

1. Teil:
Grundlagen und Forschungsstand

§ 1: Einleitung

A. Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Wandel

Seit die Rechtsprechung im Laufe des 18. Jahrhunderts immer stärker als unabhängige Staatsfunktion (»Dritte Gewalt«) hervorgetreten ist, wird um ihre Macht, Legitimation und Verantwortlichkeit gerungen.¹ Auch weil ihr im klassischen Dreiklang der Gewalten seit jeher eine »gesonderte« Stellung zukommt,² sind viele Fragen, die mit ihrer Rolle im modernen Verfassungsstaat zusammenhängen, bis heute nicht hinreichend geklärt. Darüber hinaus verlangen zahlreiche aktuelle Entwicklungen eine Neubetrachtung.

Das gilt insbesondere für die Frage der Verantwortlichkeit (»*accountability*«) der Dritten Gewalt, die gerade in Form einer Haftungsverantwortlichkeit spürbar an Bedeutung gewonnen hat. Hier ist es in den letzten 20 Jahren zu einem bemerkenswerten Perspektivwechsel gekommen, denn während eine Haftung der Dritten Gewalt lange Zeit aufgrund von Haftungspriorisierungen³ und der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unab-

1 Zu dieser Entwicklung s. etwa *W. Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Aufl. 2002, S. 113 ff.; *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte (1866–1918), Bd. II, 3. Aufl. 1992, S. 189 ff.; *L. Pablow*, Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. Jahrhundert, Aufklärung 15 (2003), S. 275 (S. 290 ff.); *ders.*, Justiz und Verwaltung. Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. und 19. Jahrhundert, 2000, S. 101 ff.; allg. zur historischen Entwicklung auch *D. Willoweit*, Rechtsprechung und Staatsverfassung, JZ 2016, S. 429 ff.; *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 299 ff.

2 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 547; zur besonderen Stellung der Dritten Gewalt in Deutschland *R. Wassermann*, Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, 1985, S. 23 ff.; *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 50 ff.; *D. Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112, Rn. 11 ff.; *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 5 ff.; *K. F. Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: *M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 13, Rn. 1: »Zu den signifikantesten Entwicklungen des Öffentlichen Rechts unter dem Grundgesetz gehört eine geschärzte Rechtsschutzperspektive, (...); s. auch BVerfG v. 06.06.1967 – 2 BvR 375, 53760 und 18/65 – Verwaltungsstrafverfahren, BVerfGE 22, 49 (75): »Die Konstituierung einer eigenständigen und unabhängigen rechtsprechenden Gewalt gehörte danach zu den besonderen Zielen des Verfassungsgesetzes.«

3 Vgl. etwa § 839 Abs. 2 BGB; dazu *G. Brie*, Die richterliche Haftung bei Fehlurteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 40 ff.; *H. Lüders*, Die Haftung der Richter bei Urteilen, 1930, S. 41 ff.; *W. Gilles*, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 21 ff.; *E.-M. von Livonius*, § 839 Abs. 2 BGB: Vorstellungen des Gesetzgebers und heutige Praxis der Staatshaftung und des staatlichen Rückgriffs, 1968; *D. Leipold*, Das Haftungspriorileg des Spruchrichters, JZ 1967, S. 737 ff.; *D. Merten*, Zum Spruchrichter-priorileg des § 839 Abs. 2 BGB, in: *FS Wegen*, 1973, Bd. II, S. 519 ff.; *J. Blomeyer*, Schadensersatzansprüche des im Prozeß Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, 1972, S. 7 ff.; *K. Fischer*, Die Richterhaftung, 1973; *L. Niesler*, Angemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozeß, 2005, S. 173 ff.; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 169 ff. und S. 270 ff.; *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: *Münchener Kommentar BGB*, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 839, Rn. 391 ff.; *H. Steege/C. Muthers*, in: *B. Dau-ner-Lieb/W. Langen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 2/3 (§§ 662–853), 4. Aufl. 2021, § 839, Rn. 307 ff.; *H. Wöstmann*, in: *J. von Staudinger* (Begr.), Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 839, Rn. 312 ff.

hängigkeit⁴ praktisch kaum von Relevanz war, hat sich dieser Befund nicht zuletzt aufgrund des Einflusses des EU- und Völkerrechts auf das deutsche Recht geändert.⁵ Mögliche Anlässe, Grundlagen und Grenzen einer Haftung der Dritten Gewalt (bzw. *für* die Dritte Gewalt) werden jedenfalls immer häufiger thematisiert und verstärkt zum Gegenstand der Rechtsetzung⁶ und der Rechtsprechung selbst.⁷ Hier zeigt sich, dass der Wandel, der für die Dritte Gewalt insgesamt konstatiert wird,⁸ auch Auswirkungen für ihre Haftungsverantwortlichkeit hat. Ist die Dritte Gewalt damit in einer »haftungsrechtlichen Normalität« angekommen?

-
- 4 Art. 97 GG; dazu *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; *H.-J. Papier*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 ff.; *H. Sendler*, Unabhängigkeit als Mythos?, NJW 1995, S. 2564 ff.; *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 174 ff.; *E. Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 463 ff.; *A. Thiele*, Die Unabhängigkeit des Richters – Grenzenlose Freiheit?, Der Staat 52 (2013), S. 415 ff.; *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 ff.); *G. Schmidt*, Die richterliche Unabhängigkeit – Eine Bestandsaufnahme, Die Verwaltung 51 (2018), S. 227 ff.; *D. Burghardt*, Der Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit – Eine verhaltensbezogene Perspektive, Jöb n.F. 70 (2022), S. 453 ff.; *R. Stürner*, Rechtlicher Neuerungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei Besetzung von Richterpositionen, JZ 2022, S. 840 ff.; *H. Mayer*, in: *O. R. Kissel/H. Mayer*, GVG, 10. Aufl. 2021, § 1, Rn. 13 ff.; *C. Hillgruber*, in: *G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz* (Hrsg.), GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 97, Rn. 6 ff.; *C.-D. Classen*, in: *P. Huber/A. Voßkuhle* (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 97, Rn. 17 ff.; zur Entwicklung im anglo-amerikanischen Rechtskreis *I. R. Kaufman*, The Essence of Judicial Independence, Columbia Law Review 80 (1980), S. 671 ff.; *T. L. Grove*, The Origins (and Fragility) of Judicial Independence, Vanderbilt Law Review 71 (2018), S. 465 ff.
- 5 Allgemein zu dieser Entwicklung etwa *F. Ossenbühl/P. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 595 ff.; *F. Schoch*, Europäisierung des Staatshaftungsrechts, in: *FS Maurer*, 2001, S. 759 ff.; insbesondere am Beispiel der Haftung für judikatives Unrecht s. *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 378 ff.; *F. Schütter*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich, 2012; *C. Zantis*, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010; *J. P. Terhechte*, in: *M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 54 ff.; s. auch Nachweise in Fn. 60.
- 6 S. etwa § 198 GVG; zur Genese der Bestimmung eingehend *H. Frehse*, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017, S. 549 ff.; s. auch *C. Althammer/D. Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1 ff.; s. auch Nachw. in Fn. 63.
- 7 Vgl. zur Rechtsprechung auf europäischer Ebene etwa EuGH v. 30.09.2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; EuGH v. 13.06.2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo; zur Entwicklung in Deutschland am Beispiel des § 198 GVG s. nur BVerfG v. 17.12.2015, 1 BvR 3164/13, NJW 2016, 2018; grundlegend zu § 198 GVG aus zivilrechtlicher Sicht vgl. BGH v. 15.12.2022 – III ZR 192/21, BGHZ 236, 10.
- 8 Dazu etwa *F. Wittreck* und *F. Brosius-Gersdorf*, Die Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL 74 (2015), S. 115 ff./S. 169 ff.; *J. Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 108 ff.; s. auch *P. M. Huber/S. Storr*, Gerichtsorganisation und richterliche Unabhängigkeit im Umbruch, ZG 2006, S. 105 ff.

B. Die Rolle der Dritten Gewalt im modernen Verfassungsstaat

Angesichts der zentralen Rolle, die Gerichte in modernen Gesellschaften spielen,⁹ kann diese Entwicklung nicht überraschen. Die zu beobachtende gestaltende Kraft der Dritten Gewalt und ihre Bedeutung für den politischen Betrieb – nicht nur als korrigierende Gewalt, sondern häufig auch als Motor für neue Entwicklungen – führt fast zwangsläufig zu einer Neubewertung ihrer Verantwortlichkeit. Jedenfalls verkörpert ihre tradierte Charakterisierung als »schwache«¹⁰ oder »sensible Gewalt«¹¹ nur eine Seite der Medaille. Ebenso häufig ist von »richterlicher Macht« oder gar einem »Richterstaat« die Rede.¹² Auch wenn hier manche Entwicklung überspitzt dargestellt wird, so ist doch unverkennbar, dass der eher tradierte Hinweis auf die Rechtsbindung der Dritten Gewalt nicht immer als ausreichend angesehen wird, um ihre überragende Bedeutung und ihren Einfluss hinreichend zu legitimieren und womöglich neue Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung hinzutreten müssen, um das erforderliche Legitimationsniveau sicherzustellen.¹³ Die Frage nach der Haftungsverantwortlichkeit berührt damit die Verfasstheit der Dritten Gewalt insgesamt, ihre Legitimation und Verantwortlichkeit aber in besonderer Weise.

C. Haftungsrecht zwischen »compensation culture« und Legitimationsreservoir

Die aufgezeigten Entwicklungen korrespondieren mit der hohen Bedeutung des Haftungsrechts in modernen Gesellschaften¹⁴ und der Ausbildung einer

9 Programmatisch am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011.

10 Dazu jüngst umfassend T. P. Holterhus/F. Michl (Hrsg.), *Die schwache Gewalt?*, 2022.

11 A. Nußberger, Justiz – die »sensible Gewalt«, *NJW* 2020, S. 3294 ff.

12 R. Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957; O. Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, 1959; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 841; R. Wassermann, Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, 1985; B. Rüthers, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, *NJW* 2005, S. 2759 ff.; B. Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 79 ff.; wichtig für die Diskussion in den USA A. Bickel, *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1963; s. auch die Beiträge in C. Landfried (Hrsg.), *Judicial Power*, 2019.

13 Zur eingeschränkten Erklärungskraft der richterlichen Rechtsbindung auch C. Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 101: »Allerdings reicht der Hinweis auf die Gesetzesbindung nicht hin, um die Besonderheiten gerichtlicher Entscheidungsfindung zu verstehen und zu rechtfertigen. Andernfalls müsste man zwischen Gerichten und einer auf die Gesetze verpflichtete Exekutive, deren politische Abhängigkeit man auch als Instrument verstehen kann, die Gesetzesbindung zu sichern, gar nicht unterscheiden.«

14 Zur Bedeutung und Entwicklung des Haftungsrechts s. etwa S. Deakin/A. Zoe/B. Markesinis, *Markesinis & Deakin's Tort Law*, 8. Aufl. 2019, S. 3 ff.; H.-J. Abrens/A. Spickhoff, *Deliktsrecht*, 2022,

tatsächlichen oder gefühlten »compensation culture«:¹⁵ Vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung, stetig neuer Problemlagen und »Krisen« gewinnen Haftungsfragen immer stärker an Bedeutung. Dies kann etwa an den aktuellen Diskussionen über eine Haftung im Zusammenhang mit dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI),¹⁶ der sog. Klimahaftung¹⁷ oder der Haftung für Impfschäden¹⁸ festgemacht werden. Weil es hier häufig auch um die (Haftungs-)Verantwortlichkeit des Staates geht, ist es insoweit nur konsequent, dass zugleich eine stärkere Fokussierung bzw. Neubewertung der Haftungsverantwortlichkeit des Staates bzw. seiner Amtsträger zu beobachten ist, die womöglich dazu führt, dass das ein oder andere Dogma zu verabschieden ist bzw. rechtliche Arrangements insgesamt neu zu bewerten sind.¹⁹

Hinzu kommt, dass sich die Funktion des Haftungsrechts – und damit die Rolle des Einzelnen im Kontext des Haftungsrechts – in den letzten gut 20 Jahren stark verändert hat.²⁰ War das »klassische« Haftungsrecht in erster Linie auf den Ausgleich (*Kompensation*) von Schäden ausgerichtet, so hat sich gezeigt, dass weitere mögliche Funktionen, wie z. B. die Prävention, eine

S. 13 ff.; eingehende Auseinandersetzung mit dem deutschen Haftungsrecht bei C. Heinze, Schadenserstatt im Unionsprivatrecht, 2017; N. Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003; G. Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006; C. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 2 Bände, 1996 und 1999; zur Entwicklung in den USA etwa L. M. Friedman, *A History of American Law*, 4. Aufl. 2019, S. 516 ff., der von einer »liability explosion« spricht.

- 15 S. Deakin/A. Zoe/B. Markesinis, Markesinis & Deakin's Tort Law, 8. Aufl. 2019, S. 4; s. auch eingehend zu diesem Begriff J. Hand, The Compensation Culture: Cliché or Cause for Concern, *Journal for Law and Society* 37 (2010), S. 569 ff.
- 16 M. Denga, Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz, CR 2018, S. 69 ff.; s. auch G. Teubner, Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, AcP 218 (2018), S. 155 ff.; C. Veith, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 2021; H. Zech, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, ZfPW 2019, S. 198 ff.; G. Wagner, Produkthaftung für automatisierte Systeme, AcP 217 (2017), S. 707 ff.; s. auch RL-Vorschlag KI-Haftung, COM(2022) 496 final.; dazu G. Wagner, Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer?, JZ 2023, S. 123 ff.
- 17 Dazu etwa G. Wagner, Klimahaftung vor Gericht, 2020; I. Böhm, Staatsklimahaftung, 2021; S. Zeidler, Klimahaftungsklagen, 2022; K. Weigelt, Die Haftung Privater für Beiträge zum Klimawandel, 2022; U. Di Fabio, Klimaklagen, 2023; zur Haftung für das »Ankleben« im Rahmen sog. Klimaproteste s. C. Behme, »Letzte Generation« – Haftung fürs Haften, NJW 2023, S. 327 ff.; s. auch § 4 A. III. 3. d).
- 18 A. Dutta, Haftung für etwaige Impfschäden, NJW 2022, S. 649 ff.
- 19 S. etwa B. J. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, 2013; W. Höfling, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Ersatzleistungen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Asmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51; H. Sauer, Einstandspflichten im Verwaltungsrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. 2022, § 47; H. Sauer, Öffentliches Reaktionsrecht, 2021.
- 20 Eingehend dazu D. Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012; C. Ohler, Die Rolle nichtstaatlicher Akteure bei der Entwicklung und Implementierung des Völker- und Europarechts, VVDStRL 79 (2020), S. 347 ff. (373 f.); zur Durchsetzung des europäischen Umweltrechts früh B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998; J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 37 ff.

höhere Bedeutung erlangt haben.²¹ Hinzu kommt, dass das Staatshaftungsrecht spezifische rechtsstaatliche Funktionen erfüllt, die im Rahmen einer rein privatrechtlichen Haftung keine Rolle spielen.²² Auf der Ebene der EU hat der EuGH zudem betont, dass Haftungsansprüche neben der Kompensations- und Präventionsfunktion auch eine spezifische Integrationsfunktion erfüllen können.²³

Die so zu verzeichnende *Pluralisierung der Haftungsfunktionen* dreht sich in erster Linie um die Frage, ob neben die Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts auch eine Steuerungs- oder Lenkungsfunktion tritt, die das Verhalten der jeweiligen Akteure beeinflussen soll und ggf. auch muss.²⁴ Dass hiermit bei Akteuren, die wie z. B. Richter oder Gerichte über ein hohes Maß an Unabhängigkeit verfügen, besondere Probleme verbunden sind, liegt auf der Hand. Zugleich zeigt diese Entwicklung, dass das Haftungsrecht im Lichte seiner vielfältigen Funktionen ein beträchtliches Legitimationsreservoir verkörpern kann, sichert es doch u. a. die Rechtsbindung der Dritten Gewalt und damit ihre Rückanbindung an den Souverän.

D. Haftungsverantwortlichkeit als Baustein einer »judicial accountability«

Hier setzen die weiteren Überlegungen an: Vor dem Hintergrund des Wandels der Dritten Gewalt – insbesondere im Lichte ihres kontinuierlichen Bedeutungszuwachses – wird im Folgenden die Haftung der Dritten Gewalt als dogmatische Figur des deutschen, europäischen und internationalen Rechts entfaltet und zugleich in den Kontext der zu verzeichnenden Debatten über eine »judicial accountability« eingebettet. Die so konturierte richterliche (Haftungs-)Verantwortlichkeit könnte mit den Worten *Gustav Radbruchs* ein wichtiger Baustein dafür sein, dass auch weiterhin »das Vertrauen in die Justiz echt und von Dauer ist«²⁵.

21 Zur Pluralisierung des Haftungsrechts früh G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), S. 352 ff.; eingehend dazu § 15 C. II.

22 B. J. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht – Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, 2013, S. 60 ff.

23 EuGH v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Slg. 2001, I-6297, Rn. 27 f. – Courage: »Ein solchen Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.«

24 Dazu G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, AcP 206 (2006), S. 352 ff.; J.-P. Bost, Effiziente Verhaltenssteuerung durch den Ersatz von Nichtvermögensschäden, 2009; C. Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 456 ff.

25 G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969, S. 184.

Es geht im Folgenden also nicht darum, der Dritten Gewalt »Fesseln« oder Ähnliches anzulegen oder eine Art »Haftungsktroi« zu kreieren. Vielmehr soll die Frage nach dem Verhältnis von »Macht« und Legitimation der Dritten Gewalt in den Kontext der neuen Diskussionen gestellt werden.²⁶ Zusammen mit weiteren Instrumenten, die die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt sichern sollen, ergibt sich eine Gesamtperspektive auf die rechtsprechende Gewalt als einer elementaren staatlichen und überstaatlichen Funktion, deren Bedeutungszuwachs durch unterschiedliche Formen der Verantwortlichkeit legitimiert werden kann, aber auch muss.

Die entsprechenden Debatten werden insbesondere in den USA unter dem Stichwort »*judicial accountability*« geführt. Hier haben in den letzten Dekaden verschiedene Dimensionen und Instrumente einer mit der spezifisch richterlichen Tätigkeit kompatiblen Verantwortlichkeit stark an Bedeutung gewonnen. Auch in Deutschland werden z. B. Fragen der sog. Gerichts-²⁷ und Medienöffentlichkeit²⁸ oder der richterlichen Berufsethik²⁹ inzwischen intensiv diskutiert. Bislang wurden die verschiedenen Instrumente aber nicht im Sinne eines Gesamtkonzepts zusammengebracht. Hier kann der Begriff der »*judicial accountability*« als Schlüsselbegriff dazu dienen, ein Gesamtbild zu skizzieren, insbesondere wenn nicht nur die deutsche Rechtslage, sondern auch die europa- und völkerrechtlichen Dimensionen einer Haftung der Dritten Gewalt in den Blick genommen werden.³⁰

Welche Rolle spielt aber die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Rahmen einer *judicial accountability*? Welche Entwicklungen geben konkret Anlass, sich mit der Haftung der Dritten Gewalt zu beschäftigen? Und welche Impulse und Wandlungsprozesse rechtfertigen einen Perspektivwechsel von Prinzipien, die die Dritte Gewalt abschirmen sollen, zu Prin-

26 S. dazu auch *H. Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1984, S. 172: »Bedingung von Verantwortung ist kausale Macht.« Kritisch zu der Frage, ob die Dritte Gewalt tatsächlich über »Macht« verfügt, dagegen *W. Leisner*, Das letzte Wort – Der Richter späte Gewalt, 2003, S. 135 ff.

27 Dazu grundlegend *M. T. Fögen*, Der Kampf um die Gerichtsöffentlichkeit, 1974; *U. Fölster*, Gerichtsöffentlichkeit: Schadet oder dient ein »Mehr« dem Recht?, *NK* 26 (2014), S. 154 ff.; *A. Paschke*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, 2018.

28 *C. von Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005; *A. F. Hauth*, Sitzungspolizei und Medienöffentlichkeit, 2017; *C. Hirzebruch*, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren, 2018; *J. Jahn*, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021.

29 *U. Schneider*, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, 2017; *E. Kretz*, Richterliche Berufsethik – Luxus oder Notwendigkeit, in: *A. Pilniok/J. Brockmann* (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, 2017, S. 157 ff.

30 Zur Bedeutung von »Schlüsselbegriffen« für die Rechtswissenschaft s. *W. Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: *FS K. Vogel*, 2000, S. 47 ff.; *A. Voßkuble*, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsreform, *Verwaltungsarchiv* 92 (2001), S. 184 ff.; *S. Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 ff.

zipien, die ihre Verantwortlichkeit und Legitimation in den Vordergrund rücken?

E. Kontexte: Der Wandel der Dritten Gewalt und neue Haftungsfragen

Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden. Hierbei liegt es nahe, dass die Ursachen für diese Entwicklungen zunächst eng mit dem Aufgaben- und Bedeutungswandel der Dritten Gewalt auf der nationalen Ebene zusammenhängen (dazu I.), aber ebenso mit dem Einfluss, den das EU-Recht (dazu II.) und das Völkerrecht (dazu III.) auf die Dritte Gewalt inzwischen ausüben. Die Frage der Haftungsverantwortlichkeit ist heute nur sinnvoll mit Blick auf »überstaatliche Zusammenhänge« zu stellen, und ihre Beantwortung erfordert einen »multiperspektivischen« Ansatz.³¹ Dass das Themenfeld der richterlichen (Haftungs-)Verantwortlichkeit hierbei politisch sensibel ist, zeigen dagegen diverse »Reformprojekte« bzw. »böswillige«³² (A. Nußberger) Justizreformen (IV.), die weniger darauf zielen, die Legitimationsbasis der Dritten Gewalt zu stärken, als sie vielmehr zu unterminieren und bewusst in den Dienst einer bestimmten politischen Richtung zu stellen. Eine solche Vereinnahmung der Dritten Gewalt bedroht nicht nur sie selbst, sondern das gesamte System der Gewaltenteilung und damit den Verfassungsstaat als solchen. Nicht umsonst haben etwa die Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten der EU (Stichwort: »Rechtsstaatlichkeitskrise«) den EuGH zu einer Reihe von Grundsatzurteilen veranlasst, in denen er die Verfasstheit der EU als »Union des Rechts« und die Bedeutung von Art. 19 EUV und Art. 2 EUV für die mitgliedstaatlichen Justizsysteme eigens unterstrichen hat.³³

I. Ausdifferenzierung, Privatisierung und Digitalisierung der Dritten Gewalt

Auf der nationalen Ebene spricht viel dafür, dass insbesondere die *Ausdifferenzierung* (1.) des Aufgaben- bzw. Entscheidungsspektrums der Dritten Gewalt sowie zwei weitere zu verzeichnenden Großtrends – die *Privatisierung*

31 E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtschutzes, 2015, S. 3, am Beispiel des Rechtsschutzes in angemessener Zeit.

32 A. Nußberger, Zur Lage der Gerichtsbarkeit, in: T. P. Holterhus/F. Michel (Hrsg.), Die schwache Gewalt?, 2022, S. 11 ff. (19 f.).

33 S. etwa jüngst EuGH v. 05.06.2023, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern); zu den Reaktionen auf die Rechtstaatlichkeitskrise aus EU-Sicht 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.

(2.) und *Digitalisierung* (3.) der Dritten Gewalt – dazu führen, dass die Frage nach ihrer (Haftungs-) Verantwortlichkeit neu zu stellen ist:

1. Der Dritten Gewalt werden seit einiger Zeit nicht nur stetig neue Aufgaben (z. B. im Rahmen der gerichtsinternen Mediation³⁴) oder neue Verwaltungsaufgaben (etwa Verpflichtungen auf der Grundlage der DS-GVO³⁵) zugewiesen, sondern es haben sich gänzlich neue Verfahrenstypen (z. B. Massen- und Musterverfahren) entwickelt. Zugleich wurden bestimmte Verfahrenstypen massiv aufgewertet, die nicht mit einem Urteil abgeschlossen werden (etwa im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes). Darüber hinaus hat sich das Entscheidungsspektrum der Dritten Gewalt gewandelt, z. B. durch Vergleiche³⁶ und sog. Prozessabsprachen³⁷, die immer größere Bedeutung erlangt haben. Was folgt aus diesen Entwicklungen für die Haftung der Dritten Gewalt?
2. Auch innerhalb der Strukturen der Justiz ist es zu grundlegenden Veränderungen gekommen: So spielen etwa die sog. Freiwillige Gerichtsbarkeit bzw. die Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger als sog. »zweite Säule der Dritten Gewalt« (H.-J. Vogel)³⁸ heute eine wichtige Rolle.³⁹ Des Weiteren hat die Bedeutung der gerichtlichen Sachverständigen immer weiter zuge-

34 S. dazu etwa F. Haft/K. Gräfin von Schlieffen, (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl. 2016; K. J. Hopt/F. Steffek (Hrsg.), *Mediation: Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, 2008; C. A. Stumpf, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Schiedsgerichtsbarkeit – Schiedsgutachten – Mediation – Schllichtung*, 2006, S. 273 ff.; K. Gräfin von Schlieffen, *Mediation – Renaissance der Laienjustiz oder eine neue Ausdifferenzierung des Rechts?*, ZfRSoz 2000, S. 450 ff.; dies., *Der Mediationsstaat*, in: D. Gosewinkel/G. F. Schuppert (Hrsg.), *Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit*, WZB Jahrbuch 2007, 2008, S. 181 ff.; F. Schoch, *Gerichtliche Verwaltungskontrolle*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 50, Rn. 404 ff.; J. M. von Bargen, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, 2008; J. 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.

35 VO (EU) 2016/679 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. (EU) Nr. L 119/1 v. 04.05.2016.

36 S. dazu etwa zum Verwaltungsprozessrecht M. H. Eisenlohr, *Der Prozeßvergleich in der Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1998; zur Rolle des Vergleichs im Privatrecht s. etwa R. Bork, *Der Vergleich*, 1988; L. F. Schramm, *Richterliche Pflichten und Haftung beim Prozessvergleich der ZPO*, 2015.

37 Vgl. etwa G. Maier, *Absprachen im Strafprozeß – Ein Handel mit der Gerechtigkeit?*, NJW 1987, S. 1187 ff.; M. Jahn/M. Müller, *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis*, NJW 2009, S. 2625 ff.; H.-P. Marsch, *Grundregeln bei Absprachen im Strafverfahren*, ZRP 2007, S. 220 ff.; grundlegend zu Absprachen in Strafverfahren aus verfassungsrechtlicher Perspektive s. BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und 2 BvR 2155/1, BVerfGE 133, 168.

38 H.-J. Vogel, *EDV: Die Verfahrensherrschaft des Rechtspflegers muß unangetastet bleiben – Aspekte aktueller Rechtspolitik*, RpfBl. 1979, S. 26 ff. (28).

39 Dazu ausführlich M. Georg, in: E. Arnold/K. Meyer-Stolte/K.-O. Herrmann/K. Rellermeyer/U. Hinterzen/M. Georg, *Rechtspflegergesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2015, Vor § 1, Rn. 1 ff. und § 1, Rn. 1 ff.; W. Abel, *Der Rechtspfleger im Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Ankara Law Review 1 (2004), S. 177 ff.

nommen.⁴⁰ Zudem nehmen die staatlichen Gerichte ihre Aufgaben inzwischen neben oder gar im Wettbewerb mit einer Vielzahl von Gütestellen, Schiedsgerichten, Verbands- und Vereinsgerichtsbarkeiten und sonstigen (neuen) Stellen der Streitbeilegung wahr.⁴¹ Hier ist schon länger von einer »Privatisierung« der Gerichtsbarkeit oder der Justiz die Rede.⁴² Am Beispiel der Schiedsgerichte zeigt sich, dass diese Entwicklungen inzwischen enorme Aufmerksamkeit auf sich lenken und häufig stark kritisiert werden.⁴³ Dies gilt umso mehr, wenn es um Entwicklungen wie das Aufkommen einer sog. »religiösen Paralleljustiz« geht.⁴⁴

3. Die Herausforderungen, die schließlich mit der sich immer stärker abzeichnenden Digitalisierung der Dritten Gewalt verbunden sind, lassen sich bislang nur grob abschätzen. Schon das Transformationspotential, das dem Begriff der »Digitalisierung« innewohnt – der Begriff bezeichnet die IT- und datengestützte Veränderung von Objekten und Prozessen aller

40 *H. Senderl*, Richter und Sachverständige, NJW 1986, S. 2907 ff.; *W. Bayerlein/K. Bleutge/W. Roeßner* (Hrsg.), *Handbuch Sachverständigenrecht*, 6. Aufl. 2021, insbesondere § 11 ff.; *P. C. Meyer*, Der Sachverständigenbeweis zwischen Partei und Richter: Rechtsvergleich zum US-amerikanischen Zivilprozess und Reformansätze im deutschen Recht, 2013; *M. Danner*, Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozeß, 2001; *H. Pieper/L. Breunung/G. Stahlmann*, Sachverständige im Zivilprozeß: Theorie, Dogmatik und Realität des Sachverständigenbeweises, 1982.

41 Dazu etwa *C. A. Stumpf*, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht. Schiedsgerichtsbarkeit – Schiedsgutachten – Mediation – Schlichtung, 2006; *K. H. Schwab/G. Walter* (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 2005; *R. A. Schütze/R. C. Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021; *H. Prüttig* (Hrsg.), *Außergerichtliche Streitschlichtung*, 2002.

42 *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.; *J. Zado*, Privatisierung der Justiz: Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister, 2013; *S. Eisenmenger*, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012; *J. Münch*, Die Privatisierung der Ziviljustiz – Von der Schiedsgerichtsbarkeit zur Mediation, 50. Bitburger Gespräche, Bd. I, 2009, S. 179 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 421 ff.; *W. Voit*, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, JZ 1997, S. 120 ff.

43 *A. Steinbach*, Streitbeilegung durch öffentlich-private Schiedsgerichte – Friedensicherung oder Unruhestifter?, in: *H. Bebert/D. Engel* u. a. (Hrsg.), *Rechtsfrieden – Friedensrecht*, 2016, S. 54 ff.; *S. Gropp-Stadler/Jan K. Schäfer*, In der Beziehungskrise? Staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsverfahren, BRAK-Mitteilungen 4/2017, S. 161 ff.; *F. Brosius-Gersdorf*, Die Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL 74 (2015), S. 169 ff. (171 ff.); früh zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen etwa *R. Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: *P. Schlosser* (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, S. 113 ff.

44 Ausgelöst wurde die entsprechende Debatte durch das Buch von *J. Wagner*, Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat, 2011; s. dazu auch *C. Ernst*, Die Bewältigung konfligierender normativer Ordnungen. Die Aushöhlung hoheitlicher Gewalt durch muslimische Friedensrichter?, in: *H. Bebert/D. Engel* u. a. (Hrsg.), *Rechtsfrieden – Friedensrecht*, 2016, S. 178 ff.; *F. Wittreck*, Verfassungsrechtliche (und unionsrechtliche) Rahmenbedingungen privater Justiz, Bitburger Gespräche 2016, 2017, S. 31 ff.; *K. Bauwens*, Religiöse Paralleljustiz. Zulässigkeit und Grenzen informeller Streitschlichtung und Streitentscheidung unter Muslimen in Deutschland, 2016; *U. Kischel* (Hrsg.), *Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung für den Staat*, 2016.

