

2. Teil:
Wandel der Dritten Gewalt
(Grundlagen – Ausdifferenzierung – Europäisierung –
Internationalisierung)

§ 4: Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Grundgesetz räumt der Dritten Gewalt eine vergleichsweise starke Stellung ein,¹ was der Frage nach ihrer Verantwortlichkeit besonderes Gewicht verleiht.² Diese Frage bleibt in der Verfassung allerdings weitgehend unbeantwortet, sieht man einmal von der wichtigen und im Grundgesetz mehrfach erwähnten³ Rolle der Rechtsbindung für die Dritte Gewalt ab.⁴ Darüber hinaus thematisiert Art. 97 GG zumindest den Zusammenhang von Macht und Verantwortung der Dritten Gewalt unmittelbar, indem der richterlichen Unabhängigkeit zugleich die Rechtsbindung an die Seite gestellt wird.⁵ Gleichwohl geht das Grundgesetz mit der ausdrücklichen Verankerung der Rechtsbindung der Dritten Gewalt schon deutlich weiter als viele andere Verfassungstexte.⁶ Doch für die Frage der Haftung der Dritten Gewalt als Verantwortlichkeitsdimension neben der Rechtsbindung ist hiermit noch nicht viel gewonnen.

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen dieser Haftung, die zunächst in Art. 34 GG verankert ist (s. dazu im Zusammen-

1 P. Badura, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, H, Rn. 1; D. Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt. Wegmarken des Rechtsstaates in Deutschland, 1962, S. 1: »der große Klassiker der Lehre von der Gewaltenteilung (Montesquieu, Verf.) würde das, was er die richterliche Gewalt – *pouvoir judiciaire* – nannte, in der Machtfülle des bundesdeutschen Richtertums schwerlich wiedererkennen«; R. Weber-Fas, Rechtsstaat und Grundgesetz, 1977, S. 29: »Galt einst das Gesetz als Magna Charta der Freiheit und der Richter nur als Sprachrohr parlamentarisch normierter Gerechtigkeit, so hat das Bonner Grundgesetz die Richtermacht gegenüber dem Gesetzgeber stärker betont als jede rechtsstaatliche Verfassung zuvor«; P. M. Huber, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, S. 1: »Im politischen Leben Deutschlands spielt die Rechtsprechung, spielen Gerichte, traditionell eine größere Rolle als in allen anderen Staaten Europas.«.

2 S. zur Spiegelbildlichkeit von »Macht« und Verantwortung H. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1984, S. 172 ff.; s. dazu am Beispiel der (Rechts-)Macht J. H. Klement, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 263 ff.

3 Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG. Zum Verhältnis von Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG s. C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 5 und 11.

4 Zur Bindung des Richters an Gesetz und Recht eingehend G. Roellecke/C. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 7 ff., S. 43 ff.; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 285 ff.; M. Schröder, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, S. 53 ff.

5 Ähnlich auch Art. 65 S. 1 GG: »Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung.« Zur sog. »Kanzlerverantwortlichkeit« K. Stein, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009, S. 322 ff.

6 So stellt etwa Art. III die einzige Bestimmung der U.S. Constitution dar, die sich überhaupt mit der Dritten Gewalt beschäftigt, s. dazu etwa W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 10 ff.; s. auch L. Tribe, American Constitutional Law, 3. Aufl. 2000, S. 13 ff. Das Unionsrecht bindet den EuGH dagegen explizit (vgl. Art. 13 Abs. 2, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV) an die EU-Verträge; diese Bindung wird zudem in einigen Vorschriften wie z. B. Art. 47 GRC (Garantie effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte) vorausgesetzt, s. dazu C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 2a; M. Schröder, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, S. 79 ff.

hang mit § 839 BGB § 8 B. III.), ergeben sich in erster Linie aus den grundgesetzlichen Vorgaben für die Organisation, die Wahl und den Status der Richter und aus den Kompetenzbestimmungen, und sie sind aus den sog. Justizgrundrechten abzuleiten. So sind verfassungsrechtliche Organisationsbestimmungen u. a. dafür entscheidend, wen eine Haftung konkret trifft bzw. auf wen sie übergeleitet wird (Art. 34 S. 1 GG). Statusbestimmungen entscheiden ggf. über die Reichweite einer Haftung (Stichwort: »Unabhängigkeit«). Die Kompetenzbestimmungen, insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 25 GG, legen fest, welche Regelungen der Bund überhaupt in diesem Kontext erlassen kann, während die sog. Justizgrundrechte als subjektiv-öffentliche Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips schließlich ausdrücken, dass das Grundgesetz für den Bürger auch innerhalb des Justizsystems »höchstmögliche Sicherheit« anstrebt.⁷

Ein wichtiger verfassungsrechtlicher Baustein im Kontext der richterlichen (Haftungs-)Verantwortlichkeit besteht schließlich in der Öffnung des Grundgesetzes für die europäische Integration (Art. 23 GG) und für die internationale Gemeinschaft (Art. 24 GG). Der sprichwörtliche offene Verfassungsstaat⁸ ermöglicht »Verantwortungs- und Kontrollverbünde« (E. Schmidt-Aßmann) der Judikative auf europäischer und internationaler Ebene (dazu eingehend §§ 5 und 6).⁹ Während Art. 23 Abs. 1 GG eine weit gefasste Kompetenz zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die Ebene der EU darstellt, die auch die (fortdauernde) Unterwerfung unter die Jurisdiktion des EuGH ermöglicht,¹⁰ sieht Art. 24 Abs. 3 GG vor, dass der Bund zur »Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten (...) Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit« beitritt¹¹. Hierin wird ein »weitreichende(s) Gebot zur internationalen Zusammenarbeit« gesehen.¹² Und es liegt auf der Hand, dass diese Öffnung für die natio-

7 M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4 (1945-1990), 2012, S. 211. Eingehend zu den sog. Justizgrundrechten etwa C. Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 167ff.; für die Ebene des Unionsrechts M.-C. Abetz, Justizgrundrechte in der Europäischen Union, 2005.

8 K. Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 24; dazu auch ausführlich C. Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 226.

9 E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 5, Rn. 16.

10 S. ausführlich zu Art. 23 GG F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 115 ff.; A. Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 72 ff.

11 S. R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 242; C. Tomuschat, ebenda, § 226, Rn. 63 ff.

12 C. Tomuschat, ebenda.

nale Dritte Gewalt nicht folgenlos geblieben ist, was insbesondere auch für Fragen der (Haftungs-)Verantwortlichkeit gilt.¹³

Im Folgenden soll zunächst auf die Rolle der Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes eingegangen werden (A.), denn im Lichte der Diskussionen über die vermeintliche Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland zu einem »Justiz- oder Richterstaat« und die »Macht der Richter« gewinnt auch die Verantwortlichkeitsdebatte immer stärker an Bedeutung. In diesem Kontext spielen die diversen (direkten) Vorgaben des Grundgesetzes für die Organisation, Stellung der Richter, ihrer Rechtsbindung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG, dazu B.) sowie für ihre Pflichten und Legitimation (C.) eine wichtige Rolle. Das gilt auch für ihre Vernetzung mit der europäischen und internationalen Ebene, die vielleicht den größten Einfluss auf den Wandel der Verantwortlichkeitsstrukturen der Dritten Gewalt ausübt (D.).

Hier zeigt sich, dass die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Verfassungsstaat des Grundgesetzes erheblich von denen der beiden anderen Staatsgewalten abweichen. So konzentriert sich die Diskussion im Hinblick auf die Dritte Gewalt bislang fast ausschließlich auf die Frage der richterlichen Rechtsbindung. Dagegen spielen andere Formen der richterlichen Verantwortlichkeit, sei es auch eine Haftungsverantwortlichkeit, im Lichte der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) keine vergleichbare Rolle. Dies bedeutet aber nicht, dass die Dritte Gewalt aus der Sicht des Grundgesetzes lediglich auf die Rechtsbindung als Verantwortlichkeitsinstrument zu reduzieren wäre.¹⁴

A. Die Dritte Gewalt im Verfassungsstaat des Grundgesetzes

Der Dritten Gewalt kommt im Verfassungsstaat des Grundgesetzes die Aufgabe der »Rechtsprechung« zu (so die Bezeichnung des IX. Abschnitts des GG). Zwar lässt das Grundgesetz offen, was unter den Begriff im Detail fällt, doch enthält es eine Reihe von Vorgaben, die insbesondere die Organisation und Kompetenzverteilung, den Status und die Wahl von Richtern sowie

13 Dazu etwa § 8 C.

14 Zu apodiktisch daher C. von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 179; »Inhaltliche Legitimation vermittelt primär die strikte Bindung an das – hinreichend bestimmte – Gesetz (Art. 97 GG); sanktionierte Verantwortlichkeit und Kontrolle spielen auf Grund der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit des Richters hingegen keine Rolle.«

die Justizgrundrechte und einige Übergangsbestimmungen betreffen.¹⁵ Indes handelt es sich hierbei lediglich um »einige als besonders wichtig erachtete und daher verfassungsrechtlich regelungsbedürftig angesehene Fragen«¹⁶. Die Detailfragen sind dagegen dem einfachen Gesetzesrecht überantwortet. Gleichwohl lässt sich die starke Stellung, die die Rechtsprechung im Grundgesetz genießt, durchaus schon aus den entsprechenden verfassungsrechtlichen Regelungen ablesen, was zugleich die Fragen aufwirft, was es für eine Haftung der Dritten Gewalt bedeutet, dass »Rechtsprechung« Ausdruck von Staatsgewalt (I.) ist – Stichworte: »Rechtsprechungsmonopol« (II. 1.) und »Privatisierung der Rechtsprechung« (III. 2.) –, und welche Folgerungen aus der besonders exponierten Stellung des BVerfG für das verfassungsrechtliche Verhältnis von Recht und Politik zu ziehen sind (III. 3.).

I. Rechtsprechung als (Staats-)Gewalt

Ob man die Rechtsprechung als »die Urform hoheitlicher Tätigkeit« versteht¹⁷ oder ihre fundamentale Bedeutung erst als Ergebnis eines langen Entwicklungsprozesses begreift, hängt zunächst davon ab, wie man den Begriff der Staatsgewalt versteht und wo historisch angesetzt wird.¹⁸ Sicher ist aber, dass, wenn man sich die ursprünglichen Mittel der Streitlösung – Gewalt und Konsens – vor Augen führt,¹⁹ diese als Grundmotive der Streitbeilegung schon immer eine zentrale Rolle spielen und sich hieran bis heute nicht viel geändert hat. Geändert haben sich lediglich die Vorzeichen: An die Stelle von

15 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 3 ff.

16 C. Hillgruber, ebenda, Rn. 1. Auch die Verfassungen vieler Mitgliedstaaten der EU enthalten häufig nur rudimentäre Bestimmungen über die Funktion und Ausgestaltung der Dritten Gewalt. So etwa die Art. 64-68 der franz. Verf., die Bestimmungen über die Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie die Unabsetzbarkeit der Richter (Art. 64) ebenso enthält wie Bestimmungen über den Obersten Rat des Richterstandes (»conseil supérieur de la magistrature«, Art. 65) und das Verbot der willkürlichen Verhaftung, das von der »l'autorité judiciaire als gardienne de la liberté individuelle« gewährleistet wird (Art. 66). Im Jahre 2007 wurde zudem das bereits zuvor geltende Verbot der Verhängung der Todesstrafe in Art. 66.1 franz. Verf. aufgehoben. Art. 67 franz. Verf. enthält die grundlegenden Regelungen über den obersten Gerichtshof (»la Haute Cour«), und Art. 68 franz. Verf. regelt seine Zuständigkeit im Verfahren der Präsidentenanklage. Eine Bestimmung über die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt enthält die franz. Verf. allerdings ebenso wenig wie eine Regelung über die Haftung des Staates für judikatives Unrecht. Ausführliche Bestimmungen zur Dritten Gewalt enthalten auch viele andere europäische Verfassungen, vgl. etwa Art. 87 ff. griech. Verf., Art. 34 ff. irische Verf., Art. 101-110 ital. Verf., Art. 102-118 litau. Verf., Art. 49 und 84-95 luxem. Verf., Art. 95-101A verf. Malta, Art. 112-122 niederl. Verf., Art. 82-86 lett. Verf.

17 So C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 1 mit Verweis auf G. Roellecke, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 7 ff. (25).

18 Dazu P. Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, 2015, S. 14 f.; s. auch W. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Aufl. 2002, S. 282 ff.

19 P. Oestmann, ebenda, S. 15.

Blutrache und Fehdewesen (»Gewalt«) ist das staatliche Gewaltmonopol getreten.²⁰ Entsprechend verkörpert die im Grundgesetz so titulierte »Rechtsprechung« (Art. 20 Abs. 3) Staatsgewalt.²¹ Besonders plastisch wird das etwa bei Strafurteilen. An die Stellung privater Sühneverhandlungen ist die (staatlich) strukturierte Streitschlichtung (»Konsens«) getreten, ein Motiv, das in jüngerer Zeit noch an Bedeutung gewinnen konnte (man denke nur an die immer noch zunehmende Bedeutung von »Mediation«). Insofern prägen Gewalt und Konsens bis heute die Streitschlichtung, auch wenn die Begriffe inzwischen anders verstanden werden. Es geht heute um verfassungsrechtlich legitimierte Staatsgewalt, die sich vom Souverän – dem Volk – ableiten lassen muss (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG).²² Nicht umsonst ergehen Gerichtsurteile »im Namen des Volkes«.²³ Das markiert eine grundlegende Veränderung, denn wie und ob die Rechtsprechung persönlich in früheren Zeiten an einen Herrscher/König »angeseilt« war, ist dagegen im Einzelnen nur schwer auszumachen.

Das Grundgesetz legt die rechtsprechende Gewalt jedenfalls in die Hände der Richter (Art. 92 GG). Aus dieser Formulierung wird das sog. »staatliche Rechtsprechungsmonopol« abgeleitet,²⁴ das in Kombination mit dem Justizgewährungsanspruch (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG)²⁵ und der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG²⁶ häufig als Ausgangspunkt für

-
- 20 Eingehend zum staatlichen Gewaltmonopol etwa *D. Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975; *J. Isensee*, Die Friedenspflicht des Bürgers und das Gewaltmonopol des Staates, in: FS K. Eichenberger, 1982, S. 23 ff.; s. auch *F. A. von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 1983, S. 161 ff.
- 21 Kritisch zu einer solchen Sichtweise *W. Leisner*, Das letzte Wort. Der Richter späte Gewalt, 2003; zum Begriff der »Staatsgewalt« s. nur *K.-P. Sommermann*, in: *P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.)*, GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 2, Rn. 145 ff.
- 22 Dass sie auch aus der Perspektive der Systematik des GG die Dritte Gewalt ist, wird bei einer genauen Lektüre der jeweiligen Vorschriften deutlich, so wird sie in zahlreichen Vorschriften, bei denen alle drei Staatsgewalten aufgezählt werden, stets an letzter – dritter – Stelle genannt, vgl. etwa Art. 20 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG. Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen und Bindungen der rechtsprechenden Gewalt s. etwa *M. Schröder*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrbenennsystem, 2010, S. 1 ff. und S. 53 ff.
- 23 Vgl. etwa § 301 Abs. 1 ZPO, § 117 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 132 Abs. 1 S. 1 SGG, § 105 Abs. 1 S. 1 FGO, § 25 Abs. 4 BVerfGG; dazu *P.-C. Müller-Graff*, Zur Geschichte der Formel »Im Namen des Volkes«, ZZP 1975, S. 442 ff.; s. auch *J. Limbach*, »Im Namen des Volkes« – Macht und Verantwortung der Richter, 1999. Die Formulierung geht auf Art. 8 Abs. 2 der Preußischen Verfassung von 1920 zurück (»Die Urteile werden im Namen des Volkes verkündet und vollstreckt«).
- 24 S. dazu etwa *C. Burkiczak*, in: *K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum GG, 37. EL, Art. 92, Rn. 17 ff.
- 25 BVerfG v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (291) – Ablehnung der Revision; BVerfG v. 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337 (345); BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401) – Rechtsschutz gegen den Richter I; BVerfG v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (150) – Gleichheit im Vergaberecht.
- 26 Dazu ausführlich *P. M. Huber*, in: *ders./A. Voßkuhle (Hrsg.)*, GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19, Rn. 367 ff.

Diskussionen über die »Macht« der Dritten Gewalt und einen vermeintlichen Wandel des Staates hin zu einem »Richter- oder Justizstaat« dient.

II. Die Dritte Gewalt im System des Grundgesetzes

Das Grundgesetz erwähnt den Begriff der »Dritten Gewalt« an keiner Stelle, sondern spricht stattdessen von der »Rechtsprechung« (z. B. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) oder der »rechtsprechende(n) Gewalt« (Art. 92 GG).²⁷ Teilweise ist auch von den »Richtern« (Art. 92, 97 GG) bzw. »dem Richter« (Art. 101 Abs. 1, Art. 104 Abs. 2 GG) die Rede. Darüber hinaus wird die Institution des Gerichts an verschiedenen Stellen erwähnt, so etwa hinsichtlich des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93 GG) oder der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 98 GG). Der Ansatz des (deutschen) Verfassungsrechts ist insgesamt darauf gerichtet, Organisationsvorgaben für die obersten Bundesgerichte bzw. die Verfassungsgerichtsbarkeit zu machen sowie die Garantie der Unabhängigkeit der Richter wie auch ihre Bindung an »Gesetz und Recht« sicherzustellen.²⁸ Die nähere Ausgestaltung der Gerichtsorganisation wie auch viele Detailfragen zum Status der Richter sind damit ganz überwiegend dem einfachen Gesetzesrecht überantwortet.²⁹

1. Das staatliche Rechtsprechungsmonopol

Entscheidend ist aber zunächst, dass nach Art. 92 Hs. 1 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist.³⁰ Die Vorschrift konkretisiert insoweit den Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG für die Dritte Gewalt.³¹ Sie grenzt die rechtsprechende Gewalt von den anderen Staatsgewalten ab³² und sorgt dafür, dass die Kontrolle der Dritten Gewalt durch die anderen Staatsgewalten schon konzeptionell vermindert sein muss.³³

27 S. bereits § 2 A.

28 S. dazu etwa K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 236 ff.

29 So auch C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 1 ff.

30 Zur grundlegenden Bedeutung W. Heyde, Rechtsprechung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 33, Rn. 1.

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

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

33 Ausführlich s. A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 65 ff.

Art. 92 GG bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Rechtsprechung »Staatsgewalt« ist und ausübt. Der Begriff der »rechtsprechende(n) Gewalt« wird im Grundgesetz ausschließlich in Art. 92 erwähnt.³⁴ Sie ist so nach Maßgabe der Verfassung öffentliche Gewalt und muss dies gem. Art. 92 GG auch in allen wesentlichen Bereichen bleiben.³⁵ Die Vorschrift setzt damit Entwicklungen, die z. B. auf eine Privatisierung der »Rechtsprechung« hinauslaufen, eine klare Grenze (dazu unten III. 2.).³⁶ Aufgaben der »Rechtsprechung« im Sinne des Art. 92 GG dürfen nicht auf private Institutionen der Streitschlichtung übertragen werden – der Staat darf sich nicht in die private Streitschlichtung flüchten. Das heißt nicht, dass Art. 92 GG private Streitschlichtung begrenzt oder unterbindet, die Vorschrift ist diesbezüglich neutral. Vielmehr folgt aus Art. 92 GG nur, dass jede Form privater Streitschlichtung keine »Rechtsprechung« ist.³⁷

Indem Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern »anvertraut«, ist zugleich eine »Monopolisierung« der rechtsprechenden Gewalt in staatlicher Hand intendiert.³⁸ Das staatliche »Rechtsprechungsmonopol« ist Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols, wie das BVerfG unterstrichen hat. Mit seinen Worten:

»In der Gerichtsbarkeit prägen sich innerstaatliches Gewaltverbot und staatliches Gewaltmonopol aus.«³⁹

Aus Art. 92 GG folgt auch, dass »Rechtsprechung« im Sinne des GG weder durch andere Staatsgewalten erfolgen darf,⁴⁰ noch der Gesetzgeber einfachgesetzlich den Rechtsprechungsauftrag der Dritten Gewalt aushöhlen kann.⁴¹ Insgesamt ist mit Art. 92 GG also eine Grundsatzentscheidung für eine staatliche Gerichtsbarkeit getroffen worden, die vom Bund und den Ländern auszuüben ist.

34 C. D. Classen, in: H. P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 5.

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

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

37 So bereits R. Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, S. 2001 ff.; D. Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112, Rn. 90; C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 41 ff.

38 D. Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112, Rn. 24.

39 BVerfG v. 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (292) – Ablehnung der Revision.

40 BVerwG v. 13.06.1959 – I C 66,57, BVerwGE 8, 350 (352).

41 S. etwa S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 92, Rn. 28 ff.

2. Weitere verfassungsrechtliche Regelungen

Auch wenn das Grundgesetz zunächst nur diejenigen Bestimmungen über die Dritte Gewalt enthält, die auf der verfassungsrechtlichen Ebene als besonders wichtig angesehen wurden, so zeigt sich, dass eine Reihe von Rechtssetzungs- und Organisationsbestimmungen, Regelungen zur Bestellung, zum Status und z. T. den Aufgaben der Richter sowie spezifische Grundrechte, die rechtsstaatliche Standards von Gerichtsverfahren sichern sollen, insgesamt einen verfassungsrechtlichen Rahmen für die Dritte Gewalt vorgeben.

Hierbei kann insbesondere zwischen den allgemeinen Bestimmungen für die Dritte Gewalt und denjenigen Bestimmungen, die sich ausschließlich mit dem Bundesverfassungsgericht bzw. verfassungsrechtlichen Konstellationen befassen, unterschieden werden. Während etwa die Bestimmungen über die Rechtsbindung (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 und 97 GG), die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG), Richtervorbehalte (z. B. Art. 13 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG), bestimmte Organisations- und Statusrechte (Art. 92 ff., Art. 97 GG), das Vorlagerecht im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 GG) und die sog. Justizgrundrechte (Art. 101 ff. GG) für die Dritte Gewalt übergreifend auf Landes- und Bundesebene Geltung haben, beziehen sich weitere Bestimmungen in erster Linie auf die Bundesgerichtsbarkeit (z. B. Art. 60 Abs. 1 GG, Art. 95, Art. 98 GG). Schließlich enthält das Grundgesetz eine Reihe von speziellen Bestimmungen für das Bundesverfassungsgericht (etwa Art. 93 und 94 GG, darüber hinaus etwa Art. 61, Art. 115g und Art. 126 GG).

Es ist allerdings Ausdruck der föderalen Anlage des Grundgesetzes, dass die Justizhoheit zunächst in den Händen der Bundesländer liegt.⁴² Entsprechend verweist Art. 92 GG ausdrücklich auf das BVerfG, die Bundesgerichte und die Gerichte der Länder. Zwar kommt dem Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Gerichtsverfassungsrecht und das gerichtliche Verfahren zu. Die Gerichtsbarkeit selbst ist aber Sache der Länder, soweit das Grundgesetz dem Bund nicht ausdrücklich eigene Gerichtsbarkeiten zubilligt. Dies beschränkt sich zunächst auf das BVerfG und die obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 GG) sowie die in Art. 96 GG vorgesehenen weiteren Bundesgerichte. Dies ist zwingende Folge des föderalen Prinzips, zugleich aber womöglich auch eine Ursache dafür, dass viele Fragen der richterlichen Verantwortlichkeit eine gewisse Tendenz

42 C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 92, Rn. 15.

zur Diffusion aufweisen. Die föderale Anlage des Rechtsprechungssystems kann allerdings auch zu einer wechselseitigen Kontrolle und einer Art »Rechtsprechungswettbewerb« führen und ist damit ein Garant zur Vermeidung übermäßiger Machtkonzentration. Insofern weist der gegenwärtig häufig diskutierte »Standortwettbewerb« der Justiz auch eine föderale Dimension auf, die unmittelbar im Grundgesetz angelegt ist.⁴³

III. Aktuelle und tradierte Problemlagen

Die Rolle, die das Grundgesetz der Dritten Gewalt zuweist, wird durch verschiedene aktuelle – und auch tradierte – Problemlagen herausgefordert, die auch für ihre Verantwortlichkeitsstrukturen von Relevanz sind. Während die Rolle der Diskussion über die Gefahren des »Richterstaates« für die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt auf der Hand liegt (dazu 1.), scheint die »Privatisierung« der Streitschlichtung ein entgegengesetztes Phänomen zu verkörpern, das interessanterweise in jüngster Zeit ebenso durch Verantwortlichkeitsdebatten geprägt wird (dazu 2.). Schließlich zeigt die besondere Rolle des BVerfG, dass im Schnittfeld von Recht und Politik weitere Verantwortlichkeitsmechanismen greifen können. Sie greifen, soweit das BVerfG zu weit in die »politische Arena« eindringt (dazu 3.). Hier ist es in letzter Zeit im Zuge sog. Klimaklagen ebenso zu erheblichen Diskussionen über die Legitimation des BVerfG gekommen wie zu der jüngsten Debatte über die »verfassungsrechtliche Absicherung« des BVerfG.

1. Auf dem Weg in den »Richterstaat«?

Die starke Position der Dritten Gewalt im Verfassungsstaat des Grundgesetzes hat in den vergangenen Dekaden immer wieder zu Grundsatzdebatten geführt, die weit zurückreichen. So ist seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland nach einer (positiv konnotierten) anfänglichen Forderung der »Entfesselung der Dritten Gewalt«⁴⁴ in bemerkenswerter Regelmäßigkeit von

43 Dazu G. Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb – Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit, 2017.

44 P. van Husen, Die Entfesselung der Dritten Gewalt, AöR 78 (1952/1953), S. 49 ff.; dazu auch F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 649 ff.

der »Macht der Richter«⁴⁵, einem »Jurisdiktionsstaat«⁴⁶ oder einem »Richterstaat«⁴⁷ die Rede. Befürchtet wird hier also eine Art »säkulare Kritarchie«.

Freilich haben sich die Vorzeichen der jeweiligen Debatten geändert: Ging es in den frühen Jahren der Bundesrepublik mehr um das Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht und damit um die Folgen einer oftmals als hypertrophierend angesehenen Gesetzgebung, stehen heute mehr die Folgen der Europäisierung und Internationalisierung und den damit mitunter assoziierten Gefahren für die staatliche Souveränität und Justizhoheit im Vordergrund. Hinzu treten in jüngerer Zeit (wieder) Diskurse über die Privatisierung der Dritten Gewalt und – als neue Entwicklung – Fragen, die mit dem omnipräsenten Phänomen der Digitalisierung zu tun haben.

Insgesamt hat man sich über die Zeit – so scheint es zumindest – damit arrangiert, dass der Dritten Gewalt in den modernen westlichen Industriegesellschaften eine eigentlich wichtige Rolle zukommt.⁴⁸ Die aktuellen Diskussionsstrände können hierbei mitunter an die älteren Debatten anknüpfen: So prophezeite etwa *Ernst Forsthoff* schon 1960 das Erstarken der Schiedsgerichtsbarkeit.⁴⁹ Die starke Rolle bzw. der weite »Entscheidungsraum« der (staatlichen) Dritten Gewalt sei nicht im Gesetz angelegt, so *Forsthoff*, sondern werde von der Dritten Gewalt schlicht »usurpiert«.⁵⁰ Aufgrund des zu beobachtenden Verlusts der Rationalität des Rechts in der Industriegesellschaft – so *Forsthoff* – komme es zu immer mehr Überraschungsmomenten, die Gerichtsurteile unkalkulierbar machen. Die Folge sei dann womöglich die Flucht in außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen, konkret »Schiedsgerichtsbarkeit und Vergleich«.

Die Diskussionen über den »Richterstaat«, die nicht nur in Deutschland, sondern weltweit geführt werden (in den USA wird die Rolle des U. S. Supreme Court gar inzwischen mit der einer »superlegislature« verglichen),⁵¹

45 A. Brodocz, Die Macht der Judikative, 2009, S. 139 ff.

46 S. dazu E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 54 ff., insb. S. 62; ders., Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 ff. (25 ff.); ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 402; U. Di Fabio, Gewaltenteilung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II (Verfassungsstaat), 2004, § 27, Rn. 30.

47 Positiv dazu R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957; eher kritisch dagegen E. Forsthoff, Rechtsstaat oder Richterstaat, in: ders., Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.; s. auch F. Werner, Das Problem des Richterstaates, 1960; R. Henning, Rechtsstaat und Richterstaat, *JCSW* 3 (1962), S. 181 ff.; zum Ganzen auch K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 203 ff. m. w. Nachw.

48 Dezipiert kritisch etwa B. Rüthers, Heimliche Revolution. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014.

49 E. Forsthoff, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, *NJW* 1960, S. 1273 ff. (1275).

50 Ebenda.

51 R. A. Posner, The Supreme Court 2004 Term – Foreword: A Political Court, *Harvard Law Review* 119 (2005), S. 32 ff. (35 ff., 60); s. auch P. D. Carrington/R. C. Cramton, Judicial Independence in Excess: Reviving the Judicial Duty of the Supreme Court, *Cornell Law Review* 94 (2009), S. 587 ff.; dazu

deuten so auf einen bemerkenswerten Perspektivwechsel hin. Die Vorstellung, bei der Dritten Gewalt handele es sich um keine wirkliche Staatsgewalt, ihre Macht sei »*en quelque façon nulle*«, wie es Montesquieu formulierte.⁵² oder sie sei »*the weakest of the three departments of power*«, so Alexander Hamilton in den *Federalists Papers*,⁵³ ist, will man manchen Stimmen Glauben schenken, fast schon in ihr Gegenteil umgeschlagen.

Damit ist gleichzeitig die wichtige Frage aufgeworfen, ob die Zunahme richterlicher Entscheidungsmacht durch einen Ausbau hinreichender Legitimations- und Verantwortlichkeitsinstrumente kompensiert wurde. Sah Alexander Hamilton es noch als ausreichend an, dass man Richter ggf. durch ein *impeachment*-Verfahren absetzen konnte (»*this is the only provision on the point, which is consistent with the necessary independence of the judicial character*«⁵⁴), so haben sich die Kontroll- und Verantwortlichkeitsstrukturen der Dritten Gewalt seitdem zwar weiterentwickelt, aber mit dem Prozess der »Selbstautorisierung« womöglich nicht immer Schritt gehalten.

Dies ist nicht unproblematisch, denn in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gerade in den letzten Jahren Rechtsmittelwege immer früher abgeschnitten werden⁵⁵ und auch sonstige Kontrollmechanismen sukzessive an Bedeutung verlieren, wie z. B. das Widerspruchsverfahren.⁵⁶ Auf der anderen Seite haben die Gerichte teilweise mehr, häufig jedoch komplexere Verfahren zu bearbeiten, sodass die Möglichkeit von Fehlern steigt.⁵⁷ Wenn aber einerseits die Kontrolle nicht ausgebaut wird und andererseits die

auch L. Friedman, Total Justice 1985; K. Malleson, The New Judiciary. The Effects of Expansion and Activism, 1999; G. di Frederico, Judicial Accountability and Conduct: An Overview, in: A. Seibert-Fohr (Hrsg.), Judicial Independence in Transition: Strengthening the Rule of Law in the OSCE Region, 2012, S. 87 ff. (87).

52 C. de Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, hrsgg. von E. Forsthoff, 1951, Bd. 1, S. 214 ff. Freilich muss hier auf den Kontext der Äußerung geachtet werden, dazu C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 66 Fn. 1 mit Verweis auf R. Ogorek, De l’Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277 ff. (hier insbesondere S. 281 ff.).

53 The Federalists No. 78 – Publius (*Hamilton*), s. dazu etwa J. N. Rakove, The Original Justifications for Judicial Independence, Georgetown Law Journal 95 (2007), S. 1061 ff.

54 The Federalists No. 79 – Publius (*Hamilton*).

55 S. zur Entwicklung in diesem Bereich etwa P. Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag, 1996, S. A1–A10.

56 Dazu S. Schiedermair, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 48, Rn. 31 ff.; I. Härtel, Rettungsanker für das Widerspruchsverfahren?, VerwArch 98 (2007), S. 53 ff.

57 Vgl. allgemein P. L. Strauss, One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court’s Limited Resources for Judicial Review of Agency Action, 87 Columbia Law Review (1987), 1093.

potenzielle »Macht« der Dritten Gewalt zunimmt, muss die Frage gestellt werden, wie dieses Ungleichgewicht austariert werden kann.

Angesichts des Bedeutungs- bzw. Aufgabenwandels der Dritten Gewalt, der insbesondere im deutschen Recht, darüber hinaus aber auch in vielen Staaten der Welt zu beobachten ist, wird man die klassische Qualifizierung der *Federalists* als »*weakest of all branches*« sicher überdenken müssen, ohne dass damit automatisch ein Legitimationsdefizit oder ein Problem aus der Warte des Prinzips der Gewaltenteilung verbunden sein muss.

Im Gegenteil: Staatsgewalt ist nicht statisch, sondern in ihrer Zuweisung und Ausübung ebenso Wandlungsprozessen unterworfen wie die Gesellschaft selbst.⁵⁸ Zu Recht meint etwa *Markus Kotzur*:

»Ich glaube, dass es heute viel schwieriger geworden ist, einer richterlichen Kernanforderung gerecht werden zu können, die einst eine berühmte Beschreibung auf den Punkt gebracht hat: Damit sie (die Dritte Gewalt, Verf.) wirklich ›die am wenigsten gefährliche Gewalt‹ bleibt, ›the least dangerous branch‹, hat die Dritte Gewalt eine ganze Menge zu tun und muss um ihre Legitimation immer neu ringen.«⁵⁹

Hiermit ist gleichzeitig die Problematik der Legitimation der Dritten Gewalt angesprochen, die gerade nicht statisch angelegt ist, sondern um die tatsächlich immer wieder neu gerungen werden muss.⁶⁰

2. Privatisierung der Dritten Gewalt

Allerdings hat Art. 92 GG nicht die Funktion, neuen Formen der Streitbeilegung die verfassungsrechtliche Legitimation zu versagen. Die Vorschrift entfaltet hierfür schlicht keine Relevanz. Sie monopolisiert die Rechtsprechung im Kontext der Verfassung zwar bei den Richtern, verhält sich aber gegenüber neuen Formen der privaten Streitbeilegung neutral. So finden etwa die Schiedsgerichtsbarkeit oder die Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit ihre verfassungsrechtliche Legitimation nicht als Ausnahme zu Art. 92 GG, sie sind vielmehr Ausfluss der Vereins- bzw. Verbandsautonomie bzw. der Grundrechte. Auch dem Gerichtsverfahren vorgesetzte Verfahren, wie etwa das obligatorische Streitschlichtungsverfahren bei Gütestellen, sind aus der Perspektive des Art. 92 GG unproblematisch, weil die Vorschrift zu-

58 Am Beispiel der Demokratie S. Augsberg, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 27ff.

59 M. Kotzur, Wortbeitrag, in: VVDStRL 74 (2015), S. 235.

60 Dazu K. Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529 ff.

nächst nur die letztverbindliche Entscheidungsgewalt der Richter im Auge hat.⁶¹

Im Kontext des Art. 92 GG stellt sich auch die Frage, ob eine wie auch immer geartete »Privatisierung« der Dritten Gewalt bzw. der Rechtsprechung bzw. Justiz verfassungsrechtlich zulässig ist und welche Grenzen das Grundgesetz einer solchen Entwicklung setzt.⁶² Die entsprechenden Diskussionen knüpfen hierbei an unterschiedliche Überlegungen an: Zum einen wird im Kontext der Privatisierung der Dritten Gewalt die Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit thematisiert, der im innerstaatlichen Bereich, erst recht aber auf der internationalen Ebene, inzwischen eine enorm hohe Bedeutung zukommt.⁶³

Daneben bestehen auch Überlegungen, ob bestimmte Aufgaben, die bis dahin bei der staatlichen Justiz angesiedelt sind, auf andere Einrichtungen übertragen werden können. Hier setzt Art. 92 GG eine klare Grenze.⁶⁴ Die »Rechtsprechung« als Staatsgewalt ist nicht privatisierbar. Die Diskussionen über eine »Privatisierung« der Justiz können sich deshalb nicht auf den Kernbereich »Rechtsprechung« konzentrieren, sondern allenfalls auf weitere Aufgaben der Dritten Gewalt, die nicht unter Art. 92 GG fallen bzw. auf die Schiedsgerichtsbarkeit, die neben die staatliche Rechtsprechung treten kann.⁶⁵

61 Zum Ganzen C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 32.

62 S. dazu etwa S. Eisenmenger, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012, S. 91 ff.; W. Hoffmann-Riem, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 421 ff.; früh dazu auch R. Stöber, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, S. 2001 ff.

63 C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 41 ff.; C. Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 337 ff. (344); zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und ihrer Bedeutung allgemein etwa M. L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2017.

64 S. Eisenmenger, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012, S. 93 ff.

65 F. Wittreck, Verfassungsrechtliche (und unionsrechtliche) Rahmenbedingungen privater Justiz, Bitburger Gespräche 2016, 2017, S. 31 ff.; F. Brosius-Gersdorf, Die Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL 74 (2015), S. 169 ff. (175 ff.); J. Zado, Privatisierung der Justiz: Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister, 2013; W. Hoffmann-Riem, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 421 ff.; W. Voit, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, S. 120 ff.

3. Politisierung der Dritten Gewalt

a) Das Bundesverfassungsgericht in der politischen Auseinandersetzung

Die Frage, inwiefern die Justiz »Politik« betreibt bzw. wie politisiert die Justiz werden kann,⁶⁶ wird in Deutschland überwiegend an der zentralen Rolle des Bundesverfassungsgerichts festgemacht.⁶⁷ Tatsächlich ist in den letzten Jahren immer wieder diskutiert worden, inwiefern insbesondere das BVerfG sein Mandat bei einzelnen Entscheidungen überschritten haben könnte.⁶⁸ Kritik wurde nicht nur seitens der Rechtswissenschaft geäußert, sondern auch von Verfassungsorganen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa Äußerungen des ehemaligen Bundestagspräsidenten *Norbert Lammert* zu vermeintlichen Mandatsüberschreitungen des BVerfG.⁶⁹ Wiewohl die Dritte Gewalt zwar nicht gänzlich »wehrlos gegenüber politischer oder medialer Einflussnahme« ist,⁷⁰ so ist doch nicht zu verkennen, dass gewisse Asymmetrien zumindest einen kritischen Dialog oder Reaktionen der Rechtsprechung erschweren. Das gilt in erster Linie für die Teile der Dritten Gewalt, die nicht täglich in das »politische Schlachtegettümml« verwickelt sind.

Dagegen nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Sonderstellung ein. Es ist (auch) als Verfassungsorgan seit jeher »politisch« gewesen, denn seine

66 Eingehend dazu *J. Crowe*, The Constitutional Politics of the Judiciary, in: M. Tushnet/M.A. Graber/S. Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, 2015, S. 197ff.

67 Dazu etwa die Beiträge in C. Landfried (Hrsg.), Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations, 2019; s. auch A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93, Rn. 31ff.; dazu auch K. Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529 ff. (538).

68 Dazu etwa die Kontroverse zwischen C. Möllers und G. Hirsch, s. G. Hirsch, Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 2007, S. 853 ff.; dazu kritisch C. Möllers, Erwiderung auf Günter Hirsch, JZ 2008, S. 188 ff.

69 S. dazu etwa die Rede des ehemaligen Präsidenten des Bundestages N. Lammert, 65 Jahre Grundgesetz, 2014, S. 12f.: »Bei der Wahrnehmung des politischen Gestaltungsauftrags, den das Parlament zweifellos hat, gibt es unbestreitbar immer wieder die Versuchung des Gesetzgebers, im Regelungseifer die Grenzen der Verfassung zu strapazieren. Es gibt aber auch den gelegentlichen Ehrgeiz des Verfassungsgerichts, die geltende Verfassung durch schöpferische Auslegung weiterzuentwickeln. Natürlich ist es die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts und seine herausgehobene Funktion in unserem Verfassungsgefüge, darauf zu achten, dass niemand und keine Institution die von der Verfassung gesetzten Grenzen überschreitet. Dabei sollte sich auch das Gericht immer wieder vergewissern, ob es die ihm selbst gesetzten Grenzen seinerseits so einhält, wie es dies von anderen Institutionen verlangt. Die Versuchung, solche Grenzen auszuloten oder zu verschieben, beschränkt sich jedenfalls nicht auf Parlamente und Behörden. Diese Beobachtung lässt sich auch für das Verfassungsgericht machen und wird im Übrigen ja nicht nur in Wissenschaft, Politik und Medien diskutiert, sondern auch von amtierenden Verfassungsrichtern in Sondervoten vorgetragen, mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Verletzung der Grenzen zwischen gesetzgeberischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Kontrolltätigkeit. Es dient gewiss der Stärke wie dem Ansehen sowohl des Parlamentes wie des Verfassungsgerichtes, wenn wir uns jeweils sorgfältig um die Beachtung dieser Grenzen bemühen. Die Gewaltenteilung erträgt sicher und braucht auch neben dem wechselseitigen Respekt der Verfassungsorgane kritische und selbstkritische Beziege.«

70 So aber K. Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529 ff. (538).

Entscheidungen betreffen regelmäßig die politische Arena, wie auch manches Urteil unmittelbar »politikgestaltend« wirken kann.⁷¹ Zudem äußern sich – von einigen Stimmen durchaus als Unsitte empfunden – die Richter des Bundesverfassungsgerichts zu wichtigen Fragen. Dieses geschieht zwar – bislang – selten in der Form von »politischen Statements«, sondern zumeist in Form von Fachaufsätzen oder Interviews⁷². Das ändert aber nichts daran, dass auch solche Beiträge und Äußerungen politische Absichten und Wirkungen haben können.⁷³

b) Richterwahlen und -berufungen

Dass die Dritte Gewalt jenseits dieser Kontroversen in den Sog der Politik geraten kann, zeigt etwa das Verfahren der Berufung von Bundesrichtern (Art. 95 Abs. 2 GG), in dessen Rahmen politische Erwägungen eine große Rolle spielen können.⁷⁴ Das gilt für die Bestellung der Richter des BVerfG in besonderer Weise, spielt aber darüber hinaus auch bei den weiteren Bundesrichtern nach Maßgabe des RiWG eine Rolle.⁷⁵ Bei der Bestellung der Richter des BVerfG kommt es bislang stark auf den Parteiproportz bei der Nominierung der Kandidaten an.⁷⁶ Hieran hat auch die Reform der Wahlmodalitä-

71 Zum BVerfG als politischen Akteur s. etwa aus politikwissenschaftlicher Sicht früh *H. Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968; s. auch *K. Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, 1980; *E.-W. Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation, in: *ders.*, Staat, Nation, Europa, 1999, S. 157ff. (165): »Die Verfassungsgerichtsbarkeit entscheidet demgegenüber über Inhalt und Interpretation des Verfassungsrechts als dem Recht, das den politischen Prozeß in seiner Aktionsfähigkeit näher bestimmt, verfahrensmäßig ausformt und begrenzt. Sie kann dem Bezug zum Gravitationsfeld des Politischen, auch wenn sie (nur) nach dem Recht fragt und Recht spricht, nicht entrinnen.« Aus rechtsvergleichender Perspektive bzw. der des europäischen Rechts s. etwa *A. Stone Sweet*, Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe, 2000; eingehend auch die Beiträge in *C. Landfried* (Hrsg.), Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformation, 2019.

72 S. etwa *P. M. Huber*, »Wir haben Applaus von der falschen Seite bekommen«, SZ v. 12.05.2020; *ders.*, »Das EZB-Urteil war zwingend«, FAZ v. 13.05.2020, S. 5; *ders.*, Verfassungsrichter Huber zur Geldpolitik der EZB: »Ermächtigungen ohne Grenzen wären Absolutismus«, NZZ v. 08.12.2020; *A. Voßkuhle*, »Es geht uns um mehr Kontrolle«, Interview v. 14.05.2020, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/interview-vosskuhle-101.html> (Letzter Aufruf: 26.03.2024); s. auch *A. Voßkuhle*, Voßkuhle rügt Asyl-Rhetorik der CSU«, SZ v. 26.07.2018.

73 Ein Beispiel ist etwa der Beitrag von *S. Broß*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874 ff. Broß war zu dieser Zeit zuständiger Berichterstatter am BVerfG für das damalige Gemeinschaftsrecht.

74 Eingehend dazu jüngst *K. Duden*, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme – Vergleichende Anregungen zum Schutz der Unabhängigkeit des Bundesverfassungsgerichts und der obersten Bundesgerichte, MPI for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 20/5.

75 Dazu s. nur *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 128 ff.

76 Ebenda, S. 268 ff.; *A. Tschentscher*, Rechtsrahmen und Rechtspraxis der Bestellung von Richterinnen und Richter zum Bundesverfassungsgericht, in: *J. Siekmann* (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, 2005, S. 95 ff.; *D. Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, in: *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 314 ff.

ten (s. § 6 BVerfGG) nichts geändert.⁷⁷ Auch wenn die Politisierung des Verfahrens der Richterbestellung in anderen Staaten deutlich ausgeprägtere Formen als in Deutschland annimmt – man denke in diesem Zusammenhang nur an die Entwicklungen in den USA⁷⁸ –, so ist nicht zu erkennen, dass die institutionelle Unabhängigkeit der Dritten Gewalt auch in Deutschland aufgrund dieser »Politikverstrickungen« nicht vollkommen gesichert ist. Die Richterbestellung bleibt damit ein »Politikum« und wirft die Frage auf, wie die entsprechenden Verfahren aus der Perspektive einer *judicial accountability* zu bewerten sind.

c) Verfassungsrechtliche Absicherung des Bundesverfassungsgerichts

Das Spannungsfeld zwischen Politik und Bundesverfassungsgericht steht aktuell hinsichtlich einer »verfassungsrechtlichen Absicherung« des Gerichts auf Ebene des Grundgesetzes einmal mehr in der Diskussion.⁷⁹ Hier geht es um die Frage, ob und welche Regelungen auf der Ebene der Verfassung benötigt werden, um das Gericht vor einer Vereinnahmung durch radikale Parteien zu schützen. Die Initiative für diese Überlegungen kam zunächst von ehemaligen und aktiven Mitgliedern des Gerichts, wurde dann aber von den richterlichen Berufsverbänden insgesamt aufgegriffen. Der wesentliche Punkt der Überlegungen besteht darin, dass bestimmte Aspekte, wie etwa die Wahl der Richter und die Zusammensetzung des Gerichts, im Grundgesetz festgelegt werden sollen, um vor dem Hintergrund des Art. 79 Abs. 3 GG eine hohe Hürde für Änderungen der Organisationsverfassung des Gerichts einzuziehen. Es geht mit anderen Worten um den Schutz des Bundesverfassungsgerichts vor dem politischen Prozess, was eine neue Dimension in der Gesamt-diskussion verkörpert.

d) Klimaklagen zwischen Recht und Politik

Die Diskussionen um die Aufgaben und »Macht« der Dritten Gewalt haben schließlich rund um verschiedene sog. »Klimaklagen« bzw. Fragen der sog.

77 Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes v. 24.06.2015, BGBl. I 973.

78 Die »Nominierungsschlachten« für den U.S. Supreme Court sind hierbei keine neue Erscheinung, sondern spätestens seit der Nominierung von Louis Brandeis als Richter des U.S. Supreme Court im Jahre 1916 Teil der »politischen Kultur« der USA; s. zu diesen Entwicklungen etwa L. M. Friedman, A History of American Law, 4. Aufl. 2019, S. 550, mit Verweis auf G. Watson/J. Stookey, Shaping America: The Politics of Supreme Court Appointments, 1995; N. Dorsen, The Selection of U.S. Supreme Court Justices, ICON 4 (2006), S. 652 ff.

79 Dazu A. Voßkuhle, In schlechter Verfassung, Die Zeit v. 16.11.2023.

»Klimahaftung« einen weiteren Höhepunkt erlebt.⁸⁰ Auf der deutschen Ebene ist insbesondere auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz (KSG)⁸¹ aus dem Jahre 2021 zu verweisen.⁸² In diesem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass Teile des KSG gegen Grundrechte bzw. Art. 20a GG verstießen, weil sie ab dem Jahr 2031 keine hinreichend klaren Maßstäbe und Instrumente für Emissionsreduktionen vorsahen. Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung das Konzept der »intertemporalen Freiheitssicherung« aus der Taufe gehoben, das es künftig erlauben wird, Sachverhalte am Maßstab des Grundgesetzes zu beurteilen, die weit in der Zukunft liegen; erforderlich sind insoweit »eingriffsähnliche Vorwirkungen« von Maßnahmen.⁸³

Kritiker des Beschlusses sehen in diesen neuen Ansätzen eine Grenzüberschreitung bzw. einen direkten Eingriff in den politischen Prozess:

»Wer ›Klimaschutz per Gerichtsbeschluss‹ betreibt, entzieht somit zentrale Fragen der Wirtschaft und der gesellschaftlichen Praxis dem demokratischen Prozess und den dafür vorgesehenen Mechanismen und Institutionen. Damit verbunden ist eine Verlagerung der Verantwortung – weg von den politischen Instanzen, hin zum BVerfG. Letzteres ist nunmehr mitzuständig, wenn es um die Verhinderung der Klimakatastrophe geht.«⁸⁴

Tatsächlich ist unverkennbar, dass einige Gerichte »Klimaklagen« zum Anlass nehmen, die »Zukunftsorientierung« des Rechts zu betonen bzw. zu konturieren. In Deutschland sind Urteile aus anderen Staaten von Anfang an mit Interesse beobachtet worden, zunächst aber mit der Perspektive, dass die entsprechenden Entwicklungen (z. B. in den Niederlanden) nicht auf die Rechtslage in Deutschland übertragen werden können. Auch wenn hier im Detail noch viele Fragen offen sind, etwa bei Haftungsklagen, hat doch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts die Perspektive vollkommen verändert. Hierin mag man zugleich ein Ergebnis der »Internationalisierung« der

80 S. zu Klimaklagen etwa W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Chance Litigation*, 2021; B. Wegener, *Urgenda: Weltrettung per Gerichtsbeschluss? – Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, ZUR 2019, S. 9ff., zu den haftungsrechtlichen Fragen G. Wagner, *Klimahaftung vor Gericht*, 2020; E. Pöttker, *Klimahaftungsrecht 2014*; I. Böhm, *Staatsklimahaftung*, 2021.

81 Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes v. 18.08.2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

82 BVerfG v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30 – Klimaschutz; s. auch BVerfG v. 18.01.2022 – 1 BvR 1565/21 u. a., NJW 2022, 844 – Klimaschutzgesetze der Länder; eingehend zur Rolle von Gerichten im Kontext des Klimaschutzes s. etwa C. Franzius, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, in: M. Rodi (Hrsg.), *Handbuch Klimaschutzrecht*, 2022, § 7; s. auch B. Wegener, *Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staaten und Private*, NJW 2022, S. 425ff.

83 BVerfG v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, Rn. 182 ff. – BVerfGE 157, 30.

84 G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, NJW 2021, S. 2256 ff. (2259).

Rechtsprechung erkennen, denn das Thema »climate litigation« reüssiert gegenwärtig vor vielen Gerichten weltweit.⁸⁵

Allerdings ist die Herangehensweise der Gerichte hier offenbar unterschiedlich, denn während sich etwa die U.S.-Gerichte durchaus zurückhaltend geben, sind einige europäische Gerichte diesbezüglich deutlich offener für einen »Klimaschutz durch Gerichtsbeschluss«. Das zeigt nicht zuletzt das Urteil des EGMR aus dem April 2024.⁸⁶ Allerdings wirft dieser Ansatz zugleich grundsätzliche Fragen der Gewaltenteilung bzw. des Verhältnisses von Recht und Politik auf.⁸⁷ Hierbei wird man allerdings künftig stärker zwischen den Verfassungs- und Obergerichten und den Instanzgerichten trennen müssen, denn während sich das Thema der Klimaklagen im Rahmen der Instanzgerichtsbarkeit insbesondere auch auf das Haftungsrecht konzentrieren könnte, werden sich Verfassungs- und Obergerichte naturgemäß mehr auf Fragen der Grundrechte, ggf. auch mit europäischen und internationalen Bezügen (GRC, EMRK), konzentrieren.

Dass Klimaklagen ein erhebliches »politikgestaltendes« Potential aufweisen, hat insbesondere der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts gezeigt. Es bestand eine erhebliche Zurückhaltung im politischen Raum, sich mit den Aussagen des Beschlusses kritisch auseinanderzusetzen. So wurde das Urteil schlicht begrüßt oder gar als »cool« (Olaf Scholz) bezeichnet. Ob sich hier »Immunisierungstendenzen« für die Dritte Gewalt bei politisch besonders sensiblen Themen abzeichnen, ist bislang nur schwer auszumachen. Sicher ist aber, dass das Thema der Klimaklagen die Dritte Gewalt nicht nur in den nächsten Dekaden eingehend beschäftigen wird, sondern dass in diesen Themenfeldern zugleich komplexe Fragen der Machtverteilung und -kontrolle aufgeworfen werden. Und auch hier zeigt sich, dass das Haftungsrecht (»Klimahaftung«) einen wichtigen Baustein verkörpert, wenn es darum geht, Verantwortlichkeiten zu sichern.

85 Eingehend dazu etwa die Darstellung der Entwicklungen in den USA, Kanada, Brasilien, Australien, dem Vereinigten Königreich, Italien, Frankreich, Niederlanden und Deutschland in W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Chance Litigation*, 2021, S. 237 ff.

86 EGMR v. 09.04.2024 – no. 53600/20 – BeckRS 2024, 6526, Verein Klimaseniorinnen Schweiz u.a. gegen Schweiz; dagegen ist der EuGH in dieser Frage zurückhaltender, s. dazu C. Franzius, Klimaklagen – warum tut sich der EuGH so schwer?, ZUR 2023, S. 650 ff.

87 Dazu G. Wagner, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, S. 2256 ff.; s. auch M. Payandeh, in: *The Role of Courts in Climate Protection and the Separations of Power*, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Chance Litigation*, 2021, S. 62 ff.

B. Rechtsetzungskompetenzen und Organisationsbestimmungen

I. Rechtsetzungskompetenzen

Das Grundgesetz enthält mit Art. 92 GG nur eine sehr grobe Vorstrukturierung für die Organisation der Dritten Gewalt, die hiernach durch das Bundesverfassungsgericht, die weiteren Bundesgerichte und die Gerichte der Länder ausgeübt wird. Hiermit ist aber noch nichts darüber gesagt, wer nach Maßgabe der Art. 30, 70 ff. GG für die Rechtsetzung in diesem Bereich zuständig ist. Allgemein sieht das Grundgesetz vor, dass der Bund im Wesentlichen Regelungen über das Gerichtsverfahren und den Status der Richter zu treffen hat, während den Ländern insbesondere der Erlass von Bestimmungen über die konkrete Gerichtsorganisation obliegt.⁸⁸

Konkret kommt dem Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz u. a. für die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren zu. Mit dem Erlass verschiedener Gesetze hat der Bund von dieser Kompetenz umfassend Gebrauch gemacht. So stützen sich auf Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG etwa das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und die jeweiligen Prozessordnungen, z. B. die ZPO, die StPO und die VwGO.⁸⁹ Auch wenn man aus historischer Perspektive durchaus Zweifel anmelden kann, ob eine derart extensive Handhabung der Kompetenz intendiert war, so hat doch die Verfassungspraxis dafür gesorgt, dass für eigene Wege der Bundesländer zur Regelung des gerichtlichen Verfahrens kaum Raum besteht.⁹⁰ Gesetze, die die Statusrechte und -pflichten der Richter regeln, sind dagegen auf Art. 74 Nr. 27 GG zu stützen.⁹¹ Auf den Kompetenztiteln des IX. Abschnitts des Grundgesetzes hat der Bundesgesetzgeber insbesondere das BVerfGG (Art. 94 Abs. 2 GG), das Recht der Richter, das sich aus dem DRiG ergibt (Art. 98 Abs. 1 GG), sowie das RiWG (Art. 95 Abs. 3 und 96 Abs. 2 GG) gestützt.

Soweit dagegen Gesetze Schadensersatz oder Entschädigung für unrechtmäßiges richterliches Handeln vorsehen, stützen sie sich nicht auf diese

⁸⁸ O. R. Kissel/H. Mayer, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 10. Aufl. 2021, Einleitung, Rn. 21, wonach sich die Kompetenz der Länder auf »alle Regelungen und Maßnahmen [beziehen], die auf der Grundlage der institutionell vom Bund geschaffenen Rechtsprechungsorgane deren Funktionsfähigkeit in den Ländern herstellen und ermöglichen. Dazu gehört vor allem die konkrete territoriale Gliederung, also Bestimmungen von Sitz und Bezirk der Gerichte in concreto, Errichtung, Aufhebung, Verlegung und Auflösung von Gerichten, Änderungen des Bezirks.«

⁸⁹ S. Oeter/L. Müinkler, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), *GG Kommentar*, 8. Aufl. 2024, Art. 74, Rn. 26.

⁹⁰ Ebenda.

⁹¹ O. R. Kissel/H. Mayer, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 10. Aufl. 2021, Einleitung, Rn. 19.

Kompetenzen, sondern auf die Kompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG. Entsprechend fußt der im Jahre 2011 in das GVG und andere Prozessordnungen eingefügte Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren (z. B. § 198 GVG) hinsichtlich des einzuhaltenden Verfahrens auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG.⁹² Das gilt z. B. auch für das StrEG.

Als Ausdruck ihrer Justizhoheit haben die Bundesländer eigene Justizgesetze erlassen.⁹³ Diese beziehen sich in erster Linie auf die konkrete Organisation der Landesjustiz (s. o.). Teilweise enthält auch das GVG spezielle Rechtsetzungsermächtigungen für die Bundesländer (s. etwa § 13a GVG für Zuständigkeitskonzentrationen und § 22c GVG zum richterlichen Bereitschaftsdienst).⁹⁴ Darüber hinaus sind die Länder für Regelungen über die Bezahlung und Versorgung der Richter ausschließlich zuständig.⁹⁵ Den Ländern kommt zudem auch im Schiedsrecht nach § 15 EGZPO die Kompetenz zu, obligatorische Schiedsstellen einzurichten.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gerichtsorganisation

Das Grundgesetz enthält umfangreiche Vorgaben für die Organisation der Bundesgerichtsbarkeit (dazu 1.). Neben den in Art. 93 f. GG niedergelegten Vorgaben für die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts und den Modalitäten der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts (Art. 94) sind auch die Grundlagen der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 GG) und weiterer Bundesgerichte hier von Interesse. Die Gerichtsstruktur in den Bundesländern beruht im Wesentlichen auf dem GVG (dazu 2.) und im Falle der Verfassungsgerichte der Länder jeweils auf den Landesverfassungen.

92 In der Gesetzesbegründung wird dargelegt, warum dieser Sachbereich einer bundeseinheitlichen Regelung zugeführt werden musste: »Eine bundeseinheitliche Regelung ist gemäß Artikel 72 Absatz 2 GG zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Der Tatbestand der Überlänge eines gerichtlichen Verfahrens kann sich sowohl durch die Befassung von Gerichten der Länder als auch des Bundes im Instanzenzug ergeben. Für eine daraus folgende Verletzung des Artikels 6 Absatz 1 EMRK wäre dagegen im Außenverhältnis die Bundesrepublik Deutschland als Konventionsstaat der EMRK insgesamt verantwortlich. Daher kann auf eine bundeseinheitliche Regelung für Fälle überlanger Gerichtsverfahren nicht verzichtet werden.«, s. Begründung des Gesetzentwurfs durch die BReg. S. 26.

93 S. z. B. Gesetz über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen, JustG NRW (GV. NRW S. 30 v. 26.01.2010); Hamburgisches Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes, HmbAGVG (HmbGVBl. S. 99 v. 31.05.1965); Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (Gerichtsverfassungsausführungsgesetz – AGGVG (BayRS IV S. 483 v. 23.06.1981).

94 Zu weiteren Ermächtigungen der Länder s. O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 13a, Rn. 4.

95 Ebenda, Einleitung, Rn. 19.

1. Gerichte des Bundes

a) Das Bundesverfassungsgericht (Art. 93, 94 GG)

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Dritte Gewalt spielt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit und damit für das BVerfG selbst eine wichtige Rolle. Das BVerfG, dessen Aufgabe im Grundgesetz insbesondere durch Art. 92 GG und die in Art. 93 GG aufgeführten Verfahren konkretisiert wird, hat seit dem Bestehen der Bundesrepublik Deutschland eine fast schon dominante Rolle, wenn es um Fragen die Dritte Gewalt betreffend geht.⁹⁶ Tatsächlich fokussiert sich gerade die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Dritten Gewalt fast schon einseitig auf das Phänomen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies ist zunächst auf die wichtige Aufgabe des BVerfG als »Geburtshelfer der zweiten deutschen Demokratie«⁹⁷ und »Hüter der Verfassung«⁹⁸ zurückzuführen. Schon angesichts dieser Bedeutung verwundert es nicht, dass Fragen der richterlichen Gesetzesbindung oder der Legitimation richterlicher Gewalt fast immer im Kontext des BVerfG diskutiert werden. Hinsichtlich einer Haftung der Dritten Gewalt ist das problematisch, denn insbesondere die Modi der Gesetzesbindung und Legitimation – und letztlich auch der Legalität – unterscheiden sich in Bezug auf das BVerfG in vielerlei Hinsicht von der sog. ordentlichen Gerichtsbarkeit oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁹⁹ Dies gilt auch in Hinblick auf die Bedeutung der jeweiligen Erkenntnisse (etwa hinsichtlich der Gesetzeskraft von Entscheidungen des BVerfG gem. § 31 BVerfGG).

Die besondere Rolle, die dem BVerfG zukommt, wird auch dadurch unterstrichen, dass das Grundgesetz in Art. 93 die – vergleichsweise umfangreichen – Zuständigkeiten des BVerfG festlegt, wobei neben den staatsrechtli-

96 S. etwa die eingehende Auseinandersetzung mit der Rolle des BVerfG bei *K. Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisationsfragen, Legitimation, NJW 1999, S. 9 ff.; *G. Roellecke*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 67.

97 *C. Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/ders.*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 9 ff. (27).

98 Grundlegend dazu die berühmte Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen, s. *C. Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, AÖR XVI (1929), S. 161 ff.; *H. Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 6 (1931), S. 5 ff. Diese Wendung nimmt das BVerfG häufig für sich selbst in Anspruch, vgl. nur BVerfGE 119, 247 (258); eingehend dazu *O. W. Lembcke*, Hüter der Verfassung, 2007; s. auch *H.-J. Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als »Hüter der Grundrechte«, in: *FS Badura*, 2004, S. 411 ff. (412) m. w. Nachw.; der Begriff wurde erstmals in der sog. »Status Denkschrift« v. 17.06.1952, JÖR N.F. 6 (1957), S. 144 ff. (198) im Kontext des BVerfG verwendet.

99 *C. Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius/ders./C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 281 ff.

chen Streitigkeiten die Individualverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90, 92-95 BVerfGG maßgeblich zur starken Stellung des BVerfG beiträgt. Mit der Verfassungsbeschwerde eng verbunden ist auch das komplexe Verhältnis zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit. Das BVerfG hat insbesondere bei sog. Urteilsverfassungsbeschwerden häufig über die Verfassungsmäßigkeit von Entscheidungen anderer Gerichte auf Bundes- und auf Landesebene zu entscheiden.¹⁰⁰ Auch wenn dies der Sicherung von Verantwortlichkeiten dient, so führt es auch immer zu Spannungen zwischen den unterschiedlichen Gerichtszweigen.¹⁰¹

b) Bundesgerichte

Das Grundgesetz sieht zudem die Errichtung von obersten Gerichtshöfen des Bundes (Art. 95 GG) sowie weiterer Bundesgerichte (Art. 96 GG) vor. Art. 95 Abs. 1 enthält insoweit die Grundlage zur Errichtung des Bundesgerichtshofs (für die ordentliche Gerichtsbarkeit, also im Bereich des Zivil- und Strafrechts), des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesfinanzhofs, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts. Die zu verzeichnende Ausdifferenzierung der Gerichtszweige ist so schon unmittelbar in der Verfassung angelegt. Darüber hinaus kann der Bund gem. Art. 96 GG sowohl für die Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes ein Bundesgericht einrichten (Abs. 1) als auch für die Streitkräfte Wehrstrafgerichte (Abs. 2).¹⁰² Mit der Errichtung des Bundespatentgerichts 1961 hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz zur Errichtung eines erstinstanzlichen Bundesgerichts für den gewerblichen Rechtsschutz Gebrauch gemacht, während die anderen Kompetenzen des Art. 96 GG bislang keine Rolle spielten. Andere Bundesgerichte als das BVerfG und die in Art. 95 und 96 GG aufgeführten Gerichte darf der Bund nicht errichten. Hiermit ist eine föderale Dimension verbunden – jenseits dieser Gerichtsbarkeiten und ihren Zuständigkeiten ist der Bund auf die Landesgerichtsbarkeiten verwiesen –, und auch Aspekte einer nach innen ge-

100 Dazu nur *M. Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *ders./O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 77 ff. (114 ff.).

101 Eingehend zum Verhältnis des BVerfG zur sog. Fachgerichtsbarkeit etwa *P. Kunig/G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 34 ff./S. 119 ff.; *M. Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, S. 1309 ff.; *R. A. Lorz*, Interorganespekt im Verfassungsrecht, 2011, S. 472 ff.; *R. Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006.

102 Dazu *A. Voßkuhle*, in: *P. M. Huber/ders. (Hrsg.)*, GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 96, Rn. 6 ff.

richteten Gewaltenteilung schwingen mit.¹⁰³ Es soll nicht ein oberstes Bundesgericht geben, sondern fünf, und speziell für verfassungsrechtliche Streitigkeiten das BVerfG. Die so schon im Bundesrecht angelegte Ausdifferenzierung wurde zwar in der Frühphase der Bundesrepublik z. T. harsch kritisiert,¹⁰⁴ hat sich aber gerade vor dem Hintergrund des starken Wandels des Rechtssystems (dazu § 5) in den letzten Jahren bewährt.

2. Gerichte der Bundesländer

a) Verfassungsgerichte

Die Bundesländer verfügen über eigene Verfassungsgerichte, für die jeweils unterschiedliche Zuständigkeiten in den Landesverfassungen vorgesehen sind (s. etwa Art. 54 f. nds. Verf.; Art. 139 f. Verf. Bremen, Art. 65 Verf. HH).¹⁰⁵ Im Wesentlichen sind sie z. B. für Organklagen, Normenkontrollen am Maßstab der Landesverfassungen und kommunale Verfassungsbeschwerden zuständig, wobei der Zuschnitt der Zuständigkeiten variiert. Allgemein wird den Landesverfassungsgerichten ein seit Jahren konstanter Bedeutungszuwachs attestiert,¹⁰⁶ der etwa durch die Einführung von Individualverfassungsbeschwerden noch weiter ausgebaut werden könnte.¹⁰⁷ Schon an diesem Beispiel zeigt sich, dass die Landesverfassungsgerichtsbarkeit eines der wenigen Beispiele für eine echte, weitgehend uneingeschränkte Justizhoheit der Bundesländer verkörpert. Sie findet ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen einzig im Landesverfassungsrecht, das in der Regel auch einige Garantien für die Richter kennt, wie z. B. die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (vgl. nur Art. 51 Abs. 4 nds. Verf.).¹⁰⁸

103 Ebenda, Rn. 3 f.

104 S. etwa E. Kern, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954, S. 337: »Es ist bedauerlich, daß das Grundgesetz die Aufspaltung der Gerichte vorgeschrieben hat. Einheitliche Gerichte hätten der ›rechtsprechenden Gewalt‹ eine ganz andere Kraft gegeben [...]. Aber der Ressortpartikularismus – der nicht minder stark ist wie der Länderpartikularismus – hat auch hier wieder seine Triumpe gefeiert, wobei nicht nur der Steuerzahler, sondern auch die Rechtsidee die Kosten dieser Feier zu tragen haben.«

105 Eingehend zu den Verfassungsgerichten der Länder etwa C. Starck/K. Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 3 Bände, 1983; W. Reutter (Hrsg.), Landesverfassungsgerichte – Entwicklung – Aufbau – Funktionen, 2017; C. Nägele, Landesverfassungsgerichte als funktionale Unionsgerichte?, 2018.

106 Dazu am Beispiel Niedersachsens H. Nieuwland, Einführung der Individualverfassungsbeschwerde in Niedersachsen, Nds. VBl. 2014, S. 152 ff.

107 H.-J. Papier, Die Bedeutung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zur Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, in: H. Soda (Hrsg.), Zehn Jahre Berliner Verfassungsgerichtsbarkeit, 2002, S. 19 ff.

108 Dazu H. Neumann, Die Niedersächsische Verfassung, 3. Aufl. 2000, Art. 51, Rn. 12.

b) *Ordentliche Gerichtsbarkeit und weitere Gerichtsbarkeiten der Länder*

Als Ausdruck ihrer Justizhoheit ist es zudem Aufgabe der Bundesländer, wie die konkrete Gerichtsorganisation (also Sitz der Gerichte etc.) geregelt wird. Dagegen ist die Struktur der Gerichte und der Instanzenzug vom GVG bzw. von weiteren Verfahrensgesetzen (VwGO, SGG, ArbGG, FGO) vorgegeben. Die ordentliche Gerichtsbarkeit (§ 12 GVG) folgt nach Maßgabe des GVG einem dreistufigen Aufbau in Amtsgerichte (§§ 22 ff. GVG), Landgerichte (§§ 59 ff. GVG) und Oberlandesgerichte (§§ 115 ff. GVG). Eine Ausnahme hierzu besteht seit 2018 wieder in Bayern mit dem BayObLG, das auf § 8 EGGVG beruht.¹⁰⁹ Andere Bundesländer haben von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht.¹¹⁰ Die Organisation der weiteren Gerichtsbarkeiten ergibt sich aus den jeweiligen Verfahrensordnungen und ist auf Landesebene in der Regel zweistufig (s. etwa § 2 VwGO). Der jeweilige Aufbau ist hierbei verfassungsrechtlich nicht zwingend, insbesondere besteht nach allgemeiner Auffassung kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf die Einrichtung eines bestimmten Instanzenzugs.¹¹¹ Das ist im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt schon deshalb von Bedeutung, weil es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, Instanzenzüge zu reduzieren oder den Zugang zu Rechtsmitteln zu erschweren. Dass in einem solchen Fall Fragen des »sekundären Rechtsschutzes« zusätzlich an Bedeutung gewinnen, liegt auf der Hand.

3. Weitere Institutionen der Streitschlichtung

Sonstige Institutionen der Streitschlichtung wie z. B. Gütestellen (vgl. dazu § 15 EGZPO) oder die Schiedsgerichtsbarkeit werden im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Sie finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage auch nicht in Art. 92 ff. GG, weil sie keine »Rechtsprechung« ausüben. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Gütestellen liegen vielmehr in der Befugnis des Gesetzgebers begründet, das gerichtliche Verfahren effektiver zu gestalten und die einvernehmliche Streitbeilegung zu fördern.¹¹² Die Schiedsgerichts-

109 S. Art. 11 ff. AGGVG; das BayObLG war zwischenzeitlich aufgelöst und wurde 2018 wiedererrichtet, s. kritisch zur Auflösung K. Kruis, Das Bayerische Oberste Landesgericht und die föderale Gliederung der Rechtspflege, NJW 2004, S. 640 ff.

110 O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 8 EGGVG, Rn. 11.

111 BVerfG v. 11.02.1987 – 1 BvR 475/85, BVerfGE 74, 228 (234); BVerfG v. 08.02.1994 – 1 BvR 765, 766/89, BVerfGE 89, 381 (390) – Volljährigenadoption II; eingehend dazu etwa A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 146 ff.

112 BVerfG v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073 – Obligatorische Streitschlichtung.

barkeit ist dagegen Ausdruck der Privat- und Vereinsautonomie der Parteien und findet damit ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 2 und 9 GG.¹¹³

C. Verfassungsrechtliche Aufgaben und Garantien für die Dritte Gewalt

I. Verfassungsunmittelbare Aufgabenzuweisung an die Dritte Gewalt

Das Grundgesetz enthält unterschiedliche verfassungsunmittelbare Aufgabenzuweisungen an die Dritte Gewalt. Eine abstrakte Aufgabenzuweisung ist hierbei die Aufgabe der »Rechtsprechung«, die dem Richter anvertraut ist (Art. 92 GG). Die Reichweite dieser Zuweisung wird insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch deutlich.¹¹⁴ Hinzu kommen konkrete Aufgabenzuweisungen an die Dritte Gewalt, etwa der präventive Richtervorbehalt des Art. 13 Abs. 2 GG, wonach eine Wohnungsdurchsuchung in der Regel der richterlichen Anordnung bedarf.¹¹⁵ Weitere verfassungsunmittelbare Aufgabenzuweisungen an die Dritte Gewalt umfassen die Anordnung von Freiheitsentziehungen, über die ausschließlich der Richter zu entscheiden hat (vgl. Art. 104 Abs. 2 und Abs. 3 GG),¹¹⁶ die praktisch kaum relevante Anordnung der Verwirkung von Grundrechten durch das BVerfG (Art. 18 S. 2 GG)¹¹⁷ sowie das Verbot politischer Parteien durch das BVerfG (Art. 21 Abs. 2 GG).¹¹⁸ Weitere verfassungsunmittelbare Zuweisungen beziehen sich auf die Rolle der Gerichte im Rahmen des Verfahrens der konkreten Nor-

113 C.-D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 43.

114 W. Heyde, Rechtsprechung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 33, Rn. 14.

115 Eingehend M. Rabe von Küblewein, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, 2001.

116 S. S. Müller-Franken, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechtekommmentar, 3. Aufl. 2019, Art. 104, Rn. 79 ff.; A. Voßkuhle, Präventive Richtervorbehalte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 131; H. Lisken, Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung, NJW 1982, S. 1268 ff.

117 Dazu etwa G. Dürig, Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG, JZ 1952, S. 513 ff.; E. M. Schnelle, Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung – Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG, 2014, S. 80 ff.; zum Verfahren eingehend W. Seufert, Das Verfahren nach Artikel 18 GG, in: FS Geiger, 1974, S. 797 ff.

118 Eingehend zur Problematik der Parteiverbote s. etwa D. Lorenz, Verfassungswidrige Parteien und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 101 (1976), S. 1 ff.; zur jüngeren Diskussion rund um das NPD-Verbotsverfahren s. etwa U. Volkmann, Dilemmata des Parteiverbots, DÖV 2007, S. 577 ff.; J. Ipsen, Rechtsfragen des NPD-Verbots, NJW 2002, S. 866 ff.; ders., Das Ende des NPD-Verbotsverfahrens, JZ 2003, S. 485 ff.; zur Zuständigkeit des BVerfG und zum Parteiverbotsverfahren s. ders./T. Koch, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 21, Rn. 173 ff.; s. auch BVerfG v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 – NPD-Verbotsverfahren.

menkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG)¹¹⁹ bzw. des BVerfG im Verfahren der sog. Völkerrechtsverifikation gem. Art. 100 Abs. 2 GG.¹²⁰

II. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Dritte Gewalt

Die in Art. 20 Abs. 3 GG angelegte Rechtsstaatlichkeit, als jeweils zu konkretisierendes Leitprinzip¹²¹ der Verfassung, entfaltet für die Dritte Gewalt aus unterschiedlichen Perspektiven Bedeutung. So verkörpert die Verbürgung des Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte eine wichtige Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.¹²² Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt zudem die Bindung der Rechtsprechung an »Gesetz und Recht« und der Grundsatz der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen. Darüber hinaus hat die Dritte Gewalt – z. T. hierauf aufbauend – die Aufgabe, weitere Ausprägungen des Prinzips zu achten bzw. ihre Durchsetzung zu garantieren, was etwa für die Rechtsbindung der Staatsgewalt insgesamt oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt.

1. Gewährleistung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte

Die Gewährleistung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte (sog. Justizgewährung) ist eines der wichtigsten Elemente des Rechtsstaatsprinzips. Ihre Bedeutung für den modernen Verfassungsstaat kann gar nicht überschätzt werden und gehört im Grundsatz über Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 i. V. m. Art. 1 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG zum änderungsfesten Kern des Grundgesetzes.¹²³ Konkretisiert wird die staatliche Pflicht zur Justizgewährung, bezogen auf Akte der öffentlichen Gewalt, durch Art. 19 Abs. 4 GG, darüber hinaus durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, den die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG ableitet,¹²⁴ sowie durch Art. 93 GG, der den Zugang

119 W. Heun, Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 610 ff.

120 E. Klein, Die Völkerrechtsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts – Bemerkungen zu Art. 100 Abs. 2 GG, in: FS Rudolf, 2001, S. 293 ff.; W. Heyde, Rechtsprechung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 33, Rn. 14.

121 BVerfG v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54 – Steuersplitting, BVerfGE 6, 55 (72); BVerfG v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323 (331) – *nulla poena sine culpa*.

122 BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401) – Rechtsschutz gegen den Richter I.

123 E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 90; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 321.

124 BVerfG v. 20.06.1995 – 1 BvR 166/93, BVerfGE 93, 99 (107); BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401) – Rechtsschutz gegen den Richter I; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 322.

zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz regelt. Die Bestimmungen über die Rechtsprechung im Grundgesetz (Art. 92 ff. GG) setzen die staatliche Pflicht zur Justizgewährung voraus bzw. konkretisieren die Folgen dieser Pflicht. Konkret umfasst die staatliche Pflicht zur Justizgewährleistung so den Zugang zur Rechtsprechung, die umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung.¹²⁵ Insofern lassen sich aus der Pflicht zur Justizgewährung zahlreiche weitere (Unter-)Prinzipien ableiten, die die rechtsstaatliche Bindung der Dritten Gewalt sicherstellen sollen. Hierzu zählen neben den in den Justizgrundrechten verbürgten Garantien auch das unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot des fairen Verfahrens¹²⁶ und die prozessuale Waffengleichheit.¹²⁷

2. Die Rechtsbindung der Dritten Gewalt

Im Rahmen ihres Rechtsschutzauftrags ist die Dritte Gewalt zunächst gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden und gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht. Damit wird sichergestellt, dass das Recht einziger Entscheidungsmaßstab der Dritten Gewalt ist.¹²⁸ Zugleich ist das demokratische Gesetz die Hauptquelle für die Legitimation der Dritten Gewalt,¹²⁹ die in Art. 97 Abs. 1 GG noch einmal ausdrücklich dem Gesetz »unterworfen« wird. Diese Rechtsbindung ist notwendiges Korrelat der in Art. 97 Abs. 1 GG gleichfalls niedergelegten richterlichen Unabhängigkeit.¹³⁰ Die Bindung der Dritten Gewalt an Gesetz und Recht verkörpert also keinen Widerspruch zur richterlichen Unabhängigkeit, sondern ermöglicht diese erst.¹³¹

Die Dritte Gewalt ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich an die Grundrechte gebunden. Die Grundrechte verkörpern hiernach für die rechtspre-

125 B. Grzesick, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20, VII, Rn. 133.

126 BVerfG v. 14.05.1985 – 1 BvR 370/84, BVerfGE 69, 381 (385 f.); BVerfG v. 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93, BVerfGE 91, 176 (181).

127 BVerfG v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, BVerfGE 35, 263 (279) – Behördliches Beschwerderecht; BVerfG v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 (144) – Arzthaftungsprozeß.

