

5. Teil:
Die Haftung der Dritten Gewalt
als Baustein einer *judicial accountability*
(Funktionen – Kontexte – ergänzende Instrumente)

§ 15: Die Haftung der Dritten Gewalt als Baustein einer *judicial accountability*

A. Die Dritte Gewalt als verantwortliche Staatsgewalt

Die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt ist ein wichtiger Baustein der komplexen Verantwortlichkeitsstrukturen, die der richterlichen Tätigkeit zugrunde liegen und die die Dritte Gewalt in modernen Gesellschaften legitimieren. Sie ist nicht nur eine unabhängige Staatsgewalt, sondern zugleich immer auch eine verantwortliche Staatsgewalt. Im Rahmen einer *judicial accountability* – also im Verhältnis zu den Instrumenten, die die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt *ex ante* und *ex post* insgesamt sichern sollen¹ –, zeigt sich, dass die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt aufgrund ihrer »dezentralen Kontrollwirkung« (sie basiert letztlich auf Schadensersatzklagen vor den Zivilgerichten) und aufgrund ihrer vergleichsweise klaren Strukturen eine besonders wichtige Rolle spielen kann, wenn es darum geht, die Legitimation der Dritten Gewalt zu sichern (B.). Das kann für eine Reihe weiterer Instrumente, die im Kontext einer *judicial accountability* diskutiert werden, nicht in derselben Weise gelten (etwa in Bezug auf Qualifikationsanforderungen,² Begründungspflichten³ oder die Öffentlichkeits- und Medienverantwortlichkeit⁴). Zudem erweist sich die Haftungsverantwortlichkeit als vergleichsweise »hartes« Instrument, um Legitimation zu stiften. Eine ähnlich direkte »Durchgriffswirkung« kommt in diesem Zusammenhang nur dem dienstaufsichts- bzw. disziplinarrechtlichen Instrumentarium, einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit (§ 339 StGB⁵) oder einer Richteranklage gem. Art. 98 Abs. 2 GG zu.⁶ Neben diesen »harten« Instrumenten zur Gewährleistung der Rechtsbindung gibt es zudem informelle Mechanismen, die ebenfalls die Rechtsbindung der Richter und damit die *accountability* der

1 S. dazu § 2 D.

2 A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 312 ff.

3 U. Kischel, Die Begründung, 2003, S. 176 ff.; J. Hilpert, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts?, 2019, S. 202 ff.

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

5 Dazu § 8 B. V. 1.

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

Dritten Gewalt sichern, wie z. B. die allgemeine Gerichtsöffentlichkeit⁷ sowie die sog. »amtliche Urteilsschelte«.⁸

Die Funktion einer Haftung kann heute weder im deutschen Recht noch auf der Ebene des Europa- oder des Völkerrechts auf die reine Kompensation von Schäden reduziert werden (dazu C.). Vielmehr ist es zu einer bemerkenswerten Pluralisierung der Haftungsfunktionen gekommen.⁹ Zu beachten ist auch, dass in den letzten Jahren neue Instrumente an Bedeutung gewonnen haben, die die »Qualität« richterlicher Arbeit sichern sollen, wie z. B. eine richterliche Berufsethik (dazu D.), und die dazu beitragen können, Haftungsfällen vorzubeugen.

Aus rechtsstaatlicher Perspektive ist es allerdings bedenklich, dass spezifische Regelungen zur Haftung der Dritten Gewalt kaum verfügbar sind, obwohl das Phänomen inzwischen eine beträchtliche Bedeutung gewonnen hat. Ob etwa die Strukturen der Amtshaftung gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG und einige spezielle Vorschriften wie § 198 GVG oder der auch auf die Dritte Gewalt anwendbare Art. 82 DS-GVO heute ausreichen, um die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt angemessen zu kanalisieren, ist zweifelhaft. Sie werden jedenfalls der »gesonderten« Stellung der Dritten Gewalt (K. Hesse) kaum noch gerecht. Dennoch steht in Deutschland eine Reform des Staatshaftungsrechts – und damit der Haftung der Dritten Gewalt – derzeit nicht auf der Agenda. Der letzte Versuch einer Reform, das Staatshaftungsgesetz von 1981, ist vom Bundesverfassungsgericht schon gut ein Jahr nach seinem Inkrafttreten aufgehoben worden.¹⁰ In seinem Urteil hat das Gericht die Reformbedürftigkeit des deutschen Staatshaftungsrechts zwar nicht in Frage gestellt. Gleichwohl stockt die Debatte über entsprechende Reformen seitdem und kommt über politische Lippenbekenntnisse nicht hinaus (dazu E.).¹¹ Nahezu alle Impulse gehen insoweit vom Unionsrecht bzw. der EMRK aus.¹²

Doch auch das EU-Recht kennt keine spezielle Regelung über die Haftung der Dritten Gewalt. Sie könnte auch nur durch die Mitgliedstaaten im Wege

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

8 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 163 ff.; R. Mishra, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, 1997.

9 Dies gilt nicht nur für die Haftung der Dritten Gewalt, sondern steht für eine allgemeine Entwicklung, s. H. Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, S. 9 ff.; G. Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag 2006, A. 16 ff.

10 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 – Staatshaftungsgesetz.

11 Dazu B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff.

12 Dazu jüngst BVerfG v. 19.05.2023 – 2 BvR 78/22, NJW 2023, 2632; s. dazu A. Gietl/D. Amberger, Menschenrechtliche Herausforderung für das Staatshaftungsrecht, NJW 2023, S. 3468 ff.

der Vertragsänderung gem. Art. 48 EUV geschaffen werden.¹³ Bislang hat hier der EuGH die Aufgabe, die (allgemeine) außervertragliche Haftung der EU gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV zu konkretisieren.¹⁴ Das führt zu der problematischen Situation, dass die Konkretisierung der Standards, die einer Haftung der Dritten Gewalt auf der Ebene der EU zugrunde liegen, zunächst in den Händen der Dritten Gewalt selbst liegt. Zwar ist das Staatshaftungsrecht auch in Deutschland stark durch die richterliche Praxis geprägt worden, daraus folgt aber nicht, dass ein solcher Ansatz auch auf der Ebene der EU zu verfolgen ist.

Das Völkerrecht kennt nur vereinzelt Regelungen, die spezifisch die Haftung der Dritten Gewalt adressieren. Während insbesondere die EMRK und einige Investitionsschutzverträge recht klare Haftungs- und Entschädigungsregelungen auch für den Fall des judikativen Unrechts kennen, muss sich eine solche Haftung ansonsten auf die recht allgemeinen Standards der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit stützen.

B. Haftungsverantwortlichkeit und Legitimationsanspruch der Dritten Gewalt

Nach dem Grundgesetz wird die notwendige demokratische Legitimation der Dritten Gewalt in erster Linie über ihre Rechtsbindung hergestellt.¹⁵ Allerdings reicht der Verweis auf die Rechtsbindung angesichts des Wandels der Dritten Gewalt und ihrer »Machtfülle« nicht immer aus, um ihre Tätigkeit hinreichend an das Volk, in dessen Namen sie Recht spricht, rückanzubinden (dazu I.). Dies gilt sicher auch in Bezug auf die europäischen Gerichte und erst recht in Bezug auf internationale Gerichte.¹⁶ Insoweit können ggf. weite-

13 Eingehend zu den entsprechenden Voraussetzungen *H.-J. Crämer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 48 AEUV, Rn. 3 ff. Eine andere Frage ist dagegen, ob ein solches Szenario derzeit wahrscheinlich ist.

14 *J. P. Terhechte*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 7.

15 S. Art. 97 GG.

16 *C. D. Classen*, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, *JZ* 2003, S. 693 ff.; *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 101 ff.; *A. Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 190 ff.; *S. Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006, S. 76 ff.; *A. Voßkuhle/G. Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, *JZ* 2002, S. 673 ff.; *K. Rennert*, Legitimation und Legitimität des Richters, *JZ* 2015, S. 529 ff.; *N. Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, 2016; *C. Möllers*, Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?, in: A. Geis/F. Nullmeier/C. Daase (Hrsg.), *Leviathan Sonderband* 27, 2012, S. 398 ff.; *M. Köhler*, Die Judikative zwischen Justizhoheit und Justizstaat: En quelque façon nulle. Zur Legitimation der Rechtsprechung im rechtsstaatlichen Institutionengefüge, in: *FS Götz Landwehr*, 2015, S. 365 ff.

re *accountability*-Mechanismen helfen, die Legitimation der Dritten Gewalt zu sichern, indem sie in einer Gesamtschau dazu beitragen, das notwendige Legitimationsniveau¹⁷ für eine Staatsgewalt im Wandel zu sichern (II.). Dass der Haftung der Dritten Gewalt in diesem Zusammenhang eine wichtige Funktion zukommen kann (dazu III.), liegt angesichts der jüngeren Entwicklungen auf der Hand. Allerdings sind hier die Grenzen zu beachten, die das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit zieht (IV.).

Eine Haftung der Dritten Gewalt ist so ein »Baustein«, um ihre Verantwortlichkeit und damit letztlich ihre demokratische Legitimation zu sichern.¹⁸ Auch wenn die Rede von »Bausteinen« usw. bisweilen kritisch gesehen wird (als Ausdruck einer »pluralistischen Legitimationstheorie« im Widerstreit mit einer eher »monistischen« Konzeption¹⁹),²⁰ so ist doch nicht zu übersehen, dass sich die Rahmenbedingungen, die dieser Diskussion zugrunde liegen, in den letzten Jahren grundlegend gewandelt haben. So haben etwa die verschiedenen Krisen der letzten Jahre, die Europäisierung und die Internationalisierung der Verfassungs- und Rechtsordnung sowie die Digitalisierung dazu beigetragen, dass sich die Anforderungen an die Legitimation von Staatsgewalt unter dem Grundgesetz verändert haben.²¹ Insofern wirken

17 Dazu etwa U. Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 302 ff.

18 Kritisch zum Begriff »Legitimationsbaustein« M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015, S. 75 mit Verweis auf BVerfG v. 10.12.1974 – 2 BVK 1/73, 2 BvR 902/73, BVerfGE 38, 258 (274); BVerfG v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (71); BVerfG v. 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (67); BVerfG v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 (87); A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff. (675); E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974 (2. Aufl. 1998), S. 79 f.; zum Verhältnis von Legitimation und *accountability* s. etwa J. Black, Legitimacy, accountability and polycentric regulation: Dilemmas, trilemmas and organisational response, in: A. Peters/L. Koehlin/T. Förster/G. F. Zinkernagel (Hrsg.), Non-State Actors as Standard Settlers, 2008, S. 137 ff. (149): »Accountability relationships, it is suggested, are a critical element in the construction and contestation of legitimacy claims by both regulators and legitimacy communities, as they are the means by which legitimacy communities seek to ensure that their legitimacy claims are met, and that their evaluations of the legitimacy of regulators are valid. In seeking »accountability«, legitimacy communities are seeking to form or validate the congruence between (their understandings of) the regulators' roles and activities and their own legitimacy claims and, where necessary, to bring regulators closer to meeting those claims. (...) However, it is suggested that a more specific description of the relationship of accountability and legitimacy in a regulatory context is that perceptions of the right to govern (legitimacy) depend (in whole or in part) on whether or not the actor is accepted as having appropriate accountability relationships with others, often including, but not necessarily confined to, the person whose perception is in question.«

19 Dazu U. Schliesky, Legitimität, 2020, S. 47 ff.

20 Kritisch bezogen auf »Legitimationsbausteine« etwa E. Peuker, Bürokratie und Demokratie in Europa, 2011, S. 178 ff.

21 Zu den entsprechenden Herausforderungen etwa J. P. Terhechte, Wandel klassischer Demokratieverstellungen in der Rechtswissenschaft – Europäisierung und Internationalisierung als Herausforderung, in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 193 ff.

sich Veränderungen der Demokratie immer auch auf ihre Legitimationsanforderungen aus.²² Dies betrifft nicht zuletzt die Dritte Gewalt.

Entsprechend bemühen sich Forschungsarbeiten zur Dritten Gewalt seit geraumer Zeit, »alternative« oder »neue« Legitimationsformate zu entwickeln.²³ Insoweit sind nicht nur neue Legitimationsformen (etwa die Öffentlichkeitsbeteiligung²⁴ auch hinsichtlich von Partizipationselementen in der Judikative²⁵) von Interesse, sondern auch die aus dem Bereich des Verwaltungsrechts bzw. der EU stammende Diskussion über eine sog. Output-Legitimation.²⁶ Bei der Übertragung der jeweiligen Diskussionen auf die Legitimation der Dritten Gewalt ist allerdings Vorsicht geboten. Sowohl auf der staatlichen Ebene als auch auf der europäischen und internationalen Ebene hat die Dritte Gewalt schon aufgrund der notwendigen richterlichen Unabhängigkeit eine Art Sonderstatus, sodass jeweils auch spezifische Legitimationsanforderungen greifen. Einige Legitimationsformate, die Verwaltungshandeln rechtfertigen (z. B. Weisungen), können bezogen auf die Dritte Gewalt daher keine Bedeutung haben.

I. Legitimation der Dritten Gewalt im Wandel

1. Legitimationsanforderungen an die Dritte Gewalt

Das Grundgesetz legt in Art. 20 Abs. 2 S. 1 fest, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Für dieses Volk wird sie gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG in Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.²⁷ Mit dieser Bestimmung wird die funktionell-institutionelle Legitimation der Dritten Gewalt

-
- 22 U. Schliesky, Legitimität, 2020, S. 9 ff., S. 47 ff.; s. auch M. Jesteadt, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenheitspartizipation oder plurale Legitimation?, in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 3 ff.
- 23 A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 145 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 642 ff.
- 24 B. Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020.
- 25 S. dazu D. Steiger, Der partizipative Staat, 2023, S. 375 ff.
- 26 F. Scharpf, Regieren in Europa, 1999, S. 17 ff., S. 20 ff.; zur Input- und Output-Legitimation U. Schliesky, Legitimität, 2020, S. 133 ff.
- 27 T. Würtenberger, Die Legitimität staatlicher Herrschaft, 1973; C. D. Classen, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009; C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 112 ff.; P. Brandl-Michel, Maßstäbe demokratischer Legitimation, 2021; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle, GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20, Rn. 142 ff.; M. Kotzur, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20, Rn. 107 ff.; zur Entwicklung V. Neumann, Volkswille, 2020, S. 223 ff.; U. Schliesky, Legitimität, 2020 (hier insbesondere auch zu den Herausforderungen durch die Digitalität ab S. 62 ff.).

unmittelbar im Grundgesetz verankert: Rechtsprechung im Sinne des Grundgesetzes ist damit immer schon legitime Staatsgewalt.²⁸

Das heißt aber nicht automatisch, dass die konkrete Tätigkeit der Dritten Gewalt auch schon legitimiert ist. Vielmehr greifen hier unterschiedliche Formen der Legitimation ineinander. So geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass ein »hinreichendes« Maß an Legitimation durch das Zusammenwirken verschiedener Legitimationsformen erreicht werden kann, wobei es auf das »Zusammenwirken« dieser Formen in besonderer Weise ankommt.²⁹ Neben die funktionell-institutionelle Legitimation treten so insbesondere die personell-organisatorische und die sachlich-inhaltliche Legitimation.³⁰

Beide Legitimationsformen sind in Hinblick auf die Dritte Gewalt nicht unproblematisch, denn hinsichtlich der personell-organisatorischen Legitimation wird insbesondere in Deutschland schon lange über die Frage gerun-

-
- 28 BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (125): »Die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden. Aus dem Umstand, daß allein die Mitglieder des Parlaments unmittelbar vom Volk gewählt werden, folgt nicht, daß andere Institutionen und Funktionen der Staatsgewalt der demokratischen Legitimation entbehren. Die Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt beziehen ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 Abs. 2 GG getroffenen Entscheidung des Verfassungsgebers.«; s. auch BVerfG v. 31.10.1990 – 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, BVerfGE 83, 37 (50 ff.) – Ausländerwahlrecht I; BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 (182 ff.) – Maastricht; BVerfG v. 24.05.1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 (65 ff.) – Mitbestimmung; BVerfG v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 (86 ff.) – Lippeverband.
- 29 BVerfG v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (71 ff.) – Ausländerwahlrecht II: »Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG gestaltet den Grundsatz der Volkssouveränität aus. Er legt fest, daß das Volk die Staatsgewalt, deren Träger es ist, außer durch Wahlen und Abstimmungen durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausübt. Das setzt voraus, daß das Volk einen effektiven Einfluß auf die Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe hat. Deren Akte müssen sich daher auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt. Für die Beurteilung, ob dabei ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (...) unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation Bedeutung nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Dieses kann bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein; innerhalb der Exekutive ist dabei auch die Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung zu berücksichtigen.«; eingehend auch E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 23 ff.
- 30 BVerfG v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60 (71 ff.) – Ausländerwahlrecht Hamburg.

gen, wie Richter eigentlich ins Amt kommen.³¹ Umstritten sind die entsprechenden Verfahren nicht nur auf Landesebene, sondern insbesondere auch für das Bundesverfassungsgericht.³² Denkbar sind insoweit verschiedene Verfahren, wobei auffällig ist, dass die Absicherung der personell-organisatorischen Legitimation durch Wahlen der Richter in Europa kaum praktiziert wird und inzwischen verbreitet auf Ablehnung stößt.³³ Das ist schon deshalb interessant, weil Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG dieser Form der Legitimation einen breiten Raum einräumt, wenn nicht sie klar favorisiert.³⁴ Schon vor diesem Hintergrund muss der sachlich-inhaltlichen Legitimation der Dritten Gewalt, die in Form ihrer Rechtsbindung ebenfalls unmittelbar auf der Ebene der Verfassung verankert ist (Art. 97 GG), eine wichtige Rolle zukommen (dazu 2.).³⁵

Der Legitimationsanspruch der unionalen Dritten Gewalt stützt sich funktionell-institutionell insbesondere auf Art. 13 EUV und Art. 19 EUV sowie mittelbar auf das Bekenntnis der EU zum Rechtsstaatsprinzip in Art. 2 EUV.³⁶ Vergleichbar zur Rechtslage in Deutschland wird personell-organisatorische Legitimation für »Europas Richter« über ein vielschichtiges Auswahl- und Ernennungsverfahren sichergestellt.³⁷ Dagegen ist mit der sachlich-inhaltlichen Legitimation des EuGH in Form der Bindung an das Unionsrecht fast immer die Frage mit seiner Befugnis zur Fortbildung des Unionsrechts verbunden. Gerade in den letzten beiden Dekaden musste der EuGH zusehends nicht nur seine Befugnis zur Rechtsfortbildung, sondern seine Position im europäischen Rechtsprechungsverbund bzw. im europäischen Verfassungsgerichtsverbund behaupten. Mit anderen Worten: Mit der

31 Jüngst dazu *T. Fischer*, Sollte die Bundesrichterwahl reformiert werden?, LTO v. 02.02.2024, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/fischer-eine-frage-auswahlverfahren-richter/> (Letzter Aufruf: 25.03.2024).

32 *A. Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 114 ff.

33 Rechtsvergleichend dazu *M. Malolepszy* (Hrsg.), Die Kriterien und Verfahren der Richterwahl für die ordentliche Gerichtsbarkeit in Europa im Rechtsvergleich, 2019; anders dagegen die Situation in einigen Bundestaaten der USA, s. dazu eingehend *J. Handelsman Shugerman*, The People's Courts. Pursuing Judicial Independence in America, 2012; kritisch zu den Richterwahlen in den USA etwa *P. J. DeMuniz*, Politicizing State Judicial Elections: A Threat to Judicial Independence, *Willamette L. Rev.* 38 (2002), S. 367 ff.

34 Zumindest sind Wahlen und Abstimmungen die einzigen Verfahren zur Herstellung und Absicherung von Legitimation, die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich Erwähnung finden, s. etwa *M. Kotzur*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, 7. Aufl., Art. 20 Rn. 50 ff.

35 *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 54 ff.

36 Eingehend dazu *C. Krenn*, The Procedural and Organisation Law of the European Court of Justice. An Incomplete Transformation, 2022.

37 *A. von Bogdandy/C. Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, *JZ* 2014, S. 529 ff.; *M. Bobek* (Hrsg.), Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts, 2015.

Frage der sachlich-inhaltlichen Legitimation des EuGH ist immer auch die nach Legitimation der EU insgesamt verbunden.³⁸

Es liegt in der Natur der Sache, dass für internationale Gerichtshöfe und Tribunale die Frage nach der Legitimation von besonderem Interesse ist.³⁹ Sie leitet sich zunächst aus dem Willen der Staaten ab, internationale Gerichtshöfe und Tribunale einzurichten und sich ggf. ihrer Jurisdiktion zu unterwerfen. Das beantwortet allerdings nur die Frage nach ihrer funktionell-institutionellen Legitimation. Während die personell-organisatorische Legitimation der jeweiligen Richter mitunter durch Wahlen etc. sichergestellt wird, ist die sachlich-inhaltliche Legitimation zunächst durch die Bindung an die jeweiligen internationalen Verträge (also das »Völkerrecht«) bzw. die konkreten Verfahrensstatuten gewährleistet. Für internationale Schiedsgerichte liegt die Situation insofern anders, weil schon die personell-organisatorische Legitimation von Schiedsrichtern Probleme aufwirft.⁴⁰ Weil auch ihre Rechtsbindung mitunter als prekär angesehen wird, ist gerade diese Gerichtsbarkeit auf ergänzende Legitimationsbausteine angewiesen. Dass hierbei – übergreifend – eine Art »judizielle Selbstlegitimation« greift, zeigt das Verhältnis von Rechtsbindung und Richterrecht (bzw. richterrechtlich geschaffene Verantwortungsregime).