Art⁴⁵ –, lässt erahnen, dass es hier zu grundlegenden Wandlungsprozessen im Rahmen der Dritten Gewalt kommen wird. Momentan fokussiert sich die Diskussion in erster Linie auf den Einfluss der Digitalisierung auf die Verfahrensabläufe innerhalb der staatlichen Justiz⁴⁶ oder auf die Möglichkeit von Big-Data-Analysen von richterlichen Entscheidungen.⁴⁷ Doch die transformative Kraft des Phänomens »Digitalisierung« reicht deutlich weiter. Schon das Stichwort »Online-Streitbeilegung« steht womöglich für einen Wendepunkt. Inzwischen wird gar über »Online-Courts« diskutiert.⁴⁸ Die Digitalisierung wird also über kurz oder lang nicht nur zu elektronischen Gerichtsakten, einem elektronischen Rechtsverkehr oder Fragen rund um E-Evidence und Datensicherheit führen,⁴⁹ sondern zudem zu einer Verlagerung der Streitschlichtung und -entscheidung von der analogen in die digitale Welt.⁵⁰ Dass hiermit neue Verantwortlichkeits- und Haftungsfragen entstehen, etwa hinsichtlich der Datensicherheit, ist schon heute absehbar.⁵¹ Das würde erst recht dann gelten, wenn der Richter mithilfe von Legal-Tech-Programmen oder KI die Fälle entscheidet bzw. diese irgendwann den Richter gar ersetzen.⁵²

Diese Entwicklungen werfen aus der Perspektive der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt (bzw. einer »judicial accountability«) grundlegen-

45 Zum Begriff der Digitalisierung etwa *E. Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, S. 11 ff.

46 Dazu *W. Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung 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.; *C. Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020; *G. Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, JZ 2021, S. 809 ff.; *N. Graichen*, Die Automatisierung der Justiz: Untersuchungen zur Verfassungsmäßigkeit der Anwendung von Legal Tech in der Rechtsprechung, 2022.

47 *K. Kuchenbauer*, Der gläserne Richter. Big-Data-Analyse zur Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen?, JZ 2021, S. 647 ff.

48 S. dazu *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-Einay/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.

49 *W. Bernhardt*, *Quo vadis Digitalisierung der Justiz?*, jM 2018 (8/9), S. 310 ff.; *M. Müller*, Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland. Entwicklung und rechtliche Würdigung des EJustG am Beispiel des Zivilprozesses, 2015.

50 *D. Nink*, Justiz und Algorithmen – Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung, 2021.

51 Eingehend dazu etwa *G. Wagner*, Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, VersR 2020, S. 717 ff.

52 Kritisch *L. Greco*, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Robotor-Richter nicht geben darf, Rechtswissenschaft 2020, S. 29 ff.; allgemein s. auch *J. Oechsler*, Haftungsverantwortung für selbstlernende KI-Systeme, NJW 2022, S. 2713 ff.

de Fragen auf: Folgt aus dem Trend zur Privatisierung oder Auslagerung der Streitschlichtung, dass Haftungsfragen anders zu beurteilen sind, oder findet die Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 2 BGB auch entsprechende Anwendung auf Gütestellen, Schiedsgerichte, die Verbands- und die Schiedsgerichtsbarkeit oder im Rahmen der Online-Streitschlichtung? Führt der erwähnte strukturelle Wandel innerhalb der Justiz (Stichwort: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Rechtspfleger, gerichtliche Sachverständige) zu Haftungsverlagerungen, oder ist § 839 Abs. 2 BGB hier ebenfalls anwendbar? Wie sind Vergleiche, Mediationsverträge oder Prozessabsprachen aus der Warte des § 839 Abs. 2 BGB zu beurteilen, der sich ja zunächst nur auf »Urteile in einer Rechtssache« bezieht? Und welche Rolle spielen die anderen Haftungsinstitute des deutschen Staatshaftungsrechts, wie z. B. der allgemeine Aufopferungsanspruch, im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt?

II. Die Dritte Gewalt im unionalen Haftungsverbund

Das Unionsrecht hat für die Frage der Haftung der (zunächst nationalen) Dritten Gewalt in nahezu jeder Hinsicht maßgebliche Bedeutung erlangt:

1. So hat der EuGH bereits vor über 20 Jahren entschieden, dass nationale Haftungsprivilegien im Falle qualifizierter Verstöße mitgliedsstaatlicher Gerichte gegen das Unionsrecht ggf. unanwendbar sind.⁵³ Die Einbettung der mitgliedsstaatlichen Judikative in den europäischen Rechtsprechungsverbund⁵⁴ weist damit zugleich eine haftungsrechtliche Dimension auf, was die Frage aufwirft, welche Bedeutung § 839 Abs. 2 BGB in unionsrechtlich gelagerten Zusammenhängen noch haben kann.
2. Zudem ist das Unionsrecht in vielen Fällen unmittelbar für die zu beobachtenden Prozesse der Ausdifferenzierung und mitunter auch »Privatisierung« der mitgliedsstaatlichen Dritten Gewalt verantwortlich. So fußt etwa das heutige Mediationsgesetz⁵⁵ auf der entsprechenden EU-Media-

53 Grundlegend EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239 – Köbler; EuGH v. 13.06.2006, Rs. C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo; dazu etwa *J. P. Terhechte*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV*, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 36.

54 Zum so titulierten »europäischen Verfassungsgerichtsverbund« s. A. *Voßkühle*, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, S. 1 ff.

55 Mediationsgesetz v. 21.07.2012 (BGBl. I S. 1577), das durch Artikel 135 der Verordnung vom 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist; eingehend dazu auch R. *Greger/H. Unberath/F. Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. 2016; F. *Haft/K. Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl. 2016; M. *Wendland*, *Mediation und Zivilprozess. Dogmatische Grundlagen einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre*, 2017; F. *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, 2. Aufl. 2000.

tionsrichtlinie⁵⁶. Daneben hat das Unionsrecht ebenfalls dafür gesorgt, dass neue Klage- oder Schadensersatzansprüche geschaffen wurden etwa im Umweltinformationsgesetz (UIG)⁵⁷ oder in der DS-GVO⁵⁸, die jeweils von erheblicher praktischer Relevanz für die mitgliedstaatlichen Gerichte sind. Hieraus ergeben sich insgesamt fortwährend neu gelagerte Haftungsfragen bzw. »Haftungsanlässe«.

3. Schließlich ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung der unionalen Dritten Gewalt selbst möglich ist. Hier hat es in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Entwicklung gegeben. Nachdem der EuGH bezogen auf sich selbst eine Haftung wiederholt abgelehnt hat,⁵⁹ wurde eine solche Haftung nach Art. 340 Abs. 2 AEUV bezogen auf das Gericht im Falle überlanger Verfahren inzwischen grundsätzlich bejaht.⁶⁰ Insofern befindet sich nicht nur die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt auf der Ebene der Mitgliedsstaaten im Wandel, sondern zudem auf der Unionsebene. Sie war u. a. eine Ursache für grundlegende Reformen des Gerichts der Europäischen Union.⁶¹

III. Haftungsverantwortlichkeit in einer »Global Community of Courts«

Auf der Ebene des Völkerrechts spielen Haftungs- und Verantwortlichkeitsinstrumente schon deshalb eine wichtige Rolle, weil sie mitunter die defizitäre demokratische Legitimation internationaler Organisationen in gewisser Weise kompensieren sollen. Es ist daher nicht überraschend, dass gerade das Völkerrecht wichtige Impulse für eine Haftung der Dritten Gewalt aussendet.

56 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG L 136/3 v. 24. 05.2008; dazu S. Koehler/M. Müller, Alternative Streitbeilegung und Schiedsverfahren, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, EnzEuR Bd. 3, 2. Aufl. 2021, § 29; zur Rolle in den Mitgliedstaaten der EU s. etwa G. de Palo/M. B. Trevor (Hrsg.), EU Mediation Law and Practice, 2012.

57 Vgl. § 6 UIG (Umweltinformationsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 27.10.2014, BGBl. I S. 1643).

58 Art. 82 DS-GVO.

59 So indirekt EuGH v. 30.05.1989, Rs. 20/88, ECLI:EU:C:1989:221, Slg. 1989, 01553 – Roquette frères; zur – recht großzügigen – Beurteilung einer langen Verfahrensdauer s. etwa EuGH v. 17.12.1998, Rs. C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417 Rn. 28 ff. – Baustahlgewebe.

60 EuGH v. 16.11.2013, Rs. C-58/12 P, ECLI:EU:C:2013:770 – Groupe Gascogne/Kommission; EuGH v. 17.12.1998, C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe; EuG v. 10.01.2017, Rs. T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1 – Gascogne Sack; s. auch EuGH v. 15.10.2002, verb. Rsen. C-238/99 P, C-245/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582, Slg. 2002, S. I-8375 Rn. 210 – Limburgse Vinyl Maatschappij u. a.; EuGH v. 09.09.2008, Rs. C-120/06 P, ECLI:EU:C:2008:476, Slg. 2008, S. I-6513 Rn. 212 – FIAMM; s. auch M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 515 ff.; J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 36 ff. m. w. Nachw.

61 Dazu C. Iliopoulos, Die Reform des Gerichts der Europäischen Union, EuR 2018, S. 487 ff. (491 f.).

1. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits im Jahre 2006 festgestellt, dass das deutsche Recht in Bezug auf Nichtvermögensschäden, die durch die Dritte Gewalt verursacht werden – konkret ging es um überlange Verfahren –, nicht den EMRK-Vorgaben (Art. 6 EMRK) entsprach.⁶² Der deutsche Gesetzgeber hat hierauf mit neuen Vorschriften (z. B. § 198 Abs. 1 GVG⁶³ und §§ 97a ff. BVerfGG⁶⁴) reagiert. Allerdings wird vielfach angezweifelt, ob diese Reaktion geeignet ist, den Bedenken des EGMR abschließend zu begegnen.⁶⁵ Die EMRK kennt darüber hinaus eigene Entschädigungsansprüche (z. B. Art. 5 Abs. 5 und Art. 41 EMRK), die durch die Dritte Gewalt ausgelöst werden können.
2. Die Bedeutung des Völkerrechts für eine Haftung der Dritten Gewalt reduziert sich allerdings nicht nur auf die Garantien der EMRK. Im Rahmen der sich entwickelnden »Global Community of Courts«⁶⁶ kommt es zu einer immer engeren Vernetzung der staatlichen Gerichte mit den internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen, was die Frage aufwirft, ob hieraus auch Haftungsproblematiken erwachsen können und welche völkerrechtlichen Garantien in diesem Kontext zu beachten sind. Zudem ist es auf der internationalen Ebene selbst in den letzten Jahren zu einer ungeahnten Proliferation der Gerichtshöfe und Tribunalen gekommen,⁶⁷ was zu der Frage führen muss, ob es hier ebenfalls zu einer (völkerrechtlichen) Haftung kommen kann. Gerade auf dieser Ebene spielen Fragen

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

63 Eingehend dazu etwa W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, NVwZ 2012, S. 257ff.; C. Althammer/D. Schäuble, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer – Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, NJW 2012, S. 1ff.; R. Zuck, Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer vor dem BVerfG, NVwZ 2012, S. 256 ff.; A. Guckelberger, Der neue staatshaftungsrechtliche Entschädigungsanspruch bei überlangen Gerichtsverfahren, DÖV 2012, S. 289 ff.; F. Ossenbühl, Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren, BayVBl. 2012, S. 857 ff.; T. Stahnecker, Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, 2013; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 460 ff.; eingehend auch M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2013; D. Pietron, Die Effektivität des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer, 2016; L. Hofmarksrichter, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017; H. Frehse, Die Kompensation der verlorenen Zeit – Wenn Prozesse Pause machen. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2017.

64 Dazu etwa R. Deger, Die Verzögerungsbeschwerde und der Entschädigungsanspruch nach § 97a ff. BVerfGG, 2022.

65 Kritisch etwa F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 465 f. Der EGMR aber hat die EMRK-Konformität dieser neuen Regelung bestätigt, s. EGMR v. 29.05.2012 – no. 53126/07, Rn. 40 ff. – T. gegen Deutschland, NVwZ 2013, 47.

66 Grundlegend A.-M. Slaughter, A Global Community of Courts, Harvard International Law Journal, 44 (2003), S. 191 ff.

67 Dazu s. nur T. Buergenthal, Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?, LJIL 14 (2001), S. 267ff.; 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. Howse, Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order, NYUJILP 41 (2009), S. 959 ff.

- der Verantwortlichkeit eine große Rolle, auch weil die Legitimation der »internationalen Dritten Gewalt« häufig angezweifelt wird.⁶⁸
3. Das gilt in besonderer Weise hinsichtlich der Strukturen und Verantwortlichkeiten im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Hier ist es in den letzten Jahren zu kontroversen Debatten über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Schiedsgerichten gekommen, wobei es in der Regel um die Streitbeilegungsmechanismen im Rahmen von Investitionsenschutzabkommen geht.⁶⁹ Dieser Punkt spielte etwa eine zentrale Rolle rund um die politischen Auseinandersetzungen über das CETA-Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada. Diese Geschehnisse haben Fragen der Legitimation und Verantwortlichkeiten von internationalen Schiedsgerichten ins Zentrum vieler völkerrechtlicher Diskussionen gerückt,⁷⁰ wobei zugleich mögliche Haftungsszenarien diskutiert werden.⁷¹ Umgekehrt können internationale Schiedsgerichte gerade auch zu einer Haftung für »staatliches Justizunrecht« (»*judicial misconduct*«) führen.⁷²

IV. Politisierung der Dritten Gewalt im Namen der Verantwortlichkeit?

Fragen der Aufgaben, Legitimation und (Haftungs-)Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt stoßen gegenwärtig weltweit auf starkes Interesse, auch wenn die Vorzeichen der jeweiligen Diskussionen recht unterschiedlich sind. So steht etwa die in den USA intensiv geführte Debatte über richterliche Verantwortlichkeit⁷³ stellvertretend für die allgemeine Frage nach Macht und

68 Eingehend dazu etwa *A. von Bogdandy/I. Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014.

69 *R. Hofmann*, Internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Paralleljustiz im Namen des Geldes? Fakten, Geschichte und Reformbedarf des Investitionsschutzes, *Betrifft Justiz* 120 (2014), S. 194 ff.; *C. D. Classen*, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, *EuZW* 2014, S. 611 ff.; *C. Ohler*, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit dem deutschen und europäischen Verfassungsrecht, *JZ* 2015, S. 337 ff.; *H. Kahler*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ* 2023, S. 2 ff.

70 Dazu *M. Ludwigs/O. Remien* (Hrsg.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU*, 2018; eingehend dazu § 6 G.

71 S. nur *M. Rasmussen*, Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France, *Fordham Int'l L. J.* 26 (2003), S. 1824 ff.

72 *M. Sattorova*, Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (2012), S. 223 ff.; *S. Mantilla Blanco*, Justizielles Unrecht im internationalen Investitionsschutzrecht, 2016.

73 Vgl. *H. Jung*, Richterbilder. Ein interkultureller Vergleich, 2006, S. 115: »Kaum eine Fragestellung ist so aufschlussreich für das Verständnis, vielleicht auch das Unverständnis für Richter wie die zunehmend virulentere internationale Debatte über die richterliche Verantwortlichkeit«; s. auch *G. Canivet/M. Andenas/D. Fairgrieve* (Hrsg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, 2006; *C. G. Geyh*, Judicial Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts, *Indiana Law Journal* 78 (2003), S. 153 ff.; *J. A. Wynn/E. P. Mazur*, Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet, *Albany Law Review* 67 (2004), S. 775; *S. B. Burbank*, Judicial Accountability to the Past, Present, and Future, University of

Einfluss der Dritten Gewalt insgesamt, die insbesondere an der Rolle des U.S. Supreme Court festgemacht wird, aber auch auf der Ebene der Bundesstaaten eine große Rolle spielt.⁷⁴ Hier gibt es mitunter diffuse Vorstellungen über »Volksjurys« als Kontrollinstanzen (»watchdogs«) für die Dritte Gewalt, die auch unter dem Begriff der *accountability* diskutiert werden.

Dagegen können in der EU auf der Ebene der Mitgliedstaaten, insbesondere in Polen (zumindest bis 2024) und Ungarn, Entwicklungen (sog. »Justizreformen«) beobachtet werden, die darauf hinauslaufen, eine politische Kontrolle der Dritten Gewalt zu ermöglichen.⁷⁵ Die Vereinbarkeit solcher »Reformen« mit dem Unionsrecht (Art. 19 i. V. m. Art 2 EUV) hat den EuGH in den letzten Jahren immer wieder beschäftigt.⁷⁶

Demgegenüber wurden die stark umstrittenen Justizreformen in Israel vom Obersten Gerichtshof am 1.1.2024 gestoppt. Die öffentlichen Proteste in Israel haben hier gezeigt, dass entsprechende Reformen mitunter den demokratischen Prozess in der Tiefe beeinflussen und zu entsprechenden Reaktionen führen können. Welche öffentlichen Reaktionen schließlich in Italien auf die jüngste Ankündigung der Regierung (April 2024), psychologische Tests für Richter einzuführen, folgen, bleibt abzuwarten.⁷⁷ Insgesamt scheint die Dritte Gewalt mehr und mehr in Problemlagen zu geraten, wobei die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit womöglich nur die Spitze des Eisberges verkörpert.⁷⁸

Es liegt auf der Hand, dass die Frage der Haftung der Dritten Gewalt vorschnell nur im Zusammenhang mit »bösgläubigen Justizreformen« und vergleichbaren Entwicklungen gesehen wird. Tatsächlich wird eine Haftungsverantwortlichkeit in diesen Kontexten aber kaum diskutiert. Das hängt

Arkansas at Little Rock Law Review 28 (2005), 19; auch die Ausgabe 2014/4 von »Justice – Justiz – Giustizia« befasst sich schwerpunktmäßig mit dem Thema der Verantwortlichkeit und Haftung von Richtern.

74 Zu Bedeutung des U.S. Supreme Court s. etwa *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 10 ff.; S. 428 ff.; *J. Choper*, Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court, 1980.

75 *G. Britz*, Kontextabhängige Bewertung der Rechtsstaatlichkeit von Justizreformen, NJW 2023, S. 2819 ff.

76 S. dazu nur 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. 19.11.2019, verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K.; s. auch EuGH v. 02.12.2019, Rs. C-668/18, ECLI:EU:C:2019:1093 – Uniparst; EuGH v. 03.02.2020, Rs. C-537/18, ECLI:EU:C:2020:136 – YV v. Krajowa Rada Sądownictwa; EuGH v. 29.01.2020, Rs. 522/18, ECLI:EU:C:2020:42 – Zakład Ubezpieczeń Społecznych; EuGH v. 5.6.2023, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern); eingehend zu den Entwicklungen etwa *P. M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, Der Staat 56 (2017), S. 389 ff.

77 Dazu <https://www.lto.de/recht/justiz/j/italien-justiz-psychotest-meloni-rechtsstaat-psyche-test-richter-staatsanwaltschaft/> (Letzter Aufruf: 04.04.2024).

78 Dazu *A. Voßkuhle*, Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, JZ 2024, S. 1 ff.

u. a. damit zusammen, dass es sich bei der Haftung eher um ein tradiertes Instrument der Verantwortungssicherung handelt,⁷⁹ das recht verstanden die Legitimation der Dritten Gewalt absichert und im Gegensatz zu den neueren Diskussionen – die auf eine Politisierung der Dritten Gewalt hinauslaufen – gerade nicht aushöhlt.

F. Rechtliche Grundlagen einer Haftung der Dritten Gewalt

Eine Haftung der Dritten Gewalt kann sich zunächst auf die Pflicht zum Ausgleich für Schäden beziehen, die durch rechtswidriges Handeln (»Unrecht«) verursacht werden. Im deutschen Recht ist hier zunächst an eine Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG zu denken, zumal § 839 Abs. 2 BGB mit dem oftmals so titulierten »Spruchrichterprivileg« oder »Richterprivileg«⁸⁰ bzw. »Richterspruchprivileg«⁸¹ ausdrückliche Anknüpfungspunkte für eine eingehende Analyse einer Haftung der Dritten Gewalt bietet.⁸² Zudem hat der Gesetzgeber im Jahre 2011 mit § 198 GVG einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch für den Fall überlanger Gerichtsverfahren geschaffen,⁸³ zu dem es inzwischen eine umfangreiche Rechtsprechung gibt.⁸⁴ Darüber hinaus sind – zumindest theoretisch – öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche (z. B. Aufopferungsansprüche) denkbar, wenn auch praktisch so gut wie ausgeschlossen.⁸⁵ Schließlich ist eine Haftung der Dritten Gewalt im deutschen Recht auch nach Maßgabe des Strafrechtsentschädigungsrechts (§ 1 StrEG) oder auf der Grundlage der

79 S. etwa *M. Cappelletti*, »Who watches the watchmen?» A Comparative Study on Judicial Responsibility, *The American Journal of Comparative Law* 31 (1983), S. 1 ff.; auch abgedruckt in *ders.*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, S. 57 ff.; *A. Olowofoyeku*, *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*, 1993.

80 So z. B. die Bezeichnung bei *D. Merten*, Zum Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB, in: *FS Wengeler*, 1973, S. 519 ff.; *F. Ossenbühl/M. Cornils*, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 102 ff.

81 S. dazu *C. Zantis*, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010; *B. W. Wegener*, (Fehl-)Urteilserwartung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedsstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, *EuR* 2004, S. 84 ff.; zum Ganzen etwa *F. Wittreck*, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 151 ff.

82 So zunächst auch der Ansatz bei *M. Breuer*, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 226 ff.

83 Vgl. dazu die Nachw. in Fn. 63.

84 S. etwa BGH v. 15.12.2022 – III ZR 192/21, BGHZ 236, 10; BGH v. 13.04.2017 – III ZR 277/16, NJW 2017, 2478; BGH v. 20.12.2016 – VI ZR 395/15, NJW 2017, 1745; BGH v. 29.11.2016 – VI ZR 208/15, NJW 2017, 1742; zur Entwicklung s. etwa *W. Schlick*, Rechtsprechung des BGH zu öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, NJW 2017, S. 2509 ff. (2511).

85 S. etwa BGH v. 19.02.1962 – III ZR 23/60, BGHZ 36, 379; BGH v. 11.03.1968 – III ZR 72/65, BGHZ 50, 14; *M. Breuer*, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 287 ff.

Staatshaftungsgesetze der neuen Bundesländer möglich, ebenfalls aber in der Praxis extrem selten.⁸⁶

Auf der Ebene der Europäischen Union ist zum einen ein Anspruch gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV (sog. außervertragliche Haftung der Union) für den Fall denkbar, dass es um eine Haftung der unionseigenen Judikative geht.⁸⁷ Noch bedeutsamer – und in Hinblick auf die Moderation des Verhältnisses der Mitgliedstaaten zur EU sehr aufschlussreich – ist zum anderen der unionsrechtliche Haftungsanspruch im Falle sog. qualifizierter Verstöße der mitgliedstaatlichen Gerichte gegen das Unionsrecht.⁸⁸ Hinzu kommt, dass das Unionsrecht inzwischen auch auf der Ebene von Verordnungen Haftungsansprüche niederlegt, auf deren Grundlage ggf. auch Gerichte und Richter haftbar gemacht werden können. Ein Beispiel hierfür ist Art. 82 DS-GVO.⁸⁹ Darüber hinaus kennt das EPGÜ ein eigenes Haftungsregime für das Einheitliche Patentgericht (Art. 5 Abs. 2 und Art. 22 EPGÜ), das in vielerlei Hinsicht eine Vorbildwirkung für neue supranationale oder internationale Gerichtshöfe entfalten könnte.

Schließlich kennt auch das Völkerrecht verschiedene Haftungsansprüche bei judikativem Unrecht, die zum einen in einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von internationalen Gerichtshöfen begründet sein können.⁹⁰ Zum anderen enthält insbesondere die EMRK verschiedene Regelungen, die eine Haftung der Konventionsstaaten für die staatliche Dritte Gewalt nach sich ziehen können (Art. 5 Abs. 5 EMRK, Art. 41 EMRK sowie Art. 3 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK).⁹¹

G. Schwerpunkte der Untersuchung

I. Verfassungsrecht als Maßstab

Ausgangspunkt der Untersuchung ist zunächst der jeweilige verfassungsrechtliche Maßstab für eine Haftung der Dritten Gewalt. Dies liegt auf der

⁸⁶ M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 287 ff., der hierzu Ansprüche aus enteignungs- und aufopferungsgleichen Eingriffen nennt.

⁸⁷ S. Nachweise in Fn. 53.

⁸⁸ Dazu etwa J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340, AEUV Rn. 36.

⁸⁹ Zu diesem Anspruch etwa C. Aliprandi, Datenschutzrechtlicher Schadenersatz nach Art. 82 DS-GVO, 2023; eingehend dazu § 2 C. IV. 5 und § 9 D.

⁹⁰ M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 592 ff.

⁹¹ M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 521 ff.

Ebene des deutschen Rechts nahe: Aufgrund des Vorranges der Verfassung⁹² muss das Fundament der weiteren Betrachtungen durch das Rechtsstaatsprinzip bzw. Art. 34 GG gebildet werden, wonach der Staat für die Amtspflichtverletzungen seiner Bediensteten haftet. Art. 34 GG kennt dabei *keine* Bereichsausnahme für die Dritte Gewalt.⁹³ Neben der Staatshaftung verbürgt das GG zudem die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG), sodass das der Untersuchung zugrundeliegende Spannungsverhältnis schon im Grundgesetz vorgezeichnet ist, auch wenn es im Gegensatz zu anderen Verfassungstexten judikatives Unrecht bzw. richterliche Verantwortlichkeiten in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich thematisiert.⁹⁴

Die Frage nach den (verfassungsrechtlichen) Grundlagen und Maßstäben einer Haftung der Dritten Gewalt stellt sich aber nicht nur für die Ebene des deutschen Rechts, sondern auch für das Unions- und Völkerrecht. Während auf der Ebene des Unionsrechts vorrangig Art. 2 und 19 EUV sowie Art. 340 AEUV eine wichtige Rolle spielen, wird der völkerrechtliche Rahmen im Wesentlichen durch internationale Menschenrechtsverbürgungen (etwa i. R. d. EMRK) und allgemeine Grundsätze des Völkerrechts (Staatenverantwortlichkeit, Unabhängigkeit der Justiz) gebildet.⁹⁵

II. Kontexte der Haftungsfrage

Zwar findet die Haftung der Dritten Gewalt zahlreiche Anknüpfungspunkte im geschriebenen Recht (F.), ein näherer Blick auf die entsprechenden Rege-

92 S. dazu M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes, 2001, S. 32 ff.

93 Nicht näher eingegangen werden soll an dieser Stelle auf das recht unterschiedlich interpretierte Verhältnis von § 839 BGB und Art. 34 GG. Während die »traditionelle« Auffassung davon ausgeht, dass es sich bei § 839 BGB um die haftungsbegründende Norm handelt und Art. 34 GG diese Haftung dann auf den Staat (bzw. die Anstellungskörperschaft überleitet), geht eine neuere Ansicht davon aus, dass Art. 34 GG selbst eine Anspruchsnorm darstellt, die ihrerseits durch § 839 BGB lediglich konkretisiert wird, vgl. dazu F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 151 m. w. Nachw. Angekennert sei nur, dass die neuere Auffassung die historischen Zusammenhänge auf den Kopf stellt.

94 Anders dagegen z. B. Art. 24 Abs. 4 italienische Verfassung (»Die Bedingungen und die Art und Weise der Wiedergutmachung von Justizirrtümern werden durch Gesetz bestimmt.«); s. auch Art. 28 italienische Verfassung (Haftungsüberleitung auf den Staat), Art. 23 portugiesische Verfassung (Ombudsmann für das Rechtswesen), Art. 46 Abs. 3 slowakische Verfassung (»Jeder hat Anspruch auf Ersatz von Schäden, die ihm durch eine ungesetzliche Entscheidung eines Gerichts, eines anderen staatlichen Organs oder eines Organs der öffentlichen Verwaltung oder durch eine unrichtige amtliche Maßnahme zugefügt wurde.«), Art. 36 Abs. 3 Charta der Grundrechte und -freiheiten Tschechien (»Jedermann hat das Recht auf Entschädigung für einen Schaden, der ihm durch die gesetzeswidrige Entscheidung eines Gerichts, einer Staatsbehörde oder Behörde der Selbstverwaltung oder durch ein falsches amtliches Verfahren entstanden ist.«) oder Art. 121 spanische Verfassung (»Schäden, die durch einen Justizirrtum oder durch anomales Funktionieren der Justizverwaltung verursacht werden, berechtigen zu einer Entschädigung zu Lasten des Staates gemäß dem Gesetz.«).

95 Eingehend dazu § 10.

lungsarrangements zeigt aber, dass der Zugriff des positiven Rechts durch Inkonsequenzen und eine überbordende Komplexität geprägt ist, die in vielen Fällen dazu führen wird, dass sekundärer Rechtsschutz erst gar nicht als ernsthafte Rechtsschutzoption aufgefasst wird. Die Verbindung zwischen den verschiedenen in Betracht zu ziehenden Haftungsinstituten herzustellen und so einen Gesamtansatz des deutschen Rechts herauszuarbeiten, ist ein weiterer Schwerpunkt dieser Untersuchung. Verstehen kann man diese Strukturen allerdings erst, wenn man die historische Entwicklung des deutschen Staatshaftungsrechts, politische Hintergründe, vergleichende Seitenblicke und aktuelle Problemlagen mit in die Betrachtung einbezieht und so die dogmatischen Ansätze des deutschen Rechts im Kontext entfaltet.⁹⁶

III. Multiperspektivischer Ansatz

Die Haftung der Dritten Gewalt lässt sich adäquat nur multiperspektivisch erfassen,⁹⁷ was schon darauf zurückzuführen ist, dass die Thematik letztlich durch die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR virulent geworden ist: Einerseits hat der EuGH durch verschiedene Urteile klargestellt, dass nationale Haftungsprivilegierungen für die Dritte Gewalt nicht dazu führen dürfen, dass unionales Recht nicht angewendet wird.⁹⁸ Zudem hat er unterstrichen, dass eine falsche oder unterlassene Anwendung des Unionsrechts einen unionsrechtlich vermittelten Haftungsanspruch auslösen kann, d. h. das Unionsrecht bildet in bestimmten Situationen selbst die Grundlage einer Haftung der (mitgliedsstaatlichen) Gewalten. Andererseits kennt das Unionsrecht mit Art. 340 Abs. 2 AEUV einen außervertraglichen Haftungsanspruch gegen die Union.

Doch nicht nur das europäische Unionsrecht ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, sondern auch die EMRK. Dies hängt nicht nur damit zusammen, dass der EGMR in den letzten Jahren immer wieder die Verfahrensdauer von Gerichtsverfahren vor dem Hintergrund des Art. 6 EMRK kritisiert hat, sondern auch damit, dass letztlich das gesamte EMRK-System im Bereich der Individualbeschwerde auf Justiz-Unrecht aufbaut. Gegenstand der Verfahren vor dem EGMR sind nämlich ausschließlich letztinstanzliche Urteile aus den jeweiligen Vertragsstaaten (vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK).⁹⁹

96 S. zu diesem Ansatz etwa *U. Haltern*, Europarecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, S. 3 ff.

97 So auch *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtschutzes, 2015, S. 3.

98 S. nur EuGH v. 13.06.2006, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo.

99 Dazu *C. Grabenwarter/K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 13, Rn. 16 ff.

Auch die Ebene des Völkerrechts vermag aus verschiedenen Blickwinkeln Impulse für die Frage nach einer Haftung der Dritten Gewalt liefern. Einmal fragt es sich angesichts der »Karriere« der gerichtsförmigen Beilegung von Streitigkeiten auf der internationalen Ebene,¹⁰⁰ ob internationale Gerichtshöfe (etwa der Internationale Gerichtshof (IGH) oder der Internationale Strafgerichtshof (IStGH)) selbst für Fehler haften. Daneben kommt langsam eine Diskussion über richterliche Standesregeln auf, die zwar ursprünglich in einzelnen Staaten ihren Ausgang genommen hat, jetzt aber durch verschiedene Erklärungen und Resolutionen ebenfalls auf der völkerrechtlichen Ebene eine große Rolle spielt (wie z. B. die sog. »Bangalore-Principles«¹⁰¹).

Methodisch wichtig ist darüber hinaus die Beachtung verschiedener »Transnationalisierungsphänomene« und die Rolle der jeweiligen nationalen Gerichte in ihrer zukünftigen Ausgestaltung.¹⁰² Hier stellt sich vorrangig die Frage, welche Folgen sog. Jurisdiktionskonflikte für die Haftung der Dritten Gewalt haben können.¹⁰³ Ansätze zur Lösung dieser Jurisdiktionskonflikte sind Netzwerkbildungen sowie die Zurückstellung eigener Zuständigkeiten aus *Comity*-Gesichtspunkten. Aber auch die Herausbildung ethischer Mindeststandards spielt hier eine große Rolle.¹⁰⁴

IV. Governance-Perspektive

In den Sozialwissenschaften wird die richterliche Tätigkeit schon lange im Kontext des Regierens gesehen. So gesehen machen Gerichte (auch) Politik und sind nicht etwa dem politischen Geschehen entzogen. Für Verfassungs- und Obergerichte ist dieser Ansatz sicher weiterführend. Bezogen auf den EuGH¹⁰⁵ oder das Bundesverfassungsgericht¹⁰⁶ wird entsprechend nunmehr

100 Dazu *S. Oeter*, Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?, in: Die Rechtskontrolle von Organisationen der Staatengemeinschaft – Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 2007, S. 149 ff.

