist sehr wahrscheinlich, dass es ohne die kräftigen Impulse des EGMR nicht zum Erlass des ÜGRG gekommen wäre. Zudem beschäftigt die Problematik der überlangen Gerichtsverfahren auch den EuGH in einem zunehmenden Maße. Hier bilden sich angesichts ebenenübergreifender Problemlagen offenbar immer stärker gemeinsame »Verantwortungs- und Haftungsstrukturen«.

Ob aber mit § 198 GVG eine in jeder Hinsicht überzeugende Lösung für das Problem überlanger Verfahren gefunden wurde, ist auch nach über zehn Jahren seit dem Inkrafttreten des ÜGRG nicht eindeutig zu beantworten. Die Bestimmung, die der EGMR in Bezug auf besonders zeitsensible Kindschaftsachen aus der Perspektive der EMRK als nicht ausreichend angesehen hat, »verschiebt« in gewisser Weise die Problematik überlanger Gerichtsverfahren auf die Ebene des sekundären Rechtsschutzes, von der aber zunächst nur mittelbar eine Beschleunigungswirkung ausgehen kann. Die Verzögerungsrü-

708 *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 11.

ge verkörpert im Vergleich zu einer »echten« Untätigkeitsbeschwerde oder ähnlichen Rechtsbehelfen lediglich ein »Beschleunigungselement« im Rahmen einer haftungsrechtlichen Norm.

Die hohe Komplexität des § 198 GVG erschwert die Durchsetzung des Entschädigungsanspruchs erheblich: Die Vorschrift ist nicht nur sprachlich komplex, sondern wird von den unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten auch unterschiedlich gehandhabt. Ob hier z. B. einige Grundsatzurteile des BGH für eine gewisse Kohärenz sorgen können, ist bislang noch nicht sicher auszumachen.⁷⁰⁹

Diese Situation ist problematisch, denn in vielen unangemessen langen Gerichtsverfahren geht es um sensible Materien (Sozialsachen, Kindschaftsachen usw.), die nicht selten auf Seiten der Kläger zu einem erheblichen Leidendruck führen können. Auch vor diesem Hintergrund wird die pauschale Entschädigungshöhe von 1.200 Euro als zu niedrig kritisiert.⁷¹⁰ Zudem ist die ungeklärte Frage, ob die unangemessene Dauer eines Gerichtsverfahrens auch isoliert festgestellt werden kann, sicher nicht hilfreich, wenn es darum geht, dem Problem überlanger Gerichtsverfahren effektiv zu begegnen.

Aus der Perspektive der EMRK hat § 198 GVG dazu geführt, dass sich der EGMR in den letzten Jahren nur noch vereinzelt mit der deutschen Rechtslage hinsichtlich überlanger Verfahren beschäftigt hat (hier ist auch von einer »Abschirmung« die Rede).⁷¹¹ Dies bedeutet aber nicht, dass das Problem gelöst ist, zumal der EGMR in Bezug auf Kindschaftsverfahren ausdrücklich die Einführung eines »Tu-Was-Rechtsbehelfs« gefordert hat. Der Präferenz des EGMR für einen solchen Rechtsbehelf hat der Bundesgesetzgeber jedenfalls nicht nachgeben und nach Auffassung vieler Beobachter aus der Sicht der EMRK gerade so viel getan, wie unbedingt notwendig war.

III. Entschädigungsansprüche für überlange Gerichtsverfahren in weiteren Prozessordnungen

Das GVG gilt nur für die sog. ordentliche Gerichtsbarkeit (§ 13 GVG), also die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit. Da es sich bei dem Entschädigungsanspruch nicht nur um eine Verfahrensregelung handelt, mussten noch Verweise in die jeweiligen fachgerichtlichen Verfahrensordnungen (also für die Ver-

709 BGH v. 15.12.2022 – III ZR 192/21, BGHZ 236, 10.

710 Zur parallelen Diskussion in Bezug auf das StrEG und den entsprechenden Reformbemühungen s. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bundesjustizministerium-bmj-reform-haftentschaedigung-stre-g-eckpunkt Papier/> (Letzter Aufruf: 19.03.2024).

711 R. Greger, 10 Jahre Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren: Kein Grund zum Feiern, AnwBl. 2022, S. 96 ff.; s. auch C. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 2019, § 93a, Rn. 30.

waltungs-, Sozial-, Finanz- und Arbeitsgerichtsbarkeit) aufgenommen werden,⁷¹² die gewährleisten, dass die §§ 198 ff. GVG auch für die Fachgerichtsbarkeiten entsprechend gelten. Diese sog. Gerichtszweiglösung kann durchaus kritisch gesehen werden: Im Gegensatz zum Amtshaftungsanspruch, aber auch weiteren staatshaftungsrechtlichen Ausgleichsansprüchen, gibt es für den Entschädigungsanspruch für unangemessen lange Gerichtsverfahren keinen »einheitlichen Ort«. Was mitunter als sachnahe und -gerechte Lösung innerhalb der Gerichtszweige angesehen wird, hat bei Licht besehen in der Praxis zu unterschiedlichen Ausdifferenzierungen des Entschädigungsanspruchs geführt, schon weil die tatsächliche Bedeutung des Entschädigungsanspruchs in den Gerichtszweigen stark variiert. Während er etwa schon rein quantitativ für die Sozialgerichtsbarkeit von erheblicher Bedeutung ist, gilt dies für andere Gerichtszweige nicht ebenso.

IV. Entschädigungsanspruch gem. § 97a BVerfGG

1. Allgemeines

Durch das ÜGRG wurde auch ein Entschädigungsanspruch bei überlangen Verfahren des BVerfG geschaffen (§ 97a BVerfGG).⁷¹³ Dies entspricht zum einen den Anforderungen des EGMR,⁷¹⁴ zum anderen drückt sich hier auch ein allgemeiner Grundsatz des deutschen Rechts aus, demzufolge dem BVerfG oder anderen deutschen Höchstgerichten keine prinzipielle Privilegierung in Haftungsfragen zugebilligt wird.⁷¹⁵

Gleichwohl zeigt § 97a Abs. 1 S. 2 BVerfGG, dass dem Bundesverfassungsgericht eine besondere Rolle zukommt, die bei der Prüfung, ob eine Verfahrensdauer angemessen ist, zu berücksichtigen ist.⁷¹⁶ Hier ist insoweit von der »Berücksichtigung der Aufgaben und der Stellung des Bundesverfassungsge-

712 Dazu etwa O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 198, Rn. 58.

713 Jüngst erstmals ein Verfahren beim BVerfG erfolgreich, s. BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361; dazu etwa B. Schmidt, Die Entschädigungsklage wegen unangemessener Verfahrensdauer, NVwZ 2015, S. 1710 ff.; kritisch insgesamt R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff.; ders., Die verfahrensprozessuale Verzögerungsbeschwerde, NVwZ 2013, S. 779 ff.; eingehend dazu auch T. Barczak, Rechtsschutz bei Verzögerung verfassungsgerichtlicher Verfahren, AöR 138 (2013), S. 536 ff.

714 EGMR v. 01.07.1997 – no. 17820/91 – NJW 1998, 2691, Pammel gegen Deutschland; EGMR, Urt. v. 01.07.1997 – no. 20950/92 – NJW 1997, 2809, Probstmeier gegen Deutschland; EGMR, Urt. v. 04.09.2014 – no. 68919/10 – NJW 2015, 3359, Peter gegen Deutschland.

715 BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361, Rn. 31: »Diese für fachgerichtliche Verfahren entwickelten Regeln gelten dem Grundsatz nach auch für das BVerfG, das nach Art. 92 GG Teil der rechtsprechenden Gewalt ist«, s. auch C. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 1, Rn. 5 ff.

716 Dazu BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14, Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 23, 28.

richs« die Rede.⁷¹⁷ Diese besondere Rolle wird etwa daran deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht selbst über den Entschädigungsanspruch auf der Grundlage einer so titulierten »Verzögerungsbeschwerde« zu entscheiden hat, die gleichwohl eine Entschädigungsklage ist (dazu 3.). Das unterscheidet den Entschädigungsanspruch deutlich von einem ebenfalls denkbaren Amtshaftungsanspruch wegen eines überlangen Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, über den das jeweils zuständige Landgericht zu entscheiden hat. Darüber hinaus ist die Verzögerungsrüge nach § 97b Abs. 1 S. 2 BVerfGG zu begründen, ein Formerfordernis, das § 198 GVG so nicht kennt.

2. Voraussetzungen

a) Verfahrensbeteiligte

Der Anspruch nach § 97a BVerfGG kann von Verfahrensbeteiligten oder von Beteiligten in einem zur Herbeiführung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzten Verfahren geltend gemacht werden, die einen Nachteil durch die unangemessene Verfahrensdauer erlitten haben. Hierbei ist allerdings unklar, ob dies auch für staatliche Organe gilt.⁷¹⁸ Einen Ausschluss wie § 198 Abs. 6 Nr. 2 GVG sieht das BVerfGG nicht vor. Weil aber auch § 97a BVerfGG in erster Linie der Sicherung des Menschenrechtsschutzes dienen soll, sind staatliche Organe weitgehend keine »Verfahrensbeteiligten« i. S. d. § 97a Abs. 1 BVerfGG.⁷¹⁹

Indes hat sich das Bundesverfassungsgericht bereits 2013 im Rahmen eines Organstreitverfahrens mit einer Verzögerungsbeschwerde befasst, die zwar als unzulässig verworfen wurde, dies aber nicht, weil der Beschwerdeführer als Mitglied der Bundesversammlung ein Organstreitverfahren eingeleitet hatte, sondern weil die Verzögerungsrüge nicht hinreichend begründet war.⁷²⁰ In seinem Beschluss führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass § 97a Abs. 1 BVerfGG auch dann Anwendung finden kann, wenn es um individuelle Rechte geht.⁷²¹

717 Dazu etwa M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 97a BVerfGG, Rn. 6 ff.

718 Bejahend etwa R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff. (266).

719 So etwa M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 97a BVerfGG, Rn. 3; dezidiert a. A. etwa A. Haratsch, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 61. EL 2021, § 97a, Rn. 21.

720 BVerfG v. 30.07.2013 – 2 BvE 2/09 Vz2/13, 2 BvE 2/10 Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479.

721 Ebenda.

b) Verfahren

§ 97a BVerfGG enthält keine Einschränkung auf bestimmte Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, sodass zunächst alle Hauptsacheverfahren gem. Art. 93 GG, § 13 BVerfGG zu einem Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Verfahrensdauer führen können.⁷²² Das gilt darüber hinaus auch für diverse Nebenverfahren, die gem. § 13 Nr. 15 dem Bundesverfassungsgericht einfachgesetzlich zur Entscheidung zugewiesen sind,⁷²³ nicht aber für Verfahren nach §§ 60 ff. GeschO-BVerfG, die Verwaltungsverfahren verkörpern. Indes dürfte der Schwerpunkt der Verzögerungsbeschwerden hier im Kontext von Verfassungsbeschwerden liegen, schon weil die Verfassungsbeschwerden den ganz überwiegenden Teil der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts ausmachen.

In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts spielten bis dahin Verzögerungsbeschwerden im Kontext von Verfassungsbeschwerden gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG,⁷²⁴ von Wahlprüfungsbeschwerden⁷²⁵ und von Organstreitverfahren⁷²⁶ eine Rolle. Der Schwerpunkt liegt hier ersichtlich auf Verfahren, die (auch) die individuelle Rechtsstellung eines Beteiligten absichern sollen.⁷²⁷ Theoretisch können hier auch konkrete Normenkontrollen gem. Art. 100 GG eine Rolle spielen, was sich auch unmittelbar aus § 97a Abs. 1 BVerfGG ergibt, der Beteiligte eines ausgesetzten fachgerichtlichen Verfahrens ausdrücklich erwähnt. Allerdings ist Verfahrensgegenstand zunächst nur das verfassungsgerichtliche Verfahren und nicht wie bei § 198 GVG das »Gesamtverfahren«.

722 A. Haratsch, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 61. EL 2021, § 97a, Rn. 17; R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff. (266); M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 97b BVerfGG, Rn. 4.

723 H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG Kommentar, 8. Aufl., 2019, § 97a, Rn. 29; A. Haratsch, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 61. EL 2021, § 97a, Rn. 17.

724 BVerfG v. 22.03.2018 – 2 BvR 289/10 – Vz 10/16, BVerfGE 148, 69; BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361; BVerfG v. 08.12.2015 – 1 BvR 99/11 – Vz 1/15, NJW 2016, 2021; BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341; BVerfG v. 01.10.2012 – 1 BvR 170/06 – Vz 1/12, NVwZ 2013, 789.

725 BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14 – Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732.

726 BVerfG v. 30.7.2013 – 2 BvE 2/09 – Vz2/13, 2 BvE 2/10 Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479.

727 Dieser Ansatz führt dazu, dass bei allen sonstigen Verfahren nach Art. 93 GG eine Verzögerungsbeschwerde unzulässig sein dürfte. Das wirft die Frage auf, ob dann überhaupt Rechtsschutz bei überlangen verfassungsgerichtlichen Verfahren zu erlangen ist, in denen keine individuellen Rechte in Rede stehen.

c) Unangemessene Verfahrensdauer

aa) Besondere Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts

§ 97a Abs. 1 BVerfGG enthält im Gegensatz zu § 198 Abs. 1 GVG keine näheren Anhaltspunkte, anhand welcher Maßstäbe die Angemessenheit eines verfassungsrechtlichen Verfahrens zu bemessen ist. Dies mag Ausdruck der besonderen Position des Bundesverfassungsgerichts im Staatsgefüge als Gericht und Verfassungsorgan sein. Jedenfalls geht § 97a Abs. 1 S. 2 BVerfGG davon aus, dass jeweils eine Einzelfallprüfung zu erfolgen hat, in deren Rahmen die Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts Berücksichtigung zu finden haben.⁷²⁸

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist hier – zurückgehend auf die Gesetzesmaterialien⁷²⁹ – insbesondere seine besondere organisatorische Stellung zu beachten, denn:

»anders als bei den Fachgerichten (ist) eine Kapazitätsausweitung zur Verkürzung der Verfahrensdauer als Reaktion auf gesteigerte Eingangszahlen ohne ein Eingreifen des Gesetzgebers grundsätzlich nicht möglich, da die Struktur des Gerichts durch seine Funktion bedingt und durch die Verfassung und das BVerfGG vorgegeben ist.«⁷³⁰

Zu beachten sei darüber hinaus auch, dass das Bundesverfassungsgericht zu einer »besonders tiefgehende(n) und abwägende(n) Prüfung« verpflichtet sei (s. § 31 BVerfGG), was »einer Verfahrensbeschleunigung ebenfalls Grenzen setzt«⁷³¹. Schließlich sei das Bundesverfassungsgericht als »Hüter der Verfassung« mitunter gehalten, Prioritäten zu setzen, die sich etwa aus der Bedeutung eines Verfahrens für das Gemeinwesen ergeben können.⁷³² Das Bundesverfassungsgericht betont hierbei im Rahmen seiner Entscheidungspraxis, dass die Berücksichtigung seiner besonderen Aufgaben und Stellung im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR⁷³³ stehe. Die entsprechenden Entscheidungen sind schon deshalb interessant, weil das BVerfG hier direkt und ohne weitere Relativierung auf die Standards der EMRK und die Rechtspre-

728 S. dazu H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG Kommentar, 8. Aufl., 2019, § 97a, Rn. 51.

729 BT-Drs. 17/3802, S. 26.

730 BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361, Rn. 31.

731 Ebenda.

732 Ebenda; s. auch BVerfG v. 08.12.2015 – 1 BvR 99/11 – Vz 1/15, NJW 2016, 2021, Rn. 29 ff.

733 BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361, Rn. 32; BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341; BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14 – Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 28.

chung des EGMR verweist. Sie sind damit ein Beispiel für die »völkerrechtsfreundliche Rechtsprechung« des Bundesverfassungsgerichts.⁷³⁴

Darüber hinaus interpretiert das Bundesverfassungsgericht § 97b Abs. 1 S. 4 BVerfGG als Vorschrift, die die besondere Stellung des Gerichts insofern unterstreicht, als dass eine Verzögerungsrüge frühestens zwölf Monate nach Eingang des Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht erhoben werden darf. Hieraus folge auch, dass eine Verfahrensdauer von einem Jahr »keinesfalls als unangemessen anzusehen ist«⁷³⁵.

bb) Allgemeine Kriterien

Zur Beurteilung der Angemessenheit – im Lichte der organisatorischen und verfahrensmäßigen Besonderheiten und unter Beachtung der Jahresfrist – hat das Bundesverfassungsgericht angelehnt an die Kriterien des § 198 Abs. 1 GVG in seiner Entscheidungspraxis Kriterien für die Beurteilung der Verfahrensdauer eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens aufgestellt:

»Bei dieser Abwägung müssen insbesondere die Natur des Verfahrens, die Bedeutung der Sache und die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere von ihnen zu verantwortende Verfahrensverzögerungen, sowie die gerichtlich nur begrenzt zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen, berücksichtigt werden.«⁷³⁶

Letztlich wird anhand dieser Kriterien wiederum deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht sich (auch) als Gericht sieht, für das prinzipiell dieselben Standards gelten wie für alle Gerichte im Sinne des Art. 92 GG. In der Praxis des Bundesverfassungsgerichts fällt jedoch auf, dass die – wenigen – Verzögerungsbeschwerden, die durch begründeten Beschluss entschieden wurden, weniger auf die allgemeinen Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer als vielmehr die besondere Bedeutung der jeweiligen Verfahren abstellen.

734 Freilich stellt das BVerfG hier zunächst fest, dass die deutsche Rechtslage deckungsgleich mit den EMRK-Standards ist, s. dazu BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13, NJW 2015, 3361, Rn. 30; BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341; BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14, Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 19, 27.

735 BVerfG v. 22.03.2018 – 2BvR 289/10 – Vz 10/16, Rn. 15, BVerfGE 148, 69; s. auch BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14, Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 30; BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361 (3365); BVerfG v. 01.10.2012 – 1 BvR 170/06 – Vz 1/12, NvWZ 2013, 789.

736 BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14, Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 18; BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341 (2341 f.); BVerfG v. 01.10.2012 – 1 BvR 170/06 – Vz 1/12, NvWZ 2013, 789 (790).

d) Nachteil als subjektive Betroffenheit?

Der § 97a Abs. 1 S. 1 BVerfGG zugrundeliegende Begriff des Nachteils ist zunächst mit dem in § 198 Abs. 1 GVG identisch, d. h. er umfasst zunächst alle materiellen und immateriellen Nachteile infolge eines überlangen Verfahrens.⁷³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat 2013 den »Nachteil« gem. § 97a Abs. 1 BVerfGG nach Sinne und Zweck des Gesetzes an eine individuelle Betroffenheit gekoppelt:

»Gleichwohl liegt nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes ein Nachteil i.S. von § 97a I 1 BVerfGG nur in Fällen individueller Betroffenheit vor. Die unangemessene Dauer des Verfahrens führt nur dann zu einem kompensationspflichtigen Nachteil, wenn sie sich auf die individuelle Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten auswirkt. Dies kann beispielsweise beim Ausschluss eines Abgeordneten des Deutschen Bundestages von der Wahrnehmung seiner Rechte während der Legislaturperiode der Fall sein (vgl. etwa: BVerfGE 130, 318). Hingegen wird ein Nachteil bei erledigten Sachverhalten, deren Klärung vorrangig im allgemeinen Interesse liegt, allenfalls unter besonderen Voraussetzungen infrage kommen.«⁷³⁸

Die Koppelung von »Nachteil« und »individueller Betroffenheit« wird hierbei nicht weiter eingegrenzt. Die Folge des Ansatzes ist aber – und das betont das Bundesverfassungsgericht auch –, dass, soweit dieser Konnex fehlt, ein »Nachteil« im Sinne des § 97a Abs. 1 S. 1 BVerfGG nur unter besonderen, bislang nicht näher spezifizierten Voraussetzungen vorliegen kann. Soweit aber aufgrund dieser Voraussetzungen ein »Nachteil« nicht vorliegt, ist auch der Tatbestand des § 97a Abs. 1 BVerfGG nicht erfüllt, sodass eine Feststellung der Überlänge oder eine andere Form der Wiedergutmachung nicht in Betracht kommt. Diese, am Sinne und Zweck des ÜGRG orientierte, Auslegung des § 97 Abs. 1 BVerfGG kann als teleologische Reduktion des Tatbestandes aufgefasst werden, die in der Praxis bewirkt, dass zahlreiche »Verfahren« im Sinne des Art. 93 GG, § 13 BVerfGG aus dem Anwendungsbeereich des § 97a Abs. 1 BVerfGG herausfallen, obwohl die Bestimmung den Verfahrensbegriff nicht weiter einschränkt. Dies mag erklären, warum die Verzögerungsbeschwerde bislang ausschließlich in Verfahren eine Rolle gespielt hat, in denen auch eine »subjektive Betroffenheit« angenommen werden konnte.

⁷³⁷ S. dazu BT-Drs.17/3802, S. 19 und 26 f.; eingehend dazu auch H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG Kommentar, 8. Aufl., 2019, § 97a, Rn. 69 ff; A. Haratsch, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 61. EL 2021, § 97a, Rn. 34 ff.

⁷³⁸ BVerfG v. 30.07.2013 – 2 BvE 2/09 – Vz 2/13, 2 BvE 2/10 – Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479.

e) Entschädigungsanspruch

Der Anspruch gem. § 97a Abs. 1 BVerfGG zielt darauf, erlittene Nachteile, die durch überlange Verfahren verursacht worden sind, zu entschädigen. Umfasst werden auch im Rahmen des BVerfGG materielle und immaterielle Nachteile.⁷³⁹ Bezüglich der Höhe des Anspruchs sieht § 97a Abs. 2 BVerfGG ebenfalls eine Entschädigungspauschale für immaterielle Schäden i. H. v. 1.200 Euro für jedes Jahr der Verzögerung vor. Auch hier kann gem. § 97a Abs. 2 S. 4 BVerfGG ein höherer oder niedrigerer Betrag vom Bundesverfassungsgericht festgesetzt werden, wenn die Pauschale im Einzelfalle unbillig erscheint. Die Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn Wiedergutmachung auf andere Weise erlangt werden kann, was insbesondere gilt, wenn die Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer ausreicht.

3. Verzögerungsbeschwerde gem. § 97b BVerfGG

Der Entschädigungsanspruch gem. § 97a BVerfGG ist im Wege der Verzögerungsbeschwerde geltend zu machen. Dass hier von einer »Beschwerde« die Rede ist, obwohl es im Kern um eine Entschädigungsklage geht, mag ebenfalls der besonderen Stellung des Bundesverfassungsgerichts geschuldet sein, verfehlt aber im Kern, worum es bei der Beschwerde geht.

Der Entschädigungsanspruch setzt zunächst eine Verzögerungsrüge voraus, die gem. § 97b Abs. 1 S. 3 BVerfGG schriftlich unter Darlegung der Umstände, die die Unangemessenheit der Verfahrensdauer begründen, einzulegen ist. Gem. § 97b Abs. 1 S. 4 ist diese Rüge frühestens zwölf Monate nach Eingang des Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht zulässig, wobei es einer Bescheidung der Rüge durch das Bundesverfassungsgericht nicht bedarf. Wie im Rahmen des § 198 GVG handelt es sich hier um eine Obliegenheit. Ohne die Rüge kann ein Entschädigungsanspruch erst gar nicht entstehen.