128 E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26, Rn. 66.

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

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

131 BVerfG v. 02.06.1964 – 2 BvL 23/62, BVerfGE 18, 52 (59) – Verkehrsfinanzgesetz; BVerfG v. 05.05.1965 – 2 BvL 4/63, BVerfGE 19, 17 (31 f.); BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (325 f.) – EGMR-Entscheidungen; C. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 43 ff.

chende Gewalt ebenso wie für die anderen Staatsgewalten unmittelbar geltendes Recht. Dass Art. 1 Abs. 3 GG die rechtsprechende Gewalt eigens erwähnt, folgt aus dem dem Grundgesetz zugrundeliegenden positiven Bekennen zur Gewaltenteilung. Gleichwohl ist die explizite Bindung der Dritten Gewalt an die Grundrechte im Gegensatz zu den anderen Staatsgewalten in gewisser Weise »bipolar« (W. Höfling)¹³²: Auf der einen Seite sind Gerichte und Richter an die Grundrechte des Grundgesetzes im Rahmen ihrer Tätigkeit gebunden, auf der anderen Seite verkörpern die Gerichte die »grundrechtsschützende Gewalt« schlechthin.¹³³

Die strikte Formulierung des Art. 97 Abs. 1 GG (»unterworfen«) wird zuweilen als besonders strenge Rechtsbindung der Dritten Gewalt im Gegensatz zur Legislative und Exekutive interpretiert, wobei es angesichts der theoretischen Probleme, die die Figur der Rechtsbindung im Allgemeinen und die Bindung der Dritten Gewalt an das Gesetz im Besonderen umwehen, zumindest zweifelhaft erscheint, ob es verschiedene Bindungsintensitäten an das Recht geben kann. Überhaupt wird zuweilen die bloße Möglichkeit einer Rechtsbindung bezweifelt¹³⁴ oder die Frage aufgeworfen – eine Rechtsbindung als möglich vorausgesetzt –, wie der Richter das, woran er gebunden ist, erkennen soll.¹³⁵

Während Art. 1 Abs. 3 GG in puncto Klarheit eindeutig ist – die Rechtsprechung wird an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden – wirft insbesondere die Bindung an »Gesetz und Recht« (Art. 20 Abs. 3 GG), bzw. nur an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG), zahlreiche Fragen auf. Das »Gesetz« ist hierbei zunächst das demokratische Parlamentsgesetz. Erfasst werden aber auch das unmittelbar anwendbare Unionsrecht sowie die (i. V. m. dem Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG) EMRK.¹³⁶ »Recht« meint dagegen jedenfalls das neben dem geschriebenen Recht bestehende ungeschriebene Recht, wie z. B. das Gewohnheitsrecht sowie allgemeine Rechtsgrundsätze. Auch das sog. Richterrecht fällt hierunter – und zwar auch das vom EuGH geschaffene Recht (dazu sogleich). Zudem sollen unter den »Rechtsbegriff« des Art. 20 Abs. 3 GG auch allgemeine Gerechtigkeitsprinzipien fallen, was aber angesichts der Unbestimmtheit dieser Kategorie

132 W. Höfling, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 1, Rn. 110.

133 Ebenda.

134 Überblick dazu bei J. P. Terhechte, Zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts und den Critical Legal Studies, in: M. Bungenberg et al. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 91 ff. (101 ff.).

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

136 B. Grzesick, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20, VI, Rn. 60 ff.

schwierig ist. Das Grundgesetz verwirklicht die dem deutschen Verfassungsstaat zugrundeliegende Gerechtigkeitsvorstellung umfassend, sodass daneben oder darüber hinaus weitere, ungeschriebene Gerechtigkeitsaspekte nur appellativen Charakter haben können.¹³⁷ Darüber hinaus werden auch Bindungen der Dritten Gewalt an Maßstäbe diskutiert, die nicht in dieses Schema passen. Hier geht es etwa um die Bindung an privatrechtliche Verträge, Verwaltungsakte, Gerichtsentscheidungen und das sog. Innenrecht.¹³⁸ Solche im Einzelfall sicher bestehenden Bindungen stehen aber nicht in einem Konflikt zu den Maßstäben des Art. 20 Abs. 3 GG, sondern zeigen lediglich, dass die Dritte Gewalt einer umfassenden Gesetzes- und Rechtsbindung unterliegt, die zudem nach einer differenzierten Betrachtungsweise verlangt.

3. Rechtsbindung und richterliche Rechtsfortbildung

Geradezu ein »Ewigkeitsthema« (*J. Frowein*) der Rechtswissenschaft verkörpert die Frage nach der Rolle, Legitimation und den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung.¹³⁹ Hier geht es in der Regel weniger darum, ob die rechtsprechende Gewalt rechtsfortbildend tätig wird als vielmehr darum, wo die Grenzen der richterlichen Fortbildung des Rechts liegen.¹⁴⁰ Ohne dass hier der Raum wäre, diese Frage weiter zu klären, sei doch darauf hingewiesen, dass die Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte aus unterschiedlichen Gründen enge Verbindungen zur Frage der Haftungsverantwortlichkeit aufweist. Zunächst ist das Staatshaftungsrecht zu weiten Teilen durch die Rechtsprechung geprägt worden. Selbst im Falle der Amtshaftung, die eindeutige gesetzliche Grundlagen kennt (§ 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 Abs. 1 GG), ist nicht zu übersehen, dass es insbesondere die Dritte Gewalt selbst war, die eine weitgehende Haftungsimmunisierung für sich herbeigeführt hat (dazu § 8). Zudem kann eine unhaltbare, aus keinem Gesichtspunkt mehr nachzuvollziehende Rechtsfortbildung eines Richters potenziell eine Haftung auslösen. Schließlich ist die Thematik der Haftung der Dritten Gewalt wesentlich durch die wechselseitige Kontrolle der Gerichte im Mehrebenensystem entstanden. Ohne die entsprechenden Urteile des EuGH und des EGMR hätte sich die Thematik sehr wahrscheinlich nicht

137 Ebenda, Rn. 69 f.

138 Dazu *P. Hilbert*, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, S. 130 ff.

139 *J. Frowein*, Grenzen der Rechtsfortbildung in rechtsvergleichender Sicht, in: FS der Juristischen Fakultät der Ruprechts-Karls Universität Heidelberg, 1986, S. 555 ff.; *C. Bumke* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012; *M. Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017.

140 *J. P. Terhechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, 2004, S. 124 ff.

so entwickelt. Hinter diesen Urteilen stehen häufig auch Fragen der richterlichen Rechtsfortbildung. So hat es das BVerfG etwa abgelehnt, neue Rechtsbehelfe im Wege der Rechtsfortbildung zu schaffen, was letztlich zu guten Stücken erst zu Diskussionen auf der europäischen Ebene geführt hat.¹⁴¹

4. Rechtskraft der richterlichen Entscheidung

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt schließlich auch das Institut der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung.¹⁴² Auch wenn im deutschen Recht nirgendwo das Wesen und der Begriff der Rechtskraft gesetzlich geregelt sind, so besteht doch Einigkeit darüber, dass es rechtsstaatlich geboten ist, dass über denselben Streitgegenstand nicht immer wieder neu gestritten wird.¹⁴³ Das Institut der Rechtskraft dient so der Sicherung des Rechtsfriedens, schafft Rechtssicherheit und entlastet die Justiz.¹⁴⁴ Zu unterscheiden ist hier zwischen der sog. formellen Rechtskraft, die eintritt, wenn keine Rechtsmittel mehr gegen ein Urteil möglich sind, und der materiellen Rechtskraft. Im Gesetzesrecht sind nur einige Dimensionen der materiellen Rechtskraft abgebildet, wie z. B. der Gegenstand der Rechtskraft (z. B. § 322 Abs. 1 ZPO, § 121 VwGO: Urteile) und ihre subjektiven Grenzen (z. B. §§ 325 ff. ZPO).¹⁴⁵ In Rechtskraft können so insbesondere Endurteile, Teilarteile, Anerkenntnis- und Verzichtsurteile sowie Prozessurteile erwachsen.¹⁴⁶ Die formelle Rechtskraft ist Bedingung für die materielle Rechtskraft, bei der im Einzelnen vieles umstritten ist.¹⁴⁷

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts sind diese Details allerdings weniger erheblich. Vielmehr zielt das Rechtsstaatsprinzip darauf ab, dass Streitigkeiten im Interesse der Rechtssicherheit verbindlich und abschließend geklärt werden. Eine andere Frage ist dagegen, wann das Rechtsstaatsprinzip eine Durchbrechung dieses Grundsatzes fordert. Jenseits von Wiederaufnahmeverfahren etc. spielt hier u. a. das Haftungsrecht eine entscheidende Rolle.

141 BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (416) – Rechtsschutz gegen den Richter I.

142 BVerfG v. 18.09.1952 – 1 BvR 49/51, BVerfGE 1, 433 (437); BVerfG v. 14.03.1963 – 1 BvL 28/62 15, 313 (319); BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401 f.) – Rechtsschutz gegen den Richter I; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 304; C. F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 11. Teilweise wird die Rechtskraft auch aus den Grundrechten hergeleitet, s. P. Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 382.

143 BVerwG, 08.12.1992 – 1 C 12.92, BVerwGE 91, 256 (258).

144 C. F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 11.

145 H.-J. Musielak, in: ders./W. Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 322, Rn. 4.

146 Ebenda, Rn. 6.

147 S. nur P. Unruh, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 121 VwGO, Rn. 7 ff. m. w. Nachw.

Insofern geht es bei der Dritten Gewalt – soweit sie sich auf rechtskräftige Urteile bezieht – um einen Konflikt zweier Dimensionen des Rechtsstaatsprinzips, nämlich dem Institut der Rechtskraft einerseits und der ebenfalls rechtsstaatlich geforderten Staatshaftung andererseits.¹⁴⁸

5. Gebot der Verantwortungszurechenbarkeit

Schließlich wird aus dem Rechtsstaatsprinzip auch der Grundsatz der »Verantwortungszurechenbarkeit« abgeleitet. Das Prinzip fordert sowohl, dass staatliches Handeln klar einer Staatsfunktion zugerechnet werden kann, als auch, dass innerhalb einer Funktion die Verantwortungsstrukturen erkennbar sind.¹⁴⁹ Diese rechtsstaatliche Forderung steht in einem Spannungsverhältnis zu einigen Grundsätzen, die die Dritte Gewalt prägen. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang etwa auf das Beratungsgeheimnis bei Kollegialgerichten¹⁵⁰ oder die Tendenz der Dritten Gewalt (Haftungs-)Verantwortlichkeiten auf den Haushaltsgesetzgeber oder gar auf die Anwaltschaft abzuwälzen.

6. Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftung

Das Staatshaftungsrecht dient in weiten Teilen der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips.¹⁵¹ Gleichwohl bildet das Rechtsstaatsprinzip zunächst nur einen Rahmen; mit Art. 14 Abs. 3 und Art. 34 kennt das Grundgesetz Vorschriften, die diesen Rahmen konkretisieren und Vorgaben für das einfachgesetzliche Recht oder das staatshaftungsrechtliche Gewohnheits- oder Richterrecht zu setzen vermögen.¹⁵² Teilweise wird das Rechtsstaatsprinzip aber auch direkt zur Begründung von Instituten des Staatshaftungsrechts herangezogen, wie etwa im Falle des Folgenbeseitigungsanspruchs (FBA).¹⁵³ Die prägende Kraft des Rechtsstaatsprinzips in Bezug auf das Staatshaftungs-

148 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 326.

149 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Abs. 3, Rn. 300.

150 Dazu eingehend W. Ernst, Rechtskenntnis durch Richtermehrheiten, 2016, S. 248 ff.

151 BVerfG v., 25.10.1966 –, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323 (331) – »nulla poena sine culpa«; H. D. Jarass, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 20, Rn. 28.

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

153 Grundlegend O. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 98 ff.; s. auch E. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 353 ff.; K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 226 ff.

recht wurde im Zusammenhang mit dem Versuch einer grundlegenden Reform des Staatshaftungsrechts Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts besonders unterstrichen.¹⁵⁴ Hier zeigt sich, dass das Prinzip seine Wirkungen insbesondere in Zeiten des Umbruchs zu entfalten vermag, sei es, um neue Entwicklungen zu begründen, sei es, um die Übereinstimmung des Status quo mit dem Prinzip zu beschwören.¹⁵⁵

Die originäre Verbindung zwischen dem Staatshaftungsrecht und dem Rechtsstaatsprinzip kann folgendermaßen auf den Punkt gebracht werden:

»Verletzt der Staat seine rechtsstaatliche Bindung an ›Gesetz und Recht‹, so ist er in konsequenter Fortentwicklung dieser positiven Pflicht gehalten, die Rechtsstaatlichkeit durch Wiedergutmachung auszugleichen«¹⁵⁶.

Das Rechtsstaatsprinzip drückt sich in der Bindung der Staatsgewalten an Gesetz und Recht aus; hieraus wurden die Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes entwickelt.¹⁵⁷ Soweit diese Bindung – rechtswidrig – abgestreift wird, tritt die Pflicht zur Wiedergutmachung ein.¹⁵⁸

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

III. Demokratieprinzip und Dritte Gewalt

Die verfassungsrechtlich gebotene demokratische Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) ist umfassend und schließt die Dritte Gewalt mit ein.¹⁵⁹ Gerade die Frage ihrer demokratischen Legitimi-

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

155 *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 191 ff.

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

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

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

159 *C. Hillgruber*, in: *G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz* (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 29.

on ist seit jeher ein wichtiges Diskussionsfeld des Verfassungsrechts.¹⁶⁰ Hierbei werden gemeinhin die »organisatorisch-personelle« und die »sachlich-inhaltliche« Legitimation der Dritten Gewalt unterschieden. Während die organisatorisch-personelle Legitimation den jeweiligen Ernennungs- und Wahlmodalitäten für Richter entspringen soll, folgt die sachlich-inhaltliche Legitimation der Dritten Gewalt aus der strikten Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). So plausibel das so skizzierte Modell demokratischer Legitimation der Dritten Gewalt erscheint, so angefochten ist seine Befolgung doch im Detail. Schon die Verfahren der Richterbestellung – sei es das Verfahren gem. Art. 94 Abs. 1 GG, sei es das Verfahren nach Art. 95 Abs. 2 GG i. V. m. dem RiWG – vermitteln schwerlich ein solides Fundament demokratischer Legitimation. Bereits das Verfahren bis zur Wahl, also die Kandidatenauslese, ist unklar und politisch dominiert. Und auch das Verfahren der Bestellung der sonstigen Richter kann jenseits der Bindung an die ihm zugrundeliegenden (demokratischen!) Gesetze schwerlich als vollkommen demokratisch legitimiert gelten.¹⁶¹

Auch aus der Bindung der Dritten Gewalt an »Gesetz und Recht« folgt nicht immer eine umfassende demokratische Legitimation. Wie bereits aufgezeigt, basieren z. B. viele Entwicklungen im Staatshaftungsrecht auf richterlicher Rechtsfortbildung und stehen so aus der Perspektive der Legitimationsfrage auf tönernen Füßen. Gerade hier zeigt sich, dass es zusätzlicher Legitimationsstützen bedarf. Was folgt hieraus für eine Haftung der Dritten Gewalt? Hier liegt ersichtlich ein basaler Zusammenhang zwischen Haftungsverantwortlichkeit und verfassungsrechtlich notwendiger demokratischer Legitimation der Dritten Gewalt. Es steht zumindest zu vermuten, dass die Rechtsbindung der Dritten Gewalt – und damit ihre sachlich-inhaltliche Legitimation – im Falle von Amtspflichtverletzungen (z. B. der Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln, s. u. § 7) durch Haftungsansprüche abgesichert wird.¹⁶²

Dass diese Form der haftungsrechtlichen Legitimationsabsicherung der Dritten Gewalt darüber hinaus in Kontexten, in denen das Parlamentsgesetz nicht als Legitimationsquelle dienen kann, eine besondere Bedeutung entfalten kann, liegt auf der Hand. Ein Hauptkritikpunkt, der etwa der internatio-

160 Dazu eingehend A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006; A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673; N. Schreier, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des United States Supreme Court, 2016.

161 Dazu eingehend F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 126 ff.

162 F. Wittreck, ebenda, S. 142 ff. und S. 150 spricht hier dezidiert von einer »Legitimationswirkung« der Haftung für Amtspflichtverletzungen.

nalen Schiedsgerichtsbarkeit entgegengehalten wird, ist ihre mangelnde demokratische Legitimation (dazu § 6). Die Schiedsrichter werden von den Parteien eines Rechtsstreits bestimmt und nicht durch ein Parlament gewählt. Sie sind nicht an Parlamentsgesetze gebunden, sondern an »rules« und »codes of conduct«. Hier versagen zunächst alle Konzepte einer klassischen Input-Legitimation.¹⁶³ Das zeigt auch, dass die Legitimation der Dritten Gewalt in verschiedenen Kontexten auf neue Legitimationsmodi zurückgeführt werden muss. Internationale Schiedsgerichte befinden sich verstärkt in einem Wettbewerb, der z. B. auch über die Qualität der Schiedssprüche entschieden wird. Diese Form der Legitimation durch »gute Ergebnisse« (sog. Output-Legitimation) wird zwar aus der Perspektive der Rechtswissenschaft kritisch gesehen, kann aber zumindest helfen, klassische Input-Konzepte zu ergänzen und so zu einer Pluralisierung des Legitimationskonzeptes führen. Das hat auch Bedeutung für die (staatliche) Dritte Gewalt, deren (Input-)Legitimation zumindest teilweise als abgeschwächt gelten muss.

IV. Die verfassungsrechtliche Garantie der richterlichen Unparteilichkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat früh betont, dass Richter unparteiisch sein müssen.¹⁶⁴ Sie müssen hiernach wie ein »nicht beteiligter Dritter« agieren können.¹⁶⁵ Ihre Tätigkeit erfordere »Neutralität« und »Distanz«.¹⁶⁶ Insofern

»zielt die Unparteilichkeit auf die Voraussetzungen der Objektivität und Sachlichkeit im Hinblick auf Beziehungen des Richters zu den Beteiligten und zum Streitgegenstand im konkreten Verfahren.«¹⁶⁷

Die richterliche Unparteilichkeit wird zwar nicht ausdrücklich im Grundgesetz erwähnt, ist aber schon im Richterbegriff des Art. 92 GG angelegt. Ihre subjektiv-rechtlichen Dimensionen sind aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abzuleiten.¹⁶⁸ Demgegenüber verlangt die EMRK explizit in Art. 6 Abs. 1, dass über

163 Zur Figur der Input- und Out-Legitimation s. etwa F. Scharpf, Regieren in Europa, 1999, S. 20 ff.; s. auch J. P. Terhechte, Wandel klassischer Demokratieverstellungen in der Rechtswissenschaft – Europäisierung und Internationalisierung als Herausforderung, 2013, S. 193 ff. (214 f.).

164 Eingehend dazu etwa G. Vollkommer, Der ablehnbare Richter, 2001, S. 8 ff.

165 BVerfG v. 29.04.1954 – 1 BvR 328/52, BVerfGE 3, 377 (381) – Schwerbeschädigungsschutz; BVerfG v. 09.11.1955 – 1 BvL 13/52, 1 BvL 21/53, BVerfGE 4, 331 (346) – Soforthilfegesetz; BVerfG v. 09.05.1962 – 2 BvL 13/60, BVerfGE 14, 56 (69) – Gemeindegerichte; BVerfG v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63, BVerfGE 18, 241 (255) – Ärztekammern; BVerfG v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64, BVerfGE 21, 139 (146) – Freiwillige Gerichtsbarkeit.

166 BVerfG v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64, BVerfGE 21, 139 (146) – Freiwillige Gerichtsbarkeit.

167 BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 96, BVerfGE 153, 1 – Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen mit Verweis auf BVerfG v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69 (96 f.) – Richter auf Zeit.

168 S. dazu H. A. Wolff, in: H. A. Wolff/D. Höming (Hrsg.), GG Kommentar, 13. Aufl., 2022, Art. 101, Rn. 6, eingehend zur richterlichen Unparteilichkeit auch K. Kierzkowski, Die Unparteilichkeit des

Streitigkeiten durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht entschieden wird, womit auch deutlich gemacht wird, dass die Unparteilichkeit des Richters eng mit seiner Unabhängigkeit verknüpft ist (dazu nachfolgend VI.). Dies gilt auch für das EU-Recht, das die richterliche Unparteilichkeit ebenfalls ausdrücklich verankert hat (Art. 47 Abs. 2 GRC).

V. Die verfassungsrechtliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit

1. Allgemeines

Es verkörpert aus der Perspektive des Verfassungsrechts heute eine Selbstverständlichkeit, dass die Dritte Gewalt der Unabhängigkeit bedarf, damit sie die ihr zugewiesenen Aufgaben erfüllen kann.¹⁶⁹ Die in Art. 97 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit des Richters wird so als »Schlußstein im Gebäude des konstitutionell-demokratischen Rechtsstaates« gesehen.¹⁷⁰

Dieser Bedeutung entsprechend verkörpert die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit nicht nur im Grundgesetz (Art. 97 Abs. 1 GG)¹⁷¹ sowie in den meisten Landesverfassungen in Deutschland¹⁷² ein tragendes Prinzip, sondern nahezu weltweit. So haben viele Staaten die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt auf Verfassungsebene abgesichert, so z. B. Österreich (Art. 87 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz), Frankreich (Art. 64 der französischen Verfassung von 1958), das Vereinigte Königreich (Sec. 3 Constitutional Reform

Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, 2016; G. Steinfatt, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, 2012; I. Saenger, Der unparteiliche Richter in der juristischen Fachwelt, in: FS Godehard Kayser, 2019, S. 837 ff.; G. Vollkommer, Der ablehnbare Richter 2001.

169 Grundlegend D. Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; s. auch E. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 463 ff.; M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 198 ff.; H.-J. Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 ff.; H. Sender, Unabhängigkeit als Mythos?, NJW 1995, S. 2564 ff.; A. Thiele, Die Unabhängigkeit des Richters – Grenzenlose Freiheit? – Das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, Der Staat 52 (2013), S. 415 ff.; I. Tepperwein, Richterliche Unabhängigkeit – Anspruch und Grenzen, in: FS Klaus Tolksdorf, 2014, S. 577 ff.; s. auch J. P. Terhechte, Equal or diverse? – Richterliche und exekutive Unabhängigkeit im Vergleich, in: A. Pilniok/M. Kröger (Hrsg.), Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, 2016, S. 35 ff.

170 S. K. Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl. 2000, S. 232.

171 Nach der Rechtsprechung des BVerfG stellt die richterliche Unabhängigkeit kein Grundrecht dar, sondern einen »hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtenvertrags« im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG, s. BVerfG v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60, BVerfGE 12, 81 (88) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; BVerfG v. 07.01.1981 – 2 BvR 401, 606/7, BVerfGE 55, 372 (392) – Richterbezahlung III; bei der persönlichen Unabhängigkeit ist dies nach wie vor ungeklärt, vgl. BVerfG v. 22.10.1974, 2 BvR 147/70, BVerfGE 38, 139 (151) – Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit; s. dazu B. Pieroth, in: H. D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 97, Rn. 1.

172 S. etwa Art. 62 Abs. 1 LVerf HH, Art. 3 Abs. 3 LVerf NRW, Art. 85 und 87 Bay LVerf.

Act 2005),¹⁷³ Kanada (Section 96-100 Constitution Act von 1867)¹⁷⁴ und Südafrika (Sec. 165 [2] der Constitution von 1997)¹⁷⁵. In den USA ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zwar nicht ausdrücklich auf Verfassungsebene verankert, wird aber aus der U. S. Constitution abgeleitet.¹⁷⁶ Auch im islamischen Recht ist die Unabhängigkeit der Richter als Rechtsprinzip verankert.¹⁷⁷

Die textliche Absicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im deutschen Verfassungsrecht und im jeweils konkretisierenden Gerichtsverfassungs- und Prozessrecht scheint jedoch vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte besonders ausgeprägt zu sein. Zurückgehend auf die historischen Vorbilder der Paulskirchenverfassung (§ 175 Abs. 1, § 177), der Preußischen Verfassung (Art. 86 f.) und der Weimarer Reichsverfassung (Art. 102 und 104) findet sich nicht nur auf der Ebene des Verfassungsrechts eine Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG), sondern ebenso in § 1 GVG und teilweise auch in den jeweiligen Prozessordnungen (z. B. in § 1 VwGO).¹⁷⁸ Konkretisiert wird die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit durch Vorschriften im DRiG, nach denen etwa der Richter nur auf der Grundlage eines Gerichtsurteils entlassen werden kann (Art. 97 Abs. 2 GG, § 21 Abs. 3 DRiG) und bis auf wenige Ausnahmen prinzipiell unversetzbare ist (sog. Grundsatz der Inamovibilität, s. § 30 DRiG).¹⁷⁹ Bei der Garantie der Unabhängigkeit des Richters gem. Art. 97 Abs. 1 GG handelt es sich um kein echtes Grundrecht, sondern um einen hergebrachten Grundsatz des richterli-

173 S. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_1 (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

174 In Kanada war lange umstritten, ob nur die Obergerichte Unabhängigkeit genießen. Der kanadische Supreme Court hat erst im Jahre 1997 festgestellt, dass alle Gerichte – also auch inferior Courts – Unabhängigkeit genießen. Dies folge aus einem ungeschriebenen Grundsatz der kanadischen Verfassung und der Präambel der kanadischen Verfassung, vgl. Supreme Court of Canada, [1997] 3 S. C. R. 3 – *Provincial Judges Reference*.

175 Ausführlich dazu H. Thiedemann, *Judicial Independence. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Sicherung unabhängiger Rechtsprechung in Südafrika und Deutschland*, 2007, S. 96 ff.

176 S. etwa J. Zätzsch, *Richterliche Unabhängigkeit und Richterwahl in den USA und Deutschland*, 2000, S. 68 ff.; allgemein dazu L. Claus, *Constitutional Guarantees of the Judiciary: Jurisdiction, Tenure and Beyond*, 54 *American Journal of Comparative Law* (2006), S. 459 ff. Die Grundlage der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt in den USA findet sich für den U.S. Supreme Court etwa in Art. III Sec. 1 U.S. Constitution: »The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.« S. dazu J. E. Nowak/R. D. Rotunda, *Constitutional Law*, 8. Aufl. 2010, S. 35.

177 S. z. B. M. Lau, *The Independence of Judges under Islamic Law, International Law and the New Afghan Constitution*, ZaöRV 64 (2004), S. 917 ff. (919 ff.).

178 S. § 1 GVG: »Die richterliche Unabhängigkeit wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt«, § 1 VwGO: »Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt«, s. z. B. auch §§ 25, 45 Abs. 1 DRiG, § 9 RPlG.

179 Ausführlich dazu etwa R. Gröschner, *Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des Grundgesetzes*, 2005; zu den historischen Ursprüngen der Inamovibilität M. Oberle-Kahn, *Ursprünge des beamtenrechtlichen Lebenszeitprinzips: Inamovibilität*, 1990.

chen Amtsrechts, der als »grundrechtsähnliches Individualrecht« durch einen Richter geltend gemacht werden kann.¹⁸⁰

2. Dimensionen der richterlichen Unabhängigkeit

Die richterliche Unabhängigkeit¹⁸¹ verkörpert eine mehrdimensionale Garantie: Zunächst dient sie im Kontext der Gewaltenteilung der Abgrenzung zu den anderen Staatsgewalten. Legislative und Exekutive sind durch Art. 97 Abs. 1 GG daran gehindert, Einfluss auf die richterliche Entscheidung bzw. den Richter zu nehmen (sog. sachliche Unabhängigkeit). Darüber hinaus weist Art. 97 Abs. 1 GG auch eine persönliche Dimension auf, d. h. der Richter wird auch in seinem amtsrechtlichen Status geschützt. Ob dagegen das deutsche Recht auch eine institutionelle Unabhängigkeit kennt bzw. diese Dimension der Unabhängigkeit gestärkt werden müsste, wird gegenwärtig diskutiert.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass Fragen der richterlichen Unabhängigkeit immer wieder stereotyp behandelt werden.¹⁸² Die richterliche Unabhängigkeit wird bei nahezu allen Diskussionen über neue Entwicklungen oder Reformen im Bereich der Rechtsprechung bzw. Dritten Gewalt reflexhaft als starre Grenze oder Hindernis angesehen. In den letzten Jahren spielte dieses Muster nicht nur im Kontext einer richterlichen Haftungsverantwortlichkeit eine Rolle,¹⁸³ sondern auch im Zusammenhang mit Reformen des richterlichen Eildienstes¹⁸⁴ oder hinsichtlich allgemeiner Reformansätze im Zuge der Digitalisierung. Bei Lichte besehen – das zeigt auch die Haftungsfrage – geht es aber nur selten um die Unabhängigkeit.

180 So ausdrücklich BVerfG v. 14.07.2016 – 2 BvR 661/16, NJW 2016, 3711 – Rechtsbeugung; s. aus der älteren Rechtsprechung BVerfG v. 24.01.1961 – 2 BvR 74/60, BVerfGE 12, 81 (88); BVerfG v. 07.01.1981 – 2 BvR 401, 606/7, BVerfGE 55, 372 (392) – Hergebrachte Grundsätze des richterlichen Amtsrechts; lange unklar für die persönliche Unabhängigkeit s. BVerfG v. 22.10.1974 – 2 BvR 147/70, BVerfGE 38, 139 (151) – Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit.

181 Eingehend dazu etwa *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; *K. Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960; *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; *A. Tschentscher*, Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 148 ff.

182 Eingehende Kritik etwa bei *M. Fornauf*, Die Marginalisierung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt im System des Strafrechts, 2010.

183 Dazu eingehend § 7.

184 *D. Herrmann*, Neuregelung des richterlichen Bereitschaftsdienstes und richterliche Unabhängigkeit, DRiZ 2004, S. 316 ff.

a) Sachliche Unabhängigkeit

Richterliche Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG meint zunächst »sachliche Unabhängigkeit«. Diese ist insbesondere dann gewährleistet, wenn der Richter frei von Weisungen ist.¹⁸⁵ Das gilt sowohl im Verhältnis zu anderen Staatsgewalten als auch im Verhältnis zu gerichtsinternen Weisungen. Hierbei geht es nicht nur um Weisungen im beamtenrechtlichen Sinne. Vielmehr hat jede Form der Beeinflussung des Richters zu unterbleiben.¹⁸⁶ Aufgrund dieses weiten Ansatzes ist nahezu jede Maßnahme der Justizverwaltung oder des Gesetzgebers gegenüber Richtern problematisch, denn es liegt auf der Hand, dass schon reine Äußerungen etc. gegenüber dem Richter zumindest potenziell zu Beeinflussungen führen können. Die Garantie der sachlichen Unabhängigkeit ist so durch eine uferlose Weite gekennzeichnet, die es der Dritten Gewalt mitunter schwer macht, notwendige Reformen umzusetzen, und man darf gespannt sein, welche Konflikte zwischen sachlicher Unabhängigkeit und Justizreformen im Zuge der Digitalisierung noch ausbrechen werden.

b) Persönliche Unabhängigkeit

Eine weitere Dimension der in Art. 97 Abs. 1 GG garantierten richterlichen Unabhängigkeit ist die »persönliche Unabhängigkeit«, die den Richter in seinem amtsrechtlichen Status frei von Einflussmaßnahmen stellt.¹⁸⁷ Die persönliche Unabhängigkeit des Richters schützt insbesondere vor Versetzungen oder der Entfernung aus dem Amt. Die Stoßrichtung dieser Garantie ist damit eindeutig, sie soll den Richter vor denkbaren persönlichen Konsequenzen seiner Urteile schützen und so auch seine Unparteilichkeit absichern. Praktisch folgt aus der persönlichen Unabhängigkeit der Richter ein im öffentlichen Dienstrecht sonst nicht abgebildeter »Rundum-Schutz« (F. Wittreck), über dessen Grenzen sich trefflich streiten lässt. Der Gesetzgeber hat es bislang vermieden, diese Grenzen weiter auszutesten.

185 BVerfG v. 08.06.1971 – 2 BvL 17/70, BVerfGE 31, 137 (149); BVerfG v. 27.11.1973 – 2 BvL 12/72, 2 BvL 3/73 BVerfGE 36, 174 (185); O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 1, Rn. 39; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 177 f.; J. P. Terhechte, Equal or diverse? – Richterliche und exekutive Unabhängigkeit im Vergleich, in: A. Pilniok/M. Kröger (Hrsg.), Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, 2016, S. 35 ff. (36).

186 BVerfG v. 27.06.1974 – 2 BvR 429, 641, 700, 813/72 und 9, 24, 25, 47, 215, 370, 388, 390, 682, 693/73, BVerfGE 38, 1(2) – Richteramtsbezeichnungen.

187 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 178 ff.

c) *Aktuelle Problemlage und Herausforderungen*¹⁸⁸

aa) Institutionelle Unabhängigkeit der Dritten Gewalt

Die in jüngerer Zeit häufiger diskutierte »institutionelle Unabhängigkeit« der Rechtsprechung bzw. Dritten Gewalt ist dem Grundgesetz bislang unbekannt.¹⁸⁹ Mit dem Begriff der »institutionellen Unabhängigkeit« ist eine Art »institutioneller Selbststand« der Gerichtsbarkeit (F. Wittreck) gemeint. Dem scheint insbesondere die Formulierung des Art. 97 Abs. 1 GG entgegenzustehen, der insoweit »den Richter« adressiert, nicht aber die »Gerichtsbarkeit«.

Gleichwohl werden in jüngerer Zeit Fragen der sog. institutionellen Unabhängigkeit häufig diskutiert, was nicht zuletzt mit dem Einfluss des Unionsrechts auf die Fragestellung zu tun hat. So hat das VG Wiesbaden kürzlich dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es sich bei dem Verwaltungsgericht selbst um ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV i. V. m. Art. 47 Abs. 2 GRC handelt.¹⁹⁰ Das Gericht führt in seinem Vorlagebeschluss u. a. aus, dass ein Richter in Hessen

»von der Ministerin/dem Minister des hessischen Ministeriums der Justiz ernannt und befördert (...) (§ 3 HRiG – Ernennung der Richter –), seine Beurteilung durch das hessische Ministerium der Justiz geregelt wird (§ 2b HRiG) und im Übrigen die Regelungen des Beamtenrechts auf die Richter Anwendung finden.«¹⁹¹

Hieraus folge:

»dass die Personalgrundakten eines jeden Richters beim Hessischen Ministerium der Justiz geführt werden und das hessische Ministerium der Justiz Richter in dem Personalverwaltungssystem SAP HR teilweise als Beamte führt. Auslandsdienstreisen eines Richters, z.B. im Rahmen von EJTN, müssen vom Ministerium angeordnet werden.«¹⁹²

Hinzu komme, dass mit § 18 VwGO eine Vorschrift geschaffen wurde, die es ermöglicht, dass

»(...) zur Deckung eines nur vorübergehenden Personalbedarfs, Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt für die Dauer von mindestens zwei Jahren, längstens jedoch für die Dauer seines Hauptamtes, zum Richter auf Zeit ernannt werden. Anschließend kehren sie in die Verwaltung zurück. (...) Dabei kann der Richter auf Zeit auch aus einer Behörde kommen, die regelmäßig bei Gericht auf der Beklagtenseite vertreten ist.«¹⁹³

188 Die nachfolgenden Ausführungen (unter c) basieren z. T. auf J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des Unionsrechts, EuR 2020, S. 569 ff. (592 ff.).

189 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 178 ff.

190 VG Wiesbaden v. 28.03.2019 – 6 K 1016/15; dazu kritisch etwa N. Marsch, NJW-aktuell 21/2019, S. 3 ff.

191 VG Wiesbaden v. 28.03.2019 – 6 K 1016/15, Rn. 59.

192 Ebenda, Rn. 60.

193 Ebenda, Rn. 61.

Das Gericht identifiziert also eine Reihe von Gesichtspunkten, die eine Verflechtung zwischen exekutiver und judikativer Gewalt in Deutschland belegen sollen, die womöglich nicht mit den unionsrechtlichen Maßstäben vereinbar ist. Das Gericht bezieht sich hierbei insbesondere auf ein Urteil des EuGH aus dem Jahre 2012, bei dem es um die konkrete Ausgestaltung der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit der österreichischen Datenschutzkommission ging¹⁹⁴ und eine Entscheidung des EuGH zu der Frage, ob die deutschen Kontrollstellen zum Datenschutz »völlige Unabhängigkeit« i. S. d. RL 95/46/EG¹⁹⁵ genießen.¹⁹⁶

In Deutschland ist der Vorlagebeschluss des VG inzwischen scharf kritisiert worden.¹⁹⁷ Hier wird ein Verstoß gegen § 6 VwGO ins Feld geführt, denn der Beschluss ist durch einen Einzelrichter ergangen.¹⁹⁸ Gem. § 6 Abs. 1 VwGO darf aber dem Einzelrichter nur ein Rechtsstreit übertragen werden, soweit die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VwGO).¹⁹⁹ Soweit aber eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV oder das BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG im Raum steht, besteht die Pflicht, den Rechtsstreit an die Kammer zurück zu übertragen.²⁰⁰

Trotz dieser – überzeugenden – Kritik an dem Beschluss muss aber das dahinterstehende Problem in den Blick genommen werden. Die Organisation der deutschen Justiz und ihre Verantwortlichkeitsstrukturen haben in den letzten Jahren für zahlreiche Diskussionen gesorgt, die man nicht einfach ausblenden kann. Hier geht es im Kern um die Sollbruchstellen des deutschen Systems, in dem die Exekutive tatsächlich an einigen Stellen ein gewichtiges »Mitspracherecht« besitzt. Dies gilt insbesondere für die Bestellung von Richtern. Hierzu hat *Thomas Groß* bemerkt:

»Zusammengefasst bewirken diese Regelungen, dass alle Richter*innen in Deutschland von parteipolitisch geprägten Gremien bzw. Minister*innen ausgewählt werden. Um nicht missverstanden zu werden: Die hohe Qualität der deutschen Justiz steht insgesamt

194 EuGH v. 16.10.2012, Rs. C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 43, 41 – Kommission/Österreich.

195 Ersetzt durch Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1.

196 EuGH v. 09.03.2010, Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 – Kommission/Deutschland.

197 *N. Marsch*, Deutsche Gerichte sind unabhängig, NJW-aktuell 21/2019, S. 3 ff.

198 VG Wiesbaden v. 28.03.2019 - 6 K 1016/15, Rn. 34.

199 Dazu etwa *E.-H. Duhme*, Die Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter, VR 2003, S. 37 ff.; *H. Günther*, Rechtsbeihilfe gegen Einzelrichterübertragung, NVwZ 1998, S. 37 ff.

200 So *C. Danker*, in: *M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer* (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 6 VwGO, Rn 14; zum Ganzen auch *J. Kronisch*, in: *H. Sodan/J. Ziekow* (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 6, Rn. 91 ff.

außer Frage. Es gibt auch keine ernsthaften Bedenken, dass die persönliche Unabhängigkeit, die Art. 97 GG gewährleistet, nicht gewahrt würde. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass jedenfalls der Aufstieg in der Justiz im Rahmen der Spielräume, die bei der Eignungsbeurteilung bestehen, auch politisch geprägt ist. Ein Indiz für das Misstrauen in die Objektivität der Personalentscheidungen ist, dass kaum noch eine Leitungsposition ohne Konkurrentenstreit besetzt werden kann. Spielt man einmal durch, was passieren könnte, wenn z.B. ein AfD-Mitglied ein Justizministerium leiten und nur seine Spezis befördern würde, liegt das Problem auf der Hand.«²⁰¹

Hiermit ist eines der Kernprobleme des deutschen Gerichtsverfassungsrechts angesprochen: Während die sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Richter in Deutschland keinen durchgreifenden Zweifeln unterliegt, ist die institutionelle Unabhängigkeit der Dritten Gewalt immer wieder ein schwieriges Thema, insbesondere wenn es um die Karrierewege von Richtern und um die Besetzung der Richterstellen an den obersten Bundesgerichten sowie dem BVerfG geht. Diese Bedenken aufgreifend wurde im Jahre 2015 zumindest das Verfahren zur Wahl der Richter des BVerfG überarbeitet.²⁰² Ansonsten sind die Rekrutierungs- und Karrieremechanismen in der deutschen Justiz aber vielgestaltig,²⁰³ und es ist sicher eine Diskussion darüber notwendig, ob z. B. die Verfahren in den Bundesländern nicht kohärenter zu gestalten sind. Aus unterschiedlichen Verfahren folgt allerdings noch nicht automatisch eine Aushöhlung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz.

bb) Beamte auf Lebenszeit als Richter auf Zeit

Eine weitere Diskussion, die in dem zuvor erwähnten Vorlagebeschluss des VG Wiesbaden bereits eine große Rolle spielt, betrifft die Frage, ob Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt zu Richtern auf Zeit ernannt werden können.²⁰⁴ Was zunächst wie eine rein innerdeutsche Problematik wirkt, findet seinen tatsächlichen Hintergrund in der sog. »Migrations- und Flüchtlingskrise« der letzten Jahre. Diese »Krise« ist hierbei nicht nur eine deutsche Angelegenheit, sondern hat zahlreiche Insuffizienzen des europäischen Rechts freigelegt (Stichwort: Dublin-System).²⁰⁵ Es geht hier also um die Bewältigung einer gemeineuropäischen Problemlage.

201 T. Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, Verfassung-Blog v. 06.06.2019.

202 Siehe Neufassung des § 6 Abs. 1 und Abs. 5 und Änderung von § 6 Abs. 3 BVerfGG, Neuntes Gesetz zur Änderung der Bundesverfassungsgerichtsgesetze v. 24.06.2015, BGBl. I S. 973; eingehend dazu auch K. Schlaich/S. Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 42.

203 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 268 ff und S. 307 ff.

204 BVerfG v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69– Richter auf Zeit.

205 Dazu etwa A. Lübbe, »Systematische Mängel« im Dublin-Verfahren, ZAR 2014, S. 105 ff.

Die »Richter auf Zeit« wurden aufgrund der übermäßigen Arbeitsbelastung der deutschen Verwaltungsgerichte im Zuge der »Flüchtlingskrise« notwendig. Während im Jahre 2015 die Zahl neuer Verfahren im Flüchtlingsrecht etwa bei 45.000 lag, waren es 2016 schon ca. 173.000. Im September 2017 waren insgesamt ca. 365.000 asylrechtliche Verfahren anhängig.²⁰⁶ Angesichts dieses stark erhöhten Fallaufkommens sah sich der deutsche Gesetzgeber dazu gezwungen, neue Arrangements zu finden, die es den Verwaltungsgerichten erlaubten, die zahlreichen Verfahren abzuarbeiten.

Entsprechend wurde die Verwaltungsgerichtsordnung geändert und die Möglichkeit geschaffen, Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt zu Richtern auf Zeit zu ernennen.²⁰⁷ Gegen diese neue Konstruktion wurde eingewendet, dass sie das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletze. Begründet wurde dies damit, dass der Richter auf Zeit in absehbarer Zeit wieder in den Verwaltungsdienst eingegliedert werden müsse oder seine Amtszeit zu verlängern sei.²⁰⁸ Auch sei der Richter auf Zeit, unmittelbar damit verbunden, nicht »endgültig« i. S. d. Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG angestellt.²⁰⁹

In seinem Urteil hielt das BVerfG die Verfassungsbeschwerde zwar für unbegründet, § 18 VwGO sei aber verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine Wiederbestellung eines Beamten auf Lebenszeit zum Richter auf Zeit nach dem Ende der Amtszeit ausgeschlossen ist,²¹⁰ denn die Entscheidung über eine Wiederernennung würde den Gestaltungsspielraum der Exekutive überdehnen und sei deshalb nicht mit dem GG zu vereinbaren.²¹¹ Die Maßstäbe für das Urteil entwickelte das BVerfG hierbei maßgeblich aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 97 GG. Auch Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde als Maßstab herangezogen. Das Unionsrecht spielte für die rechtliche Beurteilung des Falles keine Rolle, was sich aber künftig im Lichte der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Bedeutung der EU-Grundrechte ändern könnte.

Das Urteil zeigt, wie genau das BVerfG den »Grenzraum« zwischen der Exekutive und der Judikative vermisst. Hierbei geht es insbesondere darum, den Einfluss der Exekutive zu begrenzen. Zwar stellt die Justiz, das macht

206 Zahlen nach BVerfG v. 22.03.2018, 2 BvR 780/16, Rn. 2, BVerfGE 148, 69 – Richter auf Zeit.

207 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015, BGBl. I S. 1722, § 18 VwGO lautet: Zur Deckung eines nur vorübergehenden Personalbedarfs kann ein Beamter auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt für die Dauer von mindestens zwei Jahren, längstens jedoch für die Dauer seines Hauptamts, zum Richter auf Zeit ernannt werden.

208 BVerfG v. 22.03.2018, 2 BvR 780/16, Rn. 13, BVerfGE 148, 69 – Richter auf Zeit.

209 Ebenda.

210 Ebenda.

211 Ebenda.

dieses Urteil ebenso deutlich, keinen hermetisch abgeriegelten Raum dar, und unter bestimmten Bedingungen kann in außergewöhnlichen Situationen durchaus eine Art »Grenzverkehr« zwischen Exekutive und Judikative erfolgen. Hierbei sind aber die Anforderungen, die für eine unabhängige Justiz aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Rechtsstaatsprinzip folgen, stets zu beachten.

cc) Unparteilichkeit der Justiz und Freiheit des religiösen Bekenntnisses

Die Unparteilichkeit (und damit mittelbar auch die Unabhängigkeit) der Justiz spielte schließlich auch in einem viel beachteten Urteil des BVerfG eine wichtige Rolle, bei dem es im Kern darum ging, ob Rechtsreferendarinnen im Gerichtssaal ein Kopftuch tragen dürfen.²¹² Hier war zu entscheiden, ob das Tragen des Kopftuches mit der richterlichen Unparteilichkeit zu vereinbaren ist.²¹³ Das BVerfG ging in seinem Urteil davon aus, dass das Tragen des Kopftuches ggf. nicht mit den Grundsätzen der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, dem Grundsatz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der grundrechtlich geschützten negativen Religionsfreiheit Dritter zu vereinbaren ist. Auf die Unparteilichkeit der Richter, die das BVerfG aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3, Art. 92, Art. 97 sowie Art. 101 Abs. 2 GG ableitet, folge, »dass niemand Richter in eigener Sache sein darf« und insofern Neutralität und Distanz der Richter erforderlich sei.²¹⁴ Das BVerfG sieht die richterliche Unparteilichkeit hierbei im Kontext der richterlichen Unabhängigkeit:

»Während der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, der mittelbar ebenfalls der Sicherung der Unparteilichkeit dient, die allgemeine Stellung und Tätigkeit des Richters betrifft und von außen kommende rechtsfremde oder sachfremde Einwirkungen von ihm fernhalten will, zielt die Unparteilichkeit auf die Voraussetzungen der Objektivität und Sachlichkeit im Hinblick auf Beziehungen des Richters zu den Beteiligten und zum Streitgegenstand im konkreten Verfahren.«²¹⁵

Die richterliche Unparteilichkeit sei aber nicht allein deshalb infrage zu stellen, weil ein Richter ein religiöses Symbol verwendet.²¹⁶ Schon die Auswahlverfahren der Justiz und die absolvierte Ausbildung garantiere, dass Richter

212 BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 – Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen.

213 Ebenda, Rn. 96 ff.

214 Ebenda, Rn. 86 ff.

215 Ebenda, Rn. 96 mit Verweis auf BVerfG v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69 (96 f.) – Richter auf Zeit.

216 BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 99, BVerfGE 153, 1 – Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen.

ihre Tätigkeit unparteilich ausüben. Soweit hiergegen Bedenken bestünden, verfüge das Recht mit der Entlassung eines Richters auf Probe gem. § 22 DRiG oder mit dem Instrument der Richterablehnung über ausreichende Reaktionsmöglichkeiten.²¹⁷ Gleichwohl wurde die Verfassungsbeschwerde abgewiesen, denn das Verbot ist nach Ansicht des BVerfG durch die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die negative Religionsfreiheit Dritter zu rechtfertigen.²¹⁸

3. Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit gerade in jüngerer Zeit immer wieder im Zentrum von grundlegenden Diskussionen über die strukturelle Ausgestaltung der (staatlichen) Dritten Gewalt steht und auch in den Aufmerksamkeitsbereich des Unionsrechts gerückt ist. Im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt müssen diese Entwicklungen eine wichtige Rolle spielen, denn es ist offenbar, dass die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung (dazu nachfolgend E.) Reformen erzwingen könnte. Dass die Perspektiven des deutschen Rechts und des Unionsrechts auf solche Fragen unterschiedlich sind, zeigt nicht zuletzt die Haftungsfrage.²¹⁹ Während der EuGH die richterliche Unabhängigkeit im Kontext einer Dritten Gewalt als nicht betroffen ansah (dazu § 9), wird sie in Deutschland häufig als Argument herangezogen.

VI. Grundrechte und Dritte Gewalt

1. *Gardienne de la liberté individuelle im europäischen Rechtsprechungsverbund*

Die Bedeutung des gerichtlichen Rechtsschutzes für die Durchsetzung der Grundrechte kann gar nicht überschätzt werden. Treffend ist hier in der franz. Verfassung von der »*gardienne de la liberté individuelle*« die Rede.²²⁰ Im Grundgesetz bringt schon Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte zum Ausdruck. Freilich sind die Bezugspunkte

217 BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 99, BVerfGE 153, 1 – Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen mit Verweis auf M. Payandeh, Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive, DÖV 2018, S. 482 ff. (487); R. Sinder, Das Kopftuchverbot für Richterinnen, Der Staat 57 (2018), S. 459 ff. (476).

218 BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 110, BVerfGE 153, 1– Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen.

219 P. Zinonos, Judicial Independence and National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice, European Public Law 25 (2019), S. 615 ff.

220 Art. 66 franz. Verf.

zwischen der Dritten Gewalt und den Grundrechten nicht auf eher abstrakte Rollenzuweisungen beschränkt. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts ist es zwar die Aufgabe aller (staatlichen) Gerichte, die Gewährleistung der Grundrechte zu sichern, unbestritten nimmt jedoch das BVerfG hierbei eine wichtige Leitfunktion ein. Ohne seine wegweisende Rechtsprechung zu den Grundrechten würden die ersten Artikel des Grundgesetzes womöglich die inzwischen sprichwörtliche »normative Kraft« (K. Hesse) vermissen lassen und damit auch ihren realitätsgestaltenden Anspruch. Dass diese Aufgabe, die Rechte des Einzelnen zu schützen, im europäischen Rechtsprechungsverbund immer komplexer wird, ist nicht zu übersehen. Insofern hat das BVerfG mit seinen Urteilen zum »Recht auf Vergessen« für viel Klarheit gesorgt und zugleich unterstrichen, dass die Sicherung des Grundrechtsschutzes im europäischen Verfassungsverbund eine wichtige Aufgabe darstellt.²²¹

2. Justizgrundrechte

Darüber hinaus kennt das Grundgesetz eine Reihe sog. Justizgrundrechte, die zusammen mit dem Rechtsstaatsprinzip für die Dritte Gewalt von überragender Bedeutung sind. Hierzu zählen das Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG), das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), der Grundsatz der Bestimmtheit von Strafgesetzen (Art. 103 Abs. 2 GG) sowie das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 104 Abs. 3 GG). Hinzu kommen die Rechte bei Entzug der Freiheit (Art. 104 GG). Auch wenn viele Teilgarantien der sog. Justizgrundrechte zum tradierten Fundus von Grundrechtskatalogen weltweit gehören, ist ihre Aktualität ungebrochen. Sie sichern insgesamt die Rechtsstaatlichkeit gerichtlicher Verfahren.²²² Zudem spielen sie eine besondere Rolle bei der Verkoppelung der deutschen mit der unionalen Rechtsordnung, indem sie etwa die Vorlage zum EuGH abzusichern helfen. Hiernach ist auch der EuGH gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.²²³ Viele Aspekte des Zusammenwirkens der nationalen Gerichte und der Unionsgerichtsbarkeit können so an den Justizgrundrechten festgemacht werden.

221 BVerfG v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II; s. dazu M. Wendel, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, S. 157 ff.; J. Kühling, Das »Recht auf Vergessenwerden« vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, S. 275 ff.

222 H.-A. Wolff, in: D. Hömig/H.-A. Wolff (Hrsg.), GG Kommentar, 13. Aufl. 2022, Art. 103, Rn. 2.

223 BVerfG v. 28.01.2014 – 2 BvR 1561/12, BVerfGE 135, 155 (230) – Recht auf Vergessen II.

3. Grundrechte und Haftung

Auch im Kontext des Staatshaftungsrechts ist die Verbindung von Grundrechten und Dritter Gewalt von besonderer Bedeutung. So fußen viele Haftungsinstitute des Staatshaftungsrechts unmittelbar auf den Grundrechten.²²⁴ Darüber hinaus wird der Dritten Gewalt die Entscheidung über bestimmte Entschädigungen bereits auf der Ebene der Verfassung zugewiesen (vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG). Die Haftung der Dritten Gewalt kann zudem eine Reaktion auf judikative Grundrechtsverletzungen verkörpern (etwa im Falle überlanger Verfahren) und ist so auch ein Instrument, um eine »grundrechtliche Compliance« der Dritten Gewalt sicherzustellen.

D. Die offene Verfassungsordnung des Grundgesetzes und die Dritte Gewalt

I. Allgemeines

Die offene Verfassungsordnung des Grundgesetzes hat in den letzten Jahren umfassende Transformationsprozesse zugelassen bzw. eingefordert. Die in diesem Kontext häufig bemühten Schlagworte »Europäisierung«²²⁵ und »Internationalisierung«²²⁶ charakterisieren diese Prozesse zwar nach wie vor treffend²²⁷ und spielen im Kontext der Dritten Gewalt nach wie vor eine wichtige Rolle. Zugleich hat der erreichte Grad der Integration und Verflechtung dazu geführt, dass auch über die Grenzen der jeweiligen Transformation immer deutlicher gesprochen wird.

Die in Art. 23 Abs. 1 GG verankerte Zielbestimmung, an der Verwirklichung eines vereinten Europas mitzuwirken (S. 1), und die damit einherge-

224 Dazu eingehend *B. Grzesick*, Rechte und Ansprüche, 2002.

225 Dazu etwa *D. Scheuing*, Deutsches Verfassungsrecht und europäische Integration, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, S. 81 ff.; *A. K. Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 21 ff.; *T. Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts – Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht, 2012.

226 Zur »Internationalisierung« bzw. »internationalen Offenheit« des Staatsrechts s. nur *C. Tomuschat*, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 226; *G. Nolte*, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDSrl 67 (2008), S. 129 ff.

227 Dazu *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsrechtsschutzes, 2015, S. 3; *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411 ff.; eingehende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Integrationsermächtigung und Entwicklung von Typologien bei *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 144 ff.; s. auch *U. Di Fabio*, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998.

hende Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU (S. 2) sind zentral für die staatsrechtliche Verwirklichung, Absicherung und Begrenzung der europäischen Integration.²²⁸ Angesichts der Komplexität, die den Prozess der europäischen Integration ausmacht, ist es wenig erstaunlich, dass diese Bestimmung das BVerfG in den letzten Dekaden reichlich beschäftigt hat.²²⁹ Nach seiner Rechtsprechung gilt die Bindung an das Unionsrecht nicht nur für die Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern für alle deutschen (staatlichen) Gerichte. Insofern stellt die (europa-) offene Verfassungsordnung auch die Dritte Gewalt insgesamt vor umfassende Aufgaben (dazu II.).²³⁰

Doch auch die weiteren Bestimmungen des Grundgesetzes, die für seine internationale Offenheit stehen, können für die Dritte Gewalt erhebliche Bedeutung entfalten. Dies gilt etwa für Art. 24 Abs. 1 GG, der die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen erlaubt, und in besonderer Weise für Art. 24 Abs. 3 GG, der es dem Bund ermöglicht, zur Regelung von zwischenstaatlichen Streitigkeiten Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beizutreten (III.). Nach Art. 25 S. 1 GG sind die »allgemeinen Regeln« des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts und damit ebenfalls von der Dritten Gewalt zu beachten (IV.). Schließlich sind weitere Bestimmungen des Grundgesetzes, die Bestandteil des »Außenverfassungsrechts« sind (etwa Art. 32 und 59 GG, dazu V.), sowie die Sonderrolle, die die EMRK heute spielt (dazu VI.), zu beachten.

Und auch innerhalb dieser Internationalisierungsszenarien ist ein Wandel spürbar. Nach Dekaden der – mitunter eher rhetorischen – Euphorie für die internationale Offenheit entsteht nunmehr eine starke Diskussion über die Grenzen dieser Offenheit, die auch für die Dritte Gewalt Bedeutung entfaltet.²³¹ Dies wird schon rund um die Diskussionen über den IGH und

228 Zur neuen Rolle der Grenzen der Integration s. P. M. Huber, Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach, AöR 141 (2016), S. 117 ff. (124 ff.); eingehend zum Ganzen K.-P. Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villaón/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, 2008, § 14.

229 Eingehend zu der Rolle des BVerfG in diesem Kontext etwa A. Voßkuble, Integration durch Recht – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, S. 161 ff.; s. auch R. Streinz, Die Europarechts-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Rezeption in der Politik, EWS 2019, S. 241 ff.; s. unten D. II. 3.

230 Dazu aus der Warte des Unionsrechts unten § 6 E.

231 Dazu etwa S. Salmon, Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, JZ 2013, S. 12 ff.

seine Jurisdiktion (dazu III. 3.) oder die verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen für neue Institutionen der Streitschlichtung deutlich.²³²

II. Mitwirkung bei der Entwicklung der EU als Aufgabe der Dritten Gewalt

1. Art. 23 GG als »Europafundamentalnorm«

Art. 23 GG ist 1992 neu in das Grundgesetz eingefügt worden,²³³ um die Ratifikation des Maastrichter Vertrags auf verfassungsrechtlich neue Füße zu stellen.²³⁴ Er ist damit gegenüber Art. 24 Abs. 1 GG, auf dessen Grundlage bis 1992 die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften basierte, *lex specialis*²³⁵ und heute die »Europafundamentalnorm« des Grundgesetzes; Art. 23 Abs. 1 GG konkretisiert insbesondere auch den Auftrag der Präambel des GG, in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen.²³⁶

Wurde früher Art. 24 Abs. 1 GG als »Integrationshebel« charakterisiert (H. P. Ipsen²³⁷), kommt diese Aufgabe bezogen auf die europäische Integration nach weit verbreiteter Ansicht nunmehr Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zu. Doch ist Vorsicht geboten, wenn man die Metapher des Integrationshebels einfach »hinüberzieht«. Liest man die Ausführungen von Hans Peter Ipsen zu Art. 24 Abs. 1 GG genau, so wird zunächst ihre grundlegende Bedeutung überdeutlich: Mit dem Begriff »Integrationshebel« soll herausgestellt werden, dass aufgrund der verfassungsrechtlichen Öffnung (damals Art. 24

232 S. nur C. Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 337 ff.

233 BGBl. 1992 I S. 2086; eingehend dazu K. Schmalenbach, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996; D. König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 139 ff.; K.-P. Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villaón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, 2008, § 14, Rn. 29 ff.

234 Eingehend dazu J. Schwarze, Das Staatsrecht in Europa, JZ 1993, S. 585 ff.; T. Oppermann/C. D. Classen, Die EG vor der Europäischen Union, NJW 1993, S. 5 ff.; U. Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, Der Staat 32 (1994), S. 191 ff.; U. Everling, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, S. 936 ff.; zu den neuen Entwicklungen s. etwa F. Wollenschläger, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG), NVwZ 2012, S. 713 ff.; V. Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 320 ff.

235 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 23, Rn. 179.

236 Allerdings ist zu beachten, dass die Formulierung der Präambel offen ist und nicht direkt auf die EU zielt, s. dazu C. Starck, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Präambel, Rn. 41; zum Verhältnis des ehemals in der Präambel verankerten Wiedervereinigungsgebots und dem »Europaauftag« s. T. Schweisfurth, Europabekenntnis und Wiedervereinigungsverbot des Grundgesetzes, in: FS Hermann Mosler, 1983, S. 857 ff.

237 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 58.

Abs. 1 GG) ein tiefgreifender Wandel ermöglicht wurde, der zunächst auf einfachem Gesetzesrecht beruhte. Mit den Worten *Ipsens*:

»(...) wirkt er in dieser Weise als »Integrationshebel«. Dieses Bild aus der Mechanik mag verdeutlichen, daß Art. 24 I mit dem geringeren Aufwand des einfachen Gesetzes die gesteigerte Wirkung der Verfassungsänderung ermöglicht, weil seine, des Art. 24 I Stärke als Verfassungsentscheidung dem einfachen Gesetz Integrationskraft vermittelt: Öffnung der Staatlichkeit, Er-Öffnung binnenstaatlicher Wirksamkeit öffentlicher Gemeinschaftsgewalt.«²³⁸

Angesichts der Formulierung des Art. 23 Abs. 1 GG, der Gesamtsystematik der Vorschrift und ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung des BVerfG muss man aber bezweifeln, ob der Begriff »Integrationshebel« überhaupt noch angemessen ist.²³⁹ Eine »einfache« Übertragung von Hoheitsrechten, wie sie offenbar *Ipsen* vorschwebte, ist heute nicht mehr möglich.

Tatsächlich ist Art. 23 GG schon aufgrund der komplexen Normstruktur sowie der Rechtsprechung des BVerfG kein »einfacher Integrationshebel«, sondern eine Fundamentalnorm des Grundgesetzes, die das Ziel, die Grenzen und die Verfahren für die europäische Integration umreißt. Art. 23 GG hat so verschiedene Funktionen: Während Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ein für alle Staatsorgane verbindliches Staatsziel »Verwirklichung eines vereinten Europas« sowie die verfassungsrechtlichen Strukturanforderungen an die EU enthält, verkörpert Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG eine sog. Kompetenzübertragungsklausel. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG soll schließlich den Bestand der Verfassung schützen, indem er auf Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG verweist (sog. Verfassungsbestandsklausel).²⁴⁰ Art. 23 Abs. 1a-7 GG regen schließlich die Beteiligung des Bundestages, des Bundesrates und der Länder an.²⁴¹

2. Folgen für die Dritte Gewalt

Die in Art. 23 GG angelegte Komplexität hat Folgen für die Dritte Gewalt, denn die Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union verkör-

238 Ebenda.

239 So aber z. B. A. Epiney, in: R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur, Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 2, Rn. 82; O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 88; J. Isensee, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 126, Rn. 311; K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20, Rn. 265.

240 R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 23, Rn. 15.

241 Eingehend zu Art. 23 GG etwa U. Everling, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, S. 936 ff.; K. Schmalenbach, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996; F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 23, Rn. 1 ff.; C.-D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 23, Rn. 1 ff.

pert gem. Art. 23 Abs. 1 GG zunächst ein Staatsziel, das sämtliche deutschen Staatsorgane bindet.²⁴² Welche konkreten Verpflichtungen erwachsen hieraus aber für die Dritte Gewalt? Es liegt auf der Hand, dass Gerichte bei der Verfolgung eines Integrationsziels nicht selbst initiativ gestaltend wirken können.²⁴³ Insofern kann die Dritte Gewalt dem »Europaauftrag« des Art. 23 Abs. 1 GG zunächst nur im Rahmen der Auslegung des Rechts und bei der Überprüfung von Ermessens- und Abwägungsentscheidungen nachkommen.²⁴⁴ Hierbei sind die Gerichte an das Ziel der europäischen Integration gem. Art. 23 Abs. 1 GG – und an das Unionsrecht – gebunden. »Recht« im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG bedeutet damit grundsätzlich auch »Unionsrecht«.²⁴⁵ Konkret haben die mitgliedstaatlichen Gerichte als »funktionale Unionsgerichte« ebenso wie alle anderen Staatsgewalten die Aufgabe, das Unionsrecht (ggf.) unmittelbar, vorrangig und effektiv anzuwenden (dazu § 5). Hierbei spielt die Garantie effektiven Rechtsschutzes ebenso eine wichtige Rolle wie die Bindung an die Methoden des Unionsrechts und an das Unionsinteresse (s. ebenda).²⁴⁶

Das BVerfG hat die aus Art. 23 Abs. 1 GG resultierenden Verpflichtungen in den letzten Jahren immer deutlicher gefasst. Auf der einen Seite dient der vom BVerfG entwickelte Grundsatz der »Europarechtsfreundlichkeit«²⁴⁷ dazu, die verfassungsrichterlich entwickelten Kontrollvorbehalte (»Ultra-vires-Kontrolle« und »Identitätskontrolle«) zu kanalisieren (zu diesen nachfolgend 3.) sowie die Kooperation der deutschen Gerichte mit dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zu steuern;²⁴⁸ zum anderen folgt aus dem Konzept der Integrationsverantwortung²⁴⁹ für die deutschen und unio-

242 BVerfG v., 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 (347) – Vertrag von Lissabon; C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 23, Rn. 6; K.-P. Sommermann, Staatsziel »Europäische Union«, DÖV 1994, S. 596 ff.

243 Zur Bedeutung von Staatszielbestimmungen für die Dritte Gewalt s. K.-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 435 ff. (zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit) und S. 447 ff. (zur Rolle der »einfachgerichtlichen Kontrolle«); s. auch D. Hahn, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat, 2010, S. 94 f.

244 D. Hahn, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat, 2010, S. 95 ff.

245 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20, Rn. 265.

246 Zum Ganzen auch P. M. Huber, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 19 EUV, Rn. 49 ff.

247 Erstmals BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 (347) – Vertrag von Lissabon; s. auch BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell; BVerfG v. 07.09.2011 – 2 BvR 987, 1485, 1099/10 BVerfGE 129, 124 (172) – EFS; BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 (338 f.) – Identitätskontrolle.

248 A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93, Rn. 85.

249 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, Leitsatz 2 sowie 356 und 435 – Vertrag von Lissabon; BVerfG

nalen Verfassungsorgane eine Pflicht, bei der Übertragung von Hoheitsrechten in der »Systemspur« (Begriff nach P.-C. Müller-Graff)²⁵⁰ des Integrationsprogramms zu bleiben und einseitige Dynamiken (A. Voßkuhle) zu vermeiden.²⁵¹ Beide Konzepte sind aber bis heute durchaus offen. Während die Integrationsverantwortung ersichtlich auf die Rolle der Verfassungsorgane im Prozess der europäischen Integration abzielt, bindet der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit potenziell alle staatliche Gewalt, was schon aus der Bezugnahme auf das Vorabentscheidungsverfahren folgt. Beide Grundsätze haben gleichwohl dieselbe Stoßrichtung: die Steuerung des (hauptsächlich justiziellen) Zusammenspiels zwischen der Ebene der EU und der Bundesrepublik auf der Grundlage des deutschen Verfassungsrechts.

Aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG folgen schließlich auch Bestandsgarantien für die Dritte Gewalt im Prozess der europäischen Integration. Während die Bindung der EU an rechtsstaatliche Grundsätze nach Art. 23 Abs. 1 S. 1. GG das Vorhandensein einer Unionsgerichtsbarkeit voraussetzen (sonst wäre ein effektiver Rechtsschutz gem. Art. 47 GRC unmöglich), folgt aus dem Verweis auf Art. 79 Abs. 3 GG in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG, dass auch die Dritte Gewalt in der Bundesrepublik nicht durch den Prozess der europäischen Integration in ihren Kompetenzen und Strukturen angetastet werden kann.

3. Grenzen der Integration und die Rolle des BVerfG

Obwohl Art. 23 Abs. 1 GG damit einen weitreichenden Integrationsauftrag enthält, konzentriert sich die Diskussion seit drei Dekaden insbesondere auf die Grenzen dieses Auftrags.²⁵² Das BVerfG hat in einer Reihe von Urteilen (hier sind insbesondere die Entscheidungen zum Maastrichter Vertrag²⁵³ und zum Vertrag von Lissabon²⁵⁴ zu nennen) verschiedene verfassungsrechtliche

v. 14.01.2014 – 2 BvR 2728, 2729, 2730, 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 134, 366 (395) – OMT-Beschluss.

250 S. P.-C. Müller-Graff, Der Vertrag von Lissabon auf der Systemspur des Europäischen Primärrechts, Integration 2008, S. 123 ff.

251 A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93, Rn. 85a.

252 Dazu C. Möllers, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, 2008, S. 73 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bis zum Lissabon-Urteil s. G. Nicolaysen, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration, EuR-Beitheft 1/2010, S. 9 ff.

253 BVerfG v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155– Maastricht; eingehend zu dem Verfahren I. Winkelmann, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, ebenda, S. 65 ff. auch zahlreiche Hinweise zur weiterführenden Literatur.

254 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267– Lissabon.

Sicherungen entwickelt (Stichworte: »Ultra-vires-Kontrolle«²⁵⁵ und »Identitätskontrolle«²⁵⁶).²⁵⁷ Diese Sicherungen beziehen sich im Kern zunächst auf zwei Fragen: 1. Ist eine noch nicht in Kraft getretene Änderung bzw. Reform des unionalen Primärrechts mit dem Grundgesetz vereinbar? 2. Ist sekundäres Unionsrecht ggf. nicht mit dem Grundgesetz vereinbar und deshalb innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes für unvereinbar zu erklären? Demgegenüber spielt die Frage eines adäquaten Grundrechtsschutzes so gut wie keine Rolle mehr, was insbesondere mit dem Inkrafttreten der GRC zusammenhängt.²⁵⁸

Mit der Entwicklung der sog. »formalen Übertragungskontrolle«²⁵⁹ sowie mit dem Urteil zum PSPP-Programm der EZB²⁶⁰ hat das BVerfG noch einmal die verfassungsrechtlichen Integrationsgrenzen deutlich betont. Während im Wege der Übertragungskontrolle nun der Einzelne im Wege der Verfassungsbeschwerde überprüfen lassen kann, ob auch alle Verfahrensschritte zur Übertragung von Hoheitsrechten eingehalten wurden, hat das BVerfG im PSPP-Urteil zum ersten Mal in seiner Geschichte einen Rechtsakt der EU (ein Anleihekaufprogramm der EZB) als *ultra vires* und damit verfassungswidrig erklärt. Während die kurzfristigen Folgen dieses Urteils überschaubar sein dürften, hat es doch die Rolle des BVerfG im Verhältnis zum EuGH noch einmal verändert. Schon angesichts der deutlichen Kritik, die am EuGH in dem Urteil geübt wird, dürfte die Zeit der gelebten Kooperation vorüber sein.

Problematisch ist zudem, dass das Verhältnis der unterschiedlichen verfassungsgerichtlichen Kontrollvorbehalte noch nicht abschließend geklärt ist.²⁶¹

255 S. etwa BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – Honeywell; eingehend dazu M. Ludwigs, Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG – Judikative Kompetenzanmaßung oder legitimes Korrektiv?, NVwZ 2015, S. 537 ff.; C. Calliess, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 24, Rn. 201 ff.

256 Dazu z. B. BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 – Identitätskontrolle; s. auch D. Burchardt, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgerichts, ZAÖRV 76 (2016), S. 527 ff.; T. Rademacher, Die »Verfassungsidentität« als Grenze der Kompetenzübertragung auf die Europäische Union?, EUR 2018, S. 140 ff.; C. Calliess, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 24, Rn. 208 ff. (Stand: 2021, Lfg. 95); M. Polzin, Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?, 2018.

257 Eingehend dazu C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 23, Rn. 54 ff.

258 Ebenda, Rn. 55.

259 BVerfG v. 13.2.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 – Formelle Übertragungskontrolle.

260 BVerfG v. 05.05.2020 – 2. BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BVR 1651/15, BVerfGE 154, 17 – PSPP.

261 Zum Ganzen H.-G. Dederer, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 2014, S. 313 ff.; A. Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 105 ff.; A. Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, S. 290 ff.; A. Berger, Anwen-

Jedenfalls folgt aus ihnen eine Grenze für die Anwendbarkeit des Unionsrechts kraft Verfassungsrechts, die insbesondere für die Dritte Gewalt in Form des BVerfG entscheidend ist, denn es ist nicht nur so, dass das BVerfG die verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalte entwickelt hat, sondern dass es auch seine Aufgabe ist, diese Kontrolle auszuüben.

III. Übertragung von Hoheitsrechten und zwischenstaatliche Streitigkeiten

Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen gem. Art. 24 Abs. 1 GG verkörperte ursprünglich eine Art Grundtatbestand für die aktive Öffnung der Bundesrepublik Deutschland für die internationale Ebene.²⁶² Die Vorschrift steht in einem engen Zusammenhang mit der Präambel des Grundgesetzes sowie den weiteren Vorschriften des deutschen Außenverfassungsrechts, auch wenn die Übertragung i. S. d. Vorschrift zunächst Gegenstand einer politischen Entscheidung ist.²⁶³ Während Art. 24 Abs. 1a GG den Sonderfall der grenznachbarschaftlichen Zusammenarbeit umfasst,²⁶⁴ enthält Art. 24 Abs. 2 GG die Befugnis des Bundes, sich in »Systemen kollektiver Sicherheit« einzuordnen.²⁶⁵ Art. 24 Abs. 3 GG enthält schließlich die Pflicht der Bundesrepublik, einer Vereinbarung über eine internationale Streitschlichtung beizutreten. Für die Dritte Gewalt spielen hier insbesondere Art. 24 Abs. 1 und Abs. 3 eine wichtige Rolle.

1. Art. 24 GG als allgemeiner Internationalisierungshebel

Die Ermächtigung des Art. 24 Abs. 1 GG, die in der deutschen Verfassungsgeschichte präzedenzlos ist, ermöglicht, dass die Bundesrepublik Zuständigkeiten auf einen internationalen Rechtsträger überträgt, wobei umstritten ist, welche Anforderungen an die Ausübung der jeweils übertragenen Zuständigkeiten zu stellen sind (Stichwort: Durchgriffswirkung). Bemerkenswert ist hierbei, dass die Staatspraxis zahlreiche Hürden, die heute in Art. 23 GG angelegt sind (z. B. Verweis auf Art. 79 Abs. 2 und 3 GG), in Art. 24 Abs. 1 GG

dungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2016, S. 69 ff.; ausführlich auch P. M. Huber, in: R. Strein (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 19 EUV, Rn. 64 ff.

262 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 21 ff.; C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 24, Rn. 4 ff.

263 F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 113.

264 Dazu grundlegend M. Kotzur, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa: Der Beitrag des Art. 24 Abs. 1 a GG zu einer Lehre vom kooperativen Verfassungsstaat, 2004.

265 S. Oeter, Systeme kollektiver Sicherheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 243.

nicht berücksichtigt.²⁶⁶ Während sich der Beitritt der Bundesrepublik zu internationalen Gerichtshöfen usw. nach Art. 24 Abs. 1 GG richtet, können weitere internationale Abkommen, die die Dritte Gewalt betreffen, vom Bund (Art. 32 GG) abgeschlossen werden, wobei ggf. Art. 59 Abs. 2 GG Berücksichtigung finden muss.

2. Folgen für die Dritte Gewalt

Die auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG übertragenen Hoheitsrechte können so auch judikative Zuständigkeiten umfassen.²⁶⁷ Insoweit erlaubt Art. 24 Abs. 1 GG damit den Beitritt zu zwischenstaatlichen Einrichtungen, die auch Streitschlichtungsmechanismen und Gerichtsbarkeiten umfassen, soweit Art. 24 Abs. 3 GG nicht einschlägig ist (dazu sogleich 3.). Art. 24 Abs. 1 GG bot so nicht nur (ursprünglich) die Grundlage zum Beitritt der Bundesrepublik zu den Europäischen Gemeinschaften (EGKS,²⁶⁸ EG, EAG²⁶⁹), sondern z. B. auch zur EMRK,²⁷⁰ zu den Vereinten Nationen (VN),²⁷¹ dem Seerechtsübereinkommen der VN²⁷² und dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs.²⁷³ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass nicht alle Zustimmungsgesetze Bezug auf Art. 24 Abs. 1 GG nehmen, was allerdings unproblematisch ist, weil das Grundgesetz hier ein Zitiergebot wie Art. 19 Abs. 1 S. 2, Art. 80 Abs. 1 S. 3 gerade nicht kennt.²⁷⁴ Mit diesen Beitritten war immer auch die Akzeptanz der völkerrechtlichen Streitschlichtungsmechanismen verbunden. So enthielten die EGKS (vgl. Art. 7 Spgstr. 4, 31 ff. EGKSV) und später dann die EWG (Art. 4, 164 ff. EWGV) und die EAG (Art. 3, 136 ff. EAGV) seit ihrer Gründungsphase auch als Streitschlichtungsinstitution den Europäischen Gerichtshof, dessen Zuständigkeit sich die Bundesrepublik mit der Gründung der jeweiligen Europäischen Gemein-

266 F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 114.

267 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 24.

268 Gesetz betreffend den Vertrag v. 18.04.1951 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 29.04.1952, BGBl. 1952 II, S. 445.

269 Gesetz zu den Verträgen v. 25.03.1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 27.07.1957, BGBl. 1957 II, 753; dazu H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 51 ff.

270 Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 07.08.1952, BGBl. 1952 II, S. 685.

271 Gesetz zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Charta der Vereinten Nationen v. 06.06.1973, BGBl. 1972 II, S. 430.

272 Gesetz zu dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982 (Vertragsgesetz Seerechtsübereinkommen) v. 02.09.1994, BGBl. 1994 II, S. 1798.

273 Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v. 17.07.1998 (IStGH-Statutgesetz) v. 04.12.2000, BGBl. 2000 II, 1393; dazu auch F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 34.

274 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 51.

schaft unterworfen hat.²⁷⁵ Die Verhandlungen über den Charakter der Streit- schlichtungsinstanzen im Rahmen der europäischen Verträge war durchaus komplex. Insbesondere Frankreich hatte auf eine Art Schiedsgericht gedrungen, schließlich aber das Modell des Gerichtshofs akzeptiert. Die Vertrags- parteien der EMRK unterwerfen sich automatisch auch der Zuständigkeit des EGMR (vgl. Art. 19 EMRK, zur Zuständigkeit: Art. 32 EMRK).²⁷⁶ Die Mitglieder der VN sind gem. Art. 93 Abs. 1 VN-Charta automatisch auch Vertragspartei des Statuts des Internationalen Gerichtshofes.²⁷⁷ Auch das See- rechtsübereinkommen sieht vor, dass die Vertragsparteien ihre Streitigkeiten u. a. vor dem Internationalen Seegerichtshof (ITLOS; s. Anhang VI des SRÜ) beilegen können (Art. 287 Abs. 1 lit. a SRÜ). Der Internationale Strafge- richtshof verkörpert eine internationale Organisation, die nur aus dem IStGH besteht. Insofern war mit dem Beitritt auch klar, dass seine Jurisdiktion für die Bundesrepublik verbindlich ist.

Art. 24 Abs. 1 GG bildet damit (ursprünglich) die verfassungsrechtliche Grundlage für die Eingebundenheit der Dritten Gewalt in den europäischen Gerichtsverbund und darüber hinaus für ihre umfassende »Internationalisierung« jenseits von Art. 24 Abs. 3 GG. Dass die Übertragung von Hoheits- rechten zu weitreichenden Folgen auch für die jeweilige nationale »Justizho- heit« führen kann, liegt auf der Hand und hat zu zahlreichen Grundsatzentscheidungen des BVerfG geführt.²⁷⁸ Sie bildeten die Blaupause für die in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten Anforderungen, gelten aber auch wei- terhin für die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 Abs. 1 GG. Im Kontext der Dritten Gewalt ist hierbei insbesondere an Konstellationen zu denken, in denen überstaatliche Gerichte ihre Kompetenzen überschreiten (die jeweils verfassungsrechtlich radiziert sind) oder elementare Standards (Justizgrundrechte) systematisch missachten. In solchen Fällen steht der Weg zum BVerfG offen.²⁷⁹

3. Beitritt zu Vereinbarungen über eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Art. 24 Abs. 3 GG enthält eine ausdrückliche Pflicht des Bundes, zur Rege- lung zwischenstaatlicher Streitigkeiten Vereinbarungen über eine allgemeine,

275 Ebenda, S. 49 ff.

276 Zu den grundsätzlich möglichen Vorbehalten gem. Art. 57 EMRK s. J. Meyer-Ladewig/D. Renger, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 57, Rn. 3 ff.

277 Zum Statut beachte Art. 92 VN-Charta und IGH-Statut, BGBl. 1973 II S. 505 v. 26.06.1945.

278 F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 132 ff.

279 Ebenda, S. 141 f.

umfassende, obligatorische, internationale Streitschlichtung beizutreten.²⁸⁰ Auch wenn man hierin ein weitgehendes Bekenntnis zu einer internationalen Gerichtsbarkeit erblicken mag, so hat doch die Formulierung der Vorschrift dafür gesorgt, dass sie in der Rechtspraxis keine nennenswerte Rolle zu spielen vermochte. Der Begriff der »Schiedsgerichtsbarkeit« wird in Art. 24 Abs. 3 GG entsprechend den Gepflogenheiten auf völkerrechtlicher Ebene weit ausgelegt und umfasst auch die internationale Gerichtsbarkeit.²⁸¹

Insbesondere die Beschränkung auf »zwischenstaatliche Streitigkeiten« sowie der geforderte »obligatorische« Charakter der in Betracht kommenden Schiedsgerichtsbarkeit haben aber bislang dazu geführt, dass Art. 24 Abs. 3 GG kaum aktiviert werden konnte. So sind z. B. weder der Internationale Strafgerichtshof noch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für »zwischenstaatliche Streitigkeiten« im Sinne des Art. 24 Abs. 3 GG zuständig.²⁸² Der Beitritt erfolgte deshalb auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG.²⁸³

Hinsichtlich des IGH ist dagegen der obligatorische Charakter seiner Gerichtsbarkeit umstritten,²⁸⁴ auch wenn sich die Bundesrepublik im Jahre 2008 gem. Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut der obligatorischen Zuständigkeit des IGH mit wenigen Einschränkungen unterworfen hat.²⁸⁵ Eine internationale Gerichtsbarkeit, die den Anforderungen des Art. 24 Abs. 3 GG in jeder Hinsicht unbestritten entspricht, wurde dagegen bislang nicht geschaffen.²⁸⁶

Aus Art. 24 Abs. 3 GG wird zudem ein Verfassungsauftrag abgeleitet, dass die Bundesrepublik auf die »Fortentwicklung der internationalen Streitbeile-

280 R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 242; V. Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 160 f.; M. Hilf, Europäische Gemeinschaften und internationale Streitbeilegung, in: FS Hermann Mosler, 1983, S. 387 ff. (391 f.).