101 The Bangalore Principles of Judicial Conduct, 2002, abrufbar unter https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf (Letzter Aufruf: 04.04.2024).

102 Grundlegend *A.-M. Slaughter*, A New World Order, 2004.

103 Siehe dazu *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, 2007.

104 Dazu *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.

105 *A. Stone Sweet*, The European Court of Justice, in: *P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.)*, The Evolution of EU-Law, 2. Aufl. 2011 S. 121 ff.; *S. Frerichs*, Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2008, S. 120 ff.

106 Dazu etwa *B. Guggenberger/T. Württenberger (Hrsg.)*, Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik: Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998; *M. Höreth*, Wenn Richter mitregieren möchten: Selbstautorisierung beim BVerfG und dem EuGH im Vergleich, in: *R. Chr. von Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.)*, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 875 ff.

schon seit Jahrzehnten der »Governance«-Begriff bzw. die »Governance«-Forschung¹⁰⁷ fruchtbar gemacht. Und es ist sicher kein Zufall, dass der in der »Governance«-Forschung zentrale Begriff der »accountability« so auch in Form einer »judicial governance« Karriere gemacht hat.

Die Erforschung von Verantwortlichkeitsstrukturen ist ein zentrales Element, soweit es darum geht, (auch) den Wandel der rechtsprechenden Gewalt zu erklären und zu legitimieren, und kann insbesondere auf der europäischen und internationalen Ebene möglicherweise legitimationsstiftend wirken. Nicht umsonst werden Fragen der richterlichen Berufsethik, der Wahl von Richtern oder der menschenrechtlichen Überformung des jeweiligen Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts gerade für die europäische und internationale Arena diskutiert, während in Deutschland die Debatte erst zu beginnen scheint. Die Haftung der Dritten Gewalt kann in einem umfassenderen Konzept einer »judicial accountability« so nicht nur als eine Art *ultima ratio* fungieren, sondern einen zentralen Legitimationsbaustein verkörpern.

H. Gang der Untersuchung

Die entscheidenden Fragen und Problemkonstellationen, denen im Weiteren nachzugehen ist, sind damit benannt. Nach einer Auseinandersetzung mit den der Untersuchung zugrundeliegenden Begriffen und dem aktuellen Forschungsstand zur Haftung der Dritten Gewalt¹⁰⁸ wird im *zweiten Teil* der Untersuchung die Herausbildung bzw. Konsolidierung der Dritten Gewalt als eigenständige Staatsfunktion sowie der Prozess ihres stetigen Wandels und der Ausdifferenzierung ihres Entscheidungsspektrums näher beleuchtet.¹⁰⁹ Dieser Wandel findet seine Ursachen nicht zuletzt in der Integration der staatlichen Gerichte im europäischen Rechtsprechungsverbund sowie der im Entstehen begriffenen »Global Community of Courts«. Der *dritte Teil* ist dann der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt im deutschen, europäischen und internationalen Recht gewidmet,¹¹⁰ um im *vierten Teil* die Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Zusammenspiel mit weiteren Instrumenten zu analysieren, die ebenfalls auf die Absicherung einer

¹⁰⁷ S. dazu allgemein G. F. Schuppert, Was ist und wozu Governance, DV 40 (2007), S. 463 ff.; H.-H. Trute/W. Denkhaus/D. Kühlers, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, DV 37 (2004), S. 451 ff.; L. Engi, Governance – Umrisse und Problematik eines staatstheoretischen Leitbilds, Der Staat 47 (2008), S. 573 ff.

¹⁰⁸ §§ 2–3.

¹⁰⁹ §§ 4–7.

¹¹⁰ §§ 8–10.

»judicial accountability« zielen.¹¹¹ Im *fünften Teil* wird schließlich vor dem Hintergrund der zu verzeichnenden Pluralisierung der Haftungsfunktionen die Haftung als neuer Legitimationsbaustein für die Dritte Gewalt charakterisiert und zusammen mit weiteren Instrumenten, die u.a. der Vermeidung von Haftungsfällen dienen (Stichwort: »Berufsethik«), sowie unterschiedlichen Reformansätzen zu einer Gesamtperspektive geformt.¹¹²

111 §§ 11–14.

112 §§ 15–16.

§ 2: Begriffliche Grundlagen

Die der Untersuchung zugrundeliegenden Schlüsselbegriffe »Dritte Gewalt«, »Haftung« und »accountability« bzw. »judicial accountability« bedürfen der Konkretisierung, was angesichts ihrer Dynamik eine Reihe von Problemen aufwirft.¹ Auch deshalb kommt es in besonderer Weise auf den jeweiligen Kontext, in dem die Begriffe verwendet werden, sowie auf die jeweilige Perspektive an: So ist schon die Bezeichnung der Rechtsprechung als »Dritte Gewalt« im Kontext eines multiperspektivischen Ansatzes zumindest klärungsbedürftig, denn ob etwa der Europäische Gerichtshof oder internationale Gerichte eine »Dritte Gewalt« im klassischen Sinne verkörpern bzw. zu dieser gezählt werden können, ist unsicher (dazu A.). Auch der Begriff der »Haftung« ist seit jeher durch eine gewisse Vieldeutigkeit gekennzeichnet. Nicht umsonst sprach *Roscoe Pound* schon im Jahre 1921 von einer der »stock questions of the science of law«, soweit es um die Natur, das System und die theoretischen Grundlagen von Haftungsfragen geht.² Hieran hat sich im Grunde bis heute nicht viel geändert,³ und hinsichtlich der Haftung der Dritten Gewalt gilt dies in besonderer Weise. Hier ist schon problematisch, ob es überhaupt zu einer solchen Haftung kommen kann, und wenn ja, wer und in welchem Umfang zu haften hat (dazu B.). Besondere Herausforderungen bereitet schließlich der Begriff der »accountability« bzw. im Kontext der Dritten Gewalt »judicial accountability«. Er lässt sich zwar mit »Rechenschaftspflichtigkeit« oder »Verantwortlichkeit« übersetzen, seine Bedeutung geht aber im Sinne eines umfassenden Verantwortlichkeits- und Kontrollrezepts (»Gesamtgrad der Kontrollierbarkeit einer Einrichtung«⁴) darüber hinaus, je nachdem, in welchem Kontext er verwendet wird.⁵ Es liegt auf der Hand, dass insbesondere eine »judicial accountability« als Verantwortlichkeits- und

1 Zur Funktion juristischer Schlüsselbegriffe s. unten § 2 C. III.

2 R. *Pound*, An Introduction to the Philosophy of Law (1922), 12. Aufl. 1972, S. 72 f.: »One of the stock questions of the science of law is the nature and system and philosophical basis of situations in which one may exact from another that he 'give or do or furnish something' (to use the Roman formula) for the advantage of the former«.

3 Zu den Unstimmigkeiten des deutschen Haftungsrechts s. etwa N. *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 27 ff.

4 So die Formulierung bei N. *Simantiras*, Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund, 2016, S. 112 m. w. Nachw.

5 Allgemein dazu M. *Bovens*/R. *Goodin*/T. *Schillemans* (Hrsg.), Oxford Handbook of Public Accountability, 2014; D. *Curtin*/A. *Nollkaemper*, Conceptualising Accountability in International and European Law, Netherlands Yearbook of International Law 36 (2005), S. 3 ff.; M. *Bovens*, Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework, ELJ 13 (2007), S. 447 ff.; C. *Harlow*, Accountability in the European Union, 2002.

Kontrollkonzept auf jeweils spezifische Prinzipien und Instrumente verwiesen ist (dazu C.).⁶

A. Rechtsprechung als Dritte Gewalt

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Im Grundgesetz ist an keiner Stelle von einer »Dritten Gewalt«, sondern von der »Rechtsprechung« (Art. 20 Abs. 3 GG), der »rechtsprechende(n) Gewalt« (Art. 92 GG) bzw. den »Richtern« (Art. 92 GG) und »Gerichten« (Art. 92 ff. GG) die Rede.⁷ Was darunter jeweils zu verstehen ist, wird allerdings nicht weiter klargestellt. Die wichtigste Information, die der Verfassungstext in diesem Kontext bereithält, ist die, dass diese »rechtsprechende Gewalt« den »Richtern« anvertraut ist (Art. 92 GG). In der Formulierung »anvertraut« schwingt auch heute noch mehr mit als eine bloße Kompetenzzuweisung. Wer etwas »anvertraut«, der »vertraut«. Die Formulierung des Art. 92 GG ist so ein erster Hinweis auf die zentrale Funktion der Rechtsprechung unter dem Grundgesetz, die zugleich mit einer gewissen Erwartungshaltung verbunden ist (»Vertrauenswürdigkeit«). Zudem ergibt sich aus der Formulierung des Art. 92 GG auch eine Ausschließlichkeit, denn die (staatliche) Rechtsprechung ist zunächst einmal »nur« den Richtern anvertraut und niemandem sonst.

Zudem klärt das Grundgesetz die Legitimationsbasis für die »Rechtsprechung«. Sie folgt primär aus ihrer Rechtsbindung (s. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 97 GG).⁸ Setzt man den Begriff der »Dritten Gewalt« mit dem der »Rechtsprechung« gleich, so lassen sich für seine nähere Ausfüllung zumindest erste Anhaltspunkte auf der Ebene der Verfassung identifizieren.

Dass überhaupt von einer »Dritten Gewalt« gesprochen werden kann, setzt (mindestens) zwei weitere Gewalten voraus. Das Grundgesetz unterscheidet wie fast alle modernen Verfassungen zwischen der Ersten Gewalt

⁶ Zum Begriff der »judicial accountability« s. etwa *J. McIntyre*, The Judicial Function: Fundamental Principles of Contemporary Judging, 2019, S. 233 ff.; *A. Seibert-Fohr*, Judicial Independence and Judicial Accountability, in: *B. Hess* (Hrsg.), Judicial Reforms in Luxembourg and in Europe, 2014, S. 105 ff. (112 ff.).

⁷ S. dazu *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 5; ausführlich dazu § 4 A.

⁸ Dazu etwa *P. Kirchhof*, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an »Gesetz und Recht«, NJW 1986, S. 2275 ff. (2275 f.), der neben der Gesetzesbindung Kategorien wie »Gewissenhaftigkeit, Unbefangenheit, Unparteilichkeit« auf den Richter projiziert, die das »Vertrauen« der Verfassung rechtfertigen sollen und müssen. Gerade die Gesetzesbindung der Judikative ist allerdings in jüngerer Zeit Streitpunkt einer heftigen Debatte um die Grenzen des sog. Richterrechts.

(Legislative), der Zweiten Gewalt (Exekutive) und der hier im Mittelpunkt stehenden Dritten Gewalt (Judikative) und grenzt diese drei Gewalten voneinander ab (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG).⁹ Bei den entsprechenden Aufzählungen im Verfassungstext findet die »rechtsprechende Gewalt« immer als letzte – als dritte – Gewalt Erwähnung.¹⁰ Dieser systematische Ansatz spiegelt sich ferner in der generellen Anlage des Grundgesetzes wider, das die Rechtsprechung erst im IX. Teil regelt, also im Anschluss an die Ausführungen zu Gesetzgebungszuständigkeiten und -verfahren (Art. 70 ff. GG) sowie zum Vollzug des Bundesrechts durch die (Bundes- und/oder Länder-) Exekutive (Art. 83 ff. GG).

Gleichwohl stellt ein entsprechend auf drei Gewalten reduziertes Staatsmodell eine deutliche Simplifizierung dar. Doch zum Zeitpunkt des Erlasses des Grundgesetzes war weder absehbar, zu welch' einflussreichem Faktor sich die Regierungsgewalt (*Gubernative*) entwickeln würde,¹¹ noch welche Rolle den Medien und der Öffentlichkeit als der sprichwörtlichen Vierten Gewalt in der modernen Gesellschaft zukommen könnte.¹² In den 1970er Jahren war zudem von den Gewerkschaften als einer Vierten Gewalt die Rede.¹³ Man mag insofern über die Sinnhaftigkeit der Rede von lediglich drei Gewalten streiten.¹⁴ Immerhin – und darauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang vor allem an – verdeutlicht aber dieses Modell die unterschiedlichen Aufgaben und damit auch die Abgrenzungsbedürftigkeit der staatlichen Gewalten.

9 Grundlegend insoweit *C. de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, dt. Fassung hrsgg. von E. Forsthoff, Bd. I, 1951, S. 214.

10 *D. Willke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 112 Rn 4.

11 Dazu etwa *A. von Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000.

12 Zu der Rolle der Medien s. etwa *W. Hoffmann-Riem*, Kommunikations- und Medienfreiheit, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1995, § 7, Rn. 19 ff. der die öffentliche Aufgabe der Medien im Zusammenhang mit der Verantwortung der Medien sieht.

13 *S. M. Jungblut*, Die vierte Gewalt: die Gewerkschaften – von der Schutzorganisation der Unterprivilegierten zur stärksten Macht im Staat, 1975; ferner etwa *J. H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 2. Aufl. 1978, S. 63 ff. Das Problem steht im Kontext der Sorge um die Macht der Verbände, die sich u. a. auch in Überlegungen zum Erlass eines Verbändegesetzes ausdrückte. Vgl. etwa *G. Leibholz*, Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966), S. 5 ff.; *K. Schelter*, Demokratisierung der Verbände? Demokratie als Ordnungsprinzip in privilegierten Interessenverbänden, 1976; *G. Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände, 1978; *ders.*, Zu den Regelungsproblemen der Verbände: Neo-Korporatismus und innerverbandliche Opposition, JZ 1978, S. 545 ff.

14 Zu Recht kritisch zur Verwendung des Begriffs der »vierten Gewalt« etwa *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 231: »Erweist sich die hier unternommene Reduktion als stimmig, dann sind es unsere Legitimationserwartungen an hoheitliche Herrschaft, von denen abhängt, ob es sich weiterhin lohnt, die Gewaltenunterscheidung zu verwenden. Es ist dann wenig ergiebig, sondern allenfalls denkfaul, jede neue Form öffentlicher Organisation als ‚vierte Gewalt‘ zu charakterisieren und das Ende der Idee der Gewaltenteilung auszurufen, die so niemals irgendjemand vertreten hat.«

Das verweist zugleich auf die Schwierigkeit trennscharfer Unterscheidungen: Aus der Perspektive des Grundgesetzes könnte man zunächst versuchen, sich dem Begriff der Dritten Gewalt (bzw. Rechtsprechung) auf der Grundlage eines Ausschlussverfahrens zu nähern, wie dies häufig für den Begriff der Verwaltung (Exekutive) unternommen wird. Die Dritte Gewalt ist dann weder Exekutive noch Legislative, weder vollziehende noch gesetzgebende Gewalt. Doch ein solcher Ansatz ist wenig weiterführend: Zum einen erlaubt er es nicht, einen »Kernbereich« der Dritten Gewalt abzugrenzen, und zum anderen – hiermit unmittelbar verbunden – würden dem Gesetzgeber keine Grenzen gesetzt, innerhalb der Gewalten Aufgaben zu »verschieben«. Eine nähere Analyse zeigt jedoch, dass den Gerichten bzw. den Richtern nicht nur Aufgaben der »Rechtsprechung« zugewiesen sind, sondern darüber hinaus z. B. administrative Aufgaben.

II. Die Enge des verfassungsrechtlichen Begriffs der »Rechtsprechung«

Doch selbst die Kernaufgabe der Dritten Gewalt – die »Rechtsprechung« – wird vom Grundgesetz nicht eindeutig bestimmt. Vielmehr war es Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, einen solchen Begriff zu entwickeln. Das Bundesverfassungsgericht definiert den Begriff hierbei – interessanterweise ohne nähere Abgrenzung zu den anderen Staatsgewalten – folgendermaßen:

»Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren.«¹⁵

Diese recht allgemeine Umschreibung, die zudem offensichtlich die Tätigkeiten der ordentlichen und Strafgerichtsbarkeit als eine Art judizielles Normalfallszenario vor Augen hat, stellt also die »Entscheidung«, ihre »Letztverbindlichkeit« sowie das »Verfahren« in den Mittelpunkt. Ergänzend wird noch auf die Rolle des »Richters« in diesem »besonders geregelten Verfahren« sowie die des »Rechts« hingewiesen, an das die Rechtsprechung gebunden ist.

Andere Definitionsversuche gehen formaler zu Werke. Hiernach liegt »Rechtsprechung« zumindest dann vor, wenn das Verfassungsrecht bzw. das einfache Gesetzesrecht »Richtern« Aufgaben zuweist.¹⁶ Die Schwierigkeiten eines solchen Ansatzes sind offenbar, denn nur weil das Gesetz formal dem Richter eine Aufgabe zuweist, ist diese Aufgabe nicht zwangsläufig auch »juridikativer Natur«. Tatsächlich werden der rechtsprechenden Gewalt immer

15 BVerfG v. 08.02.2001 – 2 BvF 1/00, BVerfGE 103, 111 (137) – Wahlprüfung Hessen.

16 Etwa in Form der Richtervorbehalte (s. etwa Art. 13 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 GG).

mehr administrative Aufgaben zugewiesen, sodass letztlich nur eine materielle Definition des Begriffs der Rechtsprechung – abhängig von der Natur der Aufgaben – weiterhelfen kann.

Dass diese Fragen für eine Haftung der Dritten Gewalt von einiger Bedeutung sind, liegt auf der Hand. Soweit die Privilegierung gem. § 839 Abs. 2 BGB an ein »Urteil in einer Rechtssache« geknüpft ist, steht die »letztverbindliche Klärung der Rechtslage« im Zentrum, alle anderen richterlichen Tätigkeiten dagegen in der Peripherie des sog. Spruchrichterprivilegs.¹⁷

III. Weites Begriffsverständnis der »Dritten Gewalt«

Vieles spricht dafür, dass der Begriff der »Dritten Gewalt« weiter verstanden werden kann als der der »Rechtsprechung«. Dies liegt schon deshalb nahe, weil es insoweit an zwingenden Vorgaben der Verfassung oder des einfachgesetzlichen Rechts fehlt. Dies mag im ersten Zugriff zweifelhaft erscheinen. Ist der Begriff der »Dritten Gewalt« nicht sogar enger gefasst als der der »Rechtsprechung« bzw. »Judikative«, da in ihm nach der Vorstellung des Grundgesetzes immer das Moment der »Gewalt« – verstanden als *Staatsgewalt* – mitschwingt? Andere Staatsverfassungen sprechen demgegenüber lediglich von »Funktionen« oder von »Autorität«.¹⁸ Dass die »Rechtsprechung« jedenfalls keine »normale« Staatsgewalt verkörpert, wird an der Frage deutlich, ob Art. 19 Abs. 4 GG »Rechtsschutz gegen den Richter« gewährt.¹⁹ Das BVerfG lehnt es in ständiger Rechtsprechung ab, Art. 19 Abs. 4 GG auf Akte der Rechtsprechung anzuwenden. Die Dritte Gewalt ist demnach zwar unzweifelhaft »Staatsgewalt«, indes keine »öffentliche Gewalt« i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG.²⁰

Tatsächlich bietet der Begriff der »Dritten Gewalt« die Gelegenheit, sich von funktionalen und formalen Engführungen, die die Definitionsversuche zur »Rechtsprechung« kennzeichnen, zu lösen. In diesem Sinne lassen sich unter diesem Begriff viele Tätigkeiten erfassen und bündeln, die zumindest nicht zur »Rechtsprechung« i. e. S. zählen. Ein derartig inklusives Begriffsverständnis ist deshalb vorteilhaft, weil gerade bei neuen Aufgabenfeldern der Dritten Gewalt immer wieder diskutiert wird, ob es sich nun um Aufgaben der Rechtsprechung oder Justizverwaltung handelt (etwa bei der richter-

17 Eingehend dazu § 11 B. III.

18 S. C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 92, Rn. 4c, Fn. 27 m. w. Nachw.

19 Vgl. ausführlich A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

20 Vgl. hierzu etwa E. Schmidt-Aßmann/W. Schenk, in: F. Schoch/J.-P. Schneider (Hrsg.), VwGO Kommentar, 41. EL 2021, Einleitung, Rn. 16 ff. m. w. Nachw.

lichen Mediation²¹). Nähert man sich überdies dem Begriff der »Rechtsprechung« aus einer materiellen Perspektive, fällt es z. B. schwer, die Rolle des Rechtspflegers miteinzubeziehen.

Das weitergehende Verständnis erlaubt es so, »rechtsprechungähnliche Vorgänge« auf der staatlichen, europäischen und internationalen Ebene zu berücksichtigen. Schiedsgerichte, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeiten müssten bei einem auf die staatliche Rechtsprechung fokussierten Ansatz außer Betracht bleiben. Aber gerade in diesen Bereichen ist es z. B. zu einer interessanten »Ausdehnung« des Spruchrichterprivilegs gekommen. Insoweit läuft eine Untersuchung, der ein zu enges Begriffsverständnis von der Dritten Gewalt zugrunde liegt, Gefahr, neuere Entwicklungen, aber auch grundlegende Aufgabenverteilungen zwischen öffentlichen und privaten Institutionen der Streitschlichtung aus dem Blick zu verlieren. Zu Recht bemerkt deshalb *Markus Kotzur* in diesem Zusammenhang:

»Es ist die Frage, wer zur dritten Gewalt gehört und was diese dritte Gewalt eigentlich ausmacht. Unsere Standarddefinition, dass wir dabei an staatliche Rechtsprechung denken, greift wahrscheinlich in vielerlei Hinsicht zu kurz. Diese dritte Gewalt muss durch die nichtstaatlichen Akteure, die hier an Streitschlichtungs- und Streitentscheidungsrechtsprechungsprozessen beteiligt sind, und auch durch internationale Akteure angereichert werden.«²²

Hiermit sind gleich mehrere Probleme angesprochen: Lässt sich bezogen auf »nichtstaatliche Akteure der Streitschlichtung und Streitentscheidung« tatsächlich von einer »Dritten Gewalt« sprechen? Können »internationale Akteure« im tradierten Gewaltenteilungskonzept überhaupt eine Rolle spielen? Darauf aufbauend ist es nicht selbstverständlich, auf der Ebene der EU oder des Völkerrechts überhaupt von einer Gewaltenteilung bzw. einer Dritten Gewalt zu sprechen.

Dass etwa im europarechtlichen Diskurs der EuGH fast schon selbstverständlich als unionale »Dritte Gewalt« bezeichnet wird,²³ ist eigentlich erstaunlich, liegt doch der EU kein klassisches Gewaltenteilungsschema zugrunde. Das Arrangement der Unionsorgane wird mit dem »Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts« umschrieben und hebt sich in vielerlei Hin-

21 Dazu § 5 B. IV.

22 *M. Kotzur*, Wortbeitrag, in: *VVDSRL* 74 (2015), 234f.

23 S. etwa *I. Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27ff.; *T. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, *DVBL* 1994, S. 901ff.; *J. Kokott*, Der *pouvoir neutre* im Recht der Europäischen Union, *ZaÖRV* 69 (2009), S. 275 ff. (287); *V. Epping*, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1997), S. 349 ff.; *B. Wegener*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 19 *EUV*, Rn. 4; *A. Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 1, Rn. 11; im Ergebnis skeptisch *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 38 ff.; ablehnend *M. Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 2 ff.

sicht von klassischen Mustern der Gewaltenteilung ab. Indes kann man in einem nächsten Schritt fragen, wie diese »klassischen« Muster überhaupt beschaffen sind und wo sie tatsächlich verwirklicht werden.²⁴

Im Gefüge der EU erfüllt der EuGH jedenfalls Funktionen, die typischerweise der Dritten Gewalt zugeordnet werden: Er sichert gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Zwar sind die Kompetenzen des EuGH letztlich enumerativ und durch die entsprechenden Verfahren festgelegt (vgl. z. B. Art. 258, 263, 267 AEUV) und stützen sich nicht auf Generalklauseln.²⁵ Angesichts der Multifunktionalität des EuGH – er ist Verfassungs- und Verwaltungsgericht, Zivilgericht und Handelsgericht zugleich – und vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung wären aber generalklauselartige Zuweisungen kaum zu legitimieren. Darüber hinaus sind höchsten Gerichten fast immer nur bestimmte Verfahren zugewiesen, sodass das Argument, eine Dritte Gewalt könnte es nur dort geben, wo ihre Befugnisse breit angelegt sind, nicht überzeugt. Dass aber dem EuGH im Rahmen unterschiedlicher Verfahren eine weitreichende Kompetenz zur »judicial review« zukommt – und damit zur Kontrolle der unionalen Rechtsetzungsprozesse –, ist offensichtlich (z. B. im Rahmen der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV).²⁶ Schließlich ist die Aufgabenzuweisung in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV so allgemein formuliert, dass sie kaum auf nennenswerte Begrenzungen schließen lässt.²⁷

Auch auf der Ebene des Völkerrechts kann auf den ersten Blick nur schwerlich von einer »Dritten Gewalt« gesprochen werden, soweit hiermit die Internationalen Gerichtshöfe und Tribunale in den Blick genommen werden sollen. Das Völkerrecht ist in gewisser Weise mehr auf eine Art »Gewaltengleichklang« und Koordination und weniger auf Kontrolle oder »checks and balances« ausgerichtet.²⁸ Doch ginge man über die neueren Entwicklungen hinweg, bezöge man nicht auch einzelne »Annäherungen« mit in die Betrachtung ein. So gibt es durchaus internationale Gerichtshöfe, die direkt oder indirekt im Rahmen von internationalen Organisationen eine

24 C. Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 43 ff.

25 M. Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 2 ff.

26 Dazu etwa I. Dervisopoulos, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 7, Rn. 3 f.; K. Lenaerts/I. Maselis/K. Gutman, EU Procedural Law, 2014, S. 253 ff.

27 Mitunter wird in diesem Zusammenhang etwa bemängelt, dass es auf der Ebene der EU keine einer Verfassungsbeschwerde gleichkommende Beschwerdemöglichkeit des Einzelnen gibt, s. dazu J. P. Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 90 f.

28 S. J. P. Terhechte, Methodenfragen im internationalen Verwaltungsrecht, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 53, Rn. 20.

Rechtskontrolle (»*judicial review*«) praktizieren.²⁹ Hier deutet sich an, dass es auf dieser Ebene mitunter Kontrollen und damit bestimmte Aufgabenzuweisungen und -sicherungen gibt, die für eine Dritte Gewalt typisch sind.³⁰ Noch plausibler ist es in Bezug auf den EGMR oder den IStGH, von einer – internationalen und intergouvernementalen – Dritten Gewalt zu sprechen: Der EGMR und der IStGH übernehmen wichtige, wenn auch nicht unumstrittene Kontrollaufgaben.³¹

Die »Dritte Gewalt« ist so nicht notwendig staatliche Gewalt, sondern es kann auch bezogen auf die Unionsgerichtsbarkeit und internationalen Gerichtshöfe und Tribunale von einer Dritten Gewalt gesprochen werden, wenngleich mit Abstufungen und um den Preis von Verallgemeinerungen. Und selbst private Institutionen der Streitschlichtung sollten nicht vorschnell aus der Beobachtung ausgeklammert werden. Sie erfüllen teils alternativ, teils komplementär wichtige streitschlichtende Funktionen, die zumindest teilweise durch staatliche Gerichte gerahmt werden. So sind etwa auf der staatlichen Ebene Entscheidungen von Schiedsgerichten (Schiedssprüche) nicht gänzlich dem Zugriff staatlicher Gerichte entzogen (vgl. § 1059 ZPO).³² Dies gilt auch für Entscheidungen von Partei- oder Sportgerichten.³³ Letztlich eint alle Formen der Gerichtsbarkeit, dass sie Institutionen der Streitschlichtung und des Rechtsfriedens sind – und deshalb verspricht nur ein weiter, inklusiv ausgerichteter Begriff der Dritten Gewalt eine umfassende Analyse der jeweiligen Verantwortlichkeitsstrukturen inklusive der Haftungsverantwortlichkeit.

Insgesamt können unter dem inklusiven Begriff der »Dritten Gewalt« im Kontext ihrer Haftung deutlich mehr Phänomene erfasst werden als unter einem wie auch immer gearteten, jedenfalls engeren Rechtsprechungsbegriff. Mehr noch: Eine Konzentration auf »judikatives Unrecht«³⁴ verstellt geradezu den Blick dafür, dass eine Haftung der Dritten Gewalt in solchen Feldern

29 Dazu nur *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 38 ff.; *J. Klabbers*, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 179 f.

30 *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 203 ff. am Beispiel der WTO; s. auch *M. Payandeh*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrats durch staatliche und überstaatliche Gerichte, *ZaÖRV* 66 (2006), S. 41 ff. (49 ff.).

31 *C. Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 209 ff. am Beispiel des EGMR.

32 *R. A. Schütze/R. C. Thümmel*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 199 ff.; *R. A. Schütze*, Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts, *SchiedsVZ* 2009, S. 241 ff.; *R. Harbst*, Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, 2002; zur Rolle staatlicher Gerichte im Schiedsverfahren selbst s. *B. Steinbrück*, Die Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte, 2009.

33 Dazu am Beispiel des CAS und ordentlicher Gerichte etwa *J. Wittmann*, Schiedssprüche des Court of Arbitration for Sport vor schweizerischen und deutschen ordentlichen Gerichten, 2015.

34 Vgl. zum Begriff etwa *M. Höflein*, Judikatives Unrecht. Subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter, 2007.

ein gangbarer Weg ist, in denen mit dem Begriff des »judikativen Unrechts«, des »Fehlurteils« etc. nicht viel zu bewerkstelligen ist. Dieser Dritten Gewalt kommt die Aufgabe zu, individualisiert und nachträglich Streitigkeiten nach geordneten Verfahren zu entscheiden, was unter den Bedingungen der Unabhängigkeit und Neutralität erfolgen muss.

B. Haftung und (Staats-)Haftungsrecht

I. Allgemeines

Der Begriff der »Haftung« bzw. des »Haftungsrechts« ist mehrdeutig und kann je nach Rechtsgebiet oder Kontext unterschiedliche Bedeutungen aufweisen.³⁵ Im Zivilrecht wird unter der Haftung etwa »die Pflicht [des Schädigers etc., Verf.] zum Ausgleich eines dem Rechtsgutträgers zurechenbar verursachten Schadens« verstanden.³⁶ »Haftung« meint in diesem Zusammenhang also ganz allgemein, zum Schadensersatz verpflichtet zu sein. Daneben meint der Begriff im Kontext des Zwangsvollstreckungsrechts aber, dass mit der Person oder dem Vermögen für die Erfüllung einer Pflicht eingestanden werden muss.³⁷ Hier geht es dann nicht um die vorgelagerte Frage, ob eine Pflicht zum Ausgleich eines Schadens besteht, sondern in welchem konkreten Umfang diese Pflicht besteht. Auffällig an diesen allgemeinen Begriffsbestimmungen ist freilich, dass sie weder zentral thematisieren, ob der zugefügte Schaden rechtswidrig herbeigeführt wurde oder sich als Folge eines an sich rechtmäßigen Verhaltens herausstellt (z. B. im Falle einer zivilrechtlichen Gefährdungshaftung³⁸). Es kann im Kontext des Zwangsvollstreckungsrechts nicht überraschen, dass der Haftungsumfang von zentraler Bedeutung ist.

Gleichwohl muss der Begriff der Haftung aus der öffentlich-rechtlichen Perspektive anders verstanden werden bzw. sind die Akzente anders zu setzen: Es geht hier vornehmlich um die Frage, ob öffentliche Gewalt *rechtswidrig* ausgeübt wurde oder mit anderen Worten, ob »staatliches Un-

35 Dazu etwa *K. Larenz*, BGB Allgemeiner Teil I, 1982, S. 13; *A. Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 3; *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 2; *M.-P. Weller*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Nacherfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, 2009, S. 32 f.; eingehend auch *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 33 ff.