2. Die Haftung der Dritten Gewalt zwischen Rechtsbindung und Richterrecht

Die Sollbruchstelle im Rahmen von Diskussionen über die Legitimation der Dritten Gewalt ist seit jeher das Phänomen des »Richterrechts«, das insbesondere vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung und der Rollenzuweisung des Grundgesetzes an die Dritte Gewalt herausfordernd ist.⁴¹ Dass eine mo-

38 M. Höreth, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma. Zur Rechtfertigung des Regierens jenseits der Staatlichkeit, 1999.

39 Dazu etwa A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen?, 2014; H. Grant Cohen/A. Follesdal/N. Grossman/G. Ulfstein (Hrsg.), Legitimacy and International Courts, 2018; H. Ruiz Fabri/A. Chaib/I. Venzke/A. von Bogdandy (Hrsg.), International Judicial Legitimacy. New Voices and Approaches, 2020; N. Grossmann, Legitimacy and International Adjudicative Bodies, GWILR 107 (2009), S. 110 ff.; L. R. Helfer/K. J. Alter, Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts, TIL 14 (2013), S. 479 ff.

40 P. B. Donath, Proliferation und Legitimation der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016.

41 Eingehend dazu J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975; F. Müller, Richterrecht, 1986; H. Sendlner, Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl. 1988, S. 828 ff.; M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, 1997; C. Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118 ff.; G. Hirsch, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung. Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt, 2003; B. Pieroth/T. Auel, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504 ff.; C. Hillgruber, »Neue Methodik« – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S. 745 ff.; C. Möllers, Nachvollzug ohne Maßstabbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009,

derne Rechtsordnung ohne Richterrecht nicht auskommen kann, ist ein Gemeinplatz.⁴² Zugleich liegt ein vieldiskutierter und nie wirklich aufgelöster Widerspruch darin begründet, dass Richter einerseits an das Recht gebunden sind, andererseits aber das Recht fortbilden bzw. Richterrecht schaffen oder setzen. Zwar werden mitunter Zweifel angemeldet, ob das Richterrecht im Verhältnis zu Parlamentsgesetzen tatsächlich in dem Maße problematisch ist, wie insbesondere in den binnenjuristischen Debatten behauptet wird.⁴³ Betrachtet man allerdings die Rolle, die die Dritte Gewalt heute in modernen Gesellschaften spielt (dazu II.), so wird man richterliche Rechtsfortbildung oder – drastischer formuliert – die Setzung von Recht durch Richter kaum als eine Art »Seitenphänomen« einordnen können.⁴⁴ Und selbst bei *Niklas Luhmann* galt schon die richterrechtliche Prägung des Haftungsrechts als ein Feld, in dem Richterrecht besondere Wirksamkeit erlangt hat.⁴⁵ Doch auch andere Rechtsgebiete sind inzwischen kaum noch ohne die Prägung durch die Dritte Gewalt zu denken.⁴⁶ Entscheidend ist aber etwas anderes: Wenn Richterrecht allseits akzeptiert neben die Rechtsetzung durch Parlamente tritt, wird die Bindung an das Recht als Legitimationsquelle des Richters zur Illusion.⁴⁷ Die Legitimation der Dritten Gewalt kann dann nur auf besonderen Verfahren bzw. Verfahrensmodalitäten und klaren Verantwortlichkeitsstrukturen beruhen.

S. 668 ff.; C. Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012; M. *Pazyandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2015; F. *Kruse*, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 2019.

- 42 Dazu N. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 2. Aufl. 1997, S. 304 ff. Entsprechend geht auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung von der Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung aus, s. nur BVerfG v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 – Soraya; 82, 6 (12); BVerfG v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, BVerfGE 128, 193 (209 f.).
- 43 N. *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl. 1997, S. 237 f.: »Der Lerneffekt ist gering zu veranschlagen. Das gilt für die Erwartungen der Betroffenen, aber auch für die von Juristen so hoch eingeschätzte ›richterliche Rechtsfortbildung‹. Gewiß gibt es Fälle, in denen Richterrecht soziologisch tiefende Strukturveränderungen herbeigeführt hat, die sich in der Fallpraxis aufdrängen. Im Allgemeinen aber stehen im Rechtsanwendungsprozeß weder die Mittel zur Prüfung von Alternativen, Wahrscheinlichkeiten und Folgenverkettungen noch die Freiheiten zur Konstruktion prinzipieller Alternativen oder Neuansätze zur Verfügung.«
- 44 Früh dazu etwa O. *Bachof*, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959, S. 7 ff.
- 45 N. *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl. 1997, S. 238 Fn. 9.
- 46 Dazu N. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 2. Aufl. 1997, S. 306: »Obwohl man durchaus sieht, daß das ›Richterrecht‹ in manchen Bereichen viel bedeutsamer sein kann als das Gesetzesrecht!«; s. am Beispiel des Baurechts R. *Wahl*, *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, 2006, S. 55: »Speziell in Deutschland hat sich im generellen Rahmen eines kodifikationsorientierten Rechtsordnung ein breiter Anteil, mehr als die Hälfte der Rechtserzeugung durch das Richterrecht etabliert.«; eingehend am Beispiel des Umweltrechts auch R. *Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, S. 287 ff.
- 47 Dazu M. *Jesteadt*, in: *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, in: C. Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49 ff.

Vor diesem Hintergrund ist auch zu bedenken, dass das Staatshaftungsrecht in Deutschland in weiten Teilen richterrechtlich geprägt ist.⁴⁸ Mit anderen Worten: Nicht nur die Konkretisierung der Voraussetzungen für eine Haftung der Dritten Gewalt liegt in der Hand der Dritten Gewalt, sondern mitunter schon die Formulierung der jeweiligen Voraussetzungen. Dies ist womöglich eine wesentliche Ursache – neben der Untätigkeit des Gesetzgebers – dafür, dass die Haftung der Dritten Gewalt durch zahlreiche ungeschriebene Voraussetzungen und einschränkende Auslegungspraxen zerklüftet und mitunter kaum praktikabel ist.⁴⁹

Auf der Ebene der EU verkörpert die Frage nach der Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung zwar auch eine »Ewigkeitsfrage der Jurisprudenz«,⁵⁰ indes sind die Interessenlagen hier anders zu sortieren: Bei der richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH steht immer auch die Verbandskompetenz der EU in Rede. Das hat den EuGH allerdings in seiner 70-jährigen Geschichte nicht davon abgehalten, einen stark »evolutiven Ansatz« an den Tag zu legen und durch wegweisende Urteile, die europäische Integration entscheidend mitzugestalten. Tatsächlich spielt die »*Judicial Construction of Europe*« (*Stone Sweet*) für den Prozess der Integration bis heute eine überragende Rolle.⁵¹ Der EuGH hat aus der Aufgabe, das Recht zu wahren (Art. 19 Abs. 1 EUV) immer auch abgeleitet, dass er für die Fortbildung des Unionsrechts zuständig ist.⁵² Ob allerdings hieraus das Mandat abgeleitet werden kann, auch künftig die europäische Verfassungsordnung in grundsätzlicher

48 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 5 f.

49 Zur Bedeutung des Richterrechts für das deutsche Staatshaftungsrechts F. Schoch, Effektuierung des Sekundärrechtsschutzes, DV 34 (2001), S. 261 ff. (288 f.).

50 Zum Begriff s. J. A. Frowein, Randbemerkungen zu den Grenzen des Richterrechts in rechtsvergleichender Betrachtung, in: FS der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 555 ff. (557); zur Rechtsfortbildung im EU-Recht s. etwa K.-H. Ladeur, Richterrecht und Dogmatik – eine verfehlt Konfrontation? – Eine Untersuchung am Beispiel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, KritV 1996, S. 77 ff.; U. Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 ff.; N. Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011; U. Di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa, 2012; C. Calliess, Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 28, 2005, S. 1 ff.; K. Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009; A. Vincze, Die unionsrechtliche Rechtsfortbildung zwischen Mythos und Realität, GVRZ 2019, S. 2 ff.; I. Augsberg, Let Us Compare Methodologies. Methodenvergleich und Europäisches Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, Europarecht-Beiheft 1/2016, S. 29 ff.; M. Kment, Auslegung und Fortbildung des EU-Rechts durch den EuGH, in: M. Kment (Hrsg.), Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofes auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht, 2020, S. 1 ff.

51 A. Stone Sweet, The Judicial Construction of Europe, 2004.

52 Dazu eingehend U. Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 ff.

Weise zu formen, ist zumindest zweifelhaft.⁵³ Dies hängt nicht zuletzt davon ab, welche Stränge den EuGH legitimieren.⁵⁴

Bemerkenswert ist, dass auf der Ebene des EU-Rechts die Entscheidung über die Ausgestaltung der richterlichen Haftungsverantwortung ebenso wie in Deutschland maßgeblich in den Händen der Unionsgerichtsbarkeit liegt. Der EuGH hat nach anfänglichem Straucheln auf der Grundlage von Art. 340 Abs. 2 AEUV eine Linie gefunden, die von einer gewissen Zurückhaltung geprägt ist: Während nach wie vor unklar ist, ob der Gerichtshof haftungsrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, ist dieses für das Gericht (sowie die mitgliedstaatlichen Gerichte) grundsätzlich möglich. Es ist insoweit interessant, dass das EPGÜ hinsichtlich des Einheitlichen Patentgerichts ausdrückliche Haftungsregeln enthält.⁵⁵ Das unterstreicht die Bedeutung, die eine Haftung im System des Rechtsschutzes auf der Ebene der EU und zwischen den Mitgliedstaaten und der EU insgesamt spielen kann. Dass aber die Frage nach der Legitimation der Dritten Gewalt und ihrer Haftungsverantwortlichkeit zusammengehören, spiegelt dieser Ansatz deutlich wider.

Die Frage, in welchem Umfang schließlich internationale Gerichte zu einem »rule-making« befugt sind und hierbei auch über ihre eigene Verantwortlichkeit entscheiden, ist zumindest in diesem »Zweiklang« bislang nur selten thematisiert worden. Die Diskussion konzentriert sich seit jeher ganz auf die Frage, ob internationale Gerichte überhaupt zu einer Rechtsfortbildung befugt sind,⁵⁶ weniger aber auf die richterrechtliche Herausbildung von »Verantwortlichkeitsregimen«.⁵⁷ Aufgrund des im Völkerrecht dominierenden Staatenwillens wirft Richterrecht auf der völkerrechtlichen Ebene jedenfalls besondere Probleme auf, auch wenn außer Frage stehen dürfte, dass auch hier das Richterrecht eine wichtige Rolle spielt. Legitimiert wird eine Rechtsfortbildung im Völkerrecht mit dem Verbot des *deni de justice*,

53 A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022.

54 S. dazu A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff.

55 Vgl. Art. 5 EPGÜ.

56 A. Boyle/C. Chinkin, The Making of International Law, 2007, S. 266 ff. (Chapter 6); A. von Bogdandy/I. Venzke, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, GLJ 12 (2011), S. 979 ff.; M. Breuer, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR, ZöR 2013, S. 729 ff.; T. Milej, Entwicklung des Völkerrechts. Der Beitrag internationaler Gerichte und Sachverständigengremien, 2014; G. I. Hernández, International Judicial Lawmaking, in: C. Brölmann/Y. Radi (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making, 2016, S. 200 ff.; O. Sender, International Law-Making by the International Court of Justice and International Law Commission, 2024; s. auch U. Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, 1991, S. 108 ff. (zu Urteilen als Rechtsquellen des Völkerrechts) und zur Rolle der staatlichen Gerichte s. K. F. Gärditz, Die Legitimation der Justiz zur Völkerrechtsfortbildung, Der Staat 47 (2008), S. 381 ff.

57 Dazu J. P. Terhechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct, GLJ 10 (2009), S. 501 ff.

das letztlich überall als »Motor« einer judiziellen Rechtserzeugung dient.⁵⁸ Das erklärt, warum alle Formen einer *judicial accountability* im Völkerrecht eine besondere Rolle spielen, was Fragen der Haftungsverantwortlichkeit miteinschließt.

Dagegen basiert die Legitimation von privaten (Handels-)Schiedsgerichten in erster Linie auf der jeweiligen Schiedsvereinbarung und damit letztlich auf der Privatautonomie der Schiedsparteien. Die Frage der Legitimation stellt sich hier scheinbar aus einer anderen Perspektive, denn auf den ersten Blick geht es nicht um die Rückanbindung der Schiedsgerichte an das Volk, sondern speziell um die Rückanbindung des Schiedsverfahrens an den Parteiwillen. Die Zulässigkeit der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit (oder allgemeiner der »privaten Justiz«) ist damit zunächst keine Frage der demokratischen Legitimation.⁵⁹ Entscheidend ist, dass sie mit Art. 92 GG vereinbar sind. Dass die Frage der Haftung der privaten Schiedsgerichte in Deutschland ebenfalls im Wege des Richterrechts durch eine Art »privates Spruchrichterprivileg« begrenzt wird, zeigt letztlich zweierlei: 1. Die staatliche Dritte Gewalt hat seit jeher der Versuchung widerstanden, die private Justiz »an die Leine zu legen«, und – damit verbunden – 2. in Fragen der Haftung wird eine Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Justiz zunehmend schwieriger.⁶⁰

Bei internationalen Schiedsgerichten oder Investor-Staat-Schiedsgerichten liegt die Sache dagegen anders. Durch die direkte Beteiligung von Staaten an Investor-Staat-Schiedsverfahren und der staatlich getragenen Herausbildung einer institutionalisierten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit kann kein Zweifel daran bestehen, dass es einer demokratischen Rückbindung an den Souverän bedarf.⁶¹ Dass hier jeweils erhebliche Legitimationsdefizite

58 Dazu eingehend N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 2. Aufl. 1997, S. 311 ff.; für die Ebene des Völkerrechts s. J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 2005.

59 S. F. Wittreck, *Verfassungsrechtliche (und unionsrechtliche) Rahmenbedingungen privater Justiz*, Bitburger Gespräche 2016: Schiedsgerichtsbarkeit und private Justiz, 2017, S. 31 ff.; W. Distler, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung*, 2000; K. Heller, *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1996; H. Prütting, *Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht*, in: FS Schlosser, 2005, S. 705 ff.

60 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12; s. J. Gal, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, S. 160 ff.; R. Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Aufl. 2016, Rn. 171; kritisch dazu K.-G. Loritz, *Haftungsfragen bei Schiedsrichtern und Mediatoren – zugleich eine kritische Betrachtung des sog. Spruchrichterprivilegs*, in: FS Stürmer, 2013, S. 327 ff.; s. auch A. Ceve, *Civil Liability of Arbitrators*, 2019, S. 405 ff.

61 A. Steinbach, *Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht*, *RabelsZ* 80 (2016), S. 1 ff. (13 ff.); C. Ohler, *Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht*, *JZ* 2015, S. 337 ff.; C. Blotenberg, *Innerstaatliche Umsetzung und demokratische Legitimation von ICSID-Investitionsschiedssprüchen*, 2021; F. N. Rehm, *Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem*, 2009; zum CETA R. Bähr, *Die Einhegung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit*, 2023.

bestehen, ist offensichtlich.⁶² Ebenso offensichtlich ist aber, dass Rechtsfortbildung (bzw. die Schaffung von »Richterrecht«) zum täglichen Geschäft der Schiedsgerichte gehört.⁶³ Und auch in diesem Zusammenhang lässt sich beobachten, dass es zu einer eigenständigen Herausbildung von Verantwortlichkeitsstrukturen gekommen ist, auch wenn die Entwicklung aufgrund der öffentlichen Kritik eine andere ist. Sie hat weitere Formen der Verantwortlichkeit (Transparenz, Begründungen, *Codes of Conduct*) in das Zentrum der Debatte gerückt. Die Haftung der internationalen Schiedsgerichte (»*liability of arbitrators*«) ist in diesem Zusammenhang zu sehen. Ob sich hier allerdings die mangelnde demokratische Legitimation der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dauerhaft durch ergänzende Legitimations- und Verantwortlichkeitsformen allein »kompensieren« lässt, ist eine offene Frage.

II. Gestiegener Legitimationsanspruch?

1. »Macht« der Dritten Gewalt

Die Dritte Gewalt hat seit Erlass des Grundgesetzes und darüber hinaus im europäischen Rechtsraum und auf internationaler Ebene (dazu 2.) einen kaum vorhersehbaren Bedeutungsaufschwung erfahren.⁶⁴ Die Ursachen dieser »gestiegenen Macht« sind vielgestaltig:

In einem Rechtssystem, in dem Gerichte eine zentrale Rolle spielen und dessen nahezu einzige Reaktion auf neue Problemlagen die »Verrechtlichung« ist (dazu § 5 C. II.), muss die Macht der Dritten Gewalt zwangsläufig steigen, insbesondere dann, wenn diese »Verrechtlichung« mit dem stetigen Ausbau klagefähiger Rechtspositionen des Einzelnen oder neuen kollektiven Rechtsbehelfen einhergeht.⁶⁵ Auch wenn hiermit nicht zwangsläufig eine »Klageflut« verbunden ist, führen neue klagefähige Rechtspositionen häufig zu komplexeren Rechtsstreitigkeiten, die die Dritte Gewalt entsprechend fordern und zugleich immer stärker zur einzigen Arena aufsteigen lassen, in der gesellschaftliche Konflikte noch mit einer gewissen Verbindlichkeit beigelegt

62 Dazu etwa K. Grob, Endstation Karlsruhe! Schiedsgerichtsbarkeit in Freihandelsverträgen, ZEuS 2016, S. 433 ff.; A. Steinbach, Investor-Staat-Schiedsverfahren und Verfassungsrecht, RabelsZ 80 (2016), S. 1 ff.

63 L. von Barga, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020; D. Bentolila, Arbitrators as Lawmakers?, 2017.

64 Zur Situation in Deutschland s. A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff. (674).

65 Das Phänomen der »Verrechtlichung« ist damit nicht nur auf der Ebene des nationalen Rechts von Bedeutung, sondern auch auf der Ebene des EU-Rechts und des Internationalen Rechts, s. dazu oben § 5 C. II. 2.

werden können. Aus der Perspektive der Gewaltengliederung wird auch das hohe Vertrauen, das Gerichte (insbesondere das Bundesverfassungsgericht) im Verhältnis zur Exekutive und der Parlamente genießen, ein Faktor sein. Dass sich die starke Stellung der Dritten Gewalt dann über die Zeit weiter entfaltet, ist wenig verwunderlich. Als Beispiel sei etwa die gestiegene »Richtermacht« im Verhältnis zur Parteiautonomie im Zivilrecht genannt.⁶⁶ Dass schließlich mit zunehmendem Alter von Kodifikationen die Bedeutung der richterlichen Auslegung der jeweiligen Gesetze steigt, ist ebenfalls ein bekanntes Phänomen.

Die wichtige Rolle der Richter bzw. Gerichte in Deutschland wird zwar durch das Grundgesetz festgelegt (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG).⁶⁷ Gleichwohl ist auch Deutschland von einer weiteren bemerkenswerten Entwicklung nicht ausgenommen: Höchst- und Verfassungsgerichte neigen in einem gewissen Umfang dazu, ihre hervorgehobene Stellung in den jeweiligen Rechtssystemen selbst zu begründen oder zumindest auszubauen. Insofern ist treffend von einer »Selbstautorisierung« die Rede.⁶⁸ Diese Selbstautorisierung hat etwa in den USA zur Begründung der Befugnis des Supreme Court zur »*judicial review*« geführt.⁶⁹ In Deutschland wird man die weitreichende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten⁷⁰ als Ausdruck dieses Phänomens betrachten können⁷¹ oder auf europäischer Ebene die entsprechenden Urteile des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit⁷² und zum Vorrang des Unionsrechts.⁷³

2. Hinreichendes Legitimationsniveau

Mit der gestiegenen Macht der Dritten Gewalt ist immer auch die Frage verbunden, ob ihr Legitimationsniveau mit der Entwicklung hinreichend Schritt halten konnte. Zwar bezieht sich der Begriff des »Legitimationsniveaus« zu-

66 M. Tolani, *Parteiherrschaft und Richtermacht*, 2019.

67 Dazu § 2 A. I.; s. auch O. Bachof, *Grundgesetz und Richtermacht*, 1959; kritisch B. Rütters, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2014.

68 M. Höreth, *Die Selbstautorisierung des Agenten*, 2008; *ders.*, Wenn Richter mitregieren wollen: Selbstautorisierung beim BVerfG und dem EuGH im Vergleich, in: R. von Ooyen/M. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, S. 875 ff.

69 Grundlegend U.S. Supreme Court v. 24.02.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

70 BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – Lüth; BVerfG v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 – Reiten im Walde.