Die Verzögerungsbeschwerde kann dann nach § 97b Abs. 2 BVerfGG frühestens sechs Monate nach Einlegung der Rüge erhoben werden. Sie ist schriftlich einzulegen und zu begründen (§ 97b Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Hierbei erwartet das Bundesverfassungsgericht Ausführungen zu allen Anspruchsvoraussetzungen des § 97a Abs. 1 BVerfGG.⁷⁴⁰ In Verfahren, die auch der Kompetenzabgrenzung von Verfassungsorganen dienen (wie z. B. das Organstreitverfahren), ist darüber hinaus die individuelle Betroffenheit der Be-

739 H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG Kommentar, 8. Aufl., 2019, § 97a, Rn. 69 ff.

740 BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341.

schwerdeführer aufzuzeigen.⁷⁴¹ Über sie entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesverfassungsgerichts gem. § 97c Abs. 1 S. 1 BVerfGG, die aus zwei Richtern aus jedem Senat gebildet wird. Sie werden vom Plenum des Bundesverfassungsgerichts berufen, wobei der Berichterstatte des beanstandeten Verfahrens an der Mitwirkung am Beschwerdeverfahren ausgeschlossen ist. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens soll der Berichterstatte des beanstandeten Verfahrens eine Stellungnahme vorlegen (§ 97d Abs. 1 BVerfGG). Die Beschwerdekammer entscheidet mit Mehrheit (§ 97d Abs. 2 S. 1 BVerfGG), wobei die Entscheidung unanfechtbar ist.

4. Bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts

Der Entschädigungsanspruch gem. § 97a BVerfGG spielt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar keine große Rolle, gleichwohl hat das Gericht in den letzten Jahren über – wenn auch wenige – Verzögerungsbeschwerden entschieden. Veröffentlicht wurden – soweit ersichtlich – bislang zehn Beschlüsse, die auch begründet wurden. Diese überschaubare Zahl mag damit zusammenhängen, dass zumindest die Verzögerungsrüge gem. § 97b Abs. 1 S. 5 BVerfGG keiner Bescheidung durch das BVerfG bedarf.⁷⁴² Eine Statistik, wie häufig die Verzögerungsrüge erhoben wird oder wie viele Verzögerungsbeschwerden als unzulässig abgewiesen wurden, gibt es aber bislang nicht. Gleichwohl lässt sich hier beobachten, dass das ÜGRG auch auf der Ebene des Bundesverfassungsgerichts zu keiner Klagewelle geführt hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere die recht vagen Standards des § 97a BVerfGG zu konkretisieren. So hat das Gericht etwa 2015 entschieden, dass die Dauer eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens von vier Jahren und acht Monaten durch die außergewöhnlich hohe Belastung des Berichterstatte dezernats mit politisch oder sozial bedeutsamen und anderen vorrangigen Verfahren gerechtfertigt ist.⁷⁴³ Das gilt auch für ein Verfahren, das rund viereinhalb Jahre in Anspruch genommen hat.⁷⁴⁴

Umgekehrt folgt für das Bundesverfassungsgericht aus dem Zügigkeitsgebot im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde noch nicht automatisch, dass ein solches Verfahren vorrangig vor anderen Verfahren zu entscheiden ist, die auch eine »hohe Bedeutung für das Gemeinwesen haben oder gewichtige

741 BVerfG v. 30.7.2013 – 2 BvE 2/09 Vz2/13, 2 BvE 2/10 Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479.

742 M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2012, § 97b BVerfGG, Rn. 13.

743 BVerfG v. 08.12.2015 – 1 BvR 99/11, NJW 2016, 2021.

744 BVerfG v. 01.10.2012 – 1 BvR 170/06 – Vz 1/12, NVWZ 2013, 789.

Grundrechtseingriffe betreffen.«⁷⁴⁵ Andere Beschwerden wurden als unzulässig verworfen, weil den Begründungsanforderungen des § 97b Abs. 2 S. 2 BVerfGG nicht entsprochen wurde.⁷⁴⁶ Von besonderer Bedeutung dürfte darüber hinaus die Auslegung des Begriffs »Nachteil« im Sinne des § 97a Abs. 1 BVerfGG sein.⁷⁴⁷

Der bislang einzige Fall, in dem das Bundesverfassungsgericht eine Entschädigung in Höhe von 3.000 Euro auf der Grundlage des § 97a Abs. 1 BVerfGG zugesprochen hat, betraf ein Verfassungsbeschwerdeverfahren, das insgesamt fünfeinhalb Jahre in Anspruch genommen hatte.⁷⁴⁸ Diese Gesamtdauer hat das Bundesverfassungsgericht für sich genommen noch nicht als unangemessen angesehen. Die Beschwerdekammer des Bundesverfassungsgerichts hat allerdings den Umstand moniert, dass Fragen der Senatszuständigkeit (§ 14 Abs. 5 BVerfGG) zunächst eineinhalb Jahre und die Abgabe des Verfahrens infolge einer Änderung der Geschäftsverteilung innerhalb des dann zuständigen Senats noch einmal ein Jahr und zehn Monate in Anspruch genommen haben.

5. Fazit

Insgesamt hat der Gesetzgeber mit §§ 97a ff. BVerfGG dafür gesorgt, dass – entsprechend den Anforderungen der EMRK – Rechtsschutz bei überlangen Verfahren auch bei verfassungsgerichtlichen Verfahren erlangt werden kann. Gleichwohl spielt die Verzögerungsbeschwerde bislang keine große Rolle in der verfassungsgerichtlichen Praxis. Das hat unterschiedliche Ursachen: Durch die – grundsätzlich auch durch den EGMR akzeptierte – besondere Funktion eines Verfassungsgerichts ist kaum Raum für gesetzlich fixierte Zeitvorgaben für verfassungsgerichtliche Verfahren vorhanden. Die besondere Stellung und verfahrensrechtlichen Besonderheiten haben den Gesetzgeber deshalb davon abgehalten, konkrete Vorgaben oder Parameter zu benennen, die der Beurteilung der Angemessenheit der Dauer eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens gesetzlich determinieren. Das Bundesverfassungsgericht betont in seinen Entscheidungen gleichwohl, dass es im Grundsatz dieselben Maßstäbe für die Beurteilung der Verfahrensdauer anlegt wie die ordentliche und Fachgerichtsbarkeit. Insoweit spiegelt sich seine Doppelstellung als Ge-

745 BVerfG v. 30.08.2016 – 2 BvC 26/14 – Vz 1/16, BeckRS 2016, 51732, Rn. 31.

746 BVerfG v. 03.04.2013 – 1 BvR 2256/10 – Vz 32/12, NJW 2013, 2341.

747 BVerfG v. 30.07.2013 – 2 BvE 2/09 – Vz 2/13, 2 BvE 2/10 – Vz 3/13, NVwZ 2013, 1479.

748 BVerfG v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13 – Vz 11/14, NJW 2015, 3361.

richt und Verfassungsorgan auch im Rahmen des Rechtsschutzes bei überlangen Verfahren wider.

Die geringe Bedeutung des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahren in der verfassungsgerichtlichen Praxis hat allerdings auch spezifische Ursachen. So hat das Bundesverfassungsgericht den Begriff des Nachteils im Sinne des § 97a Abs. 1 BVerfGG teleologisch reduziert, sodass Rechtsschutz gegen überlange Verfahren eine subjektive Betroffenheit voraussetzt, die z. B. bei Verfassungsorganen in der Regel nicht vorliegen dürfte. Auch die Ausgestaltung der §§ 97a ff. BVerfGG etwa hinsichtlich der Fristenregelungen führt dazu, dass sie kaum als ernsthafte Rechtsschutzoption begriffen werden. Die Regelungen werden teilweise deshalb schlicht als überflüssig betrachtet.⁷⁴⁹ Entsprechend hat etwa die BRAK schon in einer Stellungnahme zur Evaluation des ÜGRG (s. o.) angeregt, die Verzögerungsrüge einerseits großzügiger zu handhaben, etwa hinsichtlich der Darlegungsverpflichtungen, und andererseits strenger zu handhaben, etwa hinsichtlich der Prüfung der Voraussetzungen für überlange Verfahren.⁷⁵⁰ Grundsätzlich müsste der Rechtsschutz gegen überlange Verfahren eher so auszugestalten sein, dass der Rechtsschutz zu einer unmittelbaren Verfahrensbeschleunigung führt.⁷⁵¹

V. Rechtsschutz gegen überlange Verfahren der Landesverfassungsgerichte

§ 198 GVG kann vor dem Hintergrund der Verfassungsautonomie der Bundesländer (auch hinsichtlich des Verfahrensrechts ihrer Verfassungsgerichte) nicht auf die Landesverfassungsgerichte angewendet werden.⁷⁵² Im Zuge des Erlasses des ÜGRG ist entsprechend die Frage aufgeworfen worden, ob die Bundesländer in den Verfahrensordnungen für die Landesverfassungsgerichte Regelungen für überlange Verfahren treffen können bzw. sollten.⁷⁵³ Die Länder haben zwar ohne Zweifel die Kompetenz, entsprechende Regelungen (entweder »Tu-Was-Rechtsbehelfe« oder Entschädigungsregelungen) in Bezug auf ihre Verfassungsgerichte zu erlassen, dies ist allerdings bislang nicht

749 R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff. (269).

750 BT-Drs. 18/2950, S. 29.

751 Ebenda.

752 C. Steinbeiß-Winkelmann/G. Ott, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013, § 198 GVG, Rn. 20; s. auch die Gesetzesbegündung BT-Drs. 17/3802, S. 17: Eine entsprechende Regelung für die Landesverfassungsgerichte bleibt mit Blick auf die Eigenstaatlichkeit der Länder dem Landesrecht überlassen, da eine bundesrechtliche Regelung der Verzögerungsrüge direkt und die Statuierung eines Entschädigungsanspruchs wegen überlanger Verfahrensdauer indirekt in das gerichtliche Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten eingreifen würde.

753 Eingehend dazu T. Barczak, Rechtsschutz bei Verzögerung verfassungsgerichtlicher Verfahren, AöR 138 (2013), S. 536 ff. (565 ff.).

geschehen. Damit bleibt zumindest in Bezug auf die Landesverfassungsgerichte eine Schutzlücke in Bezug auf überlange Verfahren, was schon aus der Perspektive der EMRK problematisch ist. Bislang kennen nur die Verfassungen von Brandenburg und Sachsen einen Anspruch auf ein »zügiges« Verfahren. Die Bestimmungen spielen aber in der Praxis der Landesverfassungsgerichte bislang keine besondere Rolle und können ohne eigenen Rechtsbehelf kaum wirksam werden.⁷⁵⁴ Die Einbeziehung der Landesverfassungsgerichte ist insofern ein rechtspolitisches Desiderat, zumal Bestrebungen der Länder, hier mit der Rechtslage auf Bundesebene gleichzuziehen, nicht zu verzeichnen sind. Insofern setzten §§ 97a ff. BVerfGG durchaus den Ton für die weitere Reformdebatte, auch wenn der Rechtsschutz für überlange Gerichtsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht bislang keine besondere Bedeutung erlangt hat, was auch mit der Handhabung der Voraussetzungen der §§ 97a ff. BVerfGG zusammenhängen dürfte.⁷⁵⁵

VI. Ansprüche auf der Grundlage des Strafrechtsentschädigungsgesetzes

Als nahezu einziger Anspruch des deutschen Staatshaftungsrechts konnte sich bislang § 1 StrEG dem dominierenden Einfluss des Spruchrichterprivilegs entziehen.⁷⁵⁶ Gem. § 1 Abs. 1 StrEG wird derjenige, der durch eine strafgerichtliche Verurteilung einen Schaden erlitten hat, aus der Staatskasse entschädigt, soweit die Verurteilung im Wiederaufnahmeverfahren oder sonst, nachdem sie rechtskräftig geworden ist, in einem Strafverfahren fortfällt oder gemildert wird. Zwar ist bislang umstritten, ob dem Anspruch des § 1 Abs. 1 StrEG wirklich »judikatives Unrecht« zugrunde liegt oder ob es sich nicht vielmehr um einen Anspruch handelt, der die Folgen rechtmäßigen Handelns ausgleichen soll. Bislang ist es aber zu keinen »Wechselwirkungen« in dieser Frage mit § 839 Abs. 2 BGB gekommen. Die Folge einer solchen Betrachtung wäre freilich, dass im Falle einer »rechtswidrigen« Verurteilung dem Geschädigten nur die Möglichkeit bliebe, einen Anspruch auf der

754 Vgl. Art. 52 Abs. 4 S. 1 Verf.Bbg: Jeder hat Anspruch auf ein faires und zügiges Verfahren vor einem unabhängigen Gericht. Die Öffentlichkeit darf nur nach Maßgabe des Gesetzes ausgeschlossen werden.

Art. 78 Abs. 3 S. 1 Verf. Sachsen: Jede Person hat Anspruch auf ein gerechtes, zügiges und öffentliches Verfahren und das Recht auf Verteidigung.

755 C. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, § 93a, Rn. 1 und 30 (»Der bisherige Ertrag der ambitioniert angelegten Vorschriften war bescheiden.«).

756 Dazu etwa D. Meyer, Strafrechtsentschädigungsgesetz, 11. Aufl. 2020, § 1, Rn. 1 ff.; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 308 ff.

Grundlage des § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG geltend zu machen; ein Ergebnis, das nicht überzeugen kann.⁷⁵⁷

Der Anspruch gem. § 1 StrEG kann sich gem. § 7 Abs. 1 StrEG zunächst auf durch Strafverfolgung verursachte Vermögensschäden erstrecken, die einen Wert von 25 Euro übersteigen (§ 7 Abs. 2 StrEG). Für Nichtvermögensschäden – also den erlittenen Freiheitsentzug bei Haft – gewährt § 7 Abs. 3 StrEG nach einer Änderung des Gesetzes im Jahre 2020 pauschal 75 Euro für jeden angefangenen Tag des Freiheitsentzugs.⁷⁵⁸ Zudem kennt das StrEG eine Reihe von Entschädigungsausschlüssen, etwa bei der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis oder der vorläufigen Verhängung eines Berufsverbots (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 StrEG) oder wenn und soweit der Beschuldigte die Strafmaßnahme vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat (§ 5 Abs. 2 StrEG).

VII. Ansprüche nach den Staatshaftungsgesetzen der neuen Bundesländer

Schließlich ist noch auf das Staatshaftungsrecht der neuen Bundesländer hinzuweisen. Das ehemalige Gesetz zur Staatshaftung in der Deutschen Demokratischen Republik (StHG) gilt heute in Brandenburg und Thüringen fort.⁷⁵⁹ Insofern gibt es zwar in Brandenburg und Thüringen einen verschuldensunabhängigen unmittelbaren Staatshaftungsanspruch des Einzelnen (§ 1 Abs. 1 StHG), der aber durch einen Privilegierungstatbestand für »gerichtliche Entscheidungen« (§ 1 Abs. 4 StHG) begrenzt wird. Zudem enthält § 1 Abs. 4 StHG einen Verweis auf »dafür bestehende Gesetze und andere Rechtsvorschriften«. Wenn auch die Formulierung dieses Privilegs in einigen Fragen von § 839 Abs. 2 BGB abweicht (es bezieht sich nicht auf »Urteile in einer Rechtssache«, sondern auf »gerichtliche Entscheidungen«), so hat diese Vorschrift jedenfalls dazu geführt, dass auch im Rahmen des Staatshaftungsrechts der neuen Länder⁷⁶⁰ eine Haftung der Dritten Gewalt keine nennenswerte Rolle spielt.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ Zum Ganzen M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 308 ff.

⁷⁵⁸ In der Gesetzesbegründung wird geschätzt, dass sich durch die Erhöhung die jährlich zu zahlende Entschädigungssumme für die Länder von rund 1. Mio Euro auf 3,6 Mio Euro erhöht, s. BT-Drs. 19/17035, S. 2.

⁷⁵⁹ Gesetz zur Regelung der Staatshaftung in der Deutschen Demokratischen Republik (Staatshaftungsgesetz) v. 12.05.1969 (GVBl.I/69, S. 34), zuletzt geändert durch das Erste Brandenburgische Rechtsbereinigungsgesetz v. 03.09.1997 (GVBl.I/97, [Nr. 09], S. 104).

⁷⁶⁰ Das Entschädigungsgesetz Sachen-Anhalts (GVBl. LSA 1992, 655) gibt für die Frage der Haftung der Dritten Gewalt nicht viel her.

⁷⁶¹ Eingehend dazu M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 294 ff.

D. Fazit

Die Haftung der Dritten Gewalt ist im deutschen Recht verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen. Weder die richterliche Unabhängigkeit noch das Rechtsstaatsprinzip stehen einer richterlichen Haftungsverantwortlichkeit entgegen. Insofern muss jede Haftungsprivilegierung der Dritten Gewalt den Kriterien genügen, die für Ausnahmen von der institutionellen Garantie der Staatshaftung allgemein gelten. Auch wenn diese Voraussetzungen keine trennscharfen Kriterien liefern, so ist doch festzustellen, dass die Rechtsprechung ganz wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Haftung der Dritten Gewalt nach dem deutschen Recht nicht als ernsthafte Rechtsschutzoption begriffen werden kann. Die Diskussion fokussiert sich hierbei im Wesentlichen auf den Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG bzw. als Ausnahme von dieser Haftung auf das »Spruchrichterprivileg« gem. § 839 Abs. 2 BGB. Vor dem Hintergrund der extrem komplexen Anlage des Amtshaftungsanspruchs, der historisch bedingt als persönliche Beamtenhaftung konzipiert ist, fasst die Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB bezogen auf »judikatives Unrecht« äußerst restriktiv, die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 839 Abs. 2 BGB dagegen sehr extensiv auf und verkehrt damit das der Vorschrift (und Art. 34 GG) zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Konzept geradezu in sein Gegenteil.

Im Rahmen des § 839 Abs. 2 BGB ist die Rechtsprechung dazu übergegangen, selbst Beschlüsse ohne mündliche Verhandlung als urteilsvertretende Erkenntnisse einzustufen, was den Kreis der richterlichen Entscheidungen, die nicht unter § 839 Abs. 2 BGB fallen, sehr begrenzt. Damit findet nach der Rechtsprechung das »Spruchrichterprivileg« nur noch auf solche richterlichen Entscheidungen keine Anwendung, in denen vor der Entscheidung schon ihrer Zielsetzung nach kein rechtliches Gehör gewährt werden kann (Unterbringungsbeschlüsse bzw. Beschlüsse zur Genehmigung des Einsatzes elektronischer Überwachung). In allen anderen Konstellationen wendet die Rechtsprechung entweder § 839 Abs. 2 BGB direkt an oder legt im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB einen Verschuldensmaßstab zugrunde, der eine Haftung faktisch ausschließt. Dass die Rechtsprechung die Wertung des § 839 Abs. 2 BGB darüber hinaus auch auf andere Institute des Staatshaftungsrechts übertragen hat, führt dazu, dass letztlich – wenn man einmal von einem Anspruch gem. § 1 StrEG absieht – das gesamte deutsche Staatshaftungsrecht nahezu keine Handhabe für sekundären Rechtsschutz gegen die Dritte Gewalt bietet. Deshalb hat etwa der EGMR bereits im Jahre 2006 festgestellt, dass das deutsche Recht in Bezug auf Nichtvermögensschäden,

die durch die Dritte Gewalt verursacht werden – konkret ging es um überlange Verfahren –, nicht den EMRK-Vorgaben (Art. 6 EMRK) entspricht.⁷⁶² Der deutsche Gesetzgeber hat hierauf im Jahre 2011 mit der Einführung des § 198 Abs. 1 GVG reagiert.⁷⁶³ Allerdings wird vielfach angezweifelt, ob diese Reaktion geeignet ist, den Bedenken des EGMR abschließend zu begegnen.⁷⁶⁴

Diese Entwicklung ist insgesamt bedenklich, zumal weder die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausnahmen von § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG thematisiert werden, noch versucht wird, dem Spruchrichterprivileg eine wie auch immer geartete Zielsetzung zuzuerkennen. Dass hier nicht nur aus der Perspektive des Verfassungsrechts Bedenken anzumelden sind, sondern auch in einigen Situationen Konflikte mit dem Unionsrecht (dazu § 9) oder der EMRK (dazu § 10) entstehen können, kann letztlich nicht überraschen.

⁷⁶² EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01 – NJW 2006, 2389, Sürmeli.

⁷⁶³ Eingehend dazu etwa W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2012, S. 257 ff.; C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff.; R. Zuck, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 265 ff.; A. Guckelberger, Der neue staatshaftungsrechtliche Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren, DÖV 2012, S. 289 ff.; F. Ossenbühl, Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren, BayVBl. 2012, S. 857 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 460 ff.; eingehend auch M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2013; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017.

⁷⁶⁴ Kritisch etwa F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 466 f.; inzwischen hat der EGMR die EMRK-Konformität dieser neuen Regelung allerdings bestätigt, s. EGMR v. 29.05.2012 – no. 53126/07, Rn. 40 ff. – NVwZ 2013, 47, T. gegen Deutschland.

§ 9: Die Haftung der Dritten Gewalt im Unionsrecht

Als supranationale Integrationsgemeinschaft, die u. a. den Werten der Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenrechte verpflichtet ist (Art. 2 EUV),¹ verfügt die Union seit jeher über ein eigenes Haftungsregime, das grundsätzlich auch auf den Ausgleich von Schäden anwendbar ist, die durch die unionale oder mitgliedstaatliche Dritte Gewalt bei der Anwendung des EU-Rechts verursacht werden.² Der EuGH betont in seiner Rechtsprechung zur Haftung der Judikative für Verstöße gegen das Unionsrecht, dass sie für den Schutz der Rechte des Einzelnen elementar sein kann, und nimmt in diesem Zusammenhang häufig auf Art. 47 Abs. 2 GRC Bezug.³ Damit verkörpert der Schutz subjektiver (EU-)Rechte ein zentrales Anliegen für den EuGH.⁴ Darüber hinaus spielen in den entsprechenden EuGH-Urteilen häufig allgemeine rechtsstaatliche Erwägungen⁵ und die Sicherung der Effektivität des Unionsrechts⁶ eine wichtige Rolle.

Insgesamt ergibt sich im Rahmen des EU-Rechts sowohl hinsichtlich möglicher Anspruchsgrundlagen als auch hinsichtlich der Ziele und Funktionen einer Haftung der Dritten Gewalt inzwischen eine komplexe Ausgangssituation. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Haftung der Dritten Gewalt auf der Ebene des EU-Rechts immer stärker ausdifferenziert hat und damit neue Ziele und Funktionen einer solchen Haftung zu verzeichnen sind (dazu § 15). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang z. B. auf die bislang wenig beachteten Haftungsregelungen der DS-GVO und des EPGÜ, die auch

1 Zur »Rechtsstaatlichkeit« als Wert der Union s. J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 20 ff.; s. allgemein zu den Werten der Union A. Hatjell/J. Schwarze, Der Zusammenhalt der Europäischen Union, EuR 2019, S. 153 ff.; F. Schorkopf, Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des »European way of life«, NJW 2019, S. 341 ff.; A. von Bogdandy, Tyrannei der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite, ZaöRV 79 (2019), S. 503 ff.

2 Früh dazu M. Lagrange, The Non-Contractual Liability of the Community in the E.C.S.C. and the E.E.C., CMLRev. 2 (1965), S. 10 ff.; E.-W. Fuß, Grundlagen der Gemeinschaftshaftung, EuR 1968, S. 353 ff.; A. J. Mackenzie-Stuart, The »Non-Contractual Liability« of the EEC, CMLRev. 14 (1975), S. 493 ff.; eingehend zur Entwicklung des unionalen Haftungsregimes s. F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 595 ff.; P. Aalto, Public Liability in EU Law: Brasserie, Bergaderm and Beyond, 2011; K. Gutmann, The Evolution of the Action for Damages, CMLRev. 48 (2011), S. 695 ff.; zur Bedeutung für das deutsche Recht früh T. von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 310 ff.; D. Ehlers, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, JZ 2006, S. 776 ff.

3 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 59 ff. – Groupe Gascogne/Kommission.