36 *A. Bruns*, ebenda, mit Verweis auf *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1995, Rn. 1.

37 Zu den Haftungsbegriffen auch *J. Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 64 ff.

38 Eingehend zur zivilrechtlichen Gefährdungshaftung s. etwa *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 103 ff.

recht« zu einem Schaden geführt hat.³⁹ Im Regelfall kann so der Anlass der (Staats-)Haftung kein rechtmäßiges Verhalten sein, sondern nur, dass sich der Staat über seine eigenen Regeln und Gebote hinwegsetzt. Doch auch hier gibt es Ausnahmen, etwa bei Ansprüchen aus Aufopferung oder die Entschädigung bei enteignenden Eingriffen.⁴⁰ Dagegen wird trotz intensiver Diskussionen die Existenz einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung von der Rechtsprechung regelmäßig abgelehnt,⁴¹ während sie in der zivilrechtlichen Haftungsdiskussion eine zentrale Rolle spielt. Zu bemerken ist allerdings, dass diese Diskussion bislang im Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt bedeutungslos ist.

Bezogen auf eine Haftung der Dritten Gewalt entfaltet der Haftungsgriff weitere Schwierigkeiten, denn nicht nur die – zunächst abstrakte – Frage, ob eine Pflicht zum Ausgleich eines Schadens besteht, ist in diesem Zusammenhang zu beantworten, sondern darüber hinaus die Fragen, wen konkret und in welchem Umfang diese Haftung trifft. Beide Fragen werfen bezogen auf eine Haftung der Dritten Gewalt besondere Probleme auf, die unmittelbar mit der Konstruktion der maßgeblichen Anspruchsgrundlagen zusammenhängen und hier in erster Linie mit dem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG: Während nämlich im Zivilrecht zunächst der »Schädiger« selbst zu haften hat, wird im Bereich der Amtshaftung die Haftung auf den Staat auf der Grundlage des Art. 34 GG »übergeleitet«. Der Haftungstatbestand wird so in der Person des Amtswalters erfüllt, die Haftungspflicht dann aber vom Staat übernommen, der seinerseits nur unter engen Voraussetzungen Regress beim Amtswalter nehmen kann (bei einem Richter gem. Art. 34 Abs. 2 GG i. V. m. § 46 DRiG i. V. m. § 78 Abs. 1 BBG bzw. § 71 DRiG i. V. m. § 63 Abs. 2 S. 2 BeamtStG [ex § 46 Abs. 1 bzw. BRRG]). Zudem ist auch die Frage, in welchem Umfang gehaftet wird und ob es spezielle Haftungsausschlüsse gibt, im Amtshaftungsrecht überaus komplex. Während der Haftungsumfang immer auf Schadenersatz gerichtet ist, weil eine Naturalrestitution i. d. R. unmöglich ist, sind Fragen des Mitverschuldens (z. B. bei Verfahrensverzögerungen) oder der Subsidiarität gerade bei einer Haftung der Dritten Gewalt besonders schwierig zu beantworten. Insofern ist eine eingehende Analyse des deutschen Amtshaftungsrechts in diesem Zusammenhang unerlässlich (dazu § 8).

39 F. Ossenbühl/M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 1; so auch M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 92 m. w. Nachw.

40 Ebenda, S. 325 ff.

41 Ebenda, S. 447 ff.

II. »Staatshaftung« und »Staatshaftungsrecht«

Die Unsicherheiten und Mehrdeutigkeiten, die den Haftungsbegriff im Öffentlichen Recht umgeben, spielen schon für die Titulierung des Rechtsgebiets, in dessen Kontext eine solche Haftung gehört, eine Rolle. So ist hier ebenso von einem »Staatshaftungsrecht« (F. Ossenbühl/M. Cornils)⁴² wie allgemeiner von einem »Recht der staatlichen Ersatzleistungen« (H. Maurer/C. Waldhoff)⁴³ bzw. »öffentlicht-rechtlichen Ersatzleistungen« (W. Kluth)⁴⁴ oder wiederum eng von einer »Haftung für rechtswidriges Behördenhandeln« (J. Ipsen)⁴⁵ die Rede.⁴⁶ In neueren Untersuchungen wird dagegen von einem »öffentlichen Haftungsrecht« (B. Hartmann)⁴⁷ bzw. »Einstandspflichten« (H. Sauer)⁴⁸ gesprochen, oder – eher klassisch – von der »Haftung für staatliches Unrecht« (M. Breuer).⁴⁹ Die jeweilige Titulierung hat hierbei entscheidenden Einfluss auf die jeweils mit einzubeziehenden Ansprüche, die – je nachdem – notwendigerweise keine »Haftungsansprüche« i. e. S. verkörpern müssen.

Selbst der Begriff des »Staatshaftungsrechts« wird mitunter sehr weit gefasst. So verstehen *Fritz Ossenbühl* und *Matthias Cornils*

»ihm im Sinne der Verantwortlichkeit für hoheitliches Handeln, des Einstehenmüssens für einen bestimmten Handlungserfolg«⁵⁰.

Dieses weite Verständnis erlaubt in erster Linie eine Bündelung verschiedener Ersatz- und Abwehransprüche, auch wenn sie streng genommen mit einer Haftung im engeren Sinne nicht viel gemein haben.

Der Begriff »Staatshaftungsrecht« ist allerdings nicht nur aufgrund seiner unterschiedlichen Verwendung problematisch, sondern auch aufgrund seiner begrenzten Anschlussfähigkeit in europäischen und internationalen Kontexten. So ist etwa die Rede von einem europäischen oder unionalen Staats-

42 A. Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht. Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 1996; B. Grzesick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013.

43 H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 25 ff.

44 H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stöber/W. Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 ff.

45 J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, S. 321 ff.

46 H. Maurer/C. Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 25, Rn. 1.

47 B. J. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 7 ff. wobei Hartmann den Begriff nicht weiter akzentuiert, sondern ihn mit dem tradierten Begriff des Staatshaftungsrechts synonym verwendet.

48 H. Sauer, Einstandspflichten im Verwaltungsrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, Bd. II, § 47.

49 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 92.

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

haftungsrecht unglücklich. Vielmehr passt hier der Begriff des unionalen Haftungsrechts besser.⁵¹

Die begrifflichen Schwierigkeiten sind aber nicht nur ein deutsches Problem, sondern spiegeln letztlich nur die Probleme wider, die staatliches Unrecht auszulösen vermag.⁵² So finden etwa im englischen Sprachgebrauch recht unterschiedliche Begriffe wie etwa »*Governmental Liability*« (J. A. Weir)⁵³, »*Tort Liability of Public Authorities*« (M. Adenas/D. Fairgrieve/J. Bell)⁵⁴, »*Government Torts*« (C. Harlow)⁵⁵ wie »*Liability of Public and Statutory Bodies*« (B. Markesinis/A. Zoe/S. Deakin)⁵⁶ oder – klassisch und plakativ zugleich – »*Suing Government*« (P. Schuck)⁵⁷ Anwendung. Auch in den semantischen Schwierigkeiten spiegelt sich letztlich wider, dass das Phänomen des staatlichen Unrechts nach wie vor eine Herausforderung für die Rechtswissenschaft verkörpert, sei es auf der rechtspolitischen Ebene oder auf der Rechtsdogmatik – und dies gilt für eine »Haftung der Dritten Gewalt« in besonderer Weise.

C. Accountability

I. Allgemeines

Der aus der politischen Theorie stammende Begriff der *accountability* steht für ein allgemeines Prinzip der Verantwortlichkeit und Kontrolle, das insbesondere in europäischen und internationalen Konstellationen eine besondere Rolle spielt, darüber hinaus aber auch im Kontext der öffentlichen Verwaltung von Bedeutung ist.⁵⁸ Die Encyclopædia Britannica definiert *accountability* als

51 Dazu A. Thiele, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 40, Rn. 1; s. auch J. P. Terhechte, in: U. Häde/M. Pechstein/C. Nowak (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 4.

52 Rechtsvergleichend etwa M. Adenas/D. Fairgrieve/J. Bell, *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2002; s. auch H. Mosler (Hrsg.), *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*. Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1967.

53 J. A. Weir, *Governmental Liability*, Public Law 1989, S. 40 ff.

54 M. Adenas/D. Fairgrieve/J. Bell, *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2002.

55 C. Harlow, *Compensation and Government Torts*, 1982; s. aber *dies.*, *State Liability: Tort Law and Beyond*, 2004.

56 S. Deakin/Z. Adams, *Markesinis & Deakin's Tort Law*, 8. Aufl. 2019, S. 311 ff.

57 P. Schuck, *Suing Government: Citizens Remedies for Official Wrongs*, 1983.

58 Eingehend dazu etwa R. Mulgan, *Holding Power to Account. Accountability in Modern Democracies*, 2003; M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), *Oxford Handbook of Public Accountability*, 2014.

»principle according to which a person or institution is responsible for a set of duties and can be required to give an account of their fulfilment to an authority that is in a position to issue rewards or punishment«⁵⁹.

Jenseits allgemeiner Umschreibungen fällt es allerdings schwer, die konkrete Bedeutung von »accountability« abschließend in einem Satz zu erfassen, insbesondere auch deshalb, weil der Begriff in vielen unterschiedlichen Kontexten Verwendung findet.⁶⁰ Eine klare Eingrenzung des *accountability*-Begriffs erscheint angesichts seiner unterschiedlichen Konnotationen und Bedeutungskontexte so kaum möglich, gemeinsam ist aber allen Ansätzen, dass sie bestimmte Verhältnisse bzw. Rechtsverhältnisse in den Blick nehmen: Soweit es um *accountability* geht, ist z. B. von Interesse, *wer* gegenüber *wem* verantwortlich ist. Zudem ist zu klären, *worauf* sich diese Verantwortlichkeit bezieht und *was* sie zur Konsequenz haben kann.⁶¹

Im Deutschen entspricht *accountability* am ehesten den Begriffen »Verantwortlichkeit« (in Bezug auf dauerhaft zugewiesene Aufgaben) oder »Verantwortung«.⁶² Mögliche andere Übersetzungen sind darüber hinaus »Rechenschaftspflicht«, »Zurechenbarkeit« oder auch – »Haftung«. Diese Übersetzungsversuche dürfen indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Begriff nicht eins zu eins ins Deutsche übersetzen lässt.⁶³ Das spricht aber nicht gegen seine Verwendung und erst recht nicht gegen die Verwendung des dahinterstehenden Gedankens. Vielmehr kann der Begriff Muster verdeutlichen und Zusammenhänge herstellen, die vorher gerade nicht oder nur ungenügend gesehen wurden. Letztlich handelt es sich bei *accountability* – ähnlich wie bei den deutschen Begriffen »Verantwortung«⁶⁴ und »Kontrol-

59 Encyclopædia Britannica: <https://www.britannica.com/topic/accountability> (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

60 M. J. Dubnick, Accountability as a Cultural Key Word, in: M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, S. 23 ff.; L. F. M. Verhey, Accountability: Different Concepts and Practical Implications, in: J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, 2014, S. 115 ff.

61 In diesem Sinne auch A. Schedler, Conceptualizing Accountability, in: A. Schedler/L. Diamond/M. F. Plattner (Hrsg.), The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies, 1999, S. 13 ff.

62 W. Kabl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45, Rn. 66; zum deutschen Begriff »Verantwortung« eingehend L. Heidbrink, Kritik der Verantwortung, 2. Aufl. 2022; L. Heidbrink/C. Langbehn/J. Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2017; J. H. Klement, Verantwortung, Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006; s. auch K. Stein, Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009, S. 5 ff.

63 S. M. Möldner, Accountability of International Organizations and Transnational Cooperations, 2019, S. 30 ff.

64 J. H. Klement, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 55 ff.

le«⁶⁵ – um einen heuristischen Begriff, der zudem stark deskriptiv-analytische Dimensionen aufweist.⁶⁶ Dass *accountability* in den USA mitunter als normatives Konzept gesehen wird, hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass der Begriff im anglo-amerikanischen Sprachraum in bestimmten Diskursen eine besondere Bedeutung hat.⁶⁷

Bemerkenswert ist auch, dass es sich um einen verhältnismäßig jungen Begriff handelt, der erst seit den 1980er Jahren eine zunehmend wichtige Rolle zu spielen vermag.⁶⁸ Dieses erklärt sich u. a. damit, dass zu dieser Zeit internationale Organisationen und neue Verwaltungszusammenhänge an Bedeutung gewinnen konnten, die auf neue Legitimationsressourcen angewiesen waren.⁶⁹ Die Etablierung von klaren Verantwortlichkeitsstrukturen, etwa durch Begründungspflichten, Transparenzstandards oder Evaluationen, stellt damit auch den Versuch dar, demokratische Defizite durch alternative Legitimationsformen zu kompensieren. Nicht umsonst spielt der Begriff etwa im Kontext der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) und hier insbesondere bezogen auf die Rolle der gem. Art 130 AEUV unabhängigen Europäischen Zentralbank (EZB)⁷⁰ oder bezogen auf die Governance von Daten⁷¹ oder allgemeiner des »digitalen Raumes«⁷² eine zunehmend wichtige Rolle.

Konzeptionell geht es so zunächst darum, »Verantwortlichkeiten« zu klären bzw. präziser zu fassen. Der Begriff weist somit eine stark ausgeprägte »*ex-post*-Dimension« auf, was ggf. Folgen für die Instrumente hat, die unter den *accountability*-Begriff gefasst werden können. Allerdings wird in den

65 W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45.

66 So zum Begriff der »Kontrolle« W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45, Rn. 1.

67 C. Harlow, Accountability as a Value for Global Governance and Global Administrative Law, in: G. Anthony/J.-B. Auby/J. Morison/T. Zwart (Hrsg.), Values in Global Administrative Law, 2011, S. 173 ff. (178) m. w. Nachw.

68 Encyclopaedia Britannica: <https://www.britannica.com/topic/accountability> (Letzter Aufruf: 26.03.2024).

69 Dazu J. P. Terhechte, Methodenfragen im internationalen Verwaltungsrecht, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2022, § 53, Rn. 14 ff.; C. Möllers/J. P. Terhechte, Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 44, Rn. 15 f.

70 M. Dawson (Hrsg.), Substantive Accountability in Europe's New Economic Governance, 2023; M. Dawson/A. Maricut-Akkibik/A. Bobić, Reconciling Independence and Accountability at the European Central Bank: The False Promise of Proceduralism, ELJ 2019, S. 75 ff.; A. Akbik, The European Parliament as an Accountability Forum: Overseeing the Economic and Monetary Union, 2022; M. Marakakis, Accountability in the Economic and Monetary Union, 2020; F. Amentenbrink, The Democratic Accountability of Central Banks: A Comparative Study of the European Central Bank, 1999.

71 T. Mertens, Accountability im europäischen Datenschutzrecht, 2023.

72 M. Dawson, The Accountability of Non-governmental Actors in the Digital Sphere: A Theoretical Framework, ELJ 2022, S. 1 ff.

Sozialwissenschaften ein breites Begriffsverständnis vertreten, das primär auch Bezug auf *ex-ante*-Instrumente nimmt.⁷³ Beispiele sind insofern (auch in Bezug auf eine *judicial accountability*) die Etablierung von Berufsethiken oder die Festlegung von Qualitäts- und Einstellungsvoraussetzungen für bestimmte Amtsträger.

II. Abgrenzungen

1. Weitere Konzepte der Verantwortlichkeitssicherung

Im Kontext von *accountability* fallen häufig die Begriffe »*responsibility*« und »*liability*«.⁷⁴ Während *responsibility* eine gewisse Überschneidung mit dem Konzept der *accountability* aufweist, aber im Deutschen eher dem Begriff der »Zuständigkeit« entspricht, meint *liability* »Haftung« bzw. »Haftungsverantwortlichkeit«. Dieses begriffliche Umfeld von *accountability* verdeutlicht zunächst, dass es bei *accountability*-Konzepten um die Frage geht, wie das Recht oder ggf. auch allgemeiner die Gesellschaft mit Regelverstößen oder Fehlern umgeht. Der Begriff weist so zunächst eine *ex-post*-Perspektive auf, was etwa eine Abgrenzung zum Begriff der *compliance* erlaubt. Compliance-Maßnahmen sind in der Regel auf die Zukunft gerichtet und sollen helfen, Regelverstöße zu verhindern, während konkrete Maßnahmen im Kontext von *accountability*-Konzepten häufig Reaktionen auf bereits erfolgte Regelverstöße darstellen. Der Compliance-Begriff hat etwa im Unternehmensrecht im Sinne einer *corporate compliance* in den letzten Jahren eine hohe Bedeutung erlangt.⁷⁵

2. Accountability und Kontrolle

Zudem werden häufig die Begriffe »*accountability*« und »Kontrolle« in einem Zusammenhang gebracht. Kontrolle ist als Korrelat von *accountability* zu verstehen.⁷⁶ Das kommt nicht von ungefähr, denn Kontrolle ist mitunter ein Baustein von *accountability* und ggf. auch umgekehrt.⁷⁷ Durch

73 Zur Bedeutung dieser unterschiedlichen Perspektiven für eine *judicial accountability* s. unten § 2 D.

74 R. Mulgan, »Accountability«: An Ever Expanding Concept?, *Public Administration Review* 78 (2000), S. 555 ff. (557).

75 Dazu nur C. E. Hauschka/K. Moosmayer/T. Lösler (Hrsg.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3. Aufl. 2016.

76 So etwa W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandels, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45, Rn. 66.

77 Dazu etwa J. Hass, *Der Ombudsmann als Institution des europäischen Verwaltungsrechts*, 2012, S. 377 ff. (hier auch eine eingehende Auseinandersetzung mit den beiden Begriffen).

Kontrollen werden Verantwortlichkeiten gesichert, wobei es insbesondere dort auf effektive Kontrollmöglichkeiten ankommt, »wo das Kontrollobjekt nicht für sich selbst (...), sondern für andere handelt.«⁷⁸ Gerade in solchen Konstellationen kommt es auf eine externe Kontrolle an.⁷⁹ Man kann es einfach auf den Punkt bringen, indem man sagt: »Kontrolle findet durch andere statt«. Das Spezifikum von Kontrolle wird so häufig in der notwendigen Distanz des »Kontrolleurs« zum Objekt der Kontrolle gesehen.⁸⁰

In diesem Zusammenhang bereitet die Dritte Gewalt Schwierigkeiten, denn ihre Kontrolle ist bedingt durch ihre Unabhängigkeit zunächst immer eine Selbstkontrolle. Man denke etwa an Rechtsmittel und Rechtsbehelfe. Doch innerhalb des Instanzenzugs wird die Distanz der Dritten Gewalt zu sich selbst nicht unbedingt vergrößert, sondern alle Kontrollvorgänge bleiben stets auf die Dritte Gewalt verwiesen – Distanz als wichtiges Element von Kontrolle ist so nicht immer herzustellen.⁸¹ Dies erscheint umso problematischer, wenn man sich vor Augen führt, dass die Dritte Gewalt nie für sich selbst handelt, sondern über Streitigkeiten Dritter letztverbindlich entscheidet. Insoweit ist die Dritte Gewalt zur Sicherung ihrer Verantwortlichkeit – und sei es nur zur Sicherung ihrer Bindung an Recht und Gesetz – möglicherweise auf weitere Kontrollformen angewiesen, insbesondere soweit ihre »Macht« zunimmt (dazu oben § 1 B.).

III. *Accountability* als Schlüsselbegriff

Der Begriff der »*accountability*« hat in den letzten Jahren auch in der Rechtswissenschaft Karriere gemacht.⁸² Tatsächlich kann er inzwischen als

78 W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45, Rn. 66.

79 Ebenda.

80 S. dazu E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle – Einleitende Problemstizze, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 10; W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45, Rn. 32 ff. m. w. Nachw.

81 Eine andere Frage ist in diesem Zusammenhang, ob das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan und im Wege des spezifischen Instruments der Verfassungsbeschwerde hinreichend Distanz im Rahmen der Kontrolle der Gerichte einnehmen kann. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Aufgabe der Verfassungsbeschwerde darin besteht, die Grundrechte der Beschwerdeführer zu schützen und nicht Instanzerichter im Sinne einer allgemeinen Superrevisionsinstanz zu kontrollieren; eingehend zum Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Fachgerichtsbarkeit etwa R. Allewedt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006.

82 Eingehend dazu A. Schedler, Conceptualizing Accountability, in: ders./L. Diamond/M. F. Plattner (Hrsg.), The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies, 1999, S. 13 ff.; s. auch den einflussreichen Beitrag von R. Mulgan, »Accountability«: An Ever Expanding Concept?, Public Administration Review 78 (2000), S. 555 ff.; ausführlich auch M. Bovens/R. E. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), The Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, insbesondere M. J. Dubnick, Accountability as a Cultural Key Word, ebenda, S. 23 ff.; H.-J. Lauth, Gewaltenteilung und Accounta-

»Schlüsselbegriff« einer ebenenübergreifenden Verantwortlichkeits- und Rechenschaftsdebatte gelten, der eine Öffnung des rechtswissenschaftlichen Diskurses für politikwissenschaftliche Verantwortlichkeitskonzeptionen ermöglicht.⁸³ Angesichts der Aufgabe von Schlüsselbegriffen, die insbesondere »der Verklammerung von Perspektiven dienen« und so »eine Erschließungsfunktion« aufweisen,⁸⁴ darf der Begriff der »accountability« schon als Paradebeispiel eines »Schlüsselbegriffs« gelten. Auch wenn der Begriff in vielen Rechtsgebieten bzw. Kontexten Verwendung findet,⁸⁵ geht es immer um die Legitimation und Verantwortlichkeit für die Ausübung staatlicher bzw. öffentlicher Gewalt.⁸⁶

IV. Unterschiedliche Ausprägungen des *accountability*-Begriffs

Die Weite, die dem Begriff der *accountability* bisweilen anhaftet, führt auch dazu, dass er in verschiedenen Kontexten auch inhaltlich unterschiedlich akzentuiert wird: Während er etwa auf der Ebene des Verwaltungsrechts bzw. im Bereich der *public governance* in erster Linie darauf zielt, persönliche, politische und rechtliche Verantwortlichkeitsstrukturen abzubilden,⁸⁷ dient er im Rahmen des Rechts der Europäischen Union auch dazu, bestehende Legitimationsdefizite, die häufig mit dem Stichwort des »demokratischen Defizits« charakterisiert werden, abzufedern.⁸⁸ Im Völkerstrafrecht weist der Begriff mitunter eine stark subjektive Seite auf und zielt auf eine persönliche

bility: Konzeptionelle Grundlagen zur Kontrollfunktion der Gewaltenteilung in Mehrebenensystemen, in: M. Hartlapp/C. Wiesner (Hrsg.), Gewaltenteilung und Demokratie im Mehrebenensystem der EU: neu, anders – oder weniger legitim?, ZPol 26 (2016), Beiheft 1, S. 17 ff.

83 Zur Bedeutung von Schlüsselbegriffen in der rechtswissenschaftlichen Forschung s. W. Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: FS K. Vogel, 2000, S. 47 ff.; ders., Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung – Plädoyer für einen trans- und interdisziplinären Dialog zwischen Rechts- und Technikwissenschaften, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, TATuP 12 (2003), 92 ff. (96); A. Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, Verwaltungsarchiv 92 (2001), S. 184 ff.; ders., Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1, Rn. 40 ff.; J. Braun, Leitbilder im Recht, 2015, S. 30 ff.

84 S. Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 ff. (225): »Meist handelt es sich (jedenfalls für uns) um neue Termini, deren dogmatischer Wert zumindest anfänglich noch unklar ist. (...) Schlüsselbegriffe sind in erster Linie Termini, die der Verklammerung von Perspektiven dienen. [Sie] (...) haben eine Erschließungsfunktion.«

85 In den Sozialwissenschaften ist deshalb auch schon vor längerer Zeit von einem »age of many Accountabilities« die Rede gewesen; eingehende Analyse bei J. Moes/A. Berthoin Antal/J. Hoffmann/M. Oppen, Accountability-Beziehungen im Wandel – ein sozialwissenschaftlicher Zugang, WZB discussion paper, SP III 2008-104.

86 Dazu eingehend T. Groß, Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015, S. 102 ff.

87 S. dazu B. G. Peters, Accountability in Public Administration, in: M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, S. 211 ff.

88 D. Curtin, Executive Power of the European Union, 2009, S. 247.

strafrechtliche Verantwortlichkeit (*individual accountability*). Auf der Ebene des institutionalisierten Völkerrechts bzw. des internationalen Verwaltungsrechts fällt der Begriff häufig im Zusammenhang mit den Verantwortlichkeitsstrukturen internationaler Organisationen.⁸⁹ Hier geht es allerdings im Gegensatz zum Diskurs auf der Ebene des Unionsrechts weniger um die Offenlegung von Defiziten, sondern gezielt um die Entwicklung von Legitimationsmustern jenseits der genuin demokratischen Legitimation.⁹⁰ Darüber hinaus findet der Begriff der *accountability* in zahlreichen weiteren Zusammenhängen Verwendung, etwa im Bereich der Unternehmensgovernance,⁹¹ wo er häufig im Zusammenhang mit Accounting-Standards eine Rolle spielt und so in gewisser Weise auf seine ursprüngliche Bedeutung zurückverwiesen wird.

1. Komplexe Verwaltungsstrukturen und *accountability*

In Bezug auf die rechtswissenschaftliche Debatte wurde der Begriff der *accountability* zunächst im Bereich der Verwaltung bzw. des Verwaltungsrechts im anglo-amerikanischen Recht geprägt, um Verantwortungsstrukturen der öffentlichen Verwaltung zu beschreiben.⁹² Die entsprechenden Ansätze hängen eng mit der Debatte um neue Formen von Governance zusammen.⁹³ Eine »*administrative accountability*« hat aus dieser Perspektive unterschiedliche Dimensionen, wobei die Pflicht das Recht zu befolgen an erster Stelle stehen dürfte (»*legal accountability*«). Hinzu treten z. B. die Verantwortlichkeit gegenüber der Politik bzw. politische Verantwortlichkeit (»*political accountability*«) und die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament (»*legislative accountability*«).⁹⁴

In der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft spielten entsprechende Überlegungen lange keine große Rolle. Die Gründe hierfür sind vielfältig. So war im Gegensatz zu anderen Verwaltungsrechtsordnungen (insbesondere

89 S. etwa P. Dann, The Law of Development Cooperation, 2013, S. 445 ff.; eingehend auch M. Möldner, Accountability of International Organizations and Transnational Cooperations, 2019.

90 A. von Bogdandy, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 232, Rn. 49.

91 S. etwa K. Lukas/B. Linder/A. Kutzreba/C. Sprenger, Corporate Accountability. The Role and Impact of Non-Judicial Grievance Mechanism, 2016; A. De Jonge, Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment, 2011; s. auch B. Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung, 2017.

92 Eingehend dazu B. G. Peters, Accountability in Public Administration, in: M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, S. 211 ff.

93 Zum Governance-Begriff etwa G. F. Schuppert, Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006; eingehend zu den Funktionen des Governance-Konzepts ders., Alles Governance oder was? 2011, S. 11 ff.

94 Dazu etwa D. Oliver, Executive Accountability: A Key Concept, in: L. Verhey/P. Kiiver/S. Loeffen (Hrsg.), Political Accountability and European Integration, 2011, S. 9 ff.

den USA⁹⁵) z. B. das Phänomen der unabhängigen Regulierungsbehörden in Deutschland bis auf wenige Ausnahmen lange unbekannt.⁹⁶ Das Thema der Verantwortlichkeit bzw. Rechenschaftspflicht der Verwaltung wurde zudem fast ausschließlich aus der Perspektive des Rechtsschutzes⁹⁷ oder (eher eingeschränkt) des Staatshaftungsrechts⁹⁸ gesehen. Erst seit wenigen Jahren werden die Verantwortlichkeit der Verwaltung und damit verbunden ihre Kontrolle auch in der Rechtswissenschaft stärker aus einer Gesamtperspektive betrachtet.⁹⁹ Eine wesentliche Ursache für diese Entwicklung sind auch die Impulse, die von der europäischen Ebene auf das deutsche Verwaltungsorganisationrecht ausgehen. Damit stellt sich die Frage, wie es um die Legitimation der »europäischen Verbundverwaltung« bestellt ist.¹⁰⁰

2. Legitimationsdefizite und accountability im Unionsrecht

Auf der Ebene des Rechts der Europäischen Union spielt der Begriff der *accountability* schon seit langer Zeit eine wichtige Rolle.¹⁰¹ Hier werden neben den bereits erwähnten Dimensionen des Begriffs im Kontext des europäischen Verwaltungsrechts bzw. der »Governance des europäischen Verwaltungsraumes«¹⁰² in erster Linie seine Verbindungen zu Fragen der demokratischen Legitimation der EU insgesamt thematisiert.¹⁰³ Das Konzept der *accountability* spielt hier etwa im Rahmen der Diskussionen über delegierte

95 O. Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common law, 1997, S. 68 ff.

96 S. dazu die Beiträge J. Masing/G. Marcou (Hrsg.), Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010; s. auch EuGH v. 02.09.2021, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 – Bundesnetzagentur.

97 Eingehend dazu etwa J. Buchheim/C. Möllers, Gerichtliche Verwaltungskontrollen als Steuerungsinstrument, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 46.

98 Grundlegend in Deutschland bis heute F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013.

99 S. aber E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001; W. Kahl, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45.

100 Eingehend dazu am Beispiel der Telekommunikationsregulierung E. Westermann, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, 2017; am Beispiel der Energieregulierung R. Hoffmann, Demokratische Legitimation im Verbund der Energieregulierung, 2021.

101 C. Harlow, Accountability in the European Union, 2002; D. Curtin, Executive Power of the European Union, 2009, S. 246 ff.; G. J. Brandsma/E. Heidbreder/E. Mastenbroek, Accountability in the Post-Lisbon European Union, International Review of Administrative Sciences 82 (2016), S. 621 ff.; s. auch allgemein A. Arnall/D. Wincott (Hrsg.), Accountability and Legitimacy in the European Union, 2002 und die Beiträge in M. Ruffert (Hrsg.), Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction, 2011.

102 Eingehend dazu T. Gross, Control without Command: Accountability Mechanism for the EU Administration and their Limits, ZÖR 2016, S. 469 ff.; 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. 48 f.

103 Dazu P. Craig, Integration, Democracy, and Legitimacy, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl. 2021, S. 30 ff.

Rechtsetzungsbefugnisse oder allgemeiner der Ausgestaltung der unionalen Rechtsetzungsverfahren eine wichtige Rolle.¹⁰⁴ In diesem Kontext fungiert der Begriff häufig auch als Folie, um Defizite aufzuzeigen; in der EU fehlt es aus dieser Perspektive gerade an einem hinreichenden Maß an »*democratic accountability*«.¹⁰⁵ Man erkennt schnell, dass es sich hier um eine zentrale Frage für den gesamten europäischen Integrationsprozess handelt, die nicht nur für die Legitimität des *Status quo* von Bedeutung ist, sondern in einem hohen Maße über die Zukunftsfähigkeit der EU entscheidet. Ohne dass hier der Ort wäre, diese Debatte weiter zu vertiefen, ist doch darauf hinzuweisen, dass sich jedenfalls ihre Vorzeichen mit jeder Reform der europäischen Verträge verändert haben. So sind etwa durch den Lissabonner Vertrag eine ganze Reihe von Vorschriften über die demokratische Legitimation des Handelns der EU in die Verträge aufgenommen worden (Art. 9 ff. EUV), die zwar die zu verzeichnenden Defizite nicht komplett beseitigt haben, aber dennoch der Stärkung ihrer demokratischen Grundlagen und damit der Stärkung der demokratischen Kontrolle klar den Weg weisen.¹⁰⁶ Dies gilt auch für den Bereich der delegierten Rechtsetzung (Art. 290 und Art. 291 AEUV).¹⁰⁷ Ob allerdings die Stellung des Europäischen Parlaments als Kontrolleur in diesem Verfahren hinreichend stark ist, steht auf einem anderen Blatt. Nicht nur deshalb bietet das EU-Recht zahlreiche Anknüpfungspunkte, um einzelne Facetten eines genuin unionsrechtlichen *accountability*-Prinzips zu diskutieren, was insbesondere auch für eine *judicial accountability* gilt (eingehend dazu § 2 D.).

