



LOBBYISMUS IN JUSTIZ UND RECHTSWISSENSCHAFT

JANUAR 2022

FINANZWENDE

Recherche

Finanzwende Recherche
Motzstraße 32 | 10777 Berlin
info@finanzwende-recherche.de
V.i.S.d.P.: Gerhard Schick

INHALT

1. Einleitung	3
2. Die Unabhängigkeit der Richterschaft	5
2.1. Die Grundlagen richterlicher Unabhängigkeit.....	5
2.2. Interessenkonflikte von Richtern.....	7
2.2.1. Nebeneinkünfte.....	7
2.2.2. Gemeinsamer Auftritt von Richtern und Parteivertretern	13
2.2.3. Schlussfolgerungen	16
2.3. Drehtüreffekte.....	17
3. Wechselwirkungen zwischen Rechtswissenschaft, Justiz und Privatwirtschaft	22
3.1. Drittmittel und allgemeine Interessenkonflikte	22
3.2. Nebentätigkeiten von Professoren	25
3.2.1. Die Rolle der (Rechts)Wissenschaft bei CumEx	27
3.2.2. Schlussfolgerungen	32
3.3. Interessenkonflikte in rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen	32
3.3.1. Schlussfolgerungen	34
3.4. Parteinahme in Prozessen durch Professoren.....	36
4. Politische Einflussnahme auf die Justiz	39
4.1. Die Beeinflussung von Richterkarrieren	39
4.1.1. Gefahr der Ausweitung des politischen Einflusses auf die Justiz	41
4.1.2. Folgen politischen Einflusses auf die Justiz am Beispiel des Dieselskandals	42
4.1.3. Europäische Initiative	45
4.1.4. Schlussfolgerungen.....	45
4.2. Die Weisungsgebundenheit von Staatsanwaltschaften	46
5. Beeinflussung der öffentlichen Wahrnehmung von Urteilen	49
5.1. Urteils-Vermeidung durch Abschluss von Vergleichen	49
5.2. Selektive Veröffentlichung der Rechtsprechung	52
6. Zusammenfassung	56

1. EINLEITUNG

Wenn in Deutschland über Lobbyismus gesprochen wird, ist meist vom Einfluss auf die gesetzgebende Gewalt (Parlamentarier und Parteien) und die Regierung (Ministerien oder nachgelagerte Behörden) die Rede. Beispielhaft hierfür stehen Veröffentlichungen von Lobbycontrol¹ sowie die von Finanzwende herausgegebene Studie zu Größe und Einfluss der Finanzlobby in Deutschland². Auch Standarddefinitionen von Lobbyismus – als „Einflussnahme organisierter Interessengruppen“³ klammern das Justizsystem für gewöhnlich aus.

Der Einfluss finanzstarker Interessen auf staatliche Entscheidungen vollzieht sich aber nicht nur über die Exekutive