4 I. Augsberg, Die Schadenersatzklage, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 12, Rn. 9.

5 EuGH v. 08.04.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 17 ff. – Köbler.

6 EuGH v. 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 33 ff. – Francovich.

für die Dritte Gewalt von Bedeutung sind. Insgesamt sind inzwischen vier unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden:

1. Mit der sog. außervertraglichen Haftung der EU gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV⁷ kennt das EU-Recht eine allgemeine Haftungsregelung auf der Ebene des Primärrechts, die grundsätzlich auch auf eine Haftung der unionalen Dritten Gewalt anwendbar ist.⁸ Darüber hinaus entfaltet Art. 340 Abs. 2 AEUV aber auch für die Fortentwicklung des sog. unionsrechtlichen Haftungsanspruchs (dazu sogleich 2.), für neue sekundärrechtliche Haftungsansprüche (etwa auf der Grundlage des Art. 82 DS-GVO)⁹ oder das Haftungsregime des EPGÜ¹⁰ eine wichtige Vorbildwirkung. Die praktische Bedeutung der außervertraglichen Haftung der EU für Unionsrechtsverstöße ist allerdings bislang überschaubar: Der EuGH hat sich auf der Grundlage des Art. 340 Abs. 2 AEUV zwar schon mit Fällen »judikativen Unrechts« auseinandergesetzt und zumindest für das Gericht der EU die Möglichkeit einer solchen Haftung im Falle überlanger Verfahren im Grundsatz bejaht.¹¹ Ob dagegen auch eine Haftung des EuGH selbst für judikatives Unrecht möglich ist, ist bislang nicht abschließend geklärt worden (zum Ganzen B.).¹² Schon wegen der entsprechenden Unsicherheiten ist es von Bedeutung, dass die unionale Rechts-

7 Eingehend dazu etwa *D. Tietjen*, Das System des gemeinschaftlichen Staatshaftungsrechts, 2010; *A. Thiele*, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2020, § 40; *C. Dörr*, Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch in Deutschland zwanzig Jahre nach Frankovich, *EuZW* 2012, S. 86 ff.

8 S. dazu nur *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 501 ff.

9 Dazu eingehend *C. Aliprandi*, Datenschutzrechtlicher Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO, 2023; s. auch *B. Buchner/M. Wessels*, Art. 82 DS-GVO – scharfes Schwert oder zahnloser Tiger?, *ZD* 2022, S. 251 ff.; *J. Kohn*, Der Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, *ZD* 2019, S. 498 ff.; *B. Paal*, Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, *MMR* 2020, S. 14 ff.

10 S. dazu *A. Hüttermann*, in: ders. (Hrsg.), Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 497 ff.; allgemein zum neuen EPG *C. Blanke-Roeser*, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, *JZ* 2023, S. 219 ff.

11 *EuGH v. 26.11.2013*, Rs. C-58/12 P, *ECLI:EU:C:2013:770* – *Groupe Gascogne/Kommission*; s. auch *T. Jenkins/G. Bushell*, Justice Denied or Simply Delayed? Consequences of Excessive Delay at the EU's General Court, *Journal of European Competition Law & Practice* 6 (2015), S. 3 ff.; *P. Verbruggen/K. Kryla-Cudna*, The Union's Liability for Failure to Adjudicate within a Reasonable Time: EU Tort Law after *Gascogne*, *Kendrion* and *ASPLA*, *CMLRev.* 57 (2020), S. 191 ff.

12 Der EuGH hat in der Vergangenheit allerdings eine solche Haftung zumindest indirekt abgelehnt, s. *EuGH v. 30.05.1989*, Rs. 20/88, *ECLI:EU:C:1989:221*, Slg. 1989, 01553, Rn. 20 – *Roquette frères*; *EuGH v. 17.12.1998*, Rs. C-185/95 P, *ECLI:EU:C:1998:608*, Slg. 1998, I-8417 – *Baustahlgewerbe*; s. auch *EuGH v. 15.10.2002*, verb. Rsen. C-238/99 P, C-245/99 P, C-245/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *ECLI:EU:C:2002:582*, Slg. 2002, I-8375, Rn. 210 – *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a.*; *EuGH v. 09.09.2008*, Rs. C-120/06 P, *ECLI:EU:C:2008:476*, Slg. 2008, I-6513, Rn. 212 – *FIAMM u. a.*; s. auch die Schlussanträge des GA Léger, in *EuGH v. 08.04.2003*, Rs. C-224/01, *ECLI:EU:C:2003:207* – *Köbler*, Rn. 94; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 515 ff.; zum Ganzen auch *J. Gundel*, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsregeln für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche »Richterprivileg« (§ 839 Abs. 2 BGB), *EWS* 2004, S. 8 ff. (13).

ordnung weitere *accountability*-Instrumente für den EuGH kennt (dazu § 13).

2. Praktisch von größerer Bedeutung ist bislang der Einfluss, den das Unionsrecht auf die Haftung für Unionsrechtsverstöße der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt ausübt. Bekanntlich hat der EuGH schon in den 1990er Jahren den unionsrechtlichen Haftungsanspruch entwickelt, wonach die Mitgliedstaaten zum Ersatz für Schäden verpflichtet sind, die dem Einzelnen durch Verstöße der Mitgliedstaaten gegen das Unionsrecht entstehen.¹³ In der *Köbler*-Entscheidung hat der EuGH unterstrichen, dass dieser Anspruch – unter engen Voraussetzungen – auch auf Unionsrechtsverstöße mitgliedstaatlicher Gerichte anwendbar ist (dazu C.).¹⁴
3. Ob dagegen der sekundärrechtlich verankerte datenschutzrechtliche Haftungsanspruch gem. Art. 82 DS-GVO eine vergleichbare Bedeutung entfalten wird, bleibt abzuwarten. Dass Art. 82 DS-GVO aber grundsätzlich auch auf Verstöße gegen die DS-GVO durch bestimmte mitgliedstaatliche Gerichte anwendbar ist, wird schon in den Erwägungsgründen der DS-GVO ausdrücklich festgehalten (dazu D.).¹⁵
4. Schließlich enthält das EPGÜ ein innovatives Haftungsregime, das eine außervertragliche Haftung des EPG einerseits (Art. 5 Abs. 2 EPGÜ) und andererseits gem. Art. 22 Abs. 1 EPGÜ eine Haftung der sog. Vertragsmitgliedstaaten des EPGÜ für Verstöße des EPG gegen seine unionsrechtlichen Verpflichtungen vorsieht (E.).

13 EuGH v. 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 31 ff. – Francovich; eingehend dazu etwa K. Hailbronner, Staatshaftung für säumige Umsetzung von EG-Richtlinien, JZ 1992, S. 284 ff.; T. von Danwitz, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, DVBl. 1997, S. 1 ff.; C. Armbrüster/J. A. Kämmerer, Verjährung von Staatshaftungsansprüchen wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung, NJW 2009, S. 3601 ff.

14 EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; eingehend dazu etwa B. W. Wegener, (Fehl-)Urteilerwartung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, S. 84 ff.; P. J. Wattel, Köbler, CILFIT und Welthgrove: We can't go on meeting like this, CMLRev. 41 (2004), S. 177 ff.; T. von Danwitz, Zur Frage der mitgliedstaatlichen Haftung für judikatives Unrecht, JZ 2004, S. 301 ff.; U. Haltern, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 96 (2005), S. 311 ff.; s. auch C. Zantis, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 378 ff.; F. Schütter, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich, 2012.

15 Erwägungsgrund Nr. 20 VO (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. (EU) Nr. L 119/1 v. 4.5.2016; s. auch allgemein A. Wiebe/M. Eichfeld, Spannungsverhältnis Datenschutz und Justiz, NJW 2019, S. 2734 ff.

A. Unionsrechtliche Maßstäbe für eine Haftung der Dritten Gewalt

I. Rechtsstaatlichkeit der Union und Dritte Gewalt

Dass die EU (bzw. die Mitgliedstaaten) für Schäden haften müssen, die durch die Anwendung von Unionsrecht verursacht wurden, folgt zunächst aus ihrer Verfasstheit als »Rechtsunion« bzw. – in neuerer Terminologie – als »Union des Rechts«.¹⁶ Gem. Art. 2 EUV gründet sich die EU u. a. auf den Wert der »Rechtsstaatlichkeit«. Hieraus folgt eine Bindung der EU und der Mitgliedstaaten an die rechtsstaatlichen Prinzipien (Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sowie geregelte Verfahren)¹⁷ sowie an die Grundrechte und das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Konkretisiert wird das Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit der EU durch verschiedene allgemeine Rechtsgrundsätze, die der EuGH im Laufe der Jahre entwickelt hat und die auch Bedeutung für die Dritte Gewalt und ihre Verantwortlichkeit haben. Dies gilt etwa für die unionale Rechtsschutzgarantie, den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz¹⁸ und das Institut der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen.¹⁹ Diese Grundsätze haben inzwischen ihren Weg in das geschriebene Unionsrecht, insbesondere in die Charta der Grundrechte gefunden (dazu sogleich III.). Darüber hinaus spielt in diesem Zusammenhang der »Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaates für Schäden, die dem Einzelnen durch den Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen«, eine besondere Rolle, den der EuGH in ständiger Rechtsprechung »aus dem Wesen des EG-Vertrags« gefolgert hat.²⁰ Hiermit wurde das Instrument der Haftung unmittelbar aus der recht-

16 Dazu J. P. *Terbechte*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 1.

17 C. *Calliess*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 2 EUV, Rn. 27.

18 EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses.

19 EuGH v. 01.06.1999, Rs. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 1999, I-3055, Rn. 46 – Eco Swiss; EuGH v. 16.03.2006, Rs. C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20 – Kapferer; EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 38 – Köbler; EuGH v. 10.07.2014, Rs. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 61 – Impresa Pizzarotti; EuGH v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, Rn. 63 – Lucchini; EuGH v. 11.11.2015, Rs. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – Klausner Holz; eingehend dazu etwa C. *Kremer*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft, EuR 2007, S. 470 ff.; C. F. *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009; jüngst etwa C. *Voß*, Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zugunsten des unionsrechtlichen »effet utile«?, 2019; C. *Kremer*, Effektuierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 2007, S. 726 ff.; I. *Bach*, Deine Rechtskraft? Meine Rechtskraft!, EuZW 2013, S. 56 ff.; M. *Bobek*, The Effects of EU Law in the National Legal Systems, in: C. Barnard/S. Peers (Hrsg.), European Union Law, 2014, S. 140 ff.

20 EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30 m. w. Nachw. – Köbler.

lichen Verfasstheit der EU abgeleitet, was seinem Stellenwert besonderen Nachdruck verleiht.

II. Die Rolle des EuGH im System des unionalen Haftungsrechts

Die Betonung der »Rechtsstaatlichkeit der EU« geht mit der wichtigen Funktion einher, die der EuGH im institutionellen Gefüge der EU und im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Gerichten einnimmt.²¹ Seine Aufgabe ist es gem. Art. 19 Abs. 1 EUV, »die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge« zu sichern. Aus dieser Formulierung wird ein weitreichender Rechtsschutzauftrag des EuGH abgeleitet, den er in einem System umfassenden Rechtsschutzes zu verwirklichen sucht, das sich aus den europäischen Verträgen ergibt. Im Rahmen dieses »Systems«²² kommt dem Staatshaftungsrecht als Form des sekundären Rechtsschutzes eine zentrale Rolle zu, wie der EuGH in jüngeren Entscheidungen häufig betont hat.

Insbesondere die Schadensersatzklage gem. Art. 268 AEUV i. V. m. Art. 340 Abs. 2 und 3 AEUV dient aus dieser Perspektive dazu, Defizite des im primären Unionsrecht ausgeformten Rechtsschutzsystems auszugleichen.²³ Dem EuGH wird allerdings nicht nur die Rolle zugewiesen, die Rechte des Einzelnen auch im Wege des sekundären Rechtsschutzes zu sichern, sondern auch die konkreten Voraussetzungen einer unionsrechtlichen Haftung näher zu bestimmen. Art. 340 AEUV verweist bei der Konkretisierung der Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung insoweit auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemein sind. Diese Formulierung, die bereits in Art. 215 EWGV verankert war, hat dem EuGH eine »rechtsschöpferische Tätigkeit aufgetragen«, welcher er in den vergangenen Dekaden Stück für Stück nachgekommen ist.²⁴ Diese Aufgabe fällt im Übrigen nur dem EuGH zu, eine Kompetenz anderer Unionsorgane, tätig zu werden, besteht bewusst nicht.²⁵

Allerdings ist es nicht allein die Rolle des EuGH, Rechtsschutz zu gewährleisten. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten ebenfalls zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes. Dass aus der Vorschrift kaum konkrete Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Rechtsschutzsysteme ab-

21 Dazu umfassend § 6.

22 EuGH v. 25.07.2002, Rs. 50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, Slg. 2000, I-6677, Rn. 40 – Unión de Pequeños Agricultores.

23 A. Thiele, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 40, Rn. 2.

24 E. Wöhlfarth, in: ders./U. Everling/H. J. Glaesner/R. Sprung, EWG-Vertrag, 1960, Art. 215, Rn. 8.

25 Ebenda.

geleitet werden können, ändert nichts daran, dass es sich gleichwohl um eine unionsrechtliche Verpflichtung handelt. Sie zeigt, dass die Verwirklichung des Rechtsschutzes in einer Rechtsunion eine gemeinsame Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte und der Unionsgerichte ist.²⁶

III. Unionale Justizgrundrechte

Dem subjektiven Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sowie den Rechtsweg- und Verfahrensgarantien gem. Art. 47 GRC kommen als unionsrechtlicher Maßstab für eine Haftung der Dritten Gewalt eine erhebliche Bedeutung zu;²⁷ dies gilt insbesondere für die Rechtsweg- und Verfahrensgarantien des Art. 47 Abs. 2 GRC. Hiernach hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Viele dieser Garantien hatte der EuGH schon zuvor als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts entwickelt. Zudem stand Art. 6 EMRK Pate bei der Formulierung.²⁸ Art. 47 GRC garantiert im Anwendungsbereich des Unionsrechts (vgl. Art. 51 Abs. 2 GRC) die unabdingbaren Verfahrensgarantien, die für rechtsstaatliche Gerichtsverfahren einzuhalten sind. Der EuGH hat sich in den letzten Jahren insbesondere mit dem Anspruch auf Verhandlung in angemessener Frist auseinandergesetzt, der inzwischen für den europäischen Rechtsprechungsverbund insgesamt eine erhebliche Bedeutung hat.²⁹

-
- 26 S. auch EuGH v. 16.12.1981, Rs. 244/80, ECLI:EU:C:1981:302, Slg. 1981, 3045, Rn. 16 – Foglia; EuGH v. 15.06.1995, Rs. C-422/93 bis C-424/93, ECLI:EU:C:1995:183, Slg. 1995, I-1567 Rn. 15 – Zabala Erasun u. a.; EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 69 – Europäisches Patentgericht; EuGH v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 170 – EMRK II; EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Rn. 39 ; und EuGH v. 06.03.2018, Rs. 284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 36 – Achmea.
- 27 Eingehend zu Art. 47 GRC etwa H. D. Jarass, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, S. 1393 ff.; C. Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union. Zum Verhältnis von Art. 47 Uabs, 1, 2 GRC und Art. 263 ff. AEUV, 2008; früh auch T. von Danwitz, Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaften, NJW 1993, S. 110 ff.; siehe jüngst J. A. Kämmerer/M. Kotzur, Vollendung des Grundrechtsverbundes oder Heimholung des Grundrechtsschutzes? NVwZ 2020, S. 177 ff.
- 28 P. V. van Vormizeele, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 47 GRC, Rn. 11.
- 29 EuGH v. 16.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:2013:770 – Groupe Gascogne/Kommission; EuGH v. 17.12.1998, C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe; EuGH v. 15.10.2002, verb. Rsen. C-238/99 P, C-245/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, I-8375 – Limburgse Vinyl Maatschappij u.a.; EuGH v. 09.09.2008, Rs. C-120/06 P, ECLI:EU:C:2008:476, Slg. 2008, I-6513 Rn. 212 – FIAMM.

IV. Das Institut der unionalen (Staats-)Haftung

Schließlich bildet das Institut der unionalen (Staats-)Haftung gem. Art. 340 AEUV Grundlage und Maßstab der Haftung der EU zugleich. Hiernach ersetzt die Union

»den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind«.

Die vertraglichen Grundlagen einer solchen außervertraglichen Haftung sind damit denkbar weit gefasst. Art. 340 Abs. 2 AEUV enthält nur sehr vage Haftungsvoraussetzungen; auch fehlen detaillierte Informationen über den möglichen Inhalt dieser Haftung.

Hier war es Aufgabe des EuGH, auf der Basis der Rechtsgrundsätze der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Antworten zu finden. Inzwischen stehen die Voraussetzungen einer außervertraglichen Haftung fest, wenn auch im Detail immer wieder Zweifelsfragen aufkommen. Allerdings setzt Art. 340 Abs. 2 AEUV, im Gegensatz zum deutschen Amtshaftungsrecht, ein Modell der unmittelbaren Haftung der Union fest – sie selbst haftet und (zunächst) nicht das jeweilige Organ oder der Bedienstete.³⁰

Dieser Anspruch findet seinen Niederschlag auch in der GRC. Gem. Art. 41 Abs. 3 GRC hat jede Person einen Anspruch darauf, dass die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Obwohl dieses Recht im Kontext des Rechts auf gute Verwaltung erwähnt wird, bezieht es sich schon seinem Wortlaut nach auf alle »Gewalten« der EU.³¹ Letztlich hat die Bestimmung keinen über Art. 340 AEUV hinausgehenden rechtlichen Gehalt. Sie bekräftigt aber die wichtige Funktion des unionalen Haftungsrechts, die Rechte des Einzelnen zu schützen

B. Die Haftung der unionalen Dritten Gewalt

Eine Haftung für judikatives Unrecht auf der Ebene der EU selbst schien lange Zeit keine ernsthafte Option für das Unionsrecht darzustellen. Jedenfalls

30 W. Berg, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 340 AEUV, Rn. 15.

31 J. P. Terbechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 41 GRC, Rn. 20.

hatte der EuGH es immer wieder indirekt abgelehnt, seine eigenen Grundsätze auf sich oder das Gericht anzuwenden; allenfalls wurde die Höhe von Geldbußen aufgrund überlanger Verfahren reduziert.³² Diese Haltung hat der EuGH aber in jüngeren Rechtsprechungen aufgegeben und zumindest im Falle überlanger Verfahren vor dem Gericht einen außervertraglichen Haftungsanspruch für zulässig gehalten. Nach dieser Rechtsprechung ist es zudem Aufgabe des Gerichts, sich mit den entsprechenden Verfahren zu beschäftigen; der EuGH hat so die auf Art. 340 Abs. 2 AEUV gestützte Schadenersatzklage als eigenständigen Rechtsbehelf gestärkt.³³ Diese Rechtsprechung des EuGH war ein Auslöser für die Reform des Gerichts, das sich in den letzten Jahren häufig mit Verfahren befasst hat, bei denen es um überlange Verfahren ging.³⁴ Hier zeigt sich, dass das Haftungsrecht durchaus zu institutionellen Reformen führen kann.³⁵

I. Allgemeines

Der EuGH hat die außervertragliche Haftung der Union entsprechend der offenen Struktur des Art. 340 Abs. 2 AEUV im Laufe der Jahre in einer Reihe von Urteilen konkretisiert.³⁶ Hierbei spielte insbesondere der Unterschied zwischen legislativem und exekutivem Unrecht eine Rolle. Hatte der EuGH in der Anfangszeit die Ausgestaltung der Haftungsvoraussetzungen bei legislativem Unrecht noch strenger gefasst als im Falle des exekutiven Unrechts, so ist die jüngere Rechtsprechung in diesem Punkt um kohärente Maßstäbe bemüht. Diese Kohärenz weist zwei Dimensionen auf: Zum einen geht es dem EuGH darum, das unionale Haftungsregime kohärent zu den Ansätzen in den Mitgliedstaaten zu gestalten, und zum anderen darum, auch innerhalb der außervertraglichen Haftung der Union einheitliche Ansätze zu entwi-

32 EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewerbe.

33 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 88 – Groupe Gascogne/Kommission.

34 S. etwa EuG v. 10.01.2017, Rs. T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1 – Gascogne Sack; EuG v. 01.02.2017, Rs. T-479/14, ECLI:EU:T:2017:48 – Kendrion; EuG v. 01.02.2017, Rs. T-725/14, ECLI:EU:T:2017:47 – Aalberts Industries; EuG v. 17.02.2017, Rs. T-40/15, ECLI:EU:T:2017:105 – ASPLA und Armando Álvarez; EuG v. 07.06.2017, Rs. T-673/15, ECLI:EU:T:2017:377 – Guardian Europe; EuG v. 16.06.2011, Rs. T-235/07, ECLI:EU:T:2011:283 – Bavaria NV/Kommission; EuG v. 16.06.2011, Rs. T-240/07, ECLI:EU:T:2011:284 – Heineken Nederland BV.

35 C. Iliopoulos, Die Reform des Gerichts der Europäischen Union, EuR 2018, S. 487 ff. (491 f.).

36 Eingehend zur Entwicklung S. Detterbeck, Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AöR 125 (2000), S. 202 ff.; S. Van Raepenbusch, La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne et des États membres, ERA Forum Volume 12 (2011), S. 671 ff.

ckeln.³⁷ Diese Überlegungen haben auch bei der Frage eine Rolle gespielt, ob die außervertragliche Haftung bei judikativem Unrecht greift. Eine pauschale Ausnahme wäre hier aus der Perspektive der Kohärenz des unionalen Haftungssystems und vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Haftung der Mitgliedstaaten für judikatives Unrecht dauerhaft wohl nicht durchzuhalten gewesen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der außervertragliche Haftungsanspruch in der Regel voraus, dass ein rechtswidriges Handeln eines Unionsorgans oder eines Bediensteten der Union vorliegt, das kausal für einen Schaden ist.³⁸ Hierbei reicht allerdings nicht jeder Verstoß gegen das Unionsrecht aus, um einen Anspruch gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV zu begründen, der Verstoß muss vielmehr »hinreichend qualifiziert« sein.³⁹ Dieses Kriterium wurde vom EuGH in den letzten Jahren jeweils bezogen auf die drei Gewalten unterschiedlich konkretisiert. Zudem muss die Norm, die verletzt wurde, bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt spielen hier insbesondere die rechtsstaatlichen Prinzipien sowie die Unionsgrundrechte (Art. 47 GRC) eine wichtige Rolle.

II. Voraussetzungen des außervertraglichen Haftungsanspruchs

1. Gerichtshof als Organ der EU

Art. 340 Abs. 2 AEUV knüpft den außervertraglichen Haftungsanspruch an das Handeln eines Unionsorgans oder Bediensteten der Union. Der EuGH ist gem. Art. 13 Abs. 2 EUV ein Organ der Union, das durch den Gerichtshof und das Gericht gebildet wird (Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV). Der EuGH tendiert in Bezug auf »judikatives Unrecht« dazu, immer das Handeln (bzw. Unterlassen) eines Organs, nicht aber eines einzelnen Richters in den Blick zu nehmen. So wurde in den Fällen, in denen es um Verfahrensfehler im Rahmen von Verfahren vor dem Gericht (bzw. Gericht erster Instanz) ging, immer das Gericht als Teil des Unionsorgans »Gerichtshof« thematisiert.⁴⁰ Ein anderer

37 Grundlegend EuGH v. 05.03.1996, verb. Rsen. C-46 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029, Rn. 42 – Brasserie de Pecheur/Factortame; EuGH v. 04.07.2000, Rs. C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, Slg. 2000, I-5291, Rn. 41 – Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm.

38 EuGH, 02.07.1974, Rs. 153/73, ECLI:EU:C:1974:70, Slg. 1974, 00675, Rn. 7 – Holz & Willemsen; EuGH v. 04.03.1980, Rs. 49/79, ECLI:EU:C:1980:64, Slg. 1980, 00569, Rn. 7 – Pool; EuGH v. 03.02.1994, Rs. C-308/87, ECLI:EU:C:1994:38, Slg. 1994, I-00341, Rn. 6 – Grifoni.