281 R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 242, Rn. 9.

282 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 25, Rn. 80.

283 Ebenda, Art. 24, Rn. 34; für den IStGH s. BT-Drs. 14/2682, S. 1.

284 Dafür etwa C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 24, Rn. 100; dazu auch A. Zimmermann, Deutschland und die obligatorische Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs, ZRP 2006, S. 248 ff.; verneinend etwa R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 242, Rn. 7.

285 Erklärung über die Anerkennung der obligatorischen Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs nach Artikel 36 Abs. 2 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes (BT-Drs. 16/9218); dazu auch C. Tams/A. Zimmermann, The Federation Shall Accede to Agreements Providing for General, Comprehensive, Compulsory International Arbitration – The German Optional Clause Declaration of 1 May 2008, GYIL 51 (2008), S. 391 ff.; C. Eick, Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland, ZaoRV 68 (2008), S. 763 ff.; eingehend zu Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut auch G. Törber, The Contractual Nature of the Optional Clause, 2015.

286 Dazu F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 25, Rn. 80.

gung« hinzuwirken hat.²⁸⁷ Nimmt man diesen Auftrag ernst, so folgt hieraus eine positive Pflicht, am Erhalt und ggf. Ausbau der internationalen Streitbeilegungsmechanismen mitzuwirken. Wie weit diese Pflicht allerdings *en détail* geht und was aus ihr konkret folgt, wird freilich recht unterschiedlich beurteilt. Mitunter wird in ihr lediglich ein Frustrationsverbot gesehen,²⁸⁸ bisweilen aber auch eine aktive Förderungspflicht.²⁸⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass Art. 24 Abs. 3 GG zu einer Zeit formuliert wurde, in der von einer Proliferation von internationalen Gerichtshöfen und Streitschlichtungsinstanzen noch keine Vorstellung bestand. Doch schon die Zurückhaltung der Bundesrepublik hinsichtlich der Anerkennung der obligatorischen Zuständigkeit des IGH hat gezeigt, dass selbst unter den Bedingungen des offenen Verfassungsstaats immer auch darauf Bedacht zu nehmen ist, welche gravierenden Folgen mit weiteren »Öffnungsschritten« verbunden sind. Dies spiegeln auch die Vorbehalte wider, die die Bundesrepublik im Rahmen der Anerkennung der obligatorischen Zuständigkeit des IGH formuliert hat und die bislang in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Art. 24 Abs. 3 GG keine nennenswerte Rolle spielen. Hier ist häufig von »gewissen« Vorbehalten etc. die Rede.²⁹⁰ Tatsächlich betreffen die Vorbehalte aber zentrale Fragen und sind durchaus weitgehend, nämlich:

- (i) *Streitigkeiten, hinsichtlich derer sich die Streitparteien geeinigt haben oder einigen, sie durch ein anderes Mittel der friedlichen Streitbeilegung beizulegen, oder hinsichtlich derer sie übereinstimmend ein anderes Mittel der friedlichen Streitbeilegung gewählt haben;*
- (ii) *Streitigkeiten, welche*
 - a) *die Verwendung von Streitkräften im Ausland, die Mitwirkung hieran oder die Entscheidung hierüber betreffen, daraus herrühren oder damit in Zusammenhang stehen oder*
 - b) *die Nutzung des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland einschließlich des dazugehörigen Luftraumes sowie von deutschen souveränen Rechten und Hoheitsbefugnissen unterliegenden Seengebieten für militärische Zwecke betreffen, daraus herrühren oder damit in Zusammenhang stehen;*
- (iii) *Streitigkeiten, bezüglich derer eine andere Streitpartei die obligatorische Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs nur im Zusammenhang mit oder für die Zwecke der Streitigkeit angenommen hat, oder in Fällen, in denen die Annahme der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs im Namen einer anderen Streitpartei weniger als zwölf Monate vor der Einreichung der Klageschrift, mit der*

287 R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 242, Rn. 8.

288 C. Tomuschat, in: W. Wahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar GG, Art. 24, Rn. 193.

289 H. Mosler, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 179, Rn. 36.

290 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 24, Rn. 78 ff.

die Streitigkeit beim Gerichtshof anhängig gemacht wird, hinterlegt oder ratifiziert wurde.²⁹¹

Die Vorbehalte betreffen also »konkurrierende« Mittel der friedlichen Streitbeilegung, die Verwendung von Streitkräften im Ausland bzw. die Nutzung des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik für militärische Zwecke (Streitkräftevorbehalt) und schließlich Modalitäten betreffend die Gegenseitigkeit der Anerkennung der obligatorischen Zuständigkeit des IGH durch eine andere (potenzielle) Streitpartei (Ausschluss von »Überraschungsklagen«).²⁹² Insbesondere der Streitkräftevorbehalt zeigt, dass die Bundesrepublik in einem besonders sensiblen Bereich vor den Konsequenzen der Anerkennung zurückgeschreckt hat. Hier mag man einwenden, dass solche Vorbehalte auch durch andere Staaten erklärt wurden, andere Staaten kennen aber womöglich auch nicht einen so weitgehenden Verfassungsauftrag wie das deutsche Grundgesetz.²⁹³

IV. Allgemeine Regeln des Völkerrechts und Dritte Gewalt (Art. 25 GG)

1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

Art. 25 GG sieht vor, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind (S. 1) und den Gesetzen vorgehen sowie Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets erzeugen (S. 2). Mit dieser Vorschrift, die mitunter als »Schlüsselnorm« für das »Staatsrecht der internationalen Beziehungen« bezeichnet wird,²⁹⁴ unterstreicht das Grundgesetz in besonderer Weise seine »internationale Offenheit«, handelt es sich doch um eine »offene Verweisungsnorm« zugunsten

291 S. Nachw. Fn. 290.

292 A. von Arnauld, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 478; C. Eick, Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland, ZaöRV 68 (2008), S. 763 ff. (769 ff.).

293 Kritisch dazu auch C. Tams/A. Zimmermann, The Federation Shall Accede to Agreements Providing for General, Comprehensive, Compulsory International Arbitration – The German Optional Clause Declaration of 1 May 2008, GYIL 51 (2008), S. 391 ff.; eingehend zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit in diesem Zusammenhang BGH v. 06.10.2016 – III ZR 140/15, BGHZ 212, 173–Kundus; zum Verhältnis der völkerrechtlichen Instrumente zum deutschen Staatshaftungsrechts, insbesondere dem Amtshaftungsanspruch s. F. Ossenbihl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 43 f.; N. von Woedtke, Die Verantwortlichkeit Deutschlands für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz und die sich daraus ergebenden Schadenersatzansprüche von Einzelpersonen als Opfer deutscher Militärhandlungen, 2010.

294 F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 147; grundlegend auch A. Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 277 ff.; W. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967, S. 240 ff.

des Völkerrechts.²⁹⁵ Nach Art. 25 GG entfalten die allgemeinen Regeln des Völkerrechts innerstaatliche Geltung, ohne dass ein Transformationsakt notwendig ist. Sie gehen hierbei gem. Art. 25 S. 2 GG den allgemeinen Gesetzen vor, stehen aber zumindest nach der Rechtsprechung des BVerfG im Rang unter der Verfassung.²⁹⁶ Von entscheidender Bedeutung ist insoweit, wie der Begriff der »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« i. S. d. Art. 25 GG ausgelegt wird.²⁹⁷ Hierunter fallen jedenfalls das zwingende Völkerrecht (»ius cogens«),²⁹⁸ das Völkergewohnheitsrecht i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut²⁹⁹ sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.³⁰⁰ Die Bedeutung dieser »allgemeinen Regeln des Völkerrechts« gerade für die Rechtsprechung ist hoch, was nicht zuletzt durch hunderte Urteile, die Bezug auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nehmen, belegt wird.³⁰¹

2. Folgen für die Dritte Gewalt

Aus Art. 25 GG folgt eine umfassende Bindung aller Staatsgewalt an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts.³⁰² Insoweit hat auch die Dritte Gewalt die Pflicht (Art. 20 Abs. 3 GG), sie ggf. anzuwenden, wobei die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht etwa als ausländisches Recht gelten.³⁰³ Hierbei sind die Richter generell an den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gebunden.³⁰⁴ Jenseits dieser Verpflichtung ergeben sich aus den allgemeinen Regeln des Völkerrechts mitunter auch konkrete Vorgaben für die Dritte Gewalt selbst: So ist sie aufgrund des völkerrechtlichen Inter-

295 C. Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 13.

296 BVerfG v. 26.03.1957 – 2 BvG 1/55, BVerfGE 6, 309 (363) – Reichskordat; so auch BVerwG v. 26.03.1975 – II C 11,74, BVerwGE 47, 365 (378). Dies ist freilich umstritten, a. A. etwa C. Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 226, Rn. 15, Rn. 18.

297 H. P. Aust, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 11; F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 25, Rn. 17 ff.

298 Dazu etwa S. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992; C. Tams, Probleme mit dem ius cogens, AVR 40 (2002), S. 331 ff.

299 J. Klubbers, International Law, 3. Aufl. 2020, S. 27 ff.

300 S. etwa B. Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, 2006; J. Klubbers, International Law, 3. Aufl. 2020, S. 37 ff.

301 F. Wollenschläger, in: H. Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 25, Rn. 16, 40 ff.

302 D. König, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 25, Rn. 44.

303 H. P. Aust, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 34; R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 38.

304 S. nur BVerfGE 112, 1 (26 f.); eingehend dazu M. Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, Jör 57 (2009), S. 465 ff.; C. Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2013, § 226, Rn. 36 ff.; F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, S. 26 f.

ventionsverbots etwa gehindert, die Gerichtsbarkeit ohne hinreichende Anknüpfungspunkte auf ausländische Sachverhalte zu erstrecken.³⁰⁵ Darüber hinaus folgt aus dem Grundsatz der Staatenimmunität, dass inländische Gerichte ausländische Gerichte für ihre Urteile nicht belangen können – dies gilt abstrakt für die Dritte Gewalt und konkret auch für die Richter.³⁰⁶ Umstritten ist, ob der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit bereits den Status des Völkergewohnheitsrechts genießt.³⁰⁷ Wäre dies der Fall, wäre die Bundesrepublik Deutschland daran gebunden.³⁰⁸ Bedeutung können darüber hinaus die völkergewohnheitsrechtlich anerkannten elementaren Verfahrensrechte entfalten. Das gilt etwa für das Recht auf angemessenen Rechtsschutz³⁰⁹ und das Recht auf einen Dolmetscher.³¹⁰ Schließlich ist auf die verschiedenen völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Instrumente der Staatenverantwortlichkeit (»*state responsibility*«) hinzuweisen, die prinzipiell auch bei judikativem Unrecht greifen können.³¹¹ Das Prinzip der *state responsibility* ist jedenfalls völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.³¹²

3. Das Normverifikationsverfahren gem. Art. 100 Abs. 2 GG

Die Frage, ob eine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 S. 2 GG Bestandteil des Bundesrechts ist oder nicht, kann mitunter schwer zu beantworten sein. Gem. Art. 100 Abs. 2 GG hat ein Gericht die Möglichkeit, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einzuholen, »ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt«. Hierzu reichen objektive Zweifel des Gerichts aus.³¹³ Das sog. Normverifikationsverfahren gewährleistet so, dass die Regeln des Völkerrechts auch bei Zweifelsfragen zur Anwendung gelangen können.³¹⁴ Aus der Warte der Dritten Gewalt spielt das Ver-

305 BVerfG v. 22.03.1983 – 2 BvR 457/78, BVerfGE 63, 343 (369) – Rechtshilfevertrag.

306 R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 55.

307 Eingehend dazu A. Seibert-Fohr, Judicial Independence in Transition, 2012; s. auch F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 208 ff.

308 Dazu unten § 14 A.

309 BVerfG v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 (303 ff.) – Anwaltsverschulden; BVerfG v. 02.05.1984 – 2 BvR 1413/83, BVerfGE 67, 43 (63) – Offensichtlich unbegründeter Asylantrag; R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 25, Rn. 70.

310 BVerfG v. 17.05.1983 – 2 BvR 731/80, BVerfGE 64, 135 (145 ff.).

311 Dazu M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 591 ff.

312 J. Klubbers, International Law, 3. Aufl. 2020, S. 138 ff., zu den Einzelheiten s. unten § 15 C.

313 BVerfG v. 14.05.1968 – 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288 (319) – Kriegsfolgelasten II; BVerfG v. 10.06.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68 (77) – DDR-Botschafter.

314 Dazu etwa M. Ruffert, Der Entscheidungsmaßstab im Normenverifikationsverfahren nach Art. 100 III GG, JZ 2001, S. 633 ff.; S. Kessel-Wulf, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 100, Rn. 72 ff.

fahren eine wichtige Rolle, erlaubt es doch im Zeichen der Rechtseinheit einen »Justizdialog« zwischen den Gerichten und dem Bundesverfassungsgericht und sichert damit »prozedural die Integration der allgemeinen Regeln des Völkerrechts in das Bundesrecht«³¹⁵. Soweit eine Vorlage trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 100 Abs. 2 GG unterbleibt, kann dies das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzen und ggf. mit der Verfassungsbeschwerde begegnet werden.³¹⁶

V. Völkerrechtliche Verträge und Dritte Gewalt

Neben den speziellen völkerrechtlichen Verträgen, die gem. Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 GG Hoheitsrechte übertragen, können auch »gewöhnliche« völkerrechtliche Verträge (Verbandszuständigkeit des Bundes: Art. 32 GG) bzw. die jeweiligen Zustimmungsgesetze auf der Grundlage des Art. 59 Abs. 2 GG Berührungs punkte zur Dritten Gewalt aufweisen. Die deutschen Gerichte sind an die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik gebunden und haben in das Bundesrecht »transformiertes« Völkerrecht anzuwenden, das den Rang von »einfachen« Bundesgesetzen genießt.³¹⁷ Hierbei kann man verfahrensrechtliche Verpflichtungen der Gerichte (z. B. internationale Rechtshilfe) und die allgemeine Bindung an völkerrechtliche Rechtsätze unterscheiden. In der gerichtlichen Praxis spielen hier etwa Abkommen über internationale Rechtshilfe eine wichtige Rolle.³¹⁸ Doch auch der Bindung an allgemeine völkerrechtliche Verträge kommt im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit inzwischen eine gehobene Bedeutung zu, etwa wenn es um Menschenrechtspakte oder das *Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation* (ILO)³¹⁹ geht.³²⁰ Im Lichte der aufkommenden Bedeutung der Diskussion über die Bindung von transnationalen Unternehmen an die Menschenrechte sowie damit verbundener Haftungsfragen ist zu erwar-

315 R. Streinz, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 100, Rn. 25.

316 BVerfG v. 12.04.1983 – 2 BvR 678, 679, 680, 681, 683/81, BVerfGE 64, 1 (20) – National Iranian Oil Comp.

317 B. Kempen/B. Schiffbauer, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 59, Rn. 129; M. Payandeh, Die Internationalisierung der Rechtsordnung als Herausforderung für die Gesetzesbindung, RW 2013, S. 397 ff.; A. von Arnault, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 520 ff.

318 S. etwa Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EU-RhÜbk) v. 20.04.1959, BGBl. II 64, 1369, 1386; 76, 1799; 95, 736 sowie Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelsachen v. 18.03.1970, BGBl. 1977 II 1472; K. Siehr, Grundfragen der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen, RIW 2007, S. 321 ff.; dazu auch M. Söbne, Die Rechtshilfe in der Europäischen Union – eine kritische Bestandsaufnahme am Beispiel der Verwaltungssachen, 2013.

319 Zustimmungsgesetz v. 20.12.1956, BGBl. II 1956, S. 2072 ff.

320 Eingehend dazu etwa R. Grabosch, Die Rezeption des Völkerrechts durch die deutschen Zivilgerichte, KJ 2013, S. 30 ff.

ten, dass die Bedeutung des Völkerrechts in nationalen Gerichtsverfahren gar noch zunehmen wird.³²¹

Eine neue Diskussion ist schließlich darüber entbrannt, ob und in welchem Umfang sich die Bundesrepublik durch völkerrechtliche Verträge an internationalen Schiedsgerichtsbarkeiten beteiligen kann. Verfassungsrechtlich kann ein solcher Schritt allgemein aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Öffnung gerechtfertigt werden.³²² Zwar sind internationale Schiedsgerichte gerade keine (Schieds-)Gerichte im Sinne des Art. 24 Abs. 3 GG, denn es geht hier nicht um »zwischenstaatliche Streitigkeiten« im Sinne des Art. 24 Abs. 3 GG.³²³ Auch fehlt es an der in Art. 24 Abs. 1 GG erforderlichen Durchgriffswirkung im Falle von Schiedssprüchen, sodass auch die Bestimmung des Grundgesetzes nicht die Grundlage für den jeweiligen völkerrechtlichen Vertrag bilden kann.³²⁴ Soweit aber das Grundgesetz den Beitritt zu deutlich elaborierteren Gerichtsbarkeiten ermöglicht, ist dies auch im Falle von Schiedsgerichten möglich.³²⁵

VI. Sonderrolle der EMRK im deutschen Recht und Dritte Gewalt

Der Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur EMRK erfolgte auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GG.³²⁶ Im Rahmen des Beitritts wurden insbesondere die Folgen für die »Justizhoheit« diskutiert.³²⁷ Die EMRK hat in Deutschland im Gegensatz zu anderen Konventionsstaaten (z. B. Österreich) einfachen Gesetzesrang. Gleichwohl hat die EMRK als »völkerrechtliches Nebenverfassungsrecht« inzwischen auch in Deutschland eine Bedeutung für den Rechtsdiskurs entfaltet, die über den gewöhnlichen des Völkervertrags-

321 S. etwa *K. Haider*, Haftung von transnationalen Unternehmen und Staaten für Menschenrechtsverletzungen, 2019, S. 317 ff.

322 So auch *C. Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 37 ff. (342 f.); *C. D. Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S. 611 ff.; *H. P. Jahnke*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit, 2019, S. 147 ff.; s. zuvor schon zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit *R. Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: *P. Schlosser* (Hrsg.), Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz – Die Organisation der Rechtsberatung; Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, 1994, S. 113 ff.; *F. N. Rehm*, Die Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009; zur unionsrechtlichen Perspektive *C. D. Classen*, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, EuR 2012, S. 611 ff. (626).

323 *C. Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 37 ff. (342).

324 Ebenda.

325 Zu den Fragen der demokratischen Legitimation s. etwa *C. D. Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S. 611 ff.

326 BT-Drs. I/3338, S. 4.

327 Ebenda.

rechts hinausreicht.³²⁸ Dementsprechend hat das BVerfG in den letzten Jahren die grundsätzliche Bedeutung der EMRK für die Auslegung des deutschen Verfassungsrechts betont. Damit ist auch aus der Perspektive des Verfassungsrechts eine gewisse Aufwertung des EGMR im Vergleich zu anderen internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen verbunden, auch wenn die EMRK in Deutschland nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts gezählt wird.³²⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG dient die EMRK als »Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes«, und die deutschen Gerichte haben die aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierende Pflicht, die EMRK »im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung« zu berücksichtigen.³³⁰ Dass diese Verpflichtung in erster Linie die Dritte Gewalt in der Bundesrepublik betrifft, folgt schon daraus, dass Beschwerden beim EGMR sich vor allem auf letztinstanzliche Urteile beziehen.³³¹ Soweit diese Bedeutung der EMRK im Gerichtsverfahren nicht beachtet wird, steht wiederum der Weg zum BVerfG offen (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

VII. Fazit: Die Dritte Gewalt im europäischen und internationalen Kontext

Die Dritte Gewalt ist heute eine weitgehend »europäisierte« bzw. »internationalisierte« (Staats-)Gewalt. Durch das im Grundgesetz verankerte Bekenntnis zur internationalen Zusammenarbeit und zur europäischen Integration wurde eine breitflächige Einbettung der nationalen Richter und Gerichte in übergeordnete (Rechts-)Ebenen ermöglicht, die dazu geführt hat, dass die Bundesrepublik sowohl (mittelbar oder unmittelbar) diversen internationalen Gerichtsbarkeiten (z. B. IGH, EGMR, ITLOS, IStGH) beigetreten als auch der Jurisdiktion des EuGH unterworfen ist. Hierbei ist eine gewisse

328 So die Formulierung von *R. Uerpmann*, Völkerrechtliche Nebenverfassungen, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 339 ff. (357 ff.); eingehend zur Thematik insgesamt *ders.*, Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung: ein Beitrag zum Thema Völkerrecht und Landesrecht, 1993.

329 *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim*, in: *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer* (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 18.

330 BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (323 ff.) – EGMR-Entscheidungen; BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 (319) – Rudolf Heß Gedenkfeier.

331 Eingehend zur Bindung an die EMRK s. etwa *J. Meyer-Ladewig/H. Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Straßburg und Karlsruhe, NJW 2005, S. 15 ff.; *J. Bergmann*, Diener dreier Herren? – Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR, EuR 2006, S. 101 ff.; *W. Schaller*, Das Verhältnis vom EMRK und deutscher Rechtsordnung vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, EuR 2006, S. 656 ff.; s. auch *K. Mellech*, Die Rezeption der EMRK sowie der Urteile des EGMR in der französischen und deutschen Rechtsprechung, 2012; *B. Daiber*, Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2018, S. 957 ff.

Ernüchterung zu verzeichnen, denn während in der Frühphase der Bundesrepublik die Verflechtung mit der internationalen und europäischen Ebene fast zur Staatsräson gehörte, ist insbesondere seit dem Maastricht-Urteil des BVerfG und rund um die Diskussion, ob sich die Bundesrepublik der obligatorischen Zuständigkeit des IGH unterwerfen sollte, eine deutliche Zurückhaltung eingetreten. Man kann heute auch Zweifel hegen, ob die »Außenverfassung« für neue Formen der Streitschlichtung auf internationaler Ebene (z. B. Schiedsgerichte) hinreichend klar umrissene Grundlagen aufweist.

Für die Frage der (Haftungs-)Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt ist die »offene Verfassungsordnung« des Grundgesetzes von zentraler Bedeutung: Neue Entwicklungen (Stichwort: »*accountability*«) finden durch diese Offenheit ihren Weg in das deutsche Rechtssystem und erlauben eine Neubewertung der vorhandenen Strukturen. Durch die Einbindung der Bundesrepublik in ein »internationales Gerichtssystem« sowie den Einfluss des EuGH haben die deutschen Gerichte die Aufgabe, die jeweiligen Urteile als Maßstab heranzuziehen.³³²

332 Dazu auch *M. Payandeh*, Die verfassungsrechtliche Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit: Zur Bindung deutscher Gerichte an Entscheidungen des internationalen Gerichtshofs. Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. September 2006, AVR 45 (2007), S. 244 ff.; *A. Proelß*, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 107 ff.

§ 5: Wandel und Ausdifferenzierung des Entscheidungs- und Aufgabenspektrums der Dritten Gewalt

A. Staatsgewalt im Wandel

Die Dritte Gewalt ist einem stetigen Wandlungs- und Ausdifferenzierungsprozess unterworfen.¹ Dieser Prozess ist nicht nur auf die institutionelle Ausgestaltung der Dritten Gewalt beschränkt, gleichwohl er auch diesbezüglich deutlich erkennbar ist, sondern seine Ursachen liegen tiefer – er ist unmittelbar an die fortwährende Wandlung des Rechtssystems gekoppelt. Durch die zentrale Rolle, die die Gerichte bei der Rechtsdurchsetzung spielen, verkörpern neue Gesetze, Gesetzesänderungen oder neue Entwicklungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer auch eine Herausforderung für die Dritte Gewalt insgesamt, die die entsprechenden Änderungen häufig »im Prozess« verarbeiten muss. Doch welche Faktoren führen hauptsächlich zu dieser Entwicklung?

1. Zunächst muss sich infolge der oft kritisierten »Verrechtlichung« oder »Juridifizierung« der Gesellschaft und der damit verbundenen »Normenflut« die Rolle der Gerichte nahezu zwangsläufig ändern, wobei nicht allein die Masse der Normen problematisch ist, sondern die immer weiter ansteigende Komplexität staatlicher Regulierungen, die die Dritte Gewalt vor zahlreiche Herausforderungen stellt (dazu C.). Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (bzw. der allgemeine Justizgewährungsanspruch) führt dazu, dass Neu- oder Feinjustierungen im Recht – zumal auf der Ebene des Öffentlichen Rechts – häufig zu gerichtlichen Klagen führen. Zudem räumt der in dieser Hinsicht »aktivierende Staat« seinen Bürgern beständig neue klagefähige Rechtspositionen ein.² Gute Beispiele für diesen Befund sind etwa Informationsansprüche des Einzelnen (so z. B. im

1 Dazu schon § 1 E. I.-IV.; s. auch W. *Brohm*, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 8 ff.; R. *Greger*, Vom »Kampf ums Recht« zum Zivilprozess der Zukunft, JZ 1997, S. 1077 ff.; F. *Wittreck* und F. *Brosius-Gersdorf*, Die Dritte Gewalt im Wandel, VVDStRL 74 (2015), S. 115 ff., S. 169 ff.; B. *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 2020, S. 171 ff. am Beispiel des Einflusses der Globalisierung und S. 191 ff. am Beispiel neuer Streitlösungsmodelle; eingehend zur Figur des Wandels auch L. *Michael*, Die verfassungswandelnde Gewalt, Rechtswissenschaft 5 (2014), S. 426 ff.; E. *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 65 ff.; A. *von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 285 ff.

2 Zum Leitbild des »aktivierenden Staates« s. B. *Blanke*, Erzählungen zum aktivierenden Staat, VM 2009, S. 115 ff.

UIG³ oder im IFG⁴) oder Klagen auf der Grundlage des AGG⁵ oder der DS-GVO, die in vielen Fällen unmittelbar auf das EU-Recht oder das internationale Recht zurückgehen, sodass die »Europäisierung« und »Internationalisierung« der Dritten Gewalt auch in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielen.⁶ Hinzu treten z. B. neue Formen des überindividuellen Rechtsschutzes, wie Verbands- und Musterklagen, die die Komplexität von Verfahren reduzieren können, als neue Klagearten aber auch neue Problemlagen mit sich bringen (dazu D.).⁷

2. Daneben haben neuartige verfahrensrechtliche Instrumente bzw. die Aufwertung vorhandener Verfahren zu einem tiefgreifenden Wandel der richterlichen Tätigkeiten geführt. In diesem Zusammenhang kann anhand der zunehmenden Bedeutung des Eilrechtsschutzes, sog. Massen- und Musterverfahren, der administrativen Aufgaben der Justiz oder alternativer Streitschlichtungsinstrumente (Stichwort: »Mediation«) beobachtet werden, dass gerade dieser Wandel der Verfahren und Aufgaben der Dritten Gewalt auch für die Frage ihrer Haftung von Relevanz ist.
3. Hinzu kommt, dass die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten nicht mehr allein in der Hand der staatlichen Gerichte im Sinne des Art. 92 GG liegt, sondern Schiedsgerichte oder die Partei- und Verbandsgerichtsbarkeit spürbar an Bedeutung gewonnen haben. Hier ist also ein Wandel durch neue Institutionen der Streitschlichtung zu verzeichnen (dazu E.), der mit Schlagworten wie »Privatisierung« der Dritten Gewalt untermalt wird.⁸ Diese Entwicklung setzt das staatliche Justizsystem in gewisser Weise un-

3 Umweltinformationsgesetz v. 17.10.2014 (BGBl. I S. 1643), zuletzt geändert am 15.02.2021 (BGBl. I S. 306).

4 Informationsfreiheitsgesetz v. 05.09.2005 (BGBl. I S. 2722), zuletzt geändert am 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328).

5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz v. 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert am 19.12.2022 (BGBl. I S. 2510).

6 Dazu etwa *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts – Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997; *B. W. Wegener*, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998; *D. R. Klein*, Umweltinformation im Völker- und Europarecht, 2011.

7 Für das Öffentliche Recht s. *S. Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008; für das Privatrecht s. *C. Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015; *A. Stadler*, Kollektiver Rechtsschutz quo vadis, JZ 2018, S. 793 ff.; s. auch *K. V. Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020.

8 Dazu etwa *W. Voit*, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, S. 120 ff.; *D. M. Provine/Caroll Seron*, Privatization of Judicial Services, 1 J-PART (1991), S. 319 ff.; in Deutschland hat sich diese Debatte an Fragen der »Privatisierung« des Gerichtsvollzieherwesens, des Strafvollzugs und der Übertragung von Aufgaben der Freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notarinnen und Notare entzündet, s. dazu etwa *G. Wagner*, Aufgabenübertragung auf Notare – Kosten und Nutzen, RNotZ 2010, S. 316 ff.; *M. Schlaudebach/S. Schönrock*, Privatisierung im Maßregelvollzug, NVwZ 2012, S. 1011 ff.; *S. Schönrock*, Privatisierung und Wettbewerb der Gerichtsvollzieher, DGVZ 2011, S. 57 ff.; *J. Zado*, Privatisierung der Justiz 2013; *S. Eisenmenger*, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012.

ter einen Wettbewerbs- und Anpassungsdruck.⁹ In den letzten Jahren haben sich so sprunghaft verschiedene »Gerichtsbarkeiten« jenseits des Staates etabliert, deren Bedeutung stetig zuzunehmen scheint. Aus einer langfristigen Perspektive wird hier mitunter für eine Aufgabenteilung zwischen privater und staatlicher Streitentscheidung bzw. internationaler und staatlicher Streitentscheidung plädiert, in der die staatliche Gerichtsbarkeit mehr und mehr in eine Rolle der »Auffangverantwortung« rücken soll bzw. ihre Zuständigkeit gänzlich verliert.¹⁰

4. Zudem ist es innerhalb der Dritten Gewalt zu Verschiebungen gekommen (dazu F.), wodurch etwa die Rolle der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Institution des Rechtspflegers nachhaltig aufgewertet sowie die Abhängigkeit der Dritten Gewalt von Expertenwissen, das in der Regel durch gerichtliche Sachverständige in gerichtliche Verfahren eingespeist wird, verstärkt wurde. Sollte sich diese Tendenz weiter verfestigen, so ist schon jetzt absehbar, dass künftig Haftungsprivilegierungen auch in diesen Bereichen zum Tragen kommen werden.
5. Die Ausdifferenzierung des »Entscheidungsspektrums« der Dritten Gewalt hat ebenfalls direkte Auswirkungen auf die Haftung der Dritten Gewalt (dazu G.). § 839 Abs. 2 BGB knüpft das »Spruchrichterprivileg« an »Urteile in einer Rechtssache«. Dies scheint insoweit folgerichtig zu sein, als viele Prozessordnungen nach wie vor das Urteil (gemeint als Endurteil) als Regelentscheidungsmodus vorsehen. So formuliert etwa § 107 VwGO auf den ersten Blick eindeutig:

»Über die Klage wird, soweit nichts anderes bestimmt ist, durch Urteil entschieden.«¹¹

Ähnlich heißt es in § 300 Abs. 1 ZPO:

»Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, so hat das Gericht sie durch Endurteil zu erlassen.«¹²

9 S. dazu etwa E.-H. Ritter, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft?, NJW 2001, S. 3440 ff.; zum »intraprätizellen« Wettbewerb s. J. Oebbecke, Justiz im Wettbewerb, DÖV 2007, S. 177 ff.

10 W. Hoffmann-Riem, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 421 ff.; dazu auch jüngst B. Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 2020.

11 Vgl. auch § 125 SGG, § 95 FGO; s. dazu J. P. Terhechte, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 107 VwGO, Rn. 1.

12 Dazu H.-J. Musielak, in: ders./W. Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 300, Rn. 2 f. und 11; L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 59 f.

Bei Lichte besehen wird aber von diesem Regelentscheidungsmodus seit geraumer Zeit häufig zugunsten weniger formeller Entscheidungsformen abgewichen (»Beschlüsse«). Diese Entwicklung ist nicht nur im Zivilprozessrecht zu beobachten, sondern spielt auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen eine wichtige Rolle. Interessanterweise ist hiermit auch eine sukzessive Ausweitung des »Spruchrichterprivilegs« durch den BGH einhergegangen.

6. Dass schließlich das Phänomen der Digitalisierung zu einem Wandel innerhalb der Justiz geführt hat, liegt auf Hand. Allerdings lässt sich kaum abschätzen, welche konkreten Folgen mit ihr verbunden sind (dazu H.). Angesichts der transformativen Kraft der Digitalisierung ist es aber nicht ausgeschlossen, dass es zu grundlegenden Änderungen kommen könnte, die dazu führen, dass der Dritten Gewalt ihrer Hauptfunktion – der verbindlichen Beilegung von Streitigkeiten – zu weiten Teilen beraubt wird.

B. Ende der Kontinuität?

Ein Wandel wird heute angesichts so wirkmächtiger Entwicklungen wie der Globalisierung und der Europäisierung schnell diagnostiziert.¹³ Die entsprechenden Befunde liegen seltsam quer zur bisherigen Entwicklung der Dritten Gewalt, die sich – historisch betrachtet – stets auf einer Linie der Kontinuität bewegt hat. Dies hat ihr nicht selten Vorwürfe eingebracht: Ob im Übergang vom Kaiserreich zur Weimarer Republik, von der Weimarer Republik zum sog. »Dritten Reich« oder schließlich in die Bundesrepublik, der Justiz wurde – wahrscheinlich zu Recht – eine abwartende, stets auf Restauration bedachte Haltung unterstellt.¹⁴ Die Veränderungen der Zeit gingen sicher nicht spurlos an der Justiz vorbei, doch zu grundlegenden Umbauten etwa hinsichtlich der Gerichtsorganisation oder der richterlichen Verantwortlichkeit ist es lan-

13 Dazu allgemein etwa Deutscher Richterbund (Hrsg.), *Justiz und Recht im Wandel der Zeit*, 2009; kritisch zum »Verfassungswandel« etwa A. Voßkuble, *Gibt es und wozu nutzt eine Theorie des Verfassungswandels?*, *Der Staat* 43 (2004), S. 450 ff.; jüngst auch U. Volkmann, *Verfassungswandel und Verfassungsänderung*, *JZ* 2018, S. 265 ff.

14 C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1997, S. 199; R. Wassermann, *Der Richter im Grundgesetz*, in: W. Schmidt-Hieber/ders., (Hrsg.), *Justiz und Recht*, 1983, S. 19 ff. (23): »Die deutsche Justiz war entstanden in einer Zeit, in der sich der Staat im Wesentlichen auf die Setzung der Rechtsnormen und die Überwachung ihrer Einhaltung beschränkte. Dafür ausgebildet, stand sie den Wandlungen, die das Verhältnis von Gesellschaft und Staat seither erfahren hatte, mehr oder weniger hilflos gegenüber (...); s. auch F. Kübler, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, *AcP* 162 (1963), S. 104 ff.

ge nicht gekommen, was teilweise recht kritisch kommentiert wurde.¹⁵ Ob diese Kritik berechtigt war, kann im Rückblick nur noch schwer entschieden werden. Jedenfalls muss der Befund heute anders ausfallen. Durch die Einbindung der deutschen Gerichte in den »europäischen Rechtsprechungsverbund« (s. § 6), die gestiegene Relevanz des internationalen Rechts auch im innerstaatlichen Bereich, durch den Wettbewerb der Rechtssysteme und durch die Ökonomisierung und Digitalisierung sind viele staatliche Justizsysteme unter einen beträchtlichen Anpassungsdruck gesetzt worden, der ein Festhalten an Traditionslinien kaum noch zulässt.

C. Wandel der rechtlichen Rahmenbedingungen

I. Herausforderungen der Dritten Gewalt im Mehrebenensystem

Die Dritte Gewalt wird durch die Europäisierung und Internationalisierung der deutschen Rechtsordnung vor immense Herausforderungen gestellt.¹⁶ Zum einen muss sie das entsprechende Recht – teilweise unmittelbar – anwenden, zum anderen wird ihre Tätigkeit durch den Europäischen Gerichtshof und andere internationale Gerichtshöfe, wie z. B. den EGMR, kontrolliert. Hierbei treffen nicht selten grundlegend verschiedene Rechts- und Verfahrensverständnisse aufeinander, was im Ergebnis zu sog. »Justizkonflikten« führen kann.¹⁷ Das BVerfG ist zwar vordergründig bemüht, diese Konflikte durch verfassungsrechtliche Prinzipien wie die der Europarechts-¹⁸ und Völkerrechtsfreundlichkeit¹⁹ zu moderieren, doch haben die letzten Jahre gezeigt, dass nicht nur das Verhältnis im europäischen »Verfassungsgerichts-

15 S. etwa zu der angeblich »verpassten Chance« einer einheitlichen Gerichtsorganisation nach Gründung der Bundesrepublik, E. Kern, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954, S. 337.

16 S. dazu am Beispiel der Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts etwa C. D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; D. Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999; F. Schöch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000; P. M. Huber, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl 2001, S. 577 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 87 ff.; A. Guckelberger, Verwaltungsprozessrecht unter Anpassungsdruck, 2017; M. Ludwigs, Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: W. Kahl/ders. (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 8, Rn. 44 ff.

17 Der Begriff des »Justizkonflikts« ist im deutschen Sprachraum – soweit ersichtlich – erstmals von Peter Schlosser verwendet worden, s. ders., Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa, 1985; s. auch B. Hess, Transatlantischer Rechtsverkehr heute: Von der Kooperation zum Konflikt?, JZ 2003, 923 ff.; BVerfG v. 25.07.2003 – 2 BvR 1198/03, BVerfGE 108, 238.

18 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

19 BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, BVerfGE 128, 326 – Sicherheitsverwahrung.

verbund« mitunter konfliktträchtig ist,²⁰ sondern darüber hinaus auch die Anwendung des Europa- und Völkerrechts durch nationale Gerichte zu erheblichen Problemen führen kann. Indes darf man hier nicht zu sehr auf die »Konfliktperspektive« abstellen, sondern es ist auch anzuerkennen, dass Gerichte in vielen Fällen die komplexen Herausforderungen einer »justiziellen Kooperation« durchaus meistern.²¹

Europäisierung und Internationalisierung der deutschen Rechtsordnung erschöpfen sich aber nicht nur in neuen Kooperationsverpflichtungen für Gerichte. Vielmehr sind wesentliche Neuerungen in den jeweiligen Prozessordnungen und vollkommen neue Modi der Streitentscheidung unmittelbar auf den Einfluss des Unionsrechts bzw. des internationalen Rechts zurückzuführen.

So ist etwa Mediation als alternative Form der Streitschlichtung zunächst in den USA entwickelt worden und hat von dort aus eine Art globalen Siegeszug angetreten. Die in ihrer praktischen Relevanz kaum zu überschätzende Streitschlichtung durch Schiedsgerichte (§§ 1025 ff. ZPO)²² geht in ihrer heutigen Form auf ein UNCITRAL-Modellgesetz zurück, steht also gleichzeitig für die »Internationalisierung« und »Privatisierung« der Gerichtsbarkeit.²³ Ähnliches gilt für die Einführung von sog. Musterverfahren durch das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)²⁴ mit der gesetzgeberischen Zielsetzung, sich im internationalen »Justizwettbewerb« gegen die U.S.-amerikanische *class action* »behaupten« zu können, oder die 2018 eingeführte Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO).²⁵

Dass sich letztlich keine Prozessordnung den europäischen und internationalen Einflüssen entziehen kann, zeigt sich an der Regelung von sog. »Verständigungen« in der StPO. Hiermit hat der Gesetzgeber einem inter-

20 S. A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

21 Dazu etwa J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff.

22 Zur Bedeutung s. etwa bereits S. Kröll, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2007-2008, NJW 2009, S. 1183 ff. (1183) mit einem Zitat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, wonach die Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Wirtschaftsverkehr die Gerichtsstandswahl inzwischen verdrängt habe.

23 Dazu R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 9 ff.

24 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz v. 19.10.2012 (BGBl. I S. 2182), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16.10.2020 (BGBl. I S. 2186) geändert worden ist; dazu etwa B. Heß/F. Reuschle/B. Rimmelspacher (Hrsg.), Kölner Kommentar zum KapMuG, 3. Aufl. 2019; T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), Kollektive Rechtdurchsetzung, 2022.

25 Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151); eingehend zur Musterfeststellungsklage etwa A. Halfmeier, Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, ZRP 2017, S. 201 ff.; eingehend auch P. Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, Kommentar, 2. Aufl. 2019.

nationalen Trend entsprochen.²⁶ Dass darüber hinaus auch hinsichtlich des Strafverfahrens schon lange von einer Europäisierung gesprochen wird, rundet das Bild nur ab.²⁷

Insgesamt ist zu beobachten, dass der Gesetzgeber immer stärker dazu übergeht, nicht mehr zwischen den verschiedenen Prozessordnungen zu differenzieren, sondern neue Verfahren oder institutionelle Ausgestaltungen für mehrere Prozessordnungen gleichzeitig einzuführen. Dies wird insbesondere für die öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen noch zu erheblichen Herausforderungen führen, denn während etwa die Zivilprozessrechtswissenschaft schon seit einigen Jahren mit der Konsolidierung eines »europäischen Zivilprozessrechts« an der systematischen Entfaltung eines europäischen bzw. internationalen Prozessrechts arbeitet,²⁸ beschränken sich die Forschungen im Bereich des öffentlichen Rechts bislang auf die hinlänglich bekannten »Europäisierungsdiskussionen«.²⁹

Das Vorbild des europäischen Zivilprozessrechts spricht aber dafür, einen grundlegenden Perspektivwechsel in Richtung eines »europäischen Verwaltungsprozessrechts« zu vollziehen. Ein solcher Schritt scheint schon angesichts der Ausstrahlungswirkung des europäischen Zivilprozessrechts sowie des großen Einflusses der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Verwaltungsprozessrecht unausweichlich zu sein. Vergleichbare Aufgaben werden auch auf die rechtswissenschaftliche Forschung im Bereich des Strafprozessrechts zukommen, zumal der Lissabonner Vertrag für diesen Bereich entscheidende Weichenstellungen mit sich gebracht hat.³⁰ Diese Entwicklungen

-
- 26 § 257c StPO, dazu etwa eingehend *K. Altenhain/M. Haimerl*, Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren – eine verweigerte Reform, *JZ* 2010, S. 327 ff.; *W. Beulke/H. Stoffer*, Bewährung für den Deal? – Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 19. März 2013 für die Verständigungspraxis in deutschen Gerichten, *JZ* 2013, S. 662 ff.; *P. Rabe*, Das Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Notwendigkeit von Reformen im Strafprozess, 2017; *K. Altenhain/M. Jahn/J. Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009, 2020.
- 27 Dazu früh *U. Nelles*, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?, *ZStW* 109 (1997), Heft 4, S. 727 ff.; *H. Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrecht auf das deutsche Strafrecht, 2000, S. 655 ff.; *P. Hauck*, Europarechtliche Vorgaben für das nationale Strafverfahren, in: *M. Böse* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR Bd. 11), 2. Aufl., 2021, § 11.
- 28 S. etwa *P. Schlosser/B. Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2021; *R. Geimer/R. A. Schütze* (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2020; *B. Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021.
- 29 S. dazu *J. P. Terhechte*, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung – Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 1, Rn. 7 m. w. Nachw.; zur Europäisierung des Verwaltungsrechts s. etwa *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit 1996; *O. Dörr/C. Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2. Aufl. 2019.
- 30 Dazu etwa *F. Meyer*, Das Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, *EuR* 2011, S. 169 ff.; *V. Mitsilegas*, EU Criminal Law, 2. Aufl., 2022; *U. Sieber/F.-H. Brüner/H. Satzger/B. von*

werden nicht nur das Prozessrecht insgesamt in neue Bahnen lenken, sondern haben schon heute einen beträchtlichen Einfluss auf das mitgliedstaatliche Gerichtsverfassungsrecht sowie Fragen der (Haftungs-) Verantwortlichkeit.

II. Verrechtlichung und die Dritte Gewalt

1. »Gesetzesflut« und »Kolonialisierung von Lebenswelten« durch das Recht

Das Phänomen der »Verrechtlichung« oder »Juridifizierung« der Gesellschaft ist in den vergangenen Jahrzehnten nicht nur im juristischen Diskurs,³¹ sondern darüber hinaus auch in den Politik- und Sozialwissenschaften lebhaft diskutiert worden.³² Hierbei hat der Begriff eine eigentümliche Karriere gemacht. Geprägt wurde er ursprünglich, worauf *Gunther Teubner* aufmerksam gemacht hat, von *Hugo Sinzheimer*,³³ und konzeptionell von *Otto Kirchheimer* entfaltet.³⁴ »Verrechtlichung« stand am Anfang des 20. Jahrhunderts insbesondere im Kontext des Arbeitsrechts für eine durchaus als positiv empfundene Entwicklung der Gewerkschaftsorganisationen »von politischen Kampforganisationen zu rechtlich verfassten Sozialinstitutionen«³⁵.

Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014; M. Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht (EnzEuR Bd. 11), 2. Aufl. 2021.

- 31 Die Debatte hat ihren ersten Höhepunkt Ende der 1970er Jahren erlebt, s. etwa *H.-D. Weiß*, Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts, DÖV 1978, S. 601 ff.; *H.-J. Vogel*, Zur Diskussion um die Normenflut, JZ 1979, S. 321 ff.; *H. Senderl*, Normenflut und Richter, ZRP 1979, S. 227 ff.; *J. Isensee*, Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, S. 139 ff.; s. auch *G. Teubner*, Verrechtlichung – Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *F. Kübler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 289 ff.; *E. Benda*, Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, S. 751 f.; *F. Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2007, § 61, Rn. 54 ff.; § 100, Rn. 78 ff.; *R. Holtschneider*, Normenflut und Rechtsversagen, 1991; *D. Grimm*, Normenflut – eindämmbar?, in: *ders.*, Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen 2001, S. 151 ff.; *P. Kirchhof*, Das Gesetz der Hydra, 2006, S. 335 ff.; *A. von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 205 ff.; zur neueren Diskussion etwa *D. Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, S. 231 ff.; s. auch die Beiträge in: *I. Augsberg/S. Augsberg/L. Heidbrink* (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht: Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, 2020; am Beispiel des Verfassungsrechts jüngst *A. Nußberger*, Regieren: Staatliche Systeme im Umbruch, VVDStRL 81 (2021), S. 8 ff.
- 32 S. etwa *R. Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, 1980; *ders.* (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9, 1983; *O. Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, S. 116 f.
- 33 *S. H. Sinzheimer*, Die Zukunft der Arbeiterräte, 1919, abgedruckt in: *O. Khan-Freund/T. Ramm* (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, 1976, S. 351 ff.
- 34 *O. Kirchheimer*, Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, 1928, in: *ders.*, Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, 1976, S. 32 ff. (36 f.).
- 35 *G. Teubner*, »Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung« – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers, in: *M. Lutter/E. C. Stiefel/M. H. Stiefel* (Hrsg.), Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in Deutschland und den USA, 1993, S. 506 ff.

Dieser Ansatz hat sich jedoch offensichtlich geändert, wenn nicht sogar in sein Gegenteil verkehrt.³⁶ »Verrechtlichung« steht heute verbreitet synonym für die – quantitativ verstandene – »Gesetzesflut« oder den »Paragrafenrausch«.³⁷ Die Debatte hebt hierbei nicht selten einseitig auf die reine Anzahl von Gesetzen und Regulierungen ab. Empirisch lässt sich ein solcher »Paragrafenrausch« jedoch nur schwer nachweisen; die Anzahl der Gesetze allein sagt darüber hinaus über den Stand einer »Verrechtlichung« der Gesellschaft wenig aus.³⁸ Dies wäre nur der Fall, wenn sichergestellt wäre, dass alle Gesetze auch gleichmäßig implementiert werden. Zudem beziehen sich die entsprechenden Diskussionen in aller Regel auf die Aktivitäten des Bundesgesetzgebers. Statistisches Material zu den Landesgesetzgebern bzw. den lokalen Verordnungs- und Satzungsgebern ist dagegen kaum verfügbar. Es spricht aber vieles dafür, dass gerade auf den unteren Ebenen des Staatswesens das Gravitationszentrum einer quantitativ verstandenen »Verrechtlichung« liegt.³⁹ Letztlich ist die gesamte Debatte damit durch erhebliche Unschärfen bei der Begriffsbildung und hinsichtlich ihres empirischen Rückhalts gekennzeichnet.

In der Diskussion bündelt sich aber bisweilen auch die grundsätzlichere Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik⁴⁰ bzw. (noch) allgemeiner von Recht und »Lebenswelt« (*J. Habermas*). Dem Recht (bzw. dem Staat) wird hier nicht selten eine Okkupation der Lebenswelt, ihre »Kolonisierung« unterstellt⁴¹ oder ein »legislatorischer Patriarchalismus« attestiert (*O. Höffe*).⁴² Mitunter wird die »Juridifizierung« gar als noch umfassenderes Phänomen gesehen, etwa wenn von einem »Juridismus« in der Philosophie die Rede ist.⁴³

36 G. Teubner, Verrechtlichung – Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 289 ff. (290) bezeichnet die Verrechtlichung gar als eine »hässliche Sache«.

37 Dazu W. Kurzka, Im Paragrafenrausch: Überregulierung in Deutschland – Fakten, Ursachen, Auswege, 2005.

38 G. F. Schuppert, Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG Sonderheft 3, 2003, S. 5 ff. spricht insofern von einem »rituellen Beklagen der sog. Normenflut«; s. auch H. Schultze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 17 ff.

39 So auch R. Holtschneider, Normenflut und Rechtsversagen, 1991, S. 39.

40 D. Grimm, Politik und Recht, in: FS Benda, 1995, S. 91 ff.; s. auch D. Loick, Verrechtlichung und Politik, in: U. H. Bittlingmayer/A. Demirović/T. Freytag (Hrsg.), Handbuch kritische Theorie, 2019, S. 847 ff.

41 J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1982, Bd. 2, S. 524 ff.

42 O. Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, S. 116.

43 Dazu etwa E. Hörl, Römische Machenschaften. Heideggers Archäologie des Juridismus, in: C. Visemann/T. Weitin (Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, 2006, S. 236 ff.; s. auch D. Loick, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017; ders., Caesarisches Sehen. Heideggers über die Verrechtlichung der Wahrheit, Zeitschrift für philosophische Forschung, Heft 4 (2014), S. 495 ff.

Die Ursachen für diese Verrechtlichung sind vielschichtig. Innerhalb des Rechts sind etwa Prinzipien wie der – strikt gehandhabte – Gesetzesvorbehalt⁴⁴ bzw. die überragende Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für diese Entwicklung verantwortlich.⁴⁵ Hinzu kommt der Ansatz des Grundgesetzes, weite Teile des gesellschaftlichen Lebens mittels der Grundrechte unter Schutz zu stellen, womit immer auch ein Vordringen des Rechts in diese Bereiche notwendig wird.⁴⁶ Hinzu kommen Phänomene wie die Europäisierung und Internationalisierung des Rechts, die das nationale Recht unter Anpassungsdruck setzen.⁴⁷ Die Verrechtlichung auf diesen Ebenen bedingt also auch eine weitere Verrechtlichung auf der nationalen Ebene. Im Rahmen dieser Entwicklungen sind zudem »Verdichtungen« durch immer engmaschigere Regulierungen sowie ein Trend zur Spezialisierung zu beobachten.⁴⁸ Allerdings ist in diesen Zusammenhängen eine rein negative Konnotation der »Verrechtlichung« unangebracht. Verrechtlichung ist immer auch Ausdruck von einem gesellschaftlichen Bedarf nach Regulierung und verschafft Stabilität und Erwartungssicherheit.⁴⁹

Für die Dritte Gewalt bedeutet der vorerst ungebrochene Trend zur Verrechtlichung eine stetige Herausforderung, die in den letzten Jahren zahlreiche Debatten und Reformüberlegungen ausgelöst hat. Der Zusammenhang der Verrechtlichung zur Haftung der Dritten Gewalt liegt hierbei auf der Hand: Mitunter folgt schon aus der steigenden Anzahl von Gesetzen die Zunahme von Prozessen, was das Risiko von Fehlurteilen erhöht und damit auch das von (potenziellen) Haftungsfällen.⁵⁰ Hinzu tritt, was in diesem Kontext vielleicht noch wichtiger ist, die stetig zunehmende Komplexität des Rechts.

2. Europäische »Rechtsgemeinschaft«

Der Begriff der »Verrechtlichung« gewinnt zusätzlich im Kontext der europäischen Integration und darüber hinaus im Zusammenhang mit der

44 *J. Isensee*, Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, S. 139 ff. (140).

45 *A. von Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, S. 215 ff.

46 Dazu *J. Froese*, Vom Schutz personaler Identität durch das Recht zum Schutz personaler Identität vor dem Recht, in: I. Augsberg/S. Augsberg/L. Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht: Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, 2020, S. 61 ff. (63 f.).

47 *R.P. Schenke*, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 7, Rn. 21 ff.

48 *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 9, Rn. 98 ff.

49 Zum Ganzen auch *H. Zacher*, Verrechtlichung im Sozialrecht, in: FS Josef Stingl, 1984, S. 513 ff.

50 S. etwa *H.-J. Papier*, Staatliche Rechtsgewährung, DRiZ 2006, S. 261 (265 f.): »Wer Gesetze säht, wird Prozesse ernten.«

Forschung hinsichtlich einer »Global Governance« immer stärker an Konturen⁵¹ und ist gerade aus dieser Perspektive für den Wandel der Dritten Gewalt von großer Bedeutung. Die Europäische Union wird schon traditionell als »Rechtsgemeinschaft« charakterisiert.⁵² »Verrechtlichung« ist daher auch im Rahmen des Unionsrechts nicht ins Negative gewendet worden, sondern stand für die bewusste Abkehr von Strukturen eines politischen Verhandlungssystems hin zu einer »Rechtsordnung« bzw. »Rechtsgemeinschaft«.⁵³ In der europäischen Rechtsgemeinschaft sind die Akteure inklusive des Einzelnen rechtlich verpflichtet und berechtigt. Aus der spezifischen Anlage der EU folgt so auch die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Judikative, das Unionsrecht anzuwenden. Freilich ist gerade im Kontext des Unionsrechts die Rede von der »Normenflut« üblich, womit das Phänomen als eine Art gemeineuropäische Problemlage charakterisiert wird.⁵⁴

Doch abgesehen von der hohen Anzahl europäischer Regelungen ist eine Reihe von Problemen durch die komplizierte Verzahnung von nationalem Recht und Unionsrecht bedingt: Deutsche Gerichte trifft regelmäßig die Pflicht zur Anwendung des Unionsrechts und ggf. zur Kooperation mit dem EuGH, etwa im Falle des Vorlageverfahrens gem. Art. 267 EUV.⁵⁵ Darüber hinaus folgt aus der inzwischen obligatorischen Natur des Verfahrens vor dem EGMR, dass sich die deutsche Rechtsordnung dem Einfluss der EMRK nicht einfach entziehen kann, wie dies früher bei vielen internationalen Gerichtshöfen der Fall war.⁵⁶

Dieser Befund liefert starke Argumente dafür, das Phänomen der »Verrechtlichung« stärker mit qualitativen Aspekten in Verbindung zu bringen, weil durch das Unionsrecht auch erhebliche Umbauten im deutschen Pro-

51 M. Zürn/B. Zangl (Hrsg.), *Verrechtlichung – Baustein einer Global Governance*, 2004; F. Pfeil, *Global Verrechtlichung – Global Governance und die Konstitutionalisierung des internationalen Rechts*, 2011; R. Kreide/A. Niederberger (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung: nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, 2008; J. Neyer, *Postnationale politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, 2004.

52 Grundlegend W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, S. 31 ff.; s. auch M. Zuleeg, *Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, NJW 1994, S. 545 ff.; E.-J. Mestmäcker, *Die EU als Rechtsgemeinschaft*, in: P. Behrens/M. Kotzur/K. Lammers (Hrsg.), *Sechs Dekaden europäische Integration – eine Standortbestimmung*, 2015, S. 31 ff.; J. P. Terhechte, *Rechtsunion und Währungsunion*, in: *ders.*, *Europäische Verfassungsstudien*, 2020, S. 533 ff.

53 Dieses Verständnis des Begriffs der »Verrechtlichung« als »Herrschaft des Rechts« ist nicht nur auf das europäische Recht beschränkt, sondern spielt auch in den nationalen Debatten eine Rolle, s. C. Dipper, *Stationen der Verrechtlichung und Professionalisierung in Deutschland und Italieni*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert*, 2000, S. 13 ff. (14).

54 U. Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 336 ff.

55 Eingehend dazu J. P. Terhechte, *Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts*, EuR 2020, S. 569 ff.

56 G. Ress, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur*, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, 2007, S. 55 ff. (55 f.).

zessrecht determiniert sind.⁵⁷ Der Vertrag von Lissabon betont vor diesem Hintergrund ausdrücklich die »Integrationsverantwortung« der mitgliedstaatlichen Judikative. Sie ist etwa indirekt in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EUV angesprochen, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.⁵⁸ Hiermit ist zumindest ein unionsverfassungsrechtlicher Hinweis auf die Rolle der mitgliedstaatlichen Judikative im Integrationsprozess gegeben. Die konkreten Pflichten folgen unterdessen in verfahrensrechtlicher Hinsicht aus den entsprechenden Bestimmungen des Vertrages, etwa aus Art. 267 AEUV im Hinblick auf das Vorabentscheidungsverfahren bzw. in materiell-rechtlicher Hinsicht aus den allgemeinen Rechtsprinzipien des Unionsrechts.

Ob darüber hinaus auch die zunehmende Verrechtlichung der internationalen Beziehungen zu so weit reichenden Wandlungen der Dritten Gewalt führen wird, wie dies hinsichtlich des EU-Rechts der Fall ist, bleibt vorerst abzuwarten. Die inzwischen recht hohe Bedeutung der EMRK für die nationalen Gerichte erscheint als Spezifikum.⁵⁹ Dagegen sind Berührungspunkte zwischen der deutschen Justiz und dem allgemeinen Völkerrecht bis dato weniger häufig als im Falle des Unionsrechts, auch wenn es hier selbstredend im Detail häufig zu Problemen kommt.⁶⁰

57 So auch *T. Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl. 1999, S. 305, der in diesem Zusammenhang auf eine größere Regelungsdichte und Regelungstiefe des Rechts hinweist.

58 Dazu *J. Pernice*, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit – Zu den Bedingungen einer nachhaltigen Sicherung effektiven Rechtsschutzes im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 2011, S. 151 ff. (153 f.), der insoweit von einem »europäischen Justizverbund« spricht, s. auch *J. P. Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2009, S. 143 ff. (159).

59 Dazu *R. Kunz*, Richter über internationale Gerichte? Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen des EGMR und IAGMR, 2020, S. 91 ff.; früh dazu auch dazu *R. Bernhardt*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuGRZ, 1996, S. 339 ff.; *J. Meyer-Ladewig/H. Petzhold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, NJW 2005, S. 15 ff.; dazu auch BVerfG v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, BVerGE 128, 326– Sicherheitsverwahrung. Für anhaltende Diskussionen hat auch das Urteil des LG Frankfurt im Schadensersatzprozess im Fall Gäfgen gesorgt, s. LG Frankfurt/Main v. 04.08.2011 – 2-04 O 521/05, openJur 2011, 94498; allgemein auch *U. Heckötter*, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2007; *N. Schmalz*, Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention für die Bundesrepublik Deutschland, 2007; *F. Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006; *J. Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993.

60 Dazu nur *J. Klubbers*, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 323 ff.

3. Verrechtlichung und Arbeitsbelastung deutscher Gerichte

Folgt aus dem Phänomen der Verrechtlichung automatisch auch eine Zunahme von Gerichtsverfahren? Resultiert also aus der »Gesetzesflut« auch gleichsam eine »Prozessflut«, die die Wahrscheinlichkeit von »Fehlurteilen« bzw. Amtspflichtverletzungen innerhalb der Dritten Gewalt steigen lässt? Empirisch lässt sich ein solcher Trend jedenfalls für die deutsche Justiz nicht durchgängig belegen. Schon historisch kann von einer anhaltenden »Prozessflut« kaum gesprochen werden. Vielmehr hat es im Rechtssystem immer schon gewisse »Wellenbewegungen« gegeben, die in erster Linie mit den sozio-ökonomischen Bedingungen korrelierten.⁶¹

Darüber hinaus zeigt die deutsche Justizstatistik, dass die Zahl der neuen Klagen bzw. der erledigten Verfahren in vielen Bereichen (Zivilgerichtsbarkeit, Familiengerichte und Strafgerichte) rückläufig oder zumindest weitgehend stabil war bzw. ist.⁶² Diese Entwicklung lässt sich insbesondere anhand der Zahl neuer Verfahren bei den Eingangsinstanzen festmachen:

Neue Verfahren	2007	2012	2017	2021
Zivilgerichte (nur Amtsgericht)	1 272 658 (Zahl für 2008)	1 150 663	936 979	753 926
Zivilgerichte (nur Landgericht)	366 267 (Zahl für 2008)	355 623	307 718	330 219
Strafgerichte (nur Amtsgericht)	843 340	727 112	657 774	566 305
Strafgerichte (nur Landgericht)	14 120	13 890	13 323	13 909
Arbeitsgerichte	454 892	403 550	330 832	266 696
Verwaltungsgerichte	124 044	132 789	352 331	150 041 (Zahl für 2020)
Sozialgerichte	369 300 (Zahl für 2008)	395 566	342 767	280 953

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10

61 Eingehend dazu die Beiträge in E. Blankenburg (Hrsg.), Prozeßflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent, 1988; jüngst am Beispiel der Arbeitsgerichtsbarkeit G. Grotmann-Höfling, Ein Volk von Klägern?, RdA 2021, S. 129 ff.; eingehende Analyse der Erledigungszahlen auf der Grundlage des »Roland Rechtsreport 2019« bei S. J. Kasper/T. Kluger, Wirtschaftsmediation bei Gericht – Den Rechtsstreit wieder in die eigene Hand nehmen, SchiedsVZ 2021, S. 69 ff. (70 ff.).

62 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2019, S. 318 ff.; eingehend statistische Nachweise unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.htm (Letzter Aufruf: 26.03.2024); s. auch M. Kilian (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2021/2022, 2022.

Dieser Trend hat inzwischen zu Diskussionen über Reformen geführt, wobei die Perspektive interessant ist, dass etwa der Rückgang der Zivilprozesse als Problem wahrgenommen wird.⁶³ Hierbei scheinen nicht nur veränderte gesellschaftliche oder ökonomische Problemlagen für den Rückgang verantwortlich zu sein, sondern auch das Interesse an einer schnellen Konfliktlösung, das abnehmende Vertrauen von Rechtsschutzsuchenden in die Fähigkeit staatlicher Gerichte zu fairen Lösungen zu kommen, oder Kostenfaktoren.⁶⁴

Allerdings ist zu beachten, dass es immer wieder auch zu Ausschlägen in die andere Richtung kommen kann, wie etwa die Zahlen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kontext der sog. »Flüchtlingskrise« ab 2015 zeigen, die zu einer stark gestiegenen Bedeutung von Klagen im Asyl- und Flüchtlingsrecht in den Jahren 2016 und 2017 geführt hat.⁶⁵

Auch in der Sozialgerichtsbarkeit lassen sich solche Wellenbewegungen feststellen, die meist mit Änderungen des Sozialrechts (Stichwort: »Hartz-IV-Klagen«) einhergehen. So stieg etwa die Zahl der bei den Sozialgerichten eingereichten Klagen von 308.160 im Jahre 2005 auf insgesamt 387.791 im Jahre 2009.⁶⁶ Hierbei waren Klagen auf der Grundlage des SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende) stark überdurchschnittlich von 38.960 auf 151.674 angestiegen. Im Jahre 2020 sind dagegen 309.650 neue Klagen bei den Sozialgerichten eingegangen, sodass sich die Zahl wieder ungefähr auf den Stand von 2005 eingependelt. Schon hier zeigt sich, dass neue Gesetze bzw. Reformen, politische Entwicklungen und ökonomische Bedingungen einen starken Einfluss auf die Arbeitsbelastung der Gerichte haben und nicht selten zu einer »Wellenbewegung« führen.

Dies hat sich auch im Zuge des sog. »Diesel-Skandals« gezeigt, in dessen Rahmen einige Landgerichte mit einer sehr hohen Zahl von Schadenersatzklagen konfrontiert waren. So verzeichnete das Landgericht Stuttgart im Jahre 2021 über 8.500 solcher Klagen. Hier ist zum Teil von einer »Klageindustrie« (gemeint sind spezialisierte Anwaltskanzleien) die Rede, die die Dritte

63 Dazu G.-P. Calliess, Verhandlungen des 70 DJT, Bd. 1: Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, 2014; B. Hitz, Die Zukunft des Zivilprozesses, NJW 2014, S. 2529 ff.; C. Wolf, Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung – Wandel der Streitkultur in Zahlen, NJW 2015, S. 1656 ff.; A. Höland/C. Meller-Hannich (Hrsg.), Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz, 2016; M. Dudek, Rückgang der Fallzahlen – Änderung der Konfliktkultur, JZ 2020, S. 884 ff.; zu den Ursachen auch M. Kilian, Rückläufige Eingangszahlen in der Justiz, AnwBl 2022, S. 418 ff.

64 M. Kilian, Rückläufige Eingangszahlen in der Justiz, AnwBl. 2022, S. 418 ff. (419).

65 So stieg die Zahl neuer Verfahren im Asyl- und Flüchtlingsrecht von ca. 45.000 im Jahre 2015 auf 173.000 in 2016 auf 365.000 in 2017; eingehende Auseinandersetzung mit der Problematik in BVerfG v. 22.03.2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69 – Richter auf Zeit.

66 Statistisches Bundesamt, Neues Fachserienheft 10, Reihe 2.7, »Sozialgerichte 2020«.

Gewalt durch zahlreiche Klagen bzw. Verfahren zu überfordern drohten.⁶⁷ Daher hat der Bundesgerichtshof 2021 einen Hilfssenat (vgl. § 21e Abs. 3 GVG) nur für diese Fälle eingerichtet (VIA. Zivilsenat).⁶⁸ Der Gesetzgeber hat hierauf u. a. mit der Einführung der Musterfeststellungsklage gem. §§ 606 ff. ZPO reagiert.⁶⁹ Ähnliche Entwicklungen sind auch rund um den sog. »Wirecard-Skandal« oder die Straf- und Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit »EnchroChat« zu verzeichnen.⁷⁰

Indes ist bei einer genauen Betrachtung der jeweiligen Zahlen auch zu erkennen, dass in allen Gerichtszweigen in den Jahren, in denen mehr Klagen eingegangen sind, die Erledigungszahlen gleichfalls gestiegen sind. Das deutsche Justizsystem ist offenbar sehr wohl in der Lage, gewisse Schwankungen im Klageaufkommen zu verarbeiten. Wie also der Befund der »Normenflut« pauschal betrachtet nicht trägt, kann dies für die »Prozessflut« noch viel weniger gelten.⁷¹

Dies wirkt kontraintuitiv, sodass eine nähere Analyse der Ursachen, warum die Zahl der Prozesse im Ganzen nicht steigt, sondern gegenwärtig gar rückläufig ist, angezeigt ist: Betrachtet man die Entwicklung des Prozessrechts in den letzten Jahren, so fällt auf, dass zwar in einigen Bereichen die klagefähigen Rechtspositionen des Einzelnen erweitert, dafür aber auch in anderen Bereichen zusätzliche Hürden für den Rechtsschutz errichtet wurden. Als Beispiele hierfür seien nur die stetigen Modifikationen des Rechts der Berufungs- und Revisionszulassung,⁷² die Wirkung von sog. Musterverfahren oder allgemein die Kosten für die Inanspruchnahme der Justiz

67 Kritisch dazu *M. Heese*, Klageindustrie?, NJW-Editorial, 25.2.2021: »Übertreibungen und Fehlentwicklungen lassen sich auf beiden Seiten nicht von der Hand weisen. Ihnen zu begegnen ist aber die Aufgabe des Berufsrechts (vgl. §§ 43, 43b BRAO). Und wer dann noch eine ‚Industrie‘ am Werke sieht, der diskreditiert nicht nur ein legitimes Ersuchen um Rechtsschutz, sondern verwechselt Ursache und Wirkung: Die massenhaft gleichgelagerten Einzelklagen führen gegenwärtig nur deshalb zu einer Verschwendug staatlicher Ressourcen, weil der Gesetzgeber bei der Digitalisierung der Justiz hinterherhinkt und sich fortgesetzt gegen effektiven kollektiven Rechtsschutz sperrt.« S. auch *P. Steinert*, Der deutsche Diesel unter Generalverdacht – ein Sachstandsbericht zum Abgasskandal, SVR 2021, S. 41 ff. (44); *S. Riesner*, Sisyphusaufgabe: Vereinbarkeit von effektivem kollektiven Verbraucherschutz mit der Vermeidung einer Klageindustrie?, ZIP 2019, S. 1507ff.

68 Diesem Hilfssenat sind einzig zugewiesen: »Rechtsstreitigkeiten über Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen, die den Vorwurf einer unzulässigen Abschalteinrichtung bei einem Kraftfahrzeug mit Dieselmotor zum Gegenstand haben.«

69 Dazu *M. Heese*, Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal – Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne, JZ 2019, S. 429 ff.

70 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/diesel-wirecard-encrochat-deutsche-justiz-am-limit> (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

71 Zum Ganzen bereits *T. Raiser*, Rechtssoziologie, 1987, S. 167 ff.; zurückhaltend auch *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 550 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, ZRP 1997, S. 190 ff.

72 Dazu etwa *J. Wenzel*, Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, NJW 2002, S. 3353 ff.; *A. Piekenbrock/G. Schulze*, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, S. 911 ff.

genannt.⁷³ Hinzu kommt, dass alternative Formen der Streitbeilegung an Bedeutung gewinnen.

4. Komplexität von Gerichtsverfahren

Es spricht insofern viel dafür, dass insbesondere die zunehmende Komplexität von Gerichtsverfahren eine hohe Bedeutung für die Haftung der Dritten Gewalt aufweist, denn neue und komplizierte Verfahren sind häufig lange und ggf. auch fehleranfällige Verfahren.⁷⁴ Die gestiegene Komplexität der Verfahren korrespondiert hierbei mit der gestiegenen Komplexität der Lebenssachverhalte bzw. des materiellen Rechts.⁷⁵ Das Phänomen der Komplexität hat hierbei verschiedene Stoßrichtungen: Es kann sich auf die inhaltliche Dichte von Regulierungen/Gesetzen beziehen⁷⁶ oder auf die Verkupplungen und Verbindungen verschiedener Regulierungen/Gesetze, die »komplexe Normenflechte« entstehen lassen (so etwa im Steuer- und Umweltrecht). Unklare oder überlange und in sich widersprüchliche Gesetze sowie ständige Gesetzesreformen (auch im Gerichtsverfahrens- und Prozessrecht) tragen hierzu ebenso bei wie veränderte Leitbilder und Schlüsselbegriffe, neue Ziele und Werte, die es Gerichten letztlich schwer machen, eine einheitliche Linie zu verfolgen. Hinzu treten neue Rechtsgebiete und Problemlagen (Stichwort: Digitalisierung), die häufig auch zu neuen Mitteln der Rechtsdurchsetzung führen bzw. das Verfahren stark verändern. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an das Verbraucherrecht, das neue Wege seiner verfahrensmäßigen Durchsetzung mit sich gebracht hat.⁷⁷ Viele dieser Entwicklungen sind zudem auf den Einfluss des Europa- und Völkerrechts zurückzuführen, so dass das Problem der komplexen Normenflechte häufig Ebenen übergreifende Dimensionen aufweist.⁷⁸ Ein besonders plastisches Bei-

73 In diesem Zusammenhang ist die Diskussion, ob Rechtsschutzversicherungen zu einem erhöhten »Klaeaukommen« führen, interessant, was sich aber empirisch nicht belegen lässt. Tatsächlich scheinen gerade bei komplexen Streitigkeiten die Rechtsschutzversicherer ein Bremsfaktor zu sein, s. dazu *T. Horacek*, Die Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 2021, S. 165 ff.

74 Dazu etwa *J. Niemz*, Komplexitätsbewältigung in Großverfahren des Wirtschaftsstrafrechts, 2020, S. 53 ff.; in diese Richtung auch *W. Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, *JZ* 1999, S. 421 ff. (421): »Noch wichtiger aber scheint die qualitative Überforderung zu sein. Mit der gewachsenen Verrechtlichung steigt regelhaft auch die Komplexität der gerichtsförmig zu bewältigenden Streitigkeiten.«

75 Dazu am Beispiel des Umweltrechts *M. Zollner*, Komplexität und Recht, 2014; s. auch *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 287; *P. M. Huber*, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), *GG Kommentar*, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Abs. 4, Rn. 387 ff.

76 *E. Toufghi*, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, *Der Staat* 1/2009, S. 29 ff. (33 ff.).

77 Eingehend dazu etwa *M. Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016.

78 Dazu *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015.

spiel für dieses Problem ist die Rechtsprechung des EGMR zu überlangen Gerichtsverfahren in den Konventionsstaaten (dazu § 8 C. III.).

Die Problematik der steigenden Komplexität des Rechts wird schon lange diskutiert. Dies gilt auch für Strategien, wie diese Komplexität reduziert werden könnte.⁷⁹ Interessanterweise scheinen aber gerade Reformen des Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrechts das Ziel der Vereinfachung oder »Komplexitätsreduktion« nur selten zu erreichen.⁸⁰ Ähnliches gilt auch für Versuche, »Komplexitätsbremsen« oder die Folgenabschätzung für neue Gesetz zu institutionalisieren, wie z. B. Normenkontrollräte.⁸¹ Einstweilen sieht es daher so aus, als müsse man sich mit der Entwicklung abfinden.

Neuere Entwicklungen weisen allerdings darauf hin, dass künftig die staatlichen Gerichte im Zuge eines Wandels der Streitkultur ausschließlich (oder zumindest verstärkt) für komplexere Streitigkeiten angerufen werden, während vermeintlich einfach gelagerte Fälle z. B. durch sog. »smart contracts«⁸² erst gar nicht mehr zu Rechtsstreitigkeiten führen.⁸³ Eine ähnliche Entwicklung ist für den Bereich der Verbrauchermediation zu beobachten.⁸⁴ Hier drückt sich womöglich auch ein Wandel der Streitkultur aus, der dazu führt, dass nur noch »große« Streitigkeiten bei den Gerichten landen, während für viele Alltagsstreitigkeiten neue Konfliktlösungsmechanismen geschaffen werden, die das Beschreiten des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten verhindern sollen.

III. Rolle der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantien

1. Rechtsschutzgarantie als Motor des Richterstaats?

Aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts spielen für den Wandel der Dritten Gewalt die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG für Akte der öffentlichen Gewalt und der allgemeine Justizgewährungsanspruch, der aus dem

79 Dazu N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 287 f.: »Deutlich erkennbar ist mit hin, und gerade die Evolution des Rechtssystems kann hier als Beleg dienen, die ungewollt ausgelöste Entstehung höherer Komplexität, und das Resultat ist vor allem, daß man im Recht selbst über Komplexität zu klagen und nach Abhilfen zu suchen beginnt. Die Evolution beginnt, auf ihr eigenes Resultat zu reagieren«.

80 H. Roth, Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsanspruches im Zivilprozess?, ZfPW 2020, S. 402 ff. mit Verweis auf R. Greger, Realität und Reform des Zivilprozesses im Spiegel der Justiz-Statistik, ZZP 131 (2018), S. 317 ff. (351).

81 Dazu etwa R. Notbohm, Wirkungen und Grenzen von Institutionen exekutiver Folgenabschätzungs-kontrolle – Nationaler Normenkontrollrat und Ausschuss für Regulierungskontrollen im Vergleich, 2019.

82 M. Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von smart contracts, NJW 2018, S. 504 ff.

83 M. Dudek, Rückgang der Fallzahlen – Änderung der Konfliktkultur, JZ 2020, S. 884 ff.

84 H. Roth, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, JZ 2013, S. 637 ff.

Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird, eine zentrale Rolle. Insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG wird als verfassungsrechtliche »Strukturentscheidung zugunsten des subjektiven Rechtsschutzes« gesehen.⁸⁵ Indem das Grundgesetz für alle Verletzungen der öffentlichen Gewalt den Rechtsweg garantiert und damit den Individualrechtsschutz besonders akzentuiert, ist zugleich gesichert, dass Wandlungen und Veränderungen des Rechtssystems zumindest im Bereich des Öffentlichen Rechts früher oder später auch für die Dritte Gewalt relevant werden. Art. 19 Abs. 4 GG sichert so die Einspeisung von rechtlichen Neuerungen, die durch die Verwaltung zu vollziehen sind, in die Kontrollfunktion der Gerichte.⁸⁶

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hat seit jeher in der Rechtswissenschaft gemischte Gefühle ausgelöst. Feierten die einen die Rechtsweggarantie in inzwischen bekannten Wendungen als zentrales Moment des Rechtsstaats, als seine »Krönung«⁸⁷ oder als »Schlussstein in seinem Gewölbe«⁸⁸, wird auf der anderen Seite Art. 19 Abs. 4 GG nicht selten für die behauptete Mutation des Verfassungsstaats zum »Jurisdiktions- oder Justizstaat« verantwortlich gemacht,⁸⁹ in dem mitunter das »politisch Gewollte« vom »richterlichen Erlaubten« abhänge.⁹⁰ Hinsichtlich des zu beobachtenden Wandels der Dritten Gewalt folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG (bzw. dem Justizgewährungsanspruch) zudem, dass die Dritte Gewalt sich diesem Wandel schon verfassungsrechtlich nicht entziehen kann, sondern dass, soweit der Staat klagefähige Rechtspositionen des Bürgers gegen Akte der öffentlichen Gewalt schafft, diese auch effektiv und zeitnah vor den Gerichten einforderbar sein müssen. Der allgemeine Justizgewährungsanspruch erstreckt diesen Effekt auf nahezu alle Bereiche des Rechts, insbesondere auch auf Neuerungen im Privatrecht.

Allerdings erschwert die »subjektive Ausrichtung« des GG in manchen Konstellationen eine konsequente Anwendung des europäischen Unionsrechts, das in den letzten Jahren ein Motor für die Etablierung von Verbandsklagerechten etc. war. Weil die europäische Rechtsschutzkonzeption

85 C. Ernst, in: von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 19, Rn. 98; E. Schmidt-Aßmann, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 19 IV, Rn. 8; P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Abs. 4, Rn. 394 ff.

86 Dazu U. Ramsauer, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 2019, S. 157 ff. (158 ff.).

87 G. Ebers, Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich in: FS W. Laforet, 1952, S. 269 ff. (271).

88 R. Thoma, in: H. Wandersleb/ E. Traumann (Hrsg.), Recht – Staat – Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 9.

89 S. F. Ossenbühl, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 6, der insoweit von »judikativem Totalitarismus« spricht.

90 Zu dieser Diskussion etwa K. Sloboda, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 203 ff.; P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Abs. 4 Rn. 387 ff.

nicht zwingend auf die Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte abstellt, fällt es deutschen Gerichten mitunter schwer, objektiv gelagerte Rechtsschutzkonzeptionen in das deutsche System »einzupassen«. Die Frage, wie das Unionsrecht hierauf reagiert, ist in den letzten Jahren rege diskutiert worden.

2. Kein Rechtsschutz gegen den Richter

Dies leitet zu der aus der Perspektive der Haftung der Dritten Gewalt wichtigen Frage über, ob Art. 19 Abs. 4 GG auch gegen Akte der rechtsprechenden Gewalt Rechtsschutz garantiert. Wäre dies so, so könnte dem Verfassungsrecht zumindest eine Präferenz für den primären Rechtsschutz entnommen werden, die dem sekundären Rechtsschutz letztlich eine Auffangfunktion zuweist. Die Thematik ist in den letzten Jahren unter dem Schlagwort »Rechtsschutz gegen den Richter« rege diskutiert worden.⁹¹ Das BVerfG hat in dieser Frage seit jeher an der Linie festgehalten, dass Art. 19 Abs. 4 GG nicht Rechtsschutz gegen, sondern durch den Richter garantiere, aus der Vorschrift also gewissermaßen keine verfassungsrechtliche Pflicht zum Vorhalten einer zweiten Instanz gefolgt werden könne, was auch für den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gelte.⁹²

Dieser Ansatz ist kritisiert worden, zumal das BVerfG zumindest bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) aus dem Justizgewährungsanspruch (nicht aber aus Art. 19 Abs. 4 GG) durchaus einen Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter für verfassungsmäßig geboten hält.⁹³ Dieser »dogmatische Eiertanz« (A. Voßkuhle)⁹⁴ ist nicht gerade überzeugend.⁹⁵ Weder aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien⁹⁶ noch aus der Formulierung des Art. 19 Abs. 4 GG⁹⁷ lässt sich nämlich schließen, dass die Dritte Gewalt pauschal von seinem Anwendungsbereich ausgenommen sein soll, d. h. sie zwar unstreitig »öffentliche Gewalt« verkörpere, aber keine »öffentliche Gewalt« im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sei.