104 D. Curtin, Executive Power of the European Union, 2009, S. 247.

105 Kritisch zu den mitunter sehr pauschalen Diskussionen rund um die Frage des sog. demokratischen Defizits etwa A. Moravcik, In Defense of the Democratic Deficit: Reassessing Legitimacy in the European Union, JCMSt 40 (2002), S. 603 ff.; A. Hatje, Demokratie in der Europäischen Union – Plädoyer für eine parlamentarisch verantwortliche Regierung der EU, in: ders. (Hrsg.), Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union, EuR-Beitrag 2/2015, S. 39 ff.; s. aus politikwissenschaftlicher Perspektive M. Hartlapp/C. Wiesner (Hrsg.), Gewaltenteilung und Demokratie im Mehrebenensystem der EU: neu, anders – oder weniger legitim?, ZPol 26 (2016), Beiheft 1.

106 Zur Entwicklung der Diskussion s. etwa A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, 2022, S. 218 ff.; am Beispiel der Rechtsetzung J. von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, 2014, S. 13 ff., S. 299 ff.

107 Eingehend dazu C. Möllers/J. von Achenbach, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, EuR 2011, S. 39 ff.; s. auch allgemein D. Curtin, Legal Acts and the Challenge of Democratic Accountability, in: M. Cremona/C. Kilpatrick (Hrsg.), EU Legal Acts: Challenges and Transformations, 2018, S. 9 ff.

3. »Individual Accountability« im Internationalen Strafrecht

Auch im Bereich des Internationalen Strafrechts spielt der Begriff der *accountability* eine wichtige Rolle.¹⁰⁸ Hier geht es in erster Linie um die Möglichkeiten und die Grenzen der Verfolgung von Verstößen gegen die Menschenrechte bzw. Kriegsverbrechen, wie z. B. Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der Begriff der *accountability* zielt in diesem Zusammenhang auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Kriegsverbrechern auf dem Boden des Völkerrechts (i. S. e. »*individual accountability*«).¹⁰⁹ Es geht hier mit anderen Worten in erster Linie darum, jemanden strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, und um die entsprechenden Durchsetzungsmechanismen. Dadurch hat der Begriff auf der Ebene des internationalen Strafrechts auch eine andere Konnotation als etwa in Verwaltungszusammenhängen.

4. Legitimation Internationaler Organisationen durch *accountability*?

Schließlich ist der Begriff der *accountability* auch in der Diskussion über ein im Entstehen begriffenem »Internationalen Verwaltungsrecht«¹¹⁰ bzw. einem »*Global Administrative Law*«¹¹¹ omnipräsent.¹¹² Gerade in Bezug auf Internationale Organisationen stellt sich häufig die Frage, wie Legitimations- und Verantwortlichkeitsstrukturen beschaffen sein können, fehlt es doch in vielen Fällen an einer ausreichend demokratisch-politischen Programmierung

108 S. R. Ratner/J. S. Abrams/J. L. Bischoff, Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, 3. Aufl. 2009; J. Stromseth, Accountability for Atrocities: National and International Approaches, 2003; *dies.*, Pursuing Accountability for Atrocities After Conflict: What Impact on Building the Rule of Law?, 38 Geo. J. Int'l L. 38 (2007), S. 251ff.

109 Zu den in diesem Zusammenhang wichtigen Tribunalen s. § 10 D.

110 Zum Internationalen Verwaltungsrecht s. E. Schmidt-Aßmann, Die Herausforderung der Verwaltungswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat 45 (2006), S. 315ff.; J. P. Terhechte, Methodenfragen im internationalen Verwaltungsrecht, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2022, § 53, Rn. 6ff.

111 Dazu B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, Law & Contemporary Problems 68 (2005), S. 15ff.; S. Cassev (Hrsg.), Global Administrative Law, 2016.

112 A. Reinisch, Securing the Accountability of International Organizations, Global Governance 7 (2001), S. 131ff.; J. Kläbbers, Unity, Diversity, Accountability: The Ambivalent Concept of International Organisations, Melbourne Journal of International Law 14 (2013), S. 1ff.; C. Harlow, Accountability as a Value for Global Governance and Global Administrative Law, in: G. Anthony/J.-B. Auby/J. Morison/T. Zwart (Hrsg.), Values in Global Administrative Law, 2011, S. 173ff.; J. Kläbbers, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 341ff., insbesondere S. 344; C. Möllers/J. P. Terhechte, Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 44, Rn. 15f.; P. Dann, Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight, AVR 2006, S. 381ff.

und Kontrolle für ihre Tätigkeiten.¹¹³ Dieses gilt insbesondere auch für ihre gerichtliche Kontrolle, denn die in den letzten Dekaden neu errichteten internationalen Gerichte und Tribunale¹¹⁴ sind in der Regel gar nicht befugt, die Rechtmäßigkeit der Handlungen Internationaler Organisationen zu überprüfen.¹¹⁵ Die Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen beruhen so auf Transparenzanforderungen, Evaluationen und vergleichbaren Instrumenten, die häufig in Verwaltungsleitlinien, »codes of conduct« und ähnlichen Dokumenten von den Organisationen oder ihren Organen selbst festgelegt werden. Die Kontrolle ist hier also in gewisser Weise fast immer eine Selbstkontrolle, die sich auf inneradministrative Verantwortlichkeiten bezieht.¹¹⁶

Insoweit versteht sich von selbst, warum es gerade im Zusammenhang mit internationalen Verwaltungsstrukturen auf alternative Legitimationsstrukturen jenseits der demokratischen Legitimation ankommt und damit der Begriff der *accountability* ins Zentrum der Diskussion rückt. Wie auf der Ebene des nationalen Rechts fehlt es aber auch hier dem Begriff an Bestimmtheit. Nicht umsonst sind deshalb zahlreiche Versuche zu verzeichnen, den Begriff anhand von Instrumentenkatalogen näher einzugrenzen und ihm damit mehr Kontur zu verleihen. Freilich besteht hier keine Einigkeit, welche Instrumente und Prinzipien dazu zu zählen sind. So hat etwa *Richard B. Stewart* eine Eingrenzung des Begriffs auf folgende Dimensionen bzw. Instrumente vorgeschlagen:

»The five basic types of institutional mechanisms are electoral, hierarchical, supervisory, fiscal, and legal accountability mechanisms.«¹¹⁷

Nach *Stewart* weisen diese »Mechanismen« eine gemeinsame Anlage auf:

»(1) a specified account, who is subject to being called to provide account, including, as appropriate, explanation and justification for his conduct; (2) a specified account holder who can require that the account render account for his performance; and (3) the ability and authority of the account holder to impose sanctions or mobilize other remedies for deficient performance by the account and perhaps also to confer rewards for a superior performance by the account.«¹¹⁸

113 Zur Bedeutung demokratischer Narrative in diesem Zusammenhang *K. Dingwerth/H. Schmidtke/T. Weise*, The Rise of Democratic Legitimation: Why International Organizations speak the Language of Democracy, European Journal of International Relations 26 (2020), S. 714 ff.

114 Dazu § 7 A. I. und II.

115 S. aber zu den Inspection-Panels der Weltbank *P. Dann*, Die Weltbank als rechtlicher Innovator, in *W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Innovationen im Recht, 2016, S. 155 f.

116 *C. Möllers/J. P. Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 44, Rn. 16.

117 *R. B. Stewart*, Remedy Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness, AJIL 108 (2014), S. 211 ff. (244 ff.); ähnliche Eingrenzungsversuche bei *P. Dann*, Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight, AVR 2006, S. 381 ff. (387 ff.).

118 *R. B. Stewart*, ebenda, S. 245.

Dieser Ansatz hilft für die internationale Ebene klarere Konturen für das *accountability*-Prinzip zu entwickeln und so eine Überstrapazierung des Begriffs zu vermeiden. *Stewart* konzentriert sich ersichtlich zunächst auf Fragen der Zurechnung von Verantwortlichkeiten und notwendigen Grundlagen einer solchen Zurechnung (Begründungen und Rechtfertigungen), dem Verhältnis des Verantwortlichen zum »accounter« sowie den möglichen Folgen, die aus der Verantwortlichkeit erwachsen.¹¹⁹ Ob aber das *accountability*-Konzept am Ende hinreichend Legitimation für die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Internationale Organisationen vermitteln kann, ist noch nicht ausgemacht. Tatsächlich werden gerade aus der europäischen Rechtswissenschaft Zweifel angemeldet, ob demokratische Defizite durch ausdifferenzierte Verantwortlichkeitsregime kompensiert werden können.¹²⁰

5. Accountability gem. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO

Der Begriff der *accountability* findet inzwischen auch im geschriebenen Unionsrecht ausdrücklich Verwendung. So heißt es in Art. 5 Abs. 2 DS-GVO in Bezug auf die in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO niedergelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten: »Der Verantwortliche ist für die Einhaltung des Absatzes 1 verantwortlich und muss dessen Einhaltung nachweisen können (Rechenschaftspflicht)«.¹²¹ Die englische Fassung von Art. 5 Abs. 2 DS-GVO lautet: »The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 (accountability)«. In der französischen Fassung der DS-GVO wird dagegen der deutsche Begriff der »Rechenschaftspflicht« mit »responsabilité« übersetzt und ähnlich auch in der italienischen Fassung mit »responsabilizzazione«, in der niederländischen Fassung ist dagegen von »verantwoordingsplicht« die Rede.

Interessant ist, dass Art. 5 Abs. 2 DS-GVO unter dem deutschen Begriff der »Rechenschaftspflicht« insbesondere die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Grundsätzen versteht, verbunden mit Nachweispflichten, die man langläufig eher unter den Begriff der »compliance« fassen würde.¹²² Dass

119 Ähnlicher Ansatz bei *P. Dann*, The Law of Development Cooperation, 2013, S. 445 ff.

120 *A. von Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 232, Rn. 49; s. auch *C. Möllers/J. P. Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 44, Rn. 15.

121 VO (EU) 2016/679 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. (EU) Nr. L 119/1 v. 04.05.2016.

122 S. auch *A. Roßnagel/A. Richter*, in: *I. Specker gen. Döhmann/V. Papakonstantinou/G. Hornung/P. De Her* (Hrsg.), General Data Protection Regulation, 2023, Art. 5, Rn. 137: »Accountability thus constitutes complete responsibility of the controller for his processing of personal data«.

wiederum die englische Fassung die Verantwortlichkeit zur Einhaltung der Grundsätze des Abs. 1 in Kombination mit der Nachweispflicht als »accountability« bezeichnet, zeigt, dass der Begriff tatsächlich janusköpfig ist und dass seine Bedeutung immer kontextabhängig ist.¹²³

Bemerkenswert ist, dass die DS-GVO bewusst die Verantwortung und die Haftung für die Verarbeitung personenbezogener Daten nebeneinanderstellt. So heißt es in Erwägungsgrund Nr. 74:

»Die Verantwortung und Haftung des Verantwortlichen für jedwede Verarbeitung personenbezogener Daten, die durch ihn oder in seinem Namen erfolgt, sollte geregelt werden. Insbesondere sollte der Verantwortliche geeignete und wirksame Maßnahmen treffen müssen und nachweisen können, dass die Verarbeitungstätigkeiten im Einklang mit dieser Verordnung stehen und die Maßnahmen auch wirksam sind. Dabei sollte er die Art, den Umfang, die Umstände und die Zwecke der Verarbeitung und das Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen berücksichtigen.«

Die Funktion der Haftung gem. Art. 82 DS-GVO war lange nicht abschließend durch die Rechtsprechung geklärt.¹²⁴ In den Erwägungsgründen der DS-GVO (Erwägungsgrund Nr. 146 S. 6 zur DS-GVO) ist von einem »vollständigen« und »wirksamen« Schadensersatz die Rede, nicht aber darüber, welche Funktionen der Schadensersatz im Einzelnen hat. Entsprechend wird in der Rechtsprechung diskutiert, ob der Anspruch ausschließlich auf den Ausgleich von entstandenen Schäden gerichtet ist¹²⁵, oder ob er auch präventive oder pönale Dimensionen aufweisen kann¹²⁶. Der EuGH hat in seinem ersten Grundsatzurteil zu Art. 82 DS-GVO klargestellt, dass 1. ein reiner Verstoß gegen die DS-GVO noch keine Schadensersatzpflicht begründet, 2. die DS-GVO keine Geringfügigkeitsschwelle o. Ä. kennt und dass sich 3. die Bezeichnung der Höhe des Schadensersatzes nach den innerstaatlichen Vorgaben richtet.¹²⁷ Der EuGH hat zugleich festgestellt, dass das Unionsrecht keinen

123 Eingehend zur accountability-Konzeption des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO s. T. Mertens, Accountability im europäischen Datenschutzrecht, 2023; W. Veil, Accountability – Wie weit reicht die Rechenschaftspflicht der DS-GVO?, ZD 2018, S. 9 ff.; J. Breyer, Verarbeitungsgrundsätze und Rechenschaftspflicht nach Art. 5 DSGVO, DuD 2018, 311.

124 C. Aliprandi, Datenschutzrechtlicher Schadensersatz gem. Art 82 DS-GVO, 2023; s. auch allgemein M. Martinij, Hain/H. Ruschemeier, Staatshaftung für automatisierte Verwaltungsentscheidungen, VerwArch 112 (2021), S. 1 ff.

125 Einen Sanktionscharakter verneint AG München, Beschluss v. 03.03.2022 (132 C 737/22) – Vorlagebeschluss zum EuGH.

126 So etwa AG Pforzheim v. 25.03.2020, 13 C 160/19, BeckRS 2020, 27380.

127 EuGH v. 04.05.2023, Rs. C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, Rn. 58 – Österreichische Post: »Wie der Generalanwalt in den Nrn. 39, 49 und 52 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, ist in Anbetracht der Ausgleichsfunktion des in Art. 82 DSGVO vorgesehenen Schadensersatzanspruchs eine auf diese Bestimmung gestützte finanzielle Entschädigung als ‚vollständig und wirksam‘ anzusehen, wenn sie es ermöglicht, den aufgrund des Verstoßes gegen diese Verordnung konkret erlittenen Schaden in vollem Umfang auszugleichen, ohne dass ein solcher voluminößer Ausgleich die Verhängung von Strafschadensersatz erfordert.« Eingehend zu den momentan anhängigen Verfahren

»Strafschadensersatz« fordert, damit der Schadensersatz vollständig und wirksam ist.

Der in der DS-GVO hervorgehobene Zusammenhang von Verantwortlichkeiten und Haftung zielt somit zunächst darauf, Grundsätze für den Umfang, konkrete Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung sowie den Ersatz für tatsächlich verursachte Schäden zu garantieren. Dieser Anspruch kann sich auch gegen Gerichte und Justizbehörden richten, die damit zugleich nicht nur Hüter der »datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit« sind, sondern auch selbst durch die DS-GVO verpflichtet werden und sich ggf. schadensersatzpflichtig machen können.¹²⁸ Hier zeigt sich, dass neue *accountability*-Typen auf der Ebene der EU die Dritte Gewalt nicht etwa ausnehmen, sondern ihre gesonderte Stellung berücksichtigen. Dies gilt auch für ihre Haftung.

V. Grundzüge einer allgemeinen Typologie

Der *accountability*-Begriff wird zwar (fast) immer verwendet, um Verantwortlichkeiten bzw. Verantwortlichkeitsbezüge herzustellen. Wer aber wem gegenüber verantwortlich ist (und ggf. in welchem Umfang), ist jeweils eine Frage des rechtlichen Kontexts. Hierbei ist nicht nur ausschlaggebend, in welchem Rechtsgebiet der Begriff Verwendung findet, sondern auch, worauf er sich jeweils konkret bezieht. In der politikwissenschaftlichen Debatte spielt er mitunter eine andere Rolle als in rechtswissenschaftlichen Abhandlungen.¹²⁹ Daher bietet sich eine Systematisierung an, die auf die konkreten »Verantwortlichkeitsbeziehungen« abstellt. Insofern kann der Begriff etwa dazu dienen, Verantwortlichkeiten auf derselben oder aber auch unterschiedlichen Stufen zu benennen (i. S. e. horizontalen bzw. vertikalen *accountability*, dazu 1.). Darüber hinaus spielt der Begriff in Bezug auf politische Verant-

beim EuGH etwa O. Mörsdorf/A.-J. Momtazi, Schadenbestimmung und Schadenbemessung bei Datenschutzverstößen, NJW 2024, S. 1074 ff.

128 Erwägungsgrund Nr. 20 der DS-GVO: »Diese Verordnung gilt zwar unter anderem für die Tätigkeiten der Gerichte und anderer Justizbehörden, doch könnte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten festgelegt werden, wie die Verarbeitungsvorgänge und Verarbeitungsverfahren bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte und andere Justizbehörden im Einzelnen auszusehen haben. Damit die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung unangetastet bleibt, sollten die Aufsichtsbehörden nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit zuständig sein. Mit der Aufsicht über diese Datenverarbeitungsvorgänge sollten besondere Stellen im Justizsystem des Mitgliedstaats betraut werden können, die insbesondere die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung sicherstellen, Richter und Staatsanwälte besser für ihre Pflichten aus dieser Verordnung sensibilisieren und Beschwerden in Bezug auf derartige Datenverarbeitungsvorgänge bearbeiten sollten.« Die DS-GVO enthält damit jedenfalls kein Spruchrichterprivileg o. ä., so dass gegen eine Haftung der Dritten Gewalt auf der Grundlage von Art. 82 DS-GVO *prima facie* nichts spricht.

129 R. Grant/R. O. Keohane, Accountability and Abuses of Power in World Politics, American Political Science Review 99 (2005), 29 S. ff.

wortlichkeiten eine wichtige Rolle i. S. e. politischen oder demokratischen *accountability* (dazu 2.). Im Zentrum der *accountability*-Debatte steht aber die rechtliche *accountability* (3.) und schließlich die finanzielle *accountability* (4.). Diese unterschiedlichen *accountability*-Dimensionen können sich prinzipiell auf alle Staatsgewalten erstrecken, soweit rechtlich keine Beschränkungen oder Besonderheiten existieren, wie z. B. Unabhängigkeitsgarantien für die Dritte Gewalt, sodass mitunter Besonderheiten zu beachten sind.

1. Horizontale und vertikale *accountability*

Während sich eine horizontale *accountability* auf die wechselseitigen Verantwortlichkeiten auf einer Ebene bezieht (meist im Kontext der Gewaltenteilung), geht es bei der vertikalen *accountability* zunächst um typische sog. »*principal-agent*-Konstellationen«, wie etwa im Falle der demokratischen Verantwortlichkeit der Gewählten (»*agents*«) gegenüber den Wählern (»*principals*«). Darüber kann er aber auch in Mehrebenensystemen von Bedeutung sein, etwa in Bundesstaaten oder in der EU.¹³⁰ Hier geht es immer um die Frage, welche Ebene Verantwortung trägt bzw. im Verhältnis zu einer weiteren Ebene verantwortlich (i. S. v. rechenschaftspflichtig) ist.

Eine vertikale *accountability* kann hierbei grundsätzlich alle Staatsgewalten ggf. auch im Verhältnis zueinander und im europäischen Rechtsraum betreffen: So gibt es etwa klare Verantwortlichkeiten für die Bundesländer im Verhältnis zum Bund für den Fall, dass sie Bundesgesetze vollziehen (s. Art. 83 ff. GG),¹³¹ und darüber hinaus für die mitgliedstaatliche Verwaltung beim Vollzug des EU-Rechts.¹³² Mitunter ist auch die Legislative in solche Verantwortlichkeitsstrukturen eingebunden. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an den »europäischen Legislativverbund« zwischen den nationalen Parlamenten und dem Europäischen Parlament.¹³³ Schließlich wird das Verhältnis von (Höchst-)Gerichten im »europäischen Verfassungsge-

130 Zu der Unterscheidung s. A. Brodocz, Von der vertikalen zur horizontalen *accountability*, Montesquieu, die Federalists und die Transformation der Gewaltenteilung, in: S. Kropp/H.-J. Lauth (Hrsg.), Gewaltenteilung und Demokratie, 2007, S. 28 ff.

131 Dazu etwa C. Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 153 ff. zur Bundesaufsicht und S. 394 ff. Zu möglichen Haftungsfolgen; s. auch M. Winkler, Verwaltungsträger im Kompetenzverbund, 2009, S. 24 ff., 180 ff.

132 Eingehend dazu A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998.

133 Dazu etwa P. Canzik, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), S. 270 ff. (317 f.); T. Grob, Die Rolle der nationalen Parlamente, in: U. Fastenrath/C. Nowak (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 77 ff.; J. P. Terhechte, Wandel klassischer Demokratieverstellungen in der Rechtswissenschaft – Europäisierung und Internationalisierung als Herausforderung, in: H. M. Heinig/J. P. Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoatismus – Wandel klassischer Demokratieverstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013, S. 216 ff.

richtsverbund«¹³⁴ bzw. »Gerichtsverbund« durch (ggf. wechselseitige oder z. T. auch konfigurernde) Verantwortlichkeiten bestimmt.¹³⁵ Insofern kann etwa der Begriff der »Integrationsverantwortung«, den das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren immer wieder in den Diskurs eingepflegt hat, als Ausdruck einer vertikalen *accountability* der deutschen Staatsgewalt angesehen werden.¹³⁶ Träger der Integrationsverantwortung ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zwar zunächst die Legislative, gleichwohl kommt dem Begriff auch im Zusammenspiel zwischen Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Union eine wichtige Rolle zu, schon weil das Bundesverfassungsgericht darüber wacht, ob den jeweiligen Verantwortlichkeiten Rechnung getragen wird.¹³⁷

2. Demokratische *accountability*

Jenseits der eher allgemein gehaltenen Diskussionen über politische Verantwortung bzw. Verantwortlichkeit¹³⁸ gibt es auch ein ausdifferenziertes Konzept einer demokratischen oder politischen *accountability*. Aus der Perspektive des Staatsrechts kann »demokratische Verantwortung« bzw. »political accountability«¹³⁹ nur die Verantwortung *aller* Staatsgewalt gegenüber dem Souverän, also dem Volk (vgl. Art. 20 Abs. 2 GG), sein. Das vom Grundgesetz zugrunde gelegte Modell ist hierbei, dass die Verantwortlichkeit auch im Wege von Wahlen und Abstimmungen gelebt wird. Der Wähler entscheidet durch Wahl bzw. Nichtwahl auch rückblickend über die Verantwortlichkeit der Gewählten oder Nicht-Gewählten.¹⁴⁰ Zwar haben Wahlen immer einen starken Zukunftsbezug, dennoch weisen sie auch eine Verantwortlichkeitsdi-

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

135 J. P. Terbechte, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff.

136 Dazu eingehend A. Voßkuhle, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, DV-Beitrag 10 (2010), S. 229 ff.; M. Nettesheim, Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, NJW 2010, S. 177 ff.; N. Sonder, Was ist Integrationsverantwortung?, KritV 2011, S. 214 ff.; M. Pechstein (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012.

137 BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – Honeywell.

138 Dazu eingehend aus juristischer Sicht K. Stein, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009; s. zum Topos der »Ministerverantwortung« und der historischen Entwicklung in Deutschland T. Ellwein, Über politische Verantwortung, in: R. Zoll (Hrsg.), Politische Wissenschaften, 1987, S. 34 ff.; allgemein auch H. Nicolaus, Politische Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, ZParl 31 (2000), S. 31 ff.; C. Daase u. a. (Hrsg.), Politik und Verantwortung, 2017; A. Tomkins, Public Law, 2003, S. 159 ff.

139 S. nur A. Tomkins, Public Law, 2003, S. 131 ff.

140 Eingehend dazu M. Kotzur, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2021, Art. 20, Rn. 125; A. Tomkins, Public Law, 2003, S. 132: »Perhaps the most obvious way in which the government is held to account is through the machinery and routine of democracy. The law provides that there must be a general election at least every five years.«

mension auf.¹⁴¹ Das gewählte Parlament hat dann in einem nächsten Schritt die Aufgabe, die Exekutive zu kontrollieren und ggf. zur Verantwortung zu ziehen. Hierzu stehen unterschiedliche Instrumente zur Verfügung: Frage- und Informationsrechte des Parlaments (für den Bundestag s. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG),¹⁴² Untersuchungsausschüsse (Art. 44 GG, PUAG)¹⁴³ oder das konstruktive Misstrauensvotum gem. Art. 67 GG¹⁴⁴ sind Mittel der Kontrolle und Verantwortungssicherung zugleich.

Diese Mechanismen sind nicht nur für die staatliche Ebene relevant, sondern spielen beispielsweise auch auf der Ebene der EU eine Rolle. So ist etwa der Präsident der Kommission durch das Europäische Parlament zu wählen (Art. 17 Abs. 7 S. 2 EUV). Politisch-demokratische Verantwortlichkeiten sind so unmittelbar (Wählen) und mittelbar (über Parlamente) denkbar. Und beide Formen spielen auch bezogen auf die Dritte Gewalt eine Rolle, je nachdem, ob und ggf. durch wen Richter gewählt werden oder wie das Verfahren der Richterabsetzung ausgestaltet ist (eingehend dazu unten § 12 A., § 13 E., § 14 C.). Darüber hinaus bedeutet demokratische Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt aber immer auch, dass sie an das demokratische Parlamentsgesetz gebunden ist. Hier fließen letztlich demokratische und rechtliche Verantwortlichkeit zusammen (dazu sogleich 3.).

3. Rechtliche accountability

Accountability meint darüber hinaus häufig »rechtliche Verantwortlichkeit« (i. S. e. einer »*legal accountability*«). Mitunter ist auch – missverständlich – in diesem Zusammenhang von einer »*judicial accountability*« die Rede. »*Legal accountability*« wird insbesondere im anglo-amerikanischen Recht meist von der politischen *accountability* abgegrenzt. Während politische *accountability* die Verantwortlichkeit der Verwaltung gegenüber dem Parlament umschreibt, ist es gerade die Aufgabe der Gerichte, die rechtliche Verantwortlichkeit der anderen Staatsgewalten zu sichern; *legal accountability* wird hier durch die Befugnis der Gerichte zur *judicial review* sichergestellt.¹⁴⁵

141 Kritisch *P. Badura*, Die Verantwortung des Gesetzgebers, in: E.-J. Lampe (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht (Jahrbuch für Rechtsoziologie und Rechtsphilosophie XIV), 1989, S. 246 ff. (248).

142 Dazu etwa BVerfG v. 01.07.2009 - 2 BvE 5/06, BVerfGE 124, 161 (188) - Überwachung von Bundesabgeordneten.

143 *P. Glauben/L. Brocker*, Das Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern, 4. Aufl. 2023.

144 *L. Berthold*, Das konstruktive Misstrauensvotum und seine Ursprünge in der Weimarer Staatsrechtslehre, *Der Staat* 36 (1997), S. 81 ff.; *W.-R. Schenke*, Die Bundesrepublik in die Kanzlerdemokratie – zur Rechtsstellung des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz, *JZ* 2015, S. 1009 ff. (1015 ff.).

145 Dazu etwa eingehend *A. Tomkins*, Public Law, 2003, S. 131 ff. und S. 170 ff.

Bezogen auf die Dritte Gewalt spielt der Begriff dagegen eine untergeordnete Rolle, was bei Licht besehen eigentlich erstaunlich ist, denn eine *legal accountability* sichert in erster Linie die Rechtskonformität von Entscheidungen. Die Dritte Gewalt sichert aber nicht nur diese Konformität im Rahmen der *judicial review* ab, sondern muss sie auch in ihren Verfahren selbst herstellen. Auch die Dritte Gewalt ist dem Recht unterstellt und rechtlich verantwortlich.

Für die drei Staatsgewalten in Deutschland haben sich rund um ihre rechtliche Verantwortlichkeit im Laufe der Zeit ganz unterschiedliche Fragestellungen ergeben. So wird etwa bezogen auf die Verwaltung Umfang und Überprüfbarkeit ihrer Rechtsbindung – und damit ihrer Verantwortlichkeit gegenüber den Gerichten – als solcher diskutiert.¹⁴⁶ Hierbei lassen sich die weit verzweigten Diskussionen über unbestimmte Rechtsbegriffe und das Ermessen der Verwaltung (allgemeiner: administrative Spielräume) nur bedingt auf einen Nenner bringen, zumal die Fragestellung immer stärker auch die Ebene des Unions- oder Völkerrechts berührt.¹⁴⁷ Die Komplexität der hiermit verbundenen Fragestellungen hat damit allerdings ein Maß erreicht, das es äußerst schwer macht, Verantwortlichkeiten zu allokieren. Wie weit reicht der Bereich eigenverantwortlicher, gerichtlich nicht weiter überprüfbarer Exekutivgestaltung, und wo beginnt die Pflicht der Gerichte zur Überprüfung?¹⁴⁸ Eine präzise Antwort auf diese Frage ist kaum noch zu geben.

Die Bindung des Bundestages bzw. der Länderparlamente an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) sowie die »verfassungsmäßige Ordnung« (Art. 20 Abs. 3 GG) ist ausdrücklich im Grundgesetz bzw. einigen Landesverfassungen festgeschrieben (s. etwa Art. 2 Abs. 2 Nds. Verf.), auch wenn es im parlamentarischen Geschehen mehr um die Setzung des Rechts als um die Bindung der Legislative an das (Verfassungs-)Recht gehen mag. Dennoch ist Rechtssetzung nach dem Grundgesetz selbst ein rechtlich gesteuerter Vorgang, der auch rechtliche Verantwortlichkeiten kennt, die durch das Bundes-

146 S. nur *M. Ludwigs*, Dogmatische Grundlagen und Typologie behördlicher Entscheidungsspielräume, in: W. Kahl/ders. (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. V, 2023, § 124.

147 Dazu etwa *M. Ludwigs*, Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte – Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtlicher Rahmen und europarechtliche Herausforderungen, DÖV 2020, S. 405 ff.; *M. Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019, S. 183 ff.; *J. P. Terhechte*, Administrative Discretion and Judicial Review in Germany – New Tendencies in the Field of Economic Regulation, in: S. Lavrijssen/O. Essens/A. Gerbrandy (Hrsg.), Judicial Review in Economic Regulation and Competition Law, European Law Publishers, 2009, S. 79 ff.

148 Dazu nur *M. Ludwigs*, Dogmatische Grundlagen und Typologie behördlicher Entscheidungsspielräume, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. V, 2023, § 124, Rn. 66.

verfassungsgericht in bestimmten Verfahren, wie z. B. der abstrakten Normenkontrolle,¹⁴⁹ gesichert werden.¹⁵⁰

Für die Dritte Gewalt wird die Bindung an das Recht schließlich als entscheidende Legitimationsressource angesehen.¹⁵¹ Das Grundgesetz sieht in Art. 97 Abs. 1 GG ausdrücklich vor, dass Richter »*nur dem Gesetze unterworfen*« sind.¹⁵² Doch bereits in Art. 1 Abs. 3 GG wird die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte festgeschrieben. Darüber hinaus sieht Art. 20 Abs. 3 GG die Bindung der Rechtsprechung an »*Gesetz und Recht*« vor. Ohne die Bindung an das demokratisch gesetzte Gesetz verliert die Rechtsprechung nicht nur Maßstab und Grund ihrer Tätigkeit, sondern insbesondere auch ihre Legitimation. Urteile können »im Namen des Volkes« ergehen,¹⁵³ weil sie sich auf das demokratische Parlamentsgesetz stützen, in denen sich der »Volkswille« manifestiert.¹⁵⁴

Allerdings reicht der schematische Hinweis auf die Rechtsbindung der Dritten Gewalt an das demokratische Parlamentsgesetz nicht immer bzw. nicht allein aus, um die rechtsprechende Gewalt zu legitimieren. *Christoph Möllers* weist hier zu Recht darauf hin, dass man gar nicht zwischen der Rechtsprechung und der Verwaltung unterscheiden müsste, soweit es alleine auf die Rechtsbindung ankäme, die in Art. 20 Abs. 3 GG für die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung gleichermaßen festgeschrieben ist.¹⁵⁵ Während aber die Rechtsbindung der Verwaltung – und damit ihre rechtliche Verantwortlichkeit – umfassend durch die Gerichte sichergestellt wird (Art. 19 Abs. 4 GG), kann die Dritte Gewalt ihre Rechtsbindung zunächst »nur« selbst in Rechtsmittelverfahren sicherstellen. Schon deshalb sind weitere Legitimationsbausteine für die Dritte Gewalt notwendig, um ihren »Legitimationsanspruch« (*Möllers*) zu untermauern.¹⁵⁶

149 Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und 2a GG und § 76 ff. BVerfGG.