39 J. P. Terbechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 31 ff.; M. Ruffert in C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AUEV, 6. Aufl. 2022, Art. 340 AEUV, Rn. 19-22.

40 EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe; s. auch EuGH v. 15.10.2002, verb. Rsen. C-238/99 P, C-245/99, C-245/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P

Ansatz ließe sich auch mit den weit reichenden Immunitätsregeln, die für die Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs greifen, nicht vereinbaren.

2. Qualifizierte Rechtsverletzung

Das Bemühen des EuGH, die Kohärenz der außervertraglichen Haftung der Union sicherzustellen, wird insbesondere anhand der Maßstäbe deutlich, die der EuGH für die Frage der »Rechtswidrigkeit« der jeweiligen Handlung (bzw. des Unterlassens) eines Unionsorgans bzw. eines Bediensteten der Union entwickelt hat. Reichte nach Ansicht des EuGH in früheren Entscheidungen etwa eine »einfache« Rechtsverletzung im Falle exekutiven Unrechts aus, so hat sich seit Anfang der 2000er Jahre der Ansatz durchgesetzt, dass in beiden Fällen eine »qualifizierte Rechtsverletzung« vorliegen muss, damit ein außervertraglicher Haftungsanspruch bejaht werden kann.⁴¹ Soweit aber mit dem Stichwort der Kohärenz der Haftungsmaßstab als zentrales Anliegen des EuGH benannt ist, so ist im Detail doch Vorsicht geboten, denn der EuGH geht im Falle des exekutiven Unrechts zumindest bei gebundenen Entscheidungen davon aus, dass jede Rechtsverletzung auch eine »qualifizierte Rechtsverletzung« darstellt.⁴² Vor dem Hintergrund der geforderten Kohärenz der außervertraglichen Haftung gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV hat der EuGH auch bei judikativen Rechtsverletzungen eine Reihe von Anforderungen formuliert.

Grundlage bietet hier das *Köbler*-Urteil, das sich zwar mit einer Haftung der Mitgliedstaaten auf der Grundlage des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auseinandersetzt (dazu sogleich), dessen Kriterien aber im Lichte der Kohärenz des Unionsrechts auch für die außervertragliche Haftung der Union für judikatives Unrecht heranzuziehen sind.⁴³ Der EuGH ist hierbei der Auffassung, dass die Besonderheiten der richterlichen Funktion und die »berechtigten Belange der Rechtssicherheit« hohe Anforderungen an die behauptete Rechtsverletzung stellen, sodass nur in dem Ausnahmefall, dass ein Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstößt, ein unionsrechtlicher

und C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, I-8375, Rn. 210 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a.; EuGH v. 09.09.2008, Rs. C-120/06 P, ECLI:EU:C:2008:476, Slg. 2008, I-6513, Rn. 212 – FIAMM u. a.

41 EuGH v. 04.07.2000, Rs. C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, Slg. 2000, I-5291, Rn. 41 – Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm.

42 S. etwa EuGH v. 30.05.1989, Rs. 20/88, ECLI:EU:C:1989:221, Slg. 1989, 01553, Rn. 23 – Roquette frères.

43 So auch M. Ruffert, in: C. Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 340 AEUV, Rn. 23; J. P. Terbechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 36.

Staatshaftungsanspruch erfolgreich sein kann.⁴⁴ Um einen »offenkundigen« Verstoß feststellen zu können, kommt es auf 1. das Maß der Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, 2. die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, 3. die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums, 4. ggf. Stellungnahmen von Unionsorganen und 5. die Verletzung der Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV an. Der EuGH geht jedenfalls dann von einem hinreichenden Verstoß gegen das Unionsrecht aus, wenn die einschlägige Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkannt wird.⁴⁵

Diese Kriterien kann man zwar nicht deckungsgleich auf den außervertraglichen Haftungsanspruch übertragen – Unionsgerichte haben z. B. keine Vorlagepflicht. Auch ist Skepsis angebracht, ob der EuGH bezogen auf das Gericht Rechtsanwendungsfehler feststellen würde (bzw. das Gericht selbst).⁴⁶ Dennoch helfen diese Kriterien bei der Feststellung des erforderlichen qualifizierten Rechtsverstoßes. Sie lenken den Blick einerseits auf die verletzte Norm des Unionsrechts und nennen andererseits Bedingungen, die den Verstoß von reinen Rechtsfehlern abgrenzen. Hierbei hat der EuGH insbesondere für eine Verletzung des Art. 47 Abs. 2 GRC im Falle überlanger Verfahren weitere Kriterien entwickelt, wie z. B. die Komplexität des Rechtsstreits und das Verhalten der Parteien.⁴⁷

3. Kausaler Schaden

Der EuGH verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass zwischen dem rechtswidrigen Handeln eines Unionsorgans oder eines Unionsbediensteten und dem eingetretenen Schaden ein kausaler Zusammenhang besteht. Art. 340 Abs. 2 AEUV spricht hier ausdrücklich von einem »in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden«. Indes lässt sich bislang nicht feststellen, ob der EuGH einer bestimmten Kausalitätstheorie o. Ä. anhängt. Der EuGH hat diesbezüglich nur festgehalten, dass ein Schaden, der eine vollkommen entfernte Nebenfolge des Unionshandelns ist, nicht unter Art. 340 Abs. 2 AEUV fällt.⁴⁸

In seinem Urteil *Gascogne* hat der EuGH darauf hingewiesen, dass es im Rahmen der Schadenersatzklage Aufgabe des Gerichts ist, festzustellen, ob

44 EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 51 ff. – Köbler.

45 Ebenda, Rn. 55.

46 M. Ruffert, in: C. Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 340 AEUV, Rn. 23.

47 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 85 – Groupe Gascogne/Kommission.

48 EuGH v. 04.10.1979, verb. Rsen. 64 und 113/76, 167 und 239/78, 27, 28 und 45/79, ECLI:EU:C:1979:223, Slg. 1979, 3091, Rn. 21 – Dumortier Frères/Rat.

der Kläger materielle und immaterielle Schäden erlitten hat.⁴⁹ Der Begriff des Schadens wird in Art. 340 Abs. 2 AEUV ohnehin weit verstanden,⁵⁰ sodass der EuGH mit dieser Feststellung offenbar weitere Auseinandersetzungen vermeiden wollte. Die ersten Erfahrungen, die mit der außervertraglichen Haftung für überlange Gerichtsverfahren gesammelt wurden, sind allerdings ernüchternd. So weist *Georg M. Berrisch* darauf hin, dass in den Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit dem sog. Industriesäcke-Kartell letztlich sogar ein Verlust auf Klägerseite herausgekommen sein dürfte.⁵¹

4. Anspruchsgegner

a) Verbandshaftung der Union

Der außervertragliche Haftungsanspruch gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV richtet sich nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift gegen die Union (»ersetzt die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden«), nicht aber direkt gegen die Organe oder Bediensteten selbst. Die außervertragliche Haftung ist damit keine persönliche Haftung der Unionsbediensteten bzw. ihrer Organe. Weil der EuGH ein Organ der EU ist (Art. 13 Abs. 2 EUV), ist zunächst die Union auch in Fällen des judikativen Unrechts passivlegitimiert. Insoweit richtet sich der Schadenersatzanspruch gegen die EU als juristische Person mit Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV).

b) Keine persönliche Haftung oder Regress der EU-Richter

Eine weitere Frage ist, ob die Union die Möglichkeit hat, Regress bei ihren Bediensteten – und damit ggf. auch bei Richtern des EuGH – zu nehmen. Aus dem Umstand, dass (zumindest in einem ersten Schritt) eine persönliche Haftung des jeweiligen Unionsbediensteten nicht in Betracht kommt, folgt aus der Sicht des Unionsrechts auch, dass die Unabhängigkeit der Unionsgerichtsbarkeit, insbesondere die persönliche Unabhängigkeit des jeweiligen Richters bzw. Generalanwalts, durch einen solchen Anspruch nicht

49 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 90 – Groupe Gascogne/Kommission.

50 J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 37.

51 G. M. Berrisch, Schadenersatz für überlange Verfahrensdauer – erstmal nur ein Sturm im Wasserglas, EuZW 2017, S. 254 ff. (255).

beeinträchtigt werden kann, da insoweit die Union als juristische Person Anspruchsgegner ist.⁵²

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch Immunitätsregeln, die für Richter der Unionsgerichte gelten. So garantiert die Satzung des EuGH den Richtern in Art. 3 S. 1 *vollständige* Immunität; sie sind hiernach »keiner Gerichtsbarkeit unterworfen«. Dies gilt während ihrer Amtsführung und gem. Art. 3 S. 2 Satzung des EuGH auch nach Abschluss ihrer Amtstätigkeit für »hinsichtlich ihrer in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen, einschließlich ihrer mündlichen und schriftlichen Äußerungen«. Insofern geht die richterliche Immunität im Unionsrecht auch weiter als etwa die der Mitglieder des Europäischen Parlaments.⁵³

Die Immunität der Richter des EuGH (und der Generalanwälte) wird zudem in dem Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Gemeinschaften geschützt. Art. 3 Abs. 4 der Satzung enthält einen Verweis auf die Art. 11 bis 14 und Art. 17 dieses Protokolls. Hiernach finden die Vergünstigungen, die allgemein für EU-Beamte gelten, auch auf die Richter des EuGH Anwendung und runden die Vorschriften über die allgemeine Immunitätsregelung des Art. 3 EuGH-Satzung ab.

5. Zuständigkeit des Gerichts

Der EuGH hat in der Vergangenheit häufig betont, dass der Schadenersatzklage eine wichtige Funktion im Rechtsschutzsystem der EU zukommt.⁵⁴ Insofern wundert es nicht, dass er auch im Falle des judikativen Unrechts nicht so sehr auf seine Kompetenz als Rechtsmittelgericht setzt, sondern den Weg über die Schadenersatzklage, die bei dem Gericht selbst zu erheben ist, vorzieht.⁵⁵ Damit dürfte auch die mitunter gelebte Praxis des EuGH, Geldbußen wegen überlanger Verfahren zu reduzieren, an Bedeutung verlieren. Hiermit ist ein doppelter Effekt verbunden: Zum einen reduziert der EuGH potenziell seine Arbeitsbelastung, zum anderen ist das Gericht gezwungen, sich mit seinen eigenen Rechtsverstößen auseinanderzusetzen.

52 Schlussanträge des GA Léger, in EuGH v. 08.04.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207 – Köbler.

53 N. *Lavranos*, Die begrenzte Immunität der Mitglieder des Europäischen Parlaments, EuR 2004, S. 775 ff. EuGH v. 06.09.2011, Rs. C-163/10, ECLI:EU:C:2011:543, Slg. 2011, I-07565 – Aldo Patriciello; s. auch EuGH v. 30.03.2004, Rs. C-167/02 P, ECLI:EU:C:2004:193, Slg. 2004 I-03149 – Rothley and Others v Parliament.

54 S. z. B. EuGH v. 30.05.1989, Rs. 20/88, ECLI:EU:C:1989:221, Slg. 1989, 01553, Rn. 15 – Roquette frères.

55 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 82 – Groupe Gascogne/Kommission; zur Schadenersatzklage s. I. *Augsberg*, Die Schadenersatzklage, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 12.

III. Faktischer Ausschluss einer Haftung des EuGH?

Eine außervertragliche Haftung für judikatives Unrecht ist gegenwärtig (zumindest faktisch) auf qualifizierte Verstöße gegen das EU-Recht beschränkt, die vom Gericht verursacht werden. Zwar hatte der EuGH in der Vergangenheit schon mit Konstellationen zu tun, in denen Kläger eine außervertragliche Haftung zumindest mittelbar auf EuGH-Urteile gestützt haben und es am Rande um judikatives Unrecht ging.⁵⁶ Der EuGH hat aber stets eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob auch er selbst eine Haftung auslösen kann, vermieden. Eine, wenn auch dürftige, Erklärung für diesen Ansatz wird in den Schlussanträgen des GA zur Rs. *Köbler* geliefert (und zugleich angedeutet, dass sich diese Situation auch ändern könnte):

»Daraus kann man jedoch nicht schließen, dass die Haftungsregelung der Mitgliedstaaten und die der Gemeinschaft völlig miteinander übereinstimmen. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts kann die Haftung der Gemeinschaft nicht durch eine Entscheidung des Gerichtshofs ausgelöst werden, da er das höchste Gericht der Gemeinschaftsrechtsordnung darstellt. Etwas anderes würde zweifellos insbesondere dann gelten, wenn die Europäische Gemeinschaft oder die Europäische Union der EMRK beitreten und sich hinsichtlich des Schutzes der Grundrechte im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts der gerichtlichen Kontrolle des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte unterwerfen würde«⁵⁷.

Diese Äußerungen liegen eigenartig quer zu der sonst im unionalen Haftungsrecht geforderten Parallelität der Haftungsgrundsätze.⁵⁸ Die Begründung, dass der EuGH nicht haftet, weil er das höchste Gericht der Gemeinschaftsrechtsordnung ist, trägt jedenfalls nicht, denn im europäischen Rechtsraum sind nicht alle Höchstgerichte von einer Haftung ausgenommen, sodass es den behaupteten Rechtsgrundsatz nicht gibt. So ist z. B. das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit bereits mehrfach verklagt worden. Darüber hinaus wurde mit § 97a BVerfGG eine spezielle Entschädigungsregelung für überlange Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geschaffen. Insofern bleiben die Schlussanträge hier zumindest aus heutiger Perspektive eine überzeugende Begründung schuldig.

56 EuGH v. 30.05.1989, Rs. 20/88, ECLI:EU:C:1989:221, Slg. 1989, 01553, Rn. 20 – Roquette frères; s. auch Schlussanträge des GA Léger, in EuGH v. 08.04.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207 – Köbler.

57 Schlussanträge des GA Léger, in EuGH v. 08.04.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Rn 94 – Köbler.

58 EuGH v. 05.03.1996, verb. Rsen. C-46 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029, Rn. 42 – Brasserie de Pecheur/Factortame; EuGH v. 04.07.2000, Rs. C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, Slg. 2000, I-5291, Rn 41 – Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm; M. Böhm, in: R. Schulze/A. Jansen/S. Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 12, Rn. 3.

Interessant sind hier aber die Ausführungen zur EMRK, auch wenn ein Beitritt der EU zur EMRK nach dem letzten EMRK-Gutachten des EuGH momentan nicht wirklich auf der Tagesordnung der EU steht.⁵⁹ Jedenfalls ist mit den Ausführungen die »Letztentscheidungskompetenz« des EGMR angesprochen. Angesichts der Autonomie der unionalen Rechtsordnung und im Lichte der Rechtsprechung findet sich hier ein weiteres Argument aus der Sicht des EuGH, warum ein Beitritt zur EMRK offenbar gut überlegt sein will – er würde potenziell zu Haftungsrisiken führen.

C. Die Europäisierung der Haftung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt

Dem staatlichen Haftungsrecht wurde vom EuGH schon früh die Rolle zuerkannt, im Dienste des einzelnen Garanten eines einheitlichen und effektiven Vollzugs des Unionsrechts zu stehen.⁶⁰ Insofern verwundert es nicht, dass sich die für das allgemeine Verwaltungsrecht nach wie vor virulente Europäisierungsdiskussion auch schon früh auf das mitgliedstaatliche Staatshaftungsrecht erstreckte.⁶¹ Anfänglich zielte der Anspruch insbesondere darauf, Defizite des Vollzugs des Gemeinschaftsrechts auf Seiten der Mitgliedstaaten zu bekämpfen, wobei der exekutivische und legislative Vollzug im Vordergrund stand. Die Nichtumsetzung oder verspätete Umsetzung von Richtlinien darf bis heute als ein Hauptanwendungsfeld des Haftungsanspruchs gelten. Der EuGH hat den Anwendungsbereich dieses Anspruchs allerdings nicht nur auf exekutivische oder legislative Nicht- oder Fehlanwendung des Gemeinschaftsrechts beschränkt.

Insoweit wurde ab Mitte der 1990er Jahre erstmals auch eine Erstreckung des gemeinschaftlichen Staatshaftungsanspruchs für den Fall der Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen durch die mitgliedstaatlichen Gerichte diskutiert. Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Köbler* diesen – letzten Endes wenig überraschenden – Schritt unternommen, sodass sich seit diesem Urteil der Anwendungsbereich der gemeinschafts- (oder unions-)rechtlichen Haftung auf alle Staatsgewalten der Mitgliedstaaten erstreckt.⁶² Freilich ist es hier zu unterschiedlichen Ausformungen der konkreten Voraussetzun-

⁵⁹ EuGH v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, EU:C:2014:2454, Rn. 170 – EMRK II.

⁶⁰ EuGH v. 19.11.1991, verb. Rsn. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357 – Francovich.

⁶¹ S. dazu etwa F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 595 ff.; A. Thiele, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 40.

⁶² EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 31 f. – Köbler.

gen einer Haftung gekommen.⁶³ Diese Details sind schon deshalb von besonderer Bedeutung, weil es zunächst Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte ist, über einen unionalen Haftungsanspruch wegen judikativen Unrechts zu entscheiden.

I. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch als Grundlage

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben hierbei zunächst die Voraussetzungen des unionalen Staatshaftungsanspruchs zu prüfen, der bekanntlich voraussetzt, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Vorschrift des Unionsrechts vorliegt, die dem Einzelnen Rechte verleiht, und dass ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden besteht.⁶⁴ Hier kann es im Detail zu schwierigen Abgrenzungs- und Wertungsfragen kommen.

Der EuGH hat diese Schwierigkeiten antizipiert und in der *Köbler*-Entscheidung klare Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Gerichte formuliert. Dass er in seiner Begründung viele klassische Garantien, die die Dritte Gewalt schützen sollen (Rechtskraft, richterliche Unabhängigkeit, Autorität der Justiz), recht kurz behandelt, ist in erster Linie auf den traditionell schmallipigen Begründungsstil des EuGH zurückzuführen. Hält man sich aber vor Augen, dass in den Schlussanträgen des Generalanwalts alle Argumente sorgfältig aufgeführt sind und es zudem eine breite Debatte in der Wissenschaft gegeben hat, so konnte die Entscheidung am Ende nicht überraschen.

2. Anwendung auf mitgliedstaatliche Gerichte

a) Keine Beeinträchtigung der mitgliedstaatlichen Gerichte durch Haftung

Es ist interessant, dass es der EuGH in der *Köbler*-Entscheidung durchweg ablehnt, der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt eine wie auch immer geartete Sonderstellung einzuräumen. Er stützt sich hierbei auf das Argument der sog. »Landesblindheit«. Hiernach kommt es im Kontext des Unionsrechts nicht darauf an, ob die Legislative, die Exekutive oder die Judikative eines Staates

⁶³ Dazu eingehend F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2012, S. 605 ff.

⁶⁴ EuGH v. 05.03.1996, verb. Rsen. C-46 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029, Rn. 51 – Brasserie de Pecheur/Factortame.

eine rechtliche Verpflichtung verletzt. Vielmehr wird unabhängig davon jede Verletzung dem Mitgliedstaat zugerechnet.⁶⁵

Zudem ist nach Auffassung des EuGH eine Haftung der mitgliedstaatlichen Gerichte mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit (insbesondere der Rechtskraft) sowie der richterlichen Unabhängigkeit und Autorität zu vereinbaren.⁶⁶ Bezüglich der Rechtskraft führt der EuGH aus, dass einer Schadensersatzklage nicht derselbe Streitgegenstand zugrunde liege und auch nicht notwendig dieselben Parteien involviert seien. Zudem führe eine Haftung gerade nicht zu einer Aufhebung der rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen.⁶⁷ Die richterliche Unabhängigkeit sei schon deshalb nicht betroffen, weil es um eine Haftung des Mitgliedstaates gehe und nicht um eine persönliche Haftung des mitgliedstaatlichen Richters.⁶⁸ Schließlich geht der EuGH nicht davon aus, dass ein solcher Anspruch die Autorität der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt untergraben kann, sondern wendet dieses Argument einiger Mitgliedstaaten geradezu in sein Gegenteil. Das Bestehen eines Rechtsweges, so der EuGH, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung nachteiliger Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermögliche, könne auch als »Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden.«⁶⁹

b) Begrenzung auf letztinstanzliche Gerichte

Der EuGH stellt in dem *Köbler*-Urteil klar, dass sich der Anspruch nur auf Verletzungen des Unionsrechts durch letztinstanzliche Gerichte erstrecken kann, da eine rechtskräftige Entscheidung dieser Gerichte nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.⁷⁰ Gerade in dieser Situation komme aber dem Haftungsrecht eine besondere Rolle für den Schutz der Rechte des Einzelnen zu.

⁶⁵ EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 31 f. – Köbler.

⁶⁶ EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 37 ff. – Köbler. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der EuGH insbesondere den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit weiter ausgebaut; s. dazu insbesondere EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 44 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses; EuGH v. 25.07.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 63 – PPU; und EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 111 – CETA.

⁶⁷ EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 39 f. – Köbler.

⁶⁸ Ebenda, Rn. 42.

⁶⁹ Ebenda, Rn. 43.

⁷⁰ Ebenda, Rn. 34.

c) Anforderungen an den qualifizierten Rechtsverstoß

Der unionsrechtliche Haftungsanspruch setzt einen qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht voraus. Insoweit kann nicht jede gerichtliche Entscheidung, die etwa »am Rande« das Unionsrecht verletzt, eine Haftung auslösen, sondern nur gravierende Fälle. Der EuGH hat hierzu in der *Köbler*-Entscheidung unterschiedliche Fallgruppen entwickelt, die in der Praxis erhebliche Hürden verkörpern (dazu oben B.). Die Mitgliedstaaten haften nur, soweit ein Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat.⁷¹ Ob ein solcher Verstoß vorliegt, muss jeweils vom zuständigen Gericht festgestellt werden. In der *Köbler*-Entscheidung zeigt der EuGH allerdings die wesentlichen unionsrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe auf. Hiernach ist insbesondere

»das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 234 Abs. 3 EG durch das in Rede stehende Gericht«⁷²

ebenso von Bedeutung wie eine offenkundige Verkenntung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH.⁷³

Betrachtet man diese Kriterien genauer, wird deutlich, dass es dem EuGH in besonderer Weise um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts geht, denn die in der *Köbler*-Entscheidung angesprochenen Pflichten der mitgliedstaatlichen Gerichte (Vorlagepflicht, Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH) sind einer gerichtlichen Würdigung zugänglich. Ob dies dagegen auch für eine falsche Anwendung des Unionsrechts gilt, ist offen. Bislang scheuen sich die mitgliedstaatlichen Gerichte jedenfalls, solche Verstöße bei der Handhabung des Unionsrechts festzustellen. Es liegt zudem auf der Hand, dass Verletzungen von Justizgrundrechten (Stichwort: überlange Verfahren) eine besondere Bedeutung entfalten können, auch weil der EuGH hier Kriterien entwickelt hat, an denen sich die mitgliedstaatlichen Gerichte orientieren können.

71 Ebenda, Rn. 53.

72 Ebenda, Rn. 55.

73 Ebenda, Rn. 56.

II. Funktionen der Haftung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt

1. Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts

Der EuGH stützt die Erstreckung des unionalen Staatshaftungsanspruchs in einem ersten Schritt auf den *effet utile* des Unionsrechts: In Anbetracht der entscheidenden Rolle der Judikative beim Schutz der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht gewährten Rechtspositionen wäre die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gefährdet und der Schutz des Einzelnen gemindert, soweit Verletzungen entschädigungslos hingenommen werden müssten.⁷⁴ Dies stelle auch nicht die Rechtskraft der richterlichen Entscheidung infrage, denn es gehe im Haftungsprozess um andere Parteien und andere Klagegegenstände. Entsprechendes gelte für die richterliche Unabhängigkeit, die überhaupt nur im Falle einer persönlichen Haftung betroffen sein könne. Schließlich führe eine Haftung der Dritten Gewalt auch nicht zu einer Schmälerung ihrer Autorität. Vielmehr könne, wie bereits zitiert,

»das Bestehen eines Rechtswegs, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung der nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermöglicht, auch als Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden.«

Aufgrund dieser allgemeinen Erwägungen bejaht der EuGH die Möglichkeit eines Schadensersatzes für judikatives Unrecht unter drei Voraussetzungen: 1. Die verletzte Norm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, 2. der Verstoß gegen das Unionsrecht ist hinreichend qualifiziert, und 3. zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht eine kausale Beziehung. Von entscheidender Bedeutung ist bei diesen Kriterien insbesondere die Frage, wann ein Verstoß gegen das Unionsrecht hinreichend qualifiziert ist.