71 Dazu jüngst D. Hirzel, *Macht und Methode. Kompetenzgrenzen des Bundesverfassungsgerichts im Wandel der Zeit*, 2023.

72 EuGH v. 05.02.1963, Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 3 – van Gend & Loos.

73 EuGH v. 15.07.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1141 – Costa ENEL.

nächst nur auf das deutsche Verfassungsrecht.⁷⁴ Dass aber auch auf europäischer und internationaler Ebene eine hinreichende Legitimierung der Dritten Gewalt notwendig ist, liegt auf der Hand. Der Begriff verdeutlicht so, dass Legitimation nicht »starr« ist oder gar verfestigt und unabänderlich. Ansprüche an Legitimation können sich verändern, wenn sich die Bedeutung von Aufgaben und Entscheidungen von Staatsgewalt ändern. Hier gilt allgemein:

»Je größer die Bedeutung und Reichweite der zu treffenden Entscheidung ist, desto höher muss das Legitimationsniveau sein.«⁷⁵

Insofern folgt aus der gestiegenen Macht der Dritten Gewalt, dass zwangsläufig auch die Ansprüche an ihr Legitimationsniveau gestiegen sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht hier von einem »hinreichenden« Legitimationsniveau, das es zu sichern gilt.⁷⁶

3. Neue Anforderungen durch europäische und internationale Vernetzung

Durch ihre Vernetzung im europäischen Rechtsprechungsverbund und die Aufgabe, das Völkerrecht in ihren Entscheidungen zu berücksichtigen, sind staatliche Gerichte heute in einem hohen Maße in überstaatliche Regelungsstrukturen eingebunden. Sie sind damit auch in Verantwortlichkeits- und Kontrollstrukturen eingebunden, in denen insbesondere auch der Haftungsverantwortlichkeit eine große Rolle zukommt. So betrachtet der EuGH etwa eine mögliche Haftung der mitgliedstaatlichen Gerichte als ein wichtiges Element des europäischen Rechtsschutzsystems.⁷⁷ Dass darüber hinaus auf der Ebene der EU als Rechtsgemeinschaft die Dritte Gewalt eine besondere Rolle spielt, ist angesichts des Kompetenzumfangs der EU nicht überraschend. Dass schließlich das Völkerrecht fortwährend neue Anforderungen an die staatliche Dritte Gewalt formuliert, kann schon an dem Einfluss, den die EMRK inzwischen auf die konventionsstaatlichen Justizsysteme ausübt, festgemacht werden. Druck übt hier nicht zuletzt die internationale Schiedsgerichtsbarkeit aus, deren Erstarken auch als eine Gegenreaktion auf

74 U. Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 302 ff.; A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 265 ff.; M. Payandeh, Judikative Rechtszeugung, 2017, S. 225 ff.

75 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20, Rn. 186.

76 BVerfG v. 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 – Lippeverband.

77 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 86 – Europäisches Patentgericht.

die Besonderheiten (staatlicher) gerichtlicher Verfahren zurückzuführen ist, insbesondere deren Kosten, Dauer und angebliche Unwägbarkeiten.⁷⁸

4. Verantwortlichkeit und Legitimation einer digitalen Justiz

Dass das Phänomen der Digitalisierung für die Frage der Legitimation der Dritten Gewalt künftig eine wichtige Rolle spielen wird, ist unschwer zu prognostizieren. Soweit die Digitalisierung etwa dazu führt, dass Urteile nicht mehr von Richtern gesprochen werden, sondern von KI formuliert werden, bricht eine traditionelle Legitimationsgrundlage weg. Dass die Digitalisierung zu neuen Formen der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt führen kann, zeigt nicht zuletzt die Haftung gem. Art. 82 DS-GVO. Schließlich führt die Digitalisierung schon jetzt dazu, dass neue Formen der Verantwortlichkeiten der Dritten Gewalt entstehen. Dies zeigt im Zusammenhang mit der sog. Medienverantwortlichkeit der Dritten Gewalt der Umgang mit sozialen Medien.⁷⁹ Hiermit ist ein Feld benannt, auf das sich die Dritte Gewalt bislang eher ungern begibt, das aber aus der Perspektive einer *accountability* ein geradezu riesiges Potential bietet.

5. Klare Verantwortlichkeitsstrukturen als Garant der Krisenfestigkeit?

Schließlich ist hervorzuheben, dass klare Verantwortlichkeitsstrukturen in einem hohen Maße über die Zukunftsfähigkeit von Institutionen entscheiden. Eine wie auch immer geartete richterrechtlich bewirkte »Flucht aus der Verantwortung« ist nicht nur aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch, sondern führt auch dazu, dass die notwendige Autorität von staatlichen Institutionen leidet.⁸⁰ Es spricht viel dafür, dass dieser Aspekt in den nächsten Jahren eine erhebliche Rolle spielen wird, wenn es darum geht, diese Autorität zu erhalten und zu festigen.⁸¹

Eine Haftung der Dritten Gewalt kann dazu beitragen, die Qualität und damit auch die »Resilienz« der Dritten Gewalt zu bewahren, indem sie zum einen aufzeigt, wo Fehler passiert sind, und damit zum anderen Strategien

78 Eingehend zur Entwicklung A. Stone Sweet/F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration*, 2017.

79 Umfassend hierzu die Beiträge in A. Schoeller-Schletter (Hrsg.), *Impartiality of Judges and Social Media: Approaches, Regulations and Results*.

80 Zur »staatlichen Autorität« s. R. Herzog, *Das Problem der staatlichen Autorität im westdeutschen Verfassungssystem*, *Zeitschrift für Politik* 1963, S. 145 ff.; zur »judikativen Autorität« T. Holterhus/F. Michl (Hrsg.), *Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität*, 2022.

81 Dazu A. Voßkuhle, *Entmachtung von Verfassungsgerichten: In schlechter Verfassung*, *Die Zeit* v. 16.11.2023; G. Britz/M. Eichberger, *Mehr Widerstandskraft*, *FAZ* Einspruch v. 10.01.2024.

veranlasst, die eine Fehlervorbeugung ermöglicht. Denn Autorität lebt von Akzeptanz.

III. Legitimationsstiftung durch Haftungsrecht

Legitime Staatsgewalt im Sinne des Grundgesetzes meint zunächst demokratische, auf den Souverän zurückführbare Staatsgewalt. Allerdings spricht nichts dagegen, weitere Legitimationsformen, die eine »funktionsgerechte Aufgabenwahrnehmung durch Anbindung an die Gesellschaft« ermöglichen,⁸² mit in den Blick zu nehmen. Schon vor dem Hintergrund, dass das Legitimationsmodell des Grundgesetzes für die Dritte Gewalt im Vergleich zu anderen Staatsgewalten Leerstellen aufweist, sind verschiedene Legitimationsressourcen sogar unverzichtbar, um die Rolle, die Gerichte heute in modernen Verfassungsstaaten spielen, zu rechtfertigen.

Während hier in der Vergangenheit insbesondere die Rechtsbindung und die Wahlen der Richter in den Blick genommen wurden, zeigt sich heute, dass auch das Haftungsrecht bzw. eine Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt dazu dienen kann, Legitimation zu sichern bzw. zu stärken.⁸³ Zum einen sichert eine Haftung die Rechtsbindung der Dritten Gewalt,⁸⁴ weil sie fast immer eine unmittelbare Reaktion auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung verkörpert, zum anderen weisen Haftungsansprüche auch eine eigenständige Rechtsschutzfunktion auf. Ob man hier von »sekundärem Rechtsschutz«⁸⁵ spricht oder aber wie der EuGH ein Gesamtsystem des Rechtsschutzes in den Blick nimmt,⁸⁶ »vollständiger« Rechtsschutz ist jedenfalls erst erreicht, wenn hoheitliches Unrecht auch durch Kompensationen ausgeglichen werden kann. Die Haftung der Dritten Gewalt stärkt damit sowohl die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt als auch ihre rechtsstaatlichen Bindungen. Dass dem einen oder dem anderen Moment kontextabhängig mehr Gewicht zukommen kann, liegt hierbei auf der Hand. Soweit etwa demokratische Bindungen in europäischen oder internationalen Kontexten »gelockert« sind, kommt es insbesondere auf das rechtsstaatliche Element an.

82 A. *Voßkuhle/G. Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff. (680).

83 S. dazu V. *Heil*, Außervertragliche Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2022, S. 313 ff., S. 356 (»Legitimationsverstärkung durch (Sekundär-) Rechtsschutz«).

84 F. *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 150 ff., der insoweit von einer »zivilrechtlichen Verantwortung« spricht; s. auch D. *Werdermann*, Rechtsbindung durch Staatshaftung: Zur Entschädigung für rechtswidrige Polizeieinsätze, VerfBlog v. 21.09.2020.

85 S. etwa W. *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff.; F. *Schoch*, Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes, DV 34 (2001), S. 261 ff.

86 EuGH v. 01.04.2004, Rs. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, Slg. 2004, I-3425 – Jégo-Quére.

Eine Haftung der Dritten Gewalt kann insbesondere im Vergleich zu anderen Instrumenten im Kontext einer *judicial accountability* eine erhebliche legitimationsstiftende Kraft entfalten. Dies wird im Lichte der zu verzeichnenden Pluralisierung der Haftungsfunktionen besonders plastisch: Die Haftung dient nicht nur der reinen Kompensation von Schäden, sondern ist auch im Kontext der Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips zu sehen. Durch die Haftung wird judikatives Unrecht »wiedergutmacht«. Sie hilft in Situationen, in denen der primäre Rechtsschutz nicht mehr greift. Das hebt die Haftung von allen anderen Instrumenten einer *judicial accountability* ab, die nicht über die – etwas pathetisch gesprochen – »reinigende Kraft« verfügen, die in diesen Ausnahmekonstellationen rechtsstaatlich geboten ist.

Durch eine Haftung der Dritten Gewalt kann im Übrigen eine weitaus umfassendere, weil dezentrale Überprüfung der Tätigkeit der Gerichte erreicht werden, als dies z. B. im Rahmen der Dienstaufsicht im Sinne des § 26 DRiG jemals möglich wäre.⁸⁷ Der Einzelne kann so zur Effektivierung der Ausübung staatlicher Gewalt beitragen, ein Ansatz, der beispielsweise im EU-Recht schon seit jeher zum Tragen kommt.⁸⁸

IV. Richterliche Unabhängigkeit, Haftungsprivilegien und Haftungsüberleitung

Es liegt in der Natur der Sache, dass Instrumente, die die Rechtsbindung der Dritten Gewalt sicherstellen sollen, in einen Konflikt mit der richterlichen Unabhängigkeit treten können.⁸⁹ Allerdings gibt es bezogen auf die Haftung der Dritten Gewalt ein fein austariertes System, das auch dazu dient, die richterliche Unabhängigkeit zu schützen. So treten etwa im deutschen Recht neben die verfassungsrechtlich garantierte Haftungsüberleitung (Art. 34 GG) im Falle einer Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB verschiedene Privilegierungstatbestände (insbesondere das sog. Verweisungsprivileg sowie das Spruchrichterprivileg). Hieraus ergibt sich insgesamt eine Art »haftungsrechtliche Schutzwand« für die Dritte Gewalt, die zumindest eine persönliche Haftung des Richters weitgehend ausschließt. Dass zudem das sog. Spruchrichterprivileg als eine Art »weiterwanderndes Privileg« fungiert, das etwa

87 Zur richterlichen Dienstaufsicht vgl. P. Gülland, Die Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte, 1932; H. Grimm, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1972; R. Schmidt-Räntsch, Dienstaufsicht über Richter, 1985; für die Richter des BVerfG s. H. Worm, Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts, 1988; eingehend dazu § 12. A. III.

88 So etwa im Kartellrecht, s. J. Basedow/J. P. Terhechte/L. Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, 2011; J.-U. Francke, Marktordnung durch Haftung. Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, 2016.

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

auch in Bezug auf private Schiedsrichter mittelbare Anwendung findet, zeigt, dass es hier auch um eine Art Basisschutz für Richter als maßgebliche Akteure im Rechtsschutzverfahren und damit in vielen Fällen um den Schutz des Verfahrens insgesamt geht. Insofern ist es eigentlich erstaunlich, dass es insbesondere auf der Grundlage des EU-Rechts zu einer Neujustierung des Verhältnisses zwischen Bindung an das (Unions-) Recht und der richterlichen Unabhängigkeit gekommen ist.

Die Überleitung der Haftungsansprüche auf den Staat dient hierbei aber nicht nur dem Schutz der Unabhängigkeit, sondern ist auch für den Anspruchsteller von Vorteil, weil der Staat zumindest theoretisch ein stets solventer Schuldner ist, dessen wirtschaftliche Existenz durch Haftungsklagen nicht in Frage gestellt werden kann. Sie ist aber womöglich auch ein Grund dafür, warum das Staatshaftungsrecht insgesamt als änderungsavers gilt, könnten doch Reformen dazu führen, dass sich das Haftungsrisiko im Bund-Länder-Verhältnis verschiebt oder in sonstige Verhältnissen verlagert.

C. Haftung und Haftungsfunktionen im Lichte einer *judicial accountability*

I. Allgemeines

Die Haftung der Dritten Gewalt erfüllt eine Reihe unterschiedlicher Funktionen, wobei es insbesondere durch den Einfluss des Europa- und Völkerrechts zu einer bemerkenswerten Pluralisierung der Haftungsfunktionen gekommen ist, gilt es doch z. B. die Haftungsverantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt im europäischen Rechtsprechungsverbund zu sichern. Schon deshalb reichen die Funktionen, die eine Haftung der Dritten Gewalt erfüllt, weit über die klassische Kompensationsfunktion des Haftungsrechts hinaus.

Hierbei hängt die jeweils konkrete Funktion der Haftung von den jeweiligen Anspruchsgrundlagen ab, auf die eine Haftung gestützt wird, und auch davon, welche Richter oder Gerichte ggf. den Schaden verursacht haben. So unterscheiden sich etwa Amtshaftungsansprüche und Entschädigungsansprüche wie z. B. § 198 GVG nicht nur hinsichtlich des Anspruchsgegners und Haftungsumfanges, sondern auch hinsichtlich ihrer Funktion. Darüber hinaus erfüllt schon das Staatshaftungsrecht eine Reihe spezifischer rechtsstaatlicher Funktionen, die für rein zivilrechtliche Haftungsansprüche keine Rolle

spielen.⁹⁰ Die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte im europäischen Rechtsprechungsverbund und die zu verzeichnende »Internationalisierung« führen dazu, dass weitere Funktionen hinzutreten.⁹¹

Insgesamt, so wird schon hier deutlich, lässt sich eine Art »doppelte Pluralisierung« beobachten: zum einen hinsichtlich möglicher Rechtsgrundlagen, auf die eine Haftung der Dritten Gewalt gestützt werden kann, und zum anderen hinsichtlich der Funktionen, die eine solche Haftung erfüllen kann. Diese Pluralisierung ist insbesondere im Kontext einer *judicial accountability* von Bedeutung, zeigt sie doch, dass durch das Haftungsrecht unterschiedliche Verantwortlichkeiten adressiert werden können.

II. Pluralisierung der Haftungsfunktionen

Grundsätzlich besteht die Aufgabe des Haftungsrechts – auch des Staatshaftungsrechts – darin, für den Ausgleich durch den Staat zurechenbar verursachter Schäden zu sorgen. Die hiermit umschriebene *Kompensationsfunktion* steht nach wie vor im Zentrum der Debatte über die Zwecke und Funktionen des Haftungsrechts. Allerdings wird schon im Rahmen der zivilrechtlichen Diskussion seit langer Zeit vor einer einseitigen Ausrichtung auf den Kompensationsgedanken gewarnt. So bemerkte *Hans Carl Nipperdey* etwa im Jahre 1960:

»Auch das Schadensrecht des BGB wurde von der allzu individualistischen, liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung des ausgehenden 19. Jahrhunderts stark beeinflusst. Der Schutz des Eigentums, des Vermögens des Täters wog vielfach stärker als der Gedanke der Wiedergutmachung, des Ausgleichs und der Abschreckung.«⁹²

Nicht zuletzt aufgrund des Einflusses des Europarechts und ausländischer Rechtsordnungen auf das deutsche Haftungsrecht werden heute zahlreiche weitere Haftungsfunktionen diskutiert, wobei in den letzten Jahren nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Vorbilds der Vereinigten Staaten eine intensive Diskussion über Fragen der *Prävention*⁹³ und des *Strafschadensersatzes*

90 *B. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 60 ff.

91 Dass das Unionsrecht dazu führt, dass der Einzelne im Wege der sog. »funktionalen Subjektivierung« den Integrationserfolg insgesamt fördert, wurde schon früh diskutiert, s. etwa *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

92 *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960, § 208, I. (S. 1271 f.).

93 *B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021, S. 161 ff.; *C. Engel*, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln – Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel des Haftungsrechts, JZ 1995, S. 213 (213 ff.); *B. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 51 ff.

im Vordergrund stand.⁹⁴ Jedenfalls haben die entsprechenden Überlegungen dazu geführt, dass die Funktion von Haftungsansprüchen heute weitaus differenzierter gesehen wird als in der Vergangenheit. Wichtige Anstöße sind auch von der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts ausgegangen, die viele ihrer grundlegenden Überlegungen an diesem Rechtsgebiet festgemacht hat.⁹⁵

Bis heute ist aber wenig thematisiert worden, welchen anderen Zwecken das Haftungsrecht im Allgemeinen und das Staats- bzw. Amtshaftungsrecht im Besonderen zu dienen vermag.⁹⁶ Denn während bezogen auf das »allgemeine« Haftungsrecht unverkennbar eine Pluralisierung der Haftungszwecke zu verzeichnen ist, ist beim Staatshaftungsrecht neben diesen Aspekten auch die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips bzw. der Grundrechte (begriffen als *status negativus compensationis*⁹⁷) in den letzten Jahren zunehmend als weitere Funktion herausgearbeitet worden.⁹⁸ Im Bereich des Staatshaftungsrechts findet also zusätzlich eine Überlagerung bzw. Substitution der zivilrechtlichen Prämissen durch verfassungsrechtliche Positionen statt, was lange Zeit nicht gesehen wurde.

Auch hierin drückt sich ein grundsätzlicher Wandel aus, denn in der Anfangszeit der Bundesrepublik Deutschland wurde dem Amtshaftungsanspruch eine recht eindimensionale Zweckrichtung nachgesagt. So sah etwa *Ernst Forsthoff* die Funktion auf die reine Kompensation von Schäden begrenzt.⁹⁹ Freilich wurde dem schon früh ein durchaus komplexeres Verständnis entgegengehalten, so etwa von *Karl August Bettermann*, der zumin-

-
- 94 G. Wagner, Die Aufgaben des Haftungsrechts – eine praktische Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform, JZ 1991, S. 175ff.; N. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003; G. Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 9 ff.; H. Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, 4. Aufl. 2021, S. 17 ff.; G. Wagner, Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006, Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht Bd. 35, 2006; ders., Prävention und Verhaltensteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 350 ff.; ders., Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006; A. Staudinger, Schadensersatzrecht – Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen, NJW 2006, S. 2433 ff.; K. Sailer, Prävention im Haftungsrecht, 2005.
- 95 H.-B. Schäfer/C. Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021, S. 161 ff.; M. Fuchs/W. Pauker/A. Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017, S. 4 ff.
- 96 S. aber B. Hartmann, Perspektiven der ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, Der Staat 50 (2011), S. 61 ff.; M. L. Mewes, Öffentliches Recht und Haftungsrecht in der Risikogesellschaft, 2005.
- 97 S. D. Röder, Die Haftungsfunktion der Grundrechte. Eine Untersuchung zum anspruchsbewehrten *status negativus compensationis*, 2002; B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002; kritisch A. Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 36 ff.
- 98 Dazu etwa H.-J. Vogel, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, 1977 (zum Rechtsstaatsprinzip); B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002 (zu den Grundrechten).
- 99 S. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1951, S. 245.

dest drei wesentliche Funktionen des Amtshaftungsanspruchs identifizierte (Schutz des Geschädigten, Schutz des Beamten, Erhaltung der Schlagkraft der Exekutive)¹⁰⁰ und damit weitere Dimensionen der Amtshaftung nachgewiesen hat. So wurde schon früh einer Pluralisierung der Haftungsfunktionen im Staatshaftungsrecht der Weg gewiesen. Dass heute zwischen unterschiedlichen Haftungszwecken einerseits und staatshaftungsrechtlichen und allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsansprüchen andererseits unterschieden werden muss, ist fast schon ein Gemeinplatz.¹⁰¹ Insofern gilt es, insbesondere zwischen den eher allgemein haftungsrechtlichen Zwecken einer Haftung der Dritten Gewalt (Kompensation, Prävention, Pönalisierung, dazu 1.) und spezifischen Zwecken zu unterscheiden (2.). Dass durch die Europäisierung und Internationalisierung des deutschen Rechts jeweils weitere spezifische Zwecke hinzugetreten sind, liegt auf der Hand (3. und 4.). Darüber hinaus ist es auch von Bedeutung, die jeweiligen Funktionen nicht isoliert von den jeweils spezifischen Voraussetzungen für die Haftung der Dritten Gewalt zu betrachten und so die konkreten Anspruchsgrundlagen in den Kontext einer *judicial accountability* zu stellen.