91 Grundlegend A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

92 Ständige Rspr. s. BVerfG v. 05.02.1963 – 2 BvR 21/60, BVerfGE 15, 275 (280) – Rechtsweg; BVerfG v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, BVerfGE 49, 329 (340); BVerfG v. 16.06.1987 – 1 BvR 1113/86, BVerfGE 76, 93 (98) – Recht auf den gesetzlichen Richter; die markante Formulierung geht auf die Erstbearbeitung von G. Dürig, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 19 Abs. 4, Rn. 17 zurück.

93 BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 – Rechtsschutz gegen den Richter I.

94 A. Voßkuhle, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung gewährt Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, S. 2193 ff. (2196).

95 Kritisch auch P. M. Huber, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Abs. 4, Rn. 482 ff.

96 A. Voßkuhle, Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung gewährt Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, S. 2193 ff. (2196).

97 Ebenda.

Die Frage nach einem Rechtsschutz gegen den Richter ist insbesondere deshalb wichtig, weil der Gesetzgeber in den letzten Dekaden vermehrt dazu übergegangen ist, das Rechtsmittelrecht auszudünnen, und in vielen Fällen »Rechtsschutz gegen den Richter« an zulassungsbedürftige Rechtsmittel geknüpft hat. Soweit aber eine solche Zulassung endgültig nicht erfolgt, ist der Rechtssuchende gerade auf sekundären Rechtsschutz angewiesen. Eine Haftung der Dritten Gewalt wird so zu seiner letzten Möglichkeit.⁹⁸ Solange aber das BVerfG hier nicht eindeutig Farbe bekennt und diesen Rechtsschutz nur für den Fall eröffnet, dass fundamentale Verfahrensrechte verletzt werden, bleiben noch zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen es aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips gerade auf den sekundären Rechtsschutz ankommt. Dies muss umso mehr gelten, weil das Berufungs- und Revisionszulassungsrecht bis heute die europäischen und z. T. internationalen Impulse nicht ausreichend verarbeitet.⁹⁹ Jedenfalls kann momentan (noch) keine Rede davon sein, dass das BVerfG mit dem Dogma, die Verfassung gewähre keinen Rechtsschutz gegen den Richter, gebrochen hat. Vielmehr ist die Situation nur noch unübersichtlicher geworden.

IV. Ausweitung klagefähiger Rechtspositionen

Die steigende Komplexität der Sachverhalte und des Rechts, mit denen sich deutsche Gerichte konfrontiert sehen, hängt insbesondere auch damit zusammen, dass das Unionsrecht – z. T. aber auch das nationale Recht – sukzessive für die Ausweitung neuer, klagefähiger Rechtspositionen des Einzelnen gesorgt hat.¹⁰⁰

Beispielhaft kann dies etwa an dem Einfluss des europäischen Umweltrechts auf das nationale Recht festgemacht werden.¹⁰¹ Hier hat das Umweltinformationsgesetz zu einem einklagbaren Umweltinformationsanspruch des Einzelnen, »ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen«, geführt (§ 3 UIG), wie auch das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine breite und ggf. einklagbare Beteiligung der Öffentlichkeit fordert (s. § 9 UVPG).

98 Diese Problematik hat das BVerfG selbst erkannt, s. BVerfG v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 (9 f.) – Insolvenzverwalter.

99 S. dazu etwa *J. P. Terhechte*, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf dem Prüfstand des Unionsrechts, EuR 2008, S. 567 ff.

100 *P. M. Huber*, in: ders./A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 Abs. 4, Rn. 387 spricht insoweit von »einer explosionsartigen Vermehrung subjektiv-öffentlicher Rechte«; s. auch *A. Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 307 ff.

101 S. dazu *F. Schoch*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, S. 457 ff.; *J. Berkemann*, in: ders./G. Halama (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EG, 2. Aufl. 2011, Rn. 99 ff.

Überhaupt hat das unionsrechtliche Prinzip der Aktenöffentlichkeit (Art. 15 AEUV, z. T. ex-Art. 255 EGV) großen Einfluss auf die Gestaltung der Rechtslage in Deutschland gehabt.¹⁰² In diesen Kontext gehören auch das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG)¹⁰³ bzw. diverse Informationsfreiheitsgesetze der Länder.¹⁰⁴

Darüber hinaus hat etwa die Århus-Konvention¹⁰⁵ dazu geführt, dass das Thema der Verbandsklagerechte auch im Öffentlichen Recht an Bedeutung gewonnen hat (s. § 2 UmwRG), auch wenn die Umsetzung der entsprechenden Vorgaben zahlreiche Diskussionen ausgelöst hat.¹⁰⁶ Zuvor war das Thema des »überindividuellen Rechtsschutzes« im Öffentlichen Recht schon am Beispiel der naturschutzrechtlichen Verbandsklage (zunächst § 62 BNatSchG, heute § 64 BNatSchG) festgemacht worden.¹⁰⁷ Aktuell wird die Einführung einer tierschutzrechtlichen Verbandsklage auf Landesebene diskutiert.¹⁰⁸

Doch auch jenseits des Informationsfreiheits- und Umweltrechts lässt sich eine Tendenz erkennen, klagefähige Rechtspositionen zu schaffen bzw. auszubauen. Zu denken ist etwa an zahlreiche neue Möglichkeiten für Verbraucherklagen und Verbandsklagerechte.¹⁰⁹ Hier ist auf das Instrument der Muster- und Massenklage (bspw. nach dem KapMuG oder die Musterfeststel-

102 S. dazu *D. R. Klein*, Umweltinformation im Völker- und Europarecht, 2011, S. 21 ff.

103 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz) v. 05.09.2005 (BGBl. I S. 2722), zuletzt geändert am 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328).

104 Auch eine Reihe von Bundesländern haben entsprechende Gesetze erlassen, s. etwa Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen – IFG NRW) v. 27.11.2001, GV. NRW. S. 806, zuletzt geändert am 17.05.2018, GV. NRW S. 244, ber. S. 404; Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 15.10.1999 (GVBl. S. 561), zuletzt geändert am 11.07.2006 (GVBl. S. 561); Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen (Bremer Informationsfreiheitsgesetz – BremIFG) v. 16.05.2006 (Brem.GBl. S. 263), zuletzt geändert am 05.03.2019 (Brem.GBl. S. 55); ausführlich dazu etwa *F. Schoch*, Informationsfreiheitsgesetz: IFG – Kommentar, 2. Aufl. 2016, Anhang I.

105 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v. 25.07.1998 (ABL 2005 L 124, S. 4) (BGBl. 2006 II S. 1251), Celex-Nr. 2 2005 A 0517 (01), zuletzt geändert durch Änderungsübereinkommen v. 27.05.2005 (BGBl. 2009 II S. 794).

106 Zur Entwicklung s. etwa *A. Schwerfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts, 2010; s. auch *C. Franzius*, Genügt die Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes den unionsrechtlichen Vorgaben?, NVwZ 2018, S. 219 ff.

107 Zur naturschutzrechtlichen Verbandsklage s. etwa *L. Radespiel*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage, 2008; *A. Schmidt/C. Schrader/M. Zschiesche*, Die Verbandsklage im Umwelt- und Naturschutzrecht, 2014; *A. Schmidt/M. Zschiesche/M. Rosenbaum*, Die naturschutzrechtliche Verbandsklage in Deutschland, 2004; *K. V. Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 418 ff.; zu den Hintergründen und rechtsvergleichend, *H.-J. Koch*, Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2007, S. 369 ff.

108 Dazu *A. Fertig*, Die tierschutzrechtliche Verbandsklage, 2021.

109 Eingehend dazu *S. Schläcke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, S. 102 ff. und S. 161 ff.; *K. V. Glüding*, Kollektiver und überindividueller Rechtschutz im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, 2020, S. 373 ff.

lungsklage gem. §§ 606 ff. ZPO) zu verweisen.¹¹⁰ Eine ähnliche Tendenz ist auch im Sozialrecht zu beobachten (s. etwa § 13 BGG, § 63 SGV IX). Hinzu kommt die Ausweitung von Schadensersatzansprüchen (s. etwa § 33 GWB) oder die zentrale Rolle, die Grundrechts- und Menschenrechtsverbürgungen, insbesondere das im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz durchscheinende unionsrechtliche Diskriminierungsverbot, inzwischen spielen.¹¹¹ Angesichts dieser Entwicklung sind zentrale Bausteine der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik, etwa die sog. Schutznormtheorie und allgemeiner die Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, nicht frei von Erosionstendenzen.¹¹²

Aus der Justizstatistik kann zwar nicht gefolgert werden, dass die Zuerkennung derartiger Rechtspositionen zwangsläufig zu einer enormen Steigerung der Anzahl der Klageverfahren insgesamt führt – obwohl zumindest ein gewisser Anstieg hiermit verbunden sein dürfte –, die von den Gerichten zu entscheidenden Fällen werden aber zunehmend komplexer. Die Judikative ist nicht selten gezwungen, Neuland zu betreten, zumal oft auch die Wertungen des Unionsrechts Berücksichtigung finden müssen. Ein gutes Beispiel ist etwa der Streit um die sog. altruistische Verbandsklage, bei dem es um die Frage ging, ob Naturschutzverbände nach der Maßgabe des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz¹¹³ auch jenseits eines subjektiv-öffentlichen Rechts klagebefugt sind.¹¹⁴ Endgültige Klarheit über die hiermit verbundenen komplexen Fragen konnte erst ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH bringen.¹¹⁵ Ein weiteres gutes Beispiel für die stetige »Subjektivierung« des Unionsrechts ist auch die bewusste Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, die vom EuGH mit mehreren Urteilen forciert wurde.¹¹⁶

110 M. Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, S. 170 ff.

111 S. dazu J.-H. Bauer/S. Krieger/J. Günther, in: dies. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgeltransportsgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 24 ff. und Rn. 31 ff.

112 S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, S. 368 ff.; T. v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 364 ff.; S. Schlaake, Über-individueller Rechtsschutz, 2008, S. 1 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 18 ff.; C. Franzius, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts. Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, UPR 2016, S. 281 ff.; U. Ramsauer, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 2019, S. 157 ff.

113 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.08.2017 (BGBl. I S. 3290), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes v. 25.02.2021 (BGBl. I S. 306) geändert worden ist.

114 Dagegen etwa OVG Lüneburg v. 07.07.2008 – 1 ME 131/08, NVwZ 2008, 1144.

115 EuGH v. 12.05.2011, Rs. C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289, Slg. 2011, I-03673 – Trianel; EuGH v. 07.11.2013, Rs. C-72/12, ECLI:EU:C:2013:712 – Altrip; EuGH v. 15.10.2015, Rs. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 – Kommission/Deutschland; zur Entwicklung s. etwa J. Berkemann, Querelle d'Allemand. Deutschland verliert die dritte Runde vor dem EuGH, DVBl. 2016, S. 205 ff.

116 EuGH v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297 – Courage; EuGH v. 13.07.2006, verb. Rsen C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Slg. 2006, I-6619 – Manfredi, s. dazu auch M. Gebauer/A. Staudinger, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008, § 7 Rn., 10 ff.; J. Basedow/J. P. Terhechte/L. Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, 2011; F. Wollenschläger/W. Wurmnest/T. M. J. Möllers

D. Neue Verfahren und Aufgaben

Der zu beobachtende Wandel der Dritten Gewalt betrifft auch ihre Aufgaben und Verfahren. Zwar überträgt das Grundgesetz ausdrücklich »nur« die rechtsprechende Gewalt auf die Richter (Art. 92 GG), womit zunächst die Entscheidung von rechtlichen Streitigkeiten gemeint ist. Gleichwohl hat sich das Entscheidungs- und Aufgabenspektrum der Dritten Gewalt über die Jahre weiterentwickelt. Gerichtsverfahren, die nach mündlicher Verhandlung mit einem Urteil enden, sind zwar immer noch von großer Bedeutung, daneben steigt aber die Bedeutung weiterer Verfahrensarten, wie z. B. die Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Diese Entwicklung ist für die Haftung der Dritten Gewalt schon deshalb bedeutsam, weil Verfahren des einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutzes nicht durch ein Urteil, sondern durch Beschluss abgeschlossen werden. Es ist aber stark umstritten, ob § 839 Abs. 2 BGB überhaupt auf Beschlüsse anwendbar ist.¹¹⁷ Hinzu kommen der Siegeszug neuartiger Verfahren (z. B. sog. Massenverfahren), neuer Aufgaben (z. B. die Mediation mit weitgehend ungeklärten Haftungsfolgen) und schließlich die Frage, welche Rolle das für die Judikative immer wichtige »Expertenwissen« spielt.

I. Die gestiegene Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes

Schon aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt, dass »Rechtsschutz« im deutschen Recht nicht immer nachträglich gewährleisteter Rechtsschutz bedeutet.¹¹⁸ Um der Garantie effektiven Rechtsschutzes zu entsprechen, kann dem Bürger nicht zugemutet werden, abzuwarten, bis die Verwaltung womöglich vollendete Tatsachen schafft, sondern es muss stets die Möglichkeit bestehen, einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutz zu erhalten.¹¹⁹ Die entsprechenden Ausgestaltungen des vorläufigen Rechtsschutzes in den öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen (§§ 80, 80a, 123 VwGO, § 361 AO, §§ 69, 114 FGO, §§ 86,

(Hrsg.), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward*, 2020.

117 Dazu § 8 B III. 4.

118 Grundlegend dazu etwa *D. Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971; für das Verwaltungsprozessrecht s. etwa *J. Nolte*, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2015, S. 141 ff.; rechtsvergleichend *S. Kofmel Ehrenzeller*, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, 2005; *W. Cuno*, Einstweiliger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte in Frankreich und Deutschland, 2015.

119 Dazu eingehend *W.-D. Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993; *F. Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988; *S. Kofmel Ehrenzeller*, Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, 2005; *K. Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009.

397 SGG) sind damit als unmittelbarer Ausfluss der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu begreifen.¹²⁰ Freilich bezieht sich Art. 19 Abs. 4 GG zunächst nur auf Akte der öffentlichen Gewalt. Aus der Überformung der Garantie effektiven Rechtsschutzes durch das Rechtsstaatsprinzip folgt aber auch, dass vorläufiger Rechtsschutz nicht nur auf diese Konstellation beschränkt sein darf, sondern dass

»immer dann, wenn der gerichtliche Rechtsschutz so spät kommt, daß das in Anspruch genommene Recht wegen seiner Zeitgebundenheit nicht mehr durchgesetzt werden kann oder daß der Gläubiger allein aufgrund der zeitlichen Verspätung jedenfalls einen Schaden erleidet«¹²¹,

eine Rechtsschutzlücke entsteht, die vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips durch die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu schließen ist.¹²² Insoweit muss es auch im zivilgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit geben, vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen. Die entsprechenden Vorschriften der ZPO (§§ 935, 940 ZPO) sind zwar älter als das Grundgesetz, sie sind aber gleichwohl an den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu messen.¹²³

Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes stellt die Justiz regelmäßig vor besondere Herausforderungen. Aufgrund des immer mitschwingenden Zeitmoments ist im einstweiligen Rechtsschutz – mehr noch als im regulären Gerichtsverfahren – die Frage nach der Verteilung des »Fehlentscheidungsrisikos« nicht nur aus der Warte der Parteien,¹²⁴ sondern insbesondere auch aus der der Justiz von besonderem Interesse. Freilich darf der »Faktor Zeit« hier nicht überbewertet werden, denn auch im einstweiligen Rechtsschutz hängt es regelmäßig vom konkreten Fall und jeweiligen Rechtsgebiet ab, wie sehr sich die Zeitlinien verdichten.¹²⁵ Stellt man dagegen die (häufig keineswegs verminderte) Komplexität der Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz in Rechnung, so stellt sich das Grundproblem vollkommen anders dar. Es geht mehr um den Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes als sog. »summarisches Verfahren«, das immer größere Schwierigkeiten hat,

120 S. nur BVerfG v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, BVerfGE 35, 263 (274) – Behördliches Beschwerderecht; *A. Püttler*, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), *VwGO Kommentar*, 5. Aufl. 2018, § 80, Rn. 7.

121 W.-D. Walker, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993, S. 46.

122 BVerfG v. 11.02.1987 – 1 BvR 475/85, BVerfGE 74, 228 (233); BVerfG v. 16.01.1980 – 1 BvR 127/78, 1 BvR 679/78, BVerfGE 53, 115 (127).

123 W.-D. Walker, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993, S. 46 f.

124 Bei dieser Frage setzt die rechtswissenschaftliche Forschung hinsichtlich des vorläufigen Rechtsschutzes an, s. zur entsprechenden Risikoverteilung schon F. Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, S. 1413 ff.

125 Ebenda, 1988, S. 1312 ff.

komplexe Sachverhalte in tatsächlich ausreichender Weise zu würdigen.¹²⁶ Ein Hauptproblem liegt strukturell darin, dass der Eilrechtsschutz zunehmend die Hauptsacheverfahren verdrängt, die »interimistische Befriedungsfunktion« damit immer mehr zu einer endgültigen Beilegung des Rechtsstreits mutiert.¹²⁷

Zudem wird im Eilrechtsschutz die Komplexität mitunter durch die Einwirkungen des EU-Rechts erhöht. Wurde früher häufig davon ausgegangen, dass die »justizielle Kooperation« mit der Unionsgerichtsbarkeit (namentlich im Vorlageverfahren) in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nahezu ausgeschlossen sei, was insbesondere mit der Natur des vorläufigen Rechtsschutzes zusammenhänge, ist in den letzten Jahren die europarechtliche Überformung des Eilrechtsschutzes eingehend diskutiert worden. Der EuGH hat hier in den 1990er Jahren die wesentlichen Kriterien entwickelt, die bei der unionsrechtlichen Überformung des nationalen einstweiligen Rechtsschutzes zu beachten sind.¹²⁸ Trotzdem ist es gerade in diesem Feld zu spektakulären Fehlentscheidungen gekommen.¹²⁹

Doch auch aus einer eher quantitativen Perspektive scheint viel dafür zu sprechen, dass die Bedeutung des Eilrechtsschutzes nicht nur sukzessive zugenommen habe, sondern dass er einer der Treiber der »Prozessflut« ist.¹³⁰ Die Justizstatistiken scheinen diesen Trend zu belegen, wobei auch hier sehr genau unterschieden werden muss.¹³¹ So wurden etwa im Jahre 2020 von 186.020 Verfahren vor den Verwaltungsgerichten insgesamt 80.679 durch Urteil und 84.253 durch Beschluss erledigt, wobei hier der Eilrechtsschutz eine erhebliche Rolle spielen dürfte.¹³² Ähnliche Entwicklungen werden auch in den anderen Gerichtsbarkeiten konstatiert. So kommt dem Eilrechtsschutz

126 Zu den Ausprägungen und Begrenzungen dieses summarischen Verfahrens s. ausführlich *A. Puttler*, in: *H. Soden/J. Ziekow* (Hrsg.), *VwGO Kommentar*, 5. Aufl. 2018, § 80, Rn. 136; *A. Bostedt*, in: *M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer* (Hrsg.), *Handkommentar Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 80 *VwGO*, Rn. 163.

127 S. dazu etwa *BGH* v. 09.12.2004 – III ZR 200/04, *BGHZ* 161, 298 (303); *BVerfG* v. 25.01.1995 – 2 *BvR* 2689/94 u. 2 *BvR* 52/95, *NJW* 1995, 950 (951) – Bananenmarktdordnung; *K. Windthorst*, *Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz*, 2009, S. 140 ff.

128 S. nur *EuGH* v. 21.01.1991, verb. *Rsen.* C-143/88 und C-92/89, *ECLI:EU:C:1991:65*, *Slg.* 1991, I-415 ff. – Zuckerfabrik Süderdithmarschen; *EuGH* v. 09.11.1995, *Rs. C-465/93*, *ECLI:EU:C:1995:369*, *Slg.* 1995, I-3761 – Atlanta; eingehend zum Ganzen etwa *K. Windthorst*, *Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz*, 2009, S. 177 ff.

129 S. etwa *OVG Münster* v. 28.06.2006 – 4 B 961/06, *EuR* 2006, 821; dazu ausführlich *J. P. Terhechte*, *Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen »in-akzeptabler Regelungslücken«?*, *EuR* 2006, S. 828 ff.

130 Eingehend dazu bereits *F. Schoch*, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, S. 164ff.; *K. Windthorst*, *Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz*, 2009, S. 134 ff.

131 Dazu etwa *K. Windthorst*, *Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz*, 2009, S. 134 ff.

132 Statistisches Bundesamt, *Neues Fachserienheft 10*, Reihe 2.4, »*Verwaltungsgerichte 2020*«, S. 15; auch 2021 bestätigt sich dieser Trend, indem von 171.177 Verfahren insgesamt 80.947 durch Be-

im Sozialrecht,¹³³ aber auch dem Wettbewerbs-,¹³⁴ Familien-¹³⁵ oder Arbeitsrecht¹³⁶ eine wichtige Bedeutung zu. Und auch die einstweilige Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht gem. § 32 BVerfGG hat in den letzten Jahren eine erhebliche Rolle gespielt.¹³⁷

Angesichts der hohen Bedeutung des Eilrechtsschutzes muss auch die Frage gestellt werden, welche haftungsrechtlichen Strukturen in diesem Zusammenhang zum Tragen kommen. Findet das Spruchrichterprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB auch bei Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz Anwendung? Dies hängt maßgeblich davon ab, ob die fraglichen Entscheidungen »Urteile in einer Rechtssache« darstellen. Da Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz aber grundsätzlich in Beschlussform ergehen, scheint die Vorschrift keine Anwendung zu finden. Dies wurde auch von der Rechtsprechung lange so gesehen,¹³⁸ hat sich in den letzten Jahren allerdings geändert. Der BGH ist dazu übergegangen, auch Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz unter den »Schutz« des § 839 Abs. 2 BGB zu stellen.¹³⁹ Mit der wachsenden Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes ist es also offensichtlich auch zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Spruchrichterprivilegs gekommen.¹⁴⁰

II. Neue Formen überindividuellen Rechtsschutzes

Eine relativ neue Erscheinung im deutschen Verfahrensrecht, insbesondere im Privatrecht, sind verschiedene neue Instrumente des sog. überindividuellen Rechtsschutzes, also unterschiedliche Klageformen (bzw. Kombinationen), wie Muster-, Verbands-, Sammel- und Gruppenklagen.¹⁴¹ Einen entscheiden-

schluss beendet wurden, Statistisches Bundesamt, Neues Fachserienheft 10, Reihe 2.4, »Verwaltungsgerichte 2021«, S. 17.

133 *T. Krodel/C. Cantzler*, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 5. Aufl., 2022.

134 Eingehend dazu etwa *R. N. Danckwerts*, in: ders./J. Papenhausen/P. C. Scholz/P. Tavanti, Wettbewerbsprozessrecht, 2. Aufl. 2022, S. 289 ff.; *W. Berneke/E. Schüttpelz*, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, 4. Aufl., 2018.

135 *H.-J. Dosel/B. Kraft*, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 4. Aufl., 2018; *M. Giers*, Einstweiliger Rechtsschutz in der familienrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 2018.

136 *M. Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 5. Aufl., 2022.

137 Dazu etwa *J. Berkemann*, Das »verdeckte« summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, S. 161 ff.; zurückhaltend zur tatsächlichen Bedeutung des Verfahrens dagegen *K. Hoof*, Eilrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht, in: *W. I. Fadeev/C. Schulze* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 81 ff.; s. auch die Auswertung der Fallpraxis bei *C. Lenz/R. Hansel*, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 32, Rn. 69 ff.

138 Eingehend dazu § 8 B. III. 4. c).

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

140 § 8 B. III. 4.

141 Zur frühen Perspektive des Privatrechts auf das Phänomen s. etwa *J. Basedow/K. J. Hopt/H. Kötz/D. Baetge* (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999; *B. Hess*, Die Anerken-

den Impuls für die zunehmende Bedeutung dieser Verfahren hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) aus dem Jahre 2005, welches mit Wirkung vom 1.11.2012 aufgehoben und neu gefasst wurde,¹⁴² sowie mit der Einführung der Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) im Jahre 2018¹⁴³ gegeben. Aktuell wird zudem die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie diskutiert.¹⁴⁴ Daneben sind Verbandsklagerechte insbesondere im Unterlassungsklagengesetz (vgl. § 4 UKlaG), in § 8 UWG und § 34 GWB anzutreffen.¹⁴⁵

Die Stärkung überindividuellen Rechtsschutzes zielt zwar in vielen Fällen darauf, die Komplexität von Rechtsstreitigkeiten in nachfolgenden Entscheidungen zu reduzieren. Bislang hat sich aber ein solcher Effekt offenbar noch nicht eingestellt, und die neuen Verfahren stellen die Dritte Gewalt vor große Herausforderungen, was insbesondere für die Ziviljustiz gilt.

Im Verwaltungsrecht bzw. Verwaltungsprozessrecht war das Phänomen im Zuge der Massen- bzw. Musterverfahren zumindest in Deutschland hingegen schon lange bekannt und ist in speziellen Vorschriften verarbeitet worden.¹⁴⁶ Der Gesetzgeber hatte hier bereits 1991 auf eine richterrechtlich entwickelte Praxis reagiert, die im Zusammenhang mit dem Bau des Flughafens München II notwendig geworden war, weil im Zusammenhang mit diesem Großprojekt insgesamt 5.724 Anfechtungsklagen gegen den Planfeststellungsbe-

nung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, S. 373 ff.; *H.-W. Micklitz/H. Beuchler, Musterklageverfahren – Einziehung einer Forderung im Interesse des Verbraucherschutzes* NJW 2004, S. 1502 ff.; *C. Hodges, Multi-Party Actions: A European Approach*, Duke J. Comp. & Int'l L. 11 (2000), S. 321 ff.; *M. Taruffo, Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, Duke J. Comp. & Int'l L. 11 (2001), S. 405 ff.

- 142 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG v. 16.08.2005, BGBl. I S. 2437, aufgehoben m. W. v. 01.11.2012 durch Art. 10 Abs. 1 S. 2 G v. 19.10.2012 (BGBl. I, S. 2182); dazu etwa *V. Wanner, Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren*, 2010; *V. Vorwerk/C. Wolf (Hrsg.), Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, 2. Aufl. 2020.
- 143 Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12.07.2018 (BGBl. I 2018, 1151); dazu eingehend: *R. Magnus, Die Wirkungen des Vergleichs im Musterfeststellungsverfahren*, NJW 2019, S. 3177 ff.
- 144 RL (EU) 2020/1828; s. dazu *P. Röthmeyer, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie*, VuR 2021, S. 43 ff.
- 145 Dazu *B. Scholl, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO. Eine kritische Würdigung mit Bezug auf das französische, niederländische und US-amerikanische Recht*, ZfPW 2019, S. 317 ff. (321 f.).
- 146 §§ 17–19 VwVfG (spezielle Regelungen für sog. Massenverfahren), § 56a (Öffentliche Bekanntmachung im Massenverfahren), § 65 Abs. 3 (notwendige Beiladung im Massenverfahren), § 67a (Gemeinsamer Bevollmächtigter), § 93a (Musterverfahren) VwGO; s. dazu *W. C. Schmel, Massenverfahren vor den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten*, 1982; *J. Isensee, Die typisierende Verwaltung: Gesetzesvollzug im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts*, 1976; *W. Schmitt Glaeser, Massenverfahren vor den Verwaltungsgerichten*, DRiZ 80, S. 289 ff.; *E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDSrL 34 (1976), S. 222 ff. (248 ff.); *C. Bamberger, in: P. Wysk (Hrsg.), VwGO Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 93a, Rn. 2 ff.*; *R. Rudisile, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), VwGO Kommentar, 42. EL 2022, § 93a*.

schluss erhoben worden waren.¹⁴⁷ Das zuständige Verwaltungsgericht hatte zunächst ein gesetzlich nicht vorgesehenes Musterverfahren durchgeführt, dessen Rechtmäßigkeit allerdings vom BVerfG bestätigt wurde.¹⁴⁸ Heute ist die verwaltungsprozessuale Musterfeststellungsklage in § 93a Abs. 1 S. 1 VwGO niedergelegt:

»Ist die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme Gegenstand von mehr als zwanzig Verfahren, kann das Gericht eines oder mehrere geeignete Verfahren vorab durchführen (Musterverfahren) und die übrigen Verfahren aussetzen.«

Dieses Verfahren spielt in der Praxis allerdings bislang keine nennenswerte Rolle.¹⁴⁹

Anders ist dagegen die Situation im Zivilrecht zu beurteilen. Auch hier sprachen wiederum zunächst die Zahlen eine deutliche Sprache: So haben etwa Anfang 2001 rund 16.000 Kläger Schadensersatzklagen gegen die Deutsche Telekom AG im Zusammenhang mit dem dritten Börsengang des Unternehmens angestrengt. Der Erlass des KapMuG hängt nicht zuletzt mit diesen Verfahren zusammen (Stichwort: »Lex Telekom«). Ob die Ausgestaltung des Musterverfahrens im KapMuG tatsächlich den Erfordernissen genügt, die an derartige »kollektive Rechtsschutzinstrumente« zu stellen sind, war zunächst stark umstritten. Der Gesetzgeber war sich des mit dem KapMuG verbundenen grundlegenden Paradigmenwechsels im deutschen Zivilprozessrecht, das maßgeblich durch das Zwei-Parteien-Prinzip gekennzeichnet ist, nicht sicher und hat den Geltungszeitraum des KapMuG durch eine sog. *Sunset-Clause* zunächst auf fünf Jahre begrenzt. Nach weiteren Verlängerungen war es zunächst bis zum 31.08.2024 befristet (§ 28 KapMuG a. F.);¹⁵⁰ nach der Novellierung vom 16.07.2024 ist es nunmehr nach fünf Jahren zu evaluieren (§ 31 KapMuG).

Der Hintergrund des Erlasses des KapMuG ist aber nur unzureichend erklärt, würde man ihn auf eine reine Entlastung der Justiz bei Massenverfahren reduzieren. Es ging auch darum, zivilprozessualen kollektiven

147 Zu den Hintergründen, die zum 6. VwGO-ÄnderungsG (BGBl. I 1626) führten, siehe auch F. Kopp, Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.1.1991, NJW 1991, S. 521 ff. (523); V. Wanner, Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren, 2010, S. 46.

148 BVerfG v. 27.03.1980 – 2 BvR 316/80, BVerfGE 54, 39.

149 V. Schmid, in: H. Sudan/J. Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 93a, Rn. 2: »Genauso (vorläufig) praktisch bedeutsam die Vorschrift im Verwaltungsprozessrecht ist, genauso groß ist das Interesse, dass sie bei der (rechtsvergleichenden) Prozessrechtswissenschaft und einer an (Kosten-) Effizienz und Effektivität des Rechtsschutzes interessierten Rechtspolitik gefunden hat.« W. Peters/C. Müller, in: H. Sudan/J. Ziekow (Hrsg.) VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 93a Rn.: »Die Bedeutung der Vorschrift ist vergleichsweise gering, wenngleich in jüngerer Zeit Entscheidungen der Obergerichte dazu ergangen sind.«

150 Dazu A. von Rummel, in: T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, § 28 KapMuG, Rn. 1.

Rechtsschutz zu etablieren, um im internationalen Regulierungswettbewerb den Gefahren einer allzu ausufernden extraterritorialen Anwendung des U.S.-amerikanischen Pendants zum Massen- und Musterverfahren, der sog. *class action*, zu begegnen.¹⁵¹ Entsprechend ist im Gesetzgebungsverfahren auch eine intensive Debatte über mögliche Regelungsansätze auf rechtsvergleichender Basis geführt worden. Hier geht es also gewissermaßen auch um die Positionierung in einem internationalen »Justizwettbewerb«.¹⁵²

Ähnliches gilt auch für die Musterfeststellungsklage gem. § 606 Abs. 1 ZPO, die es sog. qualifizierten Einrichtungen ermöglicht,

»die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer«

zu begehrn. Musterfeststellungsklagen sind in einem sog. Klageregister öffentlich bekannt zu machen (§ 607 ZPO), und Verbraucher können Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die von den Feststellungzielen abhängen, zur Eintragung in das Klageregister anmelden (§ 608 Abs. 1 ZPO), womit sie ggf. eine Hemmung der Verjährung und die Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils (§ 613 ZPO) erreichen.¹⁵³ Auch mit diesem neuen Instrument wird das Ziel verfolgt, die Justiz bei Massen- bzw. Streuschäden zu entlasten und die Rechtsdurchsetzung für die Betroffenen zu erleichtern.¹⁵⁴ Und auch hier bedurfte es zunächst eines äußeren Anlasses, den sog. »Diesel-Skandal« (»Lex VW«), um den Gesetzgeber zu raschem Handeln zu bewegen.¹⁵⁵ Allerdings verkörpert die Ausgestaltung der Musterfeststellungsklage in jeder Hinsicht einen Kompromiss, etwa weil lediglich »qualifizierte Einrichtungen« die Musterfeststellungsklage erheben können, Unternehmern oder Arbeitnehmern das Instrument der Musterfeststellungsklage dagegen in der Regel verwehrt ist, und weil das Verfahren zweistufig ausgestaltet ist.

Im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt ist die Musterfeststellungsklage schon deshalb von Interesse, weil es bereits im Zuge ihrer Einführung zu Diskussionen darüber gekommen ist, wie eine Haftung für den Fall aussieht, dass die qualifizierte Einrichtung als Klägerin im Verfahren eine

151 S. BT-Drucks. 15/5091, S. 17.

152 Allgemein dazu G. Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017.

153 R. Dörfler, in: T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, § 608 ZPO, Rn. 1.

154 BT-Drucks. 19/2507, S. 16; A. Halfmeier, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO, 14 Aufl. 2022, § 606, Rn. 1; E. Waclawik, Die Musterfeststellungsklage, NJW 2018, S. 2921 ff.; B. Scholl, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO. Eine kritische Würdigung mit Bezügen zum französischen, niederländischen und US-amerikanischen Recht, ZfPW 2019, S. 317 ff.

155 G. Waßmuth, in: T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, Einleitung ZPO, Rn. 1.

»schlechte Prozessführung« zu verantworten hat.¹⁵⁶ Hier wird überwiegend davon ausgegangen, dass zwischen dem Prozessbevollmächtigten und der qualifizierten Einrichtung ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegt. Bei Fehlern des Prozessbevollmächtigten kommt im Verhältnis zum Verbraucher (Angemeldeten) daher eine Haftung nach §§ 280, 276 BGB in Betracht.¹⁵⁷ Dagegen richtet sich eine Haftung der Dritten Gewalt zunächst nach den allgemeinen Regeln. Indes können hier erhebliche Probleme auftreten: Der Verbraucher hat nur wenig Einfluss (er ist keine Partei) auf das Verfahren der Musterfeststellungsklage (etwa bei überlangen Verfahren), trägt aber Risiken für Fehler.

Insgesamt steht das Thema »überindividueller Rechtsschutz« damit wie kaum eine andere Problemlage für den zu verzeichnenden Aufgabewandel der Dritten Gewalt. Auch wenn das deutsche Recht die entsprechenden Instrumente bislang eher zurückhaltend nutzt, spielen sie in der Wissenschaft und zunehmend auch in der Praxis eine wichtige Rolle. Zwar wird inzwischen auch darüber diskutiert, ob Muster- und Massenverfahren im Zuge der Digitalisierung ein Stück weit an Bedeutung (bzw. Komplexität) verlieren könnten,¹⁵⁸ unmittelbar absehbar ist eine solche Entwicklung allerdings im Lichte der Probleme, die die digitale Transformation für die Dritte Gewalt insgesamt bedeuten, eher nicht. Aus der Perspektive der Haftung der Dritten Gewalt erfahren Massen- und Musterverfahren allerdings keine Sonderbehandlung. Zu bedenken ist hier, dass soweit in einem solchen Verfahren haftungsrelevante Fehler begangen werden, diese eine erhebliche (Massen-)Wirkung haben können.

III. Neue administrative Aufgaben der Dritten Gewalt

Der Dritten Gewalt obliegt nicht nur die »Rechtsprechung«, sondern ihr werden seit jeher durch Gesetz auch rein administrative Aufgaben übertragen (sog. *Justizverwaltung*).¹⁵⁹ Im Zusammenhang mit der Frage einer Haf-

156 G. Waßmuth/R. Dörfler, in: T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), *Kollektive Rechtsdurchsetzung*, 2022, § 606 ZPO, Rn. 60 ff.; A. E. Oehmig, *Die Rechtsstellung des angemeldeten Verbrauchers in der Musterfeststellungsklage*, 2021, S. 451 ff.

157 G. Waßmuth/R. Dörfler, in: T. Asmus/G. Waßmuth (Hrsg.), *Kollektive Rechtsdurchsetzung*, 2022, § 606 ZPO, Rn. 68; B. Scholl, *Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff. ZPO. Eine kritische Würdigung mit Bezügen zum französischen, niederländischen und US-amerikanischen Recht*, ZFPW 2019, S. 317 ff. (335).

158 C. Gerhard, *Massenklagen via Internet, ein Ersatz für Muster- und Sammelklagen*, NJ 8/2017, S. 309 ff.

159 Durch die Übertragung wandeln sich die administrativen Aufgaben also nicht in Aufgaben der Rechtsprechung, s. schon RG v. 14.03.1913 – Rep. III. 377/12, RGZ 82, 39 (43); BVerfG v. 12.12.1957 – 1 BvR 678/57, BVerfGE 7, 194; s. auch O. R. Kissel/H. Mayer, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 10. Aufl.

tung der Dritten Gewalt muss dieser »Verwaltung *durch* Gerichte« zweifels-ohne eine große Bedeutung zukommen, weil hier das Spruchrichterprivileg, das sich auf »Urteile in einer Rechtssache« bezieht, von vornherein ebenso wenig greift wie der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.¹⁶⁰ Die Zuweisung administrativer Aufgaben an die Gerichte folgt hierbei keinem besonderen Muster, sondern wirkt seit jeher eher zufällig.¹⁶¹ Gängige Beispiele sind etwa die Bestellung und Beeidigung von Dolmetschern (§ 189 Abs. 2 GVG), die Gestattung von Akteneinsicht (insbesondere an Dritte),¹⁶² Presseinformationen,¹⁶³ die Entscheidung über Dienstaufsichtsbeschwerden,¹⁶⁴ die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen auf Ersuchen einer Verwaltungsbehörde¹⁶⁵ oder die Bestellung von Insolvenzverwaltern.¹⁶⁶ In einigen Bereichen ist die Abgrenzung zwischen »Rechtsprechung« und »Verwaltung« durch Richter umstritten, so etwa bei der richterlichen Mediation. Sog. Justizverwaltungsakte – auch wenn sie von Richtern erlassen werden – sind Akte der öffentlichen Gewalt und unterfallen damit Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁶⁷ Sie sind regelmäßig gem. §§ 23 ff. GVG anfechtbar. Angesichts der »Öffentlichkeitsverantwortlichkeit« der Dritten Gewalt,¹⁶⁸ der Rolle von Akteneinsichtsrechten (Stichwort: »transparente Justiz«) sowie der Herausforderungen, die mit dem Datenschutz und der Digitalisierung insgesamt verbunden sind, ist unschwer zu prognostizieren, dass der Bereich der Justizverwaltung künftig eher noch wichtiger werden dürfte.

Neben der allgemeinen Frage, wo die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von exekutiven Aufgaben auf die Dritte Gewalt liegen, ist die Frage des Rechtsschutzes bereits in der Vergangenheit ausführlich diskutiert worden. Das BVerfG hat diesbezüglich in einem Grundsatzurteil, in dem es

2021, § 12, Rn. 106; eingehend zur Justizverwaltung etwa *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006; rechtsvergleichend *M. Minkner*, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015; *A. von Bernstorff*, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und England, 2018.

160 *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 14 m. w. Nachw.

161 So auch *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 13 ff.; *E. Schilkens*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 254. Die Abgrenzung zwischen den Begrifflichkeiten »Justizverwaltung« und »Gerichtsverwaltung« ist nicht immer ganz eindeutig.

162 Insbesondere bei Akteneinsicht für Dritte (§ 299 Abs. 2 ZPO), die Parteien verfügen zumeist über gesondert geregelte Akteneinsichtsrechte, s. etwa § 299 Abs. 1 ZPO, § 147, eingehend dazu *O. R. Kissel/H. Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 12, Rn. 108 ff. Es wird aller Voraussicht nach bei diesen allgemeinen Regeln der Prozessordnungen bleiben, denn die speziellen Informationsfreiheitsgesetze nehmen die Tätigkeiten der Gerichte regelmäßig aus, was auch für die Ebene der Europäischen Union gilt, s. dazu *B. W. Wegener*, Der geheime Staat, 2006, S. 218 m. w. Nachw.

163 *O. R. Kissel/H. Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 12, Rn. 128 ff.

164 Ebenda, Rn. 131 ff.

165 BVerfG v. 12.12.1957 – 1 BvR 678/57, BVerfGE 7, 194.

166 Dazu BVerfG v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 – Insolvenzverwalter.

167 BVerfG v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 (9 f.).

168 Dazu ausführlich *T. Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006.

um die richterliche Bestellung von Insolvenzverwaltern (§ 56 InsO, § 18 Abs. 1 RpflG) und die Frage, welcher Rechtsschutz einem Insolvenzverwalter im Falle der Nichtberücksichtigung zukommt, ging, das Verhältnis von primärem und sekundärem Rechtsschutz bei Justizverwaltungsakten weiter ausgelotet. Soweit in multipolaren Rechtsverhältnissen Einschränkungen beim primären Rechtsschutz hingenommen werden müssten, so das BVerfG, sei jedenfalls der sekundäre Rechtsschutz (hier eine Amtshaftungsklage gem. § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG) nicht ausgeschlossen.¹⁶⁹ Schon hier wird deutlich, dass die Frage der Haftung der Dritten Gewalt künftig insbesondere auch im Rahmen der Justizverwaltung durch Richter eine gesteigerte Bedeutung erfahren dürfte.

IV. Mediation als richterliche Aufgabe?

1. Allgemeines

Zwar steht auch die Mediation für den Wandel der richterlichen Aufgaben, insbesondere die Debatten in Deutschland hinsichtlich der sog. »gerichtsinternen Mediation« zeigen aber zugleich, wie schwer es für die Justiz mitunter ist, neue Aufgabenfelder für sich zu erschließen.¹⁷⁰ Jedenfalls darf angesichts der Entwicklungen in Deutschland – insbesondere infolge der Einführung des sog. »Güterichtermodells« durch das MediationsG (dazu unten 5.) – bezweifelt werden, dass die Mediation vom Gesetzgeber wirklich als eine zentrale Aufgabe der Justiz begriffen wird. Gleichwohl lohnt es sich, einen genaueren Blick auf die Entwicklungen der Mediation als Methode der Streitschlichtung zu werfen, auch weil es hier um die Umsetzung einer EU-Richtlinie geht (dazu 3.) und die Mediation komplexe Haftungsfragen aufwerfen kann.¹⁷¹

Bei der Mediation geht es im Kern um die einverständliche und insbesondere nichtgerichtliche Lösung von Streitigkeiten unter Moderation eines un-

169 BVerfG v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 (22) – Insolvenzverwalter; ausführlich dazu auch W. Höfling, Insolvenzverwalterbestellung – Rechtsschutz durch Konkurrentenklage?, NJW 2005, 2341 ff.; J. Wieland, Verfassungsrechtliche Fragen der Auswahl des Insolvenzverwalters, ZIP 2005, S. 233 ff.; ders., Keine Überprüfung der richterlichen Entscheidung über die Auswahl des Insolvenzverwalters nach §§ 23 ff. EGGVG, Anmerkung zum OLG Hamm, 14.10.2004, ZIP 2005, S. 270 ff.; ders., Die Bestellung des Insolvenzverwalters, ZIP 2007, S. 462 ff.

170 Dazu etwa F. Brosius-Gersdorf, Dritte Gewalt im Wandel: Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität, VVDStRL 74 (2015), S. 169 ff. (183 ff.).

171 S. dazu etwa K.-H. Matthies, Richterliche Mediation im Lichte der Amtshaftung, in: FS Deutsch, 2009, S. 869 ff.; G. Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, 2006, S. 33 ff.; H. Prüttig, Mediation und Gerichtsbarkeit – Änderungen gesetzlicher Rahmenbedingungen, ZKM 2006, S. 100 ff.

abhängigen Dritten (»Mediator«).¹⁷² Im Gegensatz zur institutionalisierten Streitschlichtung durch Schiedsmänner bzw. Gütestellen (§ 15a EGZPO) besteht der Hauptgedanke der Mediation darin, dass die Konfliktparteien die Lösung der Streitigkeit unter Moderation durch einen Mediator *selbst* herbeiführen. Das Verfahren war lange durch seine recht informale Struktur gekennzeichnet.¹⁷³

2. Zögerliche Entwicklung zum »Multi-Door Courthouse« in Deutschland

Die Mediation hat sich in Deutschland in Anlehnung an die vornehmlich in den USA in den 1970er Jahren etablierten Ansätze über *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹⁷⁴ eher zögerlich entwickelt.¹⁷⁵ In den USA werden unter dem Begriff verschiedene Methoden der Konfliktlösung verstanden (»*negotiation*«, »*mediation*«, »*arbitration*« im Gegensatz zu »*litigation*«), denen zunächst gemeinsam ist, dass sie zu einer Schlichtung eines Konflikts außerhalb des staatlichen Gerichtssystems führen sollen. Ihnen ist zudem gemein, dass sie mitunter deutlich effizienter sind als herkömmliche Gerichtsverfahren. Diese Entwicklung hin zur ADR wird allerdings auch in den USA nicht nur

172 S. dazu etwa die Legaldefinition der europäischen Mediationsrichtlinie (Art. 3 lit. a RL 2008/52, ABl. EU 2008 Nr. 136, S. 6): »Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ›Mediation‹ ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.«

173 Zur informalen Struktur des Mediationsverfahrens und seiner stetigen Verrechtlichung s. etwa H. *Eidenmüller*, Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation: Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Konfliktmanagements, in: S. Breidenbach/D. Coester-Waltjen/B. Heß/A. Nelle/C. Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45 ff. (47f.); S. Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 50 ff.

174 Zu ADR grundlegend F. E. A. *Sander*, Varieties of Dispute Processing, Federal Rules Decisions 1976, S. 111 ff.; früh auch S. B. *Goldberg*/E. D. *Green*/F. E. A. *Sander*, Dispute Resolution, 1985 (inzwischen 7. Aufl.); R. J. *Patterson*, Dispute Resolution in a World of Alternatives, Cath. U. L. Rev. 37 (1988), S. 591 ff.; S. J. *Ware*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2. Aufl. 2007; C. *Menkel-Meadow*, When Litigation Is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation as Public Interest Lawyering, Wash. U. J. L. & Pol'y 10 (2002). S. 37 ff.; M. *Galanter*/M. *Cabill*, »Most Cases Settle«: Judicial Promotion and Regulation of Settlements, Stan. L. Rev. 46 (1994), S. 1339 ff.; s. auch zur Entwicklung S. Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 11 ff.; M. *Hehm*, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen, (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 2, Rn. 33 ff. spricht insoweit von einer »Wiederentdeckung« der Mediation in den USA.

175 Eingehend zur Entwicklung etwa M. *Wendland*, Mediation und Zivilprozess, 2017; ausführlich zur Mediation etwa F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen, (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016; zur Entwicklung s. etwa S. Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995; K. J. *Hopt*/F. *Steffek* (Hrsg.), Mediation: Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 2008; K. *Gräfin von Schlieffen*, Mediation – Renaissance der Laienjustiz oder eine neue Ausdifferenzierung des Rechts?, ZfRSoz 2000 ff.; *dies.*, Der Mediationsstaat, in: D. Gosewinkel/G. F. Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, WZB Jahrbuch 2007, 2008, S. 181 ff.; R. *Greger*/H. *Unberath* (Hrsg.), Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 2008; H. *Unberath*, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur – Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Konfliktlösung, JZ 2010, S. 975 ff.

positiv gesehen.¹⁷⁶ Das ändert aber nichts daran, dass die Methoden alternativer Streitschlichtung zu einem Exportschlager avancierten. In Deutschland stand man allerdings der Idee eines »*Multi-Door Courthouse*«, also eines Gerichts, das für jeden Konflikt das passende Verfahren bereithält, oftmals zögerlich gegenüber.¹⁷⁷

3. EU-Mediationsrichtlinie als Impuls

Ein wichtiger Impuls für die Entwicklung von Regeln für die Mediation ging von der EU aus, die im Jahre 2008 die sog. Mediationsrichtlinie (MediationsRL) erlassen hat.¹⁷⁸ Ihrer Verabschiedung ging ein umfassender Diskussionsprozess auf der Grundlage des »Grünbuchs der Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht« voraus.¹⁷⁹ Die Richtlinie basiert auf ex-Art. 61 lit. c) und ex-Art. 67 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich EGV (heute Art. 81 AEUV¹⁸⁰) und stellt daher aus der Perspektive der EU ein Instrument der justizielten Zusammenarbeit in Zivilsachen dar. Ihr Anwendungsbereich ist insoweit auch auf grenzüberschreitende Streitigkeiten begrenzt (Art. 1 Abs. 2 MediationsRL). Eine weitergehende Regulierung der Mediation, insbesondere für rein innerstaatliche Streitigkeiten, ist damit Sache des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers.¹⁸¹

176 S. dazu mit unterschiedlichen Perspektiven D. R. Hensler, Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology, *JDR* 2002, S. 81 ff.; B. G. Garth, Tilting the Justice System: From ADR as Idealistic Movement to a Segmented Market in Dispute Resolution, *Ga. St. U. L. Rev.* 18 (2002), S. 927 ff.; R. C. Reuben, Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration, *Law & Contemporary Problems* 67 (2004), S. 279 ff.; D. R. Hensler, Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System, *Penn St. Law Review* 108 (2003), S. 165 ff.

177 Zum Begriff J. W. Stempel, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fair Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11 (1996), S. 297 ff.

178 RL 2008/52 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008 Nr. L 136, S. 3 ff.; s. dazu etwa B. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, § 12, Rn. 12.5 ff.; J. M. von Bargen, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, 2008, S. 251 ff.; M. Probst, Mediation und Recht – zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie, *JR* 2009, S. 265 ff.; H. Eidenmüller/M. R. Prause, Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, *NJW* 2008, S. 2737 ff.; B. Sujecki, Die europäische Mediationsrichtlinie, *EuZW* 2010, S. 7 ff.; zu den neueren Entwicklungen etwa S. Koehler/M. Müller, Alternative Streitbeilegung und Schiedsverfahren, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEUR Bd. 3), 2021, § 29, Rn. 24 ff.

179 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht v. 19.04.2002, KOM(2002) 196 endg.

180 Der Vertrag von Lissabon hat mit Art. 81 Abs. 2 lit. a) AEUV eine ausdrückliche Rechtsetzungsermächtigung für »alternative Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten« mit sich gebracht, s. M. Rossi, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 81 AEUV, Rn. 33.

181 Die Europäische Kommission hatte schon 2004 einen »Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren« veröffentlicht, s. https://e-justice.europa.eu/63/DE/eu_rules_on_mediation (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

Die Mediationsrichtlinie enthält u.a. eine unionsrechtliche Begriffsbildung der »*Mediation*« (Art. 3 lit. a) MediationsRL).¹⁸² Darüber hinaus verpflichtet sie die Mitgliedstaaten, die Titulierung der entsprechenden Abschlussvereinbarung sicherzustellen (Art. 6 MediationsRL).¹⁸³ Ein weiteres wichtiges Anliegen der Richtlinie besteht in der Sicherung der Qualität der Mediation (Art. 4 MediationsRL) sowie der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (Art. 7 MediationsRL). Für die Dritte Gewalt ist die MediationsRL aber deshalb von Bedeutung, weil sie die Mediation *auch* bei den Gerichten ansiedelt.¹⁸⁴ Art. 3 lit. a) S. 3 MediationsRL hält hierzu ausdrücklich fest, dass das Mediationsverfahren die Mediation durch einen Richter einschließt, soweit er nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.

4. Keine Regelung über die richterliche Mediation im Mediationsgesetz

Zwar hat der Gesetzgeber im Jahre 2012 mit dem Mediationsgesetz (MediationsG) Regeln für die Mediation geschaffen und zugleich die MediationsRL in deutsches Recht umgesetzt.¹⁸⁵ Das MediationsG hat aber insbesondere in der Justiz für Unmut gesorgt, weil es lediglich ein sog. »Güterichtermodell« enthält, dagegen aber keine eigenständigen Regelungen über die gerichtsinterne Mediation.¹⁸⁶

Dem zunächst vorgelegten Gesetzesentwurf lag dagegen noch eine klare Unterscheidung zwischen der sog. »außergerichtlichen Mediation«, der »gerichtsnahen Mediation« (also während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts stattfindende Mediation) und der »gerichtinternen Mediation« (während eines Gerichtsverfahrens von einem nicht entscheidungsbefugten Richter durchgeführte Mediation) zugrunde.¹⁸⁷ Diese Differenzierung ist im

182 Eingehend dazu B. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, § 12, Rn. 12.7.

183 Ebenda, Rn. 12.10.

184 J. M. von Bargen, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, 2008, S. 252.

185 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Mediationsgesetz) v. 21.07.2012, BGBl. I S. 1577, zuletzt geändert durch Artikel 135 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474); eingehend zum MediationsG und seiner Entstehung etwa A. Bercher/M. Engel, Richtungentscheidungen für die Mediation in Deutschland, JZ 2010, S. 226 ff.; R. Greger, Auf dem Weg zu einem deutschen Mediationsgesetz, ZKM 2010, S. 120 ff.; G. Wagner, Der Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZKM 2010, S. 172 ff.; H. Unberath, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur – Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Konfliktlösung, JZ 2010, S. 975 ff.; V. Kraft/S. Schwerdtfeger, Das Mediationsgesetz – Neues aus dem Gesetzgebungsverfahren, ZKM 2011, S. 59 ff.

186 Mediationsgesetz v. 21.07.2012, BGBl. I S. 1577, zuletzt geändert durch Artikel 135 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474).

187 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-3 E-MediationsG.

Gesetzgebungsverfahren allerdings fallen gelassen worden, sodass in § 1 Abs. 1 des MediationsG ein einheitlicher Mediationsbegriff zu finden ist:

»*Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben.*«

Diese Legaldefinition ändert zwar nichts daran, dass man auch weiterhin zwischen verschiedenen Arten der Mediation unterscheiden kann.¹⁸⁸ Neben der außergerichtlichen und gerichtsnahen Mediation gibt es allerdings nur noch eine Mediation durch den Güterichter (dazu sogleich).

5. Mediation nur durch den Güterichter (§ 278 ZPO)

Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen einer sog. »prozessrechtlichen Lösung« dafür entschieden, die Mediation durch Richter in das sog. »Güterichtermodell« zu integrieren (§ 278 Abs. 5 ZPO).¹⁸⁹ Hiernach kann das Gericht

»*die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.*«

Mit dieser Entscheidung für das »Güterichter-Modell« hat der Gesetzgeber dafür gesorgt, dass *ausschließlich* der »Güterichter« – der Begriff ist häufig scharfer Kritik ausgesetzt – im Rahmen der Güteverhandlung die Mediation als Methode der Streitbeilegung einsetzen darf.¹⁹⁰ Den »gerichtlichen Mediator« gibt es seit dem Erlass des MediationsG nicht mehr.

Soweit die Mediation als Methode der alternativen Streitbeilegung durch den Güterichter erfolgen soll, sind die Regelungen des § 278 Abs. 5 ZPO maßgeblich:¹⁹¹ Der Güterichter gem. § 278 Abs. 5 ZPO ist ein »nicht entscheidungsbefugter« Richter, der im Geschäftsverteilungsplan als »Güterichter« (§ 21e Abs. 1 S. 1 GVG) aufgeführt wird. Er muss weder demselben Gericht noch derselben Gerichtsbarkeit angehören.¹⁹²

188 U. Hagel, in: J. Klowait/U. Gläßer (Hrsg.), Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 1, Rn. 2, der in Bezug auf die gerichtsinterne Mediation den Begriff »Güterichter-Mediation« vorschlägt.

189 L. Löer, Gerichtliche Mediation, Güterichter-Modell und Güterichter, in: J. Klowait/U. Gläßer (Hrsg.), Mediationsgesetz, 2. Aufl., 2018, Teil 3, K. Rn. 8 ff.

190 Zur Güteverhandlung s. etwa U. Foerste, Die Güteverhandlung im künftigen Zivilprozess, NJW 2001, S. 3103 ff.

191 Dazu L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 105, Rn. 29 ff.; M. Abrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, S. 2465 ff.

192 H. Geisler, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO, 14. Aufl. 2022, § 278, Rn. 7.

Dieses »Güterichter-Modell« wurde darüber hinaus nicht nur in der ZPO verankert, sondern auch in den weiteren Prozessordnungen.¹⁹³ Eine Ausnahme bildet lediglich die StPO. Mit dem Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46a StGB, §§ 155a und 155b StPO) kennt das Straf- und Strafprozessrecht allerdings einen eigenen Schlichtungsmechanismus.¹⁹⁴

Für einige Prozessordnungen wurde durch das MediationsG erstmals eine eindeutige gesetzliche Grundlage für den Einsatz der Mediation geschaffen, damit wurden auch bestehende Zweifel ausgeräumt. So wurde etwa bezogen auf die VwGO behauptet, dass aufgrund des besonderen Charakters des Verwaltungsprozesses eine außergerichtliche Einigung hier gar nicht erstrebenswert sei.¹⁹⁵ Die VwGO kennt kein Pendant zu § 278 ZPO oder einen entsprechender Normenverweis auf die ZPO. Auch könnte man nicht § 87 VwGO heranziehen, denn in § 87 VwGO gehe es um die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, nicht aber darum, den Rechtsstreit einer gütlichen oder alternativen Einigung zuzuführen.¹⁹⁶ Mit der Änderung des § 173 VwGO durch das MediationsG sind diese Überlegungen allerdings hinfällig geworden (heute verweist § 173 S. 1 VwGO unmittelbar auf § 278 Abs. 5 und § 278a ZPO).

In der Praxis spielt die Mediation durch den Güterichter trotz dieser umfangreichen Regelungen kaum eine Rolle.¹⁹⁷ Dies wird insbesondere anhand der niedrigen Verweisungsquote deutlich: So wurden 2015 lediglich ca. 1 % der Fälle vor den Amtsgerichten und ca. 2 % der Fälle vor den Landgerichten

193 Vgl. § 36 FamFG, § 54 ArbGG, § 202 S. 1 SGG, § 155 S. 1 FGO und § 173 S. 1 VwGO. Ausführlich zu Mediation im Verwaltungsrecht etwa *M. Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2007, S. 106 ff.; *F. Schoch*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2012, § 50 Rn. 404 ff.; *C. A. Stumpf*, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Schiedsgerichtsbarkeit – Schiedsgutachten – Mediation – Schlichtung, 2006; *J. M. von Bargen*, Mediation im Verwaltungsprozess, DVBl. 2004, S. 468 ff.; *ders.*, Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive, EuR 2008, S. 200 ff.; *K.-M. Ortloff*, Mediation im Verwaltungsrecht, in: *A. Dieter/L. Montada/A. Schulze* (Hrsg.), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation, 2000, S. 197 ff.; *D. Meuer/M. Troja*, Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich, ZKM 2004, S. 78 ff.; *J. Ziekow*, Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Möglichkeit der Implementation und rechtliche Folgen, NVwZ 2004, S. 390 ff.; *B. Holznagel/U. Ramsauer*, Mediation im Verwaltungsrecht, in: *F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 40; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 12b; s. auch *D. Dragos/B. Neamtu* (Hrsg.) Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, 2014.

194 Dazu eingehend *J. Kaspar*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004; *N. Bals/C. Hilgartner/B. Bannenberg*, Täter-Opfer-Ausgleich im Erwachsenenbereich, 2005, S. 8 ff.; *H. Messmer*, Täter – Opfer – Mediation, in: *A. Dieter/L. Montada/A. Schulze* (Hrsg.), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation, 2000, S. 93 ff.; *J. Eisele*, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: *F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 46.

195 Anders dagegen *J. M. von Bargen*, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, 2008, S. 267 ff.

196 *W. Peters*, in: *H. Sodian/J. Ziekow* (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 87, Rn. 8 ff.

197 *R. Greger*, Das Güterichterverfahren – Große Chancen, zu wenig genutzt, MDR 2017, S. 1107 ff.

an den Güterichter überwiesen.¹⁹⁸ Auch im Jahre 2021 sahen die Zahlen nicht anders aus.¹⁹⁹ Insofern fällt die Bilanz nach dem 10-jährigen Jubiläum des MediationsG mehr als durchwachsen aus: Die Mediation durch den Güterichter wird in vielen Bereichen offenbar bewusst ausgeblendet. Hinzu kommt inzwischen, dass neue Instrumente der Streitbeilegung für Verbraucher zu Inkonsistenzen geführt haben (dazu sogleich 6.).²⁰⁰

6. Verbraucherrechtliche Streitigkeiten und Mediation

So enthält das Gesetz über die alternative Beilegung in Verbrauersachen (VSBG),²⁰¹ das auf die sog. ADR-Richtlinie²⁰² und die Verordnung über die Online-Streitbeilegung (ODR-VO)²⁰³ der EU zurückgeht,²⁰⁴ eigene Bestimmungen über die Mediation. Sie kann im Rahmen des VSBG als Methode der Streitbeilegung eingesetzt werden (§ 18 VSBG). Allerdings gibt es hier kein Recht der Parteien, einen Mediator auszuwählen (§ 2 Abs. 1 MediationsG), weil die Verbraucherschlichtungsstelle (§ 2 i. V. m. § 6 VSBG) die Person des sog. »Verbraucherschlichters« bestimmt. Aus dieser Mischung aus institutionalisierter Streitschlichtung und Mediationsverfahren folgt nicht zuletzt eine andere Verteilung von Verantwortlichkeiten, die auch für die Frage der Haftung eines Streitschlichters gem. § 6 VSBG bzw. der Streitschlichtungsstelle gem. §§ 3 ff. VSBG von Bedeutung sein können.²⁰⁵

7. Mediation und Haftung

Fragen der (Amts-)Haftung sind insoweit zunächst nur für die (Güterichter-) Mediation von Bedeutung, denn sie wird von (nicht mit der jeweiligen Rechtssache betrauten) Berufsrichtern wahrgenommen.²⁰⁶ Insofern stellt sich

198 L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. 2018, § 105, Rn. 31.

199 Statistisches Bundesamt, Neues Fachserienheft 10, Reihe 2.4, »Verwaltungsgerichte 2021«, S. 17.

200 S. etwa M. Wendland, *Mediation und Zivilprozess*, 2017; A. Trossen, *Die Zerstärkung der Mediation*, SchiedsVZ 2015, S. 187 ff.; J. Risse, *Mediation als Strategie zur Streikvermeidung*, NZA 2017, S. 1030 ff.

201 Verbraucherstreitbeilegungsgesetz v. 19.02.2016 (BGBl. I S. 254, 1039), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes v. 25.07.2020 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist; zu diesem Gesetz etwa M. Wendland, *Abschied von der Privatautonomie durch Verbraucherschlichtung?*, KritV 2016, S. 301 ff.

202 RL (EU) 11/2013 über alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (ADR-Richtlinie), ABl. EU 2013 Nr. L165/63.

203 VO (EU) 524/2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. EU 2013 Nr. L 165/1.

204 S. Koehler/M. F. Müller, *Alternative Streitbeilegung und Schiedsverfahren*, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2021, § 29, Rn. 24 ff.

205 Dazu etwa N. Pelzer, *Verbraucherschutz durch Streitschlichtung?*, ZKM 2015, S. 43 ff. (46).

206 S. dazu etwa H. Nölling, *Mediatorenverträge*, 2003, S. 202 ff.; J. F. Bader, *Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht*, 2009, S. 68 ff. und S. 156 ff.; J. M. von Bargen, *Gerichtsinterne Mediation*.

hier die Frage, welchem Haftungsregime die Tätigkeit des Güterichters oder des Streitschlichters nach dem VSBG unterfällt (dazu § 8 B. III. 4. bb)).²⁰⁷ Soweit sich in anderen Mediationsverfahren (§ 278a ZPO) Haftungsfragen stellen, sind diese dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen der vertraglichen oder deliktischen Haftung zu beantworten.²⁰⁸

Für die Haftung im Zusammenhang mit der güterichterlichen Mediation ist entscheidend, wie man diese Tätigkeit einordnet. So war etwa die Natur der »gerichtsinternen Mediation« lange Zeit unklar. Wurde anfänglich davon ausgegangen, dass es sich hierbei um eine administrative Tätigkeit der Justiz handele (im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 1 DRiG)²⁰⁹, wird in der neueren Rechtsprechung die richterliche Mediation durchaus als richterliche Aufgabe eingeordnet, was allerdings nicht automatisch zu einer Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB führen muss.²¹⁰ Soweit die Mediation als richterliche Aufgabe definiert wird, greift jedenfalls ein besonderer Haftungsmaßstab.

E. Neue Institutionen der Streitbeilegung

Zwar wurde die »Streitbeilegung« nie von staatlichen Gerichten monopolisiert, es lässt sich aber dennoch die Tendenz erkennen, dass neue Formen der Streitbeilegung bzw. neue Institutionen auch zu einem Wandel des Aufgabenspektrums der Dritten Gewalt führen. Zum einen wird das Modell der Entscheidung durch (weitgehend) unabhängige Instanzen, insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht durch sog. Beschlussabteilungen und Vergabekammern, in gewisser Weise institutionell kopiert, zum anderen haben sich besondere Formen der Gerichtsbarkeit entwickelt, die speziell gelagerte Streitigkeiten entscheiden. Dies gilt etwa für die Schieds- und Parteigerichtsbarkeit und das weite Feld der sog. »Verbandsgerichtsbarkeit«. Schließlich

Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, 2008, S. 313 f., und S. 231 ff.; eingehend dazu auch *F. Jost*, Haftung, in: *F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen (Hrsg.)*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 29, Rn. 37.

- 207 *T. Husemann*, Der moderierte Vertrag, 2021, S. 80 ff. (dort auch zur Haftung weiterer »Moderatoren«); s. auch BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306.; *O. Kissel/H. Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 137; BT-Drs. 17/5335, S. 14, 20 f.
- 208 Eingehend dazu *F. Jost*, Haftung, in: *F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen (Hrsg.)*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 29, Rn. 4 ff. zur vertraglichen Haftung des Mediators und Rn. 29 ff. zur deliktischen Haftung.
- 209 *S. K.-M. Ortloff*, Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses, NVwZ 2004, S. 385 ff. (389); *J. Schmidt-Räntsche*, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 4, Rn. 34; *R. Wimmer/U. Wimmer*, Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243 ff. (3244 ff.).
- 210 Zum Verhältnis von Mediationsverfahren und Berufungsverfahren s. BGH v. 12.02.2009 – VII ZB 76/07, NJW 2009, 1149.

ist die Tendenz erkennbar, dass nicht Richter im Sinne des DRiG Streitigkeiten entscheiden, sondern Rechtspfleger. Das Modell der klassischen Streitentscheidung durch staatliche Gerichte wird durch diese Entwicklungen einem Systemwettbewerb ausgesetzt, dessen Ergebnis bislang kaum abschätzbar ist. Jedenfalls rückt die Dritte Gewalt offenbar stärker in die Position einer Art »Oberhoheit«, sie trägt – wie es *Wolfgang Hoffmann-Riem* formuliert – eine »Auffangverantwortung«,²¹¹ nicht aber die Verantwortung der »Erstentscheidung«. Hieraus können sich potenziell komplexe Verantwortlichkeitsfragen ergeben, etwa welche Rolle diese »Auffangverantwortung« aus der Perspektive der Haftung spielt.

I. Gütestellen

Alternative Formen der Streitschlichtung sind in etwa seit Mitte der 1990er Jahre zunehmend in das Aufmerksamkeitsfeld des Rechtssystems gerückt.²¹² Aus der Perspektive des Verfassungsrechts hat das BVerfG im Jahre 2007 darauf hingewiesen, dass

»eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, (...) auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugs würdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung«

sei.²¹³ In dem Verfahren ging es im Kern um die Verfassungsmäßigkeit des § 10 GÜSchLG NRW, der eine obligatorische Streitschlichtung durch eine Gütestelle für den Fall vorsah, dass der Streitwert 1.200 DM nicht überstieg.²¹⁴ Das BVerfG erkannte in dem Verfahren zwar an, dass eine solcherart ausgestaltete obligatorische Streitschlichtung den Justizgewährungsanspruch verkürzen könne, sah diesen Eingriff aber als verfassungsrechtlich gerechtfertigt an.

Interessant ist, dass das BVerfG sogar eine verfassungsrechtliche Präferenz für die »einverständliche Lösung« von Konflikten artikulierte. Mit dieser Positionierung des BVerfG ist in gewisser Weise auch ein Bruch mit der Wahrnehmung verbunden, dass einzig der »Prozess« (gemeint als gerichtlicher Prozess) und der durch ihn und in ihm ausgetragene institutionalisierte

211 S. R. Greger, Gerichtsinterne Mediation, RabelsZ 74 (2010), S. 781 ff. (782).

212 S. dazu etwa F. Behrens, Außergerichtliche Streitschlichtung in Zivilsachen, RuP 1997, S. 73 ff.; K. H. Schwab/G. Walter (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005; R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021; H. Prütting (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, 2002.

213 BVerfG v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073 – Obligatorische Streitschlichtung (zu Gütestellen in NRW).

214 Heute § 53 JustG NRW, GVBl. NRW 2010, Nr. 3, S. 30 ff. (G3229) v. 08.02.2010.

rechtliche Konflikt Streitigkeiten in befriedigender bzw. befriedender Weise beilegen könne.²¹⁵

Der Gesetzgeber hatte zuvor im Jahre 2000 mit der Einführung des § 15a in das EGZPO für eine Öffnung des Rechtssystems für die alternative Streitbeilegung gesorgt.²¹⁶ Die Vorschrift ermächtigt den Landesgesetzgeber, die Zulässigkeit für bestimmte Klagen von einem Einigungsversuch bei einer anerkannten Gütestelle abhängig zu machen. Entsprechend haben die meisten Bundesländer daraufhin Schlichtungsgesetze erlassen,²¹⁷ sodass für bestimmte Streitigkeiten ein zuvor durchgeführtes Schlichtungsverfahren vor einer Gütestelle zur Prozessvoraussetzung wurde.²¹⁸ Diese Gesetze waren – wie das ganze Verfahren der obligatorischen Streitschlichtung – einem Lernprozess ausgesetzt,²¹⁹ der im Ergebnis immer wieder zu Novellierungen führte.²²⁰

Der Hauptzweck einer solchen institutionalisierten Streitschlichtung besteht in der mit ihr verbundenen (oder zumindest erhofften) Entlastung der Dritten Gewalt, wiewohl die Streitschlichtung ein anschließendes Beschreiten des gerichtlichen Rechtswegs gerade nicht ausschließt.²²¹ Bei der Dritten Gewalt konzentrieren sich dann nicht mehr so sehr »Bagatellverfahren« mit vermeintlich überschaubaren rechtlichen Problemen, sondern – durch die Filterfunktion des Streitschlichtungsverfahrens garantiert – nur solche ab einem gewissen Komplexitätsgrad. Freilich ist dies nur eine Vermutung, denn weder Streitwert noch Rechtsgebiet müssen etwas über die Komplexität eines Rechtsstreits aussagen.

215 *H. Unberath*, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur – Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Konfliktlösung, *JZ* 2010, S. 975 ff. (977).

216 S. dazu etwa *J. M. Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, 2002, S. 72 ff.; *R. Beunings*, Die obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess, *AnwBl* 2004, S. 82 ff.

217 Etwa Niedersachsen: Niedersächsisches Schlichtungsgesetz – NSchlG v. 17.12.2009 (Nds. GVBl. S. 482) zuletzt geändert am 16.12.2014 (Nds. GVBl. S. 436); Bayern: Bayerisches Schlichtungsgesetz – BaySchlG v. 25.04.2000 (GVBl. S. 268), zuletzt geändert am 08.04.2013 (GVBl. S. 174); Nordrhein-Westfalen: Gütestellen und Schlichtungsgesetz – GüSchlG NRW v. 09.05.2000 (GV. NRW. S. 476) zuletzt geändert am 26.01.2010 (GV. NRW, S. 30); Schleswig-Holstein: Landesschlichtungsgesetz – LSchlG v. 11.12.2001 (GOVBl. S. 361, ber. 2002 S. 218) zuletzt geändert am 17.03.2022 (GOVBl. Schl.-H. S. 301); Rheinland-Pfalz: Landesschlichtungsgesetz – LSchlG v. 10.09.2008 (GVBl. S. 204); Saarland: Landesschlichtungsgesetz – LSchlG v. 21.02.2001 (Amtsbl. I S. 532); in Baden-Württemberg wurde das Schlichtungsgesetz v. 28.06.2000 (GBl. S. 470) hingegen durch Gesetz v. 16.04.2013 (GBl. S. 53) m. W. v. 01.05.2013 aufgehoben.

218 S. dazu BGH v. 23.11.2004 – VI ZR 336/03, NJW 2005, 437 (438). Ob es sich hier um eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung handelt, ist umstritten, s. dazu *I. Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 15a EGZPO, Rn. 2 m. w. Nachw.

219 *J. Lauer*, Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15a EGZPO, NJW 2004, S. 1280 ff.

220 Eingehend dazu *C. Deckenbrock/R. Jordans*, Novellierung der Ausführungsgesetze zu § 15a EGZPO, MDR 2006, S. 421 ff.

221 *J. M. Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, 2002, S. 73 f. m. w. Nachw. aus den Gesetzesmaterialien.

Fragen der Staatshaftung werden bei der Streitschlichtung dagegen häufig ausgeblendet. Verlagert sich mit der institutionalisierten Streitschlichtung das Haftungsrisiko vom Staat auf den Schlichter? Dies hängt letztlich davon ab, wer als Gütestelle anerkannt wird. Soweit die Bundesländer hier auf Rechtsanwälte oder Notare zurückgreifen, finden in der Regel die zivilrechtlichen Haftungsinstitute Anwendung. Dass auch Streitschlichter nicht frei von einem Haftungsrisiko sind, wird auch in den jeweiligen Landesgesetzen reflektiert, sehen sie doch häufig vor, dass die Anerkennung als Gütestelle vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig ist (s. etwa § 48 Abs. 1 JustG NRW für Gütestellen, die nicht von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt getragen werden). Der Wandel – hin zu einer ausdifferenzierten Streitschlichtung – führt so auch dazu, dass Haftungsrisiken verlagert werden.

II. Schiedsgerichtsbarkeit

1. Allgemeines

Während die Streitschlichtung durch Gütestellen eine relativ neue Entwicklung verkörpert, blickt die Streitschlichtung im Rahmen der sog. Schiedsgerichtsbarkeit bereits auf eine lange Tradition zurück.²²² Die in Deutschland maßgeblichen Regelungen im 10. Buch der ZPO (§§ 1025-1066) gehen auf ein UNCITRAL-Modellgesetz zurück (»UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration«),²²³ dessen Vorgaben 1997 durch den deutschen Gesetzgeber umgesetzt wurden. Die »Privatisierung der Justiz« – ein Schlagwort, das im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit häufig verwendet wird²²⁴ – ist daher in erster Linie auf einen kräftigen »Internationalisierungsimpuls« für das deutsche Zivilprozessrecht zurückzuführen.

Die Schiedsgerichtsbarkeit soll schnelle und kostengünstige Streitentscheidungen ermöglichen. Zudem spielt häufig die besondere Sachkunde der Schiedsrichter eine wichtige Rolle, zumal sie von den Parteien selbst ausgewählt werden können.²²⁵ Angesichts dieser Vorteile ist ihre Bedeutung im

222 S. dazu R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 1 ff.; F. N. Rehm, Schiedsgerichtsbarkeit im Rechtssystem, 2009.

223 S. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (Letzter Aufruf: 26.03.2024); s. dazu etwa Binder, The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2000; R. A. Schütze, Rechtsverfolgung im Ausland, 2009, Rn. 512.

224 W. Voit, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, S. 120 ff.; J. Münch, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2022, Vor § 1025, Rn. 2.

225 S. dazu I. Saenger, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 1025, Rn. 1; W. Voit, in: H.-J. Musielak/ders. (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 1025, Rn. 2.

Rahmen des internationalen Wirtschaftsverkehrs überragend.²²⁶ Doch auch in Deutschland steigt ihre Bedeutung kontinuierlich. So betrug z. B. der Streitwert der von der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) betreuten bzw. dort unmittelbar eingeleiteten neuen Schiedsverfahren 1997 lediglich 2,4 Mio. DM. 2007 lag dieser Wert bereits bei 360 Mio. Euro²²⁷ und 2010 bei 1,09 Mrd. Euro. Diese Zahlen sind weiterhin angestiegen (2019 betrug der Streitwert ca. 1,34 Mrd. Euro und 2020 gar 1,8 Mrd. Euro).²²⁸

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die zentrale Idee der Schiedsgerichtsbarkeit besteht darin, dass die Beteiligten einer Streitigkeit auf der Grundlage ihrer verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie vereinbaren, statt eines staatlichen Gerichts ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen.²²⁹ Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen gegen diese vertragliche Derogation der staatlichen Gerichtsbarkeit keine Bedenken, weil auch im Verfahren vor den staatlichen Gerichten der Rechtsstreit jederzeit durch einen Vergleich – als eine Form des Vertrags – beendet werden kann.²³⁰ Zu bedenken ist auch, dass es kein »staatliches Streitentscheidungsmonopol« gibt.²³¹

Besondere Bedeutung kommt der Schiedsgerichtsbarkeit seit jeher bei internationalen Streitigkeiten zu. Dies hängt nicht nur damit zusammen, dass die internationale Vollstreckung von Schiedssprüchen relativ unproblematisch ist und die entsprechenden Verfahren als effizient wahrgenommen werden, sondern ist auch auf den Einfluss der Beteiligten auf die Auswahl der (privaten) Schiedsrichter zurückzuführen. Das Verfahren wird deshalb regelmäßig als neutral angesehen, was bei staatlichen Gerichten offenbar

226 S. nur K.-H. Böckstiegel, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland – Standort und Stellenwert, SchiedsVZ 2009, S. 3 ff. (3).

227 B. Zypries, Zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, SchiedsVZ 2009, S. 1 ff. (2).

228 Die Statistiken für die Jahre 2005 bis 2021 sind abrufbar unter <https://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen/archiv>; die Statistik für 2021 unter <https://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen> (Letzter Aufruf: 26.03.2024); die genannten Zahlen beziehen sich auf den Streitwert betreffend die Klageeingänge für DIS-Schiedsverfahren im genannten Jahr.

229 R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 2 ff.

230 S. dazu schon BGH v. 03.07.1975 – III ZR 78/73, BGHZ 65, 59 (61); ausführlich dazu R. Geimer, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: P. F. Schlosser (Hrsg.), Integritätsprobleme der Justiz, 1994, S. 113 ff. (119 f.); W. Distler, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 117 ff.; H. Sonnauer, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 1992; R. Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, S. 2001 ff.; zur sog. »Doppelnatür« bzw. des »Doppelatbestands« des Vergleichs als Vertrag und prozessuale Handlung s. etwa BGH v. 03.12.1980 – VIII ZR 274/79 (KG), NJW 1981, 823; R. Bork, Der Vergleich, 1988, S. 3 f.; G. Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 514 ff.