2. Die Rolle der Unionsgrundrechte

Die zunehmende »Subjektivierung« des unionalen Haftungsrechts spiegelt sich auch im unionalen Staatshaftungsanspruch wider.⁷⁵ Der EuGH betont in der *Köbler*-Entscheidung gleich mehrfach, dass es um den Schutz der Rechte des Einzelnen gehe, die ohne eine Haftung der Mitgliedstaaten nicht geschützt werden könnten, da bei letztinstanzlichen Urteilen anderer

⁷⁴ Ebenda, Rn. 56. Siehe dazu etwa M. Potacs, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465 ff.

⁷⁵ Dazu etwa N. Reich, Der Schutz subjektiver Gemeinschaftsrechte durch Staatshaftung, EuZW 1996, S. 709 ff.; B. Grzeszick, Subjektive Gemeinschaftsrechte als Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts, EuR 1998, S. 417 ff.; ders., Rechte und Ansprüche, 2002, S. 479 ff.

Rechtsschutz nicht zu erlangen sei.⁷⁶ Auch wenn diese Argumentation nicht vollkommen schlüssig ist – der Einzelne hätte zumindest theoretisch die Möglichkeit, den EGMR anzurufen –, so zeigt sie doch die grundrechtliche Dimension des Haftungsanspruchs auf.

3. Qualitätssicherung

Der EuGH betont schließlich auch, dass die Möglichkeit, einen Haftungsanspruch auch bei Verstößen gegen das EU-Recht geltend machen zu können, auch etwas über die »Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative« aussagt.⁷⁷ Die dahinterstehende Überlegung ist, dass die »nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung« für die mitgliedstaatlichen Justizsysteme mitunter eine Haftung geradezu einfordern können, um Reputationsschäden zu vermeiden bzw. das Ansehen der Justiz dauerhaft stabil zu halten. Ob diese Argumentation trägt, hängt allerdings davon ab, wie die Verantwortlichkeitsstrukturen in den mitgliedstaatlichen Justizsystemen insgesamt beschaffen sind (dazu § 11-15).

III. Nationale Privilegierungstatbestände im Lichte des Unionsrechts

Zwar hat der EuGH mit dem Urteil in der Rs. *Köbler* die Erstreckung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf Akte der Judikative im Grundsatz bejaht, die nähere Ausgestaltung hat er jedoch offengelassen. Dies betrifft insbesondere das Verhältnis nationaler Haftungsprivilegierungen zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, die allen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten zumindest im Grundsatz bekannt sind. Es liegt auf der Hand, dass die Grundsätze des *Köbler*-Urteils wenig bewirken können, soweit die Privilegierungstatbestände weiterhin Anwendung finden.

Mit dieser Konstellation hatte der EuGH in seinem *Traghetti*-Urteil zu tun.⁷⁸ In dem Verfahren ging es um einen italienischen Insolvenzverwalter, der mit der Liquidation eines italienischen Schifffahrtsunternehmens (TDM) betraut war. Der Verwalter hatte vor einem italienischen Gericht Schadenser-

76 EuGH v. 08.04.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30, 36 und 45 – Köbler.

77 Ebenda, Rn. 43.

78 EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – *Traghetti del Mediterraneo*; dazu etwa D. Tietjen, Die Bedeutung der deutschen Richterprivilegien im System des gemeinschaftlichen Staatshaftungsrechts – Das EuGH-Urteil »Traghetti del Mediterraneo«, EWS 2007, S. 2007, S. 15 ff.; J. P. Terhechte, Judicial Accountability and Public Liability – The German Judges Privilege and the Influence of European and International Law, GLJ 13 (2012), S. 313 ff.

satzklage gegen den italienischen Staat erhoben, weil die *Corte Suprema di Cassazione* in letzter Instanz unter Verletzung des Gemeinschaftsrechts eine wettbewerbsrechtliche Klage gegen einen Konkurrenten abgewiesen habe. Das italienische Recht schließt jedoch allgemein Schadensersatzansprüche wegen Rechtsverletzungen durch die Gerichte aus, so dass das mit der Schadensersatzklage befasste Gericht dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Ausschlusses mit dem Unionsrecht vorlegte. Zudem spielten in dem Verfahren die *Köbler*-Grundsätze einmal mehr eine große Rolle.

Der EuGH betont in seinem Urteil, dass sich die Haftungsfrage im Kontext der *Köbler*-Rechtsprechung zunächst nur auf Entscheidungen eines obersten Gerichts bezieht, gegen dessen Entscheidungen kein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Zudem unterstreicht er die besondere Verantwortung der rechtsprechenden Gewalt »*beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund gemeinschaftlicher Bestimmungen zustehenden Rechte*«⁷⁹. Schließlich stelle die Haftung letztlich eine Ausnahme dar, nämlich für den Fall, dass ein letztinstanzliches Gericht gegen das geltende Unionsrecht verstößt und dieser Verstoß offenkundig ist. Vor diesem Hintergrund stellt der EuGH dann klar,

»dass das Gemeinschaftsrecht nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die allgemein die Haftung des Mitgliedstaats für Schäden ausschließen, die dem Einzelnen durch einen einem letztinstanzlichen Gericht zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, wenn sich dieser Verstoß aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften oder einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung durch dieses Gericht ergibt. Das Gemeinschaftsrecht steht ferner nationalen Rechtsvorschriften entgegen, die diese Haftung auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzen, sofern diese Begrenzung dazu führt, dass die Haftung des betreffenden Mitgliedstaats in weiteren Fällen ausgeschlossen ist, in denen ein offenkundiger Verstoß gegen das anwendbare Recht i. S. der Rdnrn. 53 bis 56 des Urteils *Köbler* begangen wurde.«⁸⁰

Aus diesem Urteil, das dem *Köbler*-Urteil fast schon Gesetzescharakter zuspricht, ergibt sich auch eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 BGB. Soweit letztinstanzliche Gerichte (es müssen nicht unbedingt »Höchstgerichte« sein) zur Anwendung des Unionsrechts berufen sind und hierbei ein offenkundiger Verstoß gegen das Unionsrecht begangen wird, sind ggf. in einem sich anschließenden Amtshaftungsprozess Haftungsprivilegierungen aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts unanwendbar. Im Zusammenspiel mit dem *Köbler*-Urteil hat die Rechtsprechung des EuGH so zu

79 EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177, Rn. 31 – Traghetti del Mediterraneo.

80 Ebenda, Rn. 46.

einer Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 BGB geführt bzw. umgekehrt die Haftung der Dritten Gewalt damit ausgedehnt.⁸¹

Welche Rolle § 839 Abs. 2 BGB im Anwendungsbereich des Unionsrechts überhaupt noch spielen kann, ist offen: Zwar bezieht sich das Urteil zunächst nur auf letztinstanzliche Gerichte. Der EuGH lässt aber deutlich anklingen, dass auch unterinstanzliche Gerichte nationale Haftungsprivilegierungen unangewendet lassen müssen, soweit diese Privilegierungen die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen.⁸²

IV. Rechtskraft der mitgliedstaatlichen Entscheidungen als Grenze

Das »Richterspruchprivileg«, das u.a. die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen schützen soll, erfährt zudem eine indirekte Überformung durch das Unionsrecht, etwa indem das EU-Recht nationale Rechtskraftregelungen zumindest ein Stück weit zu relativieren in der Lage ist.⁸³ Der EuGH hat sich zum Verhältnis der jeweiligen nationalen Vorschriften wiederholt geäußert. So hat er im kontrovers diskutierten Fall *Lucchini*⁸⁴ die Durchbrechung der Rechtskraft eines Urteils befürwortet, weil ansonsten die Rückforderung einer unionsrechtswidrigen Beihilfe im Grundsatz ausgeschlossen gewesen

81 S. auch EuGH v. 24.11.2011, Rs. C-379/10, ECLI:EU:C:2011:775, Slg. 2011, I-180 – Kommission/Italien.

82 EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177, Rn. 36 – Traghetti del Mediterraneo: »Wie der Generalanwalt in Nr. 52 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, würde man den vom *Gerichtshof* im Urteil Köbler aufgestellten Grundsatz seines Inhalts berauben, wenn man unter derartigen Umständen jegliche Haftung des Staates ausschlösse, weil sich der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus einer Auslegung von Rechtsvorschriften durch ein Gericht ergibt. Dies gilt erst recht für letztinstanzliche Gerichte, die auf nationaler Ebene die einheitliche Auslegung der Rechtsvorschriften zu gewährleisten haben.«

83 Eingehend dazu A. Hatje, Die Rechtskraft im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Das EuGH-Verfahren in Steuersachen, 2000, S. 133 ff.; X. Groussot/T. Minssen, Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality, European Constitutional Law Review 3 (2007), S. 385 ff.; A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, EuR 2007, S. 654 ff.; C. F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 259 ff.; A. Tizzano/B. Gencarelli, Union Law and Final Decisions of National Courts in the Recent Case Law of the Court of Justice, in: A. Arnulf et al. (Hrsg.), A Constitutional Order of States?: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, 2011, S. 267 ff.; C. Voß, Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen »effet utile«, 2019; A. Turmo, Res Judicata in European Union Law, 2022, S. 45 ff.

84 EuGH v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, Rn. 63 – Lucchini: »Folglich ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer auf die Verankerung des Grundsatzes der Rechtskraft abzielenden Vorschrift des nationalen Rechts wie Art. 2909 des Codice civile entgegensteht, soweit ihre Anwendung die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährten staatlichen Beihilfe behindert, deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Kommission festgestellt worden ist.« Siehe auch EuGH v. 10.07.2014, Rs. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, Rn. 61 – Impresa Pizzarotti.

wäre. Diese Linie wurde in dem Urteil *Fallimento Olimpiclub* bestätigt. Hier hat er noch einmal unterstrichen, dass nationale Rechtskraftvorschriften die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts nicht behindern bzw. unmöglich machen dürfen.⁸⁵ Wenn aber – und dies hat für die Haftung der Dritten Gewalt einige Bedeutung – die Rechtskraft mitunter aus der Perspektive des Unionsrechts zu relativieren ist,⁸⁶ dann müssen auch Haftungsprivilegien, die – wie zumindest behauptet wird – u.a. dem Schutz der Rechtskraft dienen können,⁸⁷ mitunter in einem anderen Licht gesehen werden. Schließlich hat der EuGH in seinem Urteil *Klausner Holz* noch einmal seine Linie bekräftigt und nationale Rechtskraftvorschriften für den Fall für unanwendbar erklärt, dass sie die Effektivität des Unionsrechts beeinträchtigen.⁸⁸ Insgesamt zeigt sich hier, dass das EU-Recht nicht nur mitgliedstaatliche Vorschriften beeinflusst, die wie das Spruchrichterprivileg eine Haftung der Dritten ausschließen, sondern auch auf die Unanwendbarkeit von Rechtsprinzipien zielt, die hinter mitgliedstaatlichen Vorschriften stehen, die einen Haftungsausschluss der Dritten Gewalt bewirken können.

Auch wenn die konsequente Haltung des EuGH in dieser Frage viele Beobachter überrascht hat, so ist doch festzustellen, dass der EuGH hier letztlich nur eine Rechtsprechungslinie, die ursprünglich entwickelt wurde, um die effektive und gleichförmige Integration der mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden in den europäischen Verwaltungsverbund sicherzustellen, auch auf die mitgliedstaatliche Judikative übertragen hat. Insoweit baut die Sicherung des einheitlichen Vollzugs des Unionsrechts auf einheitlichen Prinzipien auf.⁸⁹

D. Haftung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt gem. Art. 82 DS-GVO

Eine Haftung der mitgliedstaatlichen staatlichen Gewalt kann, wenn auch sektoriell begrenzt, im sekundären Unionsrecht verankert werden. Allerdings spielte dieser Ansatz lange Zeit keine Rolle. Zwar hatte z. B. schon das GöD

⁸⁵ EuGH v. 03.09.2011, Rs. C-2/08, ECLI:EU:C:2009:506, Slg. 2009, I-07501 – *Fallimento Olimpiclub*.

⁸⁶ EuGH v. 18.07.2007, Rs. C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 – *Lucchini*; EuGH v. 10.07.2014, Rs. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067 – *Impresa Pizzarotti*; EuGH v. 11.11.2015, Rs. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – *Klausner Holz*.

⁸⁷ Dazu am Beispiel des § 839 Abs. 2 BGB s. § 8 B. III.

⁸⁸ EuGH v. 11.11.2015, Rs. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 – *Klausner Holz*; dazu C. Voß, Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen »effet utile«, 2019, S. 19 ff.

⁸⁹ A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, EuR 2007, S. 654 ff.

einen richterrechtlichen Haftungsanspruch der Gemeinschaft auf der Grundlage des Art. 90 Beamtenstatut entwickelt und damit eine spezifische Form der Haftungsverantwortlichkeit jenseits des heutigen Art. 340 Abs. 2 AEUV etabliert.⁹⁰ Dieser Anspruch ist aber auf die mitgliedstaatliche Dritte Gewalt nicht anwendbar. Diese Ausgangssituation hat sich mit dem Inkrafttreten der auf Art. 16 Abs. 2 AEUV basierenden DS-GVO geändert.⁹¹ Die DS-GVO enthält mit Art. 82 eine Haftungsgrundlage, die unter bestimmten Voraussetzungen auch bei Verstößen gegen die DS-GVO durch die mitgliedstaatlichen Gerichte anwendbar ist (dazu sogleich II.).⁹² Angesichts der Bedeutung, die die DS-GVO einem »*private enforcement*« zubilligt, darf ihre Durchsetzung im Wege von Schadenersatzklagen momentan als eines der umstrittensten Themen im nationalen und europäischen Datenschutzrecht überhaupt gelten,⁹³ das insbesondere auch die mitgliedstaatliche Dritte Gewalt unmittelbar betrifft.

- 90 EuG v. 16.09.1998, Rs. T-234/97, ECLI:EU:T:1998:220, Slg. 1998, II-01533, Rn. 71 – Rasmussen: »Selon une jurisprudence constante, l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Commission suppose la réunion d'un ensemble de conditions constituées par l'illégalité du comportement reproché à l'organe communautaire, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement et le préjudice invoqué«; s. auch GÖD v. 09.12.2008, Rs. F-52/05, Slg. ÖD 2008, S. FP-I-A-1-00409, Rn. 234 – Q/Kommission; EuG v. 06.03.2001, Rs. T-77/99, ECLI:EU:T:2001:71, Slg. FP-II-00293 – Ojha; zum Ganzen auch O. Mader, Der Anspruch auf Entschädigung ex aequo et bono im EU-Dienstrecht – Schadenersatz für EU-Bedienstete nach billigem Ermessen, EuR 2012, S. 355; D. Rogalla, Dienstrecht der Europäischen Gemeinschaften, 1992, S. 223 f. m. w. Nachw.
- 91 VO (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. (EU) Nr. L 119/1 v. 4.5.2016; eingehend zu Art. 16 Abs. 2 AEUV J. Kühling, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 16 AEUV, Rn. 19 ff.; zur DS-GVO s. nur J. Kühling/M. Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, S. 448 ff.; O. Lynskey, The Foundations of EU Data Protection Law, 2016.
- 92 Dagegen ist der EuGH an die sog. EU-Organ-Datenschutz-VO gebunden (VO (EU) Nr. 2018/1725 v. 23.12.2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, ABl. 2018 L 295/39). Die EU-Organ-Datenschutz-VO sieht zwar vor, dass der EuGH im Rahmen seiner »justiziellen Tätigkeit« nicht der Aufsichtskompetenz des EU-Datenschutzbeauftragten unterliegt (Erwägungsgrund Nr. 74 VO (EU) Nr. 2018/1725). Eine allgemeine Ausnahme von der Haftung gem. Art. 65 VO (EU) Nr. 2018/1725 kennt die EU-Organ-Datenschutz-VO – ähnlich wie die DS-GVO – allerdings nicht. Praktisch relevant geworden ist diese Haftungskonstellation aber soweit ersichtlich bislang nicht.
- 93 C. Aliprandi, Datenschutzrechtlicher Schadenersatz gem. Art. 82 DS-GVO, 2023; T. Mertens, Accountability im europäischen Datenschutzrecht, 2023, S. 445 ff.; s. auch K. Schürmann/J. O. Baier, in: H. Auernhammer u.a. (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 82 DSGVO Rn. 16 ff.; F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 2 ff.; T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 7 ff.; B. Buchner/M. Wessels, Art. 82 DS-GVO – scharfes Schwert oder zahnlöser Tiger?, ZD 2022, S. 251 ff.; J. Kohn, Der Schadenersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2019, S. 498 ff.; B. Paal, Schadenersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, MMR 2020, S. 14 ff.

I. Umfassende Regelung zur Sicherung der datenschutzrechtlichen *accountability*

Die DS-GVO dient insbesondere dazu, den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten (Art. 1 DS-GVO).⁹⁴ Um dieses Ziel zu erreichen, enthält die DS-GVO eine Reihe von Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 DS-GVO), wobei gem. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO der Verantwortliche für die Einhaltung dieser Grundsätze zuständig ist und deren Einhaltung nachweisen können muss. Diese im Deutschen »Rechenschaftspflicht«, im Englischen »*accountability*« sicherzustellen, ist eine wichtige Aufgabe des Haftungsanspruchs gem. Art. 82 DS-GVO.⁹⁵ Hier zeigt sich, dass das europäische Datenschutzrecht die Frage der Verantwortlichkeit mit der Haftung verknüpft.⁹⁶

II. Anwendungsbereich der DS-GVO

Die Verpflichtungen und Grundsätze der DS-GVO finden prinzipiell auch auf die Tätigkeiten der Dritten Gewalt Anwendung.⁹⁷ Dies wird schon in den Erwägungsgründen der DS-GVO ausdrücklich klargestellt:

»Diese Verordnung gilt zwar unter anderem für die Tätigkeiten der Gerichte und anderer Justizbehörden, doch könnte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt werden, wie die Verarbeitungsvorgänge und Verarbeitungsverfahren bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte und andere Justizbehörden im Einzelnen auszusehen haben.«⁹⁸

Aus dieser Passage ergibt sich, dass zwar auch im Rahmen der DS-GVO auf die Besonderheiten der Dritten Gewalt Rücksicht genommen werden kann. Solange aber weder die EU selbst noch die Mitgliedstaaten spezielle Regelungen erlassen, findet die DS-GVO weitgehend Anwendung (s. aber § 55 Abs. 3 DS-GVO). Neue bzw. eigenständige Regelungen für Gerichte und andere Justizbehörden sollen sich zudem nur auf die »Verarbeitungsvorgänge und Verarbeitungsverfahren« beziehen, dagegen ist von den entsprechenden Haftungsregelungen zunächst keine Rede.⁹⁹ Hier verbliebe es bei einer Anwend-

94 K. von Lewinski, in: H. Auernhammer u.a. (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 1 DSGVO Rn. 3 ff.

95 Eingehend oben § 2 C. III. 5. m. w. Nachw.

96 Dazu etwa T. Mertens, *Accountability im europäischen Datenschutzrecht*, 2023, S. 445 ff.

97 Eingehend dazu A. Wiebe/M. Eichfeld, *Spannungsverhältnis Datenschutz und Justiz*, NJW 2019, S. 2734 ff. (2734 f.).

98 Erwägungsgrund Nr. 20 VO (EU) 2016/679 (DS-GVO).

99 A. Wiebe/M. Eichfeld, *Spannungsverhältnis Datenschutz und Justiz*, NJW 2019, S. 2734 ff. (2734 f.); a. A. offenbar J. Kühling/M. Martini, *Die Datenschutzgrundverordnung und das nationale Recht: Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf*, 2016, S. 20: »Die Datenverarbeitung der Jus-

barkeit selbst für den Fall, dass die Mitgliedstaaten nationale Datenschutzregelungen für die Justiz verabschieden würden.

Allerdings gilt die DS-GVO nicht pauschal für alle Gerichte bzw. alle gerichtlichen Tätigkeiten. So findet sie gem. Art 2. lit. d) DS-GVO keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung. Hieraus wird geschlossen, dass zumindest die »strafrechtliche Justiztätigkeit« sowie die »verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Sicherheitsbehörden« pauschal nicht in den Anwendungsbereich fällt.¹⁰⁰ Hier besteht allerdings gem. Art. 56 JI-RL i. V. m. § 83 BDSG eine eigenständige Haftungsgrundlage.¹⁰¹

Im Rahmen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist die DS-GVO dagegen voll anwendbar. Hierbei ist aber zu beachten, dass eine Haftung nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO grundsätzlich abdingbar ist, soweit das mitgliedstaatliche Recht dies unter Beachtung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips zulässt.¹⁰²

III. Haftung gem. Art. 82 DS-GVO

1. Voraussetzungen der Haftung

Gem. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO hat jede Person, der wegen Verstoßes gegen die DS-GVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragverarbeiter.¹⁰³ Die entscheidende Frage lautet hier, ob auch Gerichte »Verantwortliche« im Sinne des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO sein können. »Verantwortlicher« ist gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO »die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet (...)«. Insoweit spricht nichts dagegen Gerichte – soweit keine Ausnahmen greifen – als »Einrichtung oder andere Stelle« und

tiz unterliegt folglich nicht den materiellen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung, wenn die Mitgliedstaaten von dieser Regelungsfreiheit Gebrauch machen.«.

100 Dazu K. von Lewinski, in: H. Auernhammer u.a. (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 55 DSGVO Rn. 9.

101 Zu der JI-RL s. Fn. 107; s. auch T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 1.

102 F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 57 ff.

103 Eingehend zu den Voraussetzungen des Art. 82 DS-GVO C. Aliprandi, Datenschutzrechtlicher Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO, 2023, S. 147 ff.

damit als Verantwortliche im Sinne des § 4 Nr. 7 DS-GVO anzusehen. Soweit also Gerichte im Rahmen der Verarbeitung personenbezogener Daten Schäden verursachen – hier geht es letztlich um alle denkbaren Verstöße gegen das materielle Datenschutzrecht¹⁰⁴ –, kann Art. 82 Abs. 1 DS-GVO greifen. Weil Art. 82 Abs. 1 DS-GVO zumindest ausdrücklich kein Verschulden voraussetzt,¹⁰⁵ dürfte er im – begrenzten – Bereich des Datenschutzrechts eine Alternative zu Ansprüchen aus Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 GG darstellen. Beide Ansprüche können allerdings auch parallel verfolgt werden, weil Art. 82 DS-GVO keine Ansprüche auf Grundlage des mitgliedstaatlichen Rechts verdrängt.¹⁰⁶

2. Begrenzungen der Haftung für die Dritte Gewalt?

Die DS-GVO kennt keine pauschale Bereichsausnahme zugunsten der Dritten Gewalt, sondern lediglich eine Ausnahme für die Strafjustiz (s. o.), was mit der JI-RL zusammenhängt.¹⁰⁷ Eine andere Frage ist dagegen, welche weiteren Aspekte der Rechtsdurchsetzung im Rahmen des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO zu einer Begrenzung des Anspruchs führen können. Soweit etwa ein Mitverschulden (§ 254 BGB) vorliegt, richtet sich seine Berücksichtigung durch das zuständige Gericht zunächst nach dem mitgliedstaatlichen Recht.¹⁰⁸ Dagegen ist nicht ersichtlich, dass etwa das Spruchrichterprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB oder das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen des Art. 82 DS-GVO angewendet werden können, weil es sich hierbei – trotz der zu beobachtenden »mitwandernden Tendenzen« – nicht um einen allgemeinen Grundsatz des deutschen Schadensersatzrechts handelt, sondern um eine spezielle Teilregelung im Rahmen der eigenständigen Anspruchsgrundlage des § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG.