150 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20, Rn. 249.

151 Dazu § 4 C. II. 2.

152 G. Roellecke, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 7 ff.; C. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 43 ff.; R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989; H.-J. Strauch, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz – eine Bindung durch Kohärenz, KritV 2002, S. 311 ff.; S.-P. Huang, Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz: Richterliche Entscheidungen nach dem richtigen Recht oder der rechtlichen Rahmenordnung, Rechtstheorie 38 (2007), S. 451 ff.; P. Hilbert, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, S. 130 ff.

153 § 311 Abs. 1 ZPO, § 117 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 268 Abs. 1 StPO, § 25 Abs. 4 BVerfGG.

154 Dazu etwa P.-C. Müller-Graff, Zur Geschichte der Formel »Im Namen des Volkes«, ZZP 1975, S. 442 ff.; J. Limbach, Im Namen des Volkes – Macht und Verantwortung der Richter, 1999, S. 110 ff.

155 *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 101.

156 *Christoph Möllers*, Die drei Gewalten, 2008, S. 101.

Insofern spielt für die Legitimation der Dritten Gewalt auch die Ausgestaltung der Gerichtsverfahren als individualisierende Verfahren eine wichtige Rolle.¹⁵⁷ Hinzu kommen aber weitere potenzielle Legitimationsbausteine, die sich in diesen Ansatz nicht ohne Weiteres einfügen, wie z. B. die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (§ 169 GVG), Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen usw.¹⁵⁸ Diese typischen *accountability*-Mechanismen treten neben die Rechtsbindung der Dritten Gewalt sowie der legitimatorischen Wirkung des Gerichtsverfahrens als solcher und helfen unmittelbar oder mittelbar, ihre »rechtliche *accountability*« zu sichern. Sie verkörpern so gewissermaßen den dritten Pfeiler, auf dem die Legitimation der Dritten Gewalt in demokratischen Verfassungsstaaten und darüber hinaus beruht. Eine besondere Bedeutung muss ihnen hierbei in Konstellationen zukommen, in denen es keine Rechtsmittel gibt (mitunter EuGH, internationale Gerichtshöfe), der Zugang zu Rechtsmitteln eingeschränkt ist oder die Individualisierungsleistung der Verfahren gemindert ist.

4. Finanzielle *accountability*

Verantwortlichkeiten können sich schließlich auch hinsichtlich der effektiven Verwendung von Finanzmitteln ergeben. Tatsächlich findet das *accountability*-Prinzip hier in gewisser Weise seinen Ursprung, ging es doch ursprünglich um eine korrekte Rechnungslegung und damit um eine Rechenschaftspflicht im eigentlichen Sinne des Wortes.¹⁵⁹ Tatsächlich hat diese Spielart der *accountability* im Sinne einer Rechenschaftspflicht bzw. Finanzverantwortung auch heute eine große Bedeutung, etwa im Rahmen des EU-Haushaltstrechts.¹⁶⁰ Diese – eher im technischen Sinne zu verstehende – »Rechenschaftspflicht« im Sinne einer Verantwortung für die sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln spielt aber weniger im Verhältnis des Bürgers zur Dritten Gewalt oder umgekehrt eine Rolle als vielmehr im Verhältnis der Dritten Gewalt zur Exekutive bzw. zum Haushaltsgesetzgeber.

Wer aber ist wem gegenüber »finanziell verantwortlich«? Die Rollen sind hier unterschiedlich verteilt. So trifft den Haushaltsgesetzgeber auf der Bundes- und Landesebene sowie ggf. die jeweilige Verwaltung die Verantwortung, für eine ordnungsgemäße finanzielle Ausstattung der Staatsgewalten zu

157 Christoph Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 100 ff.

158 Eingehend dazu § 12 D, § 13 E, § 14 C.

159 Eingehend zur Begriffsgeschichte T. Mertens, Accountability im europäischen Datenschutzrecht, 2023, S. 6 ff.

160 Eingehend in Bezug auf den EU-Haushalt P. Stephenson/M.-L. Sánchez-Barrueco/H. Arden (Hrsg.), Financial Accountability in the European Union, 2021.

sorgen (»Finanzierungsverantwortung«).¹⁶¹ Diese Verpflichtung bezogen auf die Dritte Gewalt kann man im Kontext der richterlichen Unabhängigkeit sehen, denn nur eine ausreichend ausgestattete Justiz kann auch als unabhängig angesehen werden. Gleichzeitig zwingt das der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG innewohnende Effektivitätsgebot (sog. »Gebot funktionsgerechter Ausstattung«) dazu, die Justiz entsprechend auszustatten.¹⁶² Dazu korrespondiert die Pflicht der Justiz, die zur Verfügung gestellten Mittel sparsam, d. h. »verantwortungsvoll« einzusetzen, wobei »Wirtschaftlichkeit« und »Ordnungsmäßigkeit« i. S. d. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG die entscheidenden Kriterien verkörpern. Diese Verantwortlichkeit wird z. B. durch Kontrollen der Rechnungshöfe (vgl. Art. 114 Abs. 1 GG) sichergestellt.¹⁶³

Schon hier zeigt sich, dass Fragen der finanziellen Ausstattung von Institutionen im Rahmen von *accountability*-Strukturen eine ebenso wichtige Rolle spielen wie die Mechanismen, die eine wirtschaftliche Verwendung der entsprechenden Mittel sicherstellen und die ggf. mit Sanktionen (Rück erstattung, Haftung) durchgesetzt werden können.¹⁶⁴ Allerdings stehen in der Diskussion bislang eher Fragen der Ausstattung der Justiz im Vordergrund. Hier wird etwa diskutiert, ob eine »Unterausstattung« der Gerichte durch den Haushaltsgesetzgeber Amtshaftungsansprüche begründen kann, soweit es zu überlangen Verfahren kommt.¹⁶⁵ Schon dieses Beispiel zeigt, dass »finanzielle Verantwortlichkeiten« einen direkten Zusammenhang mit der Frage nach einer Haftung der Dritten Gewalt aufweisen können. In diesem Fall bezieht sich die Verantwortlichkeit allerdings nicht auf die Dritte Gewalt, sondern auf den Haushaltsgesetzgeber. Auch die Diskussion, ob es in einem Bundesland zu viele Gerichte gibt (etwa die Anzahl der Arbeitsgerichte in NRW) zielt letztlich nicht auf die Dritte Gewalt selbst, sondern auf die finanziellen Folgen von exekutiven Organisationsentscheidungen.¹⁶⁶ Eine *financial*

161 BVerfG v. 13.08.2012 - 1 BvR 1098/11, BayVBl. 2013, 210 (211); F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140; M. Minkner, Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015, S. 200 ff.

162 P.-M. Huber, in: P. Huber/A. Voßkuhle, GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG, Rn. 487; BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und 2 BvR 2155/1, BVerfGE 133, 168 (200 ff.); BVerfGE v. 16.06.2015 – 2 BvR 2718/10, 2 BvR 2808/11, 2 BvR 1846, BVerfGE 139, 245 (267 f.).

163 Zur Rolle der Rechnungshöfe etwa K. Stern, Bundesrechnungshof und Finanzkontrolle in verfassungsgerechter Sicht, DÖV 1990, S. 261 ff.; J. Wieland, Rechnungshofkontrolle im demokratischen Rechtsstaat, DVBl. 1995, S. 894 ff.

164 Dazu C. Schütze, Der ökonomisierte Richter: Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit als Grenzen neuer Steuerungsmodelle in den Gerichten, 2005.

165 Eingehend dazu J. P. Terhechte, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtschutz gegen den untätigen Richter, DVBl. 2007, S. 1134 ff.

166 Zu dieser Diskussion s. etwa https://www.wz.de/nrw/geldverschwendungen-gibt-es-zu-viele-arbeitsgerichte-in-nrw_aid-39391957 (Letzter Aufruf: 15.03.2024).

accountability der Dritten Gewalt selbst in dem Sinne, dass deutsche Gerichte die ihnen durch den Haushaltsgesetzgeber (im Falle des BVerfG, das einen eigenen Haushaltstitel im Bundeshaushalt hat)¹⁶⁷ oder die Justizministerien zugewiesenen Mittel effektiv bzw. sparsam einzusetzen haben, ist bislang – soweit ersichtlich – nur vereinzelt durch die Rechnungshöfe thematisiert worden.

Dagegen ist die finanzielle Verantwortung des EuGH¹⁶⁸ (i. S. e. Rechenschaftspflicht über die Verwendung der zugewiesenen Mittel) oder darüber hinaus von internationalen Gerichtshöfen durchaus ein kontrovers diskutiertes Thema.¹⁶⁹ Insbesondere für den Internationalen Strafgerichtshof, der nicht nur ein Gericht, sondern zugleich eine Internationale Organisation verkörpert,¹⁷⁰ ist die finanzielle Abhängigkeit von den Vertragsstaaten erheblich.¹⁷¹ Ohne ihre finanziellen Beiträge kann der IGHSt seine Funktion nicht erfüllen, was aus der Perspektive der richterlichen Unabhängigkeit Probleme aufwerfen kann. Schließlich wird auch diskutiert, inwiefern internationalen Gerichten die Aufgabe zukommt, die finanzielle Verantwortlichkeit internationaler Organisationen zu sichern.¹⁷²

Insgesamt erweist sich die »*financial accountability*« von Institutionen und Einrichtungen damit als vielschichtiges Konzept, das sowohl auf der nationalen Ebene als auch auf der europäischen und internationalen Ebene nicht nur für die Verwaltung oder für Internationale Organisationen von hoher Bedeutung ist, sondern auch für Gerichte. Mit dem Begriff lassen sich recht unterschiedliche Verantwortlichkeitsbeziehungen beschreiben: So bezeichnet er die Verantwortlichkeit des (Haushalts-) Gesetzgebers oder im Falle internationaler Gerichtshöfe auch des Vertragsstaates, für eine entsprechende Mittelausstattung der Gerichte zu sorgen. Darüber hinaus haben die jeweiligen Gerichte die Verantwortung, mit den zur Verfügung gestellten Mitteln ordnungsgemäß und effizient umzugehen. Schließlich können

167 Zum Haushaltstitel des BVerfG s. Denkschrift des BVerfG v. 27.06.1952, JöR 6 (1957), S. 144; dazu auch K. Chatziathanasiou, Die Statusdenkschrift des Bundesverfassungsgerichts als informaler Beitrag zur Entstehung der Verfassungsordnung, RW 2020, S. 145 ff.

168 C. Krenn, The European Court of Justice's Financial Accountability, ECLR 13 (2017), S. 453 ff.

169 S. Kendall, Commodifying Global Justice: Economies of Accountability at the International Criminal Court, Journal of International Criminal Justice, 13 (2015) S. 113 ff.; s. auch allgemein K. Raffer, International Financial Institutions and Financial Accountability, Ethics & International Affairs 18 (2004), S. 61 ff.

170 Dazu K. Gallant, The International Criminal Court in the System of States and International Organizations, Leiden Journal of International Law 16 (2003), S. 553 ff.; I. Hurd, The International Criminal Court, in: International Organizations: Politics, Law, Practice, 2010, S. 217 ff.

171 S. Kendall, Donors' Justice: Recasting International Criminal Accountability, Leiden Journal of International Law, 24 (2011), S. 585 ff.

172 Dazu etwa F. Lupo-Pasini, Financial Disputes in International Courts, JIEL 21 (2018), S. 1 ff.

Gerichte auch die Aufgabe haben, die finanzielle Verantwortung der Verwaltung oder Internationaler Organisationen zu sichern.

VI. Mechanismen und Instrumente zur Sicherung von *accountability*

Die Mechanismen und Instrumente, die eine *accountability* sicherstellen sollen, sind ebenso vielfältig wie der Begriff selbst. Hier kommt es in besonderer Weise auf den konkreten Kontext an, in dem es um eine *accountability* geht. So liegt es auf der Hand, dass es im Völkerstrafrecht um die spezifischen Dimensionen und Instrumente strafrechtlicher Verantwortlichkeit geht, also um die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit von Straftätern. Instrumente, um diese Verantwortlichkeit zu sichern, sind zunächst die Mechanismen, die es ermöglichen, die in den jeweiligen Konventionen festgehaltenen Straftatbestände im Falle ihrer Verwirklichung zu verfolgen und ggf. abzuurteilen.¹⁷³

Im internationalen Verwaltungsrecht bzw. in Bezug auf internationale Organisationen kommt es dagegen stärker auf Instrumente an, die Verantwortlichkeiten einerseits sichern, zum anderen aber auch Legitimation stiften können.¹⁷⁴ Eine entsprechende Verwendung findet der Begriff auch auf der Ebene des Unionsrechts.¹⁷⁵ Insgesamt spielen in der *accountability*-Debatte Mechanismen und Instrumente wie z. B. Transparenzstandards,¹⁷⁶ Informationsrechte, Begründungserfordernisse,¹⁷⁷ Mechanismen zur Sicherstellung von Rechtsbindung und die Rechtskontrolle durch unabhängige Instanzen eine wichtige Rolle. Hinzu kommen Mechanismen, die die politische Verantwortung (Wahlen)¹⁷⁸ bzw. die persönliche Verantwortung (mögliche Formen sind hier die Dienstaufsicht, eine Amtsenthebung etc.) sichern sollen. Auch Qualifikationserfordernisse können in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielen, auch wenn ihnen eher eine *ex-ante*-Perspektive zu eigen ist.¹⁷⁹

173 Eingehend dazu etwa die Beiträge in K. Heller/F. Megret/S. Nouwen/J. Ohlin/D. Robinson (Hrsg.), Oxford Handbook on International Criminal Law, 2020.

174 D. Dyzenhaus, Accountability and the Concept of (Global) Administrative Law, in: H. Corder (Hrsg.), Global Administrative Law: Development and Innovation, 2009, S. 3 ff.

175 C. Harlow, Accountability in the European Union, 2002.

176 A. Meijer, Transparency, in: M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), Oxford Handbook of Public Accountability, 2014, S. 507 ff.; für das deutsche Recht s. J. Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004.

177 Zur Begründung s. etwa U. Kischel, Die Begründung, 2003.

178 Zur Wahl als modus der Verantwortlichkeitssicherung (»democratic accountability«) s. etwa A. Tomkins, Public Law, 2003, S. 131 ff.

179 Die Diskussion über die Sicherung der Qualifikation von Richtern ist inzwischen ebenenübergreifend. S. dazu am Beispiel des deutschen Rechts etwa A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 327 ff.

Schließlich gehören Finanzkontrollen und Evaluationen in diesen Zusammenhang.¹⁸⁰

D. Judicial accountability

I. Kontextabhängigkeit einer richterlichen Verantwortlichkeit

Der Begriff der »judicial accountability« ist vielleicht das beste Beispiel dafür, wie stark der jeweilige Kontext, in dem von *accountability* die Rede ist, die konkrete Ausgestaltung und die jeweils eingesetzten Instrumente beeinflusst. Es gibt kein globales Konzept einer »judicial accountability«, sondern jeweils spezifische Ausprägungen, die je nachdem, ob es um eine »judicial accountability« eines staatlichen Gerichts oder Richters, eines internationalen Gerichtshofs, der europäischen Gerichte oder um Schiedsgerichte geht, stark voneinander abweichen können. Hinzu kommt, dass etwa die staatlichen Justizsysteme Verantwortlichkeiten recht unterschiedlich beurteilen und dass »Verantwortlichkeitsdebatten« durch sehr unterschiedliche verfassungsrechtliche, politische, historische oder wirtschaftliche Hintergründe gekennzeichnet sind.

So sind mit dem Begriff »judicial accountability« im anglo-amerikanischen Rechtskreis vielfältige und z. T. äußerst politisierte Auseinandersetzungen über das Verhältnis der Dritten Gewalt zur Legislative verbunden.¹⁸¹ Sie sind auch darauf zurückzuführen, dass in den USA die Rolle von Gerichten und Richtern als politischen Akteuren insgesamt anders beurteilt wird als in vielen europäischen Staaten. In anderen Staaten ist die Diskussion zur richterlichen Verantwortlichkeit dagegen eng mit dem Kampf gegen die Korruption von Richtern verbunden. So hat etwa Italien in den 1980er Jahren Justizreformen durchgeführt, die zentral das weit verbreitete Korruptionsproblem in der italienischen Justiz lösen sollten.¹⁸² Bezogen auf den EuGH und internationale Gerichtshöfe hängt die *accountability*-Debatte eng mit

180 Aufzählung auch bei 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. 48.

181 S. dazu etwa G. A. Tarr, Without Fear and Favor: Judicial Independence and Judicial Accountability in the States, 2012; M. Tushnet, Judicial Accountability in Comparative Perspective, in: N. Bamforth/P. Leyland (Hrsg.), Accountability in the Contemporary Constitution, 2013, S. 57ff.; für das Vereinigte Königreich s. S. Shetreet/S. Turenne, Judges on Trial. The Independence and Accountability of the English Judiciary, 2. Aufl. 2013.

182 Dazu S. Stuth, Staatshaftung für Justizfehler. Italiens neues Richterhaftungsgesetz im Vergleich zur deutschen Rechtslage, EuGRZ 1990, S. 353 ff.

der Frage zusammen, wie sich Rechtsprechung in überstaatlichen Konstellationen überhaupt demokratisch legitimieren lässt und wie zusätzliche Legitimationsbausteine (etwa durch Wahlen) zu konzipieren sind.¹⁸³ Nicht umsonst spielen hier z. B. Fragen der »*financial accountability*« eine besondere Rolle, die etwa bezogen auf staatliche Gerichte kaum diskutiert werden.¹⁸⁴

In Deutschland steht dagegen die Diskussion erst am Anfang. Untersuchungen zur richterlichen Verantwortlichkeit bilden eine Ausnahme. Zwar gibt es Beiträge, die sich etwa mit dem Rechtsmittelsystem als Kontrollmechanismus,¹⁸⁵ der Dienstaufsicht,¹⁸⁶ der Haftung¹⁸⁷ oder der Rechtsbeugung¹⁸⁸ beschäftigen. Hinzu treten Überlegungen zur demokratischen Legitimation der Richter durch Wahlen bzw. die Verfahren der Richterbestellung,¹⁸⁹ ihrer Qualifikation und Selektion¹⁹⁰ und einer richterlichen Berufsethik.¹⁹¹ Ein Gesamtkonzept ist hieraus aber bislang nicht entstanden.

II. »*Judicial accountability*« als umfassendes Verantwortlichkeitskonzept

»*Judicial accountability*« ist damit weniger als feststehende Begrifflichkeit zu verstehen denn als kontextabhängiges Konzept einer *ex-ante*- und *ex-post*-Verantwortlichkeit des Richters oder (allgemeiner) der Dritten Gewalt.¹⁹² Der Begriff erlaubt die Bündelung verschiedener Instrumente, die der Sicherung der richterlichen Verantwortlichkeit dienen und die etwa im deutschen Recht nur selten in einen Zusammenhang gebracht werden.¹⁹³ Dies ist auch der Grund, dass es bislang keine Definition von »richterlicher Verantwortlich-

183 A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff.; A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014; zur Bedeutung der Richterwahlen in Deutschland s. A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006.

184 Dazu am Beispiel der financial accountability des EuGH C. Krenn, The European Court of Justice's Financial Accountability, ECLR 13 (2017), S. 453 ff.; s. auch allgemein T. Ingadottir, The Financing of International Adjudication, in: C. Romano/K. J. Alter/Y. Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication, 2014, S. 594 ff.

185 A. Voßkuble, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

186 R. Schmidt-Räntsche, Dienstaufsicht über Richter, 1985; zur Entwicklung S. Haack, Die Aufsicht über die Richter in der Geschichte der deutschen Justiz, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 21 (2022), S. 3 ff.

187 S. nur M. Breuer, Haftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 204 ff.; s. ausführlich § 8.

188 G. Spendel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984.

189 A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 300 ff.

190 A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 198 ff.

191 U. Schneider, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, 2017.

192 Auch der Begriff der Verantwortung kann sich sowohl auf das bereits Getane als auch auf das noch Zu-Tuende beziehen, s. H. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1984, S. 172 ff.

193 Zu diesen Instrumenten etwa A. Voßkuble, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 280 ff.; M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015, S. 1 ff.; s. auch F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 140 ff.

keit« in deutscher Sprache gibt. Dies mag zum einen daran liegen, dass es bislang keine größeren Probleme, wie z. B. Korruption erheblichen Ausmaßes, im deutschen Justizsystem gab, und zum anderen daran, dass das System zu keinen größeren Anpassungen oder Neuausrichtungen gezwungen war. Über richterliche Verantwortlichkeiten wurde so bislang häufig infolge von politischen Umbrüchen diskutiert oder bezogen auf die europäische und internationale Ebene. So hat etwa *David Kosař* in seinem Werk zur Organisation der Dritten Gewalt in den osteuropäischen Transformationsgesellschaften nach dem Fall des Eisernen Vorhangs »judicial accountability« definiert als

»a negative or positive consequence that an individual judge expects to face from one or more principals (from the executive and/or from the legislature and/or from court presidents and/or from other actors) in the event that his behavior and/or his decisions deviate too much from a recognized standard.«¹⁹⁴

Ähnlich wird der Begriff – allerdings mit allgemeinerem Fokus – in der »Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law« definiert:

»Judicial accountability can be defined as the set of mechanisms aimed at making judges and courts personally or institutionally responsible for behaviours and decisions contrary to constitutional or legal standards. Depending on institutional design, courts and officials can be held accountable by the civil society or by legislative, executive, or other state-level authorities.«¹⁹⁵

Beide Definitionen unterscheiden sich auf den ersten Blick kaum, auffällig ist aber, dass *Kosař* die Instrumente, die der Sicherung von Verantwortlichkeit dienen, und die Folgen von Verantwortlichkeit auf einer Ebene sieht – beide verkörpern Dimensionen von *accountability*. Dagegen konzentriert sich die zweite Definition mehr auf die Instrumente, weniger auf die Folgen.

Letztlich drückt aber der Begriff »Verantwortlichkeit« eine bestimmte Beziehung aus, die durch die erwähnten Instrumente gesichert werden soll. Die Frage ist, wem gegenüber ist der Richter verantwortlich, womit wird diese Verantwortlichkeit sichergestellt, und was sind die Folgen, soweit er dieser Verantwortlichkeit nicht gerecht wird? Im Sinne einer pragmatischen Definition, die dieser Studie zugrunde liegt, meint »judicial accountability« damit zunächst »richterliche Verantwortlichkeit«, wobei diese Verantwortlichkeit durch unterschiedliche Instrumente sichergestellt wird und die, soweit ihr nicht entsprochen wird, zu Konsequenzen wie einer Haftung führen kann.

194 *D. Kosař*, Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies, 2016, S. 57 mit Verweis auf S. Voigt, The Economic Effects of Judicial Accountability: Cross-country Evidence, European Journal of Law and Economics 25 (2008), S. 95 ff. (97).

195 *E. Meyer/T. Bustamante*, Judicial Accountability, in: Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], 2020.

III. Richterliche Verantwortlichkeit und Haftung

Dies leitet zu der Frage über, welche Rolle eine Haftungsverantwortlichkeit im Rahmen einer umfassenden *judical accountability* spielt,¹⁹⁶ denn dass Verantwortlichkeit auch heißt, für etwas einstehen zu müssen, steht außer Frage. Insofern wird eine mögliche Haftung auch regelmäßig zu den möglichen Instrumenten bzw. Konsequenzen einer Verantwortlichkeit führen. Entsprechend formuliert etwa *Peter Cane* bezogen auf die Verantwortlichkeit der Verwaltung:

»Judicial review is by no means the only form of accountability to which public decision-makers may be subject. Action in tort, contract, and so on provide another form of «legal» accountability, and there are various forms of «non-legal» accountability (such as investigations by Parliamentary committees).«¹⁹⁷

Allerdings ist eine Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt weniger selbstverständlich als eine Unrechtshaftung der Exekutive. Dies hängt in erster Linie mit der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) zusammen sowie mit der gesetzlich festgeschriebenen haftungsrechtlichen Privilegierung gem. § 839 Abs. 2 BGB. Diese Bestimmungen schließen allerdings eine Haftung nicht vollumfänglich aus. Weil aber jenseits der Amtshaftung weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, wie z. B. § 198 GVG oder der unionrechtliche Haftungsanspruch, ist die Haftung der Dritten Gewalt Ausdruck richterlicher Verantwortlichkeit für den Fall, dass durch richterliche Maßnahmen zu Unrecht Schäden verursacht wurden, ein Verfahren zu lange gedauert hat oder es zu einer falschen Anwendung des Unionrechts gekommen ist. Hier zeigt sich, dass eine Haftung der Dritten Gewalt recht unterschiedliche Problemlagen adressiert, was zu der Frage überleitet, welche Funktion eine Haftung der Dritten Gewalt erfüllen kann, insbesondere vor dem Hintergrund der zu verzeichnenden Pluralisierung der Haftungsfunktionen (dazu 1.) sowie den Besonderheiten, die sich aus der Überleitung auf den Staat gem. Art. 34 GG ergeben (2.).

¹⁹⁶ Eingehend dazu *G. D. Brown*, Accountability, Liability and the War on Terror – Constitutional Torts Suits as Truth and Reconciliation Vehicles, *Florida Law Review* 63 (2013), S. 193 ff. mit einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Rolle von Haftungsklagen im Rahmen eines umfassenden Konzepts von Accountability und die Rolle von judicial review; s. auch *J. L. Mashaw*, Civil Liability of Government Officials: Property Rights and Official Accountability, *Law & Contemporary Problems* 42 (1978), S. 8 ff.; s. auch zu den Zusammenhängen jüngst *J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potatas* (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, 2014.

¹⁹⁷ *P. Cane*, *Administrative Law*, 4. Aufl. 2004, S. 8.

1. Pluralisierung der Haftungsfunktionen

Haftungsansprüche zielen in der überwiegenden Zahl der Fälle darauf, entstandene Schäden zu kompensieren.¹⁹⁸ Sie haben so in der Regel eine *ex-post*-Perspektive. Diese klassische Kompensationsfunktion des Haftungsrechts ist aber in jüngerer Zeit durch weitere Funktionen ergänzt worden.¹⁹⁹ So wird z. B. einer Haftung immer häufiger auch eine präventive Funktion zugeschrieben, sie soll also mitunter auch eine Verhaltensänderung dahingehend bewirken, dass es nicht zu einer Wiederholung des schadenstiftenden Ereignisses kommt.²⁰⁰ Darüber hinaus können das Haftungsrecht bzw. Haftungsklagen auch strategisch eingesetzt werden, um tatsächliche oder gefühlte allgemeine Problemlagen zu adressieren. Beispiele sind hier Haftungsklagen, die allgemein darauf gerichtet sind, politische Problemlagen im Wege des Haftungsrechts zu adressieren,²⁰¹ oder sog. Klimahaftungsklagen²⁰². Im Kontext des Unions- und Völkerrechts treten weitere Funktionen hinzu, die dem nationalen Recht eher fremd sind. So geht es im Unionsrecht auch darum, die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen,²⁰³ im Völkerrecht sind Haftungsfragen bislang in der Regel eng mit der Durchsetzung von Menschenrechten verbunden.²⁰⁴ Insofern kann durchaus von einer Pluralisierung der Haftungsfunktionen gesprochen werden, die auch für die Haftung der Dritten Gewalt eine wichtige Rolle spielt.²⁰⁵ Dass bei einer Haftung der Dritten Gewalt, die in der Regel eine »Staatshaftung« verkörpert (Art. 34 S. 1 GG; dazu sogleich 2.), weitere Funktionen hinzutreten, die dem zivilen Haftungsrecht fremd sind, liegt auf der Hand.

198 Dazu etwa *E. Deutsch*, Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, S. 244 ff.

199 *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht, 2006, S. 9 ff.

200 Zur Pluralisierung fröh *G. Wagner*, Die Aufgaben des Haftungsrechts – eine Untersuchung am Beispiel der Umweltaufhaftungsrecht-Reform, JZ 1991, S. 475 ff. (Ursache Technisierung); zur Präventionsfunktion des Staatshaftungsrechts s. *T. Ellerbrok*, Die Präventionswirkung des Staatshaftungsrechts, DV 54 (2021), S. 189 ff.

201 *G. D. Brown*, Accountability, Liability and the War on Terror – Constitutional Torts Suits as Truth and Reconciliation Vehicles, Florida Law Review 63 (2013), S. 193 ff.

202 S. dazu *G. Wagner*, Klimahaftung vor Gericht, 2020; *U. Di Fabio*, Verfassung und Klimahaftung, 2023.

203 Dazu § 15 C. III.; s. auch *B. Hartmann*, Haftung in der Europäischen Union, in: *O. Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, S. 31 ff.

204 Dazu § 15 C. IV.

205 Dazu etwa *B. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, 2013, S. 49 ff.

2. Verantwortlichkeit des Staates und accountability (Art. 34 S. 1 GG)

Im Rahmen von Verantwortlichkeitsstrukturen ist schließlich von entscheidender Bedeutung, *wer* am Ende *wem* gegenüber verantwortlich ist, im Rahmen einer Haftungsverantwortlichkeit also, wer wem gegenüber haftet, d. h. zu einer Leistung von Schadensersatz oder einer Entschädigung verpflichtet ist. In Deutschland folgt schon aus Art. 34 GG, dass eine persönliche Haftung des Bediensteten regelmäßig ausscheidet, weil die Haftung auf den Staat übergeleitet wird. Art. 34 S. 1 GG formuliert hier plastisch, dass die Verantwortlichkeit den Staat *trifft*. Ergibt es aufgrund dieser verfassungsunmittelbaren Haftungsüberleitung überhaupt Sinn, von einer »*judicial accountability*« zu sprechen? Ist es nicht der Staat, der letztlich verantwortlich ist? Kann eine Haftung der Dritten Gewalt vor diesem Hintergrund überhaupt die Funktionen erfüllen, die dem Haftungsrecht zugeschrieben werden (s. o.)?

Indes meint *accountability* bzw. Verantwortlichkeit nicht unbedingt persönliche Verantwortlichkeit. Z. B. sieht Art. 34 S. 1 GG zwar die »Überleitung« einer Haftung vor, die Bestimmung ermöglicht aber unter bestimmten Voraussetzungen (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) einen Regress des Staates gegenüber dem jeweiligen Amtswalter, der auch (Art. 34 S. 2 und S. 3 GG) gegenüber Richtern geltend gemacht werden kann (§ 46, § 71 DRiG mit Verweis auf § 75 Abs. 1 BBG bzw. § 48 BeamtStG sowie die entsprechenden Ländergesetze).²⁰⁶ Insoweit kennt das deutsche Verfassungsrecht im Lichte der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit und im Interesse der Rechtssicherheit eine Art »*Erstverantwortlichkeit*« des Staates. Das bedeutet aber nicht, dass es keine Haftung der Dritten Gewalt gibt. Im Gegenteil: Die Haftungsüberleitung verhindert, dass es hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit und im Lichte des Rechtsstaatsprinzips sowie der Grundrechte zu wie auch immer gearteten Problemlagen kommt. Dass es in diesem Rahmen mitunter zu der merkwürdigen Situation kommt, dass der Staat von Haftungsprivilegierungen profitieren kann, die zunächst den einzelnen Beamten im haftungsrechtlichen Sinne begünstigen sollen (dazu § 8 B. II. 7.), ist letztlich beides zugleich: notwendige Folge der Konstruktion der Haftungsüberleitung und rechtstaatlich kaum hinnehmbar.