231 Dazu § 4 A. II.

nicht immer so gesehen wird.²³² Das UNCITRAL-Modell wurde vor diesem Hintergrund von einer Vielzahl von Staaten in ihr jeweiliges nationales Recht übernommen, sodass hier durchaus von einer »globalen Harmonisierung« des Schiedsverfahrensrechts die Rede sein kann.²³³

3. Besonderheiten des Schiedsverfahrens nach §§ 1029 ff. ZPO

Das Schiedsverfahren unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht von staatlichen Gerichtsverfahren: So steht am Anfang des ZPO-Schiedsverfahrens²³⁴ eine Schiedsvereinbarung der Parteien (§ 1029 ZPO). Durch die Schiedsvereinbarung wird die staatliche Gerichtsbarkeit aufgehoben, mit der Folge, dass Klagen, die die Schiedsvereinbarung zum Gegenstand haben, grundsätzlich unzulässig sind (§ 1032 ZPO). Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter grundsätzlich frei bestimmen (§ 1034 Abs. 1 S. 1 ZPO), wobei die ZPO beim Fehlen einer solchen Vereinbarung in der Regel von drei Schiedsrichtern ausgeht (§ 1034 Abs. 1 S. 2 ZPO). Zudem kann das Verfahren der Schiedsrichterbestellung zwischen den Parteien vereinbart werden (§ 1035 Abs. 1 ZPO), wobei prinzipiell nichts dagegen spricht, dass auch Berufsrichter gem. § 1 DRiG als Schiedsrichter tätig werden (dazu sogleich 4.). Das eigentliche Schiedsverfahren ist vom Grundsatz der Parteiherrenschaft, vom Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien und der Gewährung rechtlichen Gehörs geprägt (§ 1042 Abs. 1 ZPO). Das Schiedsgericht fällt den Schiedsspruch auf der Grundlage des von den Parteien als anwendbar vereinbarten Rechts (§ 1051 ZPO), wobei die Mehrheit der Stimmen der Schiedsrichter entscheidet (§ 1052 Abs. 1 ZPO). Am Ende des Verfahrens steht entweder ein Vergleich (§ 1053 ZPO) oder der Schiedsspruch (§ 1054 ZPO), der nach § 1055 ZPO zwischen den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils entfaltet. Insgesamt wird schon hier deutlich, dass es sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit zumindest um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt.²³⁵ Gegen den Schiedsspruch kann die Partei einen Aufhebungsantrag aus den in § 1059 Abs. 2 ZPO abschließend geregelten Gründen beim zu-

232 W. Voit, in: H.-J. Musielak/ders. (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 1025, Rn. 2.

233 I. Saenger, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozeßordnung, 9. Aufl. 2021, § 1025, Rn. 2 mit einem Verweis auf BT-Drucks 13/5274, S. 28; Übersicht über die betreffenden Staaten bei R. A. Schütze, Rechtsverfolgung im Ausland, 2009, Rn. 512.

234 Inzwischen gibt es auch eine Reihe »spezieller« Schiedsverfahren, etwa bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten oder im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, s. P. Schlosser, in: F. Stein/M. Jonas (Hrsg.), ZPO Kommentar, 23. Aufl. 2014 Bd. 7/2, Vor § 1025, Rn. 18 ff.

235 S. dazu M. Schenk, Schiedsfreiheit und staatliche Schutzpflichten, 2019, S. 19.

ständigen staatlichen Gericht stellen.²³⁶ Erst hier kommt – wenn auch durch einen *Numerus clausus* begrenzt – die staatliche Justiz wieder ins Spiel.

4. Schiedsrichterhaftung

Die ZPO sieht ausdrücklich keine Haftung der Schiedsrichter eines Schiedsverfahrens vor, vielmehr können die Parteien des Schiedsverfahrens gem. § 1038 ZPO zunächst nur die Beendigung seines Amtes vereinbaren. Diese Vorschrift schließt aber eine Haftung des Schiedsrichters nicht aus. Wonach richtet sich also die Haftung eines Schiedsrichters im Schiedsverfahren? Weil zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern ein Vertrag geschlossen wird, greift hier zunächst allgemein die vertragliche Haftung gem. § 280 BGB. Den Verschuldensmaßstab bilden insofern Vorsatz und Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.²³⁷

Allerdings hat insbesondere die Rechtsprechung schon früh Tendenzen erkennen lassen, diese Haftung für den Schiedsrichter einzuschränken, indem sie die Haftungsbegrenzung des § 839 Abs. 2 BGB als im Schiedsvertrag konkludent mitvereinbart betrachtete.²³⁸ Insofern scheint sich die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Schiedsrichters kaum von der eines Berufsrichters im Sinne des Art. 92 GG zu unterscheiden. Obwohl also die private Schiedsgerichtsbarkeit eine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit darstellen soll, ein Element »regulierter Selbstregulierung«, und der Verwirklichung der Privatautonomie auch im Bereich der Streiterledigung dienen soll, so findet doch eine rechtliche Gleichstellung hinsichtlich der Haftungsverantwortlichkeit statt.

Ob dieser Ansatz wirklich überzeugend ist, steht auf einem anderen Blatt.²³⁹ Dass hier weitgehende Haftungsausschlüsse als konkludent vereinbart gelten, ist zumindest problematisch. Komplex wird die Frage nach einer Schiedsrichterhaftung darüber hinaus, wenn Berufsrichter als Schiedsrichter tätig werden.²⁴⁰ Nach § 40 Abs. 1 DRiG darf Richtern eine Nebentätigkeit

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

237 *J. Gal*, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2009, S. 143 ff.

238 Erstmals RG v. 21.03.1898 – Rep. VI. 350/97, RGZ 41, 251 (255); s. auch BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12 (15); eingehend dazu *B. Osterthun*, Schadensfälle im Schiedsverfahren, 2002, S. 341 ff.; *J. Gal*, Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 2009, S. 169 ff.; *W. Voit*, in: *H.-J. Musielak* (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 1035, Rn. 25.

239 Ausführlich dazu § 8.

240 Dazu etwa BGH v. 12.12.1963 – VII ZR 23/62, NJW 1964, 593; OLG Hamburg 14.12.1982 – 9 U 22/82, VersR 1983, 787; *W. Timm*, Richterliche Nebentätigkeit in Schiedsgerichten, in: *Köbler/Heinze/Schapp*, Freundesgabe Söllner, 1990, S. 561 ff.; *ders.*, Staatliche Behinderung der Mitwirkung von

als Schiedsrichter nur genehmigt werden, wenn die Parteien des Schiedsvertrags ihn gemeinsam beauftragen oder wenn er von einer unbeteiligten Stelle benannt ist. Soweit aber die Vorgaben des § 40 DRiG nicht eingehalten werden, sind hiermit womöglich auch haftungsrechtliche Konsequenzen verbunden.²⁴¹

III. Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit

Dass staatlichen Gerichten mitunter »nur noch« eine Auffangverantwortung zukommt, lässt sich im Bereich der sog. Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit ebenfalls beobachten.²⁴² Freilich sind die hierunter fallenden »Gerichtsbarkeiten« diffus und in ihrer Bedeutung und der jeweiligen Ausgestaltung des Verfahrens kaum auf einen Nenner zu bringen. Interessant ist gleichwohl, dass Systematisierungen hier zumeist an der Schnittstelle zur staatlichen Gerichtsbarkeit ansetzen.²⁴³ Je weniger Prüfungskompetenzen staatliche Gerichte in diesem Feld haben, desto autonomer agieren die jeweiligen »Gerichte« und üben zumindest im materiellen Sinne »Rechtsprechung« aus. Dies hängt wesentlich vom Grad ihrer Unabhängigkeit und der rechtsstaatlichen Ausgestaltung der jeweiligen Verfahren ab.

Ähnlich wie die Schiedsgerichtsbarkeit wurzelt auch die Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit in der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie bzw. Vereinsautonomie.²⁴⁴ Von überragender Bedeutung ist heute insbesondere die sog. »Sportgerichtsbarkeit«²⁴⁵ sowie der Sonderfall der »Parteigerichte« gem. § 14 PartG (dazu sogleich IV.). Indes muss zwischen verschiedenen Organisationsformen unterschieden werden: Einmal gibt es die echten Vereinsgerichte, z. B. sog. »Ehrengerichte«. Daneben können Verbands- und Vereinsgerichte aber auch echte Schiedsgerichte im Sinne der §§ 1025 ff.

Justizangehörigen in der Schiedsgerichtsbarkeit?, ZRP 1995, S. 328 ff.; *J.-P. Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, 2005, S. 477 ff.

241 Diese Folge wird – soweit ersichtlich – nur selten diskutiert. Allgemein zu den Folgen einer fehlenden Nebentätigkeitsgenehmigung s. *J. Schmidt-Rätsch*, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl., 2009, § 40, Rn. 14; *J.-P. Lachmann*, Nebentätigkeit des Richters im schiedsrichterlichen Verfahren, in: FS Schlosser, 2005, S. 477 ff. (485 f.) mit Nachw. aus der Rechtsprechung.

242 Dazu etwa *P. Schlosser*, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, 1972; *H. P. Westermann*, Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, 1972; *ders.*, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, S. 537 ff.; *S. Stommel*, Die Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Berufsverbände, 2002.

243 S. nur *M. M. Nolte*, Schiedsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat – Zu den grundgesetzlichen Determinanten der deutschen Sportgerichtsbarkeit, in: *A. Trunk/A.-M. Nuutila/V. Nekrošius* (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung, 2006, S. 116 ff. (118).

244 S. etwa *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 77 ff.

245 S. dazu *F. Oschütz*, Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2005; *J. Adolphsen*, Grundfragen und Perspektiven der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, S. 169 ff.; *J. Tyrolt*, Sportschiedsgerichtsbarkeit und zwingendes staatliches Recht, 2007.

ZPO (ggf. auch als außervertragliches Schiedsgericht im Sinne des § 1066 ZPO) sein. Dies ist insbesondere bei den ständigen internationalen Sportgerichten, etwa dem CAS, der Fall, deren Schiedssprüche in Deutschland entsprechend auch anerkennungsfähig sind. Schwierig einzuordnen sind schließlich hybride Formen der Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit (sog. »unechte Schiedsgerichte«), die also weder echtes Vereinsgericht noch echtes Schiedsgericht sind. In aller Regel sind etwa diverse Verbandsgerichtsbarkeiten diesem Typus zuzuordnen, weil die Verbandsmitglieder weder Einfluss auf die Auswahl der entsprechenden Schiedsrichter haben, noch die sonstigen Anforderungen der §§ 1025 ff. ZPO vorliegen.²⁴⁶ Das Ineinandergreifen von staatlicher Gerichtsbarkeit und Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit ist primär bei diesen »hybriden Gerichtsbarkeiten« durchaus schwierig zu bestimmen, werden doch recht unterschiedliche Standpunkte hinsichtlich des Kontrollmaßstabs der staatlichen Gerichte vertreten.²⁴⁷

Die Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeit ist zwar aus der Perspektive des Verfassungsrechts Ausfluss der Vereinsautonomie bzw. der Vertragsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG,²⁴⁸ ihre Existenz verdankt sie aber nicht nur diesem Umstand des verfassungsrechtlich Erlaubten. Vielmehr weisen die entsprechenden Gerichte regelmäßig höhere Sachkunde in den entsprechenden Bereichen auf, wie auch die Verfahren in der Regel schneller und kostengünstiger als vor staatlichen Gerichten sein dürften.²⁴⁹ Hierbei sind sie aber, wie das Bundesverfassungsgericht noch jüngst entschieden hat, an grundlegende rechtsstaatliche Verfahrensgarantien gebunden.²⁵⁰

Angesichts der globalen Bedeutung des Sports und seines außerordentlich hohen internationalen Vernetzungsgrades entspringt die Verbandsgerichts-

246 Dazu BGH v. 01.06.1994 – VIII ZR 36/93, NJW 1994, 2226 (2227).

247 Dazu *J. Adolphsen*, Internationale Dopingstrafen, 2003, S. 348 ff.; *V. Röhricht*, in: ders. (Hrsg.) Sportgerichtsbarkeit, u.a. 1997, S. 19 ff.; Der BGH hat hier in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1995 (BGH v. 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93, NJW 1995, 583 ff. [587]) ausgeführt, dass ordentliche Gerichte Entscheidungen im Rahmen der Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit »auf ihre Begründetheit im Gesetz und in wirksamen – ihrerseits der Inhaltskontrolle auf ihre Angemessenheit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unterliegenden – Bestimmungen des maßgeblichen vereinsinternen Regelwerks, die Einhaltung eines elementaren, rechtsstaatlichen Normen und der eigenen Verfahrensordnung des Verbandes entsprechenden Verfahrens, die Fehlerfreiheit der dem Spruch zugrundeliegenden Tatsachenermittlungen sowie bei sozial mächtigen Verbänden wie dem Bekl. auf ihre Billigkeit (sonst auf grobe Unbilligkeit) überprüfen.« Zum Ganzen auch *M. Nolte*, Schiedsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat – Zu den grundgesetzlichen Determinanten der deutschen Sportgerichtsbarkeit, in: *A. Trunk/A.-M. Nuutila/V. Nekrošius* (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung, 2006, S. 116 ff. (118 f.).

248 BVerfG v. 03.06.2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677 (2679).

249 Dazu etwa früh *R. A. Schütze/D. Tschering/W. Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Einleitung, Rn. 3.

250 BVerfG v. 03.06.2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677 (2679 ff.); zu diesem Problemkreis s. auch *M.-C. Bareuther*, Transparenz in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit, 2021.

barkeit in diesem Bereich dem Bedürfnis, Streitschlichtung unter den Bedingungen der Globalisierung gerecht werden zu können, was insbesondere auch bedeutet, dass der Streitschlichtung *anationale Regelungen* zugrunde gelegt werden dürfen.²⁵¹ Hiermit ist die internationale Herausbildung einer »lex sportiva« gemeint, eines Rechtsgebiets, das wesentlich durch Verbandsatzungen und -regeln bestimmt wird.²⁵² Diese Entwicklung in Form der »unregulierten Selbstregulierung« (es gibt bis auf wenige Ausnahmen kein staatliches bzw. überstaatliches »Sportrecht«) soll gerade dazu beitragen, die staatliche »Verrechtlichung« eines globalen Phänomens zu verhindern.²⁵³

Gleichwohl fragt sich auch in diesem Zusammenhang, wie es mit der Haftung im Rahmen der Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit bestellt ist. So weit die entsprechenden Gerichte »echte Schiedsgerichte« verkörpern, wird nach ganz überwiegender Meinung der Umfang der Haftung wiederum durch § 839 Abs. 2 BGB begrenzt, d. h., dass auch private Schiedsrichter in den Genuss des Haftungsprivilegs kommen können.²⁵⁴

IV. Parteigerichtsbarkeit

Auch die politischen Parteien verfügen als Ausfluss der verfassungsrechtlichen Parteienautonomie (Art. 21 GG) über eine eigene »Parteigerichtsbarkeit«.²⁵⁵ Nach § 14 Abs. 1 PartG haben die politischen Parteien bei der Partei selbst und bei den Gebietsverbänden der höchsten Stufe »Schiedsgerichte« zu bilden. Die Aufgabe dieser »Schiedsgerichte« besteht vornehmlich darin, die einzelnen Parteimitglieder bzw. Minderheiten in der Partei vor unberechtigten Maßnahmen der Partei zu schützen.²⁵⁶ Nach dem PartG sind solche

251 *J. Adolphsen*, Grundfragen und Perspektiven der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, S. 169 ff.

252 Zur »Lex sportiva« *P. Buck-Heeb/A. Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 84 ff.; *A. Röthel*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaats, JZ 2007, S. 755 ff.; *S. Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, S. 312 ff.

253 *J. Adolphsen*, Grundfragen und Perspektiven der Sportschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, S. 169 ff.

254 BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12; *S. Stommel*, Die Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Berufsverbände, 2002, S. 235 f.

255 S. etwa *D. Kressel*, Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, 1998; *N. Zimmermann*, Rechtsstaatsprinzip und Parteigerichtsbarkeit, 1979; *T. Graf Kerssenbrock*, Der Rechtsschutz des Parteimitgliedes vor Parteischiedsgerichten, 1994; *M. Vollkommer*, Sind die »Schiedsgerichte« der politischen Parteien nach dem Parteidigesetz echte Schiedsgerichte im Sinne der Zivilprozeßordnung?, in: FS Nagel, 1987, S. 474 ff.; *A. de Petris*, Die Verwirklichung innerparteilicher Demokratie und die Transparenz innerparteilicher Entscheidungsprozesse für die Öffentlichkeit, MIP 2000, S. 53 ff. (55 ff.); *S. Roßner*, Parteiausschluss, Parteidordnungsmaßnahmen und innerparteiliche Demokratie, 2014, S. 187 ff.

256 *H. Wissmann*, in: *J. Kersten/S. Rixen (Hrsg.)*, PartG, 2009, § 14, Rn. 3.

Maßnahmen etwa der Ausschluss aus der Partei (§ 10 Abs. 5 S. 1 PartG), Fragen der Anwendung und Auslegung der jeweiligen Parteisatzung (§ 14 Abs. 1 S. 1 PartG) oder die Auflösung von Gebietsverbänden bzw. die Amtsenthebung ganzer Organe von Gebietsverbänden (Art. 16 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 PartG). Das Verfahren der jeweiligen »Schiedsgerichte« ist in den jeweiligen Schiedsgerichtsordnungen der politischen Parteien zu regeln, die diese gem. § 14 Abs. 4 PartG zu erlassen haben. Das PartG regelt diesbezüglich die rechtsstaatlichen Mindeststandards (rechtliches Gehör, faires Verfahren und Ablehnungsrecht gegenüber den Schiedsrichtern, Art. 14 Abs. 3 PartG).

Obwohl Art 14 Abs. 1 PartG ausdrücklich von »Schiedsgerichten« spricht und damit einen zivilrechtlichen Terminus verwendet, scheint es einen breiten Konsens darüber zu geben, dass es sich bei den Parteischiedsgerichten nicht um Schiedsgerichte im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO (ggf. i. V. m. § 1066 ZPO) handelt.²⁵⁷ Wichtig ist diese Frage aus zweierlei Gründen: Zunächst wäre die Kontrollkompetenz der staatlichen Gerichte gem. §§ 1059, 1062 ZPO stark eingeschränkt, würde man die Parteischiedsgerichte als »echte Schiedsgerichte« behandeln. Zudem müsste ihre Haftung dann, ähnlich wie die der »echten Schiedsgerichte« gesehen werden, mit der Folge, dass die Beschränkung des § 839 Abs. 2 BGB zum Tragen kommen könnte.

Zu beachten ist bei der Frage zunächst, dass der Gesetzgeber den Parteien in § 14 PartG durchaus die Möglichkeit gegeben hat, ihre Schiedsgerichtsbarkeit als »echte Schiedsgerichtsbarkeit« auszustalten, denn sowohl die geforderte Unabhängigkeit der Schiedsrichter (§ 14 Abs. 2 S. 2 PartG) ist zu gewährleisten als auch ein rechtsstaatliches Verfahren (§ 14 Abs. 4 PartG). Hinzu kommt, dass es den Parteien freisteht, den Beteiligten im parteischiedsgerichtlichen Verfahren Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu gewähren (§ 14 Abs. 3 PartG). Schon angesichts dieser Ausgestaltungen des PartG wird deutlich, dass die Frage, ob das 10. Buch der ZPO (ggf. über § 1066 ZPO entsprechend) anzuwenden ist, maßgeblich von der jeweiligen Schiedsordnung der Parteien abhängt. In diesem Sinne haben die staatlichen Gerichte die jeweiligen Parteigerichtsbarkeiten auch un-

257 OLG Frankfurt v. 29.07.1970 – 18 W 32/70, NJW 1970, 2250; H. Wissmann, in: J. Kersten/S. Rixen (Hrsg.), PartG, 2009, § 14, Rn. 3; R. Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem PartG, 1974, S. 173 ff.; N. Heimann, Die Schiedsgerichtsbarkeit der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland, 1977, S. 142 f.; J. Risse, Der Parteiausschluß, 1985, S. 182 ff.; R. Grauwert, Parteiausschluß und innerparteiliche Demokratie, 1987, S. 153; M. Morlok, Couleurzwang für Rechtsanwälte? – Zum Recht der politischen Parteien auf tendenzielle Willensbildung, NJW 1991, S. 1162 ff. (1164); J. Ipsen, ParteienG, 2. Aufl. 2018, § 14, Rn. 2 ff.; S. Lenski, ParteienG, 2011, § 14 Rn. 3 ff.

terschiedlich typisiert. Während etwa die CDU-Parteischiedsgerichtsbarkeit zuweilen als «echte» Schiedsgerichtsbarkeit eingestuft wurde,²⁵⁸ scheint dies nach der Rechtsprechung einzelner Gerichte in Anbetracht der Schiedssatzung der SPD bei der SPD-Schiedskommission nicht der Fall zu sein.²⁵⁹

Nimmt man dagegen die Aussagen des BVerfG im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Mitgliedern aus der CDU wegen deren Mitgliedschaft in der »Scientology-Bewegung« ernst, so wird deutlich, dass schon von Verfassungs wegen einer strukturellen Ähnlichkeit hinsichtlich der Kontrollkompetenz der staatlichen Gerichte bei »echten Schiedsverfahren« und Verfahren der »Parteischiedsgerichtsbarkeit« besteht, denn das BVerfG geht hier, wie es im Jahre 2020 noch einmal unterstrichen hat, von einer auf eine Willkürgrenze beschränkte Kontrolldichte der staatlichen Gerichte aus.²⁶⁰ Diese Kontrolldichtekonzeption unterscheidet sich mitunter beträchtlich von der der ordentlichen Gerichte in anderen Verfahren.²⁶¹ Insofern ist davon auszugehen, dass sie sich zumindest an die Kriterien des § 1059 ZPO angenähert und der Staat sich damit aus der Rechtskontrolle des parteilichen Schiedswe-sens mehr oder weniger verabschiedet hat. Zumindest die Frage der Haftung der Parteigerichtsbarkeit wäre, betrachtete man die Parteischiedsgerichte als «echte» Schiedsgerichte, dann eindeutiger zu beantworten.

258 LG Bonn v. 22.02.1990 – 150345/89, NVwZ 1991, 1118: »obgleich die Kammer dazu neigt, daß es sich im Falle des Rehabilitationsverfahrens um ein Schiedsgerichtsverfahren i. S. der ZPO handelt«; a. A. OLG Köln v. 19.12.1990 – 24 U 51/90, NVwZ 1991, 1116: »Der Senat teilt diese Auffassung nicht, sondern sieht den Beschluß als Maßnahme eines Parteiorgans an, die wie Maßnahmen sonstiger Vereine von den staatlichen Gerichten nach der Rechtsprechung des BGH darauf überprüft werden kann, ob sie eine Stütze in der Satzung hat, ob das satzungsmäßig vorgesehene Verfahren beachtet, sonst keine Gesetzes- oder Satzungsverstöße vorgekommen sind, ob die Maßnahme nicht grob unbillig oder willkürlich ist und ob die Tatsachen richtig ermittelt sind«, zu diesen Urteilen *M. Morlok*, Couleurzwang für Rechtsanwälte? – Zum Recht der politischen Parteien auf tendenzielle Willensbildung, NJW 1991, S. 1162 ff.; s. auch LG Hamburg 17.05.1990 – 96 O 307/88, BB 1991, 504; zum Ganzen *D. Kressel*, Parteigerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, 1998, S. 278 ff.; s. auch *M. Vollkommer*, Sind die »Schiedsgerichte« der politischen Parteien nach dem Parteiengesetz echte Schiedsgerichte im Sinne der Zivilprozeßordnung?, in: *FS Nagel*, 1987, S. 474 ff. (478 ff.).

259 OLG Düsseldorf v. 19.08.2002 – I-6 Sch 8/02, NJW-RR 2003, 142.

260 BVerfG v. 28.03.2002 – 2 BvR 307/01, NJW 2002, 2227 – Scientology-Mitglied; BVerfG v. 27.05.2020 – 2 BvR 121/14, NVwZ-RR 2020, 665, eingehend zu dieser Frage auch *S. Roßner*, Parteiausschluss, Parteidordnungsmaßnahmen und innerparteiliche Demokratie, 2014, S. 187 ff.; *H. P. Bull*, Urteilsanmerkung, DVBl. 2014, S. 259 ff.

261 S. OLG Köln v. 19.12.1990 – 24 U 51/90, NVwZ 1991, 1116; dazu auch *S. Roßner*, Bock oder Gärtner? Innerparteiliche Demokratie und Prüfung von Parteiausschlüssen durch staatliche Gerichte, Zugleich zu Kammergericht Berlin vom 10.09.2013, Az. 7 U 131/12, in: *M. Morlok/T. Poguntke/S. Sokolow* (Hrsg.), Parteienstaat – Parteidemokratie, 2018, S. 95 ff.

F. Wandel innerhalb der Justiz

Die Herausforderungen, die durch die zunehmende Komplexität des Rechts verursacht werden, haben auch innerhalb der Justiz zu Wandlungen geführt, die im Folgenden an drei Beispielen festgemacht werden sollen, die für eine Haftung der Dritten Gewalt von besonderer Bedeutung sind: Zum einen geht es um die Zuweisung von immer mehr Aufgaben an die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit, die mit der Verabschiedung des FamFG einen weiteren Höhepunkt erreicht hat.²⁶² Zudem kann an der »zweiten Säule« der Dritten Gewalt – dem Rechtspfleger²⁶³ – anschaulich demonstriert werden, wie der Gesetzgeber versucht, innerhalb des Justizwesens weniger komplexe Sachverhalte aus dem Aufgabenportfolio der Richter herauszunehmen. Hiermit sind in der Regel auch Verschiebungen hinsichtlich der Haftungsverantwortlichkeit verbunden, weil etwa große Teile der Aufgabenerledigung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit als »administrative Aufgaben« von Richtern gelten, auf die § 839 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden, wie auch Tätigkeiten der Rechtspfleger nicht unter diese Vorschrift gefasst werden können.²⁶⁴ Zum anderen spielt in diesem Zusammenhang der gerichtliche Sachverständige eine immer wichtigere Rolle, was sich schon daran ablesen lässt, dass der Gesetzgeber mit § 839a BGB eine eigene Haftungsgrundlage für den Fall eines fehlerhaften Gutachtens geschaffen hat.

I. Internationalisierung durch »Commercial Courts«

In den letzten Jahren sind unter den Überschriften »Wettbewerb der Rechtsordnungen«²⁶⁵ oder »Law made in Germany«²⁶⁶ zahlreiche Debatten über die Positionierung des deutschen Rechts- und insbesondere auch Streitentscheidungssystems im internationalen Kontext geführt worden.²⁶⁷ Eine neue Entwicklung in diesem Zusammenhang ist die Einrichtung von sog. *Commercial Courts* in Baden-Württemberg, also »spezialisierte« Kammern des Landgerichts in Stuttgart und Mannheim.²⁶⁸ Hier sollen in englischer Sprache

262 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008, BGBl. I 2586.

263 J. Vogel, EDV: Die Verfahrensherrschaft des Rechtspflegers muß unangetastet bleiben – Aspekte aktueller Rechtspolitik, RpflBl 1979, S. 26 ff. (28).

264 Dazu etwa L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 11, Rn. 1.

265 S. etwa A. Peters, Wettbewerb der Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2015), S. 7 ff.

266 https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/international/140829-broschuere-law_en.pdf (Letzter Aufruf: 15.03.2024).

267 G. Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017.

268 <https://commercial-court.de> (Letzter Aufruf: 15.03.2024).

handels- und wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten entschieden werden. Ähnliche Entwicklungen sind auch in Hamburg und Frankfurt a. M. (Kammern für internationale Handelssachen) zu verzeichnen.²⁶⁹ Darüber hinaus wurden im Jahre 2021 im Bundesrat Initiativen zu einer Ergänzung des GVG eingebracht.²⁷⁰ Hiernach sollte u. a. der Begriff der »internationalen Handelssache« legaldefiniert werden (§§ 114a ff. GVG-E) sowie über § 119b GVG-E spezielle Senate bei den Oberlandesgerichten eingerichtet werden.

Mit der Einrichtung von *Commercial Courts* bzw. Kammern für internationale Handelssachen auf Grundlage von Geschäftsverteilungsbeschlüssen der jeweiligen Gerichtspräsidenten sind letztlich auch haftungsrechtliche Fragestellungen verbunden. Auch wenn hier zunächst keine Abweichungen von den allgemeinen Regeln für die Haftung der Dritten Gewalt – *Commercial Courts* sind Zivilkammern beim Landgericht bzw. Kammern für Handelssachen (§ 93 ff. GVG) – zu verzeichnen sind, so liegt es auf der Hand, dass die intendierte internationale Ausrichtung »neue Komplexitäten« erzeugen kann (Verhandlung in englischer Sprache etc.), die auch haftungsrechtliche Folgen nach sich ziehen können.

II. Bedeutung der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit – der Begriff leitet sich leicht irreführend aus der römisch-rechtlichen »*iurisdictio voluntaria*« ab und bezog sich auf bestimmte Adoptionsverfahren – ist seit jeher Teil der Zivilgerichtsbarkeit.²⁷¹ Die gängige Unterscheidung zwischen »streitiger« und »freiwilliger« Gerichtsbarkeit führt indes nicht weiter, weil mitnichten alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit »unstreitiger« Natur sind. Die Abgrenzung kann hier letztlich nur auf der Grundlage der gesetzlichen Zuweisungen erfolgen (s. § 23a Abs. 2 GVG).²⁷²

Dennoch unterscheiden sich viele der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Verfahren von denen der sog. streitigen Gerichtsbarkeit. Dies ist schon darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz zur Anwendung kommt (§ 26

269 Dazu früh *H. Hoffmann*, Kammern für internationale Handelssachen, 2011.

270 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gerichte in Wirtschaftsstreitigkeiten, BR-Drs. 219/21 v. 07.05.2021; zu den aktuellen Entwicklungen <https://www.lto.de/recht/justiz/j/commercial-courts-deutschland-gesetzentwurf-koalitionsvertrag-internationale-kammern-gerichte/> (Letzter Aufruf: 13.09.2022).

271 *E. Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 410.

272 So auch *O. Jauernig/B. Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 3, Rn. 34; *F. Jakoby*, in: *A. Dutta/F. Jakoby/D. Schwab* (Hrsg.), FamFG Kommentar, 4 Aufl. 2022, § 1, Rn. 3 ff.

FamFG).²⁷³ Mit dem FamFG hat der Gesetzgeber im Jahre 2008 u. a. Betreuungssachen, Nachlass- und Teilungssachen, Registersachen,²⁷⁴ Verfahren in Freiheitsentziehungen gem. § 415 FamFG, Angebotsverfahren, Grundbuchsachen oder Schiffsregistersachen – und insbesondere alle Verfahren der Familiengerichtsbarkeit – der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen.

Mit dem FamFG wurde erstmals ein einheitliches und weitgehend in sich geschlossenes Verfahrensgesetz für die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschaffen.²⁷⁵ Aus der Perspektive der Haftung der Dritten Gewalt ist diese Konsolidierung bemerkenswert, denn sie erlaubt eine bessere Systematisierung der Bereiche, in denen § 839 Abs. 2 BGB – jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung – zur Anwendung gelangt. Dies gilt für Richter in den Bereichen, in denen ihnen das FamFG administrative Aufgaben zuweist, bzw. in solchen, in denen kein »Urteil in einer Rechtssache« zu fällen ist.

III. Die Rolle der Rechtspfleger

Darüber hinaus hat das FamFG die Rolle des Rechtspflegers einmal mehr aufgewertet. Angesichts der Bedeutung, die Rechtspflegern im Justizwesen heute zukommt, ist es wenig erstaunlich, dass es immer wieder zu Diskussionen kommt, ob sie nicht auch »Richter« im Sinne des Art. 92 GG bzw. des GVG sind.²⁷⁶ Diese Diskussion hängt eng mit der Frage zusammen, was eigentlich unter »Rechtsprechung« bzw. »Gericht« zu verstehen ist. Solange der Gesetzgeber Aufgaben an »Gerichte«, nicht aber an »Richter« überträgt, können auch Rechtspfleger als »Gerichte« (nicht aber als »Richter«!) entscheiden (s. § 11 RpflG). Gegen diese Entscheidungen können jeweils Rechtsmittel eingelegt werden. Schon aufgrund ihrer sachlichen Unabhängigkeit (§ 9 RpflG) und angesichts der Fülle ihrer Aufgaben kann daher die Diskussion über den Status des Rechtspflegers nicht überraschen. So hat schon *Walther Habscheid* recht früh die Richtereigenschaft von Rechtspflegern bejaht,²⁷⁷ und auch in jüngerer Zeit wird immer wieder vertreten, dass Rechtspfleger nicht nur Rechtsprechung im materiellen Sinne, sondern auch im for-

273 Eine Ausnahme bilden hier die Familienstreitsachen gem. § 113 Abs. 1 FamFG.

274 S. dazu *J. Neumann*, Staatshaftung im Bereich des Handelsregisters, 2009.

275 Eingehende Würdigung der Neuerungen und eine Bewertung nach zehn Jahren bei *J. Heinemann*, 10 Jahre Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG, FGPrax 2019, S. 145 ff.

276 Eingehend dazu *M. Wenzel*, Der Rechtspfleger aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, 2019.

277 *W. Habscheid*, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation – Zugleich ein Beitrag zum Begriff des »Richters« im Sinne des Grundgesetzes, Rpfleger 1968, S. 237 ff.; *ders.*, Zur Stellung des Rechtspflegers nach dem neuen Rechtspflegergesetz, NJW 1970, S. 1175.

mellen Sinne ausüben.²⁷⁸ Die Konsequenzen einer solchen Betrachtungsweise liegen auf der Hand: Wandel und Ausdifferenzierung der Dritten Gewalt haben dazu geführt, dass § 839 Abs. 2 BGB auch jenseits seines originären Anwendungsbereichs inzwischen eine wichtige Funktion zugeschrieben wird. Je weiter das Tatbestandsmerkmal »Richter« in § 839 Abs. 2 BGB ausgelegt wird, desto größer wird der Adressatenkreis dieser Privilegierung. So trägt nicht nur der Wandel der Verfahren und Aufgaben der »ersten Säule« der Dritten Gewalt dazu bei, dass die Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 2 BGB eine immer größere Rolle spielt, sondern möglicherweise auch die Extension des ursprünglichen Adressatenkreises der Vorschrift. Freilich agiert die Rechtsprechung in diesen Fragen zurückhaltend, was eine Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB zumindest gegenwärtig ausschließt.²⁷⁹

IV. Gerichtliche Sachverständige und die Rolle von Expertenwissen

Die Dritte Gewalt stößt häufig bei der Rekonstruktion der »prozessualen Wahrheit« an ihre Grenzen. Die Komplexität von Rechtsstreitigkeiten nimmt eher zu denn ab. Neue Technologien und gesellschaftliche Entwicklungen machen es der Rechtsprechung schwer, Sachverhalte adäquat einzuschätzen. Die Prozessordnungen erlauben vor diesem Hintergrund seit jeher den »Sachverständigenbeweis« durch sog. gerichtliche Sachverständige (§§ 402–414 ZPO, § 98 VwGO i. V. m. §§ 402–414 ZPO, §§ 72 ff. StPO). Sachverständige bringen unverzichtbares Expertenwissen in das gerichtliche Verfahren und entscheiden damit nicht selten über den Ausgang des Verfahrens.²⁸⁰ Es gibt Stimmen, die behaupten, dass Gerichte in bis zu 90 % aller Fälle den Einschätzungen von Sachverständigen folgen.²⁸¹ Angesichts dieses Einflusses »externen Wissens« auf rechtliche Entscheidungen verwundert es auch nicht, dass sich insbesondere das Verwaltungsrecht schon seit einigen Jahren mit der Rolle »fremden Wissens« im Recht auseinandersetzt.²⁸²

278 *M. Tams*, Der Rechtspfleger als Richter i. S. d. Grundgesetzes – eine Bestandsaufnahme oder eine Absege an das Erfordernis persönlicher Unabhängigkeit, *Rpfleger* 2007, S. 581.

279 BVerfG v. 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 – Kontrolle des Rechtspflegers; *H. M. Ule*, Der Rechtspfleger und sein Richter, 1983, Rn. 56 ff.

280 Ausführlich dazu etwa *O. Leclerc*, *Le Juge et L'expert*, 2005; zur historischen Entwicklung *L. Franck*, Juristen und Sachverständige, 2013; *V. Boehme-Neßler*, Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Sachverständigen, *Rechtswissenschaft* 5 (2014), S. 189 ff.; *C. Meller-Hannich*, Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, *ZZP* 129 (2016), S. 263 ff.; *W. Bayerlein/K. Bleutge/W. Roeßner* (Hrsg.), *Praxishandbuch Sachverständigenrecht*, 6. Aufl. 2021.

281 Dazu am Beispiel des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess *I. Scholz*, Unter die Lupe genommen – der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, *VersR* 67 (2016), S. 625 ff. (625).

282 Vgl. am Beispiel des Verwaltungsverfahrens etwa *A. Nußberger*, Sachverständigenwissen als Determinante verwaltungsrechtlicher Einzelentscheidungen, *AÖR* 129 (2004), S. 282 ff.; *A. Seidel*, Privater

Im Hinblick auf diese Bedeutung von Sachverständigen hat der Gesetzgeber mit § 839a BGB einen eigenen Haftungsanspruch gegen den gerichtlichen Sachverständigen geschaffen. Hiernach haftet der Sachverständige im Falle eines vorsätzlich oder grob fahrlässig erstatteten unrichtigen Gutachtens für den entsprechenden Schaden, soweit eine gerichtliche Entscheidung auf diesem Gutachten beruht. Die Frage der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen ist vor der Einführung des § 839a BGB häufig diskutiert worden, und der Gesetzgeber hat erkennbar ein bestehendes Problem zu lösen versucht.²⁸³ An der Konsistenz dieses Ansatzes darf allerdings mit guten Gründen gezweifelt werden. Warum spielt in diesem Zusammenhang etwa die Rechtskraft der richterlichen Entscheidung keine nennenswerte Rolle, bei einem falschen Urteil aber sehr wohl? Wie erklärt sich der Haftungsmaßstab der Fahrlässigkeit, der beim Spruchrichterprivileg nicht zur Anwendung gelangt? Auch an diesem Beispiel wird deutlich, dass das Spruchrichterprivileg systematisch nur schwer in die heutige »Verfahrenslandschaft« eingepasst werden kann und nicht selten Widersprüche aufdeckbar sind.

G. Entscheidungsspektrum der Dritten Gewalt

Der Wandel der Dritten Gewalt hat schließlich auch Einfluss auf ihr Entscheidungsspektrum. Gehen zumindest die öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen nach wie vor davon aus, dass ein Rechtsstreit durch ein Urteil abgeschlossen wird, so zeigt sich, dass insbesondere der weniger formelle Beschluss als Entscheidungsmodus der Dritten Gewalt stetig an Bedeutung gewinnt. So werden die Verfahren im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss (§ 80 VwGO, § 123 VwGO) beendet. Es ist aber umstritten, ob Beschlüsse überhaupt unter § 839 Abs. 2 BGB fallen.²⁸⁴ Daneben scheint die Bedeutung von Vergleichen ebenfalls zu steigen, was aus der Perspektive des Staatshaftungsrechts erhebliche Schwierigkeiten verursachen kann. Dies gilt etwa für den Vergleich auf »dringendes

Sachverständ und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000; P. Scholl, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005; A. Voßkuhle, Expertise und Verwaltung, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 637 ff.; ders., Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 43, S. 425 ff.

283 Dazu etwa J. Blomeyer, Schadensersatzansprüche des im Prozess Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, 1972; C. Thole, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, 2004; zur Einführung des § 839a BGB s. auch L. Hänselmeier Die neue Haftungsregelung für gerichtliche Sachverständige (§ 839a BGB) auf dem zivilprozessualen Prüfstand, in: FS Laufs, 2006, S. 569 ff.

284 Eingehend dazu § 8.

Anraten des Gerichts«. Schließlich ist auch danach zu fragen, welche Rolle sog. »Verständigungen« im Strafverfahren spielen. Mit § 257c StPO hat der Gesetzgeber zwar die Möglichkeit für solche Verständigungen geschaffen, unklar ist aber, wie sich diese Art von deliberativer Aushandlung des Urteils auf ggf. nachfolgende Amtshaftungsprozesse auswirkt. Trifft etwa den Angeklagten, der sich auf einen »Deal« eingelassen hat, tatsächlich aber unschuldig ist, ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB? Wäre ein solches Mitverschulden bei einem Anspruch nach dem StrEG zu berücksichtigen?

I. Die Verdrängung des Urteils als Regelentscheidungsmodus?

Am Ende des Gerichtsverfahrens steht nach tradierter Sicht das »Urteil«, womit noch nicht viel darüber gesagt ist, welche Form des Urteils gemeint sein könnte. Zumindest die öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen gehen überwiegend davon aus, dass das formelle Endurteil den Regelentscheidungsmodus der Dritten Gewalt bildet.²⁸⁵ Im Strafprozess leuchtet dies unmittelbar ein: Soweit eine Hauptverhandlung durchgeführt wurde, ist diese gem. § 260 Abs. 1 StPO zwingend durch die Verkündigung des Urteils zu schließen, und zwar unabhängig davon, ob eine »Verurteilung« oder ein Freispruch erfolgt. Ähnlich gehen die VwGO, das SGG und die FGO (zumindest, wenn man den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen zugrunde legt) nach wie vor von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Urteils aus (vgl. § 107 VwGO, § 125 SGG, § 95 FGO).

In der ZPO findet sich eine derartige Fixierung auf das Endurteil indes nicht. Zwar regelt § 300 ZPO, dass, soweit ein Rechtsstreit Entscheidungsreife erlangt hat, das Gericht durch Endurteil zu entscheiden hat. Die wissenschaftliche Forschung geht aber im Zivilprozessrecht schon seit einiger Zeit davon aus, dass ein grundlegender Wandel stattgefunden hat: Das Urteil im Zivilprozess verkörpert so schon lange nicht mehr die Regel, sondern beinahe eine *ultima ratio*.²⁸⁶ Die Ursachen für diese Entwicklung sind sicher vielgestaltig, eine wichtige Rolle dürften hierbei aber zahlreiche Initiativen des Gesetzgebers spielen, neue oder »alternative« Formen der Streitschlichtung zu etablieren.

Statistisch ist der Wandel des Entscheidungsspektrums der Dritten Gewalt daran festzumachen, dass inzwischen nur noch ca. 25 % der Rechtsstreitigkeiten durch ein formelles Endurteil abgeschlossen werden.²⁸⁷ Freilich sind

285 S. nur H.-A. Wolff, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 107, Rn. 1.

286 So L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 95, Rn. 2.

287 Ebenda, § 133, Rn. 1.

auch in den öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen zahlreiche Ansätze zu verzeichnen, die darauf hindeuten, dass das »Urteil« immer weiter verdrängt wird; derart ausgeprägt wie im Zivilrecht ist diese Entwicklung aber nicht. Dies mag auch mit der besonderen Nähe des Verwaltungsrechts zum Verfassungsrecht zusammenhängen, das dem Rechtssuchenden mit Art. 19 Abs. 4 GG einen Anspruch auf ein Urteil explizit einräumt.²⁸⁸ Die allmähliche Verdrängung des »Urteils« (gemeint als Endurteil) muss für eine Haftung der Dritten Gewalt Folgen haben, ist doch ihre Privilegierung durch § 839 Abs. 2 BGB zumindest dem Wortlaut nach an »Urteile in einer Rechtssache« gebunden.

II. Der Beschluss als weniger formale Entscheidungsform

Die Ablösung des Urteils als Regelentscheidungsmodus produziert indes kein Vakuum, sondern verhilft anderen – weniger formalen – Entscheidungsmodi zu mehr Geltung. Dies gilt in erster Linie für »Beschlüsse«. Sie ergehen in der Regel ohne mündliche Verhandlung nach Aktenlage.²⁸⁹ Ob im einstweiligen Rechtsschutz, im FamFG (s. § 38 FamFG) oder in anderen Bereichen, der weniger förmliche Beschluss hat ohne Zweifel in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen. So wurden im Jahre 2020 in der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit von 186.020 Verfahren 80.679 durch Urteil, aber 84.253 durch Beschluss erledigt.²⁹⁰

Dies wirft nicht nur hinsichtlich des Rechtsmittelregimes und der allgemeinen Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen grundlegende Fragen auf, sondern gerade auch aus der Warte der Haftung der Dritten Gewalt. Folgt aus der Hinwendung zu weniger formalen Entscheidungsformen auch ein erhöhtes Haftungsrisiko? Der BGH hat diese »Gefahr« schon vor einigen Jahren erkannt und durch eine Extension des Spruchrichterprivilegs entgegenzuwirken versucht.²⁹¹

288 *J. P. Terhechte*, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), *Handkommentar Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 107 VwGO, Rn. 1 m. w. Nachw.

289 *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl. 2018, § 58, Rn. 4: »Beschlüsse sind diejenigen (Gerichts)Entscheidungen, die ohne mündliche Verhandlung oder aufgrund freigestellter (fakultativer) mündlicher Verhandlung [...] oder zwar aufgrund notwendiger mündlicher Verhandlung, aber nicht in der Form des Urteils [...] ergehen«.

290 Statistisches Bundesamt, *Neues Fachserienheft 10*, Reihe 2.4, 2020, S. 17; es ergibt sich ferner fortlaufend ein ähnliches Bild, vgl. insofern Fachserie 10, Reihe 2.4, »Verwaltungsgerichte 2021«, S. 17.

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

III. Neue justizielle Konsenskultur?

1. Vergleiche

Doch nicht nur Beschlüsse werfen diese Frage auf, sondern ebenso die in der Zivilgerichtsbarkeit (und mitunter auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit) zu beobachtende Tendenz, Verfahren durch einen Vergleich zwischen den Parteien zu beenden. Hier spiegelt sich die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wider, dass eine einvernehmliche Lösung zur Bewältigung einer streitigen Problemlage

»auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Entscheidung«

ist.²⁹² Dass der Vergleich damit aus verfassungsrechtlicher Perspektive ein wichtiges Instrument verkörpert, liegt so auf der Hand. Folgerichtig lässt sich auch beobachten, dass der Gesetzgeber den Vergleich in bestimmten (Massen-)Verfahren gar als eigentliches Verfahrensziel ansieht. Dies bringt etwa § 611 ZPO für die Musterfeststellungsklage zum Ausdruck, auch wenn sich der Vergleich im Musterfeststellungsprozess grundlegend von einem Parteivergleich in anderen Verfahren unterscheidet (eingehend dazu § 5 B. II. 2).²⁹³ Ähnliches gilt etwa für den Gruppenvergleich nach dem KapMuG.²⁹⁴

Allerdings ist der Trend zum Vergleich nicht gänzlich neu. Schon 1988 stellte *Reinhard Bork* fest, dass ca. 10 % der amtsgerichtlichen Zivilverfahren und 16 % der erstinstanzlichen Zivilverfahren vor den Landgerichten durch Vergleiche erledigt werden. In der Arbeitsgerichtsbarkeit lag dieser Wert signifikant höher und erreichte schon damals bei Kündigungsschutzverfahren ca. 60 %. Auch bei Schiedsverfahren lag die Beendigungsquote aufgrund eines Vergleichs bei über 50 %.²⁹⁵

Die Entwicklungen seitdem sprechen dafür, dass der sog. vergleichsweisen Erledigung von Rechtsstreitigkeiten eine konstant hohe Bedeutung zukommt. Zwischen 2001 und 2004 ist der Anteil der Verfahrensbeendigungen vor den Landgerichten durch Vergleich z. B. von 29,6 % auf ca. 38 % gestiegen²⁹⁶ Im

292 BVerfG v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01, NVwZ-RR 2007, 1073 (1074) zu Gütestellen in NRW; *U. Foerste*, in: H.-J. Musielak/W. Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 19. Aufl. 2022, § 278, Rn. 13; *I. Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 278, Rn. 3.

293 Dies führt dazu, dass das Gericht bei Vergleichen gem. § 611 ZPO besondere Pflichten trifft, s. dazu *A. Stadler*, in: H.-J. Musielak/W. Voit (Hrsg.), ZPO, Kommentar 19. Aufl. 2022, § 611, Rn. 2; s. auch *R. Magnus*, Die Wirkungen des Vergleichs im Musterfeststellungsverfahren, NJW 2019, S. 3177 ff.

294 *M. Peter*, Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren, 2018, S. 117 ff.

295 *R. Bork*, Der Vergleich, 1988, S. 5.

296 Nachw. bei *M. Dietrich*, Prozessvergleiche auf dringendes Anraten des Gerichts und Staatshaftung, ZZP 120 (2007), S. 443 ff. (445 Fn. 16).

Jahre 2021 wurden vor den Landgerichten in erster Instanz immerhin 22,9 % der Verfahren durch einen Vergleich erledigt²⁹⁷ und 15,8 % der Verfahren vor den Amtsgerichten.²⁹⁸

Besonders signifikant ist die Entwicklung im Arbeitsrecht, wo der Vergleich eine deutlich höhere Bedeutung hat als das streitige Urteil. So wurden im Jahre 2017 von den insgesamt 339.794 erledigten Klagen lediglich 24.882 durch streitiges Urteil erledigt, dagegen aber 211.672 durch einen Vergleich.²⁹⁹ Entsprechend wurden im Jahr 2020 von den 464.360 erledigten arbeitsgerichtlichen Verfahren 220.607 durch Vergleich erledigt.³⁰⁰

Die hohe Bedeutung des Vergleichs ist nicht zuletzt auf die veränderten Rahmenbedingungen in der Zivilgerichtsbarkeit zurückzuführen. Gem. § 278 Abs. 1 ZPO soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht sein, wobei die wichtigste Form der gütlichen Beilegung der Prozessvergleich ist, der u. U. auch schon im schriftlichen Verfahren, d. h. vor der obligatorischen Güteverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO, geschlossen werden kann (§ 278 Abs. 6 ZPO).

Auch im Verwaltungsprozessrecht besteht die Möglichkeit, das Verfahren durch einen gerichtlichen Vergleich zu beenden (§ 106 VwGO), wobei die Bedeutung des Vergleichs hier nicht an die im Zivilprozessrecht heranreicht.³⁰¹ Dies ist u. a. auf die asymmetrische Rollenverteilung im Verwaltungsprozess zurückzuführen, in dem sich nicht zwei Private gegenüberstehen, sondern regelmäßig Privatpersonen auf der einen Seite und die öffentliche Hand auf der anderen. Aufgrund der Rechtsbindung der Verwaltung kann sie sich auch nicht einfach »vergleichen«, sondern darf dies immer nur in dem Umfang, den das materielle Recht zulässt.

Aus juristischer Perspektive handelt es sich bei einem Vergleich um einen Vertrag mit Doppelnatur. Zum einen wird mit ihm als rechtssstreitbeendende Prozessverfügung der gerichtliche Prozess beendet, zum anderen wird mit ihm durch materiell-rechtlichen Vertrag (§ 779 BGB) die Streitigkeit beigelegt.³⁰² Folge des Vergleichs ist eine Erledigungserklärung vor Gericht, die protokolliert wird – es ergeht weder ein Urteil noch enthält der entsprechende

297 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2021, S. 24.

298 Ebenda, S. 52.

299 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2019, S. 320.

300 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.8, 2020, S. 22.

301 Dazu *M. H. Eisenlohr*, Der Prozeßvergleich in der Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1998; *Döderer*, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: *FS Maurer*, 2001, S. 609 ff.; s. *K.-M. Ortloff*, in: *F. Schoch/R. Pietzner, E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.)*, *VwGO Kommentar*, 16. EL 2008, § 106, Rn. 20 Fn. 391.

302 *M. Febling*, in: *ders./B. Kastner//R. Störmer (Hrsg.)*, *Handkommentar Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 106 VwGO, Rn. 3.

de Beschluss Ausführungen zu den materiell-rechtlichen Fragen, er bezieht sich lediglich auf die Kosten.³⁰³ Insoweit scheint der Vergleich auch aus der Perspektive der Haftung der Dritten Gewalt verhältnismäßig wenige Probleme aufwerfen zu können, weil die Gerichte hier mehr als »Mittler« denn als »Entscheider« auftreten.

Eine solche Betrachtungsweise würde aber erkennen, dass in einigen Verfahren der Vergleich regelrecht von den Gerichten »herbeigeführt« wird.³⁰⁴ Schon strukturell – etwa bei den Arbeitsgerichten – hat der Vergleich (in Form des sog. Abfindungsvergleichs) eine solche Bedeutung erlangt (§ 83a ArbGG), dass er aus zwei Perspektiven Probleme aufwerfen kann: Zum einen kann das Gericht es unterlassen, auf die Parteien einzuwirken, um diese zu einem Vergleich zu bewegen, zum anderen kann es aber auch vorkommen, dass das Gericht einen Vergleich gewissermaßen »erzwingt«. Diese Form des Vergleichs auf sog. »dringendes Anraten« des Vorsitzenden hat in den letzten Jahren auch erstmals die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft auf sich gezogen.³⁰⁵

Schon hier wird deutlich, dass Instrumente, die auf eine eher konsensuale Erledigung eines Rechtsstreits zielen, nicht zwangsläufig von einer Haftung ausgenommen werden können. Auch im Umfeld der Mediation, an deren Ende häufig ein materiell-rechtlicher Vergleichsvertrag steht, oder anderer Formen der alternativen Streitbeilegung wird man daher der Frage der Haftung nie ganz ausweichen können. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichte insbesondere bei Vergleichen im Rahmen von Musterfeststellungsklagen (§ 611 ZPO) eine andere Rolle spielen; sie müssen den Vergleich, für den § 611 Abs. 2 Nr. 1-4 ZPO Vorgaben macht, genehmigen. Hieraus lassen sich konkrete Amtspflichten ableiten, deren Verletzung womöglich auch haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

2. Verständigung im Strafprozess

Viele Erscheinungsformen des beständigen Wandels der Dritten Gewalt werden akzeptiert, ohne dass versucht würde, das »Ruder zurückzuwerfen«. Indes gibt es aber auch Bereiche, in denen grundlegende Veränderungen auf starken Widerspruch stoßen. Ein Beispiel für diesen Befund ist die gesetzliche Absicherung der lange verbreiteten und praktizierten Absprachepraxis im

303 S. § 160 Abs. 3 Nr. 1, § 162 ZPO.

304 Dazu M. Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, 2019, S. 190 f.

305 M. Dietrich, Prozessvergleiche auf dringendes Anraten des Gerichts und Staatshaftung, ZZP 120 (2007), S. 443 ff.

Strafprozess³⁰⁶ durch die Einfügung des § 257c in die StPO im Jahre 2009.³⁰⁷ Die deutsche Verständigungspraxis fand schon geraume Zeit zuvor ihr Vorbild in dem im U.S.-Recht gängigen *plea bargaining*.³⁰⁸ Tatsächlich wurden auch in Deutschland damals bei ca. 2/3 aller Strafprozesse vor Erlass des § 257c StPO die Urteile »abgesprochen«.³⁰⁹ Dennoch ist die Neuregelung in § 257c StPO auf scharfe Kritik gestoßen, was im Übrigen keine rein deutsche Diskussion geblieben ist. Vielmehr wird weltweit der Übergang zu einer »ausgehandelten Gerechtigkeit«³¹⁰ oder »Unkultur«³¹¹ z. T. scharf kritisiert. Obwohl es europäische Staaten gibt, in denen diese Praxis erst gar nicht zugelassen wurde (z. B. Österreich), ist dennoch im europäischen Vergleich schon seit einiger Zeit ein Trend in Richtung »Handel mit der Gerechtigkeit« zu beobachten.³¹²

Gem. § 257c Abs. 1 StPO kann sich das zuständige (Straf-)Gericht in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens »verständigen«. Gem. § 257c Abs. 3 StPO gibt das Gericht hierbei bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte (inkl. einer Ober- und Untergrenze für die Strafe). Die entsprechende Verständigung kommt dann gem. § 257c Abs. 3 S. 4 StPO zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustim-

306 Grundlegend BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195 – Verständigung im Strafverfahren; BGH v. 03.03.2005 – GSSt 1/04, BGHSt 50, 40; s. auch A. Zschokkelt, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NStZ 1991, S. 305 ff.; G. Widmaier, Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?, NJW 2005, S. 1985 ff.; H.-J. Weider, Der aufgezwungene Deal, StraFo 2003, S. 406 ff.; R. Tschervinka, Absprachen im Strafprozeß, 1994; G. Seher, Anmerkung zum Beschluss des Großen Strafsenats vom 3.3.2005 – GSSt 1/04 JZ 2005, S. 634 ff.; W. Siolek, Verständigung im Strafverfahren – eine verfassungswidrige Praxis? DRiZ 1989, S. 321 ff.; T. Römnau, Die Absprache im Strafprozess, 1990; L. Meyer-Goßner, Der gescheiterte Deal, StraFo 2003, S. 401 ff.; H. Landau, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionsfähigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 12 ff.

307 Eingefügt durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2353; dazu ausführlich M. Niemöller/R. Schlothauer/H.-J. Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010.

308 In den USA hatte der U.S. Supreme Court bereits in den 1970er Jahren die Verfassungsmäßigkeit solcher Absprachen bejaht, s. Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970); eingehend dazu J. E. Ross, The Entrenched Position of Plea Bargaining in the United States, 54 Am. J. Comp. L. (2006), S. 717 ff., die darauf hinweist, dass in den USA über 95 % der Fälle dadurch entschieden werden, dass die Angeklagten sich schuldig bekennen (guilty plea), was Prozesse ungemein verkürzt.

309 S. M. Hettinger, Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem, JZ 2011, S. 292 ff. (292) mit Verweis auf den Präsidenten des BGH Tolksdorf.

310 Früh etwa T. Weigend, Abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, S. 774 ff.

311 B. Schünemann, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur – Die Urteilsabsprachen als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, 2005.

312 Vorsichtig dazu M. Hettinger, Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem, JZ 2011, S. 292 ff. (292); kritisch B. Schünemann, Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?, ZStW 119 (2007), S. 945 ff. (955 f.).

men.³¹³ Schon angesichts der Formulierung des § 257c StPO ist es wenig erstaunlich, wenn hier von »abgesprochener Gerechtigkeit« oder dergleichen die Rede ist. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 257c StPO im Jahre 2013 bestätigt, was die Diskussion ein Stück weit entschärft hat.³¹⁴

Sicher ist jedenfalls, dass mit der vom Gesetzgeber nun »legalisierten« Möglichkeit der Verständigung im Strafprozess die Kultur der strafrechtlichen Gerichtsverhandlung einem grundlegenden Wandel unterzogen wurde. Gründe für die »Legalisierung« der Verständigungspraxis gab es viele: So führt die Komplexität von Strafverfahren schnell zu einer Überlastung aller Beteiligten.³¹⁵ Zudem wurde in der Vergangenheit häufig die unverhältnismäßig lange Dauer solcher Verfahren kritisiert. Daneben, so hatte das BVerfG schon früh festgestellt, bestehen keine verfassungsmäßigen Bedenken gegen eine Verständigung zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten über den Stand und die Aussichten eines Verfahrens.³¹⁶ Gegen die »Verständigungspraxis« werden dagegen häufig rechtsstaatliche Argumente vorgebracht, insbesondere führe die »Legalisierung« der Verständigung zu einem vollständigen Wandel des althergebrachten Strafverfahrens.

Aus der Warte der Haftung der Dritten Gewalt stellen sich hier eine Reihe von Fragen: Kann man etwa die Zustimmung des Angeklagten zu der Verständigung gem. § 257c StPO aus der Perspektive des Haftungsrechts als Mitverschulden werten, soweit sich nach dem Urteil herausstellen sollte, dass er unschuldig war und daher an sich einen Anspruch gem. § 1 StrEG hätte? Fällt das Strafgericht überhaupt noch ein »Urteil in einer Rechtssache«, wenn dem Urteilsspruch ein deliberativer Aushandlungsprozess vorausgegangen ist, in dem sich das Gericht zu guten Teilen die Spielräume selbst verengt hat? Einmal mehr wird deutlich, dass Wandlungen im Entscheidungsmodus

313 S. M. Jahn/H. Kudlich, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2016, § 257c StPO, Rn. 143 ff.

314 BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und 2 BvR 2155/1, BVerfGE 133, 168; s. dazu P. Rabe, Das Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Notwendigkeit von Reformen im Strafprozess, 2017; K. Altenhain/M. Jahn/J. Kinzig, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009, 2020; auch aus jüngerer Zeit etwa L. Greco, »Fortgeleiteter Schmerz« – Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprachen, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur, GA 2016, S. 1 ff.

315 Dazu auch J. Niemz, Komplexitätsbewältigung in Großverfahren des Wirtschaftsstrafrechts, 2020, S. 155 ff.

316 BVerfG v. 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86, NJW 1987, 2662.

der Dritten Gewalt zu komplexen Fragen auch in Bezug auf ihre Haftung führen können.³¹⁷

H. Wandel durch Digitalisierung

Schließlich ist auf den Wandel der Dritten Gewalt hinzuweisen, der durch das Phänomen der Digitalisierung verursacht wird (zum Begriff § 1 E. I.). Auch wenn dieser Prozess erst am Anfang steht, so ist doch gewiss, dass ihm eine transformative Kraft innenwohnt, die womöglich in den nächsten Jahren alle anderen Prozesse des Wandels in den Schatten stellen wird.³¹⁸ Hierbei sind verschiedene Ansatzpunkte für die Digitalisierung der Dritten Gewalt auszumachen. So hat das Phänomen der Digitalisierung schon heute erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens (dazu I.), darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es künftig zu digitalen Gerichtsentscheidungen kommen wird (II.), und damit die Frage, ob gerichtliche Verfahren im Rahmen eines »digitalen Neo-Positivismus« (W. Hoffmann-Riem) ihren Charakter grundlegend verändern werden (III.). Schließlich bieten sog. »Big-Data-Analysen« künftig Prognosen über den Ausgang von Gerichtsverfahren (IV.). Dass diese Entwicklungen auch neuartige Haftungsfragen nach sich ziehen werden, liegt auf der Hand.

I. Einfluss der Digitalisierung auf das Verfahrensrecht

Zunächst führt die Digitalisierung zu einer Reihe von Veränderungen im gerichtlichen Verfahren und im Prozessrecht.³¹⁹ Hier steht bislang der sog. elektronische Geschäftsverkehr und die elektronische Akte im Mittelpunkt.³²⁰

317 § 11; s. auch F. Rübs, Rechtsbeihilfe bei Verständigungen: Das Schicksal rechtswidriger Verständigungen im Revisions- und Wiederaufnahmeverfahren, 2018, S. 211 ff. hinsichtlich der Wiederaufnahme bei Amtspflichtverletzungen, die dann ggf. auch zu einer Haftung führen können.

318 Dazu W. Hoffmann-Riem, Verhaltensteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 142 (2017), S. 1 ff. (15 ff.); A. Buschmann/A.-C. Gläß/H.-H. Gonska/M. Philipp/R. Zimmermann (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018; W. Bernhardt, Quo vadis Digitalisierung der Justiz?, jM 2018 (8/9), S. 310 ff.; A. Paschke, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, 2018, S. 235 ff.; T. Deichsel, Digitalisierung der Streitbeilegung, 2022.

319 Eingehend dazu etwa G. Rühl, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2020, S. 809 ff.

320 A. Buschmann/A.-C. Gläß/H.-H. Gonska/M. Philipp/R. Zimmermann (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018; W. Bernhardt, Quo vadis Digitalisierung der Justiz?, jM 2018 (8/9), S. 310 ff.

Insbesondere das sog. E-Justice-Gesetz I von 2013³²¹ und das E-Justice-Gesetz II von 2017³²² haben die rechtlichen Grundlagen für eine elektronische Kommunikation geschaffen, die im Begriff ist, die herkömmlichen Kommunikationswege der Dritten Gewalt vollkommen zu verändern, auch wenn bestimmte Facetten der elektronischen Kommunikation wie das obligatorische E-Postfach für Anwälte technisch im ersten Anlauf nicht umgesetzt werden konnten. Auch in anderen Bereichen, wie z. B. der E-Akte (vgl. § 298a ZPO), kommt es nach wie vor zu Problemen.³²³

Darüber hinaus hat die Covid-19-Pandemie dazu geführt, dass die bis dahin rechtlich zwar zulässige, tatsächlich aber kaum in Anspruch genommene Möglichkeit der Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung (z. B. gem. § 128a ZPO) enorm an Bedeutung gewonnen hat.³²⁴ So wird geschätzt, dass im Jahre 2021 mehr als 50.000 Gerichtsverhandlungen online durchgeführt wurden.³²⁵

Dass im Zuge dieser Entwicklungen auch die Möglichkeit und Grenzen einer »digitalen Gerichtsöffentlichkeit« ausgelotet werden, ist letztlich konsequent.³²⁶ Wieweit etwa die tradierte Saalöffentlichkeit einer »digitalen Gerichtsöffentlichkeit« weichen wird, ist zwar noch nicht ausgemacht. Indes hat auch in diesem Zusammenhang die Covid-19-Pandemie womöglich für einen Bewusstseinswandel gesorgt. Nach einer jüngeren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist jedenfalls ein faktischer Ausschluss der Öffentlichkeit im Zuge von Corona-Beschränkungen rechtlich nicht zulässig.³²⁷ Dass eine digitale Gerichtsöffentlichkeit in solchen Situationen weiterhelfen könnte, liegt auf der Hand.

321 Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten v. 10.10.2013 (BGBl. I S. 3786), eingehend dazu etwa *M. Müller*, Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland. Entwicklung und rechtliche Würdigung des EJustG am Beispiel des Zivilprozesses, 2015.

322 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs v. 05.07.2017 (BGBl. I S. 2208).

323 Dazu etwa *R. Greger*, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, NJW 2019, S. 3429 ff. mit der Beobachtung zur E-Akte: »Die bisherigen Erfahrungen sind zwiespältig. Manche Richter (vor allem aus der Generation, die schon mit dem PC aufgewachsen ist) kommen damit sehr gut zurecht, arbeiten teilweise mit Tools zur Strukturierung des Prozessstoffs. Andere kämpfen mit den Tücken der Technik, die so gar nichts mit dem zu tun hat, was ihrem Bild von der Arbeit eines Richters entspricht. Für Viele ist der Drucker auf dem Schreibtisch das wichtigste Arbeitsmittel, weil sie sich darmit ihre eigene Papierakte erstellen«.

324 *P. M. Reuß*, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 ff.

325 <https://www.lto.de/recht/justiz/j/corona-digitalisierung-justiz-gerichte-gerichtsverfahren-digital-videokonferenz-zivilverfahren-technische-ausstattung/> (Letzter Aufruf: 13.09.2022).

326 *A. Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, 2018, S. 235 ff.

327 Dazu BAG v. 02.03.2022 – Az. 2 AZN 629/2 NJW 2022, 2949.

Natürlich können diese Entwicklungen mitunter auch komplexe haftungsrechtliche Fragen aufwerfen.³²⁸ Wandlungsprozesse und Veränderungen erzeugen Unsicherheiten und auch Fehler. Schon die Einführung der E-Gerichtsakte oder des elektronischen Anwaltspostfachs haben zahlreiche Schwierigkeiten nach sie gezogen, die auch eine hohe Haftungsrelevanz entfalten können. Die Digitalisierung von Gerichtsverfahren produziert so womöglich neue Haftungskonstellationen und Fragen.

II. Digitale Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten?

Jenseits der Digitalisierung des Verfahrens erscheint es jedoch bislang eher ausgeschlossen, dass Formen der digitalen Streitschlichtung langfristig die »analoge Streitschlichtung« durch staatliche Gerichte mit ihren tradierten Prinzipien substituieren werden. Auch wenn sich eine solche Entwicklung in bestimmten Bereichen im Ausland bereits abzeichnet, so sind in Deutschland die verfassungsrechtlichen Fragen, die mit einer solchen Entwicklung verbunden wären, bislang ungelöst.

Dies hängt auch mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen in Deutschland zusammen: Das Bild, das das Grundgesetz von der Rechtsprechung gem. Art. 92 hat, basiert auf mündlichen Verhandlungen usw. und setzt eine differenzierte Methodik voraus. Zudem setzen Art. 92 und 97 GG erkennbar »menschliche Richter« voraus, sodass zumindest staatliche Gerichtsverfahren nicht in der Form »digitalisiert« werden dürfen, dass die Entscheidung eines Rechtsstreits durch Künstliche Intelligenz (KI) oder plastischer durch einen »Roboter-Richter« getroffen werden.³²⁹ Eine andere Frage ist dagegen, inwieweit im Bereich der verfassungsrechtlich unproblematisch zulässigen privaten Streitschlichtung auf digitale Formen der Streitschlichtung zurückgegriffen werden kann (Stichwort: *Online Dispute-Resolution*³³⁰).

328 U. Stelkens, Staatshaftung und E-Government: Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: H. Hill/U. Schliesky (Hrsg.), Auf dem Weg zum digitalen Staat – auch ein besserer Staat?, 2015, S. 189 ff.

329 Dazu L. Greco, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Robotor-Richter nicht geben darf, Rechtswissenschaften 2020, S. 29 ff.

330 T. H. Braegelmann, Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR), in: M. Hartung/M.-M. Bues/G. Halbleib (Hrsg.), Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarktes, 2018, Rn. 922 ff.; O. Rabinovich-Einy/E. Katsh Ethan, Digital Justice – Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment, International Journal of Online Dispute Resolution (1) 2014, S. 5 ff.; D. Reiling, Beyond Court Digitalization With Online Dispute Resolution, International Journal for Court Administration 8 (2017), S. 1 ff.

III. Digitaler Neo-Positivismus ohne Verantwortlichkeiten?

Die mit einer Digitalisierung des Rechts womöglich verbundene Entwicklung in Richtung eines »digitalen Neo-Positivismus« (W. Hoffmann-Riem) führt ggf. nicht nur dazu, dass die auf Individualisierung und Differenzierung ausgelegten (Gerichts-)Verfahren weitgehend unterminiert werden könnten,³³¹ sondern auch zur einer Diffusion von Verantwortlichkeiten, und ist ohne eine grundlegende Neuausrichtung des Haftungsrechts nur schwer vorstellbar.³³² Während etwa bestimmte Verwaltungsverfahren (»Massenverfahren«), in deren Rahmen keine Individualisierungsleistungen erforderlich sind, womöglich ohne größere Schwierigkeiten digitalisiert werden können,³³³ sind staatliche Gerichtsverfahren insoweit deutlich »digitalisierungsaverser«.

Insbesondere in Gerichtsverfahren bedeutet Rechtsanwendung mehr als die rein mechanische Subsumtion von Normen. Die Dritte Gewalt leitet ihre Legitimation nicht zuletzt aus der Rechtsbindung ab. Diese Rechtsbindung bedeutet aber nicht, dass Gerichte »Subsumtionsautomaten« sind, sondern die in Gerichtsverfahren erfolgende Individualisierungsleistung und Differenzierung darf als maßgeblicher Baustein für die Legitimation der Dritten Gewalt gelten. Soweit diese Stütze wegfällt, sind gravierende Folgen zu befürchten: Bedarf es in automatisierten Gerichtsverfahren etwa der richterlichen Unabhängigkeit bzw. lässt sie sich in solchen Verfahren rechtfertigen? Wer ist in solchen Verfahren »der Richter«, den Art. 92 und Art. 97 GG voraussetzen?

Ein digitaler Neo-Positivismus wirft zugleich aus der Perspektive der Haftungsverantwortlichkeit neue Fragen auf, denn soweit eine Haftung der Dritten Gewalt etwa auf den Amtshaftungsanspruch gestützt werden soll, ist es zunächst Aufgabe des Klägers, die maßgeblichen haftungsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Dass dies im Zuge von digitalen bzw. automatisierten Gerichtsverfahren besondere Schwierigkeiten nach sich ziehen könnte, ist schon deshalb anzunehmen, weil Beweisfragen schon im »klassischen« Amtshaftungsprozess mit besonderen Problemen belastet sind (dazu § 8 B. II. 5.). Insoweit zögen automatisierte Gerichtsverfahren auch notwendig eine Neuausrichtung des (Amts-)Haftungsrechts nach sich.³³⁴

331 W. Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), S. 1ff. (17); eingehend auch *ders.*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022.

332 L. Greco, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Robotor-Richter nicht geben darf, RW 2020, S. 29 ff.

333 Dazu A. Berger, Der automatisierte Verwaltungsakt, NVwZ 2018, S. 1260 ff.

334 Eingehend dazu G. Wagner, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, VersR 2020, S. 717 ff.

IV. Big-Data-Prognosen und richterliche Unabhängigkeit

Die mit der Digitalisierung verbundenen Entwicklungen können allerdings auch dazu dienen, richterliche Entscheidungen künftig mittels sog. Big-Data-Analysen »vorherzusagen«.³³⁵ Derartige Prognosen, in deren Rahmen neben persönlich verfügbaren Daten die Urteile, Veröffentlichungen und sonstige verfügbare Äußerungen von Richtern (etwa in den sozialen Medien) einfließen, sind zwar bislang in Deutschland zumindest nicht alltäglich, weisen aber eine Reihe von Problemen auf. Betrachtet man sie als legitimes »*Predictive Justice Tool*«, stellt sich die Frage, wie eine hinreichend repräsentative Datengrundlagen gewonnen werden könnte, da in Deutschland nur ein Bruchteil der Gerichtsurteile frei verfügbar ist (dazu § 12 II. 2. a). Hinzu kommt, dass allzu offenherzige Meinungsäußerungen von Richtern schon durch das Mäßigungsgebot gem. § 39 DRiG unterbunden werden sollen. Insofern liegt es näher, die Grenzen solcher Tools in den Blick zu nehmen, etwa in Hinblick auf die relevanten Datenschutzbestimmungen der DS-GVO³³⁶ und die richterliche Unabhängigkeit.³³⁷ Die hiermit zusammenhängenden Fragen stellen sich insbesondere dann, wenn private Äußerungen etc. von Richtern als Grundlage der Prognose dienen sollen. Ob und in welchem Umfang etwa die richterliche Unabhängigkeit den Richter auch vor gesellschaftlichem Einfluss schützt, ist bislang noch nicht abschließend geklärt.³³⁸ Allerdings dürften einige Instrumente, die gerade dazu dienen, die richterliche Kontrolle und Verantwortlichkeit zu sichern (etwa die sog. »Gerichtsöffentlichkeit«), dazu führen, dass man eine absolute Abschottung von Richtern gerade nicht auf Art. 97 Abs. 1 GG stützen kann. Big-Data-Analysen können theoretisch auch in Haftungsprozessen eine Rolle spielen, sei es als Beweis für eine Pflichtverletzung oder umgekehrt aus der Perspektive des Richters, soweit in seine Rechte durch die Prognoseerstellung eingegriffen wurde. In letzterem Falle kann ein solcher Anspruch etwa auf Art. 82 Abs. 1 DS-GVO gestützt werden.³³⁹

³³⁵ K. Kuchenbauer, Der gläserne Richter. Big-Data-Analyse als Mittel zur Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen?, JZ 2021, S. 647 ff.

³³⁶ Ebenda, S. 652 ff.

³³⁷ Ebenda, S. 647 ff.

³³⁸ Dazu eingehend C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 33 f.

³³⁹ K. Kuchenbauer, Der gläserne Richter. Big-Data-Analyse als Mittel zur Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen?, JZ 2021, S. 647 ff. (655).

I. Fazit

Angesichts des Wandels und der Ausdifferenzierung der Dritten Gewalt ist eine eindeutige Entwicklung hin zur Entformalisierung des Gerichtsverfahrens auszumachen, die dazu führt, dass immer weniger »Urteile« (im Sinne von formellen Endurteilen) gefällt werden. Die zahlreichen Reformen der Prozessordnungen in den letzten Jahren haben übergreifend aus der Perspektive der »Ökonomisierung« und »Konsensualisierung« dazu beigetragen, dass verschiedene Techniken und Verfahren der alternativen Streitbeilegung Einzug in das deutsche Rechtssystem gehalten haben. Das Hauptziel dieser Bemühungen besteht letztlich darin, kostengünstige und von ihrer Befriedungswirkung her (angeblich) überlegene Verfahren zu ermöglichen, die die Beteiligten schnell zu einem Ergebnis führen. Parallel sind mit dem zu beobachtenden Wandel auch neue Herausforderungen für das Gerichtssystem entstanden, die sich weniger in einer höheren Anzahl von Gerichtsverfahren als in komplexeren Streitigkeiten und, dazu korrespondierend, komplexeren Verfahren manifestieren. Dies ist insbesondere auf die Europäisierung und Internationalisierung des deutschen (Prozess-)Rechts, aber auch auf die Digitalisierung der entsprechenden Verfahren zurückzuführen. Diese Entwicklungen haben zugleich die Ökonomisierung, Privatisierung und Digitalisierung im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit erkennbar angestoßen. Insgesamt drängt diese Entwicklung die staatliche Gerichtsbarkeit immer mehr in die Rolle der »Auffangverantwortung«, was sich etwa im Rahmen der Verbands- und Schiedsgerichtsbarkeit ebenso abzeichnet wie im Bereich der Parteigerichtsbarkeit.

Ob diese Entwicklung insgesamt zu begrüßen ist oder ob sie gar unausweichlich ist, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter behandelt werden. Gleichwohl sei darauf hingewiesen, dass die Impulse, die das deutsche Rechtssystem aus anderen Rechtsordnungen aufnimmt, auch dort nicht immer positiv eingeschätzt werden. Insbesondere Fragen der alternativen Streitschlichtung werden in den USA, was in der deutschen Diskussion häufig übersehen wird, äußerst kontrovers diskutiert. So wurden bereits in den 1980er Jahren grundlegende Bedenken gegen die Auflösung des staatlichen Justizmonopols zugunsten einer »Schattenjustiz«³⁴⁰ und Erosionstendenzen innerhalb der staatlichen Verfahren formuliert, die bis heute wirksam

340 S. C. B. Harrington, *Shadow Justice: The Ideology & Institutionalization of Alternatives to Court*, 1985.

sind und etwa auch in der Diskussion über die Verständigung im Strafprozess eine wichtige Rolle gespielt haben.³⁴¹

Für die Dritte Gewalt führt dieser Wandel offenbar nicht zu einer Reduzierung des Haftungsrisikos, denn die Frage der Haftungsverantwortlichkeit wird ungleich komplexer, etwa wenn es um die Haftung von Schiedsrichtern, (richterlichen) Mediatoren oder Mitgliedern von Parteigerichten geht. So-wohl hinsichtlich der Modifikationen im Entscheidungsspektrum der Dritten Gewalt als auch in Bezug auf ihre »Privatisierung« ist es hier zu Extensionen des § 839 Abs. 2 BGB gekommen, die bislang nur selten Beachtung gefunden haben. Die Frage der richterlichen Haftungsverantwortlichkeit ist damit nicht nur auf staatliche Gerichte beschränkt, sondern muss angesichts einer Neuausrichtung der »Streitkultur« auch im halb-öffentlichen bzw. privat-rechtlichen Bereich gestellt werden. Dass in diesem Zusammenhang die Digitalisierung der Dritten Gewalt zusätzliche Haftungsfragen aufwirft, ist inso-weit nur folgerichtig.

341 Grundlegend O. M. Fiss, Against Settlement, 93 Yale L.J. (1984), S. 1073 ff.; s. auch D. Luban, Settlements and the Erosion of the Public Realm, 83 Geo. L.J. (1995), S. 2619 ff.; D. R. Hensler, Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System, 108 Penn St. Law Rev. (2003), S. 165 ff.

§ 6: Die Dritte Gewalt im europäischen Rechtsprechungsverbund

Die Dritte Gewalt der Mitgliedstaaten der EU ist Teil des »europäischen Rechtsprechungsverbunds«¹, in dem insbesondere der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und die nationalen Gerichte durch vielfältige Kooperationsstrukturen miteinander verbunden sind (A.). Im Zentrum dieses Verbundes steht der EuGH (dazu B. und C.), der als multifunktionales Gericht über die verbindliche Auslegung des Unionsrechts entscheidet (Art. 19 Abs. 1 EUV) und durch das Vorlageverfahren (Art. 267 AEUV) eng mit den mitgliedstaatlichen Gerichten verbunden ist.² Als neue supranationale Gerichtsbarkeit spielt neuerdings auch das Einheitliche Patentgericht (EPG) eine bedeutende Rolle für den europäischen Rechtsprechungsverbund, die insbesondere auch für die Haftung der Dritten Gewalt aufgrund eines kodifizierten Haftungsregimes im EPGÜ wichtig ist (dazu D.).³

Indes erschöpft sich die Aufgabe des europäischen Rechtsprechungsverbundes nicht lediglich darin, eine Art »arbeitsteilige Rechtsprechung« zwischen EuGH, EGMR und nationalen Gerichten zu ermöglichen, sondern es kommt darüber hinaus in den letzten Jahren immer stärker zu einer Anpassung der jeweiligen Rechtssysteme, die tradierte Beschreibungsformeln wie die der »staatlichen Justizhoheit« herausfordern.⁴ Hier ist es auf der Grundlage des EU-Rechts (aber auch der EMRK) zu einer weitreichenden Überformung des nationalen Gerichtsverfassungsrechts gekommen (E.), die insbesondere auch für Fragen der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt von

-
- 1 Zum Begriff etwa *S. Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenzen zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, *VVDStRL* 66 (2007), S. 361 ff. (375 ff.); *J. P. Terhechte*, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf dem Prüfstand des Unionsrechts, *EuR* 2008, S. 567 ff. (576); *M. Albers*, Rechtsprechungsrecht und Rechtsprechungsverbünde, in: *B. Rehder/I. Schneider* (Hrsg.), *Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa*, 2016, S. 61 ff. (74 ff.); *K. Lenaerts/M. Hartmann*, Der europäische Rechtsprechungsverbund in der Wirtschafts- und Währungsunion, *JZ* 2017, S. 321 ff.; s. auch *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 3 ff., der aber von »Vernetzungen« spricht.
 - 2 Eingehend zum Vorlageverfahren unter § 6 B. II.; s. auch *U. Karpenstein*, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 8; *B. Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015; *M. Broberg/N. Fenger*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2. Aufl. 2014; *B. Hess*, Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens, *RabelsZ* 66 (2002), S. 470 ff.; *U. Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: Praxis und Rechtsprechung, 1986; *C. Tomuschat*, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften, 1964.
 - 3 Das Gericht hat am 01.06.2023 seine Arbeit aufgenommen. S. dazu näher *C. Blanke-Roeser*, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, *JZ* 2023, S. 219 ff.
 - 4 S. nur EuGH v. 21.04.2023, Rs. C-204/21, ECLI:EU:C:2023:334 – Kommission/Polen (Indépendance et vie privée des juges).