104 T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 3.

105 Ob Art. 82 Abs. 1 DS-GVO eine »Verschuldenshaftung mit vermuteten Verschulden« oder eine »Gefährdungshaftung mit Exkulpationsmöglichkeit« verkörpert, ist umstritten, s. dazu F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 44 f.; T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 9. Dies hängt insbesondere mit der Einordnung des Art. 82 Abs. 3 DS-GVO zusammen, wonach der Verantwortliche von der Haftung befreit wird, wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.

106 T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 22 f.

107 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. L 119/89 vom 4.5. 2016.

108 F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 39; T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 17.

3. Anspruchsinhalt

Kaum eine Frage ist im Datenschutzrecht so umstritten wie die Frage nach dem Anspruchsinhalt des Art. 82 DS-GVO. Abs. 1 bestimmt ausdrücklich, dass der materielle und immaterielle Schaden zu ersetzen ist, der durch den Verstoß gegen das materielle Datenschutzrecht verursacht wird.¹⁰⁹ In welchem Umfang aber Ersatz zu leisten ist und welche Funktion der Ersatz neben der reinen Kompensation von Schäden erfüllt, ist inzwischen Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen¹¹⁰ und hat jüngst auch zum ersten Mal den EuGH beschäftigt.¹¹¹ Die hiermit verbundenen Fragen stehen stellvertretend für die Diskussion, ob die Durchsetzung der DS-GVO auch eine präventive oder gar pönale Dimension aufweist. Hierbei ist zu beachten, dass schon die Verpflichtung, immaterielle Schäden zu ersetzen, eine Verschärfung der Haftung im Vergleich zur früheren Rechtslage bedeutet.¹¹² Dreh- und Angelpunkt der Diskussion ist damit insbesondere die Frage, wie dieser immaterielle Schaden zu bemessen ist. Diese Diskussion zeigt, dass »sektorielle Haftungsinstitute« neuen Haftungsfunktionen verpflichtet sein können, die auch die Dritte Gewalt betreffen können.

4. Anspruchsgegner

Der Haftungsanspruch gem. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO richtet sich gegen den »Verantwortlichen«.¹¹³ Dies sind gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO u. a. die Einrichtungen oder andere Stellen, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheiden. Dass Gerichte »Einrichtungen oder andere Stellen« im Sinne der DSGVO sein können, dürfte unproblematisch sein, auch weil der Begriff des »Verantwortlichen« weit auszulegen ist und es nicht darauf ankommt, ob die entsprechende »Einrichtung oder Stelle« öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasst ist (vgl. insoweit § 2 Abs. 1 und Abs. 2 BDSG, die ausdrücklich festlegen, dass »öffentliche Stellen« auch Organe der Rechtspflege des Bundes und der Länder sein können). Darüber hinaus können auch private Schiedsgerichte bzw. Schiedsorganisationen unproblematisch »Einrichtungen oder Stellen« im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO darstellen. Dagegen

109 T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 4.

110 S. § 2 C. IV. 5.

111 EuGH v. 04.05.2023, Rs. C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 – Österreichische Post.

112 T. Becker, in: K.-U. Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 82 DSGVO, Rn. 7.

113 Dazu F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 18 ff.

sind einzelne Richter, selbst wenn sie allein über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheiden, keine »Verantwortlichen« im Sinne des Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, weil insoweit auch keine Mitarbeiter eines Verantwortlichen haften.¹¹⁴

5. Zuständigkeit der vertragsmitgliedstaatlichen Gerichte

Für die Schadensersatzklagen gem. Art. 82 Abs. 6 DS-GVO sind die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte zuständig. Hierbei bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach Art. 79 Abs. 2 DS-GVO. Hier kann die Klage vor einem Gericht in dem Mitgliedstaat erhoben werden, in dem der Beklagte seine Niederlassung hat (Art. 79 Abs. 2 S. 1 DS-GVO). Das Wahlrecht des Klägers gem. Art. 79 Abs. 2 S. 2 DS-GVO entfällt zwar nach dem Wortlaut der DS-GVO nur, soweit es um Klagen gegen eine »Behörde« geht, weil die Bestimmung aber im Kern auf die hoheitliche Tätigkeit abstellt, ist sie auf Gerichte entsprechend anzuwenden. Haftungsklagen gegen deutsche Gerichte sind deshalb stets vor deutschen Gerichten geltend zu machen. Zuständig ist jeweils die ordentliche Gerichtsbarkeit, wobei sich die Details aus dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht ergeben.

IV. Haftung im Kontext der weiteren Instrumente zur Durchsetzung der DS-GVO

Dass die Haftung gem. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO zumindest potentiell eine hohe Bedeutung für die Sicherung der datenschutzrechtlichen *accountability* der mitgliedstaatlichen Gerichte hat, hängt auch damit zusammen, dass andere Durchsetzungsmechanismen der DS-GVO nicht auf die Tätigkeit von Gerichten anwendbar sind. So sind die Aufsichtsbehörden gem. Art. 55 Abs. 3 DS-GVO nicht für die Aufsicht über die von Gerichten im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit vorgenommenen Verarbeitungen ausdrücklich zuständig. Dieser Ansatz wird auch in Erwägungsgrund Nr. 20 zur DS-GVO angesprochen, wo es heißt:

»Damit die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung unangetastet bleibt, sollten die Aufsichtsbehörden nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit zuständig sein.«¹¹⁵

114 Dazu F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 20.

115 Erwägungsgrund Nr. 20 VO (EU) 2016/679 (DG-GVO).

Zu beachten ist allerdings, dass es nur um die »gerichtlichen Aufgaben einschließlich (...) Beschlussfassung« geht und damit um den Kernbereich der spruchrichterlichen Tätigkeit. Dagegen unterfallen »Justizverwaltungsangelegenheiten«, die nicht zu diesem Kernbereich gehören, der Aufsicht durch die zuständigen Behörden.¹¹⁶ Dies gilt auch für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die private Schiedsgerichtsbarkeit.

V. Ausblick

Insgesamt verkörpert der Haftungsanspruch gem. Art. 82 Abs. 1 DS-GVO damit das entscheidende Instrument, um die datenschutzrechtliche *accountability* der Dritten Gewalt zu gewährleisten und die Ziele der DS-GVO (vgl. Art. 1) zu erreichen. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass in absehbarer Zeit spezielle Mechanismen für eine »datenschutzrechtliche Justizaufsicht« entwickelt werden, konkrete Vorschläge existieren aber nicht.¹¹⁷ Dass die Vorschrift bislang in Bezug auf die Dritte Gewalt kaum eine Rolle spielte, ist angesichts des Umstandes, dass die Haftungsverantwortlichkeit im Rahmen des Datenschutzrechts insgesamt kaum eine Bedeutung hatte, nicht überraschend.¹¹⁸ Hier deutet sich aber in jüngerer Zeit insgesamt eine Trendwende an, sodass auch nicht auszuschließen ist, dass die Haftung der Dritten Gewalt für Verstöße gegen das materielle Datenschutzrecht durchaus praktische Relevanz gewinnen könnte.

E. Die Haftung der Dritten Gewalt im System des EPGÜ

I. Allgemeines

Das EPGÜ (dazu § 6 D.) enthält ein eigenständiges und innovatives Haftungsregime, das u. a. eine außervertragliche Haftung des Einheitlichen Patentgerichts und seines Personals (Art. 5 Abs. 2 EPGÜ) sowie eine Haftung der sog. Vertragsmitgliedschaften im Falle von Verstößen gegen unionsrecht-

116 F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 12.

117 In den Erwägungsgründen zur DS-GVO wird ausdrücklich angeregt, entsprechende Regelungen zur erarbeiten, s. Erwägungsgrund Nr. 20: »Mit der Aufsicht über diese Datenverarbeitungsvorgänge sollten besondere Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats betraut werden können, die insbesondere die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung sicherstellen, Richter und Staatsanwälte besser für ihre Pflichten aus dieser Verordnung sensibilisieren und Beschwerden in Bezug auf derartige Datenverarbeitungsvorgänge bearbeiten sollten.«

118 Zum alten Rechtslage ebenso F. Moos/J. Schefzig, in: J. Taeger/D. Gabel (Hrsg.), DSGVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 82 DSGVO, Rn. 9.

liche Verpflichtungen (Art. 22 Abs. 1 EPGÜ) vorsieht. Diese Haftungsregelungen wurden in das EPGÜ eingefügt, um die Vereinbarkeit der Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts mit dem Unionsrechts sicherzustellen.¹¹⁹ Schon diese Entwicklung ist bemerkenswert, denn sie zeigt, dass das EU-Recht klare Anforderungen für den Fall formuliert, dass die Mitgliedstaaten außerhalb des eigentlichen Rechtsrahmens des EU-Rechts eigenständige Gerichte mit Entscheidungsbefugnissen errichten, die auch das EU-Recht betreffen können. Zu diesen Anforderungen gehören nunmehr auch Regelungen über die Haftung.

Art. 1 S. 2 EPGÜ unterstreicht, dass das EPG als »gemeinsames Gericht der Vertragsmitgliedstaaten (...) denselben Verpflichtungen nach dem Unionsrecht (unterliegt) wie jedes nationale Gericht der Vertragsmitgliedstaaten.« Darüber hinaus wendet das EPG gem. Art. 20 EPGÜ »das Unionsrecht in vollem Umfang an und achtet seinen Vorrang.« Schon aufgrund dieser Bestimmungen mussten Regelungen für den Fall in das EPGÜ aufgenommen werden, dass das EPG aufgrund von Verstößen gegen das EU-Recht Schäden verursacht. Weil das EPG eine eigenständige Rechtspersönlichkeit besitzt (Art. 4 Abs. 1 EPGÜ), war es darüber hinaus auch notwendig, Regelungen in das EPGÜ aufzunehmen, die eine außervertragliche Haftung jenseits der genuin unionsrechtlichen Verpflichtungen des EPG zum Gegenstand haben.

Folgerichtig unterscheidet das EPGÜ streng (vgl. Art. 5 Abs. 3 EPGÜ) zwischen der (»allgemeinen«) außervertraglichen Haftung des EPG gem. Art. 5 Abs. 2 EPGÜ und der gesamtschuldnerischen Haftung der Vertragsmitgliedstaaten gem. Art. 22 Abs. 1 EPGÜ für Schäden des Berufungsgerichts, die durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht entstanden sind. Insbesondere Art. 22 Abs. 1 EPGÜ sichert die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der sog. Vertragsmitgliedstaaten für den Fall, dass das EPG EU-Recht nicht oder falsch anwendet und zugleich gegen seine Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV verstößt.¹²⁰

119 Eingehend dazu § 6 D. I.; zur Errichtung des EPG s. auch C. Blanke-Roeser, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, JZ 2023, S. 219 ff.; A. Hüttemann, in: ders. (Hrsg.), Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 273 ff.; W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Einleitung, Rn. 105 ff.

120 Hier ist mitunter von einem »Doppelverstoß« die Rede, s. W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 2. Tatsächlich müssen aber alle Voraussetzungen, die der EuGH für einen qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht formuliert, vorliegen (dazu eingehend oben § 9 E. II. und III.); s. dazu auch J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 50.

II. Außervertragliche Haftung gem. Art. 5 Abs. 2 EPGÜ

1. Voraussetzungen

Gem. Art. 5 Abs. 2 S. 1 EPGÜ richtet sich die außervertragliche Haftung des EPG für durch das Gericht¹²¹ oder sein Personal in Ausübung seiner Amtstätigkeit verursachte Schäden nach dem Recht des Vertragsmitgliedstaats, in dem der Schaden eingetreten ist. Art. 5 Abs. 2 S. 1 EPGÜ stellt hierbei auf den Handlungs- und Erfolgsort ab.¹²² Insoweit ist ein Haftungsanspruch z. B. auf § 839 Abs. 1 BGB (bzw. weitere staatshaftungsrechtliche Ansprüche) zu stützen oder aber auf andere privatrechtliche Haftungsgrundlagen (§ 823 Abs. 1 BGB), soweit der Handlungs- oder Erfolgsort in Deutschland liegt. Art. 5 Abs. 2 EPGÜ enthält keine weiteren Einschränkungen, so dass vertragsstaatliche Einschränkungen der Haftung (etwa § 839 Abs. 2 BGB) zunächst anwendbar sind.

Die praktische Relevanz dieser Haftungsregelung wird bislang als gering veranschlagt. So werden als fiktive Beispiele für eine Haftung nach Art. 5 Abs. 2 EPGÜ lediglich »Äußerungsdelikte«, insbesondere »im Fall von wegen Dienstpflichtverletzungen entlassenen Richtern (Art. 10 Satzung EPG)« genannt.¹²³ Tatsächlich dürfte der Anwendungsbereich der Norm aber deutlich breiter sein, z. B. auch für Fälle überlanger Verfahren. Dies ist schon deshalb folgerichtig, weil Art. 5 Abs. 2 EPGÜ sich allgemein auf die »Ausübung der Amtstätigkeit« des EPG und seines Personals bezieht, so dass sämtliche Facetten der Amtsausübung in das »haftungsrechtliche Blickfeld« geraten können. Nur soweit eine Verletzung des EU-Rechts in Frage steht, gehen die besonderen Bestimmungen in Art. 22 f. EPGÜ vor. Darüber hinaus spielen die entsprechenden Immunitätsregelungen eine wichtige Rolle (Art. 8 Satzung EPG).

2. Anspruchsinhalt

Der Anspruchsinhalt einer außervertraglichen Haftung gem. Art. 5 Abs. 2 EPGÜ richtet sich entsprechend der Regelungssystematik nach dem jeweils anwendbaren Recht des Vertragsstaates, in dem der Haftungsanspruch gel-

121 Das Gericht besteht gem. Art 6 Abs. 1 EPGÜ aus dem Gericht erster Instanz, einem Berufungsgericht sowie einer Kanzlei, wobei das Gericht erster Instanz aus einer Zentralkammer sowie Lokalkammern und Regionalkammern (Art. 7 Abs. 1 EPGÜ) besteht; eingehend zum Aufbau des EPG A. Hüttermann, in: ders. (Hrsg.), Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 343 ff.

122 W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 5 EPGÜ, Rn. 7.

123 Ebenda, Rn. 6.

tend gemacht wird. Insoweit wäre in Deutschland etwa auf der Grundlage des § 839 Abs. 1 BGB (oder § 823 Abs. 1 BGB) Schadensersatz zu leisten, während im Falle von Entschädigungsansprüchen eine Entschädigung zu leisten ist. Angesichts des Umstandes, dass eine eher restriktive Handhabung von Haftungsansprüchen, die auf Handeln der Dritten Gewalt gerichtet sind, den Rechtsordnungen der Vertragsmitgliedstaaten gemein ist, sind große Abweichungen – und damit Anreize für ein sog. »forum shopping« – nicht zu erwarten (zum *forum* sogleich 3.).

3. Zuständiges Gericht für den Haftungsanspruch (Art. 5 Abs. 3 EPGÜ)

Das EPGÜ sieht schließlich vor, dass der außervertragliche Haftungsanspruch gem. Art. 5 Abs. 2 EPGÜ »*bei einem Gericht des Vertragsmitgliedstaats, in dem der Schaden eingetreten ist*«, geltend zu machen ist. Diese Bestimmung mag aus der Perspektive des Kollisionsrechts keine Besonderheit verkörpern.¹²⁴ Bedenkt man aber, dass das jeweilige vertragsstaatliche Gericht über Haftungsansprüche entscheidet, die durch ein supranationales Gericht verursachte Schäden zum Gegenstand haben, so wird die Brisanz der Bestimmung deutlicher.

III. Haftung der Vertragsstaaten für Verstöße des EPG gegen das EU-Recht

1. Unionsrechtliche Anforderungen an das EPG

Die komplexe Struktur des EPGÜ und insbesondere seine Verflechtung mit der Unionsrechtsordnung sind nur zu verstehen, wenn man sich seine wechselvolle Entstehungsgeschichte vor Augen führt (dazu § 6 D.). Hierbei war immer wieder das Verhältnis eines zum Teil aus der Unionsrechtsordnung ausgelagerten Patentsystems mit eigenständiger Gerichtsbarkeit, das gleichwohl ausschließlich von Mitgliedstaaten der EU getragen wird, zum Unionsrecht problematisch.¹²⁵ Schon deshalb enthält das EPGÜ eine Reihe von Vorschriften, welche die mit dieser Ausgangsposition verbundenen Probleme abfedern sollen und diese Aufgabe – bislang – auch erfüllen.¹²⁶

Der EuGH sieht das Haftungsrecht – wie bereits erwähnt – als einen Pfeiler des umfassenden Rechtsschutzsystems der EU, sodass aus der Verkoppe-

¹²⁴ Zum Gerichtsstand in Deutschland s. §§ 12, 32 ZPO.

¹²⁵ Dazu EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 79-89 – Europäisches Patentgericht.

¹²⁶ W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 2.

lung des »Einheitspatentsystems« mit der unionalen Rechtsordnung nicht nur folgt, dass die Kooperation zwischen nationalen Gerichten, EPG und EuGH einer Normierung bedarf; auch die haftungsrechtlichen Konsequenzen, soweit es in diesem Zusammenspiel zu Verfahrensfehlern oder einer falschen Anwendung des materiellen Unionsrechts kommt und hierdurch ein Schaden verursacht wird, waren zu regeln.¹²⁷ Insoweit ist das EPG nicht nur gem. Art. 20 EPGÜ an das Unionsrecht gebunden (s. o.), sondern diese Bindung wird sowohl prozedural (durch die Integration des EPG in das Vorlage-system gem. Art. 21 EPGÜ¹²⁸) als auch haftungsrechtlich (durch Art. 22 EPGÜ) »scharfgestellt«.

2. Voraussetzungen

Art. 22 Abs. 1 EPGÜ sieht vor, dass die Vertragsmitgliedstaaten gesamtschuldnerisch für Schäden haften, die durch einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen das Unionsrecht entstanden sind. Maßstab ist insoweit das »Unionsrecht über die außervertragliche Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, die durch Verstöße nationaler Gerichte gegen das Unionsrecht entstanden sind«. Mit dieser Bestimmung soll in erster Linie sichergestellt werden, dass das EPG seiner Vorlagepflicht an den EuGH (Art. 21 EPGÜ) nachkommt bzw., dass eine Missachtung einer bestehenden Vorlageverpflichtung die entsprechenden unionsrechtlichen Reaktionen nach sich zieht.¹²⁹

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Art. 22 Abs. 1 EPGÜ sind die Voraussetzungen für eine Haftung vollständig an den vom EuGH entwickelten Kriterien für einen qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht auszurichten.¹³⁰ Ob diese Parallelität dazu führt, dass der Haftungsanspruch aufgrund der sehr restriktiven Tendenz des EuGH (etwa durch seine sehr hohen Anforderungen an die »qualifizierte Rechtsverletzung«) praktisch leerläuft, ist zwar nicht auszuschließen,¹³¹ gleichwohl ist das Bemerkenswerte an Art. 22 Abs. 1 EPGÜ nicht, dass die Bestimmung einen konkreten Anspruch vermittelt, sondern dass sie zusammen mit der präzisen Festlegung der unionsrechtlich vermittelten Pflichten des EPG überhaupt erst die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem Unionsrecht sicherstellt.

127 S. nur EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 87 f. – Europäisches Patentgericht.

128 Dazu etwa J. Gundel, Die Öffnung des Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH für nichtmitgliedstaatliche Gerichte, EuZW 2019, S. 934 ff.; s. auch J. Gruber, Das Einheitliche Patengericht: vorlagebefugt kraft eines völkerrechtlichen Vertrags?, GRUR Int. 2015, S. 323 ff.

129 W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 5.

130 Dazu o. C. I. 2.c).

131 W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 5.

3. Anspruchsinhalt

Ähnlich wie im Rahmen der Amtshaftung nach deutschem Recht scheidet eine Naturalrestitution im Falle judikativen Unrechts auch auf der Ebene des EU-Rechts aus.¹³² Hieraus folgt zugleich, dass die Haftung der Vertragsmitgliedstaaten des EPGÜ für Verstöße ihrer Gerichte gegen das Unionsrecht in der Regel auf Schadensersatz gerichtet ist und ggf. auch den entgangenen Gewinn umfasst.¹³³ Im Gegensatz zu einer Haftung nach Art. 5 Abs. 2 EPGÜ gelten hier für alle Vertragsmitgliedstaaten identische Kriterien. Entsprechend sieht Art. 22 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 EPGÜ vor, dass der Kläger einen Anspruch darauf hat, von dem Vertragsmitgliedstaat, gegen den er geklagt hat, die von der zuständigen staatlichen Stelle zuerkannte Schadenssumme in voller Höhe erstattet zu bekommen. Mit diesem »*Grundsatz der vollen Schadenserstattung*« wird insbesondere ausgeschlossen, dass nationale Regelungen (Mitverschulden) zu einer Minderung der Schadenssumme führen.¹³⁴

4. Zuständiges Gericht (Art. 22 Abs. 2 EPGÜ)

Auch für Haftungsansprüche gem. Art. 22 Abs. 1 EPGÜ sind die vertragsstaatlichen Gerichte zuständig. Hierbei bestimmt Art. 22 Abs. 2 EPGÜ zunächst einen ausschließlichen Gerichtsstand des Vertragsmitgliedstaats, »*in dem der Kläger seinen Wohnsitz oder den Sitz seiner Hauptniederlassung oder – in Ermangelung desselben – seinen Geschäftssitz hat*«. Soweit diese Voraussetzungen in der Person des Klägers nicht erfüllt sind, kann der Kläger auf den Vertragsmitgliedstaat ausweichen, in dem das Berufungsgericht seinen Sitz hat, also Luxemburg. Mit diesen Regelungen zum Gerichtsstand ist eine Begünstigung des Klägers intendiert, der so in den meisten Fällen in seinem Heimatstaat Klage erheben kann.¹³⁵

IV. Prototyp einer ausdrücklich verankerten Haftung der Dritten Gewalt?

Das Haftungsregime des EPGÜ ist in nahezu jeder Hinsicht bemerkenswert, verankert es doch erstmals eine ausdrückliche Haftung der (supranationalen)

132 Vgl. § 8 B. III.

133 EuGH v. 05.03.1996, verb. Rsn. C-46 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029, Rn. 82 – *Brasserie de Pecheur/Factortame*; J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 57; W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 9.

134 W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 9.

135 W. Tilmann, in: ders./C. Plassmann (Hrsg.), EPGÜ, 2024, Art. 22 EPGÜ, Rn. 8.

Dritten Gewalt, die vor staatlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Ob sich die gefundenen Lösungen dauerhaft als tragfähig erweisen, bleibt zwar noch abzuwarten, indes ist das Bemühen der Vertragsmitgliedschaften deutlich erkennbar, das EPG in den europäischen Rechtsprechungsverbund zu integrieren, der so auch immer mehr zu einem Haftungsverbund wird. Die Vorschriften über die Haftung im EPGÜ erfüllen so auch eine grundsätzliche Integrationsaufgabe.