1. Die Haftung der Dritten Gewalt zwischen Kompensation, Prävention und Pönalisierung

a) Kompensation als tradierte Haftungsfunktion

Ebenso wie private Schadensersatzansprüche sind auch Haftungs- und Entschädigungsansprüche, die sich gegen den Staat bzw. gegen die Dritte Gewalt richten, zunächst auf die Kompensation entstandener Schäden gerichtet.¹⁰² Die Ausgleichsfunktion des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG ist hierbei unmittelbar in § 839 Abs. 1 BGB angesprochen (*»so hat er dem Dritten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen«*). Der Umfang dieser Verpflichtung – soweit die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 erfüllt sind – richtet sich insoweit nach den §§ 249 ff. BGB, wobei zu beachten ist, dass eine Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB immer ausscheiden dürfte, weil Richter oder Gerichte Urteile nicht einfach auf-

100 K. A. Bettermann, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S. 299 ff.

101 M. Breuer, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, 2014, S. 203 ff. (206 f.).

102 S. dazu etwa B. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 51 ff.

heben oder ihre Wirkungen rückgängig machen können.¹⁰³ Diese Ausgangssituation dürfte allerdings das Problem fehlerhafter Urteile bzw. der Verursachung von Schäden durch die Dritte Gewalt mitunter verschärfen, denn das Prinzip der Rechtskraft entfaltet seine Wirkungen auch bei fehlerhaften Urteilen.¹⁰⁴ Wie stark die Wirkungen des Rechtskraftprinzips sind, kann am Beispiel des Rechts der Wiederaufnahme im Strafrecht beobachtet werden, dessen Handhabung als sehr restriktiv beurteilt wird.¹⁰⁵

Insofern ist eine Haftung der Dritten Gewalt auf der Grundlage des Amtshaftungsanspruchs *immer* auf eine Geldzahlung gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB gerichtet, und der Ausgleich steht im Vordergrund.¹⁰⁶ Diese Aussage lässt sich im Lichte aller analysierten Ansprüche (§§ 8-10) weiter verallgemeinern: *Die Haftung der Dritten Gewalt ist (fast) immer auf eine Geldzahlung gerichtet.* Das gilt selbst für die unionsrechtlich fundierten Ansprüche und letztlich auch für die Ansprüche auf der Grundlage der EMRK (Art. 5 Abs. 5 EMRK, Art. 41 EMRK und Art. 3 Protokoll Nr. 7 zur EMRK).¹⁰⁷ Dass im Rahmen einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zunächst die Pflicht besteht, für einen »Schaden einzustehen«, ändert in der Praxis nichts daran, dass auch hier die Leistung von Schadensersatz (Art. 36 ASR) im Vordergrund stehen dürfte.¹⁰⁸

Dass daneben theoretisch weitere Formen des Ausgleichs treten können (z. B. die »Feststellung der Überlänge« eines Verfahrens gem. § 198 Abs. 4 S. 1 GVG¹⁰⁹ oder profan eine „Entschuldigung“), die z. T. rechtlich nicht vorgeformt sind, scheint in der Praxis keine besondere Rolle zu spielen bzw. als »Ausgleich« nicht ernsthaft in Betracht gezogen zu werden.

Entscheidender ist dagegen im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt, dass der Schadensersatz aus Amtshaftung »auf den Ersatz des durch die

103 BGH v. 19.12.1960 – GSZ 1/60, BGHZ 34, 99 (104); BGH v. 09.10.1997 – III ZR 4/97, BGHZ 137, 11 (26); H. Steege/C. Muthers, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 839, Rn. 272 ff.; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 111.

104 Zur Bedeutung s. etwa C. F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009.

105 Eingehend zur Entwicklung des Wiederaufnahmerechts im Strafrecht und zur aktuellen Diskussion über die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten s. H. Frister/T. Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen, ZRP 2019, S. 101 ff.; H. Aust/R. Schmidt, Ne bis in idem und Wiederaufnahme – Verfassungsrechtliche Grenzen aktueller Reformvorschläge zur Erweiterung von § 362 StPO, ZRP 2021, S. 251 ff.; und schließlich BVerfG v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, NJW 2023, 3698 – Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Freigesprochenen.

106 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 265 ff.

107 § 10 B.

108 Dazu § 10 A. II. 4; A. von Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 438; H. Sauer, Einstandspflichten im Verwaltungsrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, § 47, Rn. 83.

109 Auch auf der Ebene der EMRK, s. dazu K. Brunozzi, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 41, Rn. 29.

*Amtspflichtverletzung verursachten Schadens*¹¹⁰ gerichtet ist. Hierin liegt letztlich eine Begrenzung, denn es sind im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs nur solche Schäden zu ersetzen, die auch vom jeweiligen Schutzzweck der in Rede stehenden Amtspflicht erfasst werden.¹¹¹ Dies kann im Kontext der richterlichen Amtspflichten (§ 8 B. III. 4. lit. b) und der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit weitere Probleme verursachen. Auch hier zeigt sich, dass die Konstruktion der übergeleiteten Eigenhaftung der Beamten, die dem deutschen Amtshaftungsrecht zugrunde liegt, enorme praktische Probleme bereiten kann.

Dass dagegen im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs z. B. auch entgener Gewinn (§ 252 BGB) und ggf. immaterielle Schäden (Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB) geltend gemacht werden können, zeigt, dass es hier um einen umfassenden Ausgleich geht. Ähnlich umfassend sind auch die Schadensersatzansprüche gem. Art. 83 BDSG und Art. 82 DS-GVO angelegt, die zwar in gewisser Weise sektoriell eingegrenzt, insgesamt aber durch deutlich weniger Tatbestandsrestriktionen gekennzeichnet sind.¹¹² Insofern sind diese neuen datenschutzrechtlichen Haftungstatbestände interessant, deuten sie doch zumindest auf eine Art haftungsrechtliche »Normalbehandlung« der Dritten Gewalt hin, auch wenn hier insbesondere über den Umfang des Ersatzes des immateriellen Schadens seit einiger Zeit gestritten wird.¹¹³ Die Ausgleichsfunktion des § 198 GVG ist dagegen sehr eingeschränkt, sieht § 198 Abs. 2 GVG doch eine weitgehend gedeckelte Entschädigung vor, was den Anspruch von vornherein im Kontext der Kompensationsfunktion unattraktiv erscheinen lässt.

b) Schadensprävention durch Haftungsrecht und Dritte Gewalt

Ob dagegen Haftungsansprüche gegen die Dritte Gewalt auch eine Präventionsfunktion erfüllen, hängt jeweils von den einzelnen Anspruchsgrundlagen ab, und mitunter auch von dem konkreten Sachverhalt. Dass überhaupt von einer Präventionsfunktion des Haftungsrechts bzw. des Amtshaftungsrechts

110 H. Steege/C. Muthers, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 839, Rn. 273.

111 BGH v. 03.10.1986 – III ZR 28/84, NJW 1986, 2952 (2954); BGH v. 17.05.1990 – III ZR 191/99, NJW 1990, 2615 (2616); F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 112; H. Steege/C. Muthers, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 839, Rn. 273.

112 Dazu oben § 9 D.

113 Dazu R. Korves, Zivilrechtliche Haftung für Datenlecks in Zivilprozessen, RDi 2023, S. 571 ff., OLG Hamm v. 20.01.2023 - 11 U 88/22, MDR 2023, 636, dazu M. Bock, Abschreckungswirkung des Schadensersatzes, GRUR Int. 2023, S. 171 ff.; B. Paal, Höhe des Ersatzes immaterieller Schäden nach Art. 82 DS-GVO, NJW 2022, S. 3673 ff.; S. Tonikidis, Kein Strafschadensersatz nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO, ZD 2022, S. 139 ff.; K. Schürmann/J. Baier, in: M. Eßer/P. Kramer/K. von Lewinski (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 8. Aufl. 2024, Art. 82 DSGVO, Rn. 4.

gesprochen werden kann, war lange Zeit nicht selbstverständlich.¹¹⁴ Indes zeigt die Entwicklung der letzten Jahre, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Rechtswissenschaft zumindest in einer Reihe von Konstellationen präventive Funktionen des Haftungsrechts durchaus anerkennen.¹¹⁵ Ihre Funktion besteht insofern darin, eine künftige Verhaltensänderung herbeizuführen, die darauf zielt, künftig keine Schäden mehr zu verursachen.¹¹⁶ So hat etwa der BGH die Präventionsfunktion der Haftung für unwürdige Haftbedingungen ausdrücklich unterstrichen.¹¹⁷ Allerdings ist die Abgrenzung der präventiven Wirkung von anderen Funktionen einer Haftung nicht immer ganz klar und wird häufig nur erwähnt. Dagegen wird in der Regel nicht aufgeführt, zu welcher Verhaltensänderung die Haftung genau führen soll. Dies lässt sich dann nur aus den Umständen des jeweils entschiedenen Falles herauslesen.

Ob dagegen der Amtshaftung für judikatives Unrecht jenseits bestimmter Einzelfälle eine präventive Funktion zukommt, dürfte ebenso umstritten sein wie die Frage, ob das Haftungsrecht überhaupt eine solche Funktion erfüllen kann. Hiergegen mag man etwa einwenden, dass sich insbesondere die Rechtsbindung der Dritten Gewalt per se nicht steigern lässt und insoweit eine Prävention immer ins Leere läuft. Darüber hinaus sind zwei weitere Aspekte zu beachten: Aus der verfassungsrechtlichen Haftungsüberleitung folgt auch, dass die Präventionswirkung zumindest nicht unmittelbar beim Verursacher eintritt, sondern allenfalls mittelbar infolge eines Regresses. Zudem dürfte auch der Aspekt, dass inzwischen fast alle Richter über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen, dafür sorgen, dass die Präventionswirkung der Haftung zumindest abgemildert wird.

Allerdings folgt hieraus noch nicht, dass einer Haftung der Dritten Gewalt gar keine Präventionswirkung zukommen kann. So ist zu vermuten, dass auch Richter schon aus Reputations- und Karrieregründen stets versuchen werden, eine solche Haftung für weitere Fälle möglichst zu vermeiden. Der EuGH hat z. B. in seiner *Köbler*-Entscheidung die Vermutung geäußert, dass

-
- 114 C. Katzenmeier, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, Vor §§ 823 ff., Rn. 56 ff.; C. Schäfer, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397 ff.; G. Wagner, Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht, in: FS Koziol, 2010, S. 925 ff.
- 115 T. Ellerbrok, Die Präventionswirkung des Staatshaftungsrechts, DV 54 (2021), S. 189 ff.; T. Dreier, Kompensation und Prävention: Rechtsfolgen unerlaubter Handlungen im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2002; B. Kümper, Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht, 2011, § 10. Dazu instruktiv T. Ellerbrok, Die Präventionswirkung des Staatshaftungsrechts, DV 54 (2021), S. 189 ff.
- 117 S. etwa BGH v. 01.10.2009 – III ZR 18/09, BGHZ 182, 301, Rn. 11 m. w. Nachw.: »Der Anspruch auf Geldentschädigung gründet auf dem Schutzauftrag der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und dient vornehmlich der Genugtuung des Verletzten, aber auch den Zwecken der wirklichen Sanktion und Prävention«.

eine Haftung insgesamt als Qualitätsausweis einer Rechtsordnung gelten kann, womit zugleich eine Präventionsfunktion im Sinne einer allgemeinen rechtsstaatlichen Verhaltenssteuerung angesprochen ist (dazu § 8).¹¹⁸ Darüber hinaus hat der EuGH die Präventionsfunktion des EU-Haftungsrechts in anderen Zusammenhängen häufig betont.¹¹⁹

c) *Kein Strafschadensersatz für Handeln der Dritten Gewalt?*

In der üblichen Trias der Haftungsfunktionen spielt zudem in vielen Fällen der sog. Strafschadensersatz (*»punitive damages«*) eine Rolle, wenn auch eher als Negativfolie.¹²⁰ Jedenfalls wurde insbesondere für die Ebene des deutschen Rechts eine solche »Strafffunktion« des Haftungsrechts – in erster Linie des Deliktsrechts – häufig abgelehnt. Hier ist es aber in den letzten Jahren zu bemerkenswerten Entwicklungen gekommen, die zumindest Berührungspunkte zur Frage der Haftung der Dritten Gewalt aufweisen. Dies gilt in erster Linie für die Diskussion, welche Funktionen Art. 82 DS-GVO im System des europäischen Haftungsrechts erfüllen kann,¹²¹ aber auch hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Beweislastumkehr bei

118 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30 ff. – Köbler.

119 EuGH v. 10.04.1984, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Slg. 1984, 1891, Rn. 28 – Von Colson/Kamann: »Es muß aber dem nationalen Gericht gegenüber betont werden, daß die Richtlinie 76/207 es zwar den Mitgliedstaaten überläßt, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen.«; EuGH v. 23.01.1997, Rs. C-29/95, ECLI:EU:C:1997:29, Slg. 1997, I-285, Rn. 24 – Pastoors: »Wenn eine Gemeinschaftsverordnung keine besondere Sanktion für den Fall eines Verstoßes gegen die Verordnung vorsieht, sondern insoweit auf die nationalen Vorschriften verweist, verbleibt den Mitgliedstaaten jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Ermessen hinsichtlich der Wahl der Sanktionen, die jedenfalls nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch verhältnismäßig sein müssen (...). Diese Sanktionen müssen daher zur Erreichung des angestrebten Zieles angemessen und erforderlich sein, ohne die Grenzen dessen zu überschreiten, was hierfür unerlässlich ist (...).«; EuGH v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297, Rn. 27 – Courage: »Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.«; EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Slg. 2002, I-7289 – Munoz; EuGH v. 17.12.2015, Rs. C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 – Camacho.

120 S. etwa BGH v. 04.06.1992 - IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 (344); eingehend zum Ganzen I. Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004; C. Katzenmeier, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, Vor § 823 ff., Rn. 59.

121 Dazu EuGH v. 04.05.2023, Rs. C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 – Österreichische Post.

groben Berufsfehlern.¹²² Das Bundesverfassungsgericht hat festgehalten, dass ein Strafschadensersatz »nicht von vornherein gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstößt«¹²³. Allerdings beziehen sich die entsprechenden Urteile immer auf Fragen der Anerkennung ausländischer Urteile in Deutschland. Wie die Gerichte hier entscheiden würden, wenn es um *punitive damages* für Handeln von Gerichten ginge, ist eine offene Frage. Jedenfalls zeigen diese Überlegungen, dass einmal das EU-Recht und ggf. auch das ausländische Privatrecht wichtige Impulse für die Diskussion in Deutschland aussenden.

2. Die Haftung der Dritten Gewalt als sekundärer Rechtsschutz?

Die verbreitete Charakterisierung von Staatshaftungsansprüchen als »sekundärer Rechtsschutz« zeigt, dass dem Staatshaftungsrecht jenseits der spezifischen zivilrechtlichen Funktionen weitere Funktionen zugeschrieben werden, die insbesondere im Kontext einer *judicial accountability* von Bedeutung sind. Soweit man Haftungsansprüche als Form des Rechtsschutzes charakterisiert, schreibt man ihnen zugleich eine starke verfahrens- und organisationsrechtliche Dimension zu. Dies mag man bezogen auf das gesamte Staatshaftungsrecht kritisieren,¹²⁴ bezogen auf die Haftung der Dritten Gewalt besitzt diese Charakterisierung aber einen gewissen Charme: Der Beseitigung des hoheitlichen Handelns sind im Falle judikativen Unrechts schon aufgrund des Instituts der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung enge Grenzen gesetzt. Darüber hinaus betont etwa der EuGH die enge Verbindung zwischen Rechtsschutzgarantien und Haftungsansprüchen (s.u.). Im Kontext der Haftungsfunktionen folgt hieraus, dass die Haftung der Dritten Gewalt nicht nur auf die reine Kompensation von Schäden ausgerichtet ist, sondern im System des Rechtsschutzes durchaus eine Lücke füllt.¹²⁵

122 BGH v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03, BGHZ 159, 48; C. Katzenmeier, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, Vor § § 823 ff., Rn. 59.

123 BVerfG v. 09.01.2013 – 2 BvR 2805/12, NJW 2013, 990 mit Verweis auf BVerfG v. 07.12.1994 – 1 BvR 1279/94, BVerfGE 91, 335 (343 ff.); BVerfG, v. 25.07.2003 – 2 BvR 1198/03, BVerfGE 108, 238 (247).

124 Dazu etwa W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff.; dezidiert kritisch zum Begriff etwa H. Sauer, Einstandspflichten im Verwaltungsrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, § 47, Rn. 5: »Erstens fokussiert es auf die Rechtsschutzdimension der Problematik, obwohl es im Kern um den Unterschied zwischen materiellen Anspruchsinhalten geht: vorrangig um den Anspruch auf Beseitigung eines Verwaltungshandelns und seiner tatsächlichen Folgen und nachrangig um den Anspruch auf Ausgleichsleistung«.

125 Das hier enge Verbindungen bestehen, haben auch die Diskussionen im Zuge der Einführung des § 198 GVG gezeigt, in deren Rahmen das Verhältnis von »Tu Was-Rechtsbehelfen« und Entschädigungsansprüchen intensiv diskutiert wurde, s. dazu § 8 C. II.

3. Gewährleistung und Festigung der Rechtsbindung

Insbesondere der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG wird neben anderen Instrumenten als Mittel der Gewährleistung der Rechtsbindung verstanden.¹²⁶ Die Korrektur (rechts-)fehlerhafter Entscheidungen im Wege der Haftung sichert aus dieser Perspektive eine Rechtsbindung »im zweiten Anlauf«. Vor allem diese Funktion spielt auch im Kontext einer *judicial accountability* eine besondere Rolle, zeigt sie doch, wie spezifische Mechanismen zur Sicherung von Verantwortlichkeiten (hier der Haftung) auch die Legitimation der Dritten Gewalt stärken können.

4. Schutz der Grundrechte

Auch im deutschen Recht wird schon seit langem über die Aufgabe des Staatshaftungsrechts diskutiert, den sog. *status negativus compensationis* der Grundrechte zu sichern. Das Staatshaftungsrecht hat immer schon enge Berührungspunkte zu den Grundrechten aufgewiesen; einige seiner Institute werden von der Rechtsprechung unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet.¹²⁷ Folgerichtig wird die Bedeutung des Staatshaftungsrechts für den Schutz der Grundrechte immer wieder betont, was nicht nur auf der Ebene des deutschen Rechts, sondern auch für das EU-Recht (dazu sogleich 7.) oder für den internationalen Menschenrechtsschutz gilt. Im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt spielen entsprechende Fragestellungen etwa in Bezug auf Entschädigungen für falsche Strafurteile eine wichtige Rolle. Darüber hinaus ist die gesamte Ausgestaltung des Entschädigungsanspruchs für überlange Verfahren (§ 198 GVG) im Kontext der EMRK zu sehen und damit letztlich »ein Produkt« des internationalen Menschenrechtsschutzes.

5. Ausgleich von Rechtsschutzdefiziten

Zwar steht der sekundäre Rechtsschutz nicht in einem Wahlverhältnis zum primären Rechtsschutz – sowohl das Verfassungsrecht als auch das einfachgesetzliche Recht (§ 839 Abs. 3 BGB) postulieren den Vorrang des primären Rechtsschutzes –, aber es hat sich in den letzten Jahren häufig gezeigt, dass primärer Rechtsschutz auch in Bezug auf die Dritte Gewalt nicht immer aus-

126 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. 21 ff.

127 Ausführlich dazu B. Grzeszick, Recht und Ansprüche, 2002.

reicht; sei es, dass er überhaupt nicht zur Verfügung steht (wie z. B. im Falle überlanger Verfahren¹²⁸), sei es, dass eine Rechtsverletzung bereits eingetreten ist, die nicht mehr mit primärem Rechtsschutz aus der Welt geschafft werden kann. In diesem Falle geht es dann um die sog. »reinigende Kraft« des Haftungsrechts,¹²⁹ dem so auch die Aufgabe zukommt, Rechtsschutzdefizite auszugleichen.

6. Sonderfall: Haftungsverantwortlichkeit des Bundesverfassungsgerichts

Hinsichtlich der Haftungsfunktionen ist schließlich ein Blick auf die Rolle des Bundesverfassungsgerichts lohnend, denn so hervorgehoben seine Stellung als Verfassungsorgan und Gericht zugleich sein mag,¹³⁰ so normal ist sie in Bezug auf seine Haftungsverantwortlichkeit. Jedenfalls kennt das deutsche Recht grundsätzlich keine »haftungsrechtliche Sonderbehandlung« des Bundesverfassungsgerichts.¹³¹ Anders formuliert: In Haftungsfragen ist das Bundesverfassungsgericht mehr Gericht als Verfassungsorgan. Insofern trägt eine Haftung zu einer Art »Erdung« eines Gerichts bei, das als Verfassungsorgan keiner Dienstaufsicht unterliegt und mitunter betont autonom auftritt.

Folgerichtig ist auch der normative Ausgangsbefund eindeutig: Weder gibt es auf Ebene des GG (Art. 34 GG) eine ausdrückliche Ausnahme von einer Amtshaftung zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit, wie dies etwa in Österreich der Fall ist,¹³² noch wurde etwa das BVerfG von der Neuregelung der Verzögerungsrüge bzw. des Entschädigungsanspruchs für überlange Verfahren ausgenommen (vgl. §§ 97a–97e BVerfGG). Diese haftungsrechtliche »Normalbehandlung« des BVerfG verkörpert so nicht nur eine weitere interessante Facette im Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Fachgerichtsbarkeit¹³³, sondern steht auch für einen umfassenden Trend hin zu einer Neuorientierung hinsichtlich der richterlichen Verantwortlichkeit, die nicht zuletzt durch die EMRK (Art. 6 Abs. 1 EMRK) bzw. die Rechtsprechung des EGMR inspiriert ist. Die Funktion dieser Haftung besteht insofern auch da-

128 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.