Bedeutung ist.⁵ Dies unterstreicht die wichtige Rolle, die der EGMR für den europäischen Rechtsprechungsverbund spielt (F.).

Schließlich entfaltet der europäische Rechtsprechungsverbund auch Bedeutung für die Schiedsgerichtsbarkeit, sei es, dass das EU-Recht und die EMRK verfahrensrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Schiedsverfahren formulieren, oder sei es, dass konkrete Grenzen für die Zulässigkeit einer Schiedsgerichtsbarkeit (insbesondere im Investitionsschutzrecht) gezo- gen werden (dazu G.).⁶

Insgesamt, so wird schon an dieser Stelle deutlich, ist der europäische Rechtsprechungsverbund nicht nur auf die Gewährleistung des einheitlichen Vollzugs des Unionsrechts ausgerichtet, sondern dient auch dazu, komplexe Verantwortlichkeitsstrukturen zu etablieren und zu sichern, die auch die Legitimation der Dritten Gewalt absichern können. Zugleich setzt der Verbund auch zunehmend Grenzen für sog. bösgläubige Justizreformen in den Mitgliedstaaten.⁷ Hiermit hat der EuGH eine neue Phase der unionsrechtlichen Überformung der nationalen Justizhöheit eingeleitet, deren Folgen bislang kaum beleuchtet wurden.

A. Dritte Gewalt und europäischer Rechtsprechungsverbund

Den mitgliedstaatlichen Gerichten kommt für den Vollzug des Unionsrechts im europäischen Rechtsraum eine zentrale Rolle zu.⁸ Bedingt durch den

5 Dazu auch *B. Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, S. 965 ff.

6 Dazu etwa EuGH v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 – Achmea; EuGH v. 02.09.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 – Komstroy.

7 A. Nußberger, Zur Lage der Gerichtsbarkeit, in: T. P. Holterhus/F. Michl (Hrsg.), Die schwache Gewalt?, 2022, S. 11 ff. (19 f.).

8 S. dazu etwa *P. Craig*, National Courts and Community Law, in: *J. Hayward/A. Menon*, Governing Europe, 2003, S. 15 ff.; *M. Claes*, The National Courts' Mandate in the European Constitution, 2006; *D. Kraus*, Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte, EuR-Beitrag 3/2008, S. 109 ff.; *M. Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997; *T. von Danwitz*, Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa, ZRP 2010, S. 143 ff.; *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, 2006; *J. Bornkamm*, Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten, Gemeinschaftsgerichten und der Kommission, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht, 2010, S. 27 ff. (insb. S. 39 ff.); *M. Nettesheim*, Effektive Rechtsschutzwahrleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtschutzes, JZ 2002, S. 928 ff.; *C. Timmermans*, The European Union's Judicial System, CMLRev. 41 (2004), S. 393 ff.; *C. D. Classen*, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund, JZ 2006, S. 157 ff.; *A.-M. Slaughter/A. Stone Sweet/J. H. H. Weiler* (Hrsg.), The European Courts & National Courts – Doctrine and Jurisprudence, 1998; *G. Canivet*, Le droit communautaire et l'office du juge national, Droit et Société 1992, S. 143 ff.; *B. Schima*, Unionsrechtliche Vorgaben für den gerichtlichen Rechtsschutz, in: *W. Hummer* (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010, S. 337 ff.; *H. Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 230 ff.; *A. Hatje*, Europäische Rechtsgemein-

Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts haben auch die nationalen Gerichte die Aufgabe, das Unionsrecht im Rahmen ihrer Rechtsprechung zu beachten und ihm zu seiner vollen Wirksamkeit zu verhelfen.⁹

Dennoch hat die wichtige Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte für die unionale Rechtsordnung in der rechtswissenschaftlichen Forschung nicht immer die Aufmerksamkeit gefunden, die sie verdient hat,¹⁰ obwohl der EuGH die zentrale Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte für den Vollzug des Unionsrechts schon früh betont hatte.¹¹ In Deutschland hat sich die Diskussion in den letzten Dekaden zudem sehr auf das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum EuGH konzentriert.¹²

Eine solche Schwerpunktsetzung läuft Gefahr, die Tatsache zu verkennen, dass ebenso wie bei der Verwaltung auch im Hinblick auf die Judikative zunächst die Anwendung des Unionsrechts durch die unteren Instanzen von entscheidender Bedeutung ist. Die »Verkoppelung« mitgliedstaatlicher

schaft und staatliche Gerichtsbarkeit, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 1229 ff.; B. de Witte/J. Mayoral/U. Jaremba/M. Wind/K. Podstawa (Hrsg.), *National Courts and EU Law*, 2016; M. Dougan, General Report: National Courts and the Enforcement of EU Law, in: M. Botman/J. Langer (Hrsg.), *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order – Proceedings of the XXIX. Fide Congress in The Hague*, Vol. 1, 2020, S. 1 ff.; J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und Durchsetzung des Unionsrechts, EuR 2020, S. 569 ff.; A. Voßkuhle/J. Schemmel, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 6.

9 S. Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 361 ff. (371): »Der vielfach als ‚duales Rechtsschutzsystem‘ bezeichnete Rechtsprechungsverbund aus nationalen Gerichten und EuGH nimmt die nationalen Gerichte als Transformationsriemen des Gemeinschaftsrechts in Dienst. Primär obliegt es den nationalen Behörden und Gerichten, dem Gemeinschaftsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen – eine Forderung, der die nationalen Instanzen auch weitgehend entsprechen«; s. auch J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des Unionsrechts, EuR 2020, S. 569 ff. (572).

10 Früh dazu aber M. Heinrich, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten, JZ 1954, S. 305 ff.; zur Entwicklung eingehend A. K. Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 384 ff.

11 EuGH v. 15.07.1964, Rs. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251 (1274) – Costa/ENEL; s. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 66 – Europäisches Patentgericht; EuGH v. 03.11.2013, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 90 – Inuit Tapiritt Kantami u. a./Parlament und Rat; EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

12 Früh dazu am Beispiel des Verhältnisses von EuGH und BVerfG etwa F. C. Mayer, Kompetenzzüberschreitung und Letzentscheidung, 2000; R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989; H.-P. Folz, Demokratie und Integration – Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen, 1999; aus jüngerer Zeit etwa A. Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014; M. Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, 2014; S. Simon, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016; P. M. Huber, Der Gerichtshof der Europäischen Union und das Bundesverfassungsgericht als Hüter der unionalen Kompetenzordnung, 2022.

Gerichte mit der Unionsgerichtsbarkeit lässt sich deshalb nicht nur als »Verfassungsgerechtsverbund«¹³ charakterisieren, sondern bildet letztlich einen »Rechtsprechungsverbund«, der alle Ebenen bzw. Instanzen der Judikative einschließt.¹⁴

Der »Verbundbegriff« hat hierbei im Unionsrecht eine erstaunliche Karriere gemacht. So charakterisierte das BVerfG in seiner Maastricht-Entscheidung die Europäische Union als »Staatenverbund«¹⁵, das Zusammenspiel des europäischen und nationalen Verfassungsrechts wurde von *Ingolf Pernice* als »Verfassungsverbund« gedeutet,¹⁶ und *Eberhard Schmidt-Aßmann* hat den »europäischen Verwaltungsverbund« als Begriff profiliert.¹⁷

Während aber insbesondere der europäische Verwaltungsverbund inzwischen auch theoretisch recht weit durchdrungen ist, gilt dies eigentümlicherweise nicht für alle Facetten des »europäischen Rechtsprechungsverbunds«. Der Begriff umschreibt zunächst die »rechtlich vermittelten Verknüpfungen zwischen Gerichten«, seien sie inhaltlicher oder prozessualer Natur, sowie »informelle und nicht-rechtliche Formen der Abgrenzung« von Jurisdiktionsgewalt.¹⁸ Der europäische Rechtsprechungsverbund umfasst hierbei sowohl die nationalen Gerichte, den in Gerichtshof und EuG untergliederten EuGH, das Einheitliche Patentgericht sowie den EGMR. Zudem wirft das Verhältnis zwischen diesen Gerichten und internationalen Schiedsgerichten einige Fragen auf (dazu unten G.). Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff zwar seit einigen Jahren immer wieder formelhaft, ohne dass ihm jedoch eine eigenständige Rolle im Rahmen der jeweiligen Urteile zukommt.¹⁹

13 S. dazu A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

14 Der Begriff des »Rechtsprechungsverbundes« wurde – soweit ersichtlich – erstmals bei S. Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDSRL 66 (2007), S. 361 ff. (375 ff.) erwähnt; dagegen spricht *I. Pernice*, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit – Zu den Bedingungen einer nachhaltigen Sicherung effektiven Rechtsschutzes im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 2011, S. 151 ff. (153 ff.) von einem »Justizverbund«; s. dazu auch W. Weiß, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010, S. 152 ff.; M. Vocks, Bausteine supranationaler Gerichtskooperation, 2022. Teilweise ist auch von einem »Verwaltungsgerichtsverbund« die Rede, s. etwa C. D. Classen, Europäischer Verwaltungsgerichtsverbund, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 38.

15 BVerfG v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

16 *I. Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 ff.; *ders.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDSRL 60 (2001), S. 148 ff.

17 E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsdee, 2. Aufl. 2006, S. 38 ff. (1/63 ff.); E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Bd. I), 3. Aufl. 2022, § 5, Rn. 22 ff.; W. Weiß, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010.

18 M. Albers, Rechtsprechungsrecht und Rechtsprechungsverbünde, in: B. Rehder/I. Schneider (Hrsg.), Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa, 2016, S. 61 ff. (75-77).

19 S. etwa BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 (338) – Identitätskontrolle; BVerfG v. 21.06.2016 – 2 BvR 2728 bis 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123 (196) – OMT-Programm; BVerfG v. 18.07.2017 – 2 BvR 859/15, BVerfGE 146, 216 (254) – PSPP-Vorlagebeschluss.

Allerdings ist im Rahmen des europäischen Rechtsprechungsverbundes nicht zu übersehen, dass er eher aus der Perspektive der Höchst- und Verfassungsgerichte konzipiert wird, weniger aber aus der Perspektive der mitgliedstaatlichen Instanzgerichte.²⁰ Dies mag mit den Gravitationskräften zusammenhängen, die vom EuGH ausgehen, und die schnell zu einer Vernachlässigung der mitgliedstaatlichen Judikative führen können.²¹ Zumindes hat sich die europarechtliche Forschung schon sehr früh mit der Rolle des EuGH im Integrationsgefüge auseinandergesetzt, hierbei aber die Perspektive der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt in vielen Fällen nur gestreift.²²

Zudem hat der EuGH durch eine Reihe wichtiger Entscheidungen das Verhältnis von mitgliedschaftlicher und unionaler Judikative präziser ausgeformt.²³ Heute lässt sich nicht mehr von einer »zufälligen Europäisierung« o. Ä. des mitgliedstaatlichen Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts sprechen.²⁴ Vielmehr hat der EuGH in den letzten Jahren eine ganze Reihe grundlegender Urteile zu Fragen der richterlichen Unabhängigkeit²⁵ und Unparteilich-

-
- 20 Allerdings spricht nichts dagegen, den Begriff umfassend auf alle Gerichte anzuwenden, dies »passt zum insgesamt nicht rein hierarchischen Verbund der Rechtsprechung«, s. M. Albers, Rechtsprechungsrecht und Rechtsprechungsverbünde, in: B. Rehder/L. Schneider (Hrsg.), Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa, 2016, S. 61 ff. (74).
- 21 Dies kann auch zu Kooperations- bzw. Hierarchiekonflikten führen. S. nur BVerfG v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17 – PSPP; früh dazu I. Pernice, Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten. Randbemerkungen zu einem ungeklärten Verhältnis, in: GS Grabitz, 1995, S. 523 ff.
- 22 Tatsächlich war die Erforschung der Rolle des EuGH für das institutionelle Gefüge der Europäischen Gemeinschaft und seiner Rolle bei der Konsolidierung der Rechtsordnung der Gemeinschaft und ihrem Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen das zentrale Anliegen der frühen Europarechtswissenschaft, s. dazu J. P. Terhechte, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung: Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 1 Fn. 147 m. w. Nachw.; eingehend dazu auch A. Voßkuhle/J. Schemmel, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021; § 6; s. auch C. Calliess, in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 4 EUV, Rn. 146 ff. m. w. Nachw.
- 23 S. etwa zum Vorlageverfahren EuGH v. 06.10.1982, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415 – CILFIT (zur Vorlagepflicht); EuGH v. 09.11.1995, Rs. C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369, Slg. 1995, I-3761 – Atlanta (Vorlagepflicht im vorläufigen Rechtsschutz); allgemein zu den Pflichten der nationalen Gerichte nunmehr auch EuGH v. 05.10.2010, Rs. C-173/09, ECLI:EU:C:2010:336, Rn. 23 ff. – Elchinov.
- 24 Dazu etwa E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 9 ff.; O. Dörr/C. Lenz, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2. Aufl. 2019, Rn. 454 ff.; T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluss, 2003; C. D. Classen, Europäischer Verwaltungsgerichtsverbund, in: M. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 38, Rn. 17 ff.
- 25 EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 41 ff. – Associação Sindical dos Juízes Portugueses; s. dazu etwa P. Zinonos, Judicial Independence and National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice, European Public Law 25 (2019), S. 615 ff.; P. Bård, In Courts we trust, or should we? Judicial Independence as the Precondition for the Effectiveness of EU Law, ELJ 2022, S. 1 ff.; eingehend zur Situation in den Mitgliedstaaten vor der »Rechtsstaatlichkeitskrise« in der EU die Berichte in A. Seibert-Fohr (Hrsg.), Judicial Independence in Transition, 2012.

keit gefällt.²⁶ Das EU-Recht formuliert so gestützt auf Art. 19 EUV und Art. 47 GRC in einem immer stärkeren Maße Strukturvorgaben für die mitgliedstaatlichen Justizsysteme.²⁷

In diesem Zusammenhang entfaltet der europäische Rechtsprechungsverbund auch für die Frage einer Haftung der Dritten Gewalt eine besondere Bedeutung, denn der EuGH betont nicht nur, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte ebenso wie die nationalen Verwaltungsinstanzen das Unionsrecht anzuwenden haben,²⁸ sondern er hat auch das «unionale Verantwortlichkeitsregime» (im Sinne einer Haftung) mit der Köbler-Entscheidung ausdrücklich auf die mitgliedstaatliche Dritte Gewalt erstreckt. Im Falle eines qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht durch ein mitgliedstaatliches Gericht, so der EuGH, komme eine Haftung aufgrund des unionalen Staatshaftungsanspruchs in Betracht.²⁹ Der Rechtsprechungsverbund erschöpft sich damit nicht nur in Kooperationspflichten, sondern es wurden seitens des Unionsrechts auch Instrumente entwickelt, um die unionsrechtlich geforderte »judizielle Loyalität« in der Union durchzusetzen.³⁰

Der europäische Rechtsprechungsverbund ist aber nicht nur ein »Kooperations- und Verantwortungsverbund«. Er ist auch ein »Informationsverbund«, etwa soweit eine rechtliche Verpflichtung der Judikative besteht, im Wege der Rechtshilfe Informationen auszutauschen.³¹ Und schließlich lässt sich von einem »Vollstreckungsverbund« sprechen, etwa wenn es um die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen aus anderen EU-Staaten geht.³² Insbesondere die Ausgestaltung des europäischen Rechtsprechungsverbundes als »Vollstreckungsverbund« hat hierbei in den letzten Jahren für zahlreiche

26 EuGH v. 24.06.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 73 – Kommission/Polen.

27 EuGH v. 05.06.2023, Rs. C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 – Kommission/Polen (Indépendance et vie privée des juges); zu dieser Entwicklung etwa E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 43 ff.; T. Jaeger, Gerichtsorganisation und EU-Recht: eine Standortbestimmung, EuR 2018, S. 611 ff.

28 Eingehend dazu J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff.

29 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; s. auch EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo; EuGH v. 12.11.2008, Rs. C-154/08, ECLI:EU:C:2009:695, Slg. 2009, I-00187 – Kommission/Spanien; s. auch Schlussanträge des GA Cruz Villalón v. 05.10.2010 in EuGH, Rs. C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581, Rn. 24 ff. – Elchinov; EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 83 – Europäisches Patentgericht.

30 S. zum Begriff der »judiziellen Loyalität« A. Hatje, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, S. 75 ff.; O. Knöfel, Judizielle Loyalität in der Europäischen Union, EuR 2010, S. 618 ff.

31 Dazu etwa B. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, § 3, Rn. 62 ff.

32 Dazu etwa ebenda, § 6, Rn. 170 ff.

Probleme gesorgt. Einen ersten Höhepunkt fand die Debatte in Bezug auf den europäischen Haftbefehl.³³

Der europäische Rechtsprechungsverbund weist insofern zahlreiche Facetten auf, die auch aus der Warte der Haftung der Dritten Gewalt von Interesse sind. Hier sind auch interessante Perspektiverweiterungen zu beobachten: Während anfänglich insbesondere die Haftung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt im Rahmen der Anwendung des EU-Rechts im Vordergrund stand, ist der EuGH in den letzten Jahren auch dazu übergegangen, die Voraussetzungen, unter denen eine Haftung der Unionsgerichtsbarkeit selbst in Betracht kommt, zu präzisieren.³⁴ Insoweit zeigt sich hier auch, dass der Wandel der Dritten Gewalt, der sich u. a. in ihrer Verkoppelung in Rechtsprechungsverbünden zeigt, zudem dazu führt, dass Fragen der Legitimation und Verantwortlichkeit immer wichtiger werden.³⁵

B. Der Gerichtshof der EU als unionale Dritte Gewalt

Die Europäische Union gründet gem. Art. 2 EUV auf dem Wert der »Rechtsstaatlichkeit« (*rule of law*).³⁶ Durch das Bekenntnis zur »Rechtsstaatlichkeit« soll die »Herrschaft des Rechts« sichergestellt werden, die sich etwa im Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als eine Art unionale Spielart der Gewaltenteilung bzw. Gewaltengliederung, den auch im EU-Recht verankerten Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sowie in zahlreichen materiell-rechtlichen Teilgarantien wie insbesondere den europäischen

33 S. dazu BVerfG v. 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl; EuGH v. 01.12.2008, Rs. C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669, Slg. 2008 I-08993, Rn. 49, 51 – Leymann und Pustovarov; EuGH v. 16.11.2010, Rs. C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683, Rn. 36 – Mantello; EuGH v. 28.06.2012, Rs. C-192/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:404, Rn. 55 – West; EuGH v. 29.01.2013, Rs. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, Rn. 34 ff. – Radu; EuGH v. 26.02.2013, Rs. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 38 – Mellon; EuGH v. 30.05.2013, Rs. C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, Rn. 36 – F.; EuGH v. 16.07.2015, Rs. C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, Rn. 36 – Lanigan.

34 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 – Groupe Gascogne/Kommission; dazu auch G. Berrisch, Schadenersatz für überlange Verfahren – erstmal nur ein Sturm im Wasserglas, EuZW 2017, S. 254 ff.

35 In diese Richtung auch M. Albers, Rechtsprechungsrecht und Rechtsprechungsverbünde, in: B. Rehder/L. Schneider (Hrsg.), Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa, 2016, S. 61 ff. (89): »Die relative Eigenständigkeit der Rechtsprechung, das Rechtsprechungsrecht als eigenständiges Rechtsformat und Rechtsprechungsverbünde bezeichnen Kernalemente, mittels derer Rechtsprechung in der modernen Gesellschaft zu analysieren und zu begreifen ist. Zahlreiche Fragen schließen sich daran an und sind Forschungsdesiderat. Das betrifft Aspekte der gerichtlichen Legitimation ebenso wie Probleme der Begrenzung gerichtlicher Macht. In den Tiefenschichten ergeben sich Folgewirkungen für das Verständnis des Rechts selbst.«

36 J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 23 ff.

Grundrechten widerspiegelt.³⁷ Diese spezifische unionale *rule of law* wird durch den EuGH geschützt und durchgesetzt. Er hat gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV ausdrücklich die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Rechts sicherzustellen.³⁸ Der EU-Vertrag verkoppelt also die »Rechtsstaatlichkeit« der Union mit der Funktion des EuGH als »Hüter« des Unionsrechts. Schon durch diese Verkoppelung und die dadurch bedingte zentrale Position des EuGH im institutionellen Gefüge der Union ist sichergestellt, dass die Dritte Gewalt im Unionsrecht eine wichtige Rolle spielt.

I. Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts

Allerdings sind Zweifel angebracht, ob es sich beim EuGH tatsächlich um eine »Dritte Gewalt« handelt, und zwar schon deshalb, weil es in der Union weder eine Erste noch eine Zweite Gewalt im klassischen Sinne gibt.³⁹ Zwar verkörpert die Europäische Kommission (ggf. im Verbund mit den nationalen Behörden) das Gravitationszentrum des Verwaltungsvollzugs der Union, aufgrund ihrer wichtigen Rolle bei der Rechtsetzung in der Union (Stichwort: »Vorschlagsmonopol«) kann die Kommission allerdings nicht nur auf ihre Verwaltungsfunktion reduziert werden.⁴⁰ Demgegenüber fehlt es dem Europäischen Parlament in einigen Bereichen an Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten, die es für eine Einordnung als »klassische Zweite Gewalt« bräuchte. Auch wenn das Parlament heute ungleich mehr Einfluss hat und im Vergleich zu einigen Parlamenten in den Mitgliedstaaten »nicht

37 C. Calliess, in: ders./M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 2 EUV, Rn. 26 f.; J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 23.

38 S. zu Art. 19 EUV allg. EuGH v. 27.02.2020, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Zu der Anwendung des Art. 19 EUV auf die aus der »Rechtsstaatlichkeitskrise« resultierenden Probleme in Polen s. insb. EuGH v. 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen; EuGH v. 24.06.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen; EuGH v. 25.07.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 – PPU und EuGH v. 19.11.2019, verb. Rsen. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K.; EuGH v. 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen; EuGH v. 02.03.2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B. u. a.; EuGH v. 15.07.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen; EuGH v. 16.11.2021, verb. Rsen. C-748/19 bis C-754/19, ECLI:EU:2021:931 – Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim; EuGH v. 16.02.2022, Rs. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98 – Polen/Parlament und Rat; EuGH v. 11.05.2023, Rs. C-817/21, ECLI:EU:C:2023:391 – Inspeção Judiciária; EuGH v. 05.06.2023, Rs. C-204/21; ECLI:EU:C:2023:442 – Kommission/Polen; s. eingehend zu dieser Problematik P. M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, Der Staat 56 (2017), S. 389 ff.; zum Ganzen s. auch C. Closa/D. Kochenov, Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union, 2016; K. Scheppelle/L. Pech, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19 (2017), S. 3 ff.

39 S. dazu etwa H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 38 ff.

40 Zur Rolle der Kommission im institutionellen Gefüge der EU s. etwa A. Hatje, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 13 EUV, Rn. 14.

so schlecht da[steht]«⁴¹, so fehlt bis auf wenige Ausnahmen insbesondere ein eigenständiges Initiativrecht und ein voll ausgereiftes Budgetrecht.

Schon vor diesem Hintergrund wird deutlich, warum in Bezug auf die Ausbalancierung der Gewalten in der Union nicht auf das klassische Gewaltenteilungsschema rekurriert werden kann, sondern mit dem sog. Prinzip des institutionellen Gleichgewichts ein spezifisch unionaler Zugang zur Frage der »checks and balances« innerhalb der Union gewählt wird. Nach dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts dürfen Handlungen eines Unionsorgans (Art. 13 Abs. 2 EUV) grundsätzlich nicht zulasten der Kompetenzen von anderen Unionsorganen gehen.⁴² Mit diesem Prinzip soll die Statik der Kompetenzverteilung in der Union gesichert werden. Für die Rechtsprechung des EuGH folgt hieraus zunächst, dass etwa eine Fortbildung des Unionsrechts, die die, durch die Verträge zugewiesenen, Kompetenzen der anderen Unionsinstitutionen aushöhlen würde, nicht mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist.

Diese besondere Ausgestaltung der »unionalen Gewaltenteilung« als institutionelles Gleichgewicht sagt aber letztlich wenig darüber aus, ob auch die Unionsgerichtsbarkeit die Rolle einer »Dritten Gewalt« spielt. Dass der EuGH sowohl im materiellen als auch im funktionalen Sinne Aufgaben der Rechtsprechung wahrnimmt, dürfte außer Frage stehen. Darüber hinaus haben aber insbesondere auch die nationalen Höchstgerichte seine Rolle als Dritte – rechtsprechende – Gewalt akzeptiert. So hat etwa das BVerfG die Befugnis des EuGH zur Fortbildung des Unionsrechts schon in seiner *Kloppenburg*-Entscheidung ausdrücklich anerkannt und den EuGH bewusst in die europäische Tradition der Rechtsprechung seit der Aufklärung gestellt.⁴³

41 A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 673.

42 Dazu EuGH v. 17.12.1970, Rs. 25/70, ECLI:EU:C:1970:115, Slg. 1970, 1161 (1173) – Köster; EuGH v. 29.10.1980, Rs. 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, Slg. 1980, 3333 (3360) – Roquette Frères/Rat; EuGH v. 05.07.1995, ECLI:EU:C:1995:220, Rs. C-21/94, Slg 1995, I-1827 (1852) – Parlament/Rat; J. P. Jacqué, The Principle of Institutional Balance, CMLRev. 41 (2004), S. 383 ff.; K. Lenaerts/P. van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, 2. Aufl. 2005, Rn 13-008 ff.; C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 253 ff.; H. Goeters, Das institutionelle Gleichgewicht – seine Funktion und Ausgestaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2007, S. 205 ff.; H.-G. Dederer, Zur Gewaltenteilung in der Union: Checks and Balances, institutionelles Gleichgewicht oder Konfusion?, in: K. Hofmann/K. Naumann (Hrsg.), Europäische Demokratie in guter Verfassung?, 2010, S. 89 ff.; M. Chamon, Institutional Balance and Community Method in the Implementation of EU Legislation Following the Lisbon Treaty, CMLRev. 53 (2016), S. 1501 ff.; J. P. Terhechte, Im Dienste der Demokratie? Das institutionelle Gleichgewicht in der gemeinsamen Handelspolitik der EU in: C. Herrmann (Hrsg.) Die Gemeinsame Handelspolitik im europäischen Verfassungsverbund, EuR-Beiheft 2/2020, S. 153 ff.

43 BVerfG v. 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 – Kloppenburg; zurückhaltender noch T. von Danwitz, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl. 1997, S. 1 ff. (2).

II. Der EuGH als Hüter und Motor des Unionsrechts

Dass sich das europäische Rechtsschutzsystem und damit die Rolle des EuGH schon konzeptionell von völkerrechtlichen Ansätzen unterscheidet, wurde bereits zu Zeiten des EGKS-Vertrags deutlich. Optierte Frankreich während der Verhandlungen zum EGKS-Vertrag noch für eine Art Schiedsgerichtsbarkeit, konnte sich letzten Endes Deutschland mit seiner Vorstellung von einer obligatorischen Gerichtsbarkeit mit weitreichenden Kompetenzen durchsetzen.⁴⁴ Die Rolle, die der EuGH seitdem für den Integrationsprozess gespielt hat, war aber bei der Aushandlung der Verträge wohl nicht absehbar. Durch eine Reihe aufsehenerregender Urteile hat er maßgeblich dazu beigetragen, das Profil der Gemeinschaften als »Rechtsgemeinschaften« zu formen sowie Phasen der politischen Stagnation zu überwinden. Seine evolutive Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit und zum Vorrang des Unionsrechts und der europäischen Grundrechte oder zur Haftungsverantwortlichkeit können jedenfalls in ihrer Bedeutung für den Integrationsprozess nicht überschätzt werden.⁴⁵

Im europäischen Rechtsprechungsverbund kommt dem EuGH heute aber nicht nur diese Rolle als »Motor« der Integration zu – vieles spricht gar dafür, dass diese Rolle an Bedeutung verliert⁴⁶ –, sondern auch als »Hüter« des Unionsrechts. Die Verzahnung mit den nationalen Gerichten erfolgt hierbei regelmäßig über das sog. Vorabentscheidungsverfahren, das in gewisser Weise das »prozedurale Gesicht« des Rechtsprechungsverbundes bildet (dazu 1.). Dagegen kommt in erster Linie dem EuG im Rahmen der Nichtigkeitsklage die zentrale Rolle zu, über die Rechtmäßigkeit von verbindlichen Rechtsakten zu entscheiden. Die entsprechenden Urteile binden auch die mitgliedstaatlichen Gerichte (dazu 2.). Schließlich übt der EuGH im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens auch über die mitgliedstaatlichen Gerichte eine besondere Form der Kontrolle aus (dazu 3.). Die unterschiedlichen Facetten des europäischen Rechtsprechungsverbundes sind so u. a. auch im europäischen Prozessrecht angelegt.

44 Dazu U. Everling, Zur Funktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften als Verwaltungsgericht, in: FS Redeker, 1993, S. 293 ff.; F. Schorkopf, Die unentschiedene Macht – Verfassungsgeschichte der Europäischen Union, 1948-2007, 2023, S. 48 ff.

45 Eingehend dazu m. w. Nachw. J. P. Terhechte, Die Europäische Union als Innovationsverbund – Innovationsverfassung und rechtliche Innovationen in der EU, EuR 2017, S. 3 ff. (8 ff.).

46 J. P. Terhechte, Von Lissabon zu Mangold – Die Konsolidierung des europäischen »Verfassungsgerichtsverbundes« durch das BVerfG, EuZW 2011, S. 81.

1. Vorabentscheidungsverfahren und Rechtsprechungsverbund

Dies gilt zunächst für das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV, in dessen Rahmen die nationalen Gerichte Fragen bezüglich der Auslegung der europäischen Verträge (Art. 267 lit. a) AEUV) oder über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union (Art. 267 lit. b) AEUV) vorlegen können. Soweit ein nationales Gericht von der Ungültigkeit einer unionsrechtlichen Rechtsnorm bzw. Handlung ausgeht, ist die Vorlage an den EuGH obligatorisch, weil er – ähnlich wie das BVerfG für das nationale Recht – auf der Ebene des Unionsrechts über ein »Verwerfungsmonopol« verfügt.⁴⁷ Auslegungsfragen können dem EuGH regelmäßig vorgelegt werden, bei letztinstanzlichen Gerichten kann sich dieses Recht aber wiederum in eine Pflicht umwandeln.⁴⁸

Das Vorabentscheidungsverfahren hat interessanterweise in den letzten Jahren kontinuierlich an Bedeutung gewonnen. Im Jahre 2019 erreichte die Zahl der Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH mit 641 einen historischen Höhepunkt. Doch auch die 557 Ersuchen aus dem Jahre 2020, die 567 Ersuchen aus dem Jahre 2021 und die 564 aus dem Jahre 2022 unterstreichen die hohe Bedeutung dieses Verfahrens.⁴⁹

Jahr	Zahl der Vorabentscheidungsersuchen
2018	568
2019	641
2020	557
2021	567
2022	564

Angesichts der Funktionen des Vorabentscheidungsverfahrens, die vornehmlich in der Wahrung der Rechtseinheit des Unionsrechts und der Gewährung von Individualrechtsschutz liegen,⁵⁰ sind die Ursachen dieser auch quantitativ hohen Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens von einigem Interesse. Sie kann zunächst auf die heutige Größe der Union mit 27 Mitgliedstaaten

⁴⁷ EuGH v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199 – Foto-Frost; s. dazu B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV, Rn. 29.

⁴⁸ EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 83 – Europäisches Patentgericht; B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV, Rn. 27.

⁴⁹ Jahresberichte des Gerichtshofes der Europäischen Union 2018–2022, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/s/jo2_11035/ (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

⁵⁰ B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV, Rn. 1; T. Tridimas, Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure, CMLRev. 40 (2003), S. 9 ff.

zurückgeführt werden. Aufgrund der bisherigen Zentralisierung des Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH war das Ansteigen der Verfahrenszahlen in gewisser Weise durch die stetigen Erweiterungen der EU vorprogrammiert. Hinzu kommt, dass das Verfahren für bestimmte Bereiche eine besondere Rolle spielt, etwa für die Weiterentwicklung des europäischen Privatrechts⁵¹ oder gegenwärtig im Rahmen der sog. Rechtsstaatlichkeitskrise.⁵²

Allerdings hat sich im Laufe der Zeit nicht nur die konstant hohe Zahl von Vorabentscheidungsverfahren, sondern auch die Dauer der Verfahren als ernsthaftes Problem herausgestellt.⁵³ So benötigte der EuGH im Jahre 2022 durchschnittlich 17,3 Monate für eine Entscheidung.⁵⁴ Das ist die längste durchschnittliche Dauer, die bislang zu verzeichnen war. Reine Änderungen des Verfahrensrechts unter Beibehaltung der exklusiven Zuständigkeit des EuGH scheinen angesichts der immer höheren Komplexität der Verfahren keine Lösung zu sein, was diverse Ansätze der letzten Jahre belegen: Zwar besteht im Falle, dass »die Art der Rechtssache ihre rasche Erledigung erfordert« (Art. 105 VerfO-EuGH), die Möglichkeit, dass der Präsident des EuGH im beschleunigten Verfahren entscheidet.⁵⁵ Diese Entscheidungen bleiben aber letztlich Ausnahmen, wie auch Entscheidungen im – schon sachlich begrenzten – Eilvorlageverfahren nach Art. 23a Satzung-EuGH und Art. 107 ff. VerfO-EuGH für Vorlagen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts oder nach Art. 267 Abs. 4 AEUV für Vorlagen, die in einem schwedenden Verfahren, das eine inhaftierte Person betrifft, ergehen.⁵⁶ Eine allgemeine Regelung, die zu einer spürbaren Verkürzung der Vorlageverfahren führen kann, ist aber bislang nicht in Sicht.

51 *H. H. Fredriksen*, Europäische Vorlageverfahren und nationales Zivilprozessrecht, 2009, S. 12 ff.; *H. Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts – Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union, 2012, S. 423 ff.; *ders.*, Die Vorlagepraxis der EU-Mitgliedstaaten – Eine statistische Analyse zur Nutzung des Vorabentscheidungsverfahrens, EUR 2012, S. 392 ff.

52 Eingehend dazu *S. Hapka*, Die Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens in der europäischen Verfassungsaufsicht, GVRZ 2023, S. 2 ff.; s. auch *P. Schiffauer*, Ein Anker von Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union durch den Verbund der Verfassungs- und Obersten Gerichte, EuGRZ 2019, S. 549 ff.; zur Rechtsstaatlichkeitskrise s. etwa *J. P. Terhechte*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 23 ff.

53 *U. Karpenstein*, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 8, Rn. 129 ff.

54 *M.-A. Gaudissart*, Ein kurzer Überblick über die wichtigsten statistischen Trends des vergangenen Jahres (2022), abrufbar unter https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/de/ (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

55 *W. Kühn*, Grundzüge des neuen Eilverfahrens vor dem EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungssuchen, EuZW 2008, S. 263 ff.; *U. Karpenstein*, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 8, Rn. 93 ff.

56 *U. Karpenstein*, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 8, Rn. 97 ff.

Seitens der Europarechtswissenschaft,⁵⁷ aber auch seitens des EuGH selbst⁵⁸ sind wiederholt Vorschläge formuliert worden, wie man diese Arbeitsbelastung des Gerichtshofes hinsichtlich der Vorlageverfahren reduzieren könnte. Hier wird häufig auf die Möglichkeit hingewiesen, dass auch das Gericht über Vorlagen entscheiden könnte. Aus den Reihen des EuGH war jedoch lange zu vernehmen, dass das »Vorabentscheidungsmonopol« zumindest substantiell beim EuGH verbleiben soll, obwohl der AEUV mit Art. 256 Abs. 3 die Möglichkeit vorsieht, dem Gericht entsprechende Zuständigkeiten einzuräumen.⁵⁹ Hier bahnen sich gegenwärtig neue Entwicklungen an. So hat der EuGH am 30.11.2022 einen Legislativantrag gem. Art. 281 Abs. 2 AEUV beim Europäischen Parlament und dem Rat eingereicht, der vorsieht, dass das Gericht für bestimmte Sachgebiete auch im Vorlageverfahren zuständig sein soll. Konkret bezieht sich der Vorschlag auf:

»das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, die Verbrauchsteuern, den Zollkodex und die zolltarifliche Einreihung von Waren in die Kombinierte Nomenklatur, Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fahr- und Fluggäste sowie das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten«⁶⁰.

Diese »Sachgebiete« ergeben sich für den EuGH aus einer Analyse der Praxis, wobei sich die Aufzählung weniger auf »echte« Sachgebiete bezieht, sondern eher auf Einzelthemen. Hier kann man durchaus Zweifel anmelden, ob sich dieser Ansatz als weiterführend erweisen wird. Der Ausschuss für konstitutionelle Fragen des Europäischen Parlaments hat in seiner Stellungnahme zu dem Antrag zumindest sehr grundsätzliche Bedenken geäußert: So sei insbesondere die Auswahl der »spezifischen Rechtsbereiche« nicht überzeugend. Vorzugswürdig sei dagegen eine Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Vorabentscheidungsersuchen.⁶¹

57 S. nur die Nachw. bei U. Karpenstein, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 8, Rn. 97ff.

58 S. etwa Reflexionspapier des EuGH zur »Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union«, v. 28.05.1999 (Dok. 8208/99 des Rates v. 11.05.1999), abgedruckt in EuZW 1999, S. 750 ff. (751); dazu auch K. Hopt, Reform der Europäischen Gerichtsbarkeit – Überlegungen zur aktuellen Reformdiskussion, RabelsZ 66(2002), 589 ff.; R. Streinz/S. Leible, Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaft – Reflexionen über Reflexionspapiere, EWS 2004, S. 1 ff. (2 ff.) sowie Antrag des Gerichtshofs nach Artikel 281 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union v. 30.11.2022, S. 1 f.

59 Dazu auch B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 256 AEUV, Rn. 29.

60 Antrag des Gerichtshofs nach Artikel 281 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union v. 30.11.2022, S. 5.

61 S. etwa das Europäische Parlament, 2022/0906(COD) v. 09.06.2023, Entwurf einer Stellungnahme des Ausschusses für konstitutionelle Fragen für den Rechtsausschuss zu dem Entwurf von Änderungen des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (07307/2022[BAS] –

Trotz dieser Bedenken wurde die Reform des Vorabentscheidungsverfahrens wie vom EuGH vorgeschlagen im Wege der Änderung der Satzung des EuGH gem. Art. 281 Abs. 2 AEUV am 6.4.2024 beschlossen (künftig Art. 50b Satzung EuGH).⁶² Ob sie zu einer Entlastung des EuGH beitragen kann, bleibt abzuwarten, sie führt jedenfalls zwangsläufig zu einer Mehrbelastung des EuG, was aus der Perspektive der Haftung durchaus von Bedeutung ist (dazu § 9).

Das Vorabentscheidungsverfahren ist in den letzten Jahren jedoch nicht nur wegen seiner Dauer und Komplexität in die Kritik geraten.⁶³ Insbesondere in Deutschland sind Bedenken dahingehend erhoben worden, dass das Vorlagerecht unterinstanzlicher Gerichte dazu führen kann, dass die Zuständigkeiten der Obergerichte verwischt werden und so in gewisser Weise eine direkte Kommunikation zwischen unterinstanzlichen Gerichten und EuGH möglich ist.⁶⁴ Diese Kritik ist aus der Perspektive von Ober- oder Verfassungsgerichten sicher verständlich, verkennt aber zugleich, dass gerade das Vorlagerecht eine wichtige Säule im europäischen Rechtsprechungsverbund verkörpert, der nicht nur aus Ober- und Verfassungsgerichten gebildet wird, sondern alle (staatlichen) Gerichte einbezieht, um die einheitliche und effektive Anwendung des EU-Rechts zu gewährleisten.⁶⁵

Für den europäischen Rechtsprechungsverbund muss das Vorabentscheidungsverfahren aufgrund des unmittelbaren Zusammenwirkens der mitgliedstaatlichen und unionalen Judikative eine besondere Bedeutung haben – in ihm wird die Verkoppelung von mitgliedstaatlicher und unionaler Judikative gewissermaßen brennglasartig zusammengefasst. Und nicht umsonst hat der EuGH gerade in Bezug auf das Vorabentscheidungsverfahren eine umfangreiche Rechtsprechungstätigkeit entfaltet, die den nationalen Gerichten möglichst genau ihre unionalen Pflichten vor Augen führen soll. Die Missachtung dieser Pflichten kann nach der Rechtsprechung des EuGH zu einer (unionsrechtlichen) Haftung der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt führen.⁶⁶

C9-0405/2022 – 2022/0906(COD)), S. 3 f.; abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFCO-PA-749876_DE.pdf (Letzter Aufruf: 14.04.2024).

62 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-85-2023-INIT/en/pdf> (Letzter Aufruf: 14.04.2024).

63 C. D. Classen, Europäischer Verwaltungsgerichtsverbund, in: M. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 38, Rn. 45 ff.; J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff. (602).

64 F. Kirchhof, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, S. 1492 ff. (1496); ders., Rechtsprechung im Dialog von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof, ZFA 2019, S. 163 ff. (168 ff.).

65 J. P. Terhechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff. (602).

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

2. Nichtigkeitsklage und Normverwerfungsmonopol

Auch die Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) ist ein zentraler Baustein des europäischen Rechtsprechungsverbundes und unterstreicht in besonderer Weise die zentrale Position des EuGH im europäischen Rechtsprechungsverbund.⁶⁷ Bemerkenswert ist hier insbesondere, dass das Urteil im Rahmen der Nichtigkeitsklage keinen Feststellungscharakter hat, wie dies etwa im Rahmen von (z. T. vergleichbaren) Organstreitigkeiten vor dem BVerfG der Fall ist, sondern es erklärt die jeweils angefochtene Handlung im Erfolgsfalle für nichtig (Art. 264 AEUV). Die Nichtigkeitserklärung wirkt *erga omnes* und bindet daher auch die mitgliedstaatliche Judikative. Schon aufgrund der durchgreifenden Rechtsfolgen, die mit einer erfolgreichen Nichtigkeitsklage verbunden sind, ist mithin von vornherein unzweifelhaft, dass diese Kompetenz nur beim EuGH, nicht aber bei den nationalen Gerichten liegt.⁶⁸

3. Vertragsverletzungsverfahren und »judizielle Loyalität«

Wie lässt sich aber die »judizielle Loyalität« der mitgliedstaatlichen Gerichte jenseits von Vorlagepflichten (insbesondere im Falle der Verkennung dieser Pflichten) sicherstellen? Bislang konzentrierten sich Überlegungen zum europäischen Rechtsprechungsverbund nahezu ausschließlich auf das Zusammenspiel der mitgliedstaatlichen Judikativen und der Unionsgerichtsbarkeit im Rahmen des Art. 267 AEUV. Erst seit wenigen Jahren wird dagegen auch der Frage nachgegangen, wie im Falle der »Vorlageverweigerung« nationaler Gerichte die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sichergestellt werden kann.

Im Bereich der Umsetzungs- und Befolgungspflichten der Mitgliedstaaten hat die Kommission hier schon seit jeher auf das in Art. 258 AEUV niedergelegte Vertragsverletzungsverfahren zurückgegriffen. Das Verfahren wird durch die Kommission eingeleitet, die aber über einen verhältnismäßig langen Zeitraum die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren wegen »judikativer Vertragsverletzungen« vermieden hat.⁶⁹ Die Kommission erklärte diese Zurückhaltung mit den Rechtsfolgen des Vertragsverletzungsverfahrens.

67 Eingehend dazu A. Thiele, Die Nichtigkeitsklage, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 9, Rn. 1 ff.; ders., Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, 2006; M. Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 178 ff.

68 EuGH v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199 – Foto-Frost.

69 Dazu J. Kokott/T. Henze/C. Sobotta, Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, S. 633 ff.; J. Schwarze/N. Wunderlich, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 258 AEUV, Rn. 8.

Gem. Art. 260 Abs. 1 AEUV haben die Mitgliedstaaten die Pflicht, den jeweiligen Verstoß gegen das Unionsrecht zu beenden, was bei einem unionsrechtswidrigen, aber rechtskräftigen Urteil nur schwer zu bewerkstelligen sei. Auch seien hier Spannungen mit der in allen Mitgliedstaaten garantierten richterlichen Unabhängigkeit nicht ausgeschlossen.⁷⁰ Der EuGH hat aber in jüngerer Zeit betont, dass auch im Falle »judikativer Unionsrechtsverstöße« ein Vertragsverletzungsverfahren durchgeführt werden kann.⁷¹ Insoweit kann die »judizielle Loyalität« in der Europäischen Union zumindest über das Vertragsverletzungsverfahren herbeigeführt werden. Für den europäischen Rechtsprechungsverbund folgt hieraus auch, dass es sich nicht etwa um eine lose Konstruktion von nicht losen Kooperationsmöglichkeiten handelt, sondern um ein »System«,⁷² in dem die wechselseitig bestehenden Rechte und Pflichten auch durchgesetzt werden können.

C. Die institutionelle Ausgestaltung der Unionsgerichtsbarkeit

Der Europäische Gerichtshof hat sich seit jeher von sonstigen internationalen Gerichtshöfen grundlegend unterschieden. Er ist weder Schiedsgericht noch ist er nur fakultativ anrufbar, sondern kann sich hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens vielmehr ohne weiteres am Vorbild der mitgliedstaatlichen Gerichte messen lassen. Überwog in den Anfangsjahren der EGKS noch eine Funktion als eine Art »Verwaltungsgericht der Gemeinschaft«⁷³, so hat der EuGH durch viele wegweisende Urteile seine Position selbst beständig gefestigt. Hierbei übernahm er mehrere Funktionen, etwa die eines Verwal-

70 G. Meier, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, EuZW 2004, S. 335 ff.; C. Sellmann/S. Augsberg, Entwicklungstendenzen des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EGV, DÖV 2006, S. 533 ff. (541).

71 EuGH v. 09.12.2003, Rs. C-129/00, ECLI:EU:C:2003:656, Slg. 2003, I-14637, Rn. 29 – Kommission/Italien: »Eine Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats kann grundsätzlich gemäß Art. 226 EG unabhängig davon festgestellt werden, welches Staatsorgan durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß verursacht hat, selbst wenn es sich um ein verfassungsmäßig unabhängiges Organ handelt«, s. auch EuGH v. 05.05.1970, Rs. 77/69, ECLI:EU:C:1970:34, Slg. 1970, 237, Rn. 15/16 – Kommission/Belgien; M. Kerntner, Ein Dreizack für die offene Flanke: Die neue EuGH-Rechtsprechung zur judikativen Gemeinschaftsrechtsverletzung, EuZW 2005, S. 235 ff. (237); dafür auch J. Schwarze/N. Wunderlich, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 258 AEUV, Rn. 8; früh dazu auch G. Nicolaysen, Vertragsverletzung durch mitgliedstaatliche Gerichte, EuR 1985, S. 368 ff.

72 So ausdrücklich EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 83 – Europäisches Patentgericht. S. auch EuGH v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172 – EMRK II und EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 111 – CETA.

73 Zur Pionierphase des EuGH s. etwa H.-W. Daig, Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, AöR 83 (1958), S. 132 ff.; F. Schorkopf, Die unentschiedene Macht – Verfassungsgeschichte der Europäischen Union, 1948-2007, 2023, S. 48 ff.

tungsgerichts der EWG und dann auch die eines Verfassungsgerichts. Damit ist aber seine Funktion nur ungenügend beschrieben. Tatsächlich ist der EuGH ein multifunktionales Gericht, das auf Wege angewiesen ist, mit seinem eigenen »Erfolg« umgehen zu können, denn schon seit Mitte der 1980er Jahre wurde immer deutlicher, dass der EuGH in seiner ursprünglichen Komposition nicht mehr in der Lage sein würde, die an ihn herangetragenen Verfahren in einem angemessenen Zeitraum zu bearbeiten. Auf diese Situation haben die Mitgliedstaaten im Jahre 1989 erstmals mit der Errichtung des Gerichts erster Instanz reagiert, das aber seinerseits nur eine Wegmarke des institutionellen Wandels der Unionsgerichtsbarkeit verkörpert. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde das Gericht erster Instanz umbenannt in das Gericht der Europäischen Union (EuG). Im Jahre 2015 wurde das EuG durch eine Verordnung des Rates grundlegend reformiert.⁷⁴ Diese Entwicklungen sind aus verschiedenen Perspektiven von Bedeutung für eine Haftung der (unionalen) Dritten Gewalt: Schon aufgrund der »Selbstautorisierung« des EuGH als »Verfassungsgericht« hat er ein so hohes Maß an Einfluss (auch auf die staatliche Judikative gewonnen), dass es letztlich nur eine Frage der Zeit war, dass Instrumente entwickelt wurden, die eine Bindung der mitgliedstaatlichen Judikative an die Vorgaben des EuGH sicherstellen. In diesem Kontext spielen seit einigen Jahren auch Haftungsinstitute eine wichtige Rolle. Der institutionelle Wandel der Unionsgerichtsbarkeit muss zudem dazu veranlassen, nach einer Haftung der Dritten Gewalt auf der Ebene der Union selbst zu fragen. Solange der EuGH der einzige Spruchkörper auf der Ebene der Gemeinschaften war, war diese Frage einigermaßen sinnlos. Mit einem Stufenbau der Gerichtsorganisation lässt sich aber die entscheidende Frage »*Quis judicabit?*« befriedigend beantworten, soweit es um eine Haftung für Urteile etc. der unteren Instanzen geht.

⁷⁴ Verordnung (EU/Euratom) Nr. 2015/2422 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl. L 341 v. 24.12.2015, S. 14 ff. Siehe auch Verordnung (EU, Euratom) Nr. 2019/629 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.04.2019 zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl. 111 v. 25.04.2019, S. 1 ff. Zur Reform des Gerichts s. z. B. U. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR-Beitrag 1/2009, S. 71 ff.; I. Pernice, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, S. 151 ff.; U. Klinke, Entwicklungen in der EU-Gerichtsbarkeit, EuR-Beitrag 1/2012, S. 61 ff.; ders., in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 281 AEUV, Rn. 55-58; F. C. Mayer in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 19 EUV, Rn 105 ff.; G. M. Berrisch, Erhöhung der Richterzahl – kurzfristige Abhilfe ohne langfristige Lösung, EuZW 2011, S. 409 ff.; B. Wägenbaur, Neue Richter am EuG – aus eins mach zwei, EuZW 2015, S. 889 ff.; J. Hoffmann, Der Gerichtshof der Europäischen Union – re-organisiert, EuR 2016, S. 197 ff.; A. Alemanno/L. Pech, Thinking Justice outside the Docket: A Critical Assessment of the Reform of the EU's Court System, CMLRev. 54 (2017), S. 129 ff.

I. Der EuGH als multifunktionaler Gerichtshof

Soweit vom Gerichtshof der Europäischen Union als multifunktionalem Gericht gesprochen wird, spielt dies zunächst auf die enorme Bandbreite seiner Aufgaben an. Im EuGH sind sowohl Elemente einer Verwaltungs-, Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit vereint als auch solche einer Steuer-, Sozial- und Strafgerichtsbarkeit.⁷⁵ In gewisser Weise steht hierüber noch seine Funktion als Verfassungsgericht der EU.⁷⁶

Wie sich dieses enorme Aufgabenportfolio – und damit die Arbeitsbelastung des EuGH (dazu II.) – künftig entwickeln wird, ist nur schwer abzuschätzen. Die Anzeichen sprechen aber dafür, dass der EuGH, noch stärker als bislang, Techniken entwickeln wird, mit der hohen Zahl an Fällen und – fast noch herausfordernder – der steigenden Komplexität der jeweiligen Fälle umzugehen. Hierzu gehören schon heute bestimmte Beschränkungen, etwa bei der Begründung der Urteile,⁷⁷ ein straffes mündliches Verfahren⁷⁸ wie auch die im Folgenden zu behandelnde (mögliche) Ausdifferenzierung der Unionsgerichtsbarkeit (III.). Denn spätestens seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages verfügt die EU über die Möglichkeit, ein umfassendes dreigliedriges Gerichtssystem zu schaffen, das nicht nur Fragen hinsichtlich des primären Rechtsschutzes aufwirft, sondern auch solche bezüglich des sekundären Rechtsschutzes.⁷⁹

II. Arbeitsbelastung des EuGH

Die Arbeitsbelastung des Gerichtshofes wird seit vielen Jahren als problematisch angesehen und hat zu umfassenden Debatten über die Organisation des EuGH geführt.⁸⁰ Im Jahre 2021 sind beim EuGH 838 neue Verfahren

75 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 4.

76 Der EuGH hat sich in der Vergangenheit selbst als »Verfassungsgericht« bezeichnet, s. EuGH v. 28.03.1996, Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Slg 1996, I-1759 (1789) – EMRK.

77 Dazu U. Everling, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, S. 127 ff.

78 Dies wird nicht selten kritisiert, s. etwa R. Bechtold, Die rechtsstaatliche Problematik der Bußgelder bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht, in: J. Schwarze (Hrsg.), Rechtsschutz und Wettbewerb in der neueren europäischen Rechtsentwicklung, 2010, S. 97 ff. (97).

79 Dass die Ausdifferenzierung des EU-Gerichtssystems unweigerlich auch zu Haftungsfragen führen kann, hat der EuGH schon vor mehr als 25 Jahren erkannt. In seiner Entscheidung »Bautahlgewerbe« hat der EuGH angedeutet, dass der unionsrechtliche Haftungsanspruch (heute Art. 340 Abs. 2 AEUV) bei einer überlangen Verfahrensdauer beim Gericht durchaus anwendbar sei, s. EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417, Rn. 141 – Bautahlgewerbe; gegen sich selbst schließt der EuGH einen solchen Anspruch allerdings aus, s. EuGH v. 30.05.1989, Rs. 20/88, ECLI:EU:C:1989:221, Slg. 1989, 1553, Rn. 20 – Roquette frères.

80 Dazu etwa M. Jestaedt, Der »Europäische Verfassungsgerichtsverbund« in (Verfahrenskenn-)Zahlen, JZ 2011, S. 872 ff. (877 f.).

und acht Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz eingegangen, beim Gericht insgesamt 882 Verfahren. Während der EuGH in seiner Anfangszeit bis Mitte der 1970er Jahre nur selten mit mehr als 100 neuen Verfahren im Jahr zu tun hatte, wurde die Zahl der neuen Verfahren sukzessive immer höher. Dies führte letztlich zur Einrichtung des EuG im Jahre 1989 sowie des Gerichts für den öffentlichen Dienst im Jahre 2006, um den Gerichtshof zu entlasten.⁸¹

Von besonderer Bedeutung für den europäischen Rechtsprechungsverbund ist hierbei das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV), in dessen Rahmen die Vernetzung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH besonders deutlich zutage tritt (dazu oben B. II. 1.). Die beim EuGH eingegangenen Vorabentscheidungsersuchen erreichten im Jahre 2019 mit 641 einen vorläufigen Höhepunkt, was auch den Ruf nach einer Reform des Verfahrens laut werden ließ. Einen entsprechenden Vorschlag hat der EuGH Ende 2022 unterbreitet (eingehend dazu B. II. 1.).

Neu eingegangene Rechtssachen beim Gericht (2013-2021)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Nichtigkeitsklage	319	423	332	297	371	288	445	284	343
Untätigkeitsklage	12	12	5	7	8	14	14	15	21
Schadenersatzklage	15	39	30	19	23	29	24	17	28
Schiedsklauselverfahren	6	14	15	10	21	7	8	13	4
Geistiges Eigentum	293	295	302	336	298	301	270	282	308
Öffentlicher Dienst	-	-	-	163	86	93	87	118	81
Rechtsmittel	57	36	36	39	-	-	-	2	-
Besondere Verfahren	88	93	111	103	110	102	91	116	97
Insgesamt	790	912	831	974	917	834	939	847	882

81 S. dazu *J. Schwarze*, 20 Jahre Gericht erster Instanz in Luxemburg – Der Zugang zur Justiz, EuR 2009, S. 717 ff. (718).

Neu eingegangene Rechtssachen beim EuGH (2013-2021)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Vorabentscheidung	450	428	436	470	533	568	641	557	567
Klagen	72	74	48	35	46	63	41	38	29
Rechtsmittel	161	111	206	168	141	193	256	125	223
Rechtsmittel (vRs)	5	-	9	7	6	6	10	6	9
Gutachten	2	1	3	-	1	-	1	1	-
Besondere Verfahren	9	8	11	12	12	19	17	10	10
Insgesamt	699	622	713	692	739	849	966	737	838
Vorläufiger Rechtsschutz	1	3	2	3	3	6	6	3	8

III. Institutioneller Wandel innerhalb der Unionsgerichtsbarkeit

Ist heute vom EuGH die Rede, so verbirgt sich hinter diesem Akronym letztlich eine (zumindest potentiell) dreigliedrige Gerichtsbarkeit der EU.⁸² Gem. Art. 19 Abs. 1 EUV umfasst der Gerichtshof der Europäischen Union den Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte. In den früheren Fassungen der Vorschrift war noch vom Gerichtshof und dem Gericht (Art. 220 S. 1 EGV) bzw. nur vom Gerichtshof (Art. 164 EWGV) die Rede. Insofern hat eine der zentralen Normen für das rechtsstaatliche Gepräge der Union – sie legt die Wahrung des Rechts in die Hände der unionalen Judikative – eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht, die den institutionellen Wandel der Unionsgerichtsbarkeit deutlich widerspiegelt.⁸³

Allerdings konnten die in Art. 19 Abs. 1 EUV bzw. Art. 257 AEUV erwähnten Fachgerichte bislang keine besondere Rolle spielen. Zwar wurde im Jahre 2004 das GöD als »Gerichtliche Kammer« (heute: »Fachgericht«) errichtet.⁸⁴ Dieses Gericht wurde allerdings zum 1. September 2016 wieder

82 Dazu etwa *M. Kotzur*, Die Europäische Gerichtsbarkeit, in: *S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.)*, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 5, Rn. 5 ff.; *T. Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, 2008, S. 19 ff.

83 Zu diesem Wandel auch *G. Sydow*, Die Ausdifferenzierung des Gerichtssystems der EU – Zur Struktur der künftigen europäischen Patentgerichtsbarkeit, GRUR 2001, S. 689 ff.; *T. Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, 2008, S. 71 ff.

84 Beschluss des Rates v. 02.11.2004 zur Errichtung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (2004/752/EG, Euratom), ABl. 2004 Nr. L 333/7; s. auch *H. Cameron*, Establishment of the European Union Civil Service Tribunal, Law and Practice of International Courts and Tribunals, 7 (2006), S. 273 ff.; zur Bilanz seiner Tätigkeit etwa *U. Reithmann*, Europäisches Dienstrecht und Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union, ZBR 2015, S. 217 ff.

aufgelöst (s. dazu III. 2.) und seine Richter dem Gericht zugeordnet.⁸⁵ Weitere Fachgerichte sind derzeit nicht in Planung, und es ist bemerkenswert, dass das Einheitliche Patentgericht (dazu unten D.) gerade nicht auf Art. 262 AEUV beruht, der die Möglichkeit vorsieht, die Zuständigkeiten des EuGH für Rechtsstreitigkeiten im Bereich europäischer Rechtstitel für das geistige Eigentum zu erweitern.⁸⁶

Darüber hinaus gibt es bereits seit vielen Jahren Vorschläge zur weitergehenden Fortentwicklung der Unionsgerichtsbarkeit. So haben etwa *Jean-Paul Jacqué* und *Joseph Weiler* schon 1990 den Vorschlag gemacht,⁸⁷ eine regionale Gemeinschaftsgerichtsbarkeit (vier Gerichte zu je sechs Richtern) zu errichten. Diese Gerichte sollten jeweils für drei Mitgliedstaaten verantwortlich sein und über Klagen Privater, eingeschränkt aber auch über Vorabentscheidungsersuchen nachgeordneter nationaler Gerichte entscheiden. Der Vorschlag wurde teilweise stark kritisiert und von der Regierungskonferenz nicht weiterverfolgt.⁸⁸ Es fragt sich aber, ob angesichts einer EU mit 27 Mitgliedstaaten und weiteren Beitrittskandidaten eine Regionalisierung nicht als ernsthafte Option für eine Neuausrichtung des unionalen Rechtsschutzsystems zu erwägen ist. Ob hierbei die Gefahr »föderaler Unwuchten« oder einer uneinheitlichen Rechtsprechung besteht oder die Gesamtintegration der nationalen Rechtsordnungen in das System des Unionsrechts erschwert ist,⁸⁹ ist aus der heutigen Perspektive sicherlich anders zu beurteilen als noch vor 30 Jahren, zumal an der »Auffangverantwortung« bzw. »Auffangmöglichkeit« des Gerichtshofs bzw. des Gerichts kein Zweifel bestehen kann. Ein Beispiel, wie ein solches System aussehen könnte, liefert nunmehr der Aufbau des Einheitlichen Patentgerichts (dazu D. III.).

1. Errichtung des Gerichts

Aufgrund der steigenden Arbeitsbelastung des Gerichtshofs ist vor gut 35 Jahren (1988) das Gericht erster Instanz in Folge einer Änderung der Verträ-

⁸⁵ Verordnung (EU/Euratom) Nr. 2015/2422 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABI. Nr. L 341 v. 24.12.2015, S. 14 ff.

⁸⁶ Dazu auch BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (160) – EPÜG.

⁸⁷ *J. P. Jacqué/J. H. H. Weiler, On the Road to European Union – A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference*, CMLRev. 27 (1990), S. 185 ff.; *dies.*, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, S. 441 ff.

⁸⁸ S. U. *Everling*, Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit, in: *ders.*, *Unterwegs zur Europäischen Union*, 2001, S. 332 ff. (345 f.).

⁸⁹ So aber U. *Everling*, ebenda, S. 346.

ge durch die EEA errichtet worden,⁹⁰ welches vornehmlich für Klagen Privater zuständig sein sollte.⁹¹ Es verkörperte ursprünglich ein »Eingangsgericht« im klassischen Sinne, wobei sich seine Rolle auch diesbezüglich durch die Möglichkeit der Errichtung einer Fachgerichtsbarkeit verändert hat, weil es gem. Art. 256 Abs. 2 AEUV auch für Entscheidungen über Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Fachgerichte zuständig ist. Das Gericht ist damit (potenziell) Eingangs- und Revisionsinstanz zugleich. Freilich hat seine Rolle als Rechtsmittelgericht auch in Bezug auf das GöD keine nennenswerte Rolle. Seine Zuständigkeiten als Eingangsinstanz ergeben sich heute aus Art. 256 Abs. 1 AEUV, wonach das Gericht für Entscheidungen im ersten Rechtszug im Rahmen von Nichtigkeits-,⁹² Untätigkeits-,⁹³ Schadensersatz-⁹⁴ und Beamtenklagen⁹⁵ zuständig ist sowie ggf. für Klagen auf der Grundlage von Schiedsklauseln.⁹⁶ Die Flexibilität, die inzwischen das gesamte Rechtsprechungssystem der Union kennzeichnet, wird durch die Möglichkeit unterstrichen, dem Gericht weitere Zuständigkeiten zu übertragen (Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV), was etwa seit vielen Jahren schon für das Vorabentscheidungsverfahren diskutiert wird und gegenwärtig wieder einer Rolle spielt.

2. Vergebene Möglichkeiten: Fachgerichtsbarkeit und die Auflösung des GöD

Die Möglichkeit, dem Gericht Fachgerichte beizuordnen (heute Art. 257 AEUV), ist ebenso wie die Errichtung des Gerichts erster Instanz vor dem Hintergrund zu sehen, dass das bestehende System der Unionsgerichtsbarkeit kaum mehr in der Lage ist, die Vielzahl der Verfahren in adäquaten Zeiträumen zu bearbeiten.⁹⁷ Bis zum Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages sah der EGV die Möglichkeit vor, sog. gerichtliche Kammern beim Gericht erster Instanz zu bilden (Art. 225a EGV). Diese Kompetenz wurde allerdings nur hinsichtlich der Errichtung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europä-

90 Beschluss 88/591/EGKS, EWG, EURATOM v. 24.10.1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, ABl. 1988 Nr. L 319/1.

91 Dazu etwa *J. Schwarze*, 20 Jahre Gericht erster Instanz in Luxemburg – Der Zugang zur Justiz, EuR 2009, S. 717 ff.

92 Art. 263 AEUV.

93 Art. 265 AEUV.

94 Art. 268 AEUV.

95 Art. 270 AEUV.

96 Art. 272 AEUV; zum Ganzen auch *B. Wegener*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 256 AEUV, Rn. 3.

97 Allgemein zu Fachgerichten etwa *N. Lavranos*, The new specialised courts within the European judicial system, ELR 30 (2005), S. 261 ff.; *U. Everling*, Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union, in: *FS Rengeling*, 2008, S. 527 ff. (540 ff.).

ischen Union im Jahr 2005 in Anspruch genommen.⁹⁸ Im Jahr 2016 wurde das Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union jedoch abgeschafft und seine Zuständigkeiten an das Gericht überführt.⁹⁹

Mit dem Lissabonner Vertrag ist die Möglichkeit, Fachgerichte zu errichten, zudem in prozeduraler Hinsicht erleichtert worden. War für die Errichtung der gerichtlichen Kammern i. S. d. Art. 225a EGV noch ein einstimmiger Beschluss des Rates erforderlich, so ist die Etablierung von Fachgerichten nunmehr im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 292 AEUV möglich.¹⁰⁰ Als Besonderheit besteht aber das Initiativrecht des EuGH – quasi als Motor der Integration in eigener Sache – fort (ex-Art. 225a Abs. 1 EGV, Art. 257 Abs. 1 S. 2 AEUV). Es liegt so in der Hand des EuGH, durch Vorschläge zur Errichtung von Fachgerichten für eine Entlastung der unionalen Dritten Gewalt zu sorgen.

In welchen Sachgebieten derartige Fachgerichte errichtet werden könnten, ist vom AEUV nicht explizit vorgegeben. Art. 257 Abs. 1 AEUV spricht insoweit lediglich von »besonderen Sachgebieten«. *Ulrich Everling* hat diesbezüglich schon vor über 20 Jahren eine ganze Reihe solcher Gebiete benannt, namentlich das

»Zoll- und Finanzrecht, Beamtenrecht, Wettbewerbs- und Beihilfenrecht, Handels- und Anti-Dumping-Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Agrarrecht, gewerblichen Rechtsschutz sowie Marken- und Patentrecht, Gerichtsstand- und Schuldrechtsabkommen sowie Gruppen von Rechtsangleichungsmaterien wie Lebensmittel-, Umwelt-, Gesellschafts- oder Produktzulassungsrecht.«¹⁰¹

Im Lichte des Lissabonner Vertrages hat er dann im Jahre 2009 diese Forderung auf die Bereiche »Agrarrecht, Privatrecht, Gesellschaftsrecht, Markenrecht oder Wettbewerbsrecht« eingeschränkt.¹⁰² Angesichts der Vielzahl von Entscheidungen des Gerichtshofs und des Gerichts, die sich auf das europäische Marken- und Wettbewerbsrecht beziehen, sind diese Gebiete sicherlich von einer gewissen Priorität. Momentan ist die Errichtung eines Fachgerichts

98 Beschluss des Rates zur Errichtung des EuGöD, 2004/752/EG/Euratom, ABl. 2004, Nr. L 333/7; eingehend dazu *W. Hakenberg*, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – Eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, S. 391 ff.

99 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 2016/1192 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 06.07.2016 über die Übertragung der Zuständigkeit für die Entscheidung im ersten Rechtszug über die Rechtsstreitigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Bediensteten auf das Gericht, ABl. 2016, 26.07.2016, S. 137ff. S. dazu z. B. *U. Reithmann*, Die Rechtsprechung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union 2014/2015, EuR 2017, S. 264 f.

100 *J. Schwarze/V. van Vormizele*, in: *U. Becker/A. Hatje/L. Schoot/J. Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 257 AEUV, Rn. 2.

101 *U. Everling*, Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit, in: *ders.*, Unterwegs zur Europäischen Union, 2001, S. 332 ff. (347 f.).

102 *U. Everling*, Rechtsschutz in der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR-Beiheft 1/2009, S. 71 ff. (81).

allerdings in der Diskussion über die Entlastung des Gerichtshofes und des Gerichts offenbar keine Alternative, obwohl die Verträge diesen Weg ausdrücklich eröffnen.

3. *Evolutivklausel für Rechtsstreitigkeiten im Bereich des geistigen Eigentums*

Neben der allgemeinen Ermächtigung des Art. 257 AEUV enthält der Vertrag mit Art. 262 AEUV (ex-Art. 229a EGV) eine sog. *Evolutivklausel*, die eine Übertragung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs ermöglicht, über Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Anwendung auf Grundlage der Verträge erlassener Rechtsakte, mit denen europäische Rechtstitel für das geistige Eigentum geschaffen werden, zu entscheiden.¹⁰³ Es geht hier um die komplexen Fragen eines unionalen Zugriffs auf das Recht des geistigen Eigentums einschließlich der jeweiligen Entscheidung von Streitigkeiten. Art. 262 AEUV trifft keine direkte Entscheidung für eine europäische Fachgerichtsbarkeit für den Bereich des geistigen Eigentums, sondern überlässt hier die Entscheidung nach wie vor dem Rat.

Sollte von der Ermächtigung allerdings Gebrauch gemacht werden, was zunächst auch Verabschiedungen von Rechtsakten in Bezug auf das materielle Recht (Stichwort: Patentverordnung, Beitritt der EU zum Europäischen Patentübereinkommen) voraussetzt, so besteht Einigkeit, dass es zur Errichtung eines solchen Fachgerichts kommen würde, zumal der EuGH im Jahre 2011 die Errichtung eines (internationalen) europäischen Patentgerichts unter dem Dach des EPÜ mit weitreichenden Befugnissen hinsichtlich eines (heute wohl) Unionspatents für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärt hat und damit letztlich nur innerunionale Rechtsschutzsysteme für den Bereich des Patentrechts für mit den Unionsverträgen vereinbar hält.¹⁰⁴

Der Lissabonner Vertrag hat zudem mit dem Begriff der »europäischen Rechtstitel für das geistige Eigentum« eine substanzielle Erweiterung der Ermächtigung des ehemaligen Art. 229a EGV mit sich gebracht, der lediglich von »gewerblichem Rechtsschutz« sprach. Es besteht insoweit Einigkeit, dass einem europäischen Patentgericht, dessen Errichtung auf Art. 262 i. V. m. Art. 257 AEUV zu stützen wäre,¹⁰⁵ heute die Zuständigkeit sowohl für den Bereich des Patent- und Markenrechts als auch die für das Urheberrecht und

103 Eingehend dazu EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 62 – Europäisches Patentgericht; s. auch J. P. Terhechte, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 262 AEUV, Rn. 1.

104 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137 – Europäisches Patentgericht; dazu ausführlich nachfolgend C. III. 4.

105 So auch O. Remien, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, S. 699 ff. (711).

die Leistungsschutzrechte übertragen werden könnte.¹⁰⁶ Schon aufgrund der vertraglichen Ausgangssituation scheint damit ein unionales Patentgericht ein wichtiger Kandidat für die Errichtung eines weiteren Fachgerichts zu sein.

4. Grenzen des institutionellen Wandels und die Haftung der Dritten Gewalt

Das Patentrecht als hochgradig internationalisierte Rechtsmaterie zeigt allerdings auch deutlich, wo die Grenzen des institutionellen Wandels der unionalen Dritten Gewalt liegen. Mit diesen Grenzen musste sich der Gerichtshof insbesondere in seinem Gutachten 1/09 auseinandersetzen, in dem es um die unionsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung eines einheitlichen europäischen (aber nicht unionalen!) Patentgerichtssystems ging.¹⁰⁷ Der Hintergrund des Gutachtens gem. Art. 218 Abs. 11 AEUV wurde von Überlegungen gebildet, den seit dem Jahre 2000 diskutierten Plänen über einheitliche Regelungen im Bereich des Patentrechts (endlich) zu folgen. Der Rat hatte dem EuGH drei Dokumente zur Prüfung vorgelegt: 1. einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent,¹⁰⁸ 2. den Entwurf eines Übereinkommens über das Gericht für europäische Patente und Gemeinschaftspatente nebst einer Satzung¹⁰⁹ und 3. eine Empfehlung der Kommission zur Ermächtigung der Kommission zur Aufnahme von Verhandlungen über ein internationales Übereinkommen »zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems« für europäische Patente und Gemeinschaftspatente.¹¹⁰ Insgesamt ging es hier also darum, einerseits eine unionseinheitliche Regelung über Patente zu verabschieden (PatentVO) und andererseits das unionale Patentrecht mit dem internationalen Patentrecht des EPÜ zu koppeln. Im Zentrum stand hier die Idee einer europäischen Patentgerichtsbarkeit, bestehend aus einem Gericht erster Instanz (mit einer zentralen Kammer sowie örtlichen und regionalen Kammern) und einem Berufungsgericht. Dieses Gericht wäre allein zuständig für eine Reihe von Klagen Privater im Zusammenhang

106 J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 225 EGV Rn. 3; J. P. Terhechte, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 229a EGV, Rn. 24.

107 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 83 – Europäisches Patentgericht; dazu auch W. Tilmann, Das Europäische Patentgericht nach dem Gutachten 1/09 des EuGH, GRUR Int 2011, S. 499 f.; J. Gaster, Das Gutachten des EuGH zum Entwurf eines Übereinkommens zur Schaffung eines Europäischen Patentgerichts. Ein weiterer Stolperstein auf dem Wege zu einem einheitlichen Patentsystem in Europa?, EuZW 2011, S. 394 ff.; A. Haberl/K. Schallmoser, EuGH lehnt geplantes Übereinkommen über einheitliches Europäisches Patentgerichtssystem ab, GRUR-Prax 2011, S. 143 ff.

108 Ratsdokument 8588/09 v. 07.04.2009.

109 Ratsdokument 7928/09 v. 23.03.2009.

110 Ratsdokument 7927/09 v. 23.03.2009.

mit der PatentVO bzw. dem EPÜ (also für »Unionspatente« und europäische Patente). Die mitgliedstaatlichen Gerichte verlören so ihre Zuständigkeiten und nach Auffassung des EuGH damit auch die Möglichkeit, Vorlagen an den EuGH gem. Art. 267 AEUV zu richten. Hier liegt der zentrale Punkt der Ausführungen des EuGH: Die Übertragung von Streitentscheidungskompetenzen auf internationale Gerichtshöfe, die außerhalb des Gerichtssystems der EU stehen, ist unzulässig, wenn sie dazu führt, dass die Aufgabenverteilung im europäischen Rechtsprechungsverbund unterminiert wird. In den Worten des EuGH:

„Folglich würde das geplante Übereinkommen, indem es einem außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehenden internationalen Gericht eine ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über eine beträchtliche Zahl von Klagen Einzerner im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftspatent und zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich übertragen würde, den Gerichten der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie dem Gerichtshof seine Zuständigkeit, auf die von diesen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zu antworten, nehmen und damit die Zuständigkeiten verfälschen, die die Verträge den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten zuweisen und die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich sind.“¹¹¹

Der EuGH begründet seine ablehnende Haltung maßgeblich mit der Anlage und Aufgabenverteilung innerhalb des europäischen Rechtsprechungsverbundes, in dem die mitgliedstaatlichen Gerichte die Rolle »*ordentliche[r] Unionsgerichte*« spielen.¹¹² In diesem Zusammenhang sind für den EuGH nicht nur die Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts sowie die Autonomie des Unionsrechts bedeutsam (und damit letztlich die Funktionsfähigkeit des Vorlageverfahrens), sondern auch mögliche Reaktionen der Nichtbeachtung unionaler Pflichten.¹¹³ In dem Gutachten nimmt er ausdrücklich auf die unionsrechtliche Haftung der mitgliedstaatlichen Judikative im Falle von Verstößen gegen das Unionsrecht Bezug.¹¹⁴ Soweit das geplante Europäische Patentgericht das Unionsrecht verletze, gebe es aber weder die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens noch könne ein solcher Verstoß »zu irgendeiner vermögensrechtlichen Haftung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten führen«¹¹⁵. Der EuGH betont hiermit die zentrale Rolle, die die Haftungsverantwortlichkeit im europäischen Rechtsprechungsverbund

111 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 89 – Europäisches Patentgericht.

112 Ebenda, Rn. 80.

113 EuGH v. 06.03.2018, EuGH

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

115 Ebenda, Rn. 88.

spielt. Eine Verlagerung von Rechtsprechungskompetenzen auf internationale Gerichtshöfe kommt demnach überhaupt nur dann in Betracht, wenn diese Verantwortlichkeiten gewahrt bleiben.¹¹⁶ Diese Ausführungen regen dazu an, nicht nur über die grundsätzlichen Möglichkeiten der »Internationalisierung der unionalen Dritten Gewalt« nachzudenken, sondern auch über die Rolle von Haftungsregimen bei internationalen Gerichtshöfen (dazu § 14). Für den institutionellen Wandel der Unionsgerichtsbarkeit folgt hieraus auch, dass er seine Grenzen in dem vom EuGH auf der Grundlage des Art. 19 Abs. 1 EUV entwickelten System der Zusammenarbeit von mitgliedstaatlichen und Unionsgerichten findet. Weder eine entscheidende Schwächung der Zuständigkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte noch der des EuGH ist so gesehen zulässig, womit letztlich eine Fortentwicklung des unionalen Rechtsschutzsystems nicht bei internationalen bzw. ausländischen Gerichten ansetzen kann, sondern bei der Ausgestaltung des innerunionalen Systems ihren Ausgang nehmen muss. Nach dieser Rechtsprechung erscheint etwa die Errichtung von regionalen (Unions-)Gerichten relativ unproblematisch zu sein, denn hier würde weder die Aufgabenverteilung im Vorlageverfahren unterminiert noch das Haftungsregime ausgehebelt. Der europäische Rechtsprechungsverbund ist so gesehen nicht nur ein »Kooperationsverbund«, sondern insbesondere auch ein »Verantwortlichkeits- und Kontrollverbund«.¹¹⁷

D. Das Einheitliche Patentgericht

Die immer wieder ins Spiel gebrachten Reformen des EuGH sowie der europäischen Justizarchitektur können viel aus den Entwicklungen rund um die Errichtung des Einheitlichen Patengerichts (EPG) lernen,¹¹⁸ das als Gericht neuen Typs zwar sachlich für Patentstreitigkeiten zuständig ist, die sich u. a. aus Art. 31 EPGÜ ergeben, dessen Anlage und Organisation aber durchaus als Blaupause auch für die Weiterentwicklung des EuGH dienen können.¹¹⁹

116 Diese Linie hat der EuGH auch in seinem CETA-Gutachten bestätigt, s. EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 105 ff. – CETA.

117 Dazu für den europäischen Verwaltungsverbund *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 5, Rn. 17.

118 A. Hüttermann, Einheitspatent und Einheitliches Patengericht, 2. Aufl. 2023; C. Blanke-Roeser, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, JZ 2023, S. 219 ff.