F. Fazit

Das Instrument der Haftung der Dritten Gewalt spielt auf der Ebene der EU in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Rolle: Es dient dazu, die Verpflichtung der EU auf rechtsstaatliche Prinzipien und Grundrechte zu sichern und Lücken des unionalen Rechtsschutzsystems zu schließen. Gleichwohl sind auch hier Ungereimtheiten auszumachen, die die Frage aufwerfen, welche weiteren Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung für die unionale Dritte Gewalt maßgeblich sind (dazu § 13). Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, aber auch zum EPG, geht es dem EuGH offensichtlich darum, die judizielle Loyalität der jeweiligen Gerichte zu sichern und zugleich die Rechte des Einzelnen zu schützen, wobei sich bei der konkreten Ausgestaltung der Haftungsansprüche zeigt, dass nur die Zusammenarbeit zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten, dem EPG und dem EuGH, die Wahrung des Rechts auch hinsichtlich des sekundären Rechtsschutzes sichern kann. Dass sich das gesamte Haftungssystem in Bewegung befindet, wird nicht zuletzt durch neue unionsrechtliche Haftungsansprüche unterstrichen, die wie Art. 82 DS-GVO grundsätzlich auch gegenüber mitgliedstaatlichen Gerichten geltend gemacht werden können. Insbesondere der datenschutzrechtliche Schadensersatz zeigt auf, dass Haftungsansprüche eine wichtige Rolle spielen können, wenn es darum geht, Verantwortlichkeiten zu sichern.

§ 10: Die Haftung der Dritten Gewalt im Völkerrecht

Die Haftung der Dritten Gewalt weist eine Reihe völkerrechtlicher Dimensionen auf. So üben z. B. das Völkervertragsrecht in Form der EMRK und verschiedene völkergewohnheitsrechtliche Prinzipien erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Haftung der (staatlichen) Dritten Gewalt aus. Zudem haben diverse Streitbeilegungsinstitutionen auf der Ebene des Völkerrechts in den letzten Jahren eine erhebliche Bedeutung entfaltet und spielen für die Fortentwicklung des Völkerrechts¹ – wie schon früh prognostiziert² – eine überragende Rolle. Angesichts der mitunter nicht unproblematischen demokratischen Legitimation internationaler Gerichte und Streitschlichtungsinstanzen³ muss der Frage ihrer (Haftungs-) Verantwortlichkeit im Lichte dieser Entwicklung eine besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.⁴

Im Völkervertragsrecht verfügt etwa die EMRK über Garantien, die unmittelbar zu Entschädigungsansprüchen des Einzelnen gegenüber einem Konventionsstaat führen können, wie z. B. Art. 5 Abs. 5 und Art. 41 EMRK (dazu B.). Die EMRK übt zudem erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei judikativem Unrecht in den Konventionsstaaten aus. Zudem enthält das Völkervertragsrecht weitere Grundlagen für eine Haftung, wie etwa Art. 85 IstGH-Statut (dazu C.). Es stellt sich allerdings auch die Frage, ob und in welchem Umfang internationale Gerichtshöfe und Tribunale eine Haftungsverantwortung zu tragen haben bzw. tragen können und wer ggf. konkret zu haften hat (dazu D.). Darüber hinaus formuliert das Völkerrecht auch Grenzen für eine Haftung der (staatlichen) Dritten Gewalt.⁵ Es liegt auf der Hand, dass tradierte Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, wie

1 A. von Bogdandy/I. Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, GLJ 12 (2011), S. 979 ff.

2 In diesem Sinne H. Lauterpacht, The Development of International Law through the International Court, 1958; P. C. Jessup, The Price of International Justice, 1971; s. auch C. Tams/J. Sloan (Hrsg.), The Development of International Law by the International Court of Justice, 2013.

3 Dazu etwa A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014; s. auch bereits dies., Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihre demokratische Rechtfertigung, ZaöRV 70 (2010), S. 1 ff.; V. Lowe, International Law, 2007, S. 127 ff.

4 Dazu am Beispiel der WTO-Streitbeilegungsinstitutionen S. Shlomo-Agon, Non-compliance, Renegotiation and Justice in International Adjudication: A WTO Perspective, Global Constitutionalism 5 (2016), S. 238 ff.

5 Dazu A. Davies, State Liability for Judicial Decisions in European and International Law, International and Comparative Law Quarterly 61 (2012), S. 585 ff.

z. B. das Interventionsverbot⁶ bzw. der Grundsatz der Staatenimmunität,⁷ Grenzen einer solchen Haftung verkörpern, insbesondere wenn es um eine Haftung ausländischer Gerichte und Streitschlichtungsinstitutionen in Verfahren vor inländischen Gerichten geht. Schließlich ist auch auf die zunehmend virulente Frage einzugehen, welchen haftungsrechtlichen Regimen internationale Schiedsgerichte unterliegen (E.).

A. Völkerrechtliche Maßstäbe für eine Haftung der Dritten Gewalt

I. Internationaler Menschenrechtsschutz

Das Thema der Haftung der Dritten Gewalt weist zunächst zahlreiche Berührungspunkte zum internationalen Menschenrechtsschutz auf, in dessen Kontext Fragen der Haftung offenbar eine immer wichtigere Rolle spielen.⁸ Dies gilt für staatlich zu verantwortende Menschenrechtsverletzungen seit jeher, wird aber zunehmend auch für Unternehmen diskutiert. Hier zeigt sich eine gewisse Verschleifung, die etwa auch für die Haftung von Schiedsgerichten eine hohe Bedeutung haben kann (dazu E.).

Die völkerrechtlichen Maßstäbe für eine Haftung der Dritten Gewalt lassen sich so z. T. aus speziellen menschenrechtlichen Garantien über den Rechtsschutz, wie etwa Art. 8 und 10 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte oder Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (dazu oben § 7), ableiten. Solche Garantien spielen schon für die Frage, ob ein Verstoß gegen eine Norm des Völkerrechts vorliegt, eine wichtige Rolle, insbesondere aber auch für die Frage, ob ggf. ein völkerrechtlicher Wiedergutmachungsanspruch des Individuums besteht. Teilweise kennt das Völkervertragsrecht explizite Entschädigungsregelungen, die eine Verletzung von Menschenrechten voraussetzen. Ein Beispiel hierfür ist Art. 85 IStGH-Statut. Im europäischen Kontext spielt insbesondere die EMRK mit ihren Justiz- und Verfahrensrechten und den dazu korrespondierenden Entschädigungsregelungen eine besondere Rolle (dazu sogleich B.).

6 Zum Interventionsverbot allgemein *R. J. Vincent*, *Nonintervention and International Order*, 1974; *A. Cassese*, *International Law*, 2001, S. 98 ff.; *M. N. Shaw*, *International Law*, 8. Aufl. 2017 S. 874 ff.; *A. Kaczorowska-Ireland*, *International Public Law*, 5. Aufl. 2015, S. 386 ff.

7 Eingehend zu diesem Grundsatz und seiner Bedeutung für staatliche Gerichte s. *H. Fox/P. Webb*, *The Law of State Immunity*, 3. Aufl. 2015, S. 75 ff.; s. auch allgemein *I. Brownlie/J. Crawford*, *Brownlie's Principles of International Law*, 8. Aufl. 2019, S. 487 ff.

8 Dazu etwa *D. Shelton*, *Remedies in International Human Rights Law*, 3. Aufl. 2015; *K. Haider*, *Haftung von transnationalen Unternehmen und Staaten für Menschenrechtsverletzungen*, 2019; s. auch *T. Görgen*, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, 2019.

Mitunter verpflichtet das Völkerrecht auch die Staaten, Entschädigungsregelungen zu schaffen, so etwa Art. 13 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte.

II. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit

Soweit aber keine speziellen Regelungen greifen, finden auch für judikative (Völkerrechts-)Verletzungen die allgemeinen Grundsätze über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Anwendung. Unter dem Begriff der »völkerrechtlichen Verantwortlichkeit« lassen sich unterschiedliche Grundsätze bündeln, so die sog. Staatenverantwortlichkeit und die Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen.⁹ Zwar könnte man auch direkt auf den immer häufiger verwendeten Haftungsbegriff abstellen, eine Haftung (*liability*) setzt aber auch im Völkerrecht zunächst eine Verantwortlichkeit voraus.¹⁰

1. Grundlagen

Das Recht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit beruht insbesondere auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Staaten für die Verletzung völkerrechtlicher Normen einzustehen und ggf. Wiedergutmachung zu leisten haben.¹¹ Die 2001 von der International Law Commission (ILC) vorgelegten »*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*« bzw. die »*Articles on the Responsibility of International Organisations*« geben zwar eine gute Orientierung, verkörpern aber bislang kein verbindliches Völkerrecht.¹²

2. Staatenverantwortlichkeit für Handlungen der Dritten Gewalt

Die Staatenverantwortlichkeit setzt eine dem Staat zurechenbare Verletzung des Völkerrechts voraus. Hierbei kommt es nicht darauf an, welche staatliche Gewalt handelt, sodass auch judikative Handlungen eine Verantwortlichkeit des Staates auslösen können.¹³ So ist anerkannt, dass Gerichte neben

⁹ A. von Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 380.

¹⁰ Ebenda, Rn. 381.

¹¹ I. Brownlie/J. Crawford, Brownlie's Principles of International Law, 8. Aufl. 2019, S. 540.

¹² A. von Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 384.

¹³ I. Brownlie/J. Crawford, Brownlie's Principles of International Law, 8. Aufl. 2019, S. 548 f.

speziellen Verfahrens- und Justizgrundrechten (*denial of justice*) z. B. auch gegen diplomatische Rechte verstoßen können.¹⁴

3. Verantwortlichkeit Internationaler Organisation

Auch wenn die Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen prinzipiell denselben Grundsätzen wie die Staatenverantwortlichkeit folgt, muss doch auf einige Besonderheiten hingewiesen werden, die auch in Bezug auf die (internationale) Dritte Gewalt von Bedeutung sind.¹⁵ Dies betrifft gerade die Zurechnung von judikativem Unrecht. Soweit Gerichtshöfe und Tribunale Organe Internationaler Organisationen sind, trifft die Haftung theoretisch die Internationale Organisation. Diese Zurechnung kann sich aber als schwierig erweisen, wenn die Beziehungen zwischen der Internationalen Organisation und dem Gericht unklar sind, wie etwa die Beziehungen zwischen dem Europarat und dem EGMR (dazu sogleich B.). Schließlich gibt es auch Gerichtshöfe, die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, wie z. B. der IStGH. Hier stellt sich weniger die Frage nach der Zurechnung als vielmehr die nach der Solvenz.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zum Grundsatz der Staatenverantwortlichkeit bislang nicht alle Staaten die Völkerrechtsfähigkeit Internationaler Organisationen anerkennen. Insoweit kann es für diese Staaten auch nur um die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten einer Internationalen Organisation gehen, was die Frage der Zurechnung noch komplexer macht.¹⁶

4. Rechtsfolgen

Staatenverantwortlichkeit und Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen lösen prinzipiell dieselben Rechtsfolgen aus: Die Pflicht, für eine Völkerrechtsverletzung »einzustehen«, bedeutet entweder, den Zustand herzustellen, der vor der Völkerrechtsverletzung bestand (Restitution), Schadenersatz zu leisten oder eine Genugtuung auf andere Weise herbeizuführen. In Bezug auf die Dritte Gewalt gerät der Anspruch auf Restitution schnell in Konflikt mit dem *res iudicata*-Prinzip, das die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen auch für die Ebene des Völkerrechts festschreibt (dazu sogleich). In-

14 Ebenda, S. 549 mit Verweis auf den Fall LaGrand, ICJ Reports 2001, S. 466 (508) und den Fall Avena, ICJ Reports 2004, S. 12 (66).

15 Zum Ganzen auch M. Fitzmaurice/D. Sarooshi (Hrsg.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, 2004.

16 A. von Arnould, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 386.

sofern dürfte die Leistung von Schadensersatz im Vordergrund stehen, wobei völkerrechtlich anerkannt ist, dass dieser jeden finanziell messbaren Schaden inklusive entgangenen Gewinns umfasst.¹⁷ Allerdings muss sich ein solcher Anspruch insbesondere für Individuen ausdrücklich aus dem Völkervertragsrecht ergeben, weil es bislang keinen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch für Individuen gibt.¹⁸ Daneben spielt in der Praxis auch der »Genugtuungsgedanke« eine Rolle. So hat etwa der EGMR wiederholt betont, dass schon die Feststellung eines Verstoßes eines Konventionsstaates gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK einen Ausgleich für immaterielle Schäden bedeuten kann.¹⁹

III. Richterliche Unabhängigkeit, Immunitätsrecht und *res iudicata*

Schließlich kann eine Haftung der Dritten Gewalt durch verschiedene allgemeine völkerrechtliche Grundsätze beschränkt werden. Hier ist zunächst an das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit,²⁰ verschiedene Immunitätsregeln²¹ und das völkerrechtliche *res iudicata*-Prinzip²² zu denken. Bei der richterlichen Unabhängigkeit ist allerdings umstritten, ob sie einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts verkörpert. Auch wenn sich immer mehr die Erkenntnis durchsetzt, dass sie eine wichtige Voraussetzung für die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Dritten Gewalt ist, so zeigt sich gerade in jüngerer Zeit, dass keineswegs alle Staaten die weitgehenden europäischen Standards akzeptieren.²³

Das völkerrechtliche Immunitätsrecht spielt aus verschiedenen Perspektiven für die Haftungsfrage eine zentrale Rolle. Zunächst genießen viele Richter internationaler Gerichte nach Maßgabe der jeweiligen Statuten Immunität, die sich ggf. auch auf Haftungsfragen beziehen kann. Darüber hinaus schließt es das Immunitätsrecht in der Regel aus, dass Staaten für ihre ho-

17 Ebenda, Rn. 438.

18 Ebenda, Rn. 436.

19 EGMR v. 27.07.2000 – no. 33379/96 – NJW 2001, 213, Klein gegen Deutschland; EGMR v. 26.11.2009 – no. 54215/08 – EuGRZ 2009, 563 – A. gegen Deutschland.

20 Eingehend dazu etwa E. A. Posner/J. C. Yoo, Judicial Independence in International Tribunals, California Law Review 93 (2005), S. 1 ff.; T. Meron, Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals, 2005; L. Caflisch, Independence and Impartiality of Judges: The European Court of Human Rights, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2 (2003), S. 169 ff.; A. Seibert-Fohr (Hrsg.), Judicial Independence in Transition, 2012.

21 Dazu etwa H. Ascensio, Privileges and Immunities, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002, Vol. 1, S. 289 ff.; H. Fox/P. Webb, The Law of State Immunity, 3. Aufl. 2015; s. auch allgemein I. Brownlie/J. Crawford, Brownlie's Principles of International Law, 8. Aufl. 2019, S. 487 ff.

22 Dazu jüngst B. Salas Kontor/M. E. Zavala Achurra, The Principle of *res iudicata* before the International Court of Justice: in the Mist of Comradeship and Divorce between International Tribunals, Journal of International Dispute Settlement 10 (2019), S. 288 ff.

23 Eingehend dazu die Beiträge in A. Seibert-Fohr (Hrsg.), Judicial Independence in Transition, 2012.

heitlichen Handlungen vor ausländischen Gerichten verantwortlich gemacht werden, was insbesondere auch für Handlungen der staatlichen Dritten Gewalt gilt (vgl. Art. 5 der UN-Konvention über Staatenimmunität).

Das *res iudicata*-Prinzip verkörpert einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts.²⁴ Es ist mit dem Institut der Rechtskraft des staatlichen Rechts vergleichbar und besagt im Wesentlichen, dass die abschließende Entscheidung eines Gerichts die Parteien bindet und über denselben Sachverhalt nicht noch einmal entschieden werden darf. Entsprechend sind etwa Entscheidungen des IGH gem. Art. 60 IGH-Statut endgültig und unterliegen keinen Rechtsmitteln.²⁵

B. Die Haftung der Dritten Gewalt und die EMRK

Im Rahmen des internationalen Menschenrechtsschutzes spielen Entschädigungs- und Kompensationsfragen zunehmend eine wichtige Rolle. Dieses wird besonders deutlich, wenn man sich die entsprechenden Garantien und Entschädigungsansprüche der EMRK vor Augen führt, bei der es in letzter Konsequenz nahezu ausschließlich um »judikatives Unrecht« geht. Individualbeschwerden nach Art. 34 EMRK setzen immer gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK die Erschöpfung aller innerstaatlicher Rechtsbehelfe voraus, sodass der Beschwerdegegenstand in einem Verfahren der Individualbeschwerde in der Regel zumindest die Form eines letztinstanzlichen Urteils eines Gerichts eines Konventionsstaates hat. Das bedeutet zwar nicht, dass sich der konkrete Beschwerdegegenstand immer auf ein Handeln oder Unterlassen der Judikative beziehen muss, denn zulässiger Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der Exekutive, Legislative oder Judikative sein.²⁶ Mit dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung rückt gleichwohl immer auch das letztinstanzliche Urteil eines konventionsstaatlichen Gerichts mit in den Vordergrund. Der EGMR hat sich zudem schon häufig mit Konstellationen beschäftigt, in denen der Beschwerdegegenstand ausschließlich ein Akt der Judikative war, und hat so z. T. kräftige Reformimpulse in die Konventionsstaaten ausgesandt.

24 I. Brownlie/J. Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, 8. Aufl. 2019, S. 36.

25 Dazu A. Zimmermann/T. Thienel, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, 3. Aufl. 2019, Art. 60, Rn. 1-5; eine ähnliche Regelung enthält z. B. auch Art. 296 SRÜ.

26 J. Meyer-Ladewig/A. Kulick, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 4. Aufl. 2017, Art. 34, Rn. 42; F. G. Jacobs/R. C. A. White/C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 8. Aufl. 2021, S. 27 ff.; C. Grabenwarter/K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, § 13, Rn. 16 ff.

So war es zum Beispiel der EGMR, der durch eine Reihe von Urteilen maßgeblich dazu beigetragen hat, dass der Gesetzgeber in Deutschland die Untätigkeitsbeschwerde und den Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG eingeführt hat.²⁷ Insoweit steht das Zusammenspiel vom EMRK und staatlichem Recht auch paradigmatisch dafür, dass das Völkerrecht zum Teil erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung auf Verfahren bzw. Verfahrensstandards nehmen kann.

Das Verhältnis zwischen einer Haftung der Dritten Gewalt und der EMRK wirft damit zahlreiche Fragen auf: Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf einzugehen, ob eine Haftung des EGMR selbst (I.) bzw. der Konventionsstaaten (II.) für judikatives Unrecht möglich ist, bevor in einem weiteren Schritt die konventionsrechtliche Überformung der Haftung der Dritten Gewalt in den jeweiligen Konventionsstaaten in den Blick genommen wird (III.).

I. Haftung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte?

Der EGMR nimmt aus unterschiedlichen Gründen eine besondere Stellung innerhalb der Architektur der internationalen Gerichtsbarkeiten ein.²⁸ Es gibt kaum ein Gericht, das mit einer so hohen Arbeitsbelastung fertig werden muss wie der EGMR.²⁹ Darüber hinaus führen die Urteile des EGMR häufig zu Umbauten in den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten, was insbesondere auch für Fragen der Haftung der Dritten Gewalt gilt (s. o.). Doch wie ist es mit der Haftung des EGMR bzw. seiner Richter selbst bestimmt? Sind sie überhaupt an die Vorgaben der EMRK gebunden? Wer würde im Falle eines durch ein Urteil des EGMR verursachten Schadens haften?

Doch schon der Maßstab einer solchen Haftung ist unklar. So ist die EMRK gem. Art. 1 EMRK ausdrücklich nur an die Konventionsstaaten adressiert.³⁰ Eine Bindung des EGMR bzw. der Richter an die EMRK – und ihre Entschädigungs- und Schadensersatzregelungen – lässt sich dagegen

²⁷ Dazu ausführlich § 8. II.

²⁸ S. dazu etwa F. G. Jacobs/R. C. A. White/C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 8. Aufl. 2021, S. 12 ff.

²⁹ S. dazu § 4; s. zu diesem Problem auch J. Meyer-Ladewig/S. von Raumer, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 60; V. Lowe, *International Law*, 2007, S. 127; G. Ress, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur*, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, 2007, S. 55 ff. (69 ff.); s. auch die Beiträge in R. Wolfrum/U. Deutsch (Hrsg.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, 2009.

³⁰ Hierauf weist zu Recht M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 585, hin.

nicht aus Art. 1 EMRK herleiten, eine Haftung müsste vielmehr aus den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gefolgert werden.³¹

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Richter des EGMR gem. Art. 51 EMRK bei der Ausübung ihres Amtes die Vorrechte und Immunitäten genießen, die in Art. 40 der Satzung des Europarats und den aufgrund dieses Artikels geschlossenen Übereinkünften vorgesehen sind. Während Art. 40 lit. a) dem Europarat, den Vertretern und dem Sekretariat die Immunitäten und Privilegien sichert, die für die Ausübung ihrer Amtstätigkeit erforderlich sind, ist für die Richter des EGMR insbesondere die Wendung des Art. 51 EMRK entscheidend, die auf die *»aufgrund jenes Artikels geschlossenen Übereinkünfte«* verweist. Gem. Art. 40 lit. b) der Satzung des Europarats verpflichten sich die Mitglieder des Europarats, die entsprechenden Abkommen so bald wie möglich abzuschließen, damit die Anwendung des Art. 40 lit. a) in vollem Maße sichergestellt ist.

Die Mitglieder des Europarats haben diesen Vorgaben insbesondere durch das Allgemeine Abkommen über Vorrechte und Befreiungen entsprochen,³² wobei für die Richter des EGMR in erster Linie das sechste Zusatzprotokoll zu diesem Abkommen von 1996 von Bedeutung ist.³³ Dieses Protokoll billigt den Richtern denselben Schutz zu, wie ihn Diplomaten haben (Art. 1). Die Immunität kann nur vom Plenum des EGMR aufgehoben werden (Art. 4), und zwar dann, wenn die Immunität verhindern würde, *»daß der Gerechtigkeit Genüge geschieht.«* Es liegt auf der Hand, dass aufgrund der Unbestimmtheit dieser Formulierung und den hohen Anforderungen an das Verfahren nur besonders krasse Fälle zu einer persönlichen Haftung führen könnten.

Soweit eine persönliche Haftung der Richter des EGMR schon aufgrund ihrer völkerrechtlichen Immunität ausscheidet, könnte in einem weiteren Schritt eine Art »Auffanghaftung« oder »Durchgriffshaftung« erwogen werden. Eine solche Haftung des Europarats kommt indes schon deshalb nicht in Betracht, weil der EGMR kein Organ des Europarats ist.³⁴ Insoweit erscheint es kaum möglich, eine Haftungsverantwortlichkeit des EGMR bzw. seiner Richter zu begründen. Angesichts der Bedeutung und der Arbeitsbelastung des Gerichtshofs ist dieses Ergebnis merkwürdig und letztlich nur zu

31 Dazu oben A. II.

32 BGBl. I 1950, S. 263.

33 BGBl. II 2001 564; dazu Meyer-Ladewig/D. Renger in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 51, Rn. 2.

34 So auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 587.

erklären, wenn man bedenkt, dass der EGMR eher traditionellen Strukturen verpflichtet ist.

II. Die Überformung der nationalen Haftung durch die EMRK

1. Maßstäbe des EMRK-Rechts für eine Haftung der Dritten Gewalt

Das EMRK-Recht bindet gem. Art. 1 EMRK die Konventionsstaaten und hier alle Organe und Institutionen, die Hoheitsgewalt ausüben, was auch die Dritte Gewalt umfasst.³⁵ Die konventionsstaatlichen Gerichte sind damit an die EMRK gebunden. In Deutschland genießt die EMRK auf der Grundlage des Art. 59 Abs. 2 GG den Status eines Parlamentsgesetzes, weist also zunächst keinen Verfassungsrang wie in anderen Konventionsstaaten auf. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt aber nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass sich die Auslegung verfassungsrechtlicher Bestimmungen auch an der EMRK zu orientieren hat (dazu § 7 B.).³⁶

a) Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK)

Das in Art. 6 EMRK niedergelegte Recht auf ein faires Verfahren darf als die praktisch bedeutsamste Garantie der EMRK gelten.³⁷ Nach dieser Vorschrift hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Darüber hinaus sieht Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK vor, dass das entsprechende Urteil öffentlich verkündet werden muss, wobei aber die Möglichkeit besteht, Presse und Öffentlichkeit unter bestimmten Umständen auszuschließen. Art. 6 Abs. 2 EMRK verbürgt die Unschuldsvermutung, und Art. 6 Abs. 3 EMRK enthält einen Katalog von Rechten, die angeklagten Personen mindestens zustehen müssen.³⁸

35 J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim, in: dies./S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 1, Rn. 6.