206 Dazu M. Scheffer, Regressanspruch gegen Richter wegen Amtspflichtverletzungen, NVwZ 2010, S. 425 ff.

§ 3: Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung

Fragen der (Haftungs-)Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt haben die Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt. Die entsprechenden Forschungsarbeiten nehmen hierbei unterschiedliche Perspektiven ein, was letztlich auch Ausdruck der Pluralisierung des methodischen Zugriffs rechtswissenschaftlicher Forschung ist. So spielen heute etwa rechtsvergleichende Ansätze, die ökonomische Analyse des Rechts oder Erkenntnisse der *Governance*-Forschung bezogen auf das Haftungsrecht bzw. auf komplexe Verantwortlichkeitsregime eine große Rolle (dazu A.). Entsprechend lässt die Forschung zur Haftung der Dritten Gewalt (verschiedene) Schwerpunkte erkennen, die zudem eng mit den Trennlinien zwischen Privat- und Verfassungsrecht bzw. der Relativierung der gängigen Säulenstruktur des deutschen Rechts (dazu B.), der Europäisierung bzw. Internationalisierung des Rechts sowie der Bedeutung einer interdisziplinären Perspektive und den damit verbundenen neuen Forschungsfragen zusammenhängen (dazu C.). Schließlich ist interessant, dass es insbesondere in den letzten Jahren auch zu einer breiteren öffentlichen Debatte über die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt gekommen ist (dazu D.), insbesondere im Zuge verschiedener »Justizskandale«, aber auch kritischer »Werkstattberichte« aus den Reihen der Justiz selbst.

A. Die Dritte Gewalt in der rechtswissenschaftlichen Forschung

Die Dritte Gewalt spielt in der rechtswissenschaftlichen Forschung eine zentrale Rolle. Allein in Deutschland ist die Zahl der Untersuchungen,¹ Lehrbü-

¹ S. etwa P.-A. Albrecht (Hrsg.), Autonomie für eine Dritte Gewalt in Europa, 2018; I. Maus, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, 2018; M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011; A. Brodocz, Die Macht der Judikative, 2009; s. auch D. Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt: Wegmarken des Rechtsstaates in Deutschland, 1962; H. Säcker, Herrschaft der Richter? Zur Bedeutung der dritten Gewalt im Rechtsstaat, 1978; R. Wassermann, Die richterliche Gewalt: Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, 1985; E. Schmidt-Jortzig, Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, NJW 1991, S. 2377ff.

cher und Kommentare,² Hand- und Lehrbuchbeiträge³ sowie Aufsätze,⁴ die sich mit zumeist Teilespekten der Dritten Gewalt bzw. »der Rechtsprechung« auseinandersetzen, unüberschaubar, wobei das Bundesverfassungsgericht mit Abstand die größte wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf sich zieht.⁵ Und es liegt auf der Hand, dass die Forschungsarbeiten zum EuGH⁶ und den internationalen Gerichtshöfen⁷ allein quantitativ kaum zu überblicken sind.

Auch in Deutschland wird der Dritten Gewalt häufig eine besondere Rolle im Rechtssystem zugeschrieben.⁸ Gleichwohl hat dies nicht zu »Überhöhungen« geführt. Die »Gerichts- bzw. Richterfixiertheit« anderer Staaten, wie sie z. B. für die USA beobachtet werden kann, ist in Deutschland nicht verbreitet. Eine genauere Analyse zum Stand der wissenschaftlichen Forschung zeigt, dass es bei den entsprechenden Forschungsarbeiten eher selten um die Dritte Gewalt, die Richter selbst bzw. ihre Verantwortlichkeit als solche geht, sondern vielmehr um ihre »Produkte«. Auch eher theoriegeleitete Forschungsarbeiten, die sich mit der Möglichkeit und den Grenzen der Gesetzes-

2 S. etwa *E. Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007; *O. R. Kissel/H. Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021.

3 *D. Wilke*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112 (S. 633 ff.); *W. Heyde*, Rechtsprechung, in: *E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 33 (S. 1579 ff.); *K. F. Gärditz*, Rechtsschutz und Rechtsprechung, in: *M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 13 (S. 847 ff.); *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 234 ff.

4 S. etwa aus jüngerer Zeit etwa *K. Rennert*, Legitimation und Legitimität des Richters, *JZ* 2015, S. 529 ff.; *F. Wittreck* und *F. Brosius-Gersdorf*, Die Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, *VVDStRL* 74 (2015), S. 115 ff./S. 169 ff.

5 Dazu etwa *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011; *D. Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021; *A. Kulick/J. J. Vasel*, Das konservative Gericht, 2021; zur historischen Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts *F. Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019; *R. van Ooyen/M. H. Möllers* (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, Springer Living Reference Work, Stand 2024; s. auch *J. Masing*, Das Bundesverfassungsgericht, in: *M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 15 (S. 981 ff.); *R. Schmidt*, Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts?, *JZ* 2022, S. 853 ff.; und die Beiträge in *A. Voßkuhle*, Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 241 ff.; vergleichend zwischen dem U.S. Supreme Court und dem Bundesverfassungsgericht *G. Lübbe-Wolff*, Beratungskulturen, 2. Aufl. 2023.

6 Eingehend zum EuGH s. etwa *K. Lenaerts/K. Gutman/J. T. Nowak*, EU Procedural Law, 2. Aufl. 2023; *M. Kotzur*, Die europäische Gerichtsbarkeit, in: *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEur Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 5; *A. Arnall*, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006.

7 S. nur *A. von Bogdandy/I. Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014.

8 *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 297 ff.; *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 241: »Auf der anderen Seite teilt die Rechtstheorie mit der Rechtsdogmatik die Privilegierung der Richterperspektive. Das erklärt sich aus dem funktionalen Stellenwert der Rechtsprechung innerhalb des engeren Rechtssystems. Weil alle Rechtskommunikationen auf einklagbare Ansprüche verweisen, bildet das Gerichtsverfahren den Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems.«

bindung auseinandersetzen, fokussieren sich häufig auf die Dritte Gewalt,⁹ was – *grosso modo* – für fast alle Überlegungen zur juristischen Methodik¹⁰ gilt. Die Auseinandersetzung mit dem richterlichen Urteil steht so aus unterschiedlichen Perspektiven häufig im Mittelpunkt des juristischen Diskurses, weniger aber seine verfahrensrechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen und Folgen.¹¹

Im Gegensatz zur U.S.-amerikanischen Forschung vermeidet die deutsche Rechtswissenschaft hierbei bislang eine allzu ausgeprägte »Subjektivierung« der Dritten Gewalt bzw. die Diskussion über die Stellung und den Einfluss von Richtern im Staatsgefüge.¹² Daher kann es auch nicht verwundern, dass Forschungsarbeiten zum Gerichtsorganisationsrecht, zum richterlichen Disziplinarrecht oder zur Haftungsverantwortlichkeit, die an den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes ausgerichtet sind, nach wie vor die Ausnahme darstellen.¹³

In den letzten Jahren sind Forschungsarbeiten erschienen, die sich etwa mit der Binnenstruktur der Justiz,¹⁴ ihrer demokratischen Legitimation,¹⁵

-
- 9 Die Frage nach der Rechtsbindung der Dritten Gewalt ist zwar aus der Perspektive des Verfassungsrechts mit Art. 1 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG auf den ersten Blick eindeutig beantwortet, wie sich diese Gesetzesbindung aber sicherstellen lässt oder ob es sich hierbei um eine reine Fiktion handelt, dürfte eines der kontroversesten rechtswissenschaftlichen Themen sein, s. dazu etwa P. Kirchhof, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an »Recht und Gesetz«, NJW 1986, S. 2275 ff.; R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989; M. Schröder, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, S. 53 ff.; P. Hilbert, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, S. 130 ff.; eingehend dazu auch unten § 3 C. II. 2.
- 10 S. etwa T. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 191; kritisch für die Ebene des Unionsrechts etwa I. Augsberg, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 4, Rn. 1.
- 11 Das bedeutet freilich nicht, dass es etwa an rechtssoziologischen oder empirischen Untersuchungen mangelt, s. dazu etwa am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts L. Wendel, Welche Grundrechte führen zum Erfolg? Eine quantitative, korpusgestützte Untersuchung anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, S. 668 ff.
- 12 Dazu O. Lepsius, La cour c'est moi. Zur Personalisierung der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit im Vergleich Deutschland – England – USA, JÖR 64 (2016), S. 123 ff.; J. P. Terhechte, Verfassungsgerichte im Scheinwerferlicht – Die Politisierung von Richterwahlen ist nicht nur in Amerika auf dem Vormarsch, FAZ 258/2020 v. 05.11.2020, S. 7. Insbesondere in den USA ist diese Forschungsrichtung inzwischen sehr wichtig geworden, s. etwa M. Tushnet, A Court Divided: The Rhenquist Court and the Future of Constitutional Law, 2005; J. B. Grossman, Paths to the Bench: Selecting Court Justices in a «Juridocratic» World, in: K. L. Hall/K. T. McGuire (Hrsg.), The Judicial Branch, 2005, S. 142 ff.; s. auch P. Irons, A People's History of the Supreme Court, 2006; eingehend auch K. L. Hall/K. T. McGuire (Hrsg.), The Judicial Branch, 2005; ein Beispiel aus Deutschland nunmehr F. Michl, Wiltraut Rupp von Brünneck (1912–1977). Juristin, Spitzenbeamtin, Bundesverfassungsrichterin, 2022.
- 13 S. aber zum Organisationsrecht K. A. Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 92 (1967), S. 496 ff.
- 14 W. Hoffmann-Riem, Mehr Selbständigkeit für die Dritte Gewalt?, DRiZ 2003, S. 284 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006.
- 15 A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006; A. Voßkühle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff.; C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 95 ff.

ihrem Verhältnis zur sprichwörtlichen vierten Gewalt (den Medien)¹⁶ oder dem Einfluss ökonomischer Modelle¹⁷ beschäftigen. Eine Sonderstellung nimmt zudem die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Stellung und dem Einfluss des Bundesverfassungsgerichts ein.¹⁸ Im Kontext der Europäisierung des deutschen Rechts wurde zwar früh erkannt, dass auch die Dritte Gewalt eine »Integrationsverantwortung« trägt, doch die Tiefenwirkungen dieses Befundes sind bis heute nicht abschließend geklärt.¹⁹ Hinzu kommen neue Fragestellungen, die auf das komplexe Verhältnis internationaler Gerichtshöfe zueinander und allgemein auf »Jurisdiktionskonflikte« zielen.²⁰ Überhaupt besteht auf der Ebene des Unionsrechts und des Völkerrechts offensichtlich ein größeres Interesse daran, die Stellung von Richtern zu beleuchten, was sowohl für ihre Unabhängigkeit als auch ihre Verantwortlichkeit gilt. Das hängt u. a. damit zusammen, dass hier Legitimationsstrategien entwickelt werden, denen im staatlichen Bereich bislang zu wenig Beachtung geschenkt wurde.²¹

B. Die Haftung der Dritten Gewalt zwischen Privatrecht und Verfassung

Fragen der Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt wurden von der rechtswissenschaftlichen Forschung unterschiedlich beurteilt. Hierbei ist zu beobachten, dass die Frage einer Haftung schon sehr früh in der rechtswissenschaftlichen Literatur – sicherlich auch im Nachgang zu den umstrittenen

16 Dazu jüngst *J. Jahn*, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021; s. auch *C. von Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005; *T. Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006; s. auch *R. Lamprecht*, Kooperation und Konfrontation. Über das Verhältnis von Medien zum Bundesverfassungsrecht, in: *B. Guggenberger/T. Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998, S. 282 ff.

17 *W. Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2001; *C. Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005; *H. Schulze-Fielitz/C. Schütz* (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, DV, Beiheft 5, 2002.

18 S. dazu *B. Guggenberger/T. Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998; *M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011; *F. Meinel* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019; *D. Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021; vergleichend etwa *J. Masing/O. Jouanjan* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011.

19 Dazu nur *A. Voßkuhle*, »Integration durch Recht« – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, S. 161 ff.

20 S. etwa *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008; *N. Lavranos*, Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals, ZaÖRV 68 (2008), S. 575 ff.; *Y. Shany*, Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts, 2007; *ders.*, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, 2003.

21 Eingehend dazu § 13 und § 14.

Debatten im Reichstag bzw. bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs²² – thematisiert wurde.²³ Die damit zusammenhängende Frage des »Rechtsschutzes gegen den Richter« wurde dagegen erst im Lichte des Grundgesetzes eingehender diskutiert, was nicht zuletzt mit der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zusammenhängt.²⁴ Das Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz in Bezug auf die Dritte Gewalt ist so auch die Frage nach dem Verhältnis von Privatem und Öffentlichem Recht.

Historisch betrachtet stand zunächst die Frage einer unmittelbaren Haftung des Richters gem. § 839 Abs. 1 BGB bzw. der Privilegierung durch § 839 Abs. 2 BGB im Vordergrund, was die Thematik einer Haftung der Dritten Gewalt auch als ein klassisches Thema des Privatrechts erscheinen ließ. Erst mit der »Überleitung« der Amtshaftung auf den Staat (Art. 131 WRV, Art. 34 GG) hat sich der Blickwinkel auf die Thematik – und auf das Amtshaftungsrecht insgesamt – immer stärker verlagert. In den 1960er Jahren ist entsprechend diskutiert worden, ob die Überleitung der Haftung auf den Staat etwas an der Natur des Amtshaftungsanspruchs als privatrechtlichem Anspruch geändert habe, also eine Art Transformation seiner Natur kraft Verfassungsrechts eingetreten sei.²⁵ Während etwa *Richard Bartlspurger* noch 1968 vehement die Ansicht vertrat, dass allein die Überleitung der persönlichen Beamtenhaftung auf den Staat (bzw. die »Anseilung« des Art. 34 GG an § 839 Abs. 1 BGB²⁶) an der Rechtsnatur der privatrechtlichen Haftung des Beamten zunächst nichts ändern könne²⁷, stellten andere Forschungsarbeiten stärker auf die verfassungsrechtliche Perspektive ab. So hatte *Karl August Bettermann* schon früh auf die Bedeutung des Art. 34 GG hingewiesen, den er als Grundlage einer staatsunmittelbaren Haftung, wie sie später auch im Staatshaftungsgesetz von 1981 (§ 1 StHG) etabliert wurde,

22 Dazu *H. Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995, S. 221 ff.; *ders.*, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, NJW 1996, S. 1705 ff.; s. auch *U. Wesel*, Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2006, S. 465 ff.

23 S. K. Haffner, Über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter: Syndikatsklage, 1885; O. Spillner, Das Haftungsprivileg des urteilenden Richters (§ 839 Abs. 2 BGB), 1910; J. Kraft, Die Haftpflicht des Richters, DJZ 1909, S. 1415 ff.; P. Mogk, Die Ausnahmebestimmung des § 839 Abs. 2 BGB und ihr Anwendungsgebiet, 1910.

24 A. Vofkuble, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

25 Umfassend dazu *H.-J. Papier*, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, 1970, S. 99 ff.

26 So die bekannte Formulierung von *W. Jellinek*, Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsschädigung, JZ 1955, S. 147 ff. (149); s. auch *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 12.

27 R. Bartlspurger, Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, NJW 1968, S. 1697 ff.; s. auch *M. Heidenhain*, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleicher Eingriff, 1965, S. 43.

sah.²⁸ Nach diesem Ansatz bildet die eigentliche Anspruchsgrundlage des Amtshaftungsanspruchs heute Art. 34 GG, der durch § 839 BGB nur entsprechend konkretisiert wird.²⁹ Bei dieser Diskussion geht es um mehr als nur die Frage, welche Natur der Amtshaftungsanspruch als solcher aufweist, sondern insbesondere auch um die Rolle, die Art. 34 GG in der Verfassung spielt.

Diese allgemeine Frage entfaltet auch für eine Haftung der Dritten Gewalt Bedeutung. Soweit Art. 34 GG der »eigentliche Grund« der Staatshaftung für die Dritte Gewalt ist, müssen entsprechende Ausnahmen hiervon – namentlich § 839 Abs. 2 BGB – konsequent am Verfassungsrecht gemessen werden. Die Bedeutung dieser Ausnahme erschöpft sich aus dieser Perspektive dann nicht in einer historisch begründeten Haftungsausnahme eines ansonsten persönlich haftenden Richters, mit allen damit verbundenen Konsequenzen, sondern zugleich – und dies könnte schwerer wiegen – als Ausnahme von der verfassungsrechtlichen Garantie der Staatshaftung. Gleichwohl ist die Rolle des Verfassungsrechts in diesem Zusammenhang nur selten näher beleuchtet worden. Fragen der Amtshaftung wurden lange Zeit nur auf einem recht »technischen« Niveau behandelt, wie auch das Staatshaftungsrecht selbst nicht im »wissenschaftlichen Mainstream« lag. Erst in jüngerer Zeit wird dieses Rechtsgebiet vermehrt aus der verfassungsrechtlichen Perspektive gesehen.³⁰

Heute gilt die Amtshaftung allgemein als öffentlich-rechtlicher Anspruch.³¹ Der Wortlaut des Art. 34 GG – hierauf hat etwa *Joachim Wieland* hingewiesen – ist eindeutig; es bedarf keiner »Anseilung« oder ähnlicher Konstruktionen, um dem verfassungsrechtlichen »Prinzip« der Staatshaftung entsprechen zu können.³² Die Rechtsprechung des BVerfG zu dieser Frage darf jedoch als »entwicklungsoffen« charakterisiert werden, insbesondere hat es in seinem Grundsatzurteil zum Staatshaftungsgesetz 1981 eine eindeu-

28 K. A. *Bettermann*, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S. 299 ff.; *ders.*, Vom Sinn der Amtshaftung, JZ 1961, S. 482 ff.

29 Ebenda.

30 B. *Grzesick*, Rechte und Ansprüche, 2002 (aus der Perspektive der Grundrechte); A. *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht. Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 2006; M. *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011; B. *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013.

31 S. etwa J. *Wieland*, in: H. *Dreier* (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Bd. 2, Art. 34, Rn. 33 f.; S. *Detterbeck*, in: M. *Sachs* (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 34, Rn. 1 f., Rn. 9 f.; H. *Maurer*/C. *Waldböck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 26, Rn. 2; so auch die Einschätzung bei F. *Ossenbühl*/M. *Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 12, die allerdings an diesem Befund zweifeln.

32 J. *Wieland*, in: H. *Dreier* (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Aufl. 2015, Bd. 2, Art. 34, Rn. 33 f.

tige Positionierung vermieden,³³ was dazu geführt hat, dass das Urteil bis heute unterschiedlich gedeutet wird.

Auch die Frage, welche Rolle die Grundrechte im Falle judikativen Unrechts spielen können, hat in den letzten Jahren eine gewisse Rolle gespielt, was vorwiegend darauf zurückzuführen ist, dass die Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus der Warte der Grundrechte einen neuen Forschungsansatz in der Rechtswissenschaft verkörpert.³⁴ Ob den Grundrechten allerdings ein sog. *status negativus compensationis* inhärent ist, ist bislang umstritten. Die Rechtsprechung hat im Rahmen des Amtshaftungsrechts bislang keine Notwendigkeit gesehen, auf die kompensationsrechtliche Seite der Grundrechte Bezug zu nehmen. Andere Forschungsarbeiten haben deshalb einen speziellen »Beseitigungsanspruch« entwickelt.³⁵

C. Unterschiedliche Perspektiven auf die »Haftung der Dritten Gewalt«

Die Schwerpunktsetzungen der entsprechenden Forschungsarbeiten sind seit jeher recht unterschiedlich: Während sich gerade ältere Forschungsarbeiten auf den rechtshistorischen Kontext einer Haftung der Dritten Gewalt konzentrierten,³⁶ dominierte in den 1970er Jahren ein stark dogmatisch geprägter Ansatz, der die »Richterhaftung« bzw. die entsprechende Privilegierung ausschließlich aus der Warte des Haftungsrechts entwickelte, verfassungsrechtliche Elemente aber ausblendete.³⁷ In jüngerer Zeit spielen dagegen rechtsvergleichend angelegte Arbeiten eine wichtige Rolle,³⁸ wie auch Arbeiten, die die Impulse, die vom Unionsrecht für die Thematik ausgehen, in

33 BVerfG v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (198) – Staatshaftungsgesetz.

34 B. Grzesick, Rechte und Ansprüche, 2002; A. Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht. Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 2006.

35 M. Hößlein, Judikatives Unrecht. Subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter, 2007.

36 G. Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 9 ff.; W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 3 ff.

37 K. Fischer, Die Richterhaftung, 1973; B. Andresen, Grenzen des Spruchrichterprivilegs, 1977; E.-M. von Livonius, § 839 Abs. 2 BGB: Vorstellungen des Gesetzgebers und heutige Praxis der Staatshaftung und des staatlichen Rückgriffs, 1968.

38 R. Kniffka, Die haftungsrechtliche Privilegierung der Richter in Deutschland und England – Eine rechtsvergleichende rechtpolitische Analyse, 1983; A. Ohlenburg, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten – Im deutschen, englischen und französischen Recht, 2000; *dies.*, Haftungsfragen bei richterlicher und staatsanwaltlicher Tätigkeit in Deutschland, England, Frankreich und Österreich, RabelsZ 2003, S. 683 ff.

den Blick nehmen.³⁹ Erst in den letzten Jahren sind zudem die zentralen verfassungsrechtlichen Fragen, die mit einer Haftung der Dritten Gewalt verbunden sind, in den Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Forschung gerückt.⁴⁰

I. Rechtshistorische Anknüpfungspunkte

Gerade ältere deutsche Forschungsarbeiten nähern sich der Thematik einer Haftung der Dritten Gewalt aus einer stark rechtshistorisch geprägten Perspektive.⁴¹ Vor dem Hintergrund der römisch-rechtlichen Traditionslinien des deutschen Zivilrechts⁴² spielt gerade in älteren Untersuchungen eine Haftung des Richters (*praetor* bzw. *iudex*) im Falle des sog. *litem suam facere* eine besondere Rolle.⁴³ Diese Haftung war – so scheint es zumindest – eine private Haftung des Richters.⁴⁴ Die uns vorliegenden Quellen führen aber nicht zu einem einheitlichen Bild davon, wo diese Haftung anknüpfte und

39 S. etwa C. Zantis, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010; W. Siegerist, Die Neujustierung des Kooperationsverhältnisses zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten, 2010.

40 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011; s. auch M. Höflein, Judikatives Unrecht. Subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter, 2007, S. 180.

41 S. etwa G. Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 3 ff. mit einer eingehenden Analyse des römischen, fränkischen und des Gemeinen Rechts.

42 S. U. Wesel, Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2006, S. 467: »Das BGB ist ein typisches Produkt des 19. Jahrhunderts, in Gesetzesform gegossenes Pandektenrecht (...).«

43 G. Brie, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 9 ff.; W. Gilles, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 3 ff. Freilich sind die Anknüpfungspunkte nicht nur im Römischen Recht zu finden. Schon der altbabylonische Codex Hammurabi kannte spezielle Regelungen für den Fall, dass der Richter seinen Rechtsspruch »umstößt«. In § 5 des Codex heißt es: »Wenn ein Richter einen Rechtsspruch gefällt, eine Entscheidung getroffen, eine Siegelurkunde ausgefertigt hat, später aber seinen Rechtsspruch umstößt, so weist man diesem Richter die Änderung des Rechtsspruches, den er gefällt hat, nach, und er gibt das Zwölffache des Klageanspruches, der in diesem Rechtsstreit entstanden ist; außerdem lässt man ihn in der Versammlung vom Stuhlsitze seiner Richterwürde aufstehen, und er kehrt nicht zurück und setzt sich mit den Richtern nicht mehr zu Gericht.« Interessant ist hier, dass, obwohl die Folgen des »Umstoßens« eines Richterspruchs auf den ersten Blick recht hart wirken (zwölfacher Schadensersatz im Sinne einer »*punitive damage*« und Verlust des Amtes), es sich bei näherer Betrachtung um eine Privilegierung des Richters handelt, denn alle sonstigen Delikte, die im ersten Teil des Codex Hammurabi aufgeführt sind, sind in der Regel mit der Todesstrafe belegt. Zum Codex Hammurabi eingehend H. Neumann, Recht im antiken Mesopotamien, in: U. Manthe (Hrsg.), Die Rechtskulturen der Antike, 2003, S. 55 ff. (insb. S. 85 ff.); zur Stellung des Richters bzw. des Richterspruchs im altbabylonischen Recht s. auch J. G. Lautner, Die richterliche Entscheidung und Streitbeendigung im altbabylonischen Prozessrechte, 1922, S. 44 ff., 68 ff.

44 E. Descheemaeker, Obligations quasi ex delicto and Strict Liability, 31 Journal of Legal History (2010), S. 1 ff. (insb. S. 11 ff.); O. F. Robinson, The ›iudex qui litem suam fecerit‹ explained, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung) 116 (1999), S. 195 ff.; G. MacCormack, The Liability of the Judge in the Republic and Principate, in: H. Temporini/W. Haase (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Teil II Bd. 14, 1982, S. 3 ff.; P. Birks, New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges, Cambridge Law Journal 47 (1988), S. 36 ff.; A. d'Ors, ›Item Suam Facere‹, Studia et documenta historiae et iuris 43 (1982), S. 368 ff.

welchen Zwecken sie diente.⁴⁵ Interessant ist gleichwohl, dass die Fragen der konkreten Ausgestaltung dieser Haftung im römischen Recht in den letzten Jahren in den Hintergrund getreten sind. Das *litem suam facere* wird vielmehr in den letzten Jahren als Archetyp einer verschuldensunabhängigen quasi-deliktischen Haftung im Römischen Recht betrachtet.⁴⁶

Doch auch im fränkischen Recht und im älteren deutschen (gemeinen) Recht war das Institut einer Richterhaftung, freilich zurückgehend auf das römische Recht, bekannt. Die sich zu dieser Zeit herausbildende *actio ex syndicatu* (Syndikatsklage) war ebenfalls zunächst ein zivilrechtliches Haftungsinstitut.⁴⁷ Daneben gab es aber bei (schweren) Amtspflichtverletzungen auch strafrechtliche Konsequenzen bis hin zur Todesstrafe.⁴⁸

Die allgemeinen Züge der richterlichen (Haftungs-)Verantwortlichkeit haben sich – was letztlich erstaunlich ist – über die Jahrhunderte kaum verändert. Eine persönliche Haftung des Richters für judikatives Unrecht bis hin zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist damit keine Erfindung der Neuzeit. Gab es eine solche Haftung, so war sie aber nicht »gewaltendifferenziert« zu betrachten, sondern wandte sich stets direkt gegen Richter bzw. Amtswalter. Der Staat selbst (bzw. der König oder sonstige Herrscher) war stets haftungssimmun (*»the king can do no wrong«*).⁴⁹ Neu ist dagegen die Etablierung einer Dritten Gewalt als eigenständige und unabhängige Staatsgewalt.

Die Erkenntnis, dass es »Staatsunrecht« geben kann, ist erst verhältnismäßig spät gereift. Noch ganz von Skepsis gegen eine solche Betrachtungsweise war letztlich auch der ursprüngliche Ansatz der Amtshaftung im BGB geprägt; die persönliche Haftung des Beamten setzte dort an, wo die rechtmäßige Ausübung seines Amtes für den Staat endete. Und bis heute sind Theorien wirkmächtig, die die Möglichkeit staatlichen Unrechts in Zweifel ziehen.

45 Dies ist in erster Linie auf widersprüchliche Quellen im Römischen Recht zurückzuführen, wenngleich neuere Quellenfunde es heute ermöglichen, ein genaueres Bild vom römischen Gerichtsverfahren zu zeichnen, als dies in Forschungsarbeiten vom Anfang des 20. Jahrhunderts möglich war; s. dazu *E. Descheemaeker*, Obligations quasi ex delicto and Strict Liability, 31 *Journal of Legal History* (2010), S. 1 ff.

46 *E. Descheemaeker*, Obligations quasi ex delicto and Strict Liability, 31 *Journal of Legal History* (2010), S. 1 ff.; s. auch *E. J. H. Schrage*, The Judge's Liability for Professional Mistakes, 17 *Legal History* (1996), S. 101 ff. (102 ff.).

47 *W. Gilles*, Die Richterhaftung nach § 839 Abs. 2 BGB, 1936, S. 18; *G. Brie*, Die richterliche Haftung bei Urteilen (§ 839 Abs. 2 BGB), 1906, S. 23 ff. Der Begriff »Syndikatsklage«, der schon aus der Glosatorenzeit stammt, geht auf die »syndici« der italienischen Städte zurück, die für die Kontrolle der städtischen Beamten verantwortlich waren; s. *G. Brie*, ebenda, S. 23; *K. Haffner*, Über die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter, 1885, S. 38; zur Syndikatsklage s. auch *H. Sander*, Die Syndikatsklage wegen der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen, 1907.

48 Zum Ganzen auch *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 204 ff.

49 S. dazu ausführlich *H. Barry*, The King Can Do No Wrong, *Virginia Law Review* 11 (1925), S. 349 ff.

Sie finden aber ihren Ursprung weniger in der Negation des Faktischen, sondern – wie etwa bei *Hans Kelsen* – in der Stimmigkeit eines juristischen Systems.⁵⁰

Diese Perspektive hat sich geändert und wird heute im deutschen Staatshaftungsrecht verfassungsrechtlich durch Art. 34 GG determiniert. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann es an der »Deliktsfähigkeit« des Staates keine Zweifel geben.⁵¹ Entsprechend wird heute von der öffentlich-rechtlichen Natur der Amtshaftung ausgegangen. Diese Sichtweise kann aber nur in solchen Staaten von Relevanz sein, in denen der »Staat« eine juristische Person ist. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum etwa die Frage der Haftung der Dritten Gewalt im Vereinigten Königreich – wo von »dem Staat« kaum die Rede ist – wie auch in anderen Staaten als Frage des zivilen Deliktsrechts verstanden wird.

II. Unionsrecht und rechtsvergleichende Perspektive

Ältere Arbeiten zur Frage des judikativen Unrechts, die vornehmlich eine privatrechtliche Perspektive eingenommen haben, haben nur selten rechtsvergleichende Überlegungen angestellt, obwohl die Rechtsvergleichung im Privatrecht seit jeher eine wichtigere Rolle spielte als im öffentlichen Recht.⁵² Dass umgekehrt komparative Ansätze im Staats- und Verwaltungsrecht nicht zuletzt durch die europäische Integration immer stärker an Bedeutung zunehmen,⁵³ lässt auch das Thema der Haftung der Dritten Gewalt nicht unbefürt.

Ein wichtiger Forschungsansatz wird hier durch Arbeiten zu einem *europäischen Deliktsrecht* gebildet.⁵⁴ Soweit die Grundlagen und Strukturen eines solchen Rechtsgebiets abgesteckt werden, so spielt auch die Haftung der Dritten Gewalt hier eine gewisse Rolle, zumal – wie soeben angedeutet – eine Haftung der Dritten Gewalt sich in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zunächst auf die persönliche Haftung des Richters bezieht, also eine private Delikthaftung ist.

50 S. H. Kelsen, Über Staatsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt (1914), in: M. Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd. 3, 2010, S. 439 ff.

51 Dies gilt insofern auch für die Europäische Union, s. dazu *J. P. Terhechte*, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 47 EUV, Rn. 10.

52 S. C. Schönberger, *Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte*, in: A. von Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, 2011, § 71, Rn. 52.

53 S. I. Augsberg, *Methoden des europäischen Verwaltungsrechts*, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2022, § 4, Rn. 1 ff.

54 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. 1 1996, Bd. 2 1999.

Die Haftung der Dritten Gewalt ist aber nicht in allen Mitgliedstaaten der Union ausschließlich eine Frage des (privaten) Deliktsrechts. Schon von Verfassungen wegen kennen etwa Österreich,⁵⁵ Spanien⁵⁶ oder Italien⁵⁷ das Institut der Staatshaftung, das jeweils auch bei judikativem Unrecht zumindest grundsätzlich greift.⁵⁸ Für die Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum ergibt sich hieraus die nicht unerhebliche Schwierigkeit, unterschiedliche Ansätze miteinander zu versöhnen. Mit anderen Worten: Eine Haftung der Dritten Gewalt stellt aus der Sicht des europäischen Deliktsrechts bzw. des europäischen Verwaltungsrechts zugleich eine Herausforderung dar, muss doch eine entsprechende europäische Konzeption die klassische Säulenstruktur des Rechts zumindest ein Stück weit übersteigen.