129 Dazu W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff.

130 Grundlegend dazu Bundesverfassungsgericht, Denkschrift des BVerfG v. 27. Juni 1952, Die Stellung des BVerfG, in: JöR NF 6 (1957), S. 109 ff. (144 ff.).

131 Dazu oben § 8 C. IV.

132 § 2 Abs. 3 AHG.

133 Dazu eingehend P. Kunig/G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 34 ff./S. 119 ff.; R. A. Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, 2001, S. 472 ff.; R. Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006.

rin, eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung im europäischen Rechtsprechungsverbund zu garantieren und damit letztlich auch den Funktionen zu unterwerfen, die für eine Haftung der Dritten Gewalt nach Maßgabe des Unionsrechts gelten.

III. Besondere Haftungsfunktionen im Unionsrecht

Auf der Ebene des Unionsrechts erfüllt eine Haftung der Dritten Gewalt Funktionen, die über die klassische Kompensationsfunktion hinausgehen.¹³⁴ Hierbei muss zwischen zwei unterschiedlichen Konstellationen unterschieden werden: 1. der außervertraglichen Haftung der EU für Schäden, die durch die EU-Judikative verursacht wurden (Art. 340 Abs. 2 AEUV), und 2. der unionsrechtlichen Haftung der EU-Mitgliedstaaten für Verstöße ihrer Richter und Gerichte gegen das Unionsrecht.¹³⁵ Während die außervertragliche Haftung der EU den EuGH als Teil des Rechtsschutz- und Verfahrenssystems sieht, das die Rechte des Einzelnen sichern soll,¹³⁶ rücken hier insbesondere spezifische »Grundrechtsfunktionen« und der Ausgleich für ein mitunter unvollständiges Rechtsschutzsystem in den Mittelpunkt. Dagegen dient die Haftung der Mitgliedstaaten auch dazu, die einheitliche Anwendung des EU-Rechts zu sichern und so der Sicherung der Integrationsfunktion des EU-Rechts und der »judiziellen Gefolgschaft« der mitgliedstaatlichen Gerichte im europäischen Rechtsprechungsverbund. Soweit das EU-Recht schließlich unmittelbar geltende Haftungsansprüche schafft (Art. 82 Abs. 1 DS-GVO), die auch gegenüber der mitgliedstaatlichen Gewalt geltend gemacht werden können, treten »bereichsspezifische Funktionen« wie der »Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten« (Art. 1 Abs. 1 1. Alt DS-GVO) hinzu (dazu § 9 D.).

134 Dazu auch M. Breuer, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) Bd. 9, 2014, S. 203 ff.; W. Wurmest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, S. 95; »Auch das Gemeinschaftsrecht wird vom Ausgleichsgedanken beherrscht.«; zur Funktion der Haftung A. Thiele, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 40, Rn. 1 ff.

135 EuGH v. 19.11.1991, verb. Rsen. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357 – Francovich; EuGH v. 05.03.1996, verb. Rsen. C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Slg. 1996, I-1029 – Brasserie du pêcheur; EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo; eingehend dazu etwa J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 45 ff.

136 H. P. Nebl, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 47 GRC, Rn. 6.

1. Wirksamer Schutz der Rechte des Einzelnen

Der EuGH hat die unionale »Staatshaftung« seit jeher im Dienst der Rechte des Einzelnen gesehen. Schon in der *Francovich*-Entscheidung im Jahre 1991 hat er unterstrichen, dass »Rechtssubjekte« des damaligen Gemeinschaftsrechts auch Einzelne sein können und es die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts mindern würde, wenn sie ihre gemeinschaftsrechtlich vermittelten Rechte nicht durchsetzen könnten:

»Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.«¹³⁷

Insofern hat der durch den EuGH geschaffene Anspruch mindestens zwei Stoßrichtungen: die Absicherung der vollen Wirksamkeit des EU-Rechts und der Schutz der durch sie begründeten Rechte. Heute ist dieser Schutz insbesondere im Zusammenhang mit Art. 47 Abs. 1 GRC zu sehen, der ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf enthält.¹³⁸ Zwar werden auch im deutschen Staatshaftungsrecht eine Reihe von Anspruchsgrundlagen des Staatshaftungsrechts unmittelbar auf die Grundrechte gestützt, das gilt aber nicht für alle Ansprüche.

2. Rolle des Haftungsrechts im Rechtsschutz- und Verfahrenssystem der EU

Der EuGH betont zudem häufig die Bedeutung der Haftungsansprüche im Rechtsschutzsystem der EU.¹³⁹ Diese Betonung des »Systemgedankens« ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es angesichts des spezifischen Systems der Klagearten und ihrer jeweiligen Ausgestaltung für den Einzelnen schwer sein kann, primären Rechtsschutz auf EU-Ebene zu erhalten. Insbesondere gibt es keine europäische Verfassungsbeschwerde oder einen vergleichbaren Rechtsbehelf.¹⁴⁰ Deswegen hat das Haftungsrecht hier eine wichtige Ergänzungs- und Auffangfunktion, zumal der EuGH Sekundärrechtsschutz durch-

137 EuGH v. 19.11.1991, verb. Rsen. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 33 – *Francovich*.

138 Dazu etwa *M. Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 31.

139 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 70 – Europäisches Patentgericht; EuGH v. 25.07.2002, Rs. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:197, Slg. 2002, I-6677, Rn. 40 – Unión de Pequeños Agricultores.

140 § 13 B. I. 4. b).

aus als »Rechtsschutz« im Sinne des Art. 47 GRC betrachtet.¹⁴¹ Insoweit weicht die unionsrechtliche Diskussion beträchtlich von Ansätzen ab, die die Funktion des Staatshaftungsrechts inzwischen weniger im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz sehen wollen.¹⁴² Hinsichtlich der Haftung der Dritten Gewalt ist der sekundäre Rechtsschutz schon deshalb von hoher Bedeutung, weil der Primärrechtsschutz häufig kaum zu erlangen ist. Zudem kann die Dritte Gewalt ihr Handeln nur in absoluten Ausnahmefällen korrigieren, was auch für die Unionsgerichtsbarkeit gilt.

3. Sicherung der Wirksamkeit des EU-Rechts

Es ist in erster Linie Sache der staatlichen Gerichte, über Verstöße gegen das EU-Recht zu entscheiden und so die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern. Allerdings war lange Zeit unklar, ob die staatlichen Gerichte auch in den Fällen haften können, in denen sie selbst den Verstoß gegen das EU-Recht verursacht haben. Angesichts der Bedeutung, die der EuGH der praktischen Wirksamkeit der Anwendung des EU-Rechts seit jeher beigemessen hat, konnte aber seine Lösung des Problems nicht überraschen. So betont er in Anlehnung an die Grundsätze, die er im Rahmen des Kartellschadensersatzrechts entwickelt hat, die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte, die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts sicherzustellen. Soweit sie dieser Aufgabe nicht oder in nicht angemessener Weise nachkommen, muss es aus Gründen der Effektivität zu haftungsrechtlichen Reaktionen kommen, weil sonst die Rechte, die auf diesen Ebenen gewährt werden, ins Leere liefen.¹⁴³

4. Sicherung der judiziellen Gefolgschaft im europäischen Rechtsprechungsverbund

Der EuGH hat schon häufig betont, dass die unionsrechtlichen Haftungsansprüche eine wichtige Rolle im europäischen Rechtsschutz- und Verfahrens-

141 EuGH v. 12.09.2006, Rs. C-131/03, ECLI:EU:C:2006:541, Slg. 2006, S. I-7795, Rn. 79 ff. – Reynolds; s. auch J. Gundel, *Supranationale und grenzüberschreitende Verwaltung*, VVDStRL 83 (2023), S. 397 ff. (422).

142 Dazu H. Sauer, *Einstandspflichten im Verwaltungsrecht*, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. 2022, § 47, Rn. 83.

143 EuGH v. 20.09. 2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297, Rn. 25 – Courage: »Was die Befugnis angeht, Ersatz des Schadens zu verlangen, der durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder ein entsprechendes Verhalten verursacht worden ist, so müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht (...)«.

systems spielen, in dem die mitgliedstaatlichen und europäischen Gerichte gemeinsam die Aufgabe haben, das EU-Recht anzuwenden.¹⁴⁴ Die unionale Haftung soll in diesem System sicherstellen, dass alle Organe der EU und die Mitgliedstaaten ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen. Zwar betont der EuGH, dass das unionale Haftungsregime grundsätzlich universell Anwendung finden kann (»unabhängig davon (...), welches Organ dieses Staates« tätig geworden ist),¹⁴⁵ die bisherigen Urteile lassen aber nicht darauf schließen, dass er eine solche Haftung auch bezogen auf sich für möglich hält.¹⁴⁶ Angesichts der Rolle, die der EuGH im Rechtsschutzsystem der EU spielt, dient damit das Instrument der Haftung der Dritten Gewalt für Verstöße gegen das EU-Recht in erster Linie dazu, die einheitliche Anwendung des EU-Rechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte sicherzustellen. Es geht mit anderen Worten darum, die »judizielle Gefolgschaft« der mitgliedstaatlichen Gerichte im europäischen Rechtsprechungsverbund zu sichern.¹⁴⁷

5. Integration durch Haftung?

In der EU als supranationaler Integrationsgemeinschaft hat das Prinzip »Integration durch Recht« seit jeher eine besondere Rolle gespielt. Die fortschreitende Integration wurde hierbei nie nur als Aufgabe der Mitgliedstaaten begriffen, sondern auch als Aufgabe der Bürger. Dass sie in einer »Union der Rechte« eine zentrale Rolle spielen müssen,¹⁴⁸ liegt insoweit auf der Hand. Im Lichte des Konzepts der »funktionalen Subjektivierung« spielen Haftungsansprüche spätestens seit der *Francovich*-Entscheidung des EuGH¹⁴⁹ nicht nur auf der subjektiv-privaten Ebene des Einzelnen eine wichtige Rolle, sondern durch die Einräumung von Rechten und Mechanismen zu ihrer Umsetzung wird der Einzelne in die Lage versetzt, diese Rechte auch durchzusetzen. Es spricht viel dafür, dass es dieser »Integrationsauftrag des Einzelnen« war, der den EuGH veranlasst hat, seine Rechtsprechung zur Haftung von

144 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 88 – Europäisches Patentgericht; EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 – CETA.

145 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 88 – Europäisches Patentgericht.

146 Dazu eingehend § 9 B.

147 Ebenda.

148 Zum Begriff s. J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 1.

149 EuGH v. 19.11.1991, verb. Rsen. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 33 – *Francovich*.

Verstößen gegen das Unionsrecht auch auf die mitgliedstaatlichen Gerichte auszudehnen.

IV. Haftungsfunktionen im Völkerrecht

Fragen der (richterlichen) Haftungsverantwortlichkeit sind in den letzten Jahren nicht zuletzt auf der Grundlage der EMRK¹⁵⁰ und darüber hinaus im Kontext der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit¹⁵¹ auch auf der Ebene des Völkerrechts rege diskutiert worden. Zwar stehen diese Bereiche in gewisser Weise für »spezielle Felder« des Völkerrechts, gleichwohl sind auch hier die Fragen nach den Funktionen einer Haftung zunächst an die allgemeinen Grundsätze, die sich in erster Linie aus den ILC *Articles on State Responsibility* (ILC *Articles*) ergeben, gebunden.¹⁵² Sie bilden aber nur den Ausgangspunkt, soweit nach den Haftungsfunktionen im Völkerrecht gefragt wird, denn auch auf dieser Ebene ist eine Pluralisierung zu beobachten.

1. Wiedergutmachung und Haftung der Dritten Gewalt

Nach den Grundsätzen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zielt die Reaktion auf ein völkerrechtliches Delikt zunächst auf eine »volle Wiedergutmachung« (»*full reparation*«, Art. 31 ILC *Articles*).¹⁵³ Volle Wiedergutmachung bezieht sich gem. Art. 31 Nr. 2 ILC *Articles* auf materielle und immaterielle Schäden (»*material or moral*«), wobei die Wiedergutmachung in unterschiedlicher Form erfolgen kann. Hier kommen nach Art. 34 ILC *Articles* eine Restitution (Art. 35 ILC *Articles*), eine Compensation (Art. 36 ILC *Articles*) und schließlich Satisfaction (Art. 37 ILC *Articles*) in Betracht, wobei in Bezug auf judikatives Unrecht stets eine Geldzahlung im Vordergrund stehen dürfte (»*compensation*« gem. Art. 36 (2) ILC *Articles*).¹⁵⁴ Schon der Begriff

150 Art. 41 EMRK.

151 I. *Marboe*, *The System of Reparation and Questions of Terminology*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, S. 1034 ff.

152 Vgl. etwa zur Rolle des Völkerrechts zum Investitionsschutzrecht C. *McLachlan*, *Investment Treaties and General International Law*, ICLQ 57 (2008), S. 361 ff.; S. *Schill*, *Internationales Investitionsschutzrecht und vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 71 (2001), S. 247 ff.

153 Eingehend dazu D. *Shelton*, *Righting Wrongs: Reparation in the Articles on State Responsibility*, AJIL 96 (2002), S. 833 ff.; D. *Shelton*, *Reparations in the Law of State Responsibility*, 2006, § 3; I. *Marboe*, *The System of Reparation and Questions of Terminology*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, S. 1034 ff.

154 Y. *Liu*, *Compensation in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, JIDS 15 (2024), S. 73 ff.; I. *Marboe*, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2. Aufl. 2017; D. *Shelton*, *Remedies and Reparation*, in: M. Langford/W. Vandenhole/M. Scheinin/W. van Genugten (Hrsg.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social,*

der »vollen Wiedergutmachung« verdeutlicht, dass die Funktion der entsprechenden Ansprüche in erster Linie auf dem Ausgleich entstandener Schäden liegt. Allerdings kann diese Wiedergutmachung nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst nur zwischen Völkerrechtssubjekten verlangt werden. Bezogen auf die Dritte Gewalt hat in der Vergangenheit insbesondere die Diskussion über den Zugang zur (staatlichen) Justiz (*denial of justice*) eine wichtige Rolle gespielt.¹⁵⁵

a) *Kompensation*

Auch im Völkerrecht steht im Falle einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Ausgleich von entstandenen Schäden durch eine Entschädigung im Vordergrund.¹⁵⁶ Er kann sich sowohl auf materielle als auch auf immaterielle Schäden richten und ggf. auch den entgangenen Gewinn umfassen. Ausgleich meint hier fast immer »finanzieller Ausgleich« im Sinne einer Entschädigung (*compensation*) gem. Art. 36 ILC Articles. Allerdings kommt eine Wiedergutmachung für Schäden Privater auf der Ebene des Völkerrechts nur in den Fällen in Betracht, wenn dieses völkerrechtlich ausdrücklich festgelegt wurde.¹⁵⁷ Insoweit sind die Entschädigungen vom EGMR nach Art. 41 EMRK ein Beispiel für völkerrechtliche Entschädigungsansprüche Privater.¹⁵⁸

b) *Prävention*

Ob dagegen eine Wiedergutmachung im Sinne der ILC Articles auch präventive oder gar pönale Elemente (dazu c) enthält, ist bislang nicht abschließend geklärt. So lässt sich etwa die durch die ILC Articles eingeräumte Möglichkeit, eine Zusicherung zu verlangen, dass sich ein völkerrechtswidriges Verhalten nicht wiederholt (*assurances and guarantees of non-repetition* gem. Art. 30 lit. b), durchaus als präventives Element der ILC Articles einordnen, auch wenn es unwahrscheinlich sein mag, dass z. B. ein Staat zusichert, dass ein *unabhängiges* Gericht ein bestimmtes Verhalten nicht wiederholt. Die in-

and Cultural Rights in International Law, 2012, S. 367 ff.; T. H. Reis, Compensation for Environmental Damages under International Law. The Role of the International Judge, 2011.

155 V. Freeman, The International Responsibility of States for Denial of Justice, 1938; J. Paulsson, Denial of Justice in International Law, 2011.

156 I. Marboe, The System of Reparation and Questions of Terminology, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, 2015, S. 1034 ff.

157 A. von Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 436.

158 Dazu O. Ichim, Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, 2004; S. Altwicker-Hámori/T. Altwicker/A. Peters, Measuring Violations of Human Rights. An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 76 (2016), S. 1 ff.

zwischen breit geführte Diskussion über den Ersatz immaterieller Schäden weist zudem auch Aspekte auf, die auf eine präventive Funktion der Wiedergutmachung deuten.¹⁵⁹

c) Keine punitive damages im Völkerrecht?

Eine Entschädigung (*compensation*) im Sinne der ILC Articles erfüllt dagegen keine Straffunktion. Zwar ist im Rahmen der Erarbeitung der ILC Articles diskutiert worden, ob eine Entschädigung im Sinne des Völkerrechts auch sog. »punitive damages« umfassen kann.¹⁶⁰ Die ILC Articles enthalten hierfür aber keine Anhaltspunkte. Zudem hat der IGH bereits festgestellt, dass eine völkerrechtliche Entschädigung keine Straffunktion haben kann (*Compensation should not, however, have a punitive or exemplary character*).¹⁶¹ Dass der EGMR bei der Zuerkennung von Entschädigungsansprüchen mitunter auch die Schwere des Verstoßes stark berücksichtigt, wird zum Teil als erster Schritt in Richtung eines »menschenrechtlichen Schadensersatzes« gedeutet. Noch ist es aber zu früh, hier von einer allgemeinen Entwicklung zu sprechen.¹⁶²

2. Verhaltenssteuerung von Staaten durch Haftungsrecht?

Völkerrechtlichen Entschädigungsansprüchen kann allerdings auch jenseits ihrer Reparationsfunktion eine steuernde Funktion zukommen, etwa wenn es darum geht, die Normbindung von Staaten zu beeinflussen oder Änderungen in den staatlichen Justizsystemen zu forcieren.¹⁶³ Ein gutes Beispiel für diese Funktion ist die Entwicklung rund um die Frage, wie der Rechtsschutz im Falle überlanger Verfahren in Deutschland beschaffen ist. Ohne die entsprechenden Urteile des EGMR wäre dieses Feld wahrscheinlich bis heute nicht einheitlich geregelt (§ 198 GVG).

159 R. C. Stendel, Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien, 2023.

160 I. Marboe, The System of Reparation and Questions of Terminology, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, 2015, S. 1043 m. w. Nachw. in Fn. 67.

161 Certain Activities Carried out By Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua, compensation, (2018) ICJ Reports 15, Rn. 31: »The Court has held that compensation may be an appropriate form of reparation, particularly in those cases where restitution is materially impossible or unduly burdensome (...). Compensation should not, however, have a punitive or exemplary character.«; dazu auch J. Klabbers, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 146.

162 P. Pinto de Albuquerque/A. van Aaken, Punitive Damages in Strasbourg, in: A. van Aaken/I. Motoc (Hrsg.), The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 230 ff.

163 V. Fikfak, Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights, EJIL 29 (2018), S. 1091 ff.

3. Nationale Justizsysteme und internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit

In den letzten Jahren ist schließlich durch internationale Schiedsgerichte eine bemerkenswerte Entwicklung in Gang gekommen, die nicht nur Auswirkungen auf staatliche Justizsysteme haben dürfte, sondern auch auf die Frage, welche Funktionen eine Haftung aufgrund einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit haben kann.¹⁶⁴ Internationale Schiedsgerichte gehen immer öfter dazu über, den Zugang und die jeweilige Ausgestaltung staatlicher Justizsysteme aus der Perspektive des Investitionsschutzrechts zu beurteilen. Maßgeblich ist hier das Prinzip des *fair and equitable treatment*. Sollte dies dazu führen, dass die Entschädigungsstandards des Investitionsschutzrechts auch in Bezug auf staatliche Justizsysteme zum Tragen kommen, ist mit dieser Entwicklung eine völlig neue Dimension der völkerrechtlichen Einwirkung auf die staatlichen Justizstrukturen verbunden.¹⁶⁵ Hierbei kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Frage nach richterlichen Verantwortlichkeiten nach Maßgabe des *denial of justice*-Verbots zum Gegenstand von Investitionsschiedsverfahren werden. Zwar ist auch das Investitionsschutzrecht zunächst den Haftungs- und Entschädigungsgrundsätzen verpflichtet, die allgemein für das Völkerrecht gelten. Angesichts der Höhe der Entschädigungen und der Praxis der internationalen Schiedsgerichte, in nahezu allen Fällen Entschädigungen zuzusprechen, stellt sich die Situation aber doch anders dar.

D. Rechtliche und faktische Begrenzungen der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt

Auch wenn die Haftung der Dritten Gewalt inzwischen als ein wichtiges Instrument gelten darf, das helfen kann, ihre Verantwortlichkeit und Rechtsbindung zu sichern, so ist doch darauf hinzuweisen, dass durch die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit Grenzen gesetzt sind (dazu I.). Dagegen folgen weder aus fiskalischen Gesichtspunkten (Stichwort: »Leistungsfähigkeit des Staates«) noch aus allgemeinen Erwägungen über

164 A. Davies, State Liability for Judicial Decisions in the European Union and International Law, The International and Comparative Law Quarterly 61 (2012), S. 585 ff.; B. Demirkol, Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration, 2018, S. 1 ff.; V. Prislán, Investment Tribunals as Courts of Appeal? Determining State Responsibility for Substantive Denial of Justice, BYIL 2023, S. 1 ff.