36 Dazu BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen; BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10, BVerfGE 128, 326 – Sicherungsverwahrung, eingehend dazu auch U. Volkmann, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung. Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung, JZ 2011, S. 835 ff.

37 S. J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6, Rn. 1.

38 Eingehend dazu § 6.

Insofern formuliert die Bestimmung rechtsstaatliche Mindestgarantien für Gerichtsverfahren. Auch wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK zunächst nur auf zivilrechtliche und strafrechtliche Streitigkeiten anwendbar zu sein scheint, hat der EGMR über die Jahre eine konventionsautonome Auslegung dieser Begriffe vorgenommen. Es kommt dementsprechend nicht darauf an, wie das jeweilige staatliche Recht eine Streitigkeit einordnen würde. Dies führt u. U. dazu, dass auch nach deutschem Verständnis öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (§ 40 Abs. 1 VwGO) unter die Bestimmung fallen können.

Der EGMR hat in den letzten Dekaden eine ausdifferenzierte Kasuistik zu den unterschiedlichen Einzelgarantien des Art. 6 EMRK entwickelt, was schon vor dem Hintergrund bemerkenswert ist, dass die Bestimmung eine Reihe positiver Verpflichtungen für die Konventionsstaaten enthält.³⁹ Letztlich gibt sie so dem EGMR einen Hebel an die Hand, gemeineuropäische Standards für ein einheitliches, rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtetes Gerichtsverfassungsrecht festzulegen und auch durchzusetzen. Soweit es zu Verletzungen des Art. 6 EMRK kommt, können die Konventionsstaaten vom EGMR gem. Art. 41 EMRK zur Leistung einer gerechten Entschädigung verurteilt werden.

b) Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK)

Gem. Art. 13 EMRK hat jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben. Diese Vorschrift begründet kein eigenständiges Recht des Einzelnen, sondern adressiert zunächst nur die Konventionsstaaten, die insofern die Verpflichtung trifft, wirksame Rechtsbehelfe zu schaffen, damit die durch die EMRK gewährten Rechte effektiv durchgesetzt werden können.⁴⁰

Eine weitere Zielsetzung des Art. 13 EMRK liegt zudem in der Entlastung des EGMR. Bedeutung kann die Vorschrift aber nur zusammen mit einer individualschützenden Garantie der EMRK erlangen, wobei hier insbesondere Art. 6 EMRK in Betracht kommt.⁴¹

39 J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6, Rn. 1.

40 E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 39 f.

41 J. Meyer-Ladewig/D. Renger in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 13, Rn. 1.

2. Entschädigungsansprüche auf der Grundlage der EMRK

a) Schadensersatz gem. Art. 5 Abs. 5 EMRK

Art. 5 Abs. 5 EMRK statuiert einen Schadensersatzanspruch des Einzelnen für den Fall, dass er unter Verletzung der Garantien des Art. 5 Abs. 1-4 EMRK von einer Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist.⁴² Art. 5 Abs. 3 EMRK schreibt in diesem Zusammenhang ausdrücklich vor, dass jede Person, die von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden muss und einen Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens hat.

Art. 5 Abs. 5 EMRK hat damit zumindest potenziell auch »judikative Pflichtverletzungen« zum Gegenstand.⁴³ Der Anspruch bedarf in Deutschland keiner Transformation oder »Anseilung«, die Rechtsprechung geht vielmehr davon aus, dass der Anspruch unmittelbar geltend gemacht werden kann.⁴⁴ Gleichwohl spielt er bislang keine übermäßig große Rolle, was daran liegen kann, dass Art. 41 EMRK in diesem Zusammenhang eine wichtigere Rolle spielt (dazu sogleich).⁴⁵ Dies mag auch damit zusammenhängen, dass dieser spezielle Anspruch letztlich eine seltsame Ausnahme im Rahmen der EMRK verkörpert. Andere Vorschriften kennen eine solche »unmittelbare Haftungsbewehrung« gerade nicht, obwohl auch sie wichtige Freiheiten schützen.⁴⁶

b) Gerechte Entschädigung gem. Art. 41 EMRK

Von erheblicher Bedeutung ist dagegen Art. 41 EMRK, auf dessen Grundlage der EGMR Parteien, die in ihren Rechten aus der EMRK verletzt worden sind, eine gerechte Entschädigung zusprechen kann. Hier geht es also nicht um Schadensersatz im Sinne der deutschen Terminologie, sondern die Norm

42 F. G. Jacobs/ R. C. A. White/ C. Ovey, The European Convention on Human Rights, 8. Aufl. 2021, S. 238; eingehend dazu I.-M. Killinger, Staatshaftung für rechtswidrige Untersuchungshaft in Deutschland und Österreich im Lichte des Art. 5 Abs. 5 EMRK, 2015.

43 J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 108 f.

44 BGH v. 31.01.1966 – III ZR 118/64, BGHZ 45, 58 (65); BGH v. 18.05.2006 – III ZR 183/05, BGH NVwZ 2006, 960; BGH v. 29.04.1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268; BVerfG v. 06.10.2004 – 1 BvR 414/04, BVerfG NJW 2005, 1567; J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 109.

45 F. G. Jacobs/R. C. A. White/C. Ovey, The European Convention on Human Rights, 8. Aufl. 2021, S. 238.

46 Ebenda.

kann allgemein als der vollkommene oder auch nur teilweise Ausgleich eines materiellen oder immateriellen Schadens sowie bestimmter Kosten und Auslagen verstanden werden.⁴⁷ Die Einzelheiten richten sich hier u. a. auch nach Art. 75 VerfOEGMR, der auch Fragen der Verzinsung und der vergleichswise Beilegung einer Streitigkeit regelt. Bei judikativem Unrecht kommt hier weniger eine Naturalrestitution in Betracht als vielmehr eine Entschädigung in Geldform. Die Beträge, die der EGMR hier gewährt, sind, so zeigt die Praxis, vergleichsweise niedrig.⁴⁸

c) Haftentschädigung gem. Art. 3 Protokoll Nr. 7 zur EMRK

Schließlich ist noch auf das in Art. 3 des Protokolls Nr. 7 niedergelegte Recht auf Entschädigung bei Fehlurteilen hinzuweisen. Auch wenn es sich hier um eine Bestimmung handelt, die sich auf der Ebene des Völkerrechts ausdrücklich mit Fehlurteilen beschäftigt, ist ihre praktische Bedeutung gering geblieben. In Deutschland richtet sich die innerstaatliche Rechtslage nach dem Strafrechtsentschädigungsgesetz (dazu § 8). Interessant an dem Anspruch ist, dass er ein »Fehlurteil« voraussetzt, d. h. es geht nicht um Fehler bei der Rechtsanwendung usw. Nur soweit bewiesen werden kann, dass das Urteil von einer unrichtigen Tatsachengrundlage ausgegangen ist, kann der Entschädigungsanspruch greifen.⁴⁹

3. Praktische Bedeutung am Beispiel überlanger Gerichtsverfahren

Verfahren, bei denen es um judikative Pflichtverletzungen geht, machen schon seit vielen Jahren einen wichtigen Teil der Arbeit des EGMR aus. Im Vordergrund standen dabei aus deutscher Perspektive lange Zeit Fälle, in denen es um eine überlange Verfahrensdauer und damit um eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK ging.⁵⁰ Deutschland ist in diesem Kontext in den 1990er

47 J. Meyer-Ladewig/K. Brunozi, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 41, Rn. 1.

48 Ebenda, Rn. 24 ff. mit Beispielen.

49 J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Prot. Nr. 7, Art. 3, Rn. 2.

50 S. etwa EGMR v. 27.07.2000 – no. 33379/96 – NJW 2001, 213, Klein gegen Deutschland; EGMR 31.05.2001 – no. 37591/97 – NJW 2002, 2586, Metzger gegen Deutschland; EGMR v. 10.02.2005 – no. 64387/01 – StV 2005, 475, U. gegen Deutschland; EGMR v. 13.07.2006 – no. 38033/02 – NVwZ 2007, 1035, Storck gegen Deutschland; EGMR v. 05.10.2006 – no. 66491/01 – Grasser gegen Deutschland; EGMR v. 11.01.2007 – no. 20027/02 – NVwZ 2008, 289, Herbst gegen Deutschland; EGMR v. 13.11.2008 – no. 10597/03 – Ommer gegen Deutschland; EGMR v. 13.11.2008 – no. 26073/03 – Ommer gegen Deutschland Nr. 2; EGMR v. 26.11.2009 – no. 54215/08 – EuGRZ 2009, 563, A. gegen Deutschland; EGMR v. 22.01.2009 – no. 45749 und 51115/06 – BeckRS 2009, 70595 – Kaemena und Thöneböhn gegen Deutschland; EGMR v. 24.06.2010 – no. 17384/06 – FamRZ

und Anfang der 2000er Jahre mehrfach vom EGMR aufgrund überlanger Gerichtsverfahren zu Entschädigungsleistungen verurteilt worden. Die Spitze des Eisbergs verkörperten hier Verfahren, die teilweise über 16 Jahre in Anspruch genommen haben.⁵¹ Der EGMR hatte zudem strukturelle Defizite der deutschen Rechtsordnung identifiziert. So hat er in seiner *Sürmeli*-Entscheidung aus dem Jahre 2006 festgestellt, dass die deutsche Rechtsordnung keinen ausreichenden Rechtsschutz gegen überlange Verfahren bietet.⁵²

Der deutsche Gesetzgeber hat schließlich mit dem »Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren« auf diese Rechtsprechung des EGMR reagiert.⁵³ Auch wenn z. T. bezweifelt wurde, ob die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes den Vorgaben des EGMR gerecht werden, hat der EGMR den deutschen Ansatz grundsätzlich akzeptiert (dazu bereits oben § 8).⁵⁴

C. Weitere Haftungsregelungen im Völkervertragsrecht

Eine Haftung der Dritten Gewalt gegenüber Individuen setzt explizite Grundlagen im Völkervertragsrecht voraus, die jenseits der EMRK allerdings selten sind. Ein Beispiel ist aber Art. 85 IstGH-Statut, der strukturell Art. 3 Prot. Nr. 7 zur EMRK sehr ähnlich ist. Art. 85 Abs. 2 IstGH-Statut enthält eine Entschädigungsregelung für Fehlurteile. Die Entscheidung, ob ein Fehlurteil vorliegt, wird hierbei von neuen oder neu bekannt gewordenen Tatsachen abhängig gemacht, die schlüssig beweisen, dass falsch entschieden wurde. Zwar verpflichtet Art. 85 Abs. 2 IstGH-Statut zunächst nur die Vertragsstaaten, eine Entschädigung »nach rechtlichen Vorschriften zu gewähren«,

2010, 1723, Kuchejda gegen Deutschland; EGMR v. 02.09.2010 – no. 46344/06 – NJW 2010, 355, Rumpf gegen Deutschland.

51 Dazu mit weiteren Beispielen und Nachw. J. P. *Terhechte*, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff.

52 EGMR v. 08.06.2006 – no. 75529/01 – NJW 2006, 2389, *Sürmeli* gegen Deutschland.

53 BGBl. I 2302 v. 02.12.2011; eingehend dazu nunmehr C. *Gohde*, Der Entschädigungsanspruch wegen unangemessener Verfahrensdauer nach den §§ 198 ff. GVG, 2020; s. auch 2012, S. 257 ff.; C. *Althammer/D. Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff.; R. *Zuck*, Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 256 ff.; A. *Guckelberger*, Der neue staatshaftungsrechtliche Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren, DÖV 2012, S. 289 ff.; F. *Ossenbühl*, Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren, BayVBl. 2012, S. 857 ff.; F. *Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 460 ff.; eingehend auch M. *Marx/W. Roderfeld*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2013; H. *Frehse*, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017.

54 EGMR v. 29.05.2012 – no. 53126/07, Rn. 40 ff – NVwZ 2013, 47, T. gegen Deutschland.

unter außergewöhnlichen Umständen kann aber auch der IStGH selbst eine Entschädigung festsetzen. Hierzu muss ein schwerwiegendes und offenkundiges Fehlurteil vorliegen (Art. 85 Abs. 3 IStGH-Statut).

D. Die Haftung internationaler Gerichtshöfe

I. Weitgehender Ausschluss der persönlichen Haftung

Eine persönliche Haftung internationaler Richter dürfte ähnlich wie beim EGMR regelmäßig an Immunitätsregelungen scheitern, die nur in Extremfällen aufgehoben werden können. So genießen die Richter des IStGH gem. Art. 48 Abs. 2 IStGH-Statut bei der Wahrnehmung der Geschäfte des Gerichtshofes oder in Bezug auf diese die gleichen Vorrechte und Immunitäten wie Chefs diplomatischer Missionen. Diese Vorrechte können nur mit absoluter Mehrheit durch den IStGH selbst aufgehoben werden (Art. 48 Abs. 5 lit. a) IStGH-Statut). Für die Richter des IGH ergibt sich die Immunität aus einem Beschluss der Generalversammlung der UN.⁵⁵ Im Rahmen der WTO ist Art. VIII ÜWTO maßgeblich, der insoweit auf das Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen der UN-Sonderorganisationen von 1947 verweist. Und auch die Mitglieder des ITLOS genießen gem. Art. 10 des Statuts des Internationalen Seegerichtshofes bei der Ausübung ihres Amtes diplomatische Vorrechte und Immunitäten. Diese Regime haben gemein, dass sie keine näheren Informationen über die Aufhebung der Immunität enthalten, sodass hier auf allgemeine Regelungen zurückgegriffen werden muss.

II. Haftung der Gerichte oder der Rechtsträger?

Gerade weil eine persönliche Haftung von Richtern von internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen im Regelfalle ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob die hinter den jeweiligen Gerichten und Tribunalen stehenden Internationalen Organisationen oder die jeweiligen Gerichte und Tribunale selbst für etwaige Verstöße haftbar gemacht werden können.⁵⁶ Ein solches

⁵⁵ UN General Assembly, Privileges and Immunities of Members of the International Court of Justice, the Registrar, Officials of the Registry, Assessors, the Agents and Counsel of the Parties and of Witnesses and Experts, 11.12.1946, A/RES/90.

⁵⁶ Zu den Problemen, die eine Haftungszurechnung zu Internationalen Organisationen nach sich ziehen können, am Beispiel von Vergehen und Verbrechen der UN-Blauhelmtrouppen eingehend *T. Dannenbaum*, Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers, *Harvard International Law Journal* 51 (2010), S. 113 ff.

Vorgehen ist jedenfalls dann denkbar, wenn die jeweiligen Gerichtshöfe und Tribunale den Status eines Organs der jeweiligen Organisation haben, wie etwa der IGH (Art. 7 UN-Charta) oder der EuGH (Art. 13 Abs. 2 EUV). Freilich gibt es auch Gerichte, die den Organstatus gerade nicht besitzen, wie z. B. der EGMR,⁵⁷ oder die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, wie der IstGH (vgl. Art. 48 IstGH-Statut). Während damit der IstGH selbst Adressat einer Haftung wäre, scheidet eine Haftung des Europarats oder der Konventionsstaaten der EMRK aus, weil es völkerrechtlich eine Durchgriffshaftung oder Haftungsüberleitung nur sehr eingeschränkt gibt.⁵⁸ Zu beachten ist schließlich, dass die Internationalen Organisationen teilweise selbst Immunität genießen (s. etwa Art. 48 Abs. 1 IstGH-Statut,⁵⁹ Art. VIII ÜT-WO), sodass die Haftung hier praktisch ins Leere läuft.

E. Haftung für die Verletzung des Völkerrechts durch staatliche Gerichte

Staatliche Gerichte sind ebenso an das Völkerrecht gebunden⁶⁰ wie andere Staatsorgane und können ebenso wie andere Staatsgewalten auch das Völkerrecht verletzen. Im Rahmen der EMRK spielt es deshalb z. B. für die Entschädigung auch keine Rolle, welches staatliche Organ eine Garantie verletzt hat. Allerdings bilden derart eindeutige Regelungen auf der Ebene des Völkerrechts eine Ausnahme.

Tatsächlich fehlt es im Völkerrecht häufig an einer Grundlage, um eine Haftung für einen Völkerrechtsverstoß durch ein staatliches Gericht geltend machen zu können. Dies gilt insbesondere dann, wenn Individuen eine Wiedergutmachung anstreben. Hier ist versucht worden, unter der Überschrift »*denial of justice*« eine Art völkerrechtlichen Mindeststandard für Gerichtsverfahren zu definieren.⁶¹ Allerdings entstammt dieses Konzept dem völkerrechtlichen Fremdenrecht und kann insoweit auch nur Ausländer adressieren. Zudem besteht über den Inhalt des Grundsatzes kaum Einigkeit, sodass jenseits von offensichtlichen Fällen der Justizverweigerung (»*refuse to enter-*

⁵⁷ Dazu oben B.

⁵⁸ M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 632 f. mit Verweis auf Art. 61 der *Articles on the Responsibility of International Organisations*.

⁵⁹ S. auch Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court, ICC-ASP/1/3.

⁶⁰ V. Lowe, *International Law*, 2007, S. 125 ff.

⁶¹ S. dazu etwa A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 2005; A. Davies, *State Liability for Judicial Decisions in European and International Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (2012), S. 585 ff.

tain a suit«, »*undue delay*«, »*administer justice in a seriously inadequate way*«) vieles unklar ist.⁶² Ob etwa eine fehlerhafte Rechtsanwendung auch unter den Grundsatz fällt, ist unsicher.⁶³

Zudem ist die sog. »*local remedies rule*« zu beachten, die mittlerweile ausdrücklich in vielen völkerrechtlichen Verträgen verankert ist und mit der im deutschen Recht bekannten »Rechtswegerschöpfung« verglichen werden kann. Hiernach sind zunächst alle nationalen Rechtsmittel zu erschöpfen, um einen völkerrechtlichen Verstoß vor internationalen Gerichten geltend machen zu können (s. etwa Art. 35 Abs. 1 EMRK, Art. 295 SRÜ).⁶⁴

Soweit diese Klippen umschifft sind, fragt sich dann schließlich, was die Rechtsfolge eines judikativen Verstoßes gegen das Völkerrecht sein kann. Eine Aufhebung eines Urteils kann im Lichte des *res iudicata*-Prinzips in der Regel nicht erfolgen. Insoweit bleibt hier nur eine Entschädigung in Geld, wobei diese für Individuen nur in Betracht kommt, soweit eine explizite Grundlage im Völkerrecht besteht. Diese Einschränkungen gelten auf der Grundlage der allgemeinen Regeln der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit indes nicht für Staaten.

F. Internationale Schiedsgerichte und Haftung

Auch im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit scheinen Fragen der Haftungsverantwortlichkeit wichtiger zu werden.⁶⁵ So haben sich in den letzten Jahren immer mehr Entscheidungen (staatlicher) Gerichte mit der Haftung von Schiedsrichtern auseinandergesetzt. Gemein ist den Entscheidungen die Ansicht, dass gewisse Haftungsprivilegierungen auch im Kontext der (internationalen) Schiedsgerichtsbarkeit greifen müssen, um die Institution der Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu gefährden. Insoweit kommt sie in der Regel nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht.⁶⁶

62 I. Brownlie/J. Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, 8. Aufl. 2019, S. 619 f. mit Verweis auf *Azinian v. United Mexican States*, 1999, 5 ICSID Reports 269 (290).

63 Ebenda.

64 Dazu etwa J. Meyer-Ladewig/B. Peters, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 4. Aufl. 2017, Art. 35, Rn. 8 ff.

65 S. dazu etwa M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2017, S. 153 ff.; S. D. Franck, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 20 (2000), S. 1 ff.; M. Rasmussen, *Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England, and France*, *Fordham Int'l L. J.* 26 (2003), S. 1824 ff.; J. Lew (Hrsg.), *The Immunity of Arbitrators*, 1990; J. Gal, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 2009.

66 S. etwa die Entscheidungen des spanischen Supreme Court v. 15.02.2017 – 102/2017 – Puma und Supreme Court v. 22.06.2009 – 429/2009.

Die meisten internationalen Schiedsordnungen haben das Thema der Haftung inzwischen aufgegriffen. So enthält die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung (*UNCITRAL Arbitration Rules*) in der Fassung aus dem Jahre 2010 erstmals eine eigene Regelung über eine Haftung von Schiedsrichtern bei internationalen Schiedsstreitigkeiten. Art. 16 (*Exclusion of Liability*) sieht vor:

»Save for intentional wrongdoing, the parties waive, to the fullest extent permitted under the applicable law, any claim against the arbitrators, the appointing authority and any person appointed by the arbitral tribunal based on any act or omission in connection with the arbitration.«

Die Vorschrift ist relativ neu, sodass offenbar bei der Neuformulierung der UNCITRAL-Schiedsregeln ein Bedürfnis dafür gesehen wurde, Schiedsrichter vor »nachlaufenden Haftungsprozessen« zu schützen.⁶⁷ Die Formulierung des Art. 16 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung scheint nahezulegen, dass es im Bereich des internationalen Schiedsverfahrensrechts zunächst eine Frage der jeweiligen Schiedsvereinbarung ist, wie eine potenzielle Haftung eines Schiedsrichters bzw. eines Arbitration Court ausgestaltet ist. Tatsächlich verweist Art. 16 aber vollumfänglich auf den Schutzstandard des anwendbaren Rechts, d. h. maßgeblich sind die Bestimmungen des nationalen Rechts, das die Vertragspartner ihrem Vertrag zugrunde gelegt haben. Im nationalen Recht sind in der Regel aber umfassende Haftungsbefreiungen für Schiedsrichter vorgesehen.⁶⁸ Sie sind etwa im U. S.-Recht Richtern weitgehend gleichgestellt und genießen ein hohes Maß an Haftungsimmunität. Dies gilt ebenso für das englische und französische Recht.⁶⁹ Und auch im deutschen Recht werden Schiedsrichter in einem hohen Maß geschützt.⁷⁰

Auch die institutionalisierten Schiedsgerichte verfügen häufig in ihren Statuten über Bestimmungen, die eine Haftung minimieren bzw. ausschließen sollen.⁷¹ Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang etwa auf Art. 34 der ICC Arbitration Rules, Art. 31.1 der LCIA Rules oder Art. 35 der AAA International Arbitration Rules. Diese Vorschriften enthalten jeweils weitgehend Haftungsbefreiungen, die allerdings zunehmend kritisch gesehen werden.⁷² Mit ihnen werden in erster Linie Institutionen von einer Haftung aus-

67 Eingehend dazu D. D. Caron/L. M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, 2. Aufl. 2013, S. 325 ff.

68 Dazu § 4 C. II. 6. und § 8 B. III. 4. a) bb) (2).

69 M. Rasmussen, *Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England, and France*, *Fordham Int'l L. J.* 26 (2003), S. 1824 ff.

70 BGH v. 19.11.1964 – VII ZR 8/63, BGHZ 42, 313 (316); BGH v. 22.04.1965 – VII ZR 15/65, BGHZ 43, 374 (376).

71 M. Rasmussen, *Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England, and France*, *Fordham Int'l L. J.* 26 (2003), S. 1824 ff. (1836 ff.).

72 Dazu eingehend M. Rasmussen, *Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in The United States, England, and France*, *Fordham Int'l L. J.* 26 (2003), S. 1824 ff. (1874 f.).

genommen, die Dienstleistungen auf der Grundlage eines Vertrags mit den jeweiligen Parteien erbringen.