119 C. Blanke-Roeser, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, JZ 2023, S. 219 ff. (220 f.).

I. Hintergrund

Mit dem Einheitlichen Patentgericht haben einige Mitgliedstaaten der EU (bislang 17) ein neuartiges supranationales Gericht geschaffen, das zwar auf einem eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag beruht (dem Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht – EPGÜ),¹²⁰ gleichwohl aber dem »Unionssystem« zuzuordnen ist und mit zwei unionalen Rechtsakten eng verbunden ist (der Einheitspatentverordnung VO (EU) Nr. 1257/2012¹²¹ und der Einheitspatentübersetzungsverordnung VO (EU) Nr. 1260/2012¹²²). Aufgrund des supranationalen Charakters des Einheitlichen Patentgerichts hat etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss aus dem Jahre 2020 Art. 23 Abs. 1 GG wegen der Nähe zum Unionsrecht bzw. wegen seines ergänzenden Charakters als einschlägige innerstaatliche Verfassungsgrundlage für die Beteiligung Deutschlands angesehen.¹²³

Der Weg zur Schaffung des Gerichts – die eigentümliche völkervertragliche Konstruktion lässt es erahnen – war steinig und durch Konfrontationen innerhalb der EU geprägt, was in erster Linie an der »Sprachfrage« lag und der damit verbundenen Haltung Spaniens.¹²⁴ Insofern dauerte es gut zehn Jahre, bis das Gericht am 1. Juni 2023 seine Arbeit aufnehmen konnte. Die im EPGÜ niedergelegten Verantwortlichkeitsstrukturen, die auch Haftungsregelungen umfassen, werden sich zwar erst noch bewähren müssen, gleichwohl verkörpern sie bezogen auf ein Gericht in dieser Klarheit ein Novum.

II. Unionsverfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die unionsverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung einer supranationalen »Zusatzgerichtsbarkeit« durch einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen einigen Mitgliedstaaten (bislang sind Spanien, Polen und Kroatien nicht Vertragspartei) wirkt unionsrechtlich zumindest kontraintuitiv. Gleichwohl hat sich der EuGH in seinem Urteil aus dem Jahre 2015 aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht ausführlich zu dieser Frage geäußert, weil völkerrechtliche Verträge nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV sein können.¹²⁵ Zuvor hatte der EuGH allerdings in seinem

120 Übereinkommen v. 19.02.2013 über ein Einheitliches Patentgericht, ABl. EU Nr. C 175 v. 20.06.2013, S. 1 ff.

121 ABl. 2012 Nr. L 361/1.

122 ABl. 2012 Nr. L 361/89.

123 BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (144 ff.) – EPÜG.

124 EuGH v. 05.05.2015, Rs. C-146/13, ECLI:EU:C:2015:298 – Spanien/Parlament und Rat.

125 Ebenda, Rn. 89 ff.

Gutachten zum einheitlichen Patentrechtssystem im Jahre 2009 deutlich gemacht, dass aus dem Unionsrecht Grenzen für die Errichtung internationaler Gerichte durch die Mitgliedstaaten der EU folgen.¹²⁶ Danach hält es der EuGH für unzulässig,

»einem außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehenden internationalen Gericht eine ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über eine beträchtliche Zahl von Klagen Einzelner im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftspatent und zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich«

zu übertragen.¹²⁷ Das Gutachten 1/09 bezog sich allerdings nicht auf das EPGÜ, sondern auf den Entwurf eines internationalen Übereinkommens zur Schaffung eines Gerichts für europäische Patente und Gemeinschaftspatente (GEPEUP) und damit den Vorläufer des EPGÜ.¹²⁸ Die heutige Ausgestaltung des EPGÜ hat die damals geäußerten Monita des EuGH beseitigt.

Im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt sind die Äußerungen des EuGH im Gutachten 1/09 schon deshalb wichtig, weil der EuGH hier auch die Gefahr einer »Haftungsdiffusion« in den Blick genommen hat. So heißt es in dem Gutachten ausdrücklich:

»Es ist jedoch festzustellen, dass eine das Unionsrecht verletzende Entscheidung des PG weder Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens sein noch zu irgendeiner vermögensrechtlichen Haftung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten führen könnte.«¹²⁹

Insoweit stellt der EuGH klar, dass das Unionsrecht auch Anforderungen hinsichtlich von Haftungsansprüchen stellt, damit es überhaupt zu einer Übertragung von Rechtsprechungszuständigkeiten auf ein Gericht kommen kann. Diese Anforderung haben die Mitgliedstaaten im EPGÜ umgesetzt, das insoweit auch aus haftungsrechtlicher Perspektive Neuland betritt, indem es ein ausdifferenziertes Haftungsregime für das EPG enthält (dazu sogleich IV.).

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Beschluss zum EPGÜ ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob eine Übertragung von Rechtsprechungszuständigkeiten auf das EPG aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts zulässig ist.¹³⁰ Den Maßstab der Entscheidung bildeten Art. 38 Abs. 1 S. 1, Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG.¹³¹ Hiernach

126 Dazu auch EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 105 ff. – CETA, s. dazu H. Sauer, Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, JZ 2019, S. 925 ff.

127 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 89 – Einheitliches Patentgericht; auch zitiert von BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (158 f.) – EPÜG.

128 Ratsdokument 7928/09 v. 23.03.2009.

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

130 BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 – EPÜG.

131 Ebenda (154).

erfordert eine Übertragung von Zuständigkeiten auf die EU oder eine Vertragsänderung eine qualifizierte Mehrheit (zwei Drittel der Mitglieder des Bundestages und zwei Drittel der Mitglieder des Bundesrates) gem. Art. 79 Abs. 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht betrachtete das EPGÜ als

»funktionale Alternative zu der in Art. 262 AEUV vorgesehenen Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf den Gerichtshof (...), für die es bislang ersichtlich an einer Rechtsgrundlage fehlte. Damit haben sie das Integrationsprogramm des Vertrags von Lissabon verändert, dem in Art. 262 AEUV vorgesehenen Weg faktisch die Grundlage entzogen und die Möglichkeit eines neuen Typus einheitlicher Gerichtsbarkeit im gewerblichen Rechtsschutz in Anlehnung an die Europäische Union geschaffen, weil es weder für den vertraglich vorgezeichneten Weg des Art. 262 AEUV noch für eine Änderung nach Art. 48 EUV die notwendige Zustimmigkeit gab.«¹³²

In dem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht die sog. formelle Übertragungskontrolle entwickelt, wonach die Bürger ein Recht darauf haben, dass zur Sicherung ihrer demokratischen Einflussmöglichkeiten die Übertragung von Hoheitsrechten nur in der verfassungsrechtlich bestimmten Form geschieht.¹³³ Da aber im Gesetzgebungsverfahren die nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts notwendige Mehrheit gem. Art. 79 Abs. 2 GG nicht zustande gekommen war, wurde das Zustimmungsgesetz zum EPGÜ für nichtig erklärt. Bundestag und Bundesrat haben als Reaktion auf den Beschluss das Zustimmungsgesetz zum EPGÜ ohne Änderungen noch einmal mit den notwendigen Mehrheiten verabschiedet.¹³⁴

Die Entscheidungen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass die Übertragung von Rechtsprechungszuständigkeiten herausfordernd sein kann; nicht umsonst betont das Bundesverfassungsgericht die grundlegende Bedeutung der Rechtsprechung.¹³⁵ Dass in diesem Zusammenhang die entsprechenden Haftungsregime an Bedeutung gewinnen unterstreicht die wichtige Rolle der Haftungsverantwortlichkeit im System des Rechtsschutzes der EU.

III. Organisation des EPG und verfahrensrechtliche Innovationen

Das Einheitliche Patentgericht kann auch aufgrund seiner innovativen Struktur (Gericht erster Instanz gem. Art. 7 Abs. 1 EPGÜ mit einer Zentralkammer, Regional- und Lokalkammern) womöglich als Vorbild einer »Ausbrei-

132 BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (160) – EPÜG.

133 BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (152) und Leitsatz Nr. 1 des Beschlusses – EPÜG; dazu A. Knott, (Noch) mehr Rechtsschutz gegen die Übertragung von Hoheitsrechten: Das Instrument der formellen Übertragungskontrolle, EuR 2021, S. 274 ff.

134 Deutscher Bundestag, Drucksache 19/22847 v. 25.09.2020.

135 BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (155) – EPÜG.

tung des EuGH in der Fläche« dienen.¹³⁶ Zudem enthalten das EPGÜ, die Satzung des EGP¹³⁷ und die Verfahrensordnung zahlreiche innovative Vorgaben für das Verfahren. Das Gros der verfahrensrechtlichen Regelungen enthält indes die auf Art. 41 Abs. 1 S. 1 EPGÜ beruhende Verfahrensordnung für das Einheitliche Patentgericht,¹³⁸ die aufgrund ihrer 382 Regeln durchaus ein Beispiel für eine ausgereifte und sehr ausdifferenzierte internationale Verfahrensordnung verkörpert.¹³⁹ Innovativ wirken hier die Regeln zum Zwischenverfahren (Kapitel 2, Regel 101 bis 110), die damit verbundene Flexibilität, einen Streit gütlich beizulegen (Regel 104), oder die Rolle der Videokonferenz (Regel 105.1) im Rahmen der Verfahren.¹⁴⁰ Bei der Erarbeitung der Verfahrensordnung wurde somit versucht, den aktuellen Entwicklungen im Verfahrens- und Prozessrecht Rechnung zu tragen.

IV. Beispielgebendes Verantwortlichkeitsregime?

Das Einheitliche Patentgericht ist schließlich auch deshalb im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt von besonderer Bedeutung, weil das EPGÜ ausdrücklich die Haftungsverantwortlichkeit des EPG behandelt. So sieht Art. 5 Abs. 1 EPGÜ die vertragliche und Art. 5 Abs. 2 EPGÜ die außervertragliche Haftung des Gerichts und seines Personals vor.¹⁴¹ Darüber hinaus regelt Art. 22 Abs. 1 EPGÜ die gesamtschuldnerische Haftung der sog. Vertragsmitgliedstaaten (also die Mitgliedstaaten der EU, die Vertragsparteien des EPGÜ sind, vgl. Art. 2 lit. c) EPGÜ) für Verstöße des Berufungsgerichts (Art. 9 EPGÜ) gegen das Unionsrecht. Die Regelungen sind beispielgebend, und es ist zugleich bemerkenswert, dass sie in einem völkerrechtlichen Vertrag und nicht in einem originären Unionsrechtsakt niedergelegt sind. Während Art. 5 EPGÜ eine allgemeine Haftungsregel enthält, dient die Haftung nach Art. 22 Abs. 1 EPGÜ insbesondere dem Zweck, ein Mindestmaß an Kohärenz hinsichtlich des Rechtsschutzsystems des EPGÜ und des EU-Rechtschutzsystems zu sichern und das Berufungsgericht so in das unionale Rechts-

¹³⁶ Zum Aufbau auch *C. Blanke-Roeser*, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, JZ 2023, S. 219 (220f.); *A. Hüttermann*, Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 273 ff.

¹³⁷ Anhang I zum EPGÜ, insbesondere Art. 34-38.

¹³⁸ Verfahrensordnung in der v. 08.07.2022 vom Verwaltungsausschuss beschlossenen Fassung.

¹³⁹ Zur Entstehung der Verfahrensordnung *A. Hüttermann*, Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, 2. Aufl. 2023, Rn. 37 ff.

¹⁴⁰ Regel 105.1 EPGVerfO: «Sofern möglich soll die Zwischenanhörung per Telefon- oder Videokonferenz erfolgen». Dazu auch *C. Blanke-Roeser*, Das neue Einheitliche Patentgericht und seine Verfahrensordnung, JZ 2023, S. 219 ff. (223).

¹⁴¹ *W. Tilmann*, in: *W. Tilmann/C. Plassmann (Hrsg.)*, EPGÜ, 2024, Art. 23 EPGÜ, Rn. 5.

schutzsystem zu integrieren¹⁴² Der von Art. 22 EPGÜ erfasste Fall ist insoweit die Nichtvorlage durch das Berufungsgericht (Verstoß gegen die Vorlagepflicht gem. Art. 21 EPGÜ).¹⁴³

E. Die Rolle der mitgliedstaatlichen Judikative im europäischen Rechtsprechungsverbund

Auch wenn sich die wissenschaftliche (und mitunter auch politische) Diskussion fast ausschließlich auf Höchstgerichte konzentriert, so darf nicht verkannt werden, dass zunächst die mitgliedstaatlichen Instanzgerichte für die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts zuständig sind. Die wiederkehrende Formulierung des EuGH von den mitgliedstaatlichen Gerichten als »ordentliche Unionsgerichte« unterstreicht diese zentrale Position der mitgliedstaatlichen Judikative im europäischen Rechtsprechungsverbund.¹⁴⁴ Diesen Verbund hat der EuGH gemäß der Aufgabenzuweisung gem. Art. 19 Abs. 1 EUV in den letzten Jahren aus verschiedenen Perspektiven konkretisiert.

I. Gleichheit der Mitgliedstaaten und Bindung der nationalen Gerichte an das Unionsrecht

An dieser grundsätzlichen Akzeptanz der Rolle des EuGH hat sich im Grundsatz bis heute nichts geändert, auch wenn insbesondere das BVerfG in den letzten Jahren eine komplexe »Reservevorbehaltsgematik« entwickelt hat. Sie ist nicht nur darauf ausgelegt, die Rechtsetzung auf der EU-Ebene ggf. in ihre Schranken zu verweisen, sondern bezieht sich ausdrücklich auch auf Urteile des EuGH.¹⁴⁵ Auf die Stellung des EuGH innerhalb des

142 Ebenda.

143 Dazu etwa *J. Gundel*, Die Öffnung des Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH für nichtmitgliedschaftliche Gerichte, EuZW 2019, S. 934ff.; *M. Amort*, Zur Vorlageberechtigung des Europäischen Patentgerichts: Rechtsschutzlücke und ihre Schließung, EuR 2017, S. 56 ff.

144 S. dazu insb. EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 88 – Einheitliches Patentgericht und VO (EU) Nr. 2021/1767 v. 06.10.2021, ABl. (EU) L 356/1; s. auch *A. Voßkuble/J. Schennel*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: *S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.)*, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 6; *A. Hatje*, Europäische Rechtsgemeinschaft und staatliche Gerichtsbarkeit, in: *FS Müller-Graff*, 2015, S. 1229 ff.; *M. Dougan*, General Report: National Courts and the Enforcement of EU Law, in: *M. Botman/J. Langer (Hrsg.)*, National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order – Proceedings of the XXIX. FIDE Congress in The Hague, Vol. 1, 2020, S. 1 ff.; *J. P. Terhechte*, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des Unionsrechts, EuR 2020, S. 569 ff.

145 BVerfG v. 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17 – PSPP.

institutionellen Gefüges der EU hat diese Entwicklung aber bislang keinen Einfluss gehabt, auch wenn sich der EuGH infolge des PSPP-Urturts des BVerfG veranlasst sah, eine Presserklärung zu veröffentlichen, in der er auf die Grundsätze der Aufgabenverteilung zwischen sich und den nationalen Gerichten hingewiesen hat.¹⁴⁶ In der Pressemitteilung unterstreicht der EuGH, dass 1. seine Entscheidungen für die nationalen Gerichte bindend sind, 2. nur er feststellen kann, dass Handlungen von Unionsorganen gegen das Unionsrecht verstossen und 3. die nationalen Gerichte die Pflicht haben, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen. Diese Grundsätze der Aufgabenverteilung finden ihre Grundlage nach der Pressemitteilung u. a. im Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten.¹⁴⁷

II. Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten und nationale Gerichte

Der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten erstreckt sich nicht nur auf das Verwaltungsrecht, sondern findet als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Union auch Anwendung beim Vollzug des Unionsrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte.¹⁴⁸ Dieser Grundsatz, der zuerst für das europäische Verwaltungsrecht entfaltet wurde, besagt, dass immer dann, wenn es an unionalen (Verfahrens-)Regelungen fehlt, es Sache der Mitgliedstaaten ist, die entsprechenden (Gerichts- oder Verwaltungs-)Verfahren auszustalten.¹⁴⁹ So steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, wie sie die Rechtszüge gestalten oder Zulässigkeitsvoraussetzungen definieren, so lange die maßgeblichen (nationalen) Kriterien diskriminierungsfrei angewendet werden. Seine Grenze findet der Grundsatz so letztlich im sog. Äquivalenzprinzip.¹⁵⁰ Darüber hinaus darf die Ausgestaltung des nationalen Verfahrens- bzw. Prozessrechts die Durchsetzung unionsrechtlicher Rechtspositionen nicht übermäßig erschweren bzw. unmöglich machen (sog. Effektivitätsprinzip).¹⁵¹ Auf den ersten Blick scheint es daher so zu sein, als gestehe

146 EuGH, Pressemitteilung Nr. 58/20 v. 08.05.2020.

147 Zu diesem Grundsatz des Unionsrechts s. etwa C. D. Classen, Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre Ausformungen im Unionsrecht, EuR 2020, S. 255 ff.

148 S., nur EuGH v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Slg. 1976, 1989, Rn 5 – Rewe-Zentralfinanz; EuGH v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297, Rn. 29 – Courage; EuGH v. 11.09.2003, Rs. C-13/01, ECLI:EU:C:2003:447, Slg. 2003, I-8679, Rn. 49 – Safalero; EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Slg. 2007, I-2271, Rn. 39 – Unibet; eingehend dazu C. Nowak, Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 11, Rn. 80 ff. m. w. Nachw.; D.-U. Galetta, Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?, 2010, S. 77 ff.

149 EuGH v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Slg. 1976, 1989, Rn 5 – Rewe-Zentralfinanz.

150 EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007: 163, Slg. 2007, I-2271, Rn. 43 – Unibet.

151 Ebenda.

die Union den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Prozessordnungen einen relativ großen Spielraum zu. Dies würde die Qualifizierung der mitgliedstaatlichen Gerichte als »ordentliche Unionsgerichte« (s. o.) zumindest ein Stück weit relativieren. Tatsächlich ist aber seit einigen Jahren die Entwicklung zu beobachten, dass das Unionsrecht die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten in vielen Bereichen zurückdrängt. In diesem Zusammenhang ist zum einen die Überformung nationaler Rechtsschutzkonzepte durch subjektive Klagepositionen des Unionsrechts zu erwähnen und zum anderen die Tendenz des EuGH zu berücksichtigen, durch eine starke Betonung der unionalen Verfahrensrechte (»*Fair Trial*«, effektiver Rechtsschutz) bedeutsame Verschiebungen auch in den mitgliedstaatlichen Rechtsschutzsystemen zu provozieren. Die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte in den europäischen Rechtsprechungsverbund hat so zu einer Reihe von Umbauten in den nationalen Prozess- und Rechtsordnungen geführt.¹⁵²

Im Zusammenhang mit einer Haftung der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt wurde der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten vom EuGH insbesondere in seiner *Traghetti*-Entscheidung ausführlich gewürdigt.¹⁵³ In dem Verfahren ging es im Wesentlichen um eine Regelung des italienischen Rechts, nach der die Auslegung von Rechtsvorschriften im Rahmen der Ausübung der Rechtsprechungsaufgaben keine Haftung des Staates auslösen kann.¹⁵⁴ In dem Verfahren waren die italienischen Gerichte zunächst der Auffassung, dass die Regelung auch auf die Auslegung des (heutigen) Unionsrechts durch die nationalen Richter Anwendung finden könne, sodass eine Haftung der Dritten Gewalt in Italien durch eine »fehlerhafte« Auslegung von Unionsrecht so gut wie ausgeschlossen wäre. Dies könnte man als Ausdruck der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten sehen, insbesondere da die einschlägige nationale Regelung diskriminierungsfrei gehandhabt wurde. Dennoch hat der EuGH in diesem Fall die Unvereinbarkeit einer derartigen Regelung mit dem Unionsrecht angenommen. Die Diskussionslinie des EuGH ist hier geradezu lehrbuchartig: Zunächst betont er, dass der mit dem Köbler-Urteil postulierte Grundsatz des Gemeinschaftsrechts,

»[...] dass ein Mitgliedstaat zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die dem Einzelnen durch diesem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht ent-

152 C. Nowak, Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 11, Rn. 80 ff. m. w. Nachw.

153 EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – *Traghetti del Mediterraneo*.

154 Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes 117/88.

stehen, für jeden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon gilt, welches Organ dieses Staates durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat.«¹⁵⁵

Darauf aufbauend argumentiert der EuGH insbesondere mit der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und zeigt auf, wo die Grenzen der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie liegen. Jedenfalls dürfen die mitgliedstaatlichen Regelungen – so der EuGH – keine strengeren Anforderungen für eine Haftung aufstellen, »als sie sich aus den Voraussetzungen eines offenkundigen Verstoßes gegen das geltende Recht ergeben, wie sie in den Rn. 53 bis 56 des Urteils *Köbler* beschrieben werden.«¹⁵⁶

Schon hier wird deutlich, dass der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten in Bezug auf eine Haftung der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt nicht grenzenlos ist. Soweit den mitgliedstaatlichen Gerichten die Sicherung der Rechte des Einzelnen im europäischen Rechtsprechungsverbund obliegt, finden Instrumente, die eine solche Haftung ausschließen, ihre Grenzen, soweit die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden könnte. Mithin steht es den Mitgliedstaaten aus der Perspektive des Unionsrechts nicht frei, wie sie Haftungsprivilegierungen der Dritten Gewalt handhaben, soweit die nationalen Gerichte im Anwendungsbereich des Unionsrechts operieren. Diese Rechtsprechung übte auch Einfluss auf das deutsche Recht aus.

III. Einheitliche Anwendung des Unionsrechts durch nationale Gerichte

Der europäische Rechtsprechungsverbund kann allerdings nicht nur aus der Warte der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten konzipiert werden. Vielmehr gilt auch hier, dass das *Prinzip der einheitlichen Anwendung und Geltung des Unionsrechts* durch die mitgliedstaatlichen Gerichte beachtet werden muss. Aus diesem Grundsatz folgen letztlich drei Teilgarantien: 1. die Sicherung der Eigenständigkeit des Unionsrechts, 2. die Gleichheit der Unionsbürger vor dem Gesetz und 3. die Lastengleichheit der Mitgliedstaaten im Prozess der europäischen Integration.¹⁵⁷

Dass dieses Prinzip im europäischen Rechtsprechungsverbund eine zentrale Rolle spielen muss, verdeutlicht sich schon an der Funktion des Vorab-

155 EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177, Rn. 30 – Traghetti del Mediterraneo mit Verweis auf EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Slg. 2003, I-10239, Rn. 31 – Köbler.

156 EuGH v. 13.06.2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177, Rn. 44 – Traghetti del Mediterraneo.

157 Dazu A. Hatje, in: U. Becker/ders./J. Schoo/ J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 4 EUV Rn. 32 ff.; ders., Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 35 f.

entscheidungsverfahrens, welches das Prinzip der einheitlichen Anwendung prozedural absichern soll.¹⁵⁸ Darüber hinaus folgt aus dem Prinzip auch eine klare Kompetenzverteilung zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten. So beansprucht etwa der EuGH auf der Ebene des Unionsrechts ein »Normverwerfungsmonopol«,¹⁵⁹ denn würden die mitgliedstaatlichen Gerichte eine Kompetenz zur Verwerfung von Unionsrecht besitzen, ließe sich kaum seine einheitliche Anwendung und Geltung sicherstellen. Aus dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung folgt zudem auch die Bindung der nationalen Gerichte an die Auslegungsmethodik des EuGH.¹⁶⁰ Durch die enge Verbindung bzw. die Schnittmengen dieses Grundsatzes mit dem »supranationalen Prinzip«, das der Union weitgehend zugrunde liegt, erhellt sich auch die Bedeutung, die der EuGH der richterlichen Haftungsverantwortlichkeit im europäischen Rechtsprechungsverbund in den letzten Jahren zugemessen hat. Strukturell ging es hier um eine weitere Dimension der Sicherung der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Nachdem dieser Grundsatz in Bezug auf die mitgliedstaatliche Exekutive spätestens seit Ende der 1990er Jahre dogmatisch entfaltet war, fand sich der EuGH mit der Tatsache konfrontiert, dass es auch einer »Disziplinierung« der mitgliedstaatlichen Judikativen bedurfte, um den Grundsatz volumnäßig abzusichern. Insofern ist die Dritte Gewalt in dieser Hinsicht durchaus als »verspätete Gewalt« zu betrachten.¹⁶¹

Das Gutachten 1/09 des EuGH zeigt aber, dass diese Zeiten endgültig vorüber sind. Der EuGH begreift die Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit dem Gerichtshof als Teil eines europäischen »Systems«,¹⁶² in dem es zentral um die Absicherung der Rechte des Einzelnen und die Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts geht. Insofern wird auch deutlich, dass die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt aus der Perspektive des Unionsrechts mit grundlegenden verfassungsrechtlichen Fragestellungen zusammenhängt.

158 S. dazu *U. Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 15 ff.

159 EuGH v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Slg. 1987, 4199, Rn. 15 ff. – Foto-Frost; s. auch *G. Nicolaysen*, Europarecht I – Die Europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl. 2002, S. 402 f.; *A. Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 35 f.

160 *A. Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 64 ff.

161 In Anlehnung an *E.-H. Ritter*, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft?, NJW 2001, S. 3440 ff.

162 EuGH v. 08.03.2011, Gutachten 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011, I-1137, Rn. 70 – Europäisches Patentgericht; EuGH v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172 – EMRK II und EuGH v. 30.04.2019, Gutachten 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 111 – CETA.

IV. Nationale Gerichte als Sachwalter des «europäischen Interesses»

Dass der EuGH die nationalen Gerichte als »ordentliche Unionsgerichte« charakterisiert – oder, wie es im Französischen schon lange heißt: »*Le juge national est le juge ordinaire de droit commun en matière communautaire*«¹⁶³ –, unterstreicht nicht nur die wichtige Stellung der nationalen Gerichte für den Vollzug des Unionsrechts, sondern heißt zudem, dass sie beim Vollzug des Unionsrechts nicht nur ihren mitgliedstaatlichen Rechtsbindungen unterliegen, sondern zugleich Sachwalter des »europäischen Interesses« bzw. eines »europäischen Gemeinwohls« sind. Zwar sind die Begriffe »europäisches Interesse«¹⁶⁴ bzw. »Gemeinwohl«¹⁶⁵ oder »Gemeinschaftsinteresse«¹⁶⁶ recht abstrakt, gleichwohl kann an der Bindung aller Staatsfunktionen kein Zweifel bestehen. Das »europäische Interesse« kann hierbei in der Situation der Rechtsanwendung aus den grundlegenden Werten und Zielen des Unionsrechts sowie ihren weiteren Ausprägungen im primären Unionsrecht sowie im abgeleiteten Recht gefolgert werden.¹⁶⁷ Nationale Gerichte sind aus dieser Perspektive nicht nur an das jeweilige mitgliedstaatliche Recht gebunden, sondern müssen rechtlich (Art. 4 EUV) das europäische Interesse bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen. Das europäische Interesse überformt so die Anwendung des Unionsrechts durch den nationalen Richter, der sein Urteil nunmehr nicht nur »im Namen des (deutschen) Volkes« spricht, sondern zugleich in dem Bewusstsein, dem europäischen Interesse zu seiner Berücksichtigung zu verhelfen.

Das »europäische Interesse« ist erstmals im Zusammenhang mit der Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen und der Rolle nationaler Vertrauensschutztatbestände diskutiert worden.¹⁶⁸ Das BVerwG hatte hier bemerkenswert eindeutig entschieden, dass das »europäische Interesse« bei der Abwägung verschiedener Interessen in vollem Umfang zu

163 S. U. Everling, Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union, in: FS Rengeling, 2008, S. 527 ff. (533) mit Verweis auf R.-M. Chevallier/D. Maidani, Guide pratique article 177 C.E.E., 1982, S. 10.

164 A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 60 ff. m. w. Nachw.

165 S. etwa aus verfassungsrechtlicher Perspektive M. Anderheiden, Gemeinwohl in Republik und Union, 2006, S. 49 ff.

166 EuGH v. 20.09.1990, Rs. C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320, Slg. 1990, I-3437, Rn. 9 – Kommission/Deutschland; EuGH v. 21.09.1983, verb. Rsen. 205 bis 215/82, ECLI:EU:C:1983:233, Slg. 1983, 2633, Rn. 32 – Deutsche Milchkontor.

167 A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 62 f.; s. auch J. P. Terhechte, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 3 EUV, Rn. 11.

168 Dazu ausführlich A. Hatje, »Ausbrechende Rechtsakte« in der europäischen Gerichtsverfassung, in: FS Bull, 2011, S. 155 ff.

berücksichtigen ist.¹⁶⁹ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG ausdrücklich unterstrichen.¹⁷⁰

Dennoch scheinen viele Probleme im europäischen Rechtsprechungsverbund darauf zurückgeführt werden zu können, dass Gerichte sich beim Vollzug des Unionsrechts dieser Verpflichtung auf das europäische Interesse – oder, in den Worten des BVerfG: ihrer *Integrationsverantwortung* – nicht immer bewusst sind.¹⁷¹ Phänomene wie die »Vorlageverweigerung«, von der Rechtsprechung des EuGH abweichende Interpretationen des Unionsrechts bis hin zur »temporären Suspendierung« des Vorrangs¹⁷² sind nur einige Beispiele für diesen Befund. Insofern kann eine Haftung der Dritten Gewalt als buchstäblich letztes Reaktionsmittel nicht nur aus der Warte des Schadensausgleichs betrachtet werden (zu dieser Funktion § 15), sie sichert auch die Verpflichtung der nationalen Gerichte auf das »Unionsinteresse« ab.

V. Rechtsschutz des Einzelnen und die Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte

Bei einer Analyse der Rechtsprechung des EuGH fällt auf, dass sein Hauptaugenmerk offenbar immer stärker auf der Ausbildung eines europäischen »Rechtsschutz- und Rechtsprechungssystems« liegt, das heute auch unmittelbar in Art. 19 Abs. 1 EUV und Art 2 EUV angelegt ist. In diesem Zusammenhang ist etwa die Verpflichtung der Mitgliedstaaten gem. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 EUV interessant, wonach die Mitgliedstaaten die Pflicht trifft, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Diese mit dem Lissabonner Vertrag neu eingefügte Passage lässt sich als Reaktion auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts zur Klagebefugnis Privater im Rahmen der Nichtigkeitsklage deuten,¹⁷³ bei der letztlich eine restriktive Deutung durch den EuGH obsiegte, sodass die Absicherung der (unionalen) Rechtsposition des Einzelnen eine zentrale Aufgabe der nationalen Ge-

169 BVerwG v. 23.04.1998 – 3 C 15/97, BVerwGE 106, 328.

170 BVerfG v. 17.02.2000 – 2 BvR 1210/98, EuZW 2000, 445 (446).

171 Zum Begriff der Integrationsverantwortung etwa A. Voßkuhle, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, DV-Beithei 10, S. 229 ff.; s. auch T. von Damwitz, Über die Integrationsverantwortung des Gerichtshofes der Europäischen Union, ebenda, S. 241 ff.

172 Dazu J. P. Terhechte, Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen »inakzeptabler Regelungslücken«?, EuR 2006, S. 828 ff.

173 S. EuG v. 03.05.2002, Rs. T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112, Slg. 2002, II-2365 – Jégó-Quéré und daran anschließend EuGH v. 01.04.2004, Rs. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, Slg. 2004, I-3425 – Jégó-Quéré sowie EuGH v. 25.07.2002, Rs. C-55/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, Slg. 2001, I-6677 – Unión de Pequenos Agricultores; a. A. offenbar U. Everling, Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregelungen, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 363 ff. (370), der maßgeblich auf die Osterweiterung und die damit verbundenen neuen Rechtsschutzsysteme in der Union hinweist.

richte darstellt.¹⁷⁴ Hieran ändern auch die – im Detail umstrittenen¹⁷⁵ – Änderungen im Bereich der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV durch den Lissabonner Vertrag nicht viel, da unabhängig davon, welche Interpretation man hier wählt, die unmittelbar vor dem Europäischen Gerichtshof erhobene Nichtigkeitsklage des Einzelnen weiterhin die Ausnahme bilden wird.¹⁷⁶

Diese Aufgabenverteilung im europäischen Rechtsprechungsverbund ist nicht unproblematisch, denn einerseits steht der Lissabonner Vertrag wie kein Vertrag vor ihm für die Stärkung der Rechtspositionen des Einzelnen (sichtbar zum Beispiel in der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta gem. Art. 6 Abs. 1 EUV oder dem Art. 6 Abs. 2 EUV, wenngleich ein Beitritt der Union zur EMRK durch den EuGH abgelehnt wurde),¹⁷⁷ andererseits ist es aber nach wie vor Sache der nationalen Gerichte, dem Einzelnen zu seinem Recht zu verhelfen. Weder scheint es auf europäischer Ebene Bestrebungen zu geben, eine Art Verfassungsbeschwerde zu etablieren,¹⁷⁸ noch kann die Nichtigkeitsklage in diese Rolle hineinwachsen. Letztlich ist damit auch die Sicherung der Unionsgrundrechte eine zentrale Aufgabe des europäischen Rechtsprechungsverbundes. Nicht umsonst wird in den zentralen Urteilen des EuGH zum gemeinschafts- (bzw. unions-)rechtlichen Staatshaftungsanspruch immer wieder die Rolle des Einzelnen hervorgehoben.¹⁷⁹ Insoweit ist eine Haftung der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt aus der Perspektive des Unionsrechts immer auch ein Instrument, um die Wirksamkeit der europäischen Grundrechtsverbürgungen sicherzustellen.

174 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 65; s. zu dieser Aufgabe der nationalen Gerichte auch M. Tonne, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997; M. Nettlesheim, Effektive Rechtschutzwährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 2002, S. 928 ff.

175 Dazu etwa A. Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, S. 30 ff. (38 ff.); U. Everling, Rechtsschutz in der EU nach dem Vertrag von Lissabon, in: J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, Eur-Beiheft 1/2009, S. 71 ff. (73 ff.).

176 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 65.

177 Dazu J. P. Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der Europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff. (172); ders., Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 64 ff.

178 H.-W. Rengeling, Brauchen wir die Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene? – Zur Effektivierung des Individualrechtsschutzes gegen grundrechtsverletzende Gemeinschaftsnormen, in: FS Everling, Bd. 2, 1995, S. 1187 ff.

179 S. nur EuGH v. 19.11.1991, verb. Rsen. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 25 – Francovich; EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:91, Slg. 2006, I-5177, Rn. 31 – Traghetti del Mediterraneo.

VI. Mitgliedstaatliche Flankierungen: Europarechtsfreundlichkeit der nationalen (deutschen) Gerichte?

Insbesondere im deutschen Recht spielt für das Verhältnis des EU-Rechts zum nationalen Recht der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit eine wichtige Rolle, den das Bundesverfassungsgericht in seiner *Lissabon*-Entscheidung entwickelt hat.¹⁸⁰ Hiernach ist es nicht in das »Belieben« der deutschen Verfassungsorgane gestellt, ob sie sich an der europäischen Integration beteiligen oder nicht, sondern sie haben ihre Aufgaben so zu erfüllen, dass die grundgesetzlich geforderte Mitwirkung Deutschlands am Prozess der europäischen Integration eingelöst wird.¹⁸¹ Letztlich folgt hieraus zunächst eine Art »Selbstbegrenzung« des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen seiner verfassungsrechtlich radizierten Kontrollaufgaben bzw. seiner selbst entwickelten »Kontrollvorbehalte« (dazu § 4 E. II. 3).¹⁸² So hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine *ultra-vires*-Kontrolle zunächst immer einer Vorabentscheidung des EuGH voraussetzt sowie einen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß eines EU-Organs gegen die unionale Kompetenzordnung.¹⁸³ Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass aus dem Grundsatz eine allgemeine Compliance-Pflicht für »deutsche Stellen« (dazu sogleich) resultiert:

»Verstöße gegen das EU-Recht sind zu vermeiden, soweit es im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts möglich ist.«¹⁸⁴

Unklar war aber zunächst, ob und in welchem Umfang dieser »Verfassungsgrundsatz« die Dritte Gewalt insgesamt bindet. Zumindest in nachfolgenden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht hier nicht mehr nur von einer Bindung der Verfassungsorgane gesprochen, sondern von »deutschen

180 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (347, 354) – Lissabon; eingehend dazu etwa *D. Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, S. 323 ff.; *C. Lauser*, Die Bindung der Verfassungsorgane an den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit, 2018; *K. Kaiser/I. Schübel-Pfister*, Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der Europarechtsfreundlichkeit: Trick or Treat?, in: *S. Emmenegger/A. Wiedmann* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 545 ff.; vergleichend zwischen Österreich und Deutschland *F. Merl*, Europarechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG und VfGH, in: *T. Giegerich* (Hrsg.), Der »offene Verfassungsstaat« des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 273 ff.

181 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (346 f., 353 f.) – Lissabon; s. auch BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell; BVerfG v. 07.08.2011 – 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124 (172) – EFS; BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (142) – EPÜG.

182 BVerfG v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 (363 f.) – Lissabon; *U. Häde*, Grenzen bundesverfassungsgerichtlicher Ultra-Vires- und Identitäts-Kontrollen, in: *M. Pechstein* (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012, S. 163.

183 BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 (303 ff.) – Honeywell.

184 BVerfG v. 12.10.2010 – 2 BvF 1/07, BVerfGE 127, 293 (334) – Legehennenhaltung; BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (142) – EPÜG.

Stellen«.¹⁸⁵ Gleichwohl scheint der Grundsatz in der Praxis bislang nur für das Bundesverfassungsgericht eine Rolle zu spielen. Denkbar ist aber, dass der EuGH auch von anderen mitgliedstaatlichen (deutschen) Gerichten mit einer Vorlagefrage befasst wird, die (anschließend oder parallel) auch vom Bundesverfassungsgericht als entscheidungserheblich betrachtet wird. In einem solchen Fall ist eine abermalige Vorlage in derselben Rechtsfrage verfassungsrechtlich womöglich nicht geboten.

Schon dieses Beispiel zeigt, dass die »Europarechtsfreundlichkeit« insoweit »Vorwirkungen« entfalten kann, an denen sich auch Gerichte als »deutsche Stellen« zu orientieren haben. Allerdings, dies ist zu betonen, kann diese »Europarechtsfreundlichkeit« schwerlich weiter reichen als die Verpflichtungen der mitgliedstaatlichen Gerichte aus dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) bzw. den konkreten Vorlagerechten bzw. -pflichten auf der Grundlage des Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV. Es handelt sich so um eine Art mitgliedstaatliche Spiegelung eines ohnehin bestehenden unionsrechtlichen Grundsatzes. Gleichwohl zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *in concreto* auf, welche methodischen und verfahrensrechtlichen Leitplanken im europäischen Rechtsprechungsverbund zu beachten sind.

VII. Anforderungen des EU-Rechts an die mitgliedstaatlichen Justizsysteme

Zwar hat das EU-Recht schon immer einen Einfluss auf das mitgliedstaatliche Organisations- und Verfahrensrecht ausgeübt, doch insbesondere in den letzten Jahren sind Entwicklungen zu verzeichnen, die als neue Phase der europarechtlichen Überformung bzw. der Europäisierung des mitgliedstaatlichen Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts verstanden werden können.¹⁸⁶ Burkhard Hess spricht hier gar von »neuen Wegen zu einer europäischen Justizarchitektur«.¹⁸⁷ Die Anforderungen, die das Unionsrecht an das mitgliedstaatliche Recht stellt, beziehen sich damit immer stärker auch auf die »institutionellen Voraussetzungen«, die vorliegen müssen, damit ein einheitlicher Vollzug des Unionsrecht möglich ist.

185 BVerfG v. 07.08.2011 – 2 BvR 987/10, BVerfGE 129, 124 (172) – EFS; BVerfG v. 12.10.2010 – 2 BvF 1/07, BVerfGE 127, 293 (334) – Legehennenhaltung; BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – Honeywell.

186 Dazu am Beispiel der Darlegungs- und Beweislastregelungen s. J. P. Terhechte, Die unionsrechtliche Überformung mitgliedstaatlicher Darlegungs- und Beweislastregelungen am Beispiel des Glücksspielrechts, in: ders. (Hrsg.), Europäisierung und digitaler Wandel als Herausforderungen der Glücksspielregulierung, 2020, S. 139 ff.; ausführlich dazu auch C. D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; D. Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999.

187 B. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2021, S. 965 ff.

1. Effektiver Rechtsschutz in der »Rechtsunion«

In den letzten Jahren ist insbesondere vor dem Hintergrund der sog. Rechtsstaatlichkeitskrise¹⁸⁸ deutlich geworden, dass in der unionalen Rechtsgemeinschaft Anforderungen an die Organisation der nationalen Justizsysteme zu stellen sind, die sich teilweise unmittelbar aus dem geschriebenen EU-Recht ergeben. So sieht etwa Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.¹⁸⁹ Aus Art. 47 GRC folgt zudem ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht.¹⁹⁰

Darüber hinaus leitet der EuGH aus Art. 19 Abs. 1 EUV in Verbindung mit Art. 2 EUV seit einigen Jahren konkrete rechtsstaatliche Anforderungen für die mitgliedstaatlichen Justizsysteme ab.¹⁹¹ Hier wird auch plastisch davon gesprochen, dass Art. 19 EUV inzwischen für den EuGH den »zentralen Anker seiner rechtsstaatlichen Vorgaben für die Mitgliedstaaten« darstellt.¹⁹² Insgesamt kennt das primäre Unionsrecht damit eine Reihe von Anforderungen, die für die mitgliedstaatlichen Justizsysteme erhebliche Bedeutung entfalten können.

Die Rechtsprechung des EuGH hat in den letzten Jahren immer deutlicher hervorgehoben, dass es sich bei diesen Vorgaben nicht etwa um unverbindliche Programmsätze handelt, sondern um rechtsstaatliche Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Justizsysteme.¹⁹³ Offen ist im Rahmen dieser Rechtsprechung zwar bislang, wie weit die Justiziabilität des Art. 2 EUV bzw. des Art. 19 EUV reicht.¹⁹⁴ In den jeweiligen Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH diese Bestimmungen des Unionsrechts als Maßstab herangezogen. Welche Rolle sie etwa in einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV spielen können, ist bislang aber offen.

188 Dazu etwa *P. M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, *Der Staat* 56 (2017), S. 389 ff.

189 Eingehend dazu etwa *I. Pernice*, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, *EuR* 2011, S. 151 ff. (153 ff.).

190 Zur Rolle des Art. 47 GRC s. etwa *A. Voßkuhle/J. Schemmel*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 6, Rn. 20.

191 EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35 ff. – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

192 *B. Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, 6. Aufl., 2022, Art. 19 EUV, Rn. 72.

193 Dazu *J. P. Terhechte*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 12.

194 Dazu *C. Calliess*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 2 EUV, Rn. 36.

2. Einzelne Ausprägungen

a) Gesetzliche Grundlage für die Errichtung eines Gerichts

Die Errichtung eines Gerichts verlangt aus der Perspektive des Unionsrechts stets eine gesetzliche Grundlage.¹⁹⁵ Diese Anforderung ergibt sich *expressis verbis* aus Art. 47 Abs. 2 GRC, wonach jede Person u. a. ein Recht darauf hat, »dass ihre Sache vor einem zuvor durch Gesetz errichteten Gericht (...) verhandelt wird.« Allerdings hat der EuGH dieses Erfordernis bislang nur selten thematisiert. In der bislang wichtigsten Entscheidung zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage aus dem Jahre 2020 hat er die wesentlichen Auslegungsmaßstäbe aus der Rechtsprechung des EGMR abgeleitet.¹⁹⁶ Das Urteil bezieht sich zwar auf die Unionsgerichtsbarkeit, die Ausführungen des EuGH nehmen aber ausdrücklich auch Bezug auf die entsprechenden Vorschriften des »innerstaatlichen Rechts«. Es ist insoweit folgerichtig, diese Anforderungen auch auf die nationalen Gerichte im Anwendungsbereich der GRC zu übertragen.¹⁹⁷ Hiernach dient das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zunächst dazu, exekutive Übergriffe auf die Justiz auszuschließen.¹⁹⁸ Darüber hinaus ist das Kriterium auch für die Beurteilung der »Gerechtseigenschaft« im Rahmen des Vorlageverfahrens gem. Art. 267 AEUV von Bedeutung.¹⁹⁹

b) Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Das bislang prominenteste Beispiel für die unionsrechtliche Überformung des mitgliedstaatlichen Gerichtsverfassungsrechts bzw. der mitgliedstaatlichen »Justizarchitektur« (Burkhard Hess) ist die Rechtsprechung des EuGH zu den unionsrechtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte.²⁰⁰ In den letzten Jahren hat der EuGH in diesem Zu-

195 EuGH v. 26.03.2020, verb. Rsen. C-542/18 RX-II und C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, Rn. 73 ff. – Reéxamen Simpson/Rat.

196 EGMR v. 08.07.2014 – no. 8162/13 – Biagioli gegen San Marino, §§ 72 bis 74, und EGMR v. 02.05.2019 – no. 50956/16 – Pasquini gegen San Marino, §§ 100 und 101 sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

197 Hierzu geht offenbar auch C. D. Classen, Europäischer Verwaltungsgerichtsverbund, in: M. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 38, Rn. 17 ff. aus.

198 EuGH v. 26.03.2020, verb. Rsen. C-542/18 RX-II und C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232, Rn. 69 ff. – Reéxamen Simpson/Rat.

199 Zu den Diskussionen s. M. Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 393 ff.

200 EuGH v. 30.06.1966, Rs. 61/65, ECLI:EU:C:1966:39, Slg. 1966, 584 (595) – Vaassen-Göbbels; EuGH v. 17.09.1997, Rs. C-54/96, ECLI:EU:C: ECLI:EU:C:1997:413, Slg. 1997, I-4961, Rn. 23 – Dorsch Consult (hier zu »unabhängige Instanz«); EuGH v. 02.03.1999, Rs. C-416/96, ECLI:EU:C: 1999:107, Slg. 1999, I-01209, Rn. 17 ff. – Eddline El-Yassini; EuGH v. 15.10.2002, Rs. C-238/99 P,

sammenhang wiederholt gefordert, dass Gerichte, denen der Vollzug des Unionsrechts obliegt, unabhängig sein müssen. Nach dieser Rechtsprechung gilt:

»Der Begriff der Unabhängigkeit setzt u. a. voraus, dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten (...).«²⁰¹

Darüber hinaus ist nach Auffassung des EuGH auch eine »entsprechende Vergütung« ein wichtiger Bestandteil der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit:

»Neben der Nichtabsetzbarkeit der Mitglieder der betreffenden Einrichtung (...) stellt auch eine der Bedeutung der ausgeübten Funktionen entsprechende Vergütung eine wesentliche Garantie für die richterliche Unabhängigkeit dar.«²⁰²

ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, I-08375, Rn. 229 ff. – Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) u. a./Kommission; EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30 ff. – Köbler; EuGH v. 06.12.2005, Rs. C-453/03, ECLI:EU:C:2005:741, Rn. 103 ff. – ABNA u. a.; EuGH v. 30.03.2006, Rs. C-259/04, ECLI:EU:C:2006:215, Rn. 19 ff. – Emanuel; EuGH v. 24.05.2011, Rs. C-53/08, ECLI:EU:C:2011:338, Slg. 2011, I.04309, Rn. 76 ff. – Kommission/Österreich; EuGH v. 01.03.2012, Rs. C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, Rn. 27 ff. – O'Brien; EuGH v. 16.02.2017, Rs. C-503/15, ECLI:EU:C:2017:126, Rn. 36 ff. – Margarit Panicello; EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 27 ff. – Associação Sindical dos Juízes Portugueses; EuGH v. 25.07.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 33 ff. – PPU; EuGH v. 07.02.2019, Rs. C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106, Rn. 61 ff. – Escribano Vindel; EuGH v. 24.06.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 71 ff. – Kommission/Polen (Unabhängigkeit des obersten Gerichts); EuGH v. 21.01.2020, Rs. C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17, Rn. 51 ff. – Banco de Santander; EuGH v. 26.03.2020, verb. Rsen. C-558/18 und C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, Rn. 31 ff. – Miasto Lowicz und Prokurator Generalny; EuGH v. 09.07.2020, Rs. C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535, Rn. 42 ff. – Land Hessen; EuGH v. 16.07.2020, Rs. C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572, Rn. 35 ff. – Governo della Repubblica italiana (Status der italienischen Friedensrichter); EuGH v. 08.12.2020, Rs. C-584/19, ECLI:EU:C:2020:1002, Rn. 38 ff. – Staatsanwaltschaft Wien (Gefälschte Überweisungsaufträge); EuGH v. 02.03.2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, Rn. 115 ff. – A.B. u. a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours); EuGH v. 20.04.2021, Rs. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, Rn. 41 ff. – Repubblica; EuGH v. 18.05.2021, Rs. C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 67 ff. – Asociația »Forumul Judecătorilor din România«; EuGH v. 15.07.2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, Rn. 50 – Kommission/Polen (Disziplinarordnung für Richter); EuGH v. 02.09.2021, Rs. C-66/20, ECLI:EU:C:2021:670, Rn. 33 ff. – Finanzamt für Steuerstrafachen und Steuerfahndung Münster; EuGH v. 06.10.2021, Rs. C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, Rn. 102 ff. – W. Z. (Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichts – Ernennung); EuGH v. 23.11.2021, Rs. C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949, Rn. 139 ff. – IS (Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses); EuGH v. 21.12.2021, Rs. C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 215 ff. – Euro Box Promotion u. a.; EuGH v. 24.03.2022, Rs. C-245/20, ECLI:EU:C:2022:216, Rn. 18 ff. – Autoriteit Persoonsgegevens; EuGH v. 07.04.2022, Rs. C-236/20, ECLI:EU:C:2022:263, Rn. 23 – Ministero della Giustizia u. a. (Status der italienischen Friedensrichter).

201 EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 44 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

202 EuGH v. 27.02.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 45 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

Insgesamt hat der EuGH damit vor dem Hintergrund des Art. 2 EUV und Art. 19 EUV konkrete Anforderungen an ein genuin unionsrechtliches Konzept der richterlichen Unabhängigkeit entwickelt, das maßgeblich auf der Weisungsfreiheit und dem Schutz vor »äußeren Einflüssen« sowie einer amtsangemessenen Vergütung aufbaut.²⁰³ Diese Maßstäbe haben in den letzten Jahren eine erhebliche Rolle gespielt, wenn es um die Vereinbarkeit von sog. »Justizreformen« mit dem Unionsrechtsrecht ging. Hier hat der EuGH gezeigt, dass auf der Grundlage der Werte des Art. 2 EUV und der Charakterisierung der EU als »Rechtsunion«²⁰⁴ durchaus konkrete Maßstäbe für die Rechtsanwendung abgeleitet werden können. Ob sich allerdings jenseits dieser unionalen Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit weitere Strukturvorgaben für die nationalen Justizsysteme ergeben werden, ist bislang nicht auszumachen.

c) Verfahrensdauer

Das Thema der Verfahrensdauer hat den EuGH in den letzten Jahren wiederholt beschäftigt und ist ein wichtiger »Treiber« im Rahmen der Diskussionen über richterliche Verantwortlichkeiten.²⁰⁵ Art. 47 Abs. 2 GRC sieht vor, dass im Rahmen von Gerichtsverfahren »innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt wird«. Diese Bestimmung hat in den letzten Jahren eine erhebliche praktische Bedeutung entfaltet, auch weil der EuGH in mehreren Fällen einen Verstoß des Gerichts gegen Art. 47 Abs. 2 GRC festgestellt und eine Haftung ausdrücklich zugelassen hat.²⁰⁶ Allerdings bindet Art. 47 Abs. 2 GRC nicht nur die Unionsgerichtsbarkeit, sondern auch die nationalen Gerichte im Anwendungsbereich des EU-Rechts (dazu Art. 52 GRC), sodass die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 47 Abs. 2 GRC auch Bedeutung für die nationalen Gerichte entfalten kann. Hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob eine Verfahrenslänge angemessen ist, hat sich der EuGH häufig auf die

203 P. Bárd, *In Courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*, ELJ 27 (2021), S. 185 ff.; T. Giegerich, *Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten*, ZEuS 2019, S. 61 ff.; P. Zimonos, *Judicial Independence & National Judges in the recent Case Law of the Court of Justice*, European Public Law 25 (2019), S. 615 ff.; M. Ovádek, *The making of landmark rulings in the European Union: the case of national judicial independence*, Journal of European Public Policy 2022, S. 1119 ff.

204 Dazu eingehend J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 2 EUV, Rn. 23.

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

206 Grundlegend EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417, Rn. 20 f. – Baustahlgewerbe; eingehend dazu C. Nowak, in: ders./S. Heselhaus (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2022, § 57, Rn. 55; K. Pabel, in: C. Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz* (EnzEuR Bd. 2), 2. Aufl., § 25, Rn. 72 ff.

Rechtsprechung des EGMR bezogen und betont, dass diese Beurteilung insbesondere nicht schematisch erfolgen kann, sondern vom jeweiligen Einzelfall abhängt.²⁰⁷

Diese Rechtsprechung des EuGH spielte bislang für den deutschen Diskurs zu überlangen Gerichtsverfahren zwar keine nennenswerte Rolle, mit der Klärung der Maßstäbe des Art. 47 Abs. 2 GRC durch den EuGH und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendung der GRC (»Recht auf Vergessen II«²⁰⁸) kann sich das allerdings zukünftig ändern. Insofern steht das Beispiel der Verfahrensdauer auch paradigmatisch für den erforderlichen multiperspektivischen Zugriff auf ebenenübergreifende Problemlagen.²⁰⁹

3. Perspektiven der mitgliedstaatlichen Justizhoheit im europäischen Rechtsprechungsverbund

Die auf Art. 19 EUV und Art. 2 EUV gestützte Rechtsprechungslinie des EuGH ist bisweilen auf scharfe Kritik gestoßen.²¹⁰ Hierbei ging es zunächst um grundsätzliche Fragen der Verfassungsentwicklung der EU. Dagegen wurde bislang nicht ausgelotet, wie weit die »Justizhoheit« der Mitgliedstaaten im europäischen Rechtsprechungsverbund reicht.²¹¹ Die entsprechenden Diskussionen über die Rechtsprechung des EuGH dienen als Beispiel für übergeordnete Konstitutionalisierungsentwicklungen. Wo aber im Detail Grenzen der unionsrechtlichen Überformung der mitgliedstaatlichen Justizhoheit liegen, ist bislang wenig thematisiert worden. Jedenfalls stößt die neue Rechtsprechungslinie des EuGH in der deutschen Rechtswissenschaft nicht nur auf Zustimmung. So hat der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Andreas Voßkuhle* deutliche Kritik am Ansatz des EuGH geäußert:

»Mit einem ›Husarenstreich‹ habe der EuGH sich damit die Kompetenz geschaffen, die gesamte interne Organisation der Justiz eines Mitgliedstaates am Maßstab der unions-

207 EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770, Rn. 96 – Groupe Gascogne/Kommission; EuGH v. 26.11.2013, Rs. C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771, Rn. 81 ff. – Kendrion/Kommission; EuGH v. 30.04.2014, Rs. C-238/12 P, ECLI:EU:C:2014:284, Rn. 114 ff. – FLSmidt /Kommission; EuGH v. 19.06.2014, Rs. C-243/12 P, ECLI:EU:C:2014:2006, Rn. 113 ff. – Sky Italia.

208 BVerfG v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II.

209 So auch *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 3 f.

210 S. dazu *M. Nettetseim*, Europäische Werte und mitgliedstaatliche Verfassungsautonomie – über einen Machtkampf in der EU, in: *T. P. Holterhus/F. Michl*, Die schwache Gewalt?, 2022, S. 111 ff.; *F. Schorkopf*, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, S. 477 ff.

211 Zum (etwas unklaren) Begriff der »Justizhoheit« s. etwa *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 94 ff. (bezogen auf das deutsche Recht); *U. Müßig*, Recht und Justizhoheit, 2. Aufl. 2009, S. 81 ff. und S. 327 ff. (zur Justizhoheit in Frankreich, England und Deutschland); s. auch BVerfG v. 13.02.2020 – 2 BvR 739/17, BVerfGE 153, 74 (155) – EPÜG.

rechtlichen Vorstellung richterlicher Unabhängigkeit zu messen, obwohl es sich um einen nicht harmonisierten Bereich handele.«²¹²

Auch Dieter Grimm hat sich wiederholt kritisch mit der Rolle des EuGH auseinandergesetzt (»mangelnde Dialogbereitschaft«),²¹³ und Rainer Wahl spricht in diesem Zusammenhang gar von einem »gerichtlichen Aktivismus«²¹⁴. Schon diese Äußerungen zeigen, dass der EuGH mit der Justizhoheit durchaus einen neuralgischen Punkt der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen getroffen hat.

Hiermit findet letztlich auch eine Akzentverschiebung hinsichtlich der Diskussion rund um den Begriff der »Justizhoheit« statt, denn bislang spielten weder die unionsrechtliche Überformung bzw. Determinierung einzelner Komponenten der »Justizhoheit« noch der Einfluss der EMRK auf die Justizhoheit eine hervorgehobene Rolle. Im Zentrum der Debatten stand bislang die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Rechtsprechung oder das Verhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zur Kirchengerichtsbarkeit.²¹⁵ Eine solche Engführung der Diskussion ist allerdings nicht mehr zeitgemäß, zumal die allgemeine Definition der »Justizhoheit« die Impulse von der europäischen (bzw. bisweilen auch internationalen) Ebene ohne weiteres verarbeiten kann:

»Die Justizhoheit als Inbegriff aller staatlichen Befugnisse, Pflichten und Rechte im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Gerichte (Ausübung der rechtsprechenden Gewalt) beinhaltet die gesamte Ermöglichung und Durchführung der Tätigkeit der rechtsprechenden Gewalt. Dazu gehören der Umfang des Rechtschutzes und seine Voraussetzungen, die Zuständigkeiten der einzelnen Gerichtsarten, die Einrichtung und Errichtung der Gerichte (Gerichtsverfassung), das Verfahren vor den Gerichten, die personelle und sachliche Ausstattung, Inhalt und Organisation der Aufsicht, Gnadenrecht usw.«²¹⁶

Auch wenn es bei der Justizhoheit zunächst um »staatliche Befugnisse, Pflichten und Rechte« geht, so ist doch unverkennbar, dass das Unionsrecht immer stärkeren Druck auf die »Ermöglichung und Durchführung der Tätigkeit der rechtsprechenden Gewalt« ausübt. Insofern liegt es nahe, dass auch die Verantwortlichkeitsstrukturen der Dritten Gewalt verstärkt in das Aufmerksamkeitsfeld des Unionsrechts geraten. Nicht umsonst drehen sich

²¹² <https://www.lto.de/recht/justizj/ex-bverfg-praesident-andreas-vokuhle-zu-europaeischer-rechtsgemeinschaft-rechtsstaatlichkeit-ezb-entscheidung-eugh-polen-ungarn/> (Letzter Aufruf: 27.03.2024).

²¹³ D. Grimm, Der Dialog zwischen EuGH und BVerfG und das PSPP-Urteil, AnwBl. Online 2021, S. 150 f.; ders., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der Europäischen Union, 2016.

²¹⁴ R. Wahl, Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union, in: FS Michael Klöpfer, 2013, S. 233 ff. (249).

²¹⁵ K.-H. Kästner, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991.

²¹⁶ O. R. Kissel/H. Mayer, GVG, 7. Aufl. 2013, Einleitung, Rn. 10.

die Auseinandersetzungen mit einigen Mitgliedstaaten um Fragen des Disziplinarrechts²¹⁷ oder der Versorgung von Richtern.²¹⁸

F. Der EGMR im europäischen Rechtsprechungsverbund

I. Der EGMR als Akteur im europäischen Rechtsprechungsverbund

Soweit von einem »europäischen Rechtsprechungsverbund« die Rede ist, ist nicht nur das Verhältnis von EuGH und nationalen Gerichten von Bedeutung, sondern auch das Zusammenspiel des EGMR mit den nationalen und supranationalen Gerichten.²¹⁹ Der EGMR hat seit seiner Errichtung im Jahre 1959 zwar zunächst nur eine untergeordnete Bedeutung erlangen können; die in den 1990er Jahren umgesetzten Reformen (Einführung der Individualbeschwerde nach dem 9. Zusatzprotokoll und die Komplettreform mit Einführung der obligatorischen Gerichtsbarkeit durch das 11. Zusatzprotokoll) haben indes dazu geführt, dass sich neben dem EuGH ein weiterer Gerichtshof in Europa etabliert hat,²²⁰ der sich ob seiner überragenden Bedeutung für den europäischen Menschenrechtsschutz seit Jahren mit einer gewaltigen Arbeitslast konfrontiert sieht.²²¹

Aufgrund der Verschränkungen zwischen dem EU-Recht und der EMRK (s. u. a. Art. 6 Abs. 2 EUV), aber auch aufgrund des Einflusses, den die EMRK auf die nationalen Justizsysteme ausübt, ist der EGMR zu einem wichtigen Baustein des europäischen Rechtsprechungsverbundes avanciert.²²² Die »nationale Justizhöheit« wird im Lichte dieser Entwicklungen nicht nur

217 EuGH v. 08.04.2020, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2020:277 – Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges).

218 EuGH v. 09.09.2015, Rs. C-20/13, ECLI:EU:C:2015:561 – Unland; EuGH v. 07.02.2019, Rs. C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106 – Escribano Vindel; EuGH v. 24.06.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen; EuGH v. 05.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen.

219 Dazu etwa S. Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 361 ff.; A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.; A. Voßkuhle/J. Schemmel, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 6, Rn. 1; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 33 ff.; s. auch T. Lock, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, 2010, S. 243 ff.

220 Zur Entwicklung des EGMR s. etwa H. Keller/D. Kühne, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, ZaöRV 76 (2016), S. 245 ff. (252 f.).

221 G. Ress, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen, 2007, S. 55 ff. (69 ff.).

222 Aus der verfassungsgerichtlichen Perspektive A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

durch die Rechtsprechung des EuGH ein Stück weit relativiert bzw. überformt, sondern auch durch die Rechtsprechung des EGMR.

Die Entwicklung des EGMR schien lange Zeit eine Erfolgsgeschichte zu verkörpern. Allerdings ist es in den letzten Jahren verstärkt zu kritischen Diskussionen über die Reichweite der Rechtsprechung des EGMR gekommen.²²³ Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 2018 in seinem Urteil zum Streikverbot für Beamte die Grenzen der Heranziehung der EMRK betont.²²⁴ Die politische Kritik am EGMR gipfelte schließlich in der Erklärung von Kopenhagen, die u. a. einen Evaluationsauftrag für die EGMR-Rechtsprechung beinhaltet und die subsidiäre Rolle (»*strengthening subsidiarity*«) des EGMR stark betont.²²⁵ Neben diesen – im Kern politischen – Anwürfen hat der EGMR auch mit weiteren Problemen zu kämpfen. So hat *Georg Ress* schon früh darauf hingewiesen, dass die Arbeitsbelastung des EGMR eine ernsthafte Herausforderung verkörpert.²²⁶ Insofern zeigt sich auch, dass mit der gestiegenen Bedeutung des EGMR zugleich Legitimationsfragen²²⁷ und Risiken hinsichtlich der Arbeitsbelastung aufgeworfen werden.²²⁸

II. Geteilte Rechtsprechungsverantwortung zwischen EuGH und EGMR?

Im europäischen Rechtsprechungsverbund lässt sich von einer »geteilten Rechtsprechungsverantwortung« der jeweiligen Gerichtshöfe auf Grundlage der sie verpflichtenden Rechtsregimes sprechen. Das ist zunächst nicht unge-

223 Dazu M. Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?*, 2019; M. Breuer, The Concept of 'Principled Resistance' to ECtHR Judgments: A Useful Tool to Analyse Implementation Deficits?, *Journal of International Dispute Settlement* 12 (2021), S. 250 ff.; A. von Bogdandy/L. Hering, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien – Zu Identität, Mandat und nationaler Pufferung der EGMR-Rechtsprechung, *JZ* 2020, S. 53 ff.; S. Schmahl, Die Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 2022, § 61, Rn. 50 ff.

224 BVerfG v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12, *BVerfGE* 148, 296 (355) – Streikverbot für Beamte; s. dazu auch M. Jacobs/M. Payandeh, Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunisierung durch Petrifizierung, *JZ* 2019, S. 19 ff.; A. von Bogdandy/L. Hering, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien – Zu Identität, Mandat und nationaler Pufferung der EGMR-Rechtsprechung, *JZ* 2020, S. 53 ff. (61 f.).

225 https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf (Letzter Aufruf: 27.03.2024); dazu J. Polakiewicz/I. Suominen-Picht, Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK: Die Erklärung von Kopenhagen (2018), das Spannungsverhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfassungen und die Beteiligung der EU an dem europäischen Menschenrechtskontrollmechanismus, *EuGRZ* 2018, S. 383 ff.; A. von Bogdandy/L. Hering, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien – Zu Identität, Mandat und nationaler Pufferung der EGMR-Rechtsprechung, *JZ* 2020, S. 53 ff.

226 G. Ress, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, 2007, S. 55 ff. (69 ff.).

227 Dazu eingehend M. Breuer (Hrsg.), *Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?*, 2019.

228 B. Baade, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, 2017.

wöhnlich, kann aber problematisch werden, soweit es zu »Überschneidungen« oder gar »Konflikten« kommt. Allerdings wäre es nicht angemessen, das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem EGMR nur aus der Perspektive des Jurisdiktionskonflikts zu beschreiben. Tatsächlich haben beide Gerichtshöfe durch eine »rücksichtsvolle« Rechtsprechung einen angemessenen *Modus vivendi* gefunden. Ob das Gutachten des EuGH zum Beitritt der EU zur EMRK hier einen Wendepunkt verkörpert, ist bislang nicht auszumachen. Derzeit scheinen aber beide Gerichte nicht am gefundenen *Status quo* rütteln zu wollen, was handfeste Konflikte unwahrscheinlich macht. Insoweit kann hier auch weiterhin von einer »geteilten Rechtsprechungsverantwortung« die Rede sein.

Hiernach geht der EGMR davon aus, dass die EU grundsätzlich einen angemessenen Grundrechtsschutz gewährleistet.²²⁹ Dies gilt sowohl in materiell-rechtlicher Hinsicht als auch hinsichtlich der Verfahrensrechte. Etwas anderes kann nur gelten, soweit Vorlagepflichten gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV verletzt wurden oder der Nachweis gelingt, dass im Einzelfalle ein offensichtlich unzulänglicher Schutz vorliegt.²³⁰ Aus der Perspektive des europäischen Rechtsprechungsverbundes ist hierbei insbesondere die Sicherung der Vorlagepflicht durch den EGMR interessant, die als Ausdruck einer gemeinsamen Verantwortung des EGMR und des EuGH für eine effektive Durchsetzung des Rechts in Europa gedeutet werden kann.

1. Die Rolle der EMRK in der unionalen Rechtsordnung

Zwar ist die EU bislang nicht der EMRK beigetreten, der EuGH hat aber schon vor vielen Jahren klargestellt, dass die EMRK zumindest eine Rechtserkenntnisquelle verkörpert.²³¹ Entsprechend finden sowohl die Garantien der EMRK²³² als auch einzelne Urteile des EGMR regelmäßig Berücksichtigung in der Rechtsprechung des EuGH.²³³ Die Charakterisierung der EMRK

229 EGMR v. 30.06.2005 – no. 45036/98 – NJW 2006, 197, Bosphorus.

230 EGMR v. 06.02.2013 –no. 12323/11 – NJW 2013, 3423, Michaud gegen France; s. dazu u. a. J. Vondung, Der EGMR als Ersatzspieler des EuGH?, EuR 2013, S. 688 ff.

231 EuGH Urteil v. 13.07.1989, Rs. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, Slg. 1989, 2609, Rn. 17 – Wachauf, wonach völkerrechtliche Verträge über den Schutz der Menschenrechte zumindest eine Hinweisfunktion im Rahmen des unionalen Grundrechtsschutzes geben können; s. auch T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 6 EUV, Rn. 20 f.

232 S. etwa EuGH v. 30.06.2016, Rs. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, Rn. 55 – Toma; EuGH v. 25.07.2018, Rs. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, Rn. 90 ff. – Generalstaatsanwaltschaft (Haftbedingungen in Ungarn); EuGH v. 16.07.2020, Rs. C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, Rn. 97 f. – Facebook Ireland und Schrems; EuGH v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, Rn. 56 f. – Centraal Israëlitisch Consistorie von België u. a.

233 EuGH v. 14.02.2008, Rs. C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, Slg. 2008, I-00581, Rn. 48 – Varec; EuGH v. 03.09.2008, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008, I-06351, Rn. 368 –

als Rechtserkenntnisquelle erfasst allerdings die tatsächliche Bedeutung der EMRK für die Entwicklung der unionalen Grundrechtsstandards nur ungenügend. Vielmehr ist das Zusammenspiel vom EMRK und unionalen Grundrechten vielschichtiger, als das Bild der Rechtserkenntnisquelle suggeriert: Die EMRK ist Vorbild und Impulsgeber, Vergleichsmaßstab und dogmatischer Grund in fast allen Fragen der EU-Grundrechte. Insofern ist auch die Verpflichtung der EU zum Beitritt zur EMRK (Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV) letztlich nur eine Art Abschluss eines langen Prozesses, was die jüngeren Entwicklungen rund um den Beitritt als überraschende Wende erscheinen lässt.

2. Rechtsprechungsvernetzung

Das enge Verhältnis zwischen EuGH und EGMR hat so letztlich zu einer besonders engen Verbindung geführt, einer Art Rechtsprechungsvernetzung,²³⁴ auch wenn die EMRK zunächst nur eine Rechtserkenntnisquelle für den EuGH verkörpert (s. 1.). Diese Vernetzung drückt sich nicht nur in wechselseitigen Zitationen²³⁵ oder Treffen der jeweiligen Richter²³⁶ aus, sondern auch in der Rezeption (»Konzeptübernahmen«, Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 51 GRC) der jeweiligen Standards.

3. Beitritt der EU zur EMRK

Ob sich diese Entwicklung allerdings auch nach einem weiterhin möglichen und rechtlich geforderten (Art. 6 Abs. 2 EUV) Beitritt der Union zur EMRK noch einmal vertiefen wird, ist bislang nur schwer auszumachen.²³⁷ Ein Bei-

Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission; EuGH v. 14.09.2017, Rs. C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, Rn. 50 ff. – K.; EuGH v. 22.02.2022, Rs. C-562/21 PPU und C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100, Rn. 20 – Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l’État membre d’émission).

234 Zu diesem Phänomen grundlegend *A.-M. Slaughter*, *A New World Order*, 2005, S. 65 ff.; jüngst *A. Lang*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der vernetzten Weltordnung – Rechtsprechungskoordination in rechtsordnungsübergreifenden Richternetzwerken*, 2020.

235 Eingehend dazu *S. Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018; *T. Lock*, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, 2010, S. 270 ff.

236 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-075.html> (Letzter Aufruf: 27.03.2024).

237 Dazu etwa *J. P. Terbechte*, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, 2011, S. 81 ff. Zum Beitritt der EU zur EMRK siehe insb. EuGH v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 172 – EMRK II. S. dazu *M. Breuer*, »Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!« Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff.; *M. Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß, NJW 2015, S. 921 ff.; *D. Halberstam*, »It's the Autonomy, Stupid!« A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, 16(1) German Law Journal, 2015, S. 105 ff.; *T. Lock*, The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?, European Constitutional Law Review 11 (2015), S. 239 ff.; *D. Engel*, Der Beitritt der Europäischen Union

tritt zur EMRK würde jedenfalls dazu führen, dass die EMRK für den EuGH zu einer »Rechtsquelle« werden würde, er also an ihre Vorgaben unmittelbar gebunden wäre.²³⁸ Dies ergibt sich aus Art. 216 Abs. 2 EUV.²³⁹ Nach dieser Bestimmung gehen die von der EU geschlossenen völkerrechtlichen Verträge allerdings nicht dem primären EU-Recht (und damit auch nicht der GRC) vor, sondern stehen im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht. Im Lichte des Gutachtens 2/13 des EuGH wird voraussichtlich noch viel Zeit vergehen, bis der Beitritt realisiert werden kann.²⁴⁰ Für das Verhältnis von EuGH und EGMR folgt hieraus, dass sich an den überkommenen Strukturen vorerst nichts ändern wird.²⁴¹

4. Perspektiven

Ob es künftig zu einem Beitritt der EU zur EMRK kommen wird, ist gegenwärtig ungewiss. Die Anforderungen, die der EuGH für diesen Beitritt formuliert hat, machen diesen Schritt allerdings zu einem komplexen Unterfangen, was auch als Beleg dafür gelten kann, wie schwierig eine einseitige Auflösung eines tradierten »Kompetenznebeneinanders« sein kann, soweit die Autonomie und Einheitlichkeit einer Rechtsordnung im Vordergrund stehen, weniger aber die Frage, wie ein optimaler Schutz der Grundrechte sichergestellt werden kann.

III. Anforderungen der EMRK an die konventionsstaatlichen Justizsysteme

1. Rolle des Art. 6 EMRK

Die EMRK formuliert konkrete Vorgaben für die Justizsysteme der Konventionsstaaten, denen insbesondere in den letzten Jahren eine starke Bedeutung zugekommen ist.²⁴² So garantiert Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK u. a. den Zugang

zur EMRK, 2015; *J. Spiekermann*, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, 2013; *P. Gragl*, The Acession of the European Union to the European Convention of Human Rights, 2013.

238 *E. Pache*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 6 EUV, Rn. 103 ff.

239 *J. P. Terhechte*, in: *J. Schwarze/U. Becker/A. Hatje/L. Schoo* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 216 AEUV, Rn 24.

240 *W. Michl*, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK, 2014.

241 *A. Haratsch*, Die *Solange-Rechtsprechung* des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH –, *ZöRV* 66 (2006), S. 927 ff.

242 Dazu eingehend *L. F. Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK – Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratsstaaten, 2015; s. auch *K. Kierzowski*, Die Unparteilichkeit des Richters im Strafver-

zu unparteiischen²⁴³ und unabhängigen Gerichten,²⁴⁴ auf öffentliche Verhandlung²⁴⁵ und Entscheidung in angemessener Frist²⁴⁶ sowie auf die verschiedenen Teilgarantien des Rechts auf ein faires Verfahren, wie z. B. Anspruch auf rechtliches Gehör oder das Prinzip der Waffengleichheit.²⁴⁷ Angesichts der Bandbreite des Art. 6 EMRK ist es wenig überraschend, dass er im Rahmen der Rechtsprechung eine überragende Bedeutung besitzt,²⁴⁸ was auch zeigt, dass die EMRK immer schon einen gewissen transformatorischen Druck auf die konventionsstaatlichen Justizsysteme ausgeübt hat.

2. Weitere Garantien der EMRK

Neben Art. 6 EMRK entfalten auch weitere Garantien eine hohe Relevanz im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt. Hier ist etwa auf Art. 3 des ZP Nr. 7 hinzuweisen, der ein Recht auf Entschädigung bei Fehlurteilen garantiert,²⁴⁹ oder Art. 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde).²⁵⁰ Hinzu treten eine Reihe weiterer spezieller Garantien, wie z. B. Art. 2 ZP Nr. 7 (Rechtsmittel in Strafsachen), Art. 4 ZP 7 (Ne bis in idem) und Art. 7 EMRK (Keine Strafe ohne Gesetz).

3. Systematisches Defizit

Diese Garantien hat der EGMR in den letzten Jahren auch eingesetzt, um sog. »systematische Defizite« der konventionsstaatlichen Rechtsordnungen festzustellen.²⁵¹ Hiermit können wichtige Impulse auch hinsichtlich einer »*judicial accountability*« verbunden sein. So hat er z. B. einen systematischen Mangel der deutschen Rechtsordnung aus Sicht des Art. 6 Abs. 1 EMRK in

fahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, 2016; s. auch *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 34 ff.

- 243 Dazu EGMR v. 15.12.2005 – no. 73797/01 – NJW 2006, 2901, Kyprianou gegen Zypern.
- 244 EGMR v. 23.06.2016 – no. 20261/12 – NVwZ-RR 2017, 833, Baka gegen Ungarn; EGMR v. 05.05.2020 – no. 3594/19 – NVwZ 2020, 1657, Kövesi gegen Rumänien.
- 245 EGMR v. 06.11.2018 – no. 55391/13, 57728/13, 74041/13 – Ramos Nunes de Carvalho e Sá gegen Portugal.
- 246 EGMR v. 07.07.1989 – no. 11681/85 – Unión Alimentaria Sanders SA gegen Spanien.
- 247 EGMR v. 29.05.1986 – no. 8562/79 – Feldbrugge gegen Niederlande, § 44; EGMR v. 23.05.2016 – no. 17502/07 – Avotinš gegen Lettland, § 119.
- 248 Dazu *F. Meyer*, in: *U. Karpenstein/F. Mayer (Hrsg.)*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., 2022, Art. 6, Rn. 1 ff.
- 249 Dazu unten § 10 B. II. 2.
- 250 Dazu etwa *D. Richter*, Das Recht auf wirksame Beschwerde, in: *O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.)*, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 3. Aufl. 2022, Bd. 2, Kap. 20; *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 39 f.
- 251 *A. von Arnould*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, Rn. 644.

Bezug auf die Frage des »Rechtsschutzes gegen den Richter« aufgewiesen.²⁵² Der deutsche Gesetzgeber hat auf diese Urteile reagiert und neue Entschädigungsansprüche für den Fall überlanger Gerichtsverfahren geschaffen (dazu § 8 C. II.).²⁵³

Die Urteile des EGMR sind so ein gutes Beispiel dafür, dass durch die »Vernetzung« (E. Schmidt-Aßmann) der nationalen Rechtsordnungen mit dem EU-Recht und der EMRK eine Art »Rechtsprechungsdreieck« entstanden ist, das auch für die Fragen der richterlichen Haftungsverantwortlichkeit von Bedeutung ist. Tatsächlich hat insbesondere das in Art. 6 EMRK niedergelegte »Recht auf ein faires Verfahren« das Bewusstsein in Deutschland dafür geschärft, dass Verfahrenspositionen des Einzelnen und die Ausgestaltung der Justizsysteme immer stärker auch durch die EMRK beeinflusst werden können.²⁵⁴

Die Rechtsprechung des EGMR sekundiert so in gewisser Weise der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich des unionalen Staatshaftungsanspruchs für judikatives Unrecht,²⁵⁵ sodass hier mehr ein Prozess wechselseitiger Verstärkung zu verzeichnen ist als eine wie auch immer zu charakterisierende Konkurrenz oder Kollision. Dieser Prozess ist so ein Beleg dafür, dass das Nebeneinander nationaler, supranationaler und internationaler Gerichtshöfe durchaus Vorteile für die Rechtspositionen des Einzelnen mit sich bringen kann.

G. Schiedsgerichtsbarkeit und europäischer Rechtsprechungsverbund

Der Begriff des europäischen Rechtsprechungsverbundes beschreibt zunächst das Verhältnis der staatlichen, supranationalen und internationalen Gerichte im europäischen Rechtsraum. Die Rolle der privaten Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Kontext ist bislang nur selten beleuchtet worden. Dennoch haben

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

253 Dazu auch E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 3 f.

254 W. Peukert, Verfahrensgarantien und Zivilprozeß (Art. 6 EMRK), RabelsZ 63 (1999), S. 600 ff.; A. H. Albrecht, Wechselwirkungen zwischen Art. 6 EMRK und nationalem Strafverfahrensrecht, 2020; I. Kraft, Der Einfluss des Art. 6 EMRK auf die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, EuGRZ 2014, S. 666 ff.

255 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; dazu eingehend § 9 C. I.

insbesondere einige staatliche Gerichte sowie der EuGH²⁵⁶ und der EGMR²⁵⁷ in den letzten Jahren Anforderungen für das Zusammenspiel der staatlichen bzw. supranationalen Gerichtsbarkeit mit Schiedsgerichten formuliert.

So hat der EuGH in seiner *Achmea*-Entscheidung unterstrichen, dass insbesondere die sog. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Autonomie der unionalen Rechtsordnung gefährden kann und es deshalb den EU-Mitgliedstaaten verwehrt ist, bilaterale Abkommen zu schließen, die Streitbeilegungsmechanismen enthalten, die potentiell die Zuständigkeit des EuGH unterwandern könnten.²⁵⁸ Auch multilaterale Investitionsschutzverträge wie der Energy Charter Treaty (ECT) können aus der Perspektive der Autonomie des Unionsrechts zu Problemen führen.²⁵⁹ Zurückhaltend ist der EuGH schließlich auch bei der Frage, ob private Schiedsgerichte gem. Art. 267 AEUV vorlageberechtigt sind. Hier hat sich eine klare Rechtsprechungslinie herausgebildet, eine Vorlageberechtigung (privater Schiedsgerichte) abzulehnen.²⁶⁰ Angesichts dieser Rechtsprechungslinie des EuGH lässt sich damit von einer grundlegenden Skepsis gegenüber der privaten Schiedsgerichtsbarkeit sprechen, soweit diese dazu führt, dass die Autonomie der unionalen Rechtsordnung gefährdet wird.