165 I. Marboe, The System of Reparation and Questions of Terminology, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, 2015, S. 1034 ff.

das Ansehen der Justiz in der Bevölkerung Grenzen für eine Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt (II. und III.).

I. Anforderungen der richterlichen Unabhängigkeit

Die Haftung der Dritten Gewalt findet »ebenenübergreifend« eine Begrenzung im Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit. Sie spielt letztlich in allen Debatten über eine *judicial accountability* eine dominierende Rolle, auch wenn die Akzente hier unterschiedlich gesetzt werden: Auf der Ebene des staatlichen Rechts zeigt sich am Beispiel der deutschen Rechtslage, dass nahezu jede Form einer *judicial accountability* vor dem Hintergrund der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit als problematisch empfunden wird. Allerdings ist das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit nicht nur auf der Ebene des deutschen Rechts verfassungsrechtlich verankert, sondern es spielt inzwischen auch auf der Ebene des EU-Rechts und im Kontext der EMRK eine wichtige Rolle. Zwar kann bezweifelt werden, dass es auf der Ebene des Völkerrechts bereits eine völkergewohnheitsrechtliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit gibt. Gleichwohl ist das Prinzip in sämtlichen Statuten internationaler Gerichte und darüber hinaus in den jeweils für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit maßgeblichen Konventionen fest verankert; dies gilt auch für Staat-Investor-Schiedsgerichte. Insofern ist garantiert, dass alle Mechanismen und Dimensionen einer *judicial accountability* mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang gebracht werden müssen.

II. Leistungsfähigkeit des Staates

Insbesondere in der politischen Diskussion spielt im Kontext von Reformen des Staatshaftungsrechts immer wieder die Frage nach der »Leistungsfähigkeit des Staates« eine Rolle, womit fast immer die finanzielle Leistungsfähigkeit gemeint ist.¹⁶⁶ Hierbei handelt es sich allerdings um eine Scheindebatte, denn bislang sind die Haftungsbeträge in Deutschland nicht sonderlich hoch. Selbst eine Reform des Staatshaftungsrechts würde lediglich zu überschaubaren Mehrbelastungen des Staates führen. Doch was folgt hieraus für die Haftung der Dritten Gewalt? Grundsätzlich rechtfertigen fiskalische Erwägungen keine wie auch immer gearteten Restriktionen im Rahmen der staatlichen Unrechtshaftung. Dies folgt schon aus ihrer rechtsstaatlichen Funktion, aber

166 Dazu kritisch B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff. (166).

auch aus grundrechtlichen Erwägungen.¹⁶⁷ Insoweit sind auch Begrenzungen der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt aus fiskalischen Motiven rechtlich unzulässig, zumal der Dienstherr in vielen Fällen einer Haftung der Dritten Gewalt angesichts der strikten Haftungsmaßstäbe beim Richter Regress einfordern kann.¹⁶⁸

Das heißt nicht, dass eine Haftung der Dritten Gewalt, die eine spürbare fiskalische Belastung auslöst, keine Folgen haben kann. So wurde etwa die Reform des EuG nicht zuletzt durch hohe Schadensersatzforderungen wegen überlanger Gerichtsverfahren notwendig. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass hohe Schadensersatzforderungen für internationale Gerichte ernsthafte Probleme nach sich ziehen können, soweit sie auf Zahlungen ihrer Mitglieder angewiesen sind.

III. »Ansehen« der Dritten Gewalt

Im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt ist immer wieder auch davon die Rede, dass eine solche Haftung das »Ansehen« der Dritten Gewalt beschädigen könnte. Zwar wirken solche Argumente zunächst recht »angestaubt« und es ist darüber hinaus plausibler, davon auszugehen, dass judikatives Unrecht bzw. die Verursachung von Schäden durch die Dritte Gewalt in ihrer »Fortexistenz« eine größere Gefahr für das Ansehen der Dritten Gewalt darstellen als ein nachfolgender Haftungsprozess. Dennoch ist die Rede vom Ansehen der Dritten Gewalt auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass unabhängige Gerichte in Verfassungsstaaten eine besondere öffentliche Wahrnehmung erfahren.¹⁶⁹ So zeigt sich, dass etwa das Bundesverfassungsgericht in der Öffentlichkeit ein besonderes Vertrauen genießt.¹⁷⁰ Allerdings können die Überlegungen zum Ansehen der Justiz nicht dazu führen, dass von einer Haftung abgesehen wird.

Das Thema »Ansehen der Justiz« wird mitunter auch direkt von den Gerichten diskutiert. Hier geht aber offenbar eher um die Frage, ob »schlechte

167 B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff. (166).

168 Zu möglichen positiven Effekten solcher Regressforderungen B. Grzeszick, Progress durch Regress: Die persönliche Haftung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn, VerfBlog v. 28.09.2020, <https://verfassungsblog.de/progress-durch-regress/> (Letzter Aufruf: 15.04.2024).

169 R. Kniffka, Das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit, ZfRSoz 1981, S. 225 ff.; <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/153813/umfrage/allgemeines-vertrauen-in-die-justiz-und-das-rechtssystem/> (Letzter Aufruf: 25.03.2024).

170 C. Rath, Die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts, APuZ 37/2021, S. 25 ff.

Urteile« bzw. »Fehlurteile« dem Ansehen der Justiz abträglich sind.¹⁷¹ Insofern nimmt die Diskussion offenbar Fahrt in eine Richtung auf, die auch eine Haftungsverantwortlichkeit als Instrument begreift, das das Ansehen der Justiz nicht untergräbt, sondern stärkt. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch davon die Rede, dass es viel über die Qualität eines Rechtssystems aussagt, wenn es Korrekturmechanismen wie eine Haftung der Dritten Gewalt zulässt.¹⁷²

E. Instrumente der Haftungsvermeidung und *judicial accountability*

Die Thematik einer Haftung der Dritten Gewalt hat sich in den letzten Jahren maßgeblich durch Impulse der europäischen und internationalen Ebene entwickelt. Um diese Entwicklungen richtig einschätzen zu können, müssen auch weitere für die Justiz wichtige Entwicklungen mit in den Blick genommen werden, soweit sie eine Verbindung zu Fragen der Haftungsverantwortlichkeit aufweisen. Dies trifft etwa auf Fragen der Berufsethik und Weiterbildung von Richtern zu, die in Deutschland bislang keine allzu große Rolle spielen. Insofern ist danach zu fragen, wie das Verhältnis von solchen eher präventiven Mechanismen der »Qualitätssicherung« zur Haftungsverantwortlichkeit beschaffen ist. Können etwa die Diskussion über eine »richterliche Berufsethik« sowie die Bemühungen, das Fortbildungswesen im Bereich der Richterschaft weiter auszubauen und zu professionalisieren, als Ansätze verstanden werden, Haftungsfälle für die Zukunft zu vermeiden?

171 OLG Celle v. 19.06.2023 – 6 W 65/23, MDR 2023, 1122: »Dem Senat drängt sich seit Jahren zunehmend der Eindruck auf, dass die vom Land Niedersachsen genutzte Möglichkeit der weitestmöglichen Übertragung von Nachlassangelegenheiten auf den Rechtspfleger (§§ 16, 19 RPfG) dazu geführt hat, dass insbesondere bei den kleineren Amtsgerichten nur noch wenige, dann aber häufig schwierige Nachlasssachen von Richtern zu bearbeiten sind, was zwischenzeitlich auch dazu geführt hat, dass in Abweichung von der früher verbreiteten Praxis immer seltener Amtsgerichtsdirektoren die Nachlasssachen bearbeiten, sondern, wie hier, aufeinander folgend Richter auf Probe, denen es jedenfalls im konkreten Fall an Grundkenntnissen des materiellen Erbrechts und des Verfahrensrechts ebenso zu fehlen scheint wie an der Bereitschaft, sich diese Kenntnisse zu verschaffen, was zu Entscheidungen führt, die das Ansehen der Justiz in der Bevölkerung zu beschädigen geeignet sind (...).«

172 S. etwa in diese Richtung die Schlussanträge des GA Léger, in EuGH v. 08.04.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Rn. 53 ff. – Köbler; dazu F. Schütter, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich, 2012, S. 173 f.; s. auch (zustimmend) U. Haltern, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 96 (2005), S. 311 ff. (327).

I. Richterliche Berufsethik

Fragen der richterlichen Berufsethik spielten in Deutschland lange Zeit keine besondere Rolle. Erst in den letzten Jahren hat sich ein Bewusstsein dafür entwickelt, dass auch klar formulierte »Leitlinien« oder »Verhaltenskodizes« durchaus dazu beitragen können, die Leistungen des richterlichen Amtes und die Qualität der jeweiligen Arbeitsergebnisse zu steigern.¹⁷³ Entsprechend hat etwa der Deutsche Richterbund eine »Broschüre« über Richterethik in Deutschland veröffentlicht, in denen die wesentlichen Elemente einer solchen Ethik vorgestellt werden. Das Dokument ist allerdings denkbar allgemein gehalten und weit vom Konkretionsgrad vergleichbarer Dokumente auf internationaler Ebene entfernt.

II. Verhaltensleitlinien des Bundesverfassungsgerichts

Für die größte Aufmerksamkeit im Kontext der Debatte über eine richterliche Berufsethik hat sicher die Veröffentlichung der Verhaltensleitlinien für die Richter des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2017 gesorgt.¹⁷⁴ Der Veröffentlichung war eine öffentliche Diskussion über die Nebeneinkünfte einiger Bundesrichter vorausgegangen, die das Bundesverfassungsgericht allerdings nur mittelbar betroffen hat.¹⁷⁵

Die Leitlinien beschäftigen sich mit allgemeinen Grundsätzen, Einkünften aus nichtspruchrichterlicher Tätigkeit und dem Verhalten der Richter nach dem Ausscheiden aus dem Amt. Für die größte Aufmerksamkeit hat die auf diesen Leitlinien (Ziff. 9) beruhende jährliche Veröffentlichung der Einnahmen der jeweiligen Richter aus »nichtspruchrichterlichen Tätigkeiten« gesorgt. Diese Einnahmen werden vom Bundesverfassungsgericht auch künftig veröffentlicht, wobei die Leitlinien keine explizite »Pflicht« zur Veröffentlichung enthalten. Die Liste der Einnahmen kann auf der Website des Bundesverfassungsgerichts eingesehen werden. Hier zeigt sich, dass es bei den Leit-

173 T. Dieterich, Berufsethik und Grundrechte im richterlichen Alltagsbetrieb, 2007, S. 158 ff.; A. Titz, Richtereid und richterliche Ethik, DRiZ 2009, S. 32 ff.; J. P. Terbechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary, GLJ 10 (2009), S. 501 ff.; K. Görres-Obde, Der lange Weg zur richterlichen Ethik, in: P. Götz von Ohlenhusen (Hrsg.), 300 Jahre Oberlandesgericht Celle, 2011, S. 199 ff.; U. Schneider, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, 2017.

174 https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html (Letzter Aufruf: 25.03.2024).

175 Dazu R. Lamprecht, „Ehrenkodex“ für die obersten Richter der Republik. Warum sie um ihren guten Ruf besorgt sein müssen, NJW 2017, S. 1156 ff.

nien nicht nur um »Berufsethik« geht, sondern auch um einen allgemeinen Transparenzgedanken.

III. Aus- und Weiterbildung

Neben einer richterlichen Berufsethik können auch eine gezielte Aus- und Weiterbildung von Richtern dazu dienen, Haftungsrisiken zu reduzieren. Allerdings gibt es bislang keine normierte Weiterbildungspflicht für Richter, was insbesondere mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit zusammenhängt. Hierin liegt womöglich auch ein Grund dafür, dass der Zugang zum Richterberuf in erster Linie an Ausbildungsqualifikationen geknüpft wird. Die Erwartung ist hier, dass hohe Ausbildungsstandards regelhaft auch in qualitativ gute Arbeit münden. Daneben bestehen Möglichkeiten für eine (dann freiwillige) richterliche Weiterbildung. Die Palette reicht von Mentoring-Programmen bis hin zu inhaltlichen Weiterbildungsangeboten auf europäischer Ebene. Allerdings scheint es so zu sein, dass die Bedeutung des Themas Aus- und Weiterbildung noch nicht überall erkannt wurde. So gab es im Frühjahr 2020 eine Diskussion im Haushaltsausschuss des Bundestages über eine erhebliche Kürzung der Bundesmittel für die Deutsche Richterakademie.¹⁷⁶ Diese Fortbildungseinrichtung wird offenbar nur sehr eingeschränkt von Bundesrichtern frequentiert, sodass Zweifel ob der Höhe der Bundeszuschüsse bestanden. Im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt liegt es aber auf der Hand, dass nicht zuletzt der Grad der Professionalisierung der Richter darüber entscheiden kann, ob es zu Amtspflichtverletzungen kommt oder nicht.

IV. *Judicial Ethics* und Schiedsgerichtsbarkeit

Das Thema der Berufsethik hat im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit einen deutlich höheren Stellenwert als auf der Ebene der staatlichen Gerichtsbarkeit. So haben alle institutionalisierten Schiedsgerichte entsprechende Regelungen entwickelt, wie eine Reihe von Leitlinien für die ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit zeigt (z. B. die sog. *IBA Rules of Ethics for Arbitrators* von

176 BT-Drs. 19/12437, S. 37 f.

1987¹⁷⁷ oder der AAA-ABA *Code of Ethics*¹⁷⁸).¹⁷⁹ Die Ursache für diese Entwicklung liegt im Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit selbst. Als private Form der Streitschlichtung unterliegt sie in einem wesentlich reduzierteren Maße rechtlichen Bindungen als staatliche Gerichte. Um aber die Integrität des Systems zu sichern, müssen informelle Wege gefunden werden. Man mag solche – rechtlich zunächst unverbindliche – Dokumente als Folklore o. ä. abtun. Der Sache wird man damit aber nicht gerecht, denn sowohl bei der Ausbildung von Schiedsrichtern legen einige Vereinigungen großen Wert auf solche Guidelines als auch bei der späteren Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit selbst.

F. Regelungsmodelle und Regelungsbedarfe

Es wäre verfehlt, eine Weiterentwicklung der Thematik der Haftung der Dritten Gewalt nur in den Händen der Dritten Gewalt selbst zu sehen. Der Gesetzgeber hat in der Vergangenheit wiederholt Versuche unternommen, das deutsche Staatshaftungsrecht zu reformieren, wobei die Verabschiedung des Staatshaftungsgesetzes im Jahre 1981 sicherlich der prominenteste Versuch war, das »Chaos« des bis heute anwendbaren Rechts abzumildern.¹⁸⁰ Bekanntlich war diesem Versuch nur eine kurze Lebensphase beschieden, denn das BVerfG hat das Gesetz für verfassungswidrig erklärt.¹⁸¹ Seitdem wird die Reform des Staatshaftungsrechts bei nahezu jeder Regierungsbildung auf Bundesebene als Ziel definiert, ohne dass etwas passiert ist.

I. Allgemeines

Die Reform des Staatshaftungsrechts kann wahlweise als eine Art juristischer Dauerbrenner, unendliche Geschichte oder auch Trauerspiel gelten.¹⁸² Jedenfalls führt sie immer wieder zu akademischen Debatten, kommt aber darüber hinaus seit über drei Dekaden – trotz politischer Beteuerungen – kein Stück vom Fleck.¹⁸³ Zwar verfügt der Bund mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG über eine

177 Abrufbar unter <https://www.ibanet.org/document?id=Rules-of-ethics-for-international-arbitrators> (Letzter Aufruf: 12.04.2024).

178 Abrufbar unter https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf (Letzter Aufruf: 12.04.2024).

179 Dazu M. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2017, S. 148 ff.

180 BGBl. I 1981, S. 553.

181 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 – Staatshaftungsgesetz.

182 N. Lubmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965.

183 Dazu etwa R. Schullern, *Zur Reform des Staatshaftungsrechts*, BayVBl. 1990, S. 360 ff.; F. Schoch, *Effektuiierung des Sekundärrechtsschutzes – Zur Überwindung des Entwicklungsrückstandes des*

Kompetenz für »die Staatshaftung«, die durch das 42. Gesetz zur Änderung des GG 1994 in Art. 74 eingefügt wurde.¹⁸⁴

Gem. Art. 74 Abs. 2 GG bedarf eine Regelung des Staatshaftungsrechts aber der Zustimmung des Bundesrates. Diese Regelung war 1994 mit Blick auf die potenziellen Auswirkungen einer Neuregelung der Staatshaftung für die Länder und Gemeinden in das Grundgesetz aufgenommen worden. Sie verkörpert einen massiven systematischen Bruch¹⁸⁵ und stellt womöglich eine wesentliche Hürde für eine Reform des Staatshaftungsrechts dar, selbst für den Fall, dass die Folgen für die Länder und Gemeinden überschaubar blieben. Eine Reform des Staatshaftungsrechts ist so nicht nur eine Frage des politischen Willens auf Bundesebene, sondern auch ein föderaler Balanceakt mit ungewissem Ausgang. Auch vor diesem Hintergrund erklärt sich die – milde formuliert – gesetzgeberische Zurückhaltung.

II. Die Haftung der Dritten Gewalt und das Staatshaftungsgesetz von 1981

1. Das Staatshaftungsgesetz von 1981

Ziel des Staatshaftungsgesetzes vom 26. Juni 1981 (im Folgenden: StHG 1981) war eine umfassende Reform des Staatshaftungsrechts, die die bestehenden Schwächen des überkommenen Systems der Staatshaftung im deutschen Recht zumindest weitgehend beseitigen sollte.¹⁸⁶ Als Kernprobleme wurden hierbei u. a. die Konstruktion der (zunächst) persönlichen zivilrechtlichen Amtshaftung, das Nebeneinander verschiedener Ansprüche mit unklaren Abgrenzungen, die Aufspaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes, die Abgrenzung zur zivilrechtlichen Haftung des Staates sowie z. B. die veralteten Regelungen über Tumultschäden identifiziert.¹⁸⁷ Diesen Defiziten, die der Regierungsentwurf für ein Staatshaftungsgesetz klar benannte, sollte durch eine umfassende Reform aller entscheidenden Parameter begegnet werden. Im Regierungsentwurf heißt es hinsichtlich der Mängel des Staatshaftungsrechts:

deutschen Staatshaftungsrechts, DV 34 (2001), S. 261 ff.; U. Stelkens, Staatshaftungsreform im Mehrebenenensystem, DÖV 2006, S. 770 ff.; B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff.; P. Itzel, Ersatz- und Entschädigungsansprüche gegen den Staat: Problemzonen, Konfliktlinien und Verbesserungspotenzial, MDR 2023, S. 1448 ff.

184 BGBl. I 1994, S. 3146.

185 S. Oeter/L. Münkler, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 74, Rn. 199.

186 Eingehend dazu B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 45 ff.; zur Diskussion vor dem Erlass des StHG 1981 G. Haverkate, Neues und Altes zum Staatshaftungsrecht, ZRP 1977, S. 33 ff.

187 Begründung der Bundesregierung für ihren Gesetzesentwurf eines Staatshaftungsgesetzes, BT-Drs. 8/2079.

»Das Staatshaftungsgesetz löst das nach Rechtsqualität, Entstehungszeit und Grundanschauungen höchst unterschiedliche, nicht aufeinander abgestimmte, lückenhafte, widersprüchliche und durch unsachgerechte, nur historisch erklärbare Spaltung des Rechtsweges geprägte Recht ab.«¹⁸⁸

Das StHG 1981 basierte auf der Konstruktion einer staatsunmittelbaren Haftung für hoheitliches Unrecht (§ 1 StHG) und hätte insbesondere § 839 BGB in toto außer Kraft treten lassen. Daneben zielte das Gesetz auf eine stärkere Systematisierung der jeweiligen Ansprüche sowie eine einheitliche Regelung des Rechtsweges.¹⁸⁹

2. Insbesondere: Regelungen über die Haftung der Dritten Gewalt

Das StHG 1981 sah in § 5 eine eigene Regelung über die »Haftung bei Rechtsprechung und Gesetzgebung« vor, die sich im Gesetzgebungsprozess hinsichtlich der Ausgestaltung der Haftung für die Dritte Gewalt kaum noch geändert hatte. § 5 lautete:

§ 5 Haftung bei Rechtsprechung und Gesetzgebung

- (1) Besteht die Pflichtverletzung in einer rechtswidrigen Entscheidung der rechtsprechenden Gewalt, die ein gerichtliches Verfahren mit bindender Wirkung beenden soll, oder in einer gerichtlichen Maßnahme, durch die die Grundlagen der Entscheidung gewonnen werden sollen, so tritt die Haftung nach diesem Gesetz nur ein, wenn die Pflichtverletzung eine Straftat ist und die Entscheidung rechtskräftig aufgehoben wird. Das gilt nicht, wenn ein Dritter durch die Pflichtverletzung geschädigt wird, den die bindende Wirkung der Entscheidung nicht betrifft. Für das sonstige Verhalten der rechtsprechenden Gewalt bleibt die Haftung nach diesem Gesetz unberührt.
- (2) Besteht die Pflichtverletzung in einem rechtswidrigen Verhalten des Gesetzgebers, so tritt eine Haftung nur ein, wenn und soweit ein Gesetz dies bestimmt. Die Haftung für Pflichtverletzungen der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt, die ausschließlich auf dem Verhalten des Gesetzgebers beruhen, bleibt davon unberührt.