Doch nicht nur die wissenschaftliche Konzeption des europäischen Deliktsrechts sendet wichtige Impulse aus, um die überkommene Struktur des deutschen Amtshaftungsrechts bzw. eine Haftung der Dritten Gewalt zu hinterfragen, sondern auch das Unionsrecht selbst (bzw. das europäische Verwaltungsrecht). Der EuGH hat mit seinem *Köbler*-Urteil aus dem Jahre 2003 den Weg für eine Anwendung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auch im Falle judikativen Unrechts geebnet. Dieses Urteil und einige Folgeurteile haben hinsichtlich ihres Ansatzes und der Folgen für das nationale Recht eine anhaltende wissenschaftliche Debatte ausgelöst;⁵⁹ die Frage der Haftung der Dritten Gewalt wurde so zur Frage, welche Umbauten das Unionsrecht zum Zwecke seiner einheitlichen Anwendung in gewachsene Strukturen des nationalen Rechts erfordert und wo hier die Grenzen liegen.

Im Zuge der zu verzeichnenden Internationalisierung der nationalen Rechtsordnungen gewinnt zudem die Rechtsvergleichung an Bedeutung.⁶⁰ Hier lassen sich aus der Perspektive der Rechtswissenschaft unterschiedliche Forschungsfelder identifizieren: So gibt es etwa Bestrebungen in internationalen »Netzwerken«, Fragen der richterlichen Unabhängigkeit und Standesethik zu diskutieren und ggf. »internationale Erklärungen« (*declarations*)

55 Art. 23 Öster. Bundesverfassung.

56 Art. 106 Abs. 2 und 120 Span. Verfassung.

57 Art. 28 Ital. Verfassung.

58 S. dazu eingehend *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 407 ff.

59 S. etwa *B. W. Wegener*, (Fehl-)Urteilserwartung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, S. 84 ff.; *U. Haltern*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 96 (2005), S. 311 ff.; *C. Zantis*, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 378 ff.; *F. Schütter*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich, 2012.

60 S. zur Rechtsvergleichung als »vergessener Methode« im öffentlichen Recht aus historischer Perspektive *M. Stolleis*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 170 ff.; s. aber nunmehr *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 92 ff.

oder »codes of conduct« zu erarbeiten.⁶¹ Solche Erklärungen sind nicht nur für die Ebene des Völkerrechts von Bedeutung, sondern können zugleich innerstaatlich Debatten anstoßen. Sie lassen sich als Antwort auf die allgemeinere Frage der richterlichen Verantwortlichkeit (*judicial accountability*) deuten, mit dem Ziel, »harte Instrumente« wie eine Haftungsverantwortlichkeit zu vermeiden.

Die Aufgabe der Rechtsvergleichung besteht – allgemein gesprochen – darin, über den sprichwörtlichen »Tellerrand« der eigenen Jurisdiktion hinauszuschauen.⁶² Und genau das machen Richter offenbar immer häufiger, was schon daran festgemacht werden kann, dass in Urteilen Erkenntnisse ausländischer Gerichte zitiert werden.⁶³ Hier finden also wechselseitige Inspirations- und Legitimationsprozesse statt, die auch im Kontext der Haftung der Dritten Gewalt eine wichtige Rolle spielen können. Es liegt auf der Hand, dass eine Haftung der Dritten Gewalt in unterschiedlichen Rechtskreisen und rechtlichen Kontexten ganz unterschiedlichen Zielsetzungen und dogmatisch unterschiedlichen Mustern folgen kann. Rechtsvergleichende Studien zeigen, dass Fragen der richterlichen Unabhängigkeit, der demokratischen Legitimation der Dritten Gewalt und ihrer Haftungsverantwortlichkeit jeweils abhängig vom Rechtssystem und der Rechtskultur sehr unterschiedlich beurteilt werden können.⁶⁴ In der vorliegenden Untersuchung werden nicht nur die deutsche Rechtsordnung und der Einfluss des Unionsrechts auf diese Rechtsordnung untersucht, sondern an den Stellen der Untersuchung, an denen ein Rechtsvergleich zusätzlichen Erkenntnisgewinn verspricht, die Rechtsord-

61 Eingehend dazu *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.

62 Zur Rolle der Rechtsvergleichung und ihren Erkenntnismöglichkeiten allgemein *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 12 ff. und S. 31 ff.; *H. Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, S. 257 ff.; vgl. auch *B. Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, S. 19 f.; *J. Basedow*, 100 Jahre Rechtsvergleichung, *JZ* 2016, S. 269 ff.

63 Dazu etwa *A. Voßkuhle*, Rechtspluralismus als Herausforderung. Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *ZaöRV* 79 (2019), S. 481 ff.

64 *S. H. Jung*, Richterbilder. Ein interkultureller Vergleich, 2006.

nungen des Vereinigten Königreichs,⁶⁵ der USA,⁶⁶ Frankreichs,⁶⁷ Italiens⁶⁸ und Österreichs⁶⁹ näher in Bezug auf die Haftung der Dritten Gewalt bzw. ihrer Verantwortlichkeit betrachtet.

Die Rechtsvergleichung verspricht so zugleich einen weiteren wichtigen methodischen Ansatz für die Analyse der Haftung der Dritten Gewalt im deutschen Recht: So sind Fragen der richterlichen Haftungsverantwortlichkeit in vielen Staaten dynamischeren Ansätzen verpflichtet, als dies in Deutschland der Fall ist, was nicht zuletzt auf die Rolle des § 839 Abs. 2 BGB zurückzuführen ist. Dass die hinter § 839 Abs. 2 BGB stehenden Zielsetzungen, wie die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit oder der Rechtskraft, aus einer rechtsvergleichenden Perspektive sehr unterschiedlich beurteilt werden, wurde etwa in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Léger* in dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Köbler* deutlich herausgearbeitet.⁷⁰ Ein solcher Ansatz kann hier dazu beitragen, stereotypische Begründungsmuster, die häufig für die Rechtfertigung von Privilegierungen herangezogen werden, kritisch zu hinterfragen.

-
- 65 Zur Stellung und Haftung der Dritten Gewalt im Vereinigten Königreich bzw. unter dem common law s. etwa die grundlegenden Urteile Court of Appeal (VK) v. 30.07.1974, *Sirros v. Moore*, [1975] Q.B. 118; Court of Appeal (VK) v. 06.11.1987, *Rajski v. Powell*, 11 N.S.W.L.R. 522; Court of Appeal (VK) v. 07.08.1894, *Anderson v. Gorrie*, [1895] 1 Q. B. 668; Court of Appeal (VK) v. 26.01.1967, *R. v. Llewellyn-Jones*, 3 All E. R. 225; s. auch Court of King's Bench v. 01.01.1677, *Hamond v. Howell*, 2 Mod Rep 218; Court of the Queen's Bench v. 26.02.1850, *Houlden v. Smith*, 14 Q. B. 841; House of Lords (Nordirland) v. 22.11.1984, *McC v. Mullan*, AC 528; Court of Appeal (VK) v. 31.07.1996, *Warren v. Warren*, Q.B. 488; zum Ganzen auch *M. Brazier*, Judicial Immunity and the Independence of the Judiciary, Public Law 1976, S. 397 ff.; *D. Thompson*, Judicial Immunity and the Protection of Justices, Modern Law Review 21 (1958), S. 517 ff.
- 66 Zur Haftung der Dritten Gewalt in den Vereinigten Staaten grundlegend *Bradley v. Fisher* 80 US (13 Wall.) 335 (1871); allgemein dazu s. *J. M. Feinman/Roy S. Cohen*, Suing Judges, South Carolina Law Review 31 (1980), S. 201 ff. (221 ff.); *A. A. Olowofoyeku*, Suing Judges: A Study on Judicial Immunity, 1993, S. 23 ff., 72 ff.; 85 ff.; 146 ff.; *E. J. H. Schrage*, The Judge's Liability for Professional Mistakes, 17 Legal History (1996), S. 101 ff. (114 ff.); *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 630 f.
- 67 Zur Haftung der Dritten Gewalt in Frankreich s. etwa *A. Ohlenburg*, Haftungsfragen bei richterlicher und staatsanwaltlicher Tätigkeit in Deutschland, England, Frankreich und Österreich, *RabelsZ* 67 (2003), S. 683 ff. (688 ff.).
- 68 Zur Haftung der Dritten Gewalt in Italien grundlegend *V. Vigoriti*, Le responsabilità del giudice, 1984; *M. Cappelletti*, Giudici irresponsabili?, 1988; zur Rechtslage nach dem italienischen Richterhaftungsgesetz s. etwa *M. Graziadei/U. Mattei*, Judicial Responsibility in Italy: A New Statute, American Journal of Comparative Law 38 (1990), S. 103 ff.; *S. Stuth*, Staatshaftung für Justizfehler. Italiens neues Richterhaftungsgesetz im Vergleich zur deutschen Rechtslage, EuGRZ 1990, S. 353 ff.
- 69 Zur Haftung der Dritten Gewalt in Österreich s. § 1 Abs. 1 des österreichischen Amtshaftungsgesetzes (Bundesgesetz v. 18.12.1948, BGBl. Nr. 20/1949), wonach eine Haftung auch für judikatives Unrecht grundsätzlich zugestanden wird. Allerdings ist in § 2 Abs. 3 AHG eine Ausnahme von der Haftungsverantwortlichkeit für Erkenntnisse der »Höchstgerichte« verankert; s. a. *A. Ohlenburg*, Haftungsfragen bei richterlicher und staatsanwaltlicher Tätigkeit in Deutschland, England, Frankreich und Österreich, *RabelsZ* 67 (2003), S. 683 ff. (688).
- 70 Schlussanträge des GA *Léger* v. 08.04.2003, EuGH, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:207 – *Köbler*.

III. Die Haftung der Dritten Gewalt im Lichte der *Governance*-Forschung

1. *Staatshaftungsrecht im Kontext der Säulenstruktur des deutschen Rechts*

Das Staatshaftungsrecht bzw. das Amtshaftungsrecht wird von der deutschen Rechtswissenschaft traditionell dem Allgemeinen Verwaltungsrecht zugeordnet,⁷¹ auch wenn gerade in diesem Rechtsgebiet die klassische Säulenstruktur des deutschen Rechts (Bürgerliches Recht, Öffentliches Recht, Strafrecht)⁷² in mannigfaltiger Weise durchbrochen wird: Zwar zählt das Staatshaftungsrecht zum Öffentlichen Recht, in der Praxis wird es aber überwiegend von Zivilgerichten angewendet (s. § 40 Abs. 2 VwGO, Art. 14 Abs. 3 S. 3, Art. 34 S. 3 GG). Hiermit war immer eine gewisse »Perspektivverengung« verbunden, steht doch im amtshaftungsrechtlichen Zivilprozess zwangsläufig immer die Frage des Schadensersatzes im Mittelpunkt, nicht aber Fragen der rechtsstaatlichen Überformung dieses Rechtsgebiets oder der Grundrechte.

Wissenschaftlich ist das Staatshaftungsrecht gleichwohl Domäne des Verwaltungsrechts geblieben, was sich schon daran festmachen lässt, dass nahezu alle Kommentierungen zu § 839 BGB aus der Feder von Staats- und Verwaltungsrechtslehrern⁷³ stammen oder aber von Richtern,⁷⁴ die speziell mit diesem Feld vertraut sind. Die Zuordnung des Staatshaftungsrechts zum Öffentlichen Recht konnte damit die historisch gewachsene Zuweisung der Materie an die Zivilgerichte nicht infrage stellen, zumal diese Zuweisung in guten Teilen verfassungsumittelbar ist.

2. *Haftung und Governance*

Das Staatshaftungsrecht ist damit ein gutes Beispiel dafür, dass die Säulenstruktur des deutschen Rechts, die in vielen Fällen zu einer mikrodisziplinä-

71 S. nur die Lehrbuchliteratur: *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 25 ff.; *B. Grzesick*, Staatshaftungsrecht, in: *D. Ehlers/H. Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 43 ff.; dagegen wird in anderen Rechtskreisen die öffentlich-rechtliche Haftung nicht nur als Teil des Verwaltungsrechts begriffen, so ist im englischen Recht auch das öffentlich-rechtliche Delikt oftmals eine Frage des Tort Law, s. etwa die Darstellung bei *S. Deakin/A. Zoe/B. Markesinis*, *Tort Law*, 8. Aufl. 2019, S. 295 ff.; eingehend zum Ganzen *C. Harlow*, *Compensation and Governance of Torts*, 1982.

72 Dazu kritisch *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1, Rn. 38 m. w. Nachw.

73 S. etwa *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: *J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839; *H. Vinke*, in: *H. T. Soergel* (Hrsg.), *BGB Kommentar*, Bd. 5/2, 13. Aufl. 2005, § 839; *J. Mayen*, in: *B. Grunewald/G. Maier-Reimer/H.-P. Westermann* (Hrsg.), *Erman, BGB Kommentar*, Bd. 2, 16. Aufl. 2020, § 839.

74 *H. Sprau*, in: *C. Grüneberg* (Hrsg.), *BGB*, 81. Aufl. 2022, § 839; *H. Wöstmann*, in: *J. von Staudinger* (Hrsg.), *Kommentar zum BGB*, Buch 2, Neubearbeitung 2020, §§ 839, 839a.

ren Abschottung führt, hinterfragt werden muss.⁷⁵ Gerade im Staatshaftungsrecht spiegelt sich das Verhältnis von Privatrecht und Öffentlichem Recht als wechselseitige »Auffangordnungen« deutlich wider,⁷⁶ was entscheidend dazu beiträgt, dass neue Entwicklungen im deutschen Verwaltungsrecht, die schlagwortartig mit einer »*Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*«⁷⁷ umschrieben werden, am Referenzgebiet des Staatshaftungsrechts besonders plastisch abgebildet werden können.

Wenn man nach den zentralen Anliegen für den Umbau der Verwaltungsrechtswissenschaft fragt, so treten verschiedene Motive in den Vordergrund: Es geht zum einen um eine neue Perspektive auf das Verwaltungsrecht. Das tradierte Konzept des deutschen Rechts fußt letztlich auf einer »Rechts-schutzperspektive« bzw. »rechtsaktbezogenen Perspektive«, die stark mit der sog. »juristischen Methode« verflochten ist bzw. durch diese bedingt wird. Diesem tradierten Konzept wird seit einigen Jahren eine »verhaltens-bezogene Steuerungsperspektive« entgegengesetzt. Nach Andreas Voßkuhle, einem der geistigen Väter der »*Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*«, ist seit einiger Zeit ein entscheidender Paradigmenwechsel in der Verwaltungsrechtswissenschaft zu beobachten, ein Wandel »von einer anwendungsbe-zogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtssetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft«⁷⁸. Letztlich ist hiermit das Anliegen artikuliert, Realanalysen, Folgenabschätzungen, empirische Befunde etc. in methodisch reflektierter Weise in die juristische Argumentation einfließen zu lassen. Die »Rationalisierung nicht normativer Entscheidungsfakto-ren« bildet damit ein wichtiges Anliegen dieses Forschungssettings.⁷⁹ Hierbei bedient man sich etwa sozialwissenschaftlicher und ökonomischer Konzepte. »*Governance*«, »*Steuerung*«, »*accountability*«, »*ökonomische Analyse*« werden so zu sog. »Schlüsselbegriffen«. Zugleich spielen die Impulse, die durch die Europäisierung und Internationalisierung der deutschen (Verwal-tungs-)Rechtsordnung ausgesendet werden, eine wichtige Rolle.

75 Ebenda.

76 Zur Deutung des Verhältnisses von Zivilrecht und Öffentlichem Recht als wechselseitige Auffangordnungen s. etwa W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1997.

77 Dazu etwa A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1; ausführlich zur gesamten Diskussion etwa R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, 2007; kritisch K. F. Gärditz, Die »*Neue Verwaltungswissenschaft*« – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: M. Burgi (Hrsg.), *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, DV Beiheft 12, 2017, S. 105 ff.

78 A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 15.

79 Ebenda, Rn. 15 a. E.

Freilich ist hiermit keine völlige Neuausrichtung der Verwaltungsrechtswissenschaft intendiert. Das ganze Projekt der Reform des Verwaltungsrechts hat zunächst den appellativen Charakter, sich den neuen Herausforderungen zu stellen. Den Verfechtern des Projekts ist natürlich bewusst, dass man komplexe Systeme – wie das Verwaltungsrechtssystem – nicht einfach ändern, sondern bestenfalls irritieren und damit zu Optimierungen provozieren kann.⁸⁰

Forschungsarbeiten können hier wichtige methodische Impulse durch die so erfolgte Erweiterung des theoretischen »settings« der Verwaltungsrechtswissenschaft beziehen. In Bezug auf die Haftung der Dritten Gewalt können daher Fragen der »Steuerung« bzw. »Governance-Theorie« ebenso wenig ausgeblendet werden, wie auch eine Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts sowie des europäischen und internationalen Rahmens angezeigt ist. Insofern ist der Begriff der *accountability*, der einen wesentlichen Baustein der Governance-Forschung verkörpert, ein Schlüsselbegriff im Kontext der Dritten Gewalt, erlaubt er doch, Instrumente und Mechanismen mit in die Betrachtung einzuschließen, die keine »normativen Entscheidungsfaktoren« sind.⁸¹

3. Die Haftung der Dritten Gewalt und ökonomische Analyse des Rechts

Besonders bedeutsam scheinen in diesem Zusammenhang Fragen der ökonomischen Analyse des Rechts bzw. des Staatshaftungsrechts zu sein. Das private Haftungsrecht ist eines der wichtigsten Exerzierfelder der ökonomischen Analyse des Rechts,⁸² sodass auch sein öffentlich-rechtliches Pendant – insbesondere das Amtshaftungsrecht – für diesen Forschungsansatz von Interesse sein müsste. Tatsächlich befindet sich die ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts und hier des Staatshaftungsrechts aber noch in den sprichwörtlichen Kinderschuhen.⁸³ Doch insbesondere bei der Frage, welche Funktion eine Haftung der Dritten Gewalt erfüllen kann, kann dieser Ansatz

80 N. Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, hrsgg. von D. Baecker, 4. Aufl. 2008, S. 124 f.

81 Eingehend dazu § 11.

82 Grundlegend etwa R. Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014; R. Cooter/T. Ulen, Law and Economics, 6. Aufl. 2016; kritisch zu den Rezeptionswurzeln s. 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.

83 C. Möllers/A. Voßkuhle, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften – Beobachtungen, Vermutungen, Thesen, DV 36 (2003), S. 321 ff. (330); B. J. Hartmann, Perspektiven der ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, Der Staat 50 (2011), S. 61 ff. (63); s. aber nunmehr allgemein E. V. Towfigh/N. Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2010; B. J. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht. Ökonomisierung – Europäisierung – Dogmatisierung, 2013.

von einiger Bedeutung sein.⁸⁴ Eine solche Haftung kann durchaus Anreizwirkungen entfalten, Fehler zu vermeiden und so zu Qualitätssteigerungen innerhalb der Justiz führen.⁸⁵ Der Vorteil eines solchen Vorgehens liegt in seinem »gewaltenschonenden« Charakter (dazu sogleich).

4. Interdisziplinäre Ansätze

Die Dritte Gewalt ist wie alle Staatsfunktionen einem beständigen Wandel ausgesetzt, dessen Analyse eine zentrale Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Forschung darstellt (dazu § 5). Dieser Wandel hängt nicht zuletzt mit der Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Rechtsordnungen zusammen. Diese Prozesse haben dazu beigetragen, dass die disziplinäre Geschlossenheit der Rechtswissenschaft ein Stück weit aufgebrochen wurde. Folgerichtig spielen Fragen der Verantwortlichkeit bzw. *accountability* nicht nur in juristischen Diskursen eine wichtige Rolle, sondern auch in der politik- und sozialwissenschaftlichen *Governance-Forschung*.⁸⁶ Die mit der »Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft« verbundene disziplinäre Öffnung kann daher dazu führen, sozialwissenschaftliche Konzepte für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen. Versteht man das *Governance*-Konzept als einen Ansatz, bei dem es darum geht, staatliche und private Regelungsstrukturen zu analysieren, so kann die Frage nach einer Haftung der Dritten Gewalt aus einer völlig neuen Perspektive betrachtet werden. Es geht dann nicht mehr so sehr um die »Gefahren« für die Unabhängigkeit der Richter bzw. für die Rechtskraft ihrer Urteile, sondern zunächst um eine Art »regulierter Selbstregulierung«.⁸⁷ Den Parteien eines Gerichtsverfahrens wird so im Falle einer judikativen Amtspflichtverletzung die Möglichkeit gegeben, einen Ausgleich zu erlangen. Gleichzeitig handelt es sich bei der Amtshaftungsklage um ein Instrument, das aus der Perspektive des Grundsatzes der Gewaltenteilung unproblematisch zu sein scheint, geht sie doch nicht von anderen

84 S. etwa S. Voigt, The Economic Effects of Judicial Accountability – Cross-Country Evidence, *European Journal of Law and Economics*, 25/26 (2008), S. 95 ff.

85 Allgemein zur Rolle von »Anreizen« bei der ökonomischen Analyse des Staatshaftungsrechts B. J. Hartmann, Perspektiven der ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, *Der Staat* 50 (2011), S. 61 ff.; A. van Aaken, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, 2003.

86 Zum Begriff der *Governance* s. etwa W. Hoffmann-Riem, *Governance* im Gewährleistungsstaat – vom Nutzen der *Governance*-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2005, S. 195 ff.; G. Folke Schuppert, Was ist und wozu *Governance*?, *DV* 40 (2007), S. 463 ff.

87 Zum Paradigma der »regulierten Selbstregulierung« s. etwa E. Schmidt-Aßmann, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, *DV*, Beiheft 4, 2001, S. 253 ff.; A. Voßkuhle, »Regulierte Selbstregulierung« – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, *DV*, Beiheft 4, 2001, S. 197 ff. m. w. Nachw., nach dem die Begrifflichkeit ursprünglich auf Wolfgang Hoffmann-Riem zurückgeht.

staatlichen Organen aus, sondern in der Regel von Privaten. Es handelt sich potenziell um ein »unentdecktes« Steuerungsinstrument aus der Mitte der Gesellschaft.

D. Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt in der öffentlichen Diskussion

Das Thema der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt bzw. ihre Stellung im Rechtssystem und ihre Leistungsfähigkeit hat in den letzten Jahren eine breitere mediale Aufmerksamkeit erfahren. Hierbei spielen Fragen der Arbeitsüberlastung der Justiz ebenso eine wichtige Rolle wie allgemeine Überlegungen zu ihrer Funktionsweise und dem Rollenverständnis von Richtern sowie Rechtsanwälten.⁸⁸ Jüngst hat etwa *Joachim Wagners* Buch über die Arbeitsbelastung und das Arbeitsethos der Gerichte für Aufmerksamkeit gesorgt.⁸⁹

Doch auch prominente Gerichtsfälle bzw. mitunter so titulierte »Justizskandale«, wie etwa der sog. Fall *Mollath*, der schließlich zu einer Entschädigung von 600.000 Euro führte,⁹⁰ oder das staatspolitisch folgenreiche Verfahren gegen den früheren Bundespräsidenten *Christian Wulff*, das mit einem Freispruch und einer Entschädigung nach dem StrEG für *Wulff* seinen Abschluss fand,⁹¹ sorgten in den letzten Jahren für breite mediale Aufmerksamkeit. Das Besondere an diesen Verfahren dürfte darin bestehen, dass auch Fragen der ordnungsgemäßen Durchführung der staatsanwaltlichen Ermittlungs- bzw. der Gerichtsverfahren öffentlich diskutiert und – teilweise stark – kritisiert wurden. Hiermit rückt dann zwangsläufig die Frage, wie mit »Fehlurteilen« umgegangen wird, in die Diskussion.⁹² Diese Diskussionen haben

88 Dazu etwa *J. Wagner*, Vorsicht Rechtsanwalt. Ein Berufsstand zwischen Mammon und Moral, 2014; *N. Blühm*, Einspruch! Wider die Willkür an deutschen Gerichten, 2014.

89 *J. Wagner*, Ende der Wahrheitssuche. Justiz zwischen Macht und Ohnmacht, 2017; vergleichbare Veröffentlichungen stammen z. T. auch von Richtern s. *J. Gnisa*, Das Ende der Gerechtigkeit – Ein Richter schlägt Alarm, 2. Aufl. 2017; *P. Burrow*, Justiz am Abgrund: Ein Richter klagt an, 2018; *T. Schleif*, Urteil: Ungerecht, 3. Aufl. 2020.

90 Dazu nur BVerfG v. 26.08.2013 – 2 BvR 371/12, NJW 2013, 3228 – *Mollath*; OLG Nürnberg v. 06.08.2013 – 1 Ws 354/13 WA, NJW 2013, 2692; Freispruch durch LG Regensburg v. 14.08.2014 – 6 KLS151 Js 4111/13 WA; LG München I v. 20.03.2019 – 15 O 4267/18 (Gütliche Einigung im Amtshaftungsverfahren *Gustl Mollath*); s. auch *J. Hauer*: Anmerkungen und Gedanken zum Fall *Mollath* – Verschwörung oder Gleichgültigkeit?, ZRP 2013, S. 209 ff.; *dies.*, Der Fall *Mollath* – Weil nicht sein kann, was nicht sein darf, NJ 2013, S. 456 ff.

91 LG Hannover v. 27.02.2014 – 40 KLS 6/13, 4212 Js 27683/13, openJur 2014, 25978.

92 Mitunter sorgt auch die Dritte Gewalt selbst für mediale Aufmerksamkeit, etwa wenn erstinstanzliche Urteile im Rahmen von Berufungs- oder Revisionsverfahren scharf kritisiert werden. Ein Beispiel aus jüngerer Zeit ist etwa ein Urteil des LG Köln v. 28.07.2016 - 152 Ns 59/15 in dem ein Urteil des AG Köln aufgehoben wird. In dem Urteil heißt es etwa: »Die Kammer unterstreicht vor diesem Hintergrund ihre in der Hauptverhandlung bekannt gegebene Wertung, bei dem von einem Richter unter-

aber in Deutschland bislang – soweit ersichtlich – nur selten zu wesentlichen Reformimpulsen geführt.⁹³

In anderen Staaten spielen und spielten Fragen der richterlichen Verantwortlichkeit – und davon kaum zu trennen – der richterlichen Unabhängigkeit eine größere Rolle. So gibt es in den USA seit ca. 20 Jahren eine anhaltende Diskussion darüber, wie richterliche *accountability*-Strukturen ausgestaltet werden sollten.⁹⁴ Die Diskussionen sind nicht frei von Polemik und übermäßiger Politisierung. Auch in europäischen Staaten wie bis vor kurzem in Polen und gegenwärtig in Ungarn sind ähnliche Entwicklungen zu beobachten, wie überhaupt zahlreiche Bemühungen zu beobachten sind, richterliche Unabhängigkeit einzuschränken.

Jenseits dieser besonderen Formen der medialen Auseinandersetzung (auch) mit der Dritten Gewalt zeichnet sich allgemein ein beachtliches Interesse an neuen Formen der »Prozesssteuerung« ab. Unter dem Stichwort »Litigation PR« wird etwa erörtert, in welchem Maße eine – wie auch immer – gesteuerte mediale Berichterstattung bestimmten Prozesszielen förderlich sein kann, sei es, dass sie ein »positives Umfeld« schafft, sei es, dass sie Einfluss auf das Gericht nimmt.⁹⁵ An diesem Beispiel zeigt sich sehr deutlich, wie vermeintliche Mechanismen, die der Sicherung der richterlichen Verantwortlichkeit dienen sollen, ausgehebelt bzw. gar in ihr Gegenteil verkehrt werden können.

schriebenen Dokument handele es sich nicht um ein auch nur ansatzweise nach Maßgabe des § 267 StPO begründetes Urteil, sondern schlicht um eine Frechheit. Das Vorgehen des Erstrichters, völlig sinnfrei zu großen Teilen überhaupt nicht in die Hauptverhandlung eingeführte Aktenanteile in sein Urteil hineinkopieren zu lassen, wird nicht nur dem Angeklagten und dem Geschädigten sowie den Besonderheiten der abzuurteilenden Taten, sondern auch und gerade dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit in keiner Weise mehr gerecht. Die Fassung eines solchen ›Scheinurteils‹ bleibt auch vor dem Hintergrund der hohen Arbeitsbelastung der Amtsgerichte unerklärlich.«

93 T. Walter, »Beyond Mollath« – Strafrechtliche Unterbringung in der Psychiatrie, ZRP 2014, S. 103 ff.; P. Käiske, Anforderungen an die Begründung von Unterbringungsentscheidungen, NJW-Spezial 2013, S. 632 ff.

94 J. Zätsch, Richterliche Unabhängigkeit und Richterauswahl in den USA und Deutschland, 2000; R. Y. Schaufler, Judicial accountability in the US State Courts – Measuring court performance, Utrecht Law Review 3 (2007), S. 112 ff.; R. Handberg, Judicial Accountability and Independence: Balancing Incompatibles?, University of Miami Law Rev. 49 (1994), S. 127 ff.

95 Eingehend dazu V. Boehme-Nefler, Die Öffentlichkeit als Richter? – Litigation-PR als Herausforderung für das Recht, ZRP 2009, S. 228 ff.; S. Holzinger/U. Wolff, Im Namen der Öffentlichkeit, Litigation-PR als strategisches Instrument bei juristischen Auseinandersetzungen, 2009; S. Schulze/N. Ostheim, Litigation-PR im Zivilverfahren, ZRP 2019, S. 233 ff.; M. Jahn/R. Gerhardt: Prominentenstrafrecht – Mediale Ausschaltung und ihre Grenzen, ZRP 2016, S. 155 ff.; B. Schmitt: Der mediale Druck auf die Rechtsprechung hat zugenommen, ZRP 2011, S. 220 ff.; J. Jahn, Compliance, Litigation-PR und die Medien, CCZ 2011, S. 139 ff.; G. Trüg: Medienarbeit der Strafjustiz – Möglichkeiten und Grenzen, NJW 2011, S. 1040 ff.; G. Friedrichsen: Zwischenruf. »Litigation-PR« – Prozessführung über Medien? ZRP 2010, 263 ff.; R. Gerhardt, Die Richter und das Medienklima – Welchen Einfluss hat die Gerichtsberichterstattung in den Medien auf das Strafverfahren und das Urteil?, ZRP 2009, S. 247 ff.

E. Schlussfolgerungen

Mit der zu verzeichnenden Perspektiverweiterung bei der Analyse rechtlicher Problemstellungen, die nicht mehr allein – wenngleich doch weiterhin zentral – auf die dogmatische Bewältigung neuer Herausforderungen abstellen kann, verschieben sich die Argumentationslasten im rechtswissenschaftlichen Diskurs. Rein dogmatische Erwägungen vermögen zwar auch weiterhin eine große Rolle zu spielen, durch die Überformung durch das Unions- und Völkerrecht ist aber schon dieser Ansatz ungleich komplexer geworden, als ein erster Blick vermuten ließe. Die interdisziplinäre Bewältigung komplexer Problemlagen ist dagegen nicht nur eine Herausforderung für die Rechtswissenschaft, sondern für die Wissenschaft allgemein. Hierbei sollte der Blick für die eigenen Stärken nicht verstellt werden. Die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft hat vor diesem Hintergrund weder eine »empirische Wende«⁹⁶ noch eine allzu forcierte Ökonomisierung in Kauf zu nehmen, sondern muss eigene Kriterien für die Einspeisung »fremden Wissens« entwickeln.

In Bezug auf die Haftung der Dritten Gewalt folgt hieraus, dass ein solches »Haftungsinstrument« weder durch rein ökonomische Erwägungen zu rechtfertigen ist noch durch die sozial- und politikwissenschaftlichen *Governance*-Ansätze allein erfasst werden kann. Vielmehr muss es darum gehen, zusätzliche Argumentationslinien zur Verfügung zu stellen, die aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive zu ausgewogenen Ergebnissen führen. Gerade die Frage nach der Haftung der Dritten Gewalt zeichnet sich bislang durch reflexartige Argumentationen aus, die bei Lichte besehen schon einer eingehenden dogmatischen Analyse kaum standhalten.⁹⁷

96 Dafür aber N. Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 ff.

97 Dies gilt insbesondere für die mitunter schillernde Diskussion um die verfassungsrechtlich garantierte richterliche Unabhängigkeit, s. dazu § 4 C. V.