Auch der EGMR musste sich in den letzten Jahren wiederholt mit der Frage beschäftigen, ob die EMRK in privaten Schiedsverfahren anwendbar ist bzw. welche Anforderungen die EMRK ggf. in solchen Verfahren formuliert.

256 EuGH, v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:16 – Achmea; dazu auch *D. Engel*, Das Investor-Staat Streitbeilegungssystem auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, SchiedsVZ 2017, S. 291 ff.; *J. Brauneck*, Multilateraler Gerichtshof und EuGH-Achmea-Urteil: Das Ende aller EU-mitgliedstaatlich vereinbarten Schiedsgerichte?, EUR 2018, S. 429 ff.; *R. D. Miller*, Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2018, S. 357 ff.

257 EGMR v. 02.10.2018 – no. 40575/10 und no. 67474/10 – BeckRS 2018, 235, Mutu und Pechstein gegen Schweiz (zum CAS); EGMR v. 13.07.2021 – no. 74989/11 – Ali Riza gegen Suisse.

258 EuGH v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:16 – Achmea; dazu *B. Boknik*, Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT: eine Analyse anhand des Falles Achmea, 2020; *J. P. Köster*, Investitionsschutz in Europa: Der Justizkonflikt zwischen EuGH und Schiedsgerichtsbarkeit, 2022.

259 EuGH v. 02.09.2021, Rs. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 – Komstroy; s. auch jüngst OLG Köln. v. 01.09.2022 - 19 SchH 14/2; KG Berlin v. 28.04.2022 - 12 SchH 6/21; BGH v. 27.07.2023 – I ZB 43/22, I ZB 74/22 und I ZB 75/22, EuZW 2023, 889 zur Möglichkeit vorgelagerten nationalen Rechtsschutzes.

260 EuGH v. 23.03.1982, Rs. 102/81, ECLI:EUC:1982:107, Slg. 1982, 01095 – Nordsee/Reederei Mond; EuGH v. 27.01.2006, Rs. C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69 – Denuit und Cordenier; EuGH v. 13.02.2014, Rs. C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 – Merck Canada; eingehend dazu etwa *R. Schütze*, Die Vorlageberechtigung von Schiedsgerichtsbarkeit an den EuGH, SchiedsVZ 2007, S. 124 ff.; am Beispiel der Sportschiedsgerichtsbarkeit s. *J. Axtmann*, Die Vorlageberechtigung von Sportschiedsgerichten zum Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV, 2015; *J. P. Köster*, Investitionsschutz in Europa: Der Justizkonflikt zwischen EuGH und Schiedsgerichtsbarkeit, 2022, S. 84 ff.

liert.²⁶¹ Insbesondere Art. 6 EMRK hat in Bezug auf den Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens klare Anforderungen formuliert.²⁶²

Diese Anforderungen der EMRK hat auch das Bundesverfassungsgericht in der *Pechstein*-Entscheidung aus dem Jahre 2021 herangezogen, in der es u. a. um die Frage ging, welche Rolle der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens auch für die Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit (hier den CAS) spielt.²⁶³ Das Bundesverfassungsgericht hat vorliegend maßgeblich auf die Standards der EMRK (Art. 6 EMRK) zurückgegriffen, um schließlich eine Verletzung des Justizgewährungsanspruchs aufgrund der fehlenden Öffentlichkeit des Schiedsverfahrens (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) anzunehmen.²⁶⁴

Insgesamt zeigt sich so, dass das Verhältnis der staatlichen, unionalen und europäischen Gerichte zur Schiedsgerichtsbarkeit u. a. darauf ausgerichtet ist, rechtsstaatliche Verfahrensstandards zu sichern. Damit spielen zugleich Fragen der Verantwortlichkeit, etwa in Form der Garantie der Öffentlichkeit von Verfahren, eine große Rolle, so dass der europäische Rechtsprechungsverbund nicht nur Impulse nach innen aussendet, sondern durchaus auch eine »äußere Dimension« aufweist.

H. Fazit

Der europäische Rechtsprechungsverbund baut nicht nur auf den jeweiligen nationalen Höchstgerichten, dem EuGH und dem EGMR auf, sondern umfasst alle europäischen und nationalen Gerichte. Letztlich verkörpert der effektive Vollzug des EU-Rechts (und der EMRK) eine gemeinsame »judikative Aufgabe« der staatlichen Gerichte, für deren Bewältigung sich in den letzten Jahren eine Reihe von Kooperations- und Kommunikationsstrategien herausgebildet haben. Hierbei wird immer deutlicher, dass nicht davon

261 EGMR v. 02.10.2018 – no. 40575/10 und Nr. 67474/10 – BeckRS 2018, 235, Mutu und Pechstein gegen Schweiz (zum CAS).

262 Früh dazu auch aus der deutschen Literatur *W. Habscheid*, Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: FS Henckel, 1995, S. 341 ff.; s. auch *F. Jung*, Sportschiedsgerichtsbarkeit im Lichte des Art. 6 EMRK, ZEuS 2014, S. 173 ff.; *R. Lungstras*, Das Berufungsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS) im Lichte der Verfahrensgarantien gem. Art. 6 EMRK, 2021; s. auch *M. Benedettelli*, The European Convention on Human Rights and Arbitration: The EU Law Perspective, European International Arbitration Review 8 (2022), S. 463 ff.; *W. Gao*, The ECHR in Action: Its Applicability and Relevance for Arbitration, The International Journal of Human Rights 26 (2022), S. 1608 ff.

263 BVerfG v. 03.06.2022 – 1 BvR 2103/16, NJW 2022, 2677; s. auch BGH v. 07.06.2016 – KZR 6/15, BGHZ 210, 292.

264 Eingehend dazu *S. J. M. Longrée/M. Blüher*, Causa Pechstein: Die Auswirkungen der BVerfG-Entscheidung auf die deutsche Schiedsgerichtsbarkeit, MDR 2022, S. 1249 ff.

ausgegangen werden kann, dass die »judikative Infrastruktur« einfach vorhanden ist, sondern diverse »bösgläubige Reformen« (A. Nußberger)²⁶⁵ haben gezeigt, dass gerade und insbesondere das Gerichtsverfassungsrecht – also die normativen Grundlagen für die Errichtung und Einrichtung von Gerichten – ebenfalls eine zentrale Rolle für den Vollzug des europäischen Rechts spielt. Insofern kann auch mit einigem Recht von einem europäischen Rechtsprechungsverbund gesprochen werden, in dessen Rahmen sowohl auf die Rahmenbedingungen einer funktionierenden Justiz Einfluss genommen als auch für die einheitliche Auslegung und effektive Anwendung des jeweiligen Rechts gesorgt wird. Eine »nationale Justizhoheit« passt jedenfalls nicht mehr in das Bild eines »multiperspektivischen Ansatzes« (E. Schmidt-Aßmann). Dass es im Zuge einer umfassend zu verstehenden »Überformung« des nationalen Gerichtsverfassungsrechts nahezu zwangsläufig auch zu einer Beeinflussung der Verantwortlichkeitsstrukturen kommt, liegt damit auf der Hand.

265 A. Nußberger, Zur Lage der Gerichtsbarkeit, in: T. P. Holterhus/F. Michl (Hrsg.), *Die schwache Gewalt?*, 2022, S. 11 ff. (19 f.).

§ 7: Die »Global Community of Courts« und die staatliche Dritte Gewalt

Der Wandel der (staatlichen) Dritten Gewalt und ihrer Verantwortlichkeits- und Haftungsstrukturen ist nicht nur auf die Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen zurückzuführen, sondern auch durch Entwicklungen auf der Ebene des Völkerrechts beeinflusst.¹ Bedingt durch die Proliferation internationaler Gerichtshöfe und Tribunale sowie den Bedeutungszuwachs der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ist hier schon seit längerem von einer »*Global Community of Courts*« die Rede, in der internationale und nationale Streitbeilegungsinstitutionen zusammenwirken.² Der Begriff der »Gemeinschaft« scheint in diesem Zusammenhang passend zu sein, denn verbindliche Kooperationspflichten wie etwa im europäischen Rechtsprechungsverbund kennt das Völkerrecht in der Regel nicht.³ Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass es auch hier eine immer stärkere Interaktion zwischen den entsprechenden Streitschlichtungsinstanzen und Gerichtshöfen gibt, auch wenn die Entwicklung durch diverse Rückschläge gekennzeichnet ist (dazu sogleich B. II.).

Die mit dieser Entwicklung verbundenen Fragestellungen konzentrieren sich zum einen auf die Verantwortlichkeits- und Legitimationsstrukturen bei internationalen Gerichtshöfen⁴ und Schiedsgerichten⁵ sowie andererseits auf ihren Einfluss auf das nationale Recht bzw. auf die Rechtsprechung nationaler Gerichte.⁶ Beide Fragestellungen weisen hierbei enge Verbindungen zur Haftung der Dritten Gewalt auf: Zunächst sind die nationalen Gerichte an das Völkerrecht gebunden, und die Verletzung dieser Bindung kann entsprechende Folgen nach sich ziehen, bis hin zu Entschädigungs- bzw. Schadenser-

-
- 1 Eingehend zum Verhältnis nationaler Gerichte und internationaler Gerichte s. nur *Y. Shany*, Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts, 2007; *M. Nunner*, Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs, 2009.
 - 2 Begriff nach *A.-M. Slaughter*, A Global Community of Courts, *Harvard International Law Journal* 44 (2003), S. 191 ff.; s. auch *W. W. Burke-White*, A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law* 24 (2002), S. 1 ff.; *J. S. Martinez*, Towards an International Judicial System, *Stanford Law Review* 56 (2003), S. 429 ff. (430); *E. A. Young*, Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, *Duke Law Journal* 54 (2005), S. 1143 ff.
 - 3 *M. Albers*, Rechtsprechungsrecht und Rechtsprechungsverbünde, in: *B. Rehder/I. Schneider* (Hrsg.), Gerichtsverbünde, Grundrechte und Politikfelder in Europa, 2016, S. 61 ff. (74 ff.).
 - 4 Dazu etwa *H. Ruiz Fabri/A. Nunes Chaib/I. Venzke/A. von Bogdandy* (Hrsg.), International Judicial Legitimacy, 2020; am Beispiel des EGMR s. *A. von Bogdandy/L. Hering*, Im Namen des Europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien, *JZ* 2020, S. 53 ff.
 - 5 Vgl. dazu *C. Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 98 f.
 - 6 Dazu *R. B. Abdieb*, Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts, *New York University Law Review* 79 (2004), S. 2029 ff. (2032).

satzansprüchen (dazu § 10).⁷ Darüber hinaus findet der Wandel der Dritten Gewalt seine Ursachen nicht zuletzt darin, dass auf der internationalen Ebene der justizförmigen Beilegung von Streitigkeiten immer größere Bedeutung zukommt. Mit anderen Worten: Neben einer immer stärkeren »internationalen Dimension« in den nationalen Verfahren hat sich auch eine »internationale Rechtsprechung« entwickelt.⁸ Nicht umsonst ist hier von einer »Globalisierung« der Gerichte bzw. der Rechtsprechung die Rede.⁹ Zugleich werden die nationalen Justizsysteme durch diese Entwicklung unter einen nicht unerheblichen »Wettbewerbsdruck« gesetzt, der sich in der englischen Formulierung »competing jurisdictions« plastisch abbildet.¹⁰ Dass diese Entwicklung auch kritisch gesehen wird, liegt auf der Hand. So wird häufig betont, dass etwa der Internationalisierung der (staatlichen Dritten Gewalt) Grenzen gesetzt sind.¹¹ Dies kann etwa an der sog. *Appellate Body-Crisis* im Rahmen der WTO¹² oder an Austritten aus dem Internationalen Strafgerichtshof¹³ festgemacht werden. Zudem sind Zweifel angebracht, ob das Ziel, eine »rule based order« aufrechtzuerhalten oder zu etablieren – und wozu sollten Gerichtshöfe dienen, wenn es eine solche Ordnung nicht oder nicht mehr gibt? –, heute noch in der Weise zu verwirklichen ist, wie dies noch vor wenigen Jahren gedacht wurde.

Gleichwohl sind die zu verzeichnenden Auswirkungen der Internationalisierung der Dritten Gewalt vielfältig: So gehen nationale und internationale Gerichte immer öfter dazu über, ihre Rechtsfindung nicht nur auf die Basis des nationalen Rechts zu stützen, sondern auch Urteile ausländischer Staaten

7 Zu Schadensersatz und Entschädigung im Völkerrecht s. J. Wolf, Gibt es im Völkerrecht einen einheitlichen Schadensbegriff?, *ZaöRV* 49 (1989), S. 403 ff.; s. auch I. Marboe, Die Berechnung von Entschädigung und Schadensersatz in der internationalen Rechtsprechung, 2009.

8 T. Buerenthal, Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?, *LJIL* 14 (2001), S. 267 ff.; A. Reinisch, International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdiction, *MPEPIL* (5/2006); J. Alvarez, Three Responses to »Proliferating« Tribunals, *NYUJILP* 41 (2009), S. 991 ff.; R. Teitel/R. House, Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order, *NYUJILP* 41 (2009), S. 959 ff.

9 D. W. Jackson/M. C. Tolley/M. L. Volcansel (Hrsg.), *Globalizing Justice*, 2011; A.-M. Slaughter, Judicial Globalization, *Virginia Journal of International Law* 40 (2000), S. 1103 ff.; *Globalization of the Judiciary*, Sonderheft, *Texas Journal of International Law*, 2003, S. 398 ff.

10 S. zum Begriff etwa N. Lavranos, Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals, *ZaöRV* 68 (2008), S. 575 ff.; s. auch J. K. Cogan, Competition and Control in International Adjudication, *48 Virginia Journal of International Law* (2008), S. 411 ff.

11 S. etwa P. Sloterdijk, Der Spiegel Nr. 26/2017 v. 22.06.2017, S. 122: »Überhaupt müssen wir uns heute vor einer Überstrapazierung des Universalismus der Aufklärung hüten. Die Rechtspflege und die sozialen Systeme lassen sich bisher nur im nationalen Rahmen erhalten und ausbauen.«

12 Eingehend dazu G. Juszczak, Legitimacy Crisis at the World Trade Organisation Appellate Body: Other ways than the MPIA?, *EYIEL* 12 (2021), S. 87 ff.

13 H. Woolaver, Withdrawal from the International Criminal Court: International and Domestic Implications, in: G. Werle/A. Zimmermann (Hrsg.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, 2019, S. 23 ff.

oder des EuGH und des EGMR in ihre eigenen Urteilsbegründungen einzubeziehen.¹⁴ Insbesondere im Straf- und Zivilrecht wird die internationale Rechtshilfe immer bedeutsamer.¹⁵ Dass es hier auch mitunter zu Konflikten kommt, ist wenig überraschend, sodass der Moderation von »Jurisdiktionskonflikten« im Rahmen einer »Global Community of Courts« große Aufmerksamkeit zuteil wird.¹⁶

Es liegt auf der Hand, dass sich im Zuge einer im Entstehen begriffenen »Global Community of Courts«, einer immer stärker zu verzeichnenden Vernetzung der nationalen, europäischen und internationalen Gerichte, die Frage nach den entsprechenden (Haftungs-)Verantwortlichkeiten stellt: Zum einen muss die Etablierung immer neuer internationaler Gerichtshöfe dazu führen, dass die nationale Dritte Gewalt in internationale Kooperationsstrukturen eingebunden wird, was die Frage nach Kooperationsverpflichtungen ebenso aufwirft wie auch die Frage, welche (ggf. haftungsrechtlichen) Konsequenzen hieraus erwachsen können.

Zum anderen hängt die Frage der Haftungsverantwortlichkeit insbesondere mit der weitgehend ungeklärten Frage von Legitimation und Verantwortlichkeit internationaler Gerichtshöfe,¹⁷ aber auch in Bezug auf grenzüberschreitende judizielle Kooperationen, zusammen. Die Debatte erschöpft sich bei Licht besehen nicht darin, dass nationale und internationale Gerichte in Form von wechselseitigen Zitierungen Notiz voneinander nehmen; sie bezieht sich auch auf die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Internationalisierung der Dritten Gewalt abgeleitet werden können. Vor diesem Hintergrund gilt es im Folgenden zunächst auf die Verrechtlichung der internationalen Beziehungen durch Gerichtshöfe und Schiedsgerichte einzugehen (A.), um dann die Folgen der zu verzeichnenden Internationalisierung für die staatliche Dritte Gewalt zu beleuchten (B.). Anschließend stehen die

14 Hier ist auch von einem (beginnenden) Dialog der Gerichte die Rede, s. dazu C. Romano, Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue, *NYUJILP* 41 (2009), S. 755 ff.; C. L'Heureux-Dubé, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court, *Tulsa Law Journal* 34 (1998), S. 15 ff.; A. Müller (Hrsg.), *Judicial Dialogue and Human Rights*, 2017; E. Mak, Judicial Decision-Making in a Globalised World, 2013, S. 139 ff.; A. Voßkuhle, Rechtspluralismus als Herausforderung. Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *ZaöRV* 79 (2019), S. 481 ff.

15 Zur internationalen Rechtshilfe im Straf- und Zivilrecht schon früh etwa F. von Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1888; eingehend auch E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 110 ff. zu den entsprechenden Kooperationspflichten.

16 Dazu etwa Y. Shany, Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts, 2007; ders., The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, 2003.

17 A. von Bogdandy/l. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014; s. auch bereits dies., Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihre demokratische Rechtfertigung, *ZaöRV* 70 (2010), S. 1 ff.; zur persönlichen Legitimation der internationalen Richter s. D. Terris/C. P.R. Romano/l. Swigart, The International Judge: An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases, 2007.

Problematik der Jurisdiktionskonflikte (C.) sowie die Sonderrolle der internationalen Schiedsgerichte (D.) im Mittelpunkt der Überlegungen.

A. Verrechtlichung der internationalen Beziehungen durch Gerichte?

I. Die Emergenz einer »global judiciary«

In den letzten Dekaden ist es zu einer regelrechten Gründungswelle für internationale Gerichtshöfe gekommen; die richterliche Beilegung von (Rechts-)Streitigkeiten beginnt so zumindest auch auf der internationalen Bühne immer wichtiger zu werden.¹⁸ Diese Entwicklung ist schon dadurch bedingt, dass die UN-Charta die Mitglieder der UN auf die friedliche Beilegung ihrer Streitigkeiten verpflichtet (Art. 2 Abs. 3). Als Mittel der friedlichen Streiterledigung benennt Art. 33 Abs. 1 UN-Charta hierbei

»Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleich, Schiedsspruch, gerichtliche Entscheidung, Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen oder Abmachungen oder (...) andere friedliche Mittel eigener Wahl«.

Art. 92 UN-Charta bezeichnet darüber hinaus den im Jahre 1945 eingerichteten IGH als das »Hauptrechtsprechungsorgan« der UN,¹⁹ wobei Art. 95 UN-Charta ausdrücklich andere Gerichte ermöglicht. Insoweit gibt es neben dem IGH weitere internationale Gerichtshöfe, wie z. B. den 2002 etablierten IStGH.²⁰ Durch diese Entscheidung für die gerichtsförmige Streitbeilegung war von vornherein auch klargestellt, dass es zugleich zu »judiziellen Fortentwicklungen« des Völkerrechts kommen wird, deren Bedeutung indes unterschiedlich beurteilt wird.²¹

Auf der Ebene des Völkerrechts hat es aber schon immer eine Ausdifferenzierung der Institutionen der Streitschlichtung gegeben, so spielen etwa ne-

18 Dazu etwa V. Lowe, International Law, 2007, S. 127 ff.

19 Dazu etwa G. Elian, The International Court of Justice, 1971; J. K. Gamble/D. D. Fischer, The International Court of Justice, 1976; V. Lowe/M. Fitzmaurice (Hrsg.), Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in honour of Sir Robert Jennings, 1996; S. Lucht, Der Internationale Gerichtshof zwischen Recht und Politik, 2010; A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice – A Commentary, 3. Aufl. 2019; zum Vorläufer des IGH, dem Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) s. etwa M. O. Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1934.

20 Dazu etwa A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 2002.

21 S. dazu bereits klassisch H. Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, 1958; s. auch K. Bannister/T. Christakis/S. Heathcote (Hrsg.), The ICJ and the Evolution of International Law, 2012; C. Tams/J. Sloan (Hrsg.), The Development of International Law by the International Court of Justice, 2013.

ben den »klassischen« Gerichtshöfen oder dem ITLOS²² auch Schiedsgerichte (*International Arbitration Courts*) für das Völkerrecht seit jeher eine besondere Rolle.²³ Diese »institutionelle Zweiteilung« zwischen »Gerichtshöfen« einerseits und »Schiedsgerichten« andererseits erfährt zudem seit geraumer Zeit eine Überlagerung durch sektoriel spezialisierte Gerichte, so etwa im Strafrecht,²⁴ im Handels- und Wirtschaftsrecht, vorwiegend i. R. d. WTO,²⁵ im internationalen Sportrecht, insbesondere durch den CAS,²⁶ oder für den Bereich der Menschenrechte.²⁷ Im Finanz- oder Umweltrecht lassen sich zudem erste Ansätze institutionalisierter Streitschlichtung beobachten.²⁸ Hinzu kommen noch »regionale« Gerichtshöfe, wie etwa der EuGH, der EGMR oder der EFTA-Gerichtshof.²⁹

Schon angesichts dieser Vielgestaltigkeit von Streitschlichtungsinstitutionen gewinnt das Bild der »*global community of courts*« eine gewisse Plausibilität. Allerdings fehlt es dieser »community«, im Vergleich zur Gerichtsorganisation im staatlichen Raum, bislang an Grundprinzipien, die eine kohärente und homogene Anwendung völkerrechtlicher Rechtssätze durchweg sicherstellen könnten. Jenseits von Kooperationsappellen und *Comity*-Erwägungen stößt die »Moderationskraft« des Völkerrechts hier schnell auf Grenzen,³⁰ auch wenn die wissenschaftliche Forschung in den letzten Jahren unter dem Stichwort der »*Dispute Resolution*« bzw. »*International Adjudication*«³¹ umfassende Systematisierungsentwürfe vorgelegt hat.³²

-
- 22 N. Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, 2005; Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3. Aufl. 2019, S. 510 ff.
- 23 S. dazu etwa H. von Mangoldt, Die Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel internationaler Streitschlichtung, 1974; N. Wühler, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland*, 1985.
- 24 Neben dem IStGH sind hier z. B. die UN Ad-Hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda zu nennen, s. dazu unten A. II. 2.
- 25 Zum Streitschlichtungssystem der WTO s. etwa P. Van den Bossche/W. Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 5. Aufl. 2021, S. 155 ff.; O. Weber, *WTO-Streitbeilegung und EuGH im Vergleich*, 2007.
- 26 Dazu etwa L. Casini, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, *German Law Journal* 12 (2011), S. 1317 ff.
- 27 So z. B. der Inter-American Court for Human Rights oder EGMR.
- 28 Vgl. dazu R. Mackenzie/C. P. R. Romano/Y. Shany/P. Sands, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2. Aufl. 2010, S. 464 ff. und S. 501 ff.
- 29 S. dazu insgesamt die Systematik bei R. Mackenzie/C. P. R. Romano/Y. Shany/P. Sands, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2. Aufl. 2010, S. Vf.; s. auch J. S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, *Stanford Law Review* 56 (2003), S. 429 ff. zu den verschiedenen Gerichten und Tribunalen.
- 30 Dazu eingehend § 10, vgl. auch Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, 2007, S. 278 ff.
- 31 C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964; C. P. R. Romano/K. J. Alter/Y. Shany (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014.
- 32 S. etwa J. B. Scott, *The Judicial Settlement of Disputes*, 1927; MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), *Judicial Settlement of International Disputes*, 1974; J. Collier/V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999; F. O. Vicuña, *International Dispute Settlement in*

Zumindest kann aber beobachtet werden, dass neue völkergewohnheitsrechtliche Prinzipien entstehen bzw. bestehende völkerrechtliche Prinzipien auch für den Bereich der Organisation internationaler Gerichtshöfe fruchtbar gemacht werden können. Wegweisend sind hier etwa Untersuchungen zum Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit (*judicial independence*).³³ Auch sind Fragen der Auswahl internationaler Richter³⁴ oder der richterlichen Berufsethik bereits eingehend erörtert worden.³⁵ Insoweit darf die Haftungsverantwortlichkeit in diesem Sinne als ein weiterer Baustein für eine »internationale Gerichtsverfassung« verstanden werden.

Die »Global Community of Courts« erweist sich so als vielschichtiges Phänomen. Die Systematisierung der Zusammenarbeit in dieser »Gemeinschaft«, die zunächst aus Internationalen Gerichtshöfen (dazu sogleich II. 1.), diversen Tribunalen (II. 2.), den WTO-Streitbeilegungsinstanzen (II. 3.) sowie aus den internationalen Schiedsgerichten (II. 4.) besteht und in deren Rahmen es sowohl zu neuen Formen der (internationalen) judiziellen Kooperation als auch zu Jurisdiktionskonflikten kommen kann (dazu B.), kann letztlich nur auf allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen basieren (s. C.).³⁶

an Evolving Global Society – Constitutionalization, Accessibility, Privatization, 2004; *J. G. Merrills, International Dispute Settlement*, 7. Aufl. 2022; D. French/M. Saul/N. D. White (Hrsg.), *International Law and Dispute Settlement*, 2010; *P. Schneider, Internationale Gerichtsbarkeit als Instrument friedlicher Streitbeilegung*, 2002; *G. Born, A New Generation of International Adjudication*, Duke Law Journal 61 (2012), S. 775 ff. (stellt Arbitration-Institutionen und Internationale Gerichtshöfe nebeneinander).

- 33 Dazu *G. Ulfstein, The International Judiciary*, in: J. Klubbers/A. Peters/G. Ulfstein (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, 2009, S. 126 ff. (130 f.); s. auch *E. A. Posner/J. C. Yoo, Judicial Independence in International Tribunals*, California Law Review 93 (2005), S. 1 ff.; *T. Meron, Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, 2005; *L. Caflisch, Independence and Impartiality of Judges: The European Court of Human Rights, The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2 (2003), S. 169 ff.; *H. Ascenso, Privileges and Immunities*, in: *A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, Vol. 1, S. 289 ff.; *A. Seibert-Fohr (Hrsg.), Judicial Independence in Transition*, 2012.
- 34 Dazu etwa *R. Mackenzie/K. Malleson/P. Martin/P. Sands (Hrsg.), Selecting International Judges*, 2010; s. *R. Mackenzie, The Selection of International Judges*, in: *C. P. R. Romano/K. J Alter/Y. Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 737 ff. m. w. Nachw. (insbesondere S. 755 f.).
- 35 *J. P. Terhechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct*, German Law Journal 10 (2009), S. 501 ff.; *A. Seibert-Fohr, International Judicial Ethics*, in: *C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.). The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 757 ff.
- 36 Freilich ist diese Systematisierung und die Abgrenzung zwischen Gerichtshöfen und Tribunalen nicht zwingend, zumal im Englischen der Begriff des »Tribunal« einen anderen Bedeutungsgehalt hat als etwa im Deutschen.

II. Internationale Streitbeilegungsinstitutionen

1. Internationale Gerichtshöfe

Die Errichtung internationaler Gerichtshöfe findet ihren Ausgangspunkt in der Einrichtung des Permanenten Internationalen Gerichtshofes als Organ des Völkerbundes im Jahre 1923, der im Jahre 1945 durch den IGH mit Sitz in Den Haag ersetzt wurde.³⁷ Neben dem IGH wurden in den letzten Jahrzehnten auch der Internationale Seegerichtshof mit Sitz in Hamburg (1996) und der Internationale Strafgerichtshof mit Sitz in Den Haag (1998) gegründet. Daneben besteht seit 1979 der Inter-American Court of Human Rights³⁸ sowie weitere internationale Gerichtshöfe mit einem eher regionalen Fokus wie z. B. der EFTA-Gerichtshof,³⁹ der CARICOM-Gerichtshof,⁴⁰ der Anden-Gerichtshof,⁴¹ das Tribunal Permanente de Revisión des MERCOSUR⁴² oder der ECOWAS-Gerichtshof.⁴³

2. Strafgerichtshöfe

Mit den Kriegsverbrecher-Tribunalen von Nürnberg⁴⁴ und Tokio⁴⁵ hat das Völkerrecht ein neues Kapitel aufgeschlagen. Mit den jeweiligen Tribunalen wurde eine ad hoc-Lösung gefunden, die zugleich zu einer rechtlichen Aufarbeitung der im 2. Weltkrieg begangenen Verbrechen führen sollte. Dieser

37 Dazu M. O. Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1934; M. N. Shaw, International Law, 9. Aufl. 2021, S. 555 ff.

38 L. Burgorgue-Larsen/A. U. de Torres, The Inter-American Court of Human Rights, 2011.

39 Zum EFTA-Gerichtshof etwa C. Baudenbacher, The EFTA-Court: Legal Framework and Case Law, 3. Aufl. 2008; ders., Der EFTA-Gerichtshof und sein Verhältnis zu den Gemeinschaftsgerichten, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen, 2007, S. 87 ff.

40 S. Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice v. 14.02.2001, 2255 U.N.T.S. 319; dazu etwa D. S. Berry, Caribbean Integration Law, 2014, S. 383 ff.; D. E. Pollard, The Caribbean Court of Justice: Closing the Circle of Independence, 2004; zur Entstehungsgeschichte s. auch A. J. Payne, The Political History of CARICOM, 2008, S. 272 ff.

41 Dazu R. Marwege, Der Andengerichtshof – Das Rechtsschutzsystem des Andenpakts mit vergleichenden Bezugspunkten zum Recht der Europäischen Gemeinschaft, 1995, S. 57 ff.; K. Alter/L. Helfer, Transplanting International Courts: The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice, 2015.

42 Zum Ständigen Revisionsgericht des Mercosur s. M. Klump, Schiedsgerichtsbarkeit und Ständiges Revisionsgericht des Mercosur, 2013, S. 264 ff.

43 Dazu K. Alter/L. Helfer/J. McAllister, New International Human Rights Court for West Africa: The Court of Justice for the Economic Community of West African States, American Journal of International Law 107 (2013), S. 737 ff. Die jeweiligen Statuten und Verfahrensordnungen sind etwa abgedruckt bei C. Hoitink/W.-J. v. d. Wolf (Hrsg.), International Courts and Tribunals – Selected Documents and Materials, 2. Aufl. 2011.

44 S. dazu T. Taylor, The Anatomy of the Nuremberg Trials, 1992; A. Tusa/J. Tusa, The Nuremberg Trial, 1983; H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 120 ff.; s. auch A. Weinke, Die Nürnberger Prozesse, 2006.

45 R. H. Minear, Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial, 1971 (2001); P. Osten, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft, 2003.

Weg hat sich als zukunftsweisend erwiesen, sodass bis heute UN-Tribunale zur judiziellen Aufarbeitung von Kriegen und Konflikten eingerichtet werden. Sie verkoppeln als sog. hybride Gerichtshöfe/Tribunale staatliche und internationale Gerichtsbarkeit, was aus der Perspektive der Verantwortlichkeit besondere Schwierigkeiten verursachen kann. In diesem Zusammenhang ist etwa auf das Ruanda-Tribunal,⁴⁶ das Sierra Leone Tribunal,⁴⁷ das Jugoslawien Tribunal⁴⁸ und das Kambodscha Tribunal⁴⁹ zu verweisen. Einen Sonderfall bilden etwa das Spezial-Tribunal Libanon⁵⁰ sowie weitere Tribunale.⁵¹ Ob der Angriffskrieg Russlands im Jahre 2022 dazu führen wird, dass in seinem Rahmen begangene Kriegsverbrechen in einem Tribunal abgeurteilt werden, bleibt abzuwarten. Allerdings zeigt die entsprechende Diskussion, dass sich der Ansatz, dem Völkerstrafrecht durch Tribunale zu einer effektiven Durchsetzung zu verhelfen, nicht etwa auf dem Rückzug befindet.

3. WTO-Institutionen der Streitbeilegung

Die Streitschlichtung im Rahmen der WTO weist mancherlei Besonderheit auf: Zunächst kennt das WTO-Streitschlichtungssystem keinen ständigen Gerichtshof, vielmehr hat sich seit dem GATT und dann mit dem Dispute Settlement Understanding (DSU) ein eigenständiger Prototyp für die Streitschlichtung im Welthandelsrecht herausgebildet, der ein recht ausdifferenziertes System für die Beilegung von Handelsstreitigkeiten verkörpert.⁵² Mit

46 Dazu *J. A. Williamson*, The Jurisprudence of the International Criminal Tribunal of Rwanda on War Crimes, *New England Journal of International and Comparative Law* 12 (2005), S. 51 ff.; *R. Lee*, The Rwanda Tribunal, *LJIL* 9 (1996), S. 37 ff.; *M. N. Shaw*, International Law, 9. Aufl. 2021, S. 337 ff.

47 Vgl. *M. Frulli*, The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments, *EJIL* 11 (2000), S. 857 ff.; *A. Smith*, Sierra Leone: The Intersection of Law, Politics and Practice, in: *C. Romano/A. Nollkaemper/J. Kleffner* (Hrsg.), Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, 2004, S. 125 ff.

48 Zum Jugoslawien Tribunal s. etwa *C. Bassiouni/P. Manikas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1996; *J. O'Brien*, The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, *AJIL* 87 (1993), S. 638 ff.; *D. Shrager/R. Zacklin*, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *EJIL* 3 (1992), S. 360 ff.; *M. N. Shaw*, International Law, 9. Aufl. 2021, S. 333 ff.

49 *H. Horsington*, The Cambodian Khmer Rouge Tribunal: The Promise of a Hybrid Tribunal, *Melbourne Journal of International Law* 5 (2004) S. 462 ff.; *P. J. Glaspy*, Justice Delayed? Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Harvard Human Rights Journal* 21 (2008) S. 14 ff.; *C. Etcheson*, The Politics of Genocide – Justice in Cambodia, in: *C. Romano/A. Nollkaemper/J. Kleffner* (Hrsg.), Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, 2004, S. 181 ff.; *S. R. Ratner/J. S. Abrams/J. L. Bischoff*, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, 3. Aufl. 2009, S. 305 ff.

50 *M. N. Shaw*, International Law, 9. Aufl. 2021, S. 359 f.

51 Ausführlich dazu *M. N. Shaw*, ebenda, S. 349 ff.; *S. R. Ratner/J. S. Abrams/J. L. Bischoff*, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, 3. Aufl. 2009, S. 209 ff.

52 *D. H. Regan*, Judicial Review of Member-State Regulation of Trade within a Federal or Quasi-Federal System: Protectionism and Balancing, *Michigan Law Review* 99 (2001), S. 1853 ff.; zur sachlichen

dem DSU haben sich die WTO-Mitglieder eine Art Gerichtsverfassung gegeben, die aufbauend auf den Erfahrungen, die mit der Streitschlichtung im Rahmen des GATT gesammelt worden sind,⁵³ ein ausdifferenziertes Schema für die Streitschlichtung durch Mediation etc. enthält. Das DSU sieht zunächst ein Panel-Verfahren vor, in dem drei (in Ausnahmefällen fünf) Schiedsrichter (Art. 8.5 DSU) den Streit begutachten. Ihre Entscheidung kann dann auf Initiative einer der Streitparteien vor dem Dispute Settlement Body (DSB) überprüft werden, der aus ständigen Mitgliedern besteht. Soweit ersichtlich sind zwar im WTO-Kontext bislang keine Haftungsfragen aufgeworfen worden, das Streitschlichtungssystem ist dagegen schon wiederholt aus der Perspektive der Verantwortlichkeitsstrukturen vermessen worden.⁵⁴

4. Internationale Schiedsgerichte

Schließlich sei noch auf die äußerst facettenreiche Anlage der internationalen Schiedsgerichte (»*International Arbitration Courts*«) hingewiesen. Hier gibt es inzwischen eine kaum noch zu überschauende Vielfalt an ständigen Schiedsgerichten und Organisationen, die häufig eigene Regeln für den Ablauf internationaler Schiedsverfahren festgelegt haben und mitunter auch eigene Regeln über die Haftung der Schiedsrichter enthalten. Wie immer man diese Entwicklung einschätzen mag, so scheint die Inanspruchnahme von Schiedsgerichten stark den Bedürfnissen der Wirtschaft zu entsprechen.⁵⁵ Entsprechend steigt die Zahl von Schiedsverfahren auf der internationalen Ebene nahezu jedes Jahr, wobei sowohl die Schiedsverfahren als auch andere Verfahren der Streitschlichtung (Mediation) immer wichtiger werden.⁵⁶

Für den Bereich *International Commercial Arbitration*⁵⁷ haben sich schon vor langer Zeit Institutionen etabliert, die noch heute überaus wichtig sind,

Beschränktheit der Entscheidungen der WTO-Panel: *J. Trachtman*, Trade and ... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity, *EJIL* 9 (1998), S. 32 ff.

53 Eingehend zum GATT-Streitbeilegungssystem *J. H. Jackson*, The World Trading System, 1992, S. 91 ff.

54 S. dazu *R. Jenkins*, Accountability and the WTO Dispute Settlement, in: *A. Benz/Y. Papadopoulos* (Hrsg.), Governance and Democracy, 2006, S. 252 ff.

55 Insofern ist hier häufig davon die Rede, dass im Bereich der Wirtschaft inzwischen mehr Streitigkeiten durch schiedsgerichtliche Verfahren beigelegt werden als vor staatlichen Gerichten, s. dazu *M. L. Moses*, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 3. Aufl. 2017, S. 3 ff.; *A. S. Sweet/F. Grisel*, The Evolution of International Arbitration, 2017, S. 2 ff.

56 S. *Wiliske/L. Markert/L. Bräuninger*, Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2018 und Ausblick auf 2019, *SchiedsVZ* 2019, 101 ff. (102), sprechen davon, dass »Die meisten großen Schiedsinstitutionen (...) auch im Jahr 2018 im Wesentlichen konsistente Fallzahlen oder sogar einen Anstieg der von ihnen administrierten Schiedsverfahren zu verzeichnen« haben; s. auch *R. Kneipper*, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: Warum reparieren, was nicht kaputt ist?, *SchiedsVZ* 2020, S. 60 ff.

57 S. zu den verschiedenen Institutionen etwa *G. B. Born*, International Commercial Arbitration, 2. Aufl. 2001, S. 13 ff.

wie etwa der 1923 in Paris gegründete »International Court of Arbitration«⁵⁸ oder der bereits 1892 in London gegründete »London Court of International Arbitration« (LCIA).⁵⁹ Wenngleich sich diese Institutionen selbst als Gericht (»court«) bezeichnen, sind sie tatsächlich keine Gerichte im eigentlichen Sinne. Die Parteien eines Rechtsstreits bestimmen zu weiten Teilen die Zusammensetzung der Richter wie sie auch jederzeit das Verfahren in ihren Händen halten.

Auch im Rahmen der Streitschlichtung zwischen privaten Akteuren und Staaten (sog. Investor-State Disputes) spielen Schiedsgerichte inzwischen eine große Rolle. Insofern verkörpern etwa das »International Center for Settlement of Investment Disputes« (ICSID)⁶⁰ und das »Iran-US Claims Tribunal«⁶¹ wichtige Beispiele. Kaum ein Bereich des Internationalen Wirtschaftsrechts hat in den letzten Jahren so viel Aufmerksamkeit auf sich gelenkt wie das internationale Investitionsschutzrecht; damit verbunden spielen auch die Modi und Institutionen der Streitbeilegung dieses Bereichs inzwischen eine überragende Rolle in der wissenschaftlichen (und daneben öffentlichen) Diskussion.⁶²

III. Arbeitsbelastung der internationalen Gerichtshöfe und Tribunale

Auf der Ebene der internationalen Gerichtshöfe lässt sich hinsichtlich der Arbeitsbelastung nur schwer ein einheitliches Bild zeichnen.⁶³ Während sich der EGMR schon seit Jahren mit einer »Prozessflut« konfrontiert sieht, bei der auch Schwankungen zu verzeichnen sind – die Zahl der Beschwerden lag 2015 bei 40500, stieg auf 63400 im Jahre 2017 und fiel auf 44300 im Jahre 2021⁶⁴ (eine ähnliche Entwicklung ließ sich bei der Urteilsfällung erkennen,

58 W. L. Craig/W. W. Park/J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 4. Aufl. 2021; G. B. Born, International Commercial Arbitration, 2. Aufl. 2001, S. 13 ff.

59 S. dazu R. Gerbay, The London Court of International Arbitration, in: J. D. M. Lew/H. Bor/G. Fullelove/J. Greenaway (Hrsg.), Arbitration in England, 2013, S. 51 ff.

60 International Center for the Settlement of Investment Disputes; basiert auf der sog. Washington Convention v. 18. 03.1965, U.N.T.S. 575, 160; dazu etwa J. T. Schmidt, Arbitration Under the Auspices of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, Harvard International Law Journal 17 (1976), S. 90 ff.

61 D. Caron/J. Crook (Hrsg.), The Iran-United States Claims Tribunal and The Process of International Claims Resolution, 2000; D. Caron, The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution, AJIL 84 (1990), S. 104 ff.

62 Eingehend dazu etwa M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, 2013.

63 Eine Übersicht der entsprechenden Gerichtshöfe und Tribunale findet sich etwa bei C. P. R. Romano, The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, 31 International Law and Politics (1999), S. 709 ff. (715 ff.).

64 European Court of Human Rights (Hrsg.), Analysis of statistics 2021, S. 7.

wobei etwa im Jahre 2021 deutlich mehr Urteile ergangen sind)⁶⁵ –, gibt es auch andere Gerichtshöfe, die mit moderaten Zahlen aufwarten können. So hat etwa der Internationale Seegerichtshof von seiner effektiven Einrichtung im Jahre 1996 bis 2019 lediglich 29 Fälle (inkl. der *advisory opinions*) entschieden.⁶⁶ Auch die Fallzahlen des IGH – vom 22. Mai 1947 bis zum 31. Juli 2018 insgesamt 155 Fälle (128 Urteile und 27 *advisory opinions*) – sind überschaubar.⁶⁷ Der IStGH, der freilich in seinen Aktivitäten häufig von der Vollstreckung seiner Haftbefehle abhängig ist, verzeichnetet für den Berichtszeitraum 2009-2019 lediglich 27 Verfahren.⁶⁸ Und auch der EFTA-Gerichtshof hat es bislang mit einem überschaubaren Fallaufkommen zu tun.⁶⁹ Diese Zahlen legen zumindest den Schluss nahe, dass das Fallaufkommen der »internationalen Gerichtsbarkeit« stark mit der Natur der jeweiligen Verfahren korreliert. Soweit die jeweiligen Verfahren, wie etwa das vor dem EGMR, obligatorischer Natur sind, ist hiermit zugleich eine gewisse Auslastung vorprogrammiert.

B. Dimension der Internationalisierung der (staatlichen) Dritten Gewalt

Die Entwicklung in Richtung einer »Global Community of Courts« ist nicht folgenlos für die (staatliche) Dritte Gewalt geblieben. Insbesondere wenn eine direkte institutionelle Verkoppelung zwischen internationalen Gerichtshöfen und staatlichen Gerichten erfolgt, wie z. B. bei den hybriden Strafgerichtshöfen (s. o.), liegt eine »Internationalisierung« auf der Hand. Doch auch jenseits solcher Entwicklungen sind eine Reihe von Folgen zu beobachten: So sind staatliche Gerichte z. T. unmittelbar an völkerrechtliche Regime, die Justizgarantien aufweisen, gebunden (I.). Allerdings stellt der Umfang der Bindung und ihre Grenzen staatliche Gerichte mitunter vor Probleme (II.). Darüber hinaus zeigt sich die »Internationalisierung« der Dritten Gewalt in Phänomenen wie der internationalen Rechtshilfe (III.) und weiteren Formen der Kooperation (IV.).

65 European Court of Human Rights (Hrsg.), Analysis of statistics 2019, S. 10.

66 S. Übersicht unter <https://www.iltos.org/en/main/cases/list-of-cases/> (Letzter Aufruf: 27.03.2024).

67 ICIJ Jahrbuch: <https://www.icij.org/files/publications/yearbook-2017-2018.pdf>, S. 2 bzw. 13 (Letzter Aufruf: 27.03.2024).

68 Report of the International Criminal Court to the United Nations for 2018/2019, UN-Doc. A/74/324 v. 23.08.2019, S. 2.

69 S. C. Baudenbacher, Der EFTA-Gerichtshof und sein Verhältnis zu den Gemeinschaftsgerichten, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen, 2007, S. 87 ff. (89), mit der Erklärung, dass es sich bei den EFTA-Mitgliedstaaten um kleine Staaten handele, die jeweiligen nationalen Gerichte kaum Fragen zur Entscheidung vorlegen und die EFTA-Überwachungsbehörde mit Klagen traditionell zurückhaltend sei.

I. Völkerrechtliche Justizgarantien

Das Völkerrecht enthält z. T. bindende Vorgaben für die staatliche Dritte Gewalt, etwa in Form von menschenrechtlichen (Mindest-)Garantien. In diesem Zusammenhang ist etwa auf den Anspruch auf Rechtsschutz gem. Art. 8 und den Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 10 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948 sowie die Garantien des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) vom 19. Dezember 1966 hinzuweisen,⁷⁰ dessen Art. 14 ein Recht auf Zugang zu einem zuständigen, unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht garantiert sowie weitere justizbezogene Garantien enthält. Zudem enthält die EMRK eine Reihe justizbezogener Rechte, wobei das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK die größte Bedeutung entfalten konnte (dazu § 10 B. II. 1. a). Einige völkerrechtliche Verträge sorgen zudem für eine direkte Verkoppelung der jeweiligen staatlichen Gerichtsbarkeiten, z. B. in Form der Rechtshilfe (dazu sogleich B. III.).

Neben dem Völkervertragsrecht entfaltet auch das Völker gewohnheitsrecht Bedeutung für die Dritte Gewalt. Im Kontext dieser Untersuchung gilt dies etwa für die Grundsätze über die Staatenverantwortlichkeit (dazu eingehend § 10). Ob dagegen bestimmte Garantien, wie z. B. die Unabhängigkeit der Richter, schon den Status des Völker gewohnheitsrechts in Anspruch nehmen können, ist zweifelhaft.⁷¹

II. Bindung der Dritten Gewalt an die völkerrechtlichen Vorgaben

1. Allgemeines

Das Völkerrecht wird nicht nur durch internationale Gerichtshöfe und Tribunale angewendet, sondern in einem erheblichen Maße durch staatliche Gerichte.⁷² Hiermit sind im Detail häufig besondere Schwierigkeiten verbunden, sei es, dass staatliche Gerichte nicht immer sicher sein können, ob völ-

70 BGBI. 1973 II S. 1534.

71 S. nur A. Seibert-Fohr (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012.

72 Dazu etwa A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, 2011; J. Klabbers, *International Law*, 3. Aufl. 2021, S. 323 ff.; K. Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 32 (1999-2000) S. 501 ff.; L. Henkin, *International Law as Law in the United States*, Mich. L. Rev. 82 (1983-1984), S. 1555 ff.; R. B. Lillich, *Invoking International Human Rights Law in Domestic Courts*, 54 U. Cin. L. Rev. 367 (1985-1986), S. 367 ff.; L. Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, The Yale Law Journal, 100 (1991), S. 2277 ff.; E. Pachefj. Bieltz, *Verwaltungsprozessuale Wiederaufnahmepflicht kraft Völker- oder Gemeinschaftsrechts?*, DVBl 2006, S. 325 ff.

kerrechtliche Rechtssätze unmittelbar anwendbar sind, oder, dass sie Kollisionsfälle zu entscheiden haben. Unzweifelhaft führen solche Konstellationen noch einmal zu einer Komplexitätssteigerung in Bezug auf die richterliche Aufgabe.⁷³ Und folgerichtig wurden schon früh Strategien entwickelt, um völkerrechtliche Bindungen zu minimieren oder ganz auszuhebeln.⁷⁴ Wie lässt sich aber sicherstellen, dass staatliche Gerichte die völkerrechtlichen Bindungen beachten und damit auch die jeweiligen Verantwortlichkeiten? Grundsätzlich sind hiermit gleich mehrere komplexe Probleme angesprochen, die zugleich aufzeigen, dass der Sicherung der Rechtsbindung der nationalen Gerichte überragende Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Völkerrechts insgesamt zukommt.

2. Bindung an das Völkerrecht und Urteile internationaler Gerichte

Aus der Perspektive des Völkerrechts liegt ein wesentlicher Schlüssel zur Sicherung der entsprechenden Verantwortlichkeiten in der Bindung *aller* Staatsgewalten an die völkerrechtlichen Vorgaben.⁷⁵ Für die Dritte Gewalt folgt diese Bindung an das Völkerrecht in Deutschland aus der allgemeinen Rechtsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG), soweit es sich um »allgemeine Regeln des Völkerrechts« (Art. 25 GG)⁷⁶ oder durch Zustimmungsgesetz ins Bundesrecht überführtes Völkerrecht handelt.⁷⁷ Jenseits dieser eindeutigen Konstellationen ist allerdings nicht immer klar, welcher Status anderen Quellen des Völkerrechts in der deutschen Rechtsordnung zukommt. Hier haben sich in den letzten Jahren insbesondere rund um das sog. *soft law*, aber auch hinsichtlich von Verwaltungsvereinbarungen, diffizile Abgrenzungsfragen ergeben. Für die deutschen Gerichte folgt hieraus mitunter die schwierige Entscheidung, an welche völkerrechtlichen Normen sie gebunden sind und an welche nicht.

Im Rahmen der »Global Community of Courts« wird zudem die Bindung staatlicher Gerichte an Entscheidungen internationaler Gerichte und Tribunale wichtiger. Ging es hier früher um eher seltene Konstellationen, so ist mit der Proliferation der internationalen Gerichte und Tribunale auch immer öf-

73 Dazu etwa *M. Payandeh*, Die Internationalisierung der Rechtsordnung als Herausforderung für die Gesetzesbindung, *Rechtswissenschaft* 2013, S. 397 ff. (398).

74 Vgl. dazu *E. Benvenisti*, Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts, *EJIL* 4 (1993), S. 159 ff.; *J. Klubbers*, *International Law*, 3. Aufl. 2021, S. 338 ff.

75 Für die Verpflichtung nach außen spielt es aus der Perspektive des Völkerrechts in der Regel keine Rolle, welche Staatsfunktion handelt.

76 Dazu im Detail *R. Geiger*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, S. 143 ff.

77 *A. von Arnauld*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 533.

ter die Frage nach der Bedeutung und Bindungswirkung der entsprechenden Entscheidungen von zentraler Relevanz. Dies gilt in besonderer Weise für internationale Menschenrechtsverbürgungen wie die EMRK,⁷⁸ darüber hinaus aber für alle Formen der internationalen Gerichtsbarkeit. Eine solche Bindung kann nur angenommen werden, soweit es einen verfassungsrechtlichen oder zumindest einen rechtlichen Befolgungsbefehl gibt. Das deutsche Verfassungsrecht kennt mit Art. 24 Abs. 3 GG einen Ankerpunkt für die entsprechenden Fragen. Hiernach wird der Bund zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beitreten.⁷⁹ Das Grundgesetz hat damit schon früh die Notwendigkeit gesehen, die grundsätzliche Entscheidung für einen »offenen Verfassungsstaat« auch auf die Modi der internationalen Streitbeilegung zu beziehen.⁸⁰ Der Begriff »Schiedsgerichtsbarkeit« in Art. 24 Abs. 3 GG wird hierbei weit verstanden und bezieht sich sowohl auf Schiedsgerichte i. e. S. als auch auf institutionalisierte Gerichtsbarkeiten.⁸¹ Entscheidend ist letztlich nur, dass durch die jeweilige Institution die »Entscheidung einer Streitfrage an rechtlichen Maßstäben durch neutrale Personen mit (...) bindender Wirkung für die Streitparteien« erfolgt.⁸² Insofern kann die Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich fast allen Formen internationaler Streitschlichtungsinstanzen beitreten, was auch die gängige Praxis verkörpert. Die Zurückhaltung, die einige Staaten in diesem Zusammenhang üben, etwa in Bezug auf den IStGH, ist in Deutschland bislang unbekannt.⁸³

3. Völkerrechtsfreundlichkeit der Dritten Gewalt

Zwar kennt das Grundgesetz einige Vorgaben für das Verhältnis des deutschen Rechts zum Völkerrecht und die Abgrenzung zur internationalen Ebene ist ein klassisches Thema der Staatsrechtslehre,⁸⁴ doch erst in den letzten beiden Dekaden haben sich die weitreichenden Folgen der Öffnung des Grundgesetzes für die internationale Ebene gezeigt. Dass die völkerrechtlichen Bindungen in Deutschland ernst genommen werden, lässt sich etwa an

78 Dazu eingehend *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 521 ff.

79 *K. Oellers-Frahm*, Probleme und Grenzen der obligatorischen und internationalen Gerichtsbarkeit, *AVR* 27 (1989), S. 442 ff.; *V. Röben*, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 159 ff.

80 *R. Wolfrum*, Das Grundgesetz und die internationale Streitschlichtung, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 242.

81 *C. D. Classen*, in: *P. M. Huber/A. Voßkuhle* (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 24, Rn. 96 f.

82 Ebenda.

83 S. am Beispiel der USA etwa die Beiträge in *C. Romano*, The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals, 2009.

84 S. etwa *C. H. Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899; s. auch *F. Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007; *ders.*, Staatrecht der internationalen Beziehungen, 2017.

der in den letzten Jahren besonders wichtigen Betonung der »Völkerrechts-freundlichkeit« der deutschen Rechtsordnung festmachen.⁸⁵ Das BVerfG hat dieses Prinzip im Zusammenhang mit der EMRK⁸⁶ betont, wobei auch die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts aufgezeigt wurden.⁸⁷ Und auch auf der Ebene des Unionsrechts hat die »Völkerrechtsfreundlichkeit« in den letzten Jahren immer wieder eine wichtige Rolle gespielt.⁸⁸

4. Prozedurale Vermeidungsstrategien

Während viele Rechtsordnungen weltweit »prozedurale Ausweichprinzipien« entwickelt haben, wenn es darum geht, eine Anwendung des Völkerrechts in innerstaatlichen Gerichtsverfahren zu vermeiden bzw. Akte ausländischer öffentlicher Gewalt am nationalen Recht zu messen,⁸⁹ scheint die Bindung der staatlichen Gerichte an das Völkerrecht in Deutschland eher auf prinzipieller Ebene verhandelt zu werden. Jedenfalls spielen prozedurale Ausweichprinzipien, wie die aus dem U.S.-Recht stammenden *political questions*-Doktrin⁹⁰ oder die *act of state*-Doktrin,⁹¹ in Deutschland keine besondere Rolle.⁹² Insofern erklären sich deutsche Gerichte nur selten für unzuständig.

Die *avoidance*-Strategien der deutschen Gerichte in Bezug auf das Völkerrecht sind z. T. anders beschaffen; sie spielen sich stark auf der prinzi-

85 Dazu eingehend V. Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 207 ff.; M. Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und nationalem Recht, JÖR 57 (2009), S. 465 ff.; ders., Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit – Der Treaty Override-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, NJW 2016, S. 1279 ff.; J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 5. Aufl. 2023, Einleitung, Rn. 19.

86 BVerfG v. 15.12.2005 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 – Völkerrechtsdurchbrechung; BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (316 f.) – EGMR-Entscheidungen; eingehend dazu auch C. Tomuschat, Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: J. Isensee/P. Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 226, Rn. 36 ff.

87 Dazu S. Talmon, Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, JZ 2013, S. 12 ff.

88 Dazu S. Aust, Eine völkerrechtsfreundliche Union? Grund und Grenze der Öffnung des Europarechts zum Völkerrecht, Eur 2017, S. 106 ff.

89 E. Benvenisti, Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts, EJIL 4 (1993), S. 159 ff.; J. Klabbers, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 338 ff.; G. Biebler, Procedures in International Law, 2008, S. 157 ff.

90 Dazu F. W. Scharpf, Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die Political Questions Doktrine in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, 1965; ders., Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, Yale Law Journal 75 (1966), S. 517 ff.; s. auch Sondervotum der Richterin Lübbe-Wolff in BVerfG v. 14.01.2014 – 2 BvR 2728, 2729, 2730, 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 134, 366 (419 ff.) – OMT-Beschluss.

91 Grundlegend U.S. Supreme Court v. 29.11.1897, *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897); U.S. Supreme Court v. 23.03.1964, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); eingehend dazu etwa M. Berentelg, Die *Act-of-State*-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?, 2010, S. 28 ff. m. w. Nachw.

92 Dazu auch A. Reinisch, International Organizations before National Courts, 2000, S. 35 ff.; J. P. Terhechte, OPEC und europäisches Wettbewerbsrecht, 2008, S. 84 ff. mit Beispielen.

piellen Ebene ab. So hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass etwa die Anwendung der EMRK an der Rangfrage eines völkerrechtlichen Vertrags in Deutschland festgemacht wurde.⁹³ Auch die Anwendung des – supranationalen – Unionsrechts wird vom Bundesverfassungsgericht zwar in Form von besonderen Rügen (»Identitätsrügen«, »Ultra-vires-Rügen«) überwacht, die diesen Rügen zugrunde zu legenden Maßstäbe sind aber überaus grundsätzlicher Natur (»Identität der Verfassung«, »Kompetenzen und Kompetenzgrenzen der EU«).⁹⁴ Allgemein dienen diese Strategien auch dazu, die Komplexität in einem System zu reduzieren, das für sich in Anspruch nimmt, alle – also auch die völkerrechtlich geprägten – Fälle zu entscheiden, was auf das sog. Justizverweigerungsverbot zurückzuführen ist.⁹⁵ Doch damit hat es nicht sein Bewenden, *avoidance*-Strategien stehen auch im Dienste des Selbststandes nationaler Gerichte und sind damit auch eine Frage von »Macht und Einfluss«.

III. Rechtshilfe als tradierte Form der internationalen Zusammenarbeit

Eine direkte Verbindung zwischen der nationalen Dritten Gewalt und ausländischen Gerichten besteht in dem Institut der Rechtshilfe.⁹⁶ Sie verkörpert gewissermaßen das »klassische Einfallstor« für die Internationalisierung der Dritten Gewalt.⁹⁷ Hierbei richtet sich die internationale Rechtshilfe nach verschiedenen internationalen Übereinkommen, wie z. B. dem Haager Zustellungsübereinkommen vom 15. November 1965⁹⁸ und dem Haager Beweisaufnahmeeübereinkommen vom 18. März 1970,⁹⁹ dagegen nicht nach Art. 35 GG oder §§ 156 f. GVG, die nur innerstaatlich gelten. Im deutschen Recht ist hier die Rechtshilfeordnung für Zivilsachen (ZRHO) i. d. F. vom 16. April 2018 maßgeblich, die im Bereich des Strafrechts in Deutschland mit dem

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

94 Eingehend zum Ganzen S. Simon, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016; A. Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 249 ff.

95 Zu diesen Zusammenhängen eingehend N. Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1997, S. 310 ff.

96 Dazu etwa O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Aufl. 2021, § 156, Rn. 63 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 110 ff.; zur Rechtshilfe in der EU etwa M. Söhne, Die Rechtshilfe in der Europäischen Union, 2013.

97 Dazu am Beispiel des Strafrechts F. von Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1888; W. W. Burke-White, A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement, 24 Michigan Journal of International Law (2002), S. 1 ff.

98 BGBl. 1977 II S. 1453.

99 BGBl. 1977 II S. 1472.

IRG über eine eigene gesetzliche Grundlage verfügt.¹⁰⁰ Einige internationale Übereinkommen verpflichten die staatlichen Gerichte zur Rechtshilfe (vgl. Art. 86 ff. Römisches Statut des IStGH). Hierin liegt ein weiteres Beispiel für eine unmittelbare Verkoppelung zwischen den internationalen Gerichtshöfen und den staatlichen Gerichten.

IV. Neue Formen der Kooperation

Jenseits der Rechtshilfe, als formale Form der Zusammenarbeit, sind in den letzten Dekaden neue Formen der Verflechtung und Kooperation entstanden, die teilweise als Bausteine der »Global Community of Courts« betrachtet werden.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang ist etwa auf die Bedeutung diverser »Richternetzwerke«, Arbeitsgruppen und allgemein auf das Phänomen der Internationalisierung der Rechtsprechung hinzuweisen. Während diese Kooperation in Netzwerken und Arbeitsgruppen einen informellen Charakter und bestenfalls indirekten und zudem schwer zu messenden Einfluss auf die weitere Internationalisierung der (staatlichen) Dritten Gewalt hat (dazu 1.), lässt sich diese Internationalisierung insbesondere an der zunehmend verbreiteten Praxis, ausländische und internationale Gerichtsentscheidungen in den eigenen Entscheidungen zu zitieren, festmachen (dazu 2.).

1. Netzwerke und richterliche Arbeitsgruppen

Der in den letzten beiden Dekaden oft benutzte Begriff des »Netzwerks« kann für neue Formen der Justizkooperation Verwendung finden, auch wenn seine Bedeutung gerade im rechtswissenschaftlichen Kontext nach einer Hochphase aktuell eher wieder abnimmt.¹⁰² »Netzwerke« sind durch – ganz allgemein – nicht-hierarchische Kooperationsstrukturen bestimmt. Die Offenheit ist Stärke und Schwäche des Begriffs zugleich: Die Zusammenarbeit ist lose, selten regelgeleitet und zielt so in erster Linie auf die Diskussion gemeinsamer Problemlagen. In diesem Zusammenhang sind etwa die internationalen und europäischen Richtervereinigungen zu nennen. So hat die 1952 gegründete International Association of Judges (IAJ) derzeit über 90

100 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung v. 27.06.1994 (BGBl. I S. 1537), das zuletzt durch Gesetz v. 19.12.2022 (BGBl. I S. 2632) geändert worden ist.

101 Dazu etwa A.-M. Slaugther, A New World Order, 2004, S. 85 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 110 ff.

102 Dazu etwa A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, S. 57 ff.; O. Arnst, Instrumente der Rechtsprechungskoordination als judikatives Netzwerk?, in: S. Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke im Recht, 2007, S. 58 ff.

Mitgliedsverbände und setzt sich primär für das Thema der richterlichen Unabhängigkeit ein.¹⁰³ In Europa gibt es z. B. die European Association of Judges (EAJ) oder die Magistrats Européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL). Der Consultative Council of European Judges (CCJE) ist dagegen ein beratendes Gremium des Europarats. Seine Mitglieder werden von den nationalen Regierungen benannt. Vereinigungen wie die Association of European Administrative Judges (AEALJ) oder die Association of European Competition Law Judges (AECLJ) setzen sich dagegen mit spezifischen Fragestellungen ihres jeweiligen Gerichtszweigs auseinander.

Zudem haben sich in den letzten Jahren unter dem Dach verschiedener Organisationen Arbeitsgruppen von Richtern gebildet, die verschiedene Aspekte der Kooperation staatlicher Gerichte bearbeitet haben. Die erarbeiteten Dokumente dienen letztlich als Diskussionsgrundlage, haben aber mitunter einen erstaunlichen Einfluss auf die Diskussion. Ein Beispiel sind hier verschiedene Dokumente zur richterlichen Unabhängigkeit, die von solchen Arbeitsgruppen verfasst wurden.

2. Zitationspraxis

Die zunehmende Internationalisierung der Rechtsprechung lässt sich auch daran festmachen, dass Gerichte immer stärker dazu übergehen, Entscheidungen anderer (staatlicher wie internationaler) Gerichte in ihren Entscheidungen zu zitieren.¹⁰⁴ Hiermit werden Gerichtsentscheidungen z. T. als Instrument der transnationalen Rechtsfindung eingesetzt und stabilisieren zugleich eine Art »internationales Richterrecht«. Diese Entwicklung kennt freilich Grenzen und wird auch nicht überall ohne Kritik hingenommen.¹⁰⁵ Die Zitationspraxis sagt so auch etwas über die Bereitschaft nationaler Gerichte aus, sich für die rechtsvergleichende oder internationale Ebene zu »interessieren«, und bildet damit in gewisser Weise das Gegenstück zu den Vermeidungsstrategien.

103 Dazu A. Peters, 50 Jahre Internationale Richtervereinigung, DRiZ 2004, S. 132 ff.; s. auch E. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 211 ff. zu den Arbeiten und Stellungnahmen dieser Vereinigungen.

104 Dazu etwa E. Voeten, Borrowing and Nonborrowing among International Courts, The Journal of Legal Studies 39 (2010), S. 547 ff.; M. Wendel, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, Der Staat 52 (2013), S. 339 ff.; A. Voßkuhle, Rechtspluralismus als Herausforderung. Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZaöRV 79 (2019), S. 481 ff. (489 ff.) mit dem Hinweis auf den U.S. Supreme Court.

105 A. Voßkuhle, Rechtspluralismus als Herausforderung. Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZaöRV 79 (2019), S. 481 ff. (483 ff.).

C. Jurisdiktionskonflikte

Während Rechtshilfe und weitere Formen der judiziellen Kooperation die positive Seite der Inter- und Transnationalisierung für die staatliche Dritte Gewalt verkörpern, kann in dem Phänomen der sog. »Jurisdiktionskonflikte« die negative Seite gesehen werden. Der Begriff ist hierbei nicht eindeutig belegt und scheint zunächst im Internationalen Privatrecht eine Rolle gespielt zu haben.¹⁰⁶ Heute wird er darüber hinaus im transnationalen und europäischen Strafrecht,¹⁰⁷ im europäischen Menschenrechtsschutz¹⁰⁸ und insbesondere auch im Völkerrecht¹⁰⁹ diskutiert. Hierbei geht es letztlich um konkurrierende Zuständigkeiten von Gerichten und damit auch um »Letztentscheidungskompetenzen«.¹¹⁰ Wie aktuell die damit verbundenen Fragen sind, zeigen einige Entwicklungen der letzten Jahre. So hat sich etwa der EuGH im Jahre 2018 mit seinem Verhältnis zu internationalen Schiedsgerichten¹¹¹ bzw. dem europäischen Patentgerichtssystem¹¹² ebenso beschäftigen müssen wie auch das BVerfG im Jahre 2020 mit seinem Verhältnis zum EuGH.¹¹³ Die hinter Jurisdiktionskonflikten stehenden tatsächlichen oder behaupteten

-
- 106 Dazu *M. Schmidt-Kessel*, Das Internationale Privatrecht als Vorbild eines transnationalen Strafanwendungsrechts?, in: *A. Sinn* (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität*, 2012, S. 65 ff.; *H. Sauer*, *Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem*, 2008, S. 124 ff.
- 107 Dazu *J. Eisele*, *Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum europäischen Kollisionsrecht*, *ZSTW* 125 (2013), S. 1 ff.; *N. I. Thorhauer*, *Jurisdiktionskonflikte im Rahmen transnationaler Kriminalität*, 2019.
- 108 *M. Klatt*, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, 2014; *A. T. Pérez*, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, 2009.
- 109 *T. Ebener*, *Streitbeilegung im Welthandelsrecht. Maßnahmen zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten*, 2005; *Y. Shany*, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, 2007; *M. Nunner*, *Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs*, 2009; *H. Sauer*, *Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem*, 2008.
- 110 Ein bekanntes Beispiel ist hier etwa der Mox-Plant-Fall, bei dem es um das Verhältnis eines Schiedsgerichts gem. Art. 287 Abs. 1 lit. c) SRÜ zum EuGH ging; dazu *T. Lock*, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, 2010, S. 40 ff.; s. auch EuGH v. 30.05.2006, Rs. C-459/03, *ECLI:EU:C:2006:345*, *Sig.* 2006, I-4635 – Mox Plant.
- 111 EuGH v. 06.03.2018, Rs. C-284/16, *ECLI:EU:C:2018:158 – Achmea*; dazu *A. Lang*, *Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea – Zugeleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV*, *EuR* 2018, S. 525 ff.; *S. Wernicke*, *Autonomie und Häresie – Investitionsschiedsgerichte in der Rechtsunion*, *NJW* 2018, S. 1644 ff.; *N. Lavranos/T. Singla*, *Achmea: Groundbreaking or Overrated?*, *SchiedsVZ* 2018, S. 348 ff.; *R. Miller*, *Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit: Zur Bedeutung des EuGH-Urturts in der Rs. Achmea für die Entwicklung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft*, *EuZW* 2018, S. 357 ff.; *S. Hindelang*, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – the CJEU's Judgement in Achmea put in Perspective*, *European Law Review* 44 (2019), S. 383 ff.
- 112 EuGH 08.03.2011, Gutachten 1/09, *ECLI:EU:C:2011:123*, *Sig.* 2011, I-1137 – Europäisches Patentgericht.
- 113 BVerfG v. 04.05.2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, *BVerfGE* 154, 17 – PSPP.

Schwebelagen sind für die Dritte Gewalt insgesamt problematisch, da sie für ihre Legitimation besonders auf eindeutige Verfahren und Abgrenzungen angewiesen ist.¹¹⁴

I. Begriff

Der Begriff des »Jurisdiktionskonflikts« beschreibt so im Kontext der Dritten Gewalt die Situation, dass für ein und denselben Rechtsstreit (potenziell) mehrere Streitschlichtungsinstanzen, Gerichtshöfe, Gerichte oder Tribunale zuständig sein können oder dass sich internationale oder supranationale Gerichte die Kontrolle von staatlichen Gerichtsentscheidungen vorbehalten, und umgekehrt.¹¹⁵ Der Begriff spielt insbesondere auf der völkerrechtlichen Ebene eine wichtige Rolle, weil die Entwicklung des Völkerrechts nicht geplant verlaufen ist, sondern ein Nebeneinander verschiedener sektorieller Rechtsregime mit überlappenden Zuständigkeiten darstellt. Diese häufig so titulierte »Fragmentierung« kann nicht nur auf der Ebene des materiellen Rechts zu Überschneidungen unterschiedlicher Regime führen, sondern auch hinsichtlich der Gerichts- und Rechtsprechungszuständigkeiten. Dieses Problem ist damit unmittelbar mit der Proliferation der internationalen Gerichtshöfe und Streitbeilegungsinstitutionen verbunden. Hier wird insofern plastisch von »Vernetzungsfolgefragen« gesprochen.¹¹⁶ Jurisdiktionskonflikte sind aber nicht für die völkerrechtliche Ebene reserviert. Auch die verfassungsrechtlichen Reservevorbehalte, die das BVerfG formuliert hat, können zu »Jurisdiktionskonflikten« führen. Hier zeigt sich zugleich, dass sich hinter dem Begriff deutlich mehr verbirgt als eine reine Frage der Zuständigkeit von Gerichten.

II. Formen von Jurisdiktionskonflikten

Insofern lassen sich auch unterschiedliche Arten von Jurisdiktionskonflikten unterscheiden.¹¹⁷ Sie können sich zunächst auf die Frage der Zuständigkeit beziehen, also entweder darauf, welchem Gericht die konkrete Streitfallzuständigkeit zukommt, oder darauf, welchem Gericht die »Letztentscheidungskompetenz« zusteht. Damit einher geht in der Regel auch die Beanspruchung einer materiell-rechtlichen Prüfungskompetenz, die letztlich auch

114 Eingehend zu diesem Ansatz N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 6. Aufl. 2001.

115 Dazu T. Ebener, Streitbeilegung im Welthandelsrecht, 2005, S. 15 ff.; H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem, 2008, S. 55 ff.

116 H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem, 2008, S. 346 ff.

117 H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem, 2008, S. 83 ff.

zu divergierenden Entscheidungen in der Sache führen kann. Allerdings ist anzumerken, dass diese unterschiedlichen Formen von Jurisdiktionskonflikten schlussendlich immer denselben Hintergrund haben. Es geht fast immer »um ein Ringen der beteiligten Rechtsebenen um Macht und Einflussnahme«¹¹⁸.

III. Völkerrechtliche Ansätze zur Lösung bzw. Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten

Das Völkerrecht kennt keine allgemeine Kollisionsregel, die die Beilegung von Jurisdiktionskonflikten erlauben würde. Dennoch können einige Ansätze genannt werden, die zumindest helfen können, solche Konflikte zu entscheiden bzw. zu vermeiden.

1. Zuständigkeitsregelungen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Völkerrecht häufig exklusive Zuständigkeitsregeln für Streitschlichtungsinstitutionen kennt. Ein Beispiel hierfür ist etwa Art. 282 SRÜ, der eine allgemeine »Vorfahrtsregel« zugunsten allgemeiner, regionaler oder zweiseitiger Übereinkünfte im Verhältnis zu den Bestimmungen des XV. Teils des SRÜ enthält.¹¹⁹

Dagegen gilt für die EMRK zugunsten der Jurisdiktion des EGMR die Regel, dass sich die Vertragsparteien vorbehaltlich besonderer Bestimmungen nicht auf die zwischen ihnen geltenden Verträge, sonstigen Übereinkünfte oder Erklärungen berufen werden, sondern die in der EMRK vorgesehenen Beschwerdeverfahren nutzen (Art. 55 EMRK).

Das EU-Recht kennt mit Art. 344 AEUV eine eindeutige Regelung zugunsten des EuGH, die in den letzten Dekaden entscheidend dazu beigetragen hat, sein »Rechtsprechungsmonopol« zu schützen. Hiernach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Im Vergleich zu Art. 55 EMRK kennt Art. 344 AEUV also insbesondere keine direkten Ausnahmen von dieser Pflicht der Mitgliedstaaten.

118 Ebenda, S. 347.

119 Art. 282 SRÜ: »Haben Vertragsstaaten, die Parteien einer Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung dieses Übereinkommens sind, im Rahmen einer allgemeinen, regionalen oder zweiseitigen Übereinkunft oder auf andere Weise vereinbart, eine solche Streitigkeit auf Antrag einer der Streitparteien einem Verfahren zu unterwerfen, das zu einer bindenden Entscheidung führt, so findet dieses Verfahren anstelle der in diesem Teil vorgesehenen Verfahren Anwendung, sofern die Streitparteien nichts anderes vereinbaren.«

2. Rolle des Comity-Prinzips

Soweit aber keine eindeutigen Zuständigkeitsregelungen zur Verfügung stehen, kann der Jurisdiktionskonflikt nur durch Prinzipien gelöst werden, die eine Rücknahme bzw. Beschränkung der Jurisdiktion erlauben.¹²⁰ Insoweit kann hier etwa auf das im Wirtschaftsrecht schon lange diskutierte Prinzip der »Comitas« oder »Comity« zurückgegriffen werden.¹²¹ Hierunter ist der Ansatz zu verstehen, dass die Ausübung der eigenen Jurisdiktion aus verschiedenen Gründen (Nicht-Einmischung, Respekt, Rücksicht) zurückgenommen wird.¹²² Allerdings fällt es hier schwer, konkrete Pflichten zu definieren, sodass es dem Prinzip an Härte fehlt. Immerhin hat aber der *Mox-Plant*-Fall gezeigt, dass es einen gangbaren Weg aus einem Konflikt eröffnen kann.¹²³

3. Kooperation

Das leitet über zu der Beobachtung, dass ein allgemeiner Kooperationsgedanke zwischen internationalen Gerichten (und ggf. auch mit staatlichen Gerichten) an Bedeutung zu gewinnen scheint. So lässt sich seit Jahren beobachten, dass im Kontext der »Global Community of Courts« von Dialogen und Kooperation die Rede ist, auch wenn es vielen Akteuren mitunter schwer zu fallen scheint, diesen Kooperationsgedanken auch zu leben. Während auf der nationalen Ebene Prinzipien wie das der Völker- und Europarechtsfreundlichkeit klare Anknüpfungspunkte liefern würden, liegen die völkerrechtlichen Anknüpfungspunkte für die Kooperation in allgemeinen Prinzipien wie dem der *bona fides*. Eine Kooperation kann zwar *prima facie* keinen Konflikt lösen, solange keine entsprechenden Regeln die Lösung ermöglichen. Sie kann aber helfen, wechselseitige Sensibilitäten und Spielräume zu entdecken, die bei der Lösung von Konflikten von Vorteil sein können.

120 M. Nunner, Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs, 2009; E. D'Alterio, From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder?, *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), S. 394 ff.

121 Eingehend dazu etwa W. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994; J. P. Terhechte, Das internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, *ZaöRV* 68 (2008), S. 689 ff. (730).

122 Dazu eingehend jüngst T. Schultz/N. Ridi, Comity and International Courts and Tribunals, *Cornell International Law Journal* 50 (2017), S. 578 ff. (600 ff.).

123 *Mox Plant Case v. 24.06.2003*, (Ir. v. U.K.), (Order No. 3) (Perm. Ct. Arb. June 24, 2003).

D. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und (staatliche) Dritte Gewalt

In Kontext der Internationalisierung der Dritten Gewalt spielen auch internationale Schiedsgerichte eine Rolle. So werden inzwischen die meisten Streitigkeiten im Bereich der internationalen Wirtschaft durch Schiedsgerichte entschieden.¹²⁴ Für die (staatliche) Dritte Gewalt ist diese Entwicklung aus unterschiedlichen Perspektiven von Bedeutung. Zwar führt der Aufstieg der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu Verlagerungs- und Entlastungseffekten, die »Auffangverantwortung« liegt gleichwohl in vielen Rechtsordnungen bei staatlichen Gerichten. Hier greifen ggf. Schiedsgerichtsbarkeit und staatliche Rechtsprechung ineinander. Bislang selten thematisiert ist aber auch die umgekehrte Situation, nämlich wenn sich Schiedsgerichte mit Urteilen staatlicher Gerichte beschäftigen.¹²⁵ Hier zeigt sich, dass die Internationalisierung der Dritten Gewalt zu Kontrolleffekten führen kann, die wiederum dazu führen können, dass die Grenzen zwischen privater und öffentlicher Kontrolle verwischt werden.

E. Fazit

Auch wenn die Wendung einer »*Global Community of Courts*« zunächst nicht viel mehr verkörpert als eine Metapher, so ist doch unverkennbar, dass die Dritte Gewalt auf der Ebene der Staaten bei der Anwendung internationalen Rechts und im Rahmen internationaler Kooperationen starken »Internationalisierungsimpulsen« ausgesetzt ist, die sie herausfordern müssen. Insbesondere das Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz, aber auch allgemein das Verhältnis des internationalen Rechts zum staatlichen Recht, wird hierbei durch Moderationsprinzipien wie das Prinzip der »Völkerrechtsfreundlichkeit« gesteuert, die zugleich die prinzipielle Öffnung der deutschen Verfassungsordnung für internationale Einflüsse unterstreichen (dazu § 4 D.).

Diese Einflüsse können an der Bindung der (staatlichen) Dritten Gewalt an das internationale Recht, insbesondere an verschiedene menschenrechtliche Garantien, ebenso festgemacht werden wie an der täglichen Praxis der internationalen Rechtshilfe. Zudem lassen sich erste Verkoppelungen zwischen staatlicher und internationaler Gerichtsbarkeit ausmachen. Schwierig

124 M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Arbitration*, 3. Aufl. 2017, S. 1: »Today, international commercial arbitration has become the norm for dispute resolution in most international business transactions«.

125 S. Mantilla-Blanco, *Justizielles Unrecht im internationalen Investitionsschutzrecht. Zur Verletzung völkerrechtlicher Standards des Investitionsschutzes durch nationale Gerichte*, 2016.

ist allerdings nach wie vor die Abgrenzung der Jurisdiktion in der »*Global Community of Courts*«. Zwar können klare Zuständigkeitsregelungen sowie Rücksichtnahmeverpflichtungen auf der Basis des *Comity*-Prinzips für Anhaltspunkte sorgen, wie solche Konflikte zu lösen sind. Insgesamt scheint sich das Zusammenspiel der verschiedenen Streitschlichtungsinstitutionen auf der internationalen Ebene aber eher immer schwieriger zu gestalten. Jedenfalls spielt die Abgrenzung und Verteidigung der eigenen Zuständigkeit momentan eine große Rolle, was primär für das Verhältnis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu supranationalen und staatlichen Gerichten gilt.

Diese »neue Unübersichtlichkeit« hat Folgen für die Haftung der Dritten Gewalt. Sie ist kein rein nationales Rechtsinstitut mehr, sondern ist im Lichte der internationalen Vorgaben zu sehen. Für den nationalen Richter wird es so immer schwieriger zu beurteilen, an welche Normen er gebunden ist und welche Urteile internationaler Gerichtshöfe für ihn verbindlich (und nicht lediglich zu zitieren) sind. Soweit Urteile nationaler Gerichte zum Streitgegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren – und damit von Haftungsansprüchen – werden, sieht sich die nationale Dritte Gewalt privaten Kontrollen ausgesetzt, deren langfristige Wirkung noch gar nicht abzuschätzen ist.