Der Gesetzgeber hat hier nicht einfach § 839 Abs. 2 BGB übernommen, sondern bewusst einige Abweichungen vom tradierten Richterspruchprivileg zugelassen:¹⁹⁰ Aus der Gesamtkonstruktion des StHG 1981 folgte zunächst, dass § 5 Abs. 1 nicht an den Richter, sondern an die »rechtswidrige Entscheidung« anknüpft, was eine logische Folge der durch das StHG 1981 intendierten unmittelbaren Staatshaftung ist. Darüber hinaus ist der Wortlaut der Vorschrift erkennbar darauf ausgerichtet, die Unsicherheiten, die aus den un-

188 Begründung der Bundesregierung für ihren Gesetzesentwurf eines Staatshaftungsgesetzes, BT-Drs. 8/2079.

189 Eingehend zum StHG W. Riefner, Zum neuen Staatshaftungsgesetz, AöR 106 (1981), S. 548 ff.; B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 736 ff.

190 Eingehend dazu B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 256 ff.

klaren Formulierungen des § 839 Abs. 2 BGB erwachsen, abzumildern. So ist nicht mehr von einem »Urteil in einer Rechtsache« die Rede, sondern von Entscheidungen, »die ein gerichtliches Verfahren mit bindender Wirkung beenden« sollen. Hinzu kommen solche »Maßnahmen, durch die die Grundlagen der Entscheidungen gewonnen werden sollen«. Der strenge Haftungsmaßstab des § 839 Abs. 2 BGB bleibt allerdings erhalten, denn eine Haftung tritt nur ein, soweit »die Pflichtverletzung eine Straftat ist und die Entscheidung rechtskräftig aufgehoben wird«. Letztere Voraussetzung ist so *expressis verbis* nicht in § 839 Abs. 2 BGB zu finden.

Der Gesetzgeber beabsichtigte im Lichte der Hauptfunktion des § 5 – der Sicherung des Rechtsfriedens –, einen Gleichklang zwischen Rechtskraft und Haftung herbeizuführen. Hiernach soll eine Haftung der Dritten Gewalt stets als Ausnahme begriffen werden (eben als Straftat) und »die Unrichtigkeit der richterlichen Entscheidung nach Maßgabe der Verfahrensordnungen, insbesondere im Rahmen der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmegründe, formell durch Aufhebung festgestellt« werden.¹⁹¹ Letztlich wird man hierin eine Verschärfung der Rechtslage sehen können, denn der Geschädigte hätte hier ohne Zweifel zunächst eine Aufhebung der fraglichen richterlichen Entscheidung herbeiführen müssen. Zwar ist auch nach § 839 Abs. 3 BGB zunächst primärer Rechtsschutz zu suchen, ein solcher Gleichklang, wie ihn § 5 Abs. 1 StHG 1981 vorsah, ist dem Amtshaftungsrecht aber in Fällen judikativen Unrechts bislang unbekannt. Vielmehr handelt es sich bei § 839 Abs. 3 BGB zunächst um eine besondere Ausprägung des Mitverschuldensgrundsatzes (§ 254 BGB).¹⁹² Die Abstimmung des primären und sekundären Rechtsschutzes aufeinander spielt in diesem Zusammenhang dagegen keine Rolle.

3. Fazit

Mit dem Staatshaftungsgesetz von 1981 wäre nicht nur das zu Recht immer wieder stark kritisierte »System« des deutschen Staatshaftungsrechts auf neue Füße gestellt worden, sondern auch ein zumindest systematischer, stimmiger und potenziell praxistauglicher Neuansatz hinsichtlich einer Haftung der Dritten Gewalt geschaffen worden. Dass das Gesetz letztlich an der – damals – unklaren Kompetenzlage scheiterte, ist zwar verständlich, nicht aber, warum nach der Änderung des Grundgesetzes und der Einfügung des Art. 74 Nr. 25 GG kein weiterer Anlauf unternommen wurde, ein modernes und der

191 So die Begründung der Bundesregierung für ihren Gesetzesentwurf eines Staatshaftungsgesetzes, BT-Drs. 8/2079, S. 47 f.

192 Dazu F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 94 f.

Bedeutung des Themas angemessenes Gesetz aus einem Guss zu verabschieden. Ein wesentliches Problem der gegenwärtigen Haftung der Dritten Gewalt ist die komplexe Konstruktion der Amtshaftung mit der Überleitung auf den Staat. Eine unmittelbare Staatshaftung nach klaren Kriterien würde der Bedeutung der Haftung der Dritten Gewalt insbesondere auch im Lichte der unterschiedlichen Funktionen, die eine solche Haftung haben kann, besser gerecht werden.

III. Aktuelle Reformvorschläge für das deutsche Staatshaftungsrecht

Schon im Jahre 1984 bescheinigte *Fritz Ossenbühl* dem Staatshaftungsrecht einen »esoterischen Charakter«¹⁹³. Auch wenn andere Stimmen nicht ganz so skeptisch klingen,¹⁹⁴ so ist doch unverkennbar, dass die gegenwärtige Rechtslage, die auf der Amtshaftung aufbaut, durch massive Defizite gekennzeichnet ist. Der Amtshaftungsanspruch als Konstruktion aus vorkonstitutioneller Zeit wird den Anforderungen an ein modernes Staatshaftungsrecht schon angesichts des Verschuldenserfordernisses und diversen Haftungsprivilegierungen nicht gerecht. Darüber hinaus ist aber auch das Staatshaftungsrecht aufgrund seiner Unübersichtlichkeit, seiner inhärenten Widersprüchlichkeiten und der Rechtswegzersplitterung reformbedürftig,¹⁹⁵ was auch für die Bestimmungen gilt, die für eine Haftung der Dritten Gewalt maßgeblich sind. Diese Defizite werden seit Dekaden diskutiert. Die Diskussion hat allerdings seit der Aufhebung des Staatshaftungsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht zu keinerlei Initiative des Gesetzgebers geführt, obwohl einige Koalitionsverträge ein gerechtes Staatshaftungsrecht versprochen haben. Die Gründe für dieses Scheitern sind vielfältig, bauen in der Regel aber auf Fehleinschätzungen auf, insbesondere hinsichtlich der befürchteten Kosten eines neuen Staatshaftungsgesetzes.

193 *F. Ossenbühl*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 5.

194 *N. Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 9: »Kein Neuland, sondern beackertes Feld liegt vor dem Gesetzgeber, obwohl man zugeben muß, daß manche Furchen nicht ganz gerade gezogen und an anderen Stellen Grenzsteine umgepflügt worden sind. Aber im großen und ganzen fügen die Anspruchsgrundlagen, welche die Geschichte uns überliefert hat, sich zu einem verständlichen Bild zusammen. Aus einer Reihe von verschiedenen Gründen kann der Staat verpflichtet sein, Folgen hoheitlichen Handelns, die den Bürger unzumutbar belasten, in Geld abzugleichen.«

195 *B. Grzeszick*, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff. (162 f.).

1. Politischer Wille und Gründe für sein Scheitern

Auf der politischen Ebene ist die Reform des Staatshaftungsrechts ein Thema, das in gewissen periodischen Abständen diskutiert wird.¹⁹⁶ In den letzten Dekaden haben sich immer wieder Regierungskoalitionen auf Bundesebene in den jeweiligen Koalitionsverträgen auf die Fahnen geschrieben, das Staatshaftungsrecht übersichtlicher zu gestalten. So formulierte der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP aus dem Jahre 2009: »*Wir wollen das Staatshaftungsrecht kodifizieren und gerecht ausgestalten*«¹⁹⁷. Vier Jahre später hieß es im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD dann: »*Damit die Bürger einfacher Ersatz für die Schäden erhalten, die sie durch fehlerhaftes Verhalten staatlicher Stellen erlitten haben, fassen wir das zersplitterte Staatshaftungsrecht zusammen.*«¹⁹⁸ Wiederum vier Jahre später wurde diese Formulierung im nächsten Koalitionsvertrag übernommen.¹⁹⁹ Im Koalitionsvertrag des Jahres 2021 taucht das Thema dagegen nicht mehr auf. Dass die zahlreichen politischen Absichtserklärungen nicht zu einem neuen Staatshaftungsgesetz geführt haben, dürfte insbesondere daran liegen, dass ein neues auf Art. 74 Nr. 25 GG gestütztes Gesetz komplexe Fragen aufwirft.²⁰⁰ Diskutiert wird hier, ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG für den Erlass eines Staatshaftungsrechts vorliegen (Herstellung der Rechtseinheit) oder ob es zunächst einer Änderung des Grundgesetzes bedarf.²⁰¹ Darüber hinaus – und dieser Aspekt scheint wichtiger zu sein – geht es um die Frage, welche Kosten mit einer Reform des Staatshaftungsrechts verbunden sind.

2. Vorschläge aus der Wissenschaft und das Problem der Selbstverantwortung der Dritten Gewalt

Impulse für eine Reform des Staatshaftungsrechts gehen vor dem Hintergrund des Desinteresses der Politik für die Thematik fast nur noch von der Wissenschaft aus, ohne dass es gelingen würde, eine breite Resonanz zu erzielen.²⁰² So konstatieren *Fritz Ossenbühl* und *Matthias Cornils*:

196 Ebenda.

197 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP zur 17. Wahlperiode v. 26.10.2009, S. 112.

198 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zur 18. Wahlperiode v. 16.12.2013, S. 107.

199 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zur 19. Wahlperiode v. 12.03.2018, S. 154.

200 G. Krings, Justizpolitik nach Kassenlage?, ZRP 2013, S. 129.

201 B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff. (163) m. w. Nachw.

202 S. etwa U. Stelkens, Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, DÖV 2006, S. 770 ff.; B. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, 2013; B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 ff.; P. Itzel, Ersatz- und Entschädigungsansprüche gegen den Staat: Problemzonen, Konfliktlinien und Verbesserungspotenzial, MDR 2023, S. 1448 ff.

»Weitere Initiativen zur Staatshaftungsreform, die über das Stadium von Absichtserklärungen in Koalitionsverträgen und Expertenanhörungen hinaus gegangen wären, sind in den letzten zwanzig Jahren nicht bekannt geworden. Der rechtsstaatliche Impetus, der der Staatshaftungsreform in den 70er Jahren des vorherigen Jahrhunderts Dynamik gegeben hat, ist vollkommen erloschen. Das Staatshaftungsrecht ist mangels Wahlrelevanz offenkundig eine Materie, die die Politik nicht interessiert, und sie ist überdies auch offenbar unbeliebt, weil sie nach den allerdings irrigen Vorstellungen der Ministerialbürokraten den Staat zu viel Geld kostet. Der für das Staatshaftungsrecht zuständige Bundesgesetzgeber rührt sich nur, wenn er dazu durch massiven Druck des EGMR bewegt wird. Was dann herauskommt, hat eher symbolischen Wert als den Effekt der Wiedergutmachung von Unrecht. So bleibt auch im Rechtsstaat die Wiedergutmachung von Unrecht der Fortentwicklung durch die dritte Gewalt überlassen und überantwortet.«²⁰³

Bezogen auf die Haftung der Dritten Gewalt ergibt sich damit die widersprüchliche Situation, dass sie am Ende selbst für die Fortentwicklung des Rechts verantwortlich ist, das ihre haftungsrechtliche Verantwortlichkeit zum Gegenstand haben kann. Dass eine solche Situation der »Selbstverantwortlichkeit der Dritten Gewalt« im Lichte des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilung sehr problematisch ist, liegt auf der Hand.

IV. Regelungsbedarfe und Regelungsmöglichkeiten für die Haftung der Dritten Gewalt

Dieses leitet zu der Frage über, wie neue Regelungen über eine Haftung der Dritten Gewalt angesichts der aufgezeigten Wandlungsprozesse und neuen Entwicklungen heute aussehen müssten. Hierbei bedarf es keines »Richterhaftungsgesetzes« oder »Richterverantwortlichkeitsgesetzes« im Sinne einer umfassenden Kodifizierung. Soweit ein Staatshaftungsgesetz erlassen werden sollte, sind die Besonderheiten, die für eine Haftung der Dritten Gewalt gelten, lediglich entsprechend zu berücksichtigen. § 5 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz 1981 kann hier ebenso als Vorbild dienen wie ausländische Regelungen (vgl. etwa die Regelungen des österr. AHG). Eine andere Frage ist dagegen, ob nicht einige Verantwortlichkeitsdimensionen der Dritten Gewalt im GVG verankert werden sollten. Dies gilt etwa für die komplexen Fragen rund um ihre Verantwortlichkeiten im europäischen Rechtsprechungsverbund, ihre datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit sowie für bestimmte Folgen der Digitalisierung der Justiz.

203 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 753.

1. Unmittelbare Staatshaftung für »Justizunrecht«

Die Konstruktion einer durch das Spruchrichterprivileg abgefederten Verschuldenshaftung, die auf den Staat übergeleitet wird, ist in vielerlei Hinsicht problembehaftet und sollte durch eine unmittelbare Staatshaftung für »Justizunrecht« ersetzt werden. Die Haftung würde, ähnlich wie im Staatshaftungsgesetz von 1981 vorgesehen, an objektiv rechtswidriges Handeln der Dritten Gewalt anknüpfen.²⁰⁴ In diesem Zusammenhang könnte auch erwogen werden, die Formulierung »rechtswidrigen Entscheidung der rechtsprechenden Gewalt, die ein gerichtliches Verfahren mit bindender Wirkung beenden soll, oder in einer gerichtlichen Maßnahme, durch die die Grundlage der Entscheidung gewonnen werden soll«, aus § 5 Abs. 1 S. 1 StHG 1981 zu übernehmen. Hiermit wären zumindest einige der Probleme, die die Formulierung »Urteil in einer Rechtssache« in § 839 Abs. 2 BGB verursacht, behoben. Dies gilt insbesondere für die Tendenz, das Privileg in alle Richtungen auszuweiten, weil sich die Formulierung in § 5 Abs. 1 S. 1 StHG 1981 ausdrücklich nur auf »gerichtliche Verfahren« und »gerichtliche Maßnahmen« bezieht. In einem weiteren Schritt ist zu überlegen, ob das Spruchrichterprivileg als pauschale Ausnahme wegfallen sollte und die Haftung der Dritten Gewalt auf besonders schwerwiegende Verstöße gegen das Recht oder – in der Terminologie des EuGH – auf »qualifizierte« Rechtsverstöße begrenzt werden sollte.²⁰⁵

2. Überlange Verfahren als Unterfall eines eigenständigen Haftungsanspruchs

Ob die Problematik der überlangen Gerichtsverfahren aus der Perspektive der Haftung tatsächlich einen Sonderfall²⁰⁶ verkörpert, ist zweifelhaft und damit die Regelung des § 198 GVG nicht unproblematisch. Richter haben die Amtspflicht, ein Verfahren in angemessener Pflicht abzuschließen, sodass zu erwägen ist, das Thema der überlangen Verfahren im Rahmen einer unmittelbaren Staatshaftung als eigenständige Fallgruppe zu behandeln. Ein solcher Ansatz könnte auch dazu führen, die zu verzeichnenden Unzulänglichkeiten des § 198 GVG zu beheben.²⁰⁷

204 B. Grzeszick, Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162 (163).

205 Ebenda, S. 166.

206 Dazu M. Breuer, Haftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 317 ff.

207 § 8 B. III. 4. b).

3. *Eigenständige Regelung der Schiedsrichterhaftung*

Zumindest auf der Ebene des deutschen Rechts sollte die Haftung von Schiedsrichtern eigenständig kodifiziert werden, um rechtsstaatlich problematische »Mitnahmeeffekte« hinsichtlich des Spruchrichterprivilegs zu verhindern.²⁰⁸ Das Schiedsverfahren wird zwar vom Grundsatz der Parteienautonomie beherrscht, angesichts der inzwischen zu verzeichnenden Regelungsdichte (vgl. § 1025 ff. ZPO) – und den damit verbundenen Vorgaben – erschließt sich aber nicht, warum ausgerechnet das inzwischen wichtige Feld der Schiedsrichterhaftung ausgeklammert wird.²⁰⁹ Hier könnte eine vertraglich abdingbare Haftungsgrundlage für mehr Klarheit sorgen.

4. *Gefährdungshaftung für den Einsatz von KI in Gerichtsverfahren*

Die Digitalisierung der Dritten Gewalt wird in absehbarer Zeit auch zu der Frage führen, ob der Einsatz von KI in Gerichtsverfahren zulässig ist und zu welchen haftungsrechtlichen Folgen ein solcher Einsatz führen kann. Hierbei erscheint es ausgeschlossen, dass entsprechende Haftungsfälle am Maßstab des geltenden Rechts angemessen bewältigt werden können, was etwa am Verschuldensmaßstab des § 839 Abs. 1 BGB festgemacht werden kann. Eine Haftung für den Einsatz von KI bzw. im Rahmen des Einsatzes von KI kann sinnvoll nur als Gefährdungshaftung konzipiert werden.²¹⁰ Angesichts des Potentials von KI und den erheblichen Unsicherheiten, die auf diesem Feld insgesamt zu verzeichnen sind, wird man auf eigenständige Regelungen kaum verzichten können.

5. *Datenschutz in der Justiz und Haftung nach der DS-GVO*

Die Ausgestaltung der Haftung gem. Art. 82 DS-GVO zeigt, dass es auch Haftungsregime geben kann, die zumindest auf der Ebene des Haftungstatbestandes zunächst keine pauschalen Ausnahmen zugunsten der Dritten Gewalt kennen. Es liegt allerdings in den Händen der EU-Mitgliedstaaten und der EU, dieses »datenschutzrechtliche Haftungsrisiko« zu minimieren, indem von der Justiz angemessene Aufsichtsmechanismen entwickelt werden. Die DS-GVO enthält diesbezüglich einen erheblichen Spielraum für eigenständige

208 Dazu § 8 III. 4 a) bb) (2).

209 Dazu § 5 C. II.

210 L. K. Pauli, Künstliche Intelligenz und Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, 2023.

Regelungskonzepte der Mitgliedstaaten, die es entsprechend zu nutzen gilt.²¹¹ Es liegt aber auf der Hand, dass die Dritte Gewalt nicht nur mit sensiblen Daten umgeht, sondern dass im Zeitalter der Massen- und Musterverfahren dem justiziellen Datenschutz überragende Bedeutung zukommt. Insofern ist das Feld der »datenschutzrechtlichen *accountability* der Dritten Gewalt« womöglich Vorbild für andere Dimensionen der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt insgesamt.

6. Haftungsverantwortlichkeit im europäischen Rechtsprechungsverbund

Die mitgliedstaatlichen Gerichte müssen sich ihrer Verantwortlichkeiten im europäischen Rechtsprechungsverbund bewusst sein, um Haftungsrisiken auszuschließen. Der vom EuGH entwickelte unionale Haftungsanspruch wegen Verstößen der mitgliedstaatlichen Gerichte gegen das Unionsrecht verkörpert zwar ein wichtiges Instrument, um die »judizielle Loyalität« der mitgliedstaatlichen Gerichte auch im Einzelfall durchzusetzen, gleichwohl wirft der Anspruch insbesondere bezüglich judikativen Unrechts nach wie vor erhebliche Probleme auf. Sie hängen in vielen Fällen mit den großen Spielräumen zusammen, über die die Mitgliedstaaten bei der konkreten Anwendung des Anspruchs – die in den Händen der Dritten Gewalt selbst liegt – verfügen. Auch hier wären Regelungen zur Frage der Anwendung von Rechtskraftbestimmungen und Haftungsausschlüssen zumindest von Vorteil, wenn auch nicht unbedingt rechtsstaatlich geboten. Vorbildwirkung könnte in diesem Zusammenhang den Regelungen des EPGÜ zukommen, die zwar nicht alle Details einer Haftung der Vertragsmitgliedstaaten klären, die aber gleichwohl die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Richter deutlich vor Augen führen.

Diese Regelungen könnten auch für den EuGH selbst von Bedeutung sein. Zwar besteht bislang eine gewisse Unsicherheit darüber, ob der EuGH im Rahmen einer außervertraglichen Haftung gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV haftungsrechtlich verantwortlich gemacht werden kann.²¹² Gemessen an den Grundsätzen, die er selbst formuliert hat, müsste die außervertragliche Haftung aber auch auf ihn selbst anwendbar sein. Dagegen kann an der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des EuG im Spiegel der Rechtsprechung des EuGH kein Zweifel mehr bestehen.²¹³ Hier könnten entsprechende Haf-

211 Eingehend dazu § 9 D II.

212 § 9 B. III.

213 § 9 B. II.

tungsregelungen nach dem Vorbild des EPGÜ in den Satzungen des EuGH und des EuG verankert werden.

7. Effektive Anwendung des Völkerrechts durch staatliche Gerichte und Stärkung der Legitimation internationaler Gerichte

Die Weiterentwicklung des deutschen Staatshaftungsrechts geht in vielen Fällen auf kräftige Impulse des EGMR bzw. die Bindungen an die EMRK zurück, was auch für die Haftung der Dritten Gewalt gilt. Am Beispiel des Rechtsschutzes im Falle überlanger Verfahren zeigt sich allerdings, dass eine »Flucht in die Entschädigung« nicht immer eine optimale Lösung bei menschenrechtlichen Problemlagen verkörpert. § 198 GVG verkörpert aus vielen Perspektiven eine problematische Regelung, deren Voraussetzungen zudem durch die Dritte Gewalt selbst restriktiv angewendet werden. In diesem Zusammenhang werden etwa die sog. Gerichtszweiglösungen, die Frage, ob es möglich ist, die Verzögerung isoliert feststellen zu lassen, und die gesetzlich vorgeschriebene Entschädigungshöhe kontrovers diskutiert.²¹⁴ Selbst Korrekturen würden aber die hinter § 198 GVG stehende Problemlage nicht wirklich lösen können. Es spricht viel dafür, dass lediglich ein echter »Tu was-Rechtsbehelf« eine deutlich höhere Beschleunigungswirkung entfalten könnte als die in § 198 GVG enthaltene Kombination aus Verzögerungsrüge und gedeckelter Entschädigung.

Ob der Einfluss, den internationale Schiedsgerichte inzwischen auch auf die Ausgestaltung staatlicher Justizsysteme nehmen können, zu vergleichbaren Auswirkungen führen wird, ist bislang nicht auszumachen. Angesichts der im Vergleich zur EMRK sehr hohen Entschädigungssummen, die in Schiedsverfahren oder Staat-Investor-Schiedsverfahren regelmäßig zugesprochen werden, ist aber nicht ausgeschlossen, dass es auch hier zu Konstellationen kommen kann, in denen eine Anpassung der jeweiligen Haftungsregelungen unter den Vorzeichen des *Denial of Justice*-Prinzips schnell erfolgen muss, um weitere Schiedsverfahren zu vermeiden.²¹⁵

Die Haftungsverantwortlichkeit der Schiedsgerichte selbst ist dagegen bislang nur in wenigen Fällen diskutiert worden. Hier könnten entsprechende Regelungen in die jeweils anwendbaren Schiedsordnungen aufgenommen werden, was angesichts der Bedeutung und Streitsummen der entsprechen-

214 § 8 C. II. 12.

215 Zu diesem Grundsatz etwa *M. Jacob/S. Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice Method, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, Chapter 8, Rn. 48 ff.

den Verfahren angemessen erscheint. Im Lichte der Bedeutung, die internationale Schiedsorganisationen dem Thema »*judicial ethics*« beimessen, wäre dieser Schritt auch konsequent.

Dass schließlich Haftungs- und Verantwortlichkeitsregime die Legitimation internationaler Gerichte stärken können, dürfte unbestritten sein. Gleichwohl enthalten nur wenige Gerichtsstatuten Haftungsregelungen. Als Vorbild könnte hier das EPGÜ dienen, wobei im Detail den Besonderheiten der jeweiligen Gerichte Rechnung getragen werden muss.²¹⁶

G. Fazit: Haftung zwischen demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung der Dritten Gewalt

Insgesamt erfüllt die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt eine Reihe wichtiger Funktionen und kann damit entscheidend dazu beitragen, ihre Legitimationsbasis in Zeiten des Wandels zu stärken. Dass diese Haftung im Lichte des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit zu begrenzen ist, liegt zwar auf der Hand. Unabhängigkeit bedeutet aber nicht, dass die Dritte Gewalt gegenüber den Parteien eines Rechtsstreits, gegenüber den anderen Staatsgewalten sowie weiteren Akteuren nicht verantwortlich ist. Vielmehr zeigt gerade das Instrument der Haftung der Dritten Gewalt zusammen mit weiteren Mechanismen der Verantwortlichkeitssicherung auf, dass sich die Dritte Gewalt in einer komplexen Verantwortlichkeitsstruktur bewegt, der mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden muss.

Zugleich zeigt das Beispiel der Haftung der Dritten Gewalt, dass das deutsche Staatshaftungsrecht mit der in seinem Zentrum stehenden Amtshaftung auf zahlreiche neue Herausforderungen kaum noch adäquate Antworten bereithält. Ob der Gesetzgeber aber dem umfassenden Regelungsbedarf nachkommt, ist unwahrscheinlich. So liegt die Sicherung der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt auch weiterhin in ihren eigenen Händen. Dies ist eine Ursache dafür, dass das EU-Recht und die EMRK eine hohe Bedeutung für die Thematik erlangen konnten und angesichts zahlreicher Herausforderungen für die Dritte Gewalt (Datenschutz, Digitalisierung und Politisierung) entscheidende Impulse aussenden. Hierdurch ist eine Pluralisierung der Haftungsfunktionen eingetreten, die eine Reduzierung der Haftung auf eine reine Kompensation von Schäden unmöglich macht. Vielmehr dient die Haftung darüber hinaus u. a. dazu, die Verantwortlichkeit der Dritten

216 Dazu § 6 D. und § 9 E.

Gewalt im Prozess der europäischen Integration, den Schutz der Menschenrechte und die Integrität der Justizsysteme zu sichern.

§ 16: Resümee und Ausblick

Die Dritte Gewalt befindet sich in einem tiefgreifenden Prozess des Wandels, der nicht nur ihr Aufgabenspektrum, ihre Entscheidungsformen und das Umfeld ihrer Entscheidungsfindung beeinflusst, sondern auch ihre Verantwortlichkeit. Dass im Kontext dieser Entwicklungen Fragen der Haftung von zentraler Bedeutung sind, hängt insbesondere mit den Funktionen zusammen, die eine Haftung der Dritten Gewalt erfüllen kann: Sie stärkt u. a. die Rechtsbindung der Dritten Gewalt, sichert ihre Pflichten im europäischen Gerichtsverbund und hält sie ggf. zur Achtung internationaler Menschenrechtsverbürgungen an. Im Spiegel der allfälligen Diskussion wird zwar fast schon übersehen, dass es bei der Haftung zunächst um den Ausgleich von Schäden geht. Doch hierbei kann man es nicht belassen.

Dass Fragen der Verantwortlichkeit und Haftung der Dritten Gewalt intensiv diskutiert werden, ist zugleich Ausdruck ihres immensen Bedeutungszuwachses. Man mag diese Entwicklung kritisch sehen (Stichwort: »Richterstaat«¹). Doch dass Gerichte in einer Gesellschaft, die alle Problemlagen »verrechtlicht« und zugleich den Zugang zu den Gerichten garantiert (Art. 19 Abs. 4 GG), stetig an Einfluss gewinnen, scheint unausweichlich zu sein. Diese Entwicklung wird durch die Europäisierung und Internationalisierung der deutschen Rechtsordnung immens beschleunigt. Auch deshalb muss sich die Dritte Gewalt mit neuen Klageverfahren und Aufgaben (»Mediation«), ihrer Rolle im »europäischen Rechtsprechungsverbund«, dem Einfluss neuer »Trends« wie der »Privatisierung der Justiz« durch die Schiedsgerichtsbarkeit, dem Datenschutz oder gesellschaftlichen Großthemen wie der »Digitalisierung« auseinandersetzen, womit häufig Fragen hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit und Haftung einhergehen.

Allerdings ist die »normative Infrastruktur« für eine Haftung der Dritten Gewalt auf der Ebene des deutschen Rechts seit vielen Dekaden nahezu unverändert.² Ausgangspunkt ist hier der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 34 GG, in dessen Rahmen die Haftung grundsätzlich auf den Staat übergeleitet wird. Das Grundgesetz ist zwar in Bezug auf eine Haftung der Dritten Gewalt nicht auf diese umständliche Konstruktion einer »mittelbaren Staatshaftung« festgelegt, dennoch ist es bis heute bei der nur historisch zu erklärenden Konstruktion geblieben, dass der Haftungsstat-

1 Vgl. dazu grundlegend A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962; früh zu dieser Entwicklung auch R. Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957.

2 Dazu § 8 B.

bestand zunächst durch den Amtsträger (bzw. hier den Richter) erfüllt werden muss und der Anspruch dann auf den Staat übergeleitet wird. Im Zentrum der Diskussion steht aber weniger diese merkwürdige Konstruktion als vielmehr das sog. »Spruchrichterprivileg« gem. § 839 Abs. 2 BGB. Diese Bestimmung hat dazu geführt, dass eine Haftung der Dritten Gewalt nur in absoluten Ausnahmesituationen in Betracht kommt. Der Begriff der »Dritten Gewalt« ist hierbei recht weit zu verstehen, denn der Anwendungsbereich des § 839 Abs. 2 BGB wird von der Rechtsprechung sehr extensiv ausgelegt.

Dieses traditionelle deutsche Konzept wird durch das Unionsrecht herausgefordert.³ Der EuGH hat mit Blick auf die mitgliedstaatlichen Gerichte erstmals in der Rs. *Köbler* klargestellt, dass eine unionsrechtliche Haftung der Mitgliedstaaten auch für Verstöße der mitgliedstaatlichen Judikative gegen das Unionsrecht möglich ist.⁴ In diesem Urteil hat sich der EuGH in bemerkenswerter Weise über die bis dahin in der Diskussion vorgebrachten Argumente gegen eine richterliche Haftungsverantwortlichkeit (z. B. Unabhängigkeit der Justiz, *res iudicata*) hinweggesetzt und seine Rechtsprechung ganz in den Dienst des effektiven Vollzugs des Unionsrechts und der Verteidigung der Rechte des Einzelnen gestellt. Diese Rechtsprechungslinie hat auch Einfluss auf nationale Privilegierungstatbestände, die u.U. nicht angewendet werden dürfen.

Zudem hat der EuGH – mit vergleichbarer Zielsetzung – im Jahre 2013 klargestellt, dass der außervertragliche Haftungsanspruch gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV auch auf Schäden anwendbar ist, die das Gericht verursacht hat. Hierbei hatte er insbesondere die Problematik der überlangen Verfahren vor Augen.⁵ Darüber hinaus kennt das EU-Recht mit dem datenschutzrechtlichen Schadenersatzanspruch gem. Art. 82 DS-GVO nunmehr eine spezielle Haftungsgrundlage, die auch gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Dass schließlich das EPGÜ ein eigenständiges Haftungsregime enthält (Art. 5 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 1 EPGÜ), das einerseits auf einem außervertraglichen Haftungsanspruch gegen das EPG (Art. 5 Abs. 2 EPGÜ) und andererseits auf einer speziellen Haftung der sog. Vertragsmitgliedstaaten im Falle einer Verletzung der Vorlagepflicht zum EuGH durch des EPG beruht (Art. 22 Abs. 1 EPGÜ), unterstreicht die grundlegende Bedeutung, die das Unionsrecht der Haftung insgesamt zumisst – ohne diese

3 § 9 C.

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

5 Grundlegend EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 84 – Groupe Gascogne/Kommission.

Bestimmungen hätte der EuGH mit hoher Wahrscheinlichkeit die Vereinbarkeit des EPGÜ mit dem EU-Recht abgestritten.

Entsprechende Entwicklungen mit einem unmittelbaren Bezug zur Haftung der Dritten Gewalt lassen sich auch auf der Ebene des Völkerrechts ausmachen.⁶ So hat insbesondere die Rechtsprechung des EGMR dazu geführt, dass der Problematik überlanger Gerichtsverfahren in Deutschland durch die Einführung eines neuen Entschädigungsanspruchs (§ 198 GVG) begegnet wurde. Zwar kann man an der Effektivität dieser Regelung zweifeln,⁷ doch die Entwicklung belegt jedenfalls, dass Instrumente des internationalen Menschenrechtsschutzes erheblichen Einfluss auf staatliche Verantwortlichkeitsstrukturen haben können. Dagegen bildet eine Haftung internationaler Gerichte und Tribunale bzw. Richter selbst bis dahin die absolute Ausnahme. Während beispielsweise bezogen auf den EGMR schon unklar ist, *wer* überhaupt haften könnte (der Europarat oder die Konventionsstaaten?), ist eine solche Haftung bei anderen internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen zumindest theoretisch nicht gänzlich ausgeschlossen.

Bemerkenswert ist, dass es in den letzten Jahren zu einer umfassenden Pluralisierung der Funktionen einer Haftung der Dritten Gewalt gekommen ist. Wurde früher die Funktion von Haftungsansprüchen nahezu ausschließlich in der Kompensation von entstandenen Schäden gesehen, so zeigt insbesondere das Beispiel einer Haftung der Dritten Gewalt, dass eine solche Sichtweise heute stark verkürzend ist. Tatsächlich lässt sich eine Reihe von Funktionen herausarbeiten: So dient die Haftung neben der Kompensation von Schäden auch der Prävention.⁸ Dieser Aspekt kann insbesondere bei judikativem Unrecht wichtig werden. Auf der Ebene der EU spielen darüber hinaus die Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und der Schutz der Rechte des Einzelnen im Rahmen des unionalen Rechtsschutzsystems eine wichtige Rolle. Und auch im Völkerrecht geht es hier u. a. um die Bindung der Staaten an die Menschenrechte und die Sicherung der Effektivität einzelner völkerrechtlicher Regime.

Eine weitere wichtige Funktion der Haftung der Dritten Gewalt wurde allerdings bislang nicht hinreichend beachtet: Klare Haftungsstrukturen können die Legitimation der Dritten Gewalt stärken. Insbesondere im Kontext eines umfassenden Konzepts einer »*judicial accountability*« zeigt sich, dass die Haftung der Dritten Gewalt ein wichtiger Baustein einer umfassenden

6 § 10 B.

7 Der EGMR hat allerdings festgestellt, dass die Neuregelung bei überlangen Verfahren den Anforderungen der EMRK genügt, s. EGMR v. 29.05.2012 – no. 53126/0, Rn. 40 ff. – T. gegen Deutschland.

8 Dazu § 15 C. II. 1. b).

Verantwortlichkeitsstruktur ist, die insgesamt die Legitimation der Dritten Gewalt untermauert und zugleich ihre wichtige Aufgabe im modernen Verfassungsstaat, aber auch im Prozess der europäischen Integration und bei der Durchsetzung des Völkerrechts unterstreicht.

Indes wird die Diskussion über die »Verantwortlichkeitsstrukturen« der Dritten Gewalt in Deutschland bislang ganz überwiegend aus einer Defizitperspektive diskutiert. Verantwortlichkeiten werden vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) eher als problematisch wahrgenommen. Allerdings schließen sich klare Verantwortlichkeiten und die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt nicht aus.

Der »Schlüsselbegriff« der »*judicial accountability*« erlaubt es, verschiedene Verantwortlichkeitsinstrumente zu systematisieren und so ins Verhältnis zueinander zu setzen. Betrachtet man etwa die verschiedenen Instrumente, die die »*judicial accountability*« in Deutschland, in der EU und auf internationaler Ebene sichern sollen, so zeigt sich eine ganze Reihe gemeinsamer Problemlagen: Viele Mechanismen, die vordergründig Verantwortlichkeiten sichern sollen, sind übermäßig politisiert, greifen nicht richtig oder sind für extreme Einzelfälle konzipiert. So entfalten etwa die Dienstaufsicht, Inkompatibilitätsregelungen oder Amtsenthebungsverfahren nur punktuelle Wirkung. Richterwahlverfahren, wiewohl aus der Perspektive einer »*democratic accountability*« theoretisch starke Instrumente, leiden häufig unter einer gewissen Intransparenz. Eine »*financial accountability*« ist bislang kaum ausgeprägt, wiewohl einige Gerichte mit beträchtlichen Budgets operieren. Und selbst interne Formen der »*accountability*«, wie z. B. die Rechtsmittelregime, soweit vorhanden, halten nicht unbedingt, was sie auf den ersten Blick versprechen. Insoweit scheidet hier auch eine Legitimation durch die entsprechenden Verfahren häufig aus. In Anbetracht der Zweifel, die an der »legitimatorischen Kraft« der Rechtsbindung der Dritten Gewalt mitunter geäußert werden, zeigt sich, warum es in vielen Konstellationen gerade auf klare Haftungsstrukturen ankommen kann.

Doch obwohl die Ausgestaltung der Haftung der Dritten Gewalt im deutschen Recht durch die überkomplexen und kaum noch zu vermittelnden Merkwürdigkeiten des deutschen Amtshaftungsrechts erhebliche »dogmatische Klimmzüge« erfordert, steht eine grundlegende Reform der zugrundeliegenden Anspruchsgrundlagen (oder genauer: des gesamten Staatshaftungsrechts) nicht auf der politischen Agenda. Mit einer präziseren Regelung, die sich in puncto »Rechtsklarheit« etwa an dem Vorbild des Staatshaftungsge-

setzes von 1981 orientieren könnte (§ 5 StHG),⁹ aber neue Entwicklungen zu berücksichtigen hätte, wäre nicht nur für den Rechtsuchenden viel gewonnen, sondern würde auch die Legitimationsgrundlage der Dritten Gewalt gestärkt.

Vor diesem Hintergrund sollte eine unmittelbare Staatshaftung für judikatives Unrecht eingeführt werden, mit der zugleich der Problematik der überlangen Verfahren begegnet werden könnte. Darüber hinaus erfordert die Haftung von Schiedsrichtern eine eigenständige Normierung. Die Spielräume, die die DS-GVO belässt, sollten genutzt werden. Dass der Einsatz von KI im gerichtlichen Verfahren ebenfalls Haftungsfragen aufwerfen wird, ist schon jetzt absehbar; insofern könnte eine Art KI-Gefährdungshaftung etabliert werden.

Der Diskurs über die Strukturen einer *judicial accountability* kann nicht bei Fragen der Haftung stehenbleiben. Vielmehr sind auch präventive Instrumente, die dabei helfen können, eine solche Haftung erst gar nicht entstehen zu lassen, stärker in den Blick zu nehmen. Die unter dem Stichwort »*judicial ethics*«, »*professional ethics*« oder »Richterliche Berufsethik« geführte Debatte kommt hierzulande zwar noch nicht recht vom Fleck, sie kann aber sowohl von internationalen Vorbildern (insbesondere den USA¹⁰) als auch von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit viel lernen: So arbeiten viele Schiedsorganisationen mit »*codes of conduct*«, die Leitlinien für Unvereinbarkeiten oder die Verfahrensführung enthalten. Selbst wenn es sich hierbei nicht um rechtsverbindliche Gesetze handelt, ist unverkennbar, dass sie eine enorme Bedeutung erlangt haben.¹¹

Eine »richterliche Berufsethik« kann vor diesem Hintergrund ggf. ohne Normierung auskommen und viele Fragen, die bislang ungeklärt sind, adressieren. Ist etwa eine Parteimitgliedschaft mit dem richterlichen Amt überhaupt vereinbar? Ist also die Entscheidung für den »politischen Richter« noch zeitgemäß?¹² Wie könnte eine »richterliche Berufsethik« in Deutschland

⁹ Dazu etwa B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, S. 256 ff.

¹⁰ Die Bedeutung der Debatte kann man schon daran erkennen, dass es in den USA sehr viele Lehr- und Handbücher zum Thema »Legal Ethics« bzw. »Professional Ethics« gibt; vgl. nur R. Rotunda, Legal Ethics in a Nutshell, 5. Aufl. 2018; s. auch ders., Constitutionalizing Judicial Ethics: Judicial Elections after Republican Party of Minnesota v. White, Caperton, and Citizens United, U. Arkansas Law Review 64 (2011), S. 1 ff.; zum Teil sind die Vorstellungen hier aber auch extrem weitgehend; s. ders., Judicial Transparency, Judicial Ethics, and a Judicial Solution: An Inspector General for the Courts, 41 Loyola U. Chicago Law Journal 41 (2010), S. 301 ff.

¹¹ S. z. B. die IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration, die IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, den AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes oder die CI Arb Guidelines for Interviewing Prospective Arbitrators.

¹² So ist nach Empfehlungen des Canadian Judicial Council (CJC) eine Mitgliedschaft in einer politischen Partei unvereinbar mit dem Richteramt, vgl. CJC (Hrsg.), Ethical Principles for Judges, 2021, S. 43.

aussehen? Welche Empfehlungen für Bearbeitungszeiten, Anforderungen an Anhörungen oder mündliche Verhandlungen können formuliert werden, ohne in Konflikt mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit zu geraten? Die manchmal mit einem Lächeln bedachte Diskussion über »richterliche Berufsethik« erfährt so im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt möglicherweise die Aufwertung, die ihr bislang häufig versagt blieb.¹³

Die Haftung der Dritten Gewalt erweist sich so als ein Instrument, das nicht nur die Aufgabe hat, für den Ausgleich von Schäden zu sorgen, die durch judikatives Unrecht verursacht worden sind, sondern sie kann im Lichte ihrer weiteren Funktionen maßgeblich zur Legitimation der Dritten Gewalt beitragen. Man mag zu dem stetigen Bedeutungsaufschwung der Dritten Gewalt stehen, wie man will. Sicher ist aber, dass dieser Aufschwung einer legitimatorischen Absicherung bedarf. Hierzu kann die Haftung der Dritten Gewalt ebenso etwas beitragen wie zahlreiche weitere Instrumente im Kontext einer *judicial accountability*.

Die Regelungen in Deutschland (insbesondere § 39 DRiG) sind hier großzügiger, mahnen aber immerhin den Richter dazu, sich »auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird«; s. dazu *E. Schmidt-Jortzig*, Richteramt und politische Betätigung, NJW 1984, S. 2057 ff.

13 Dazu § 15 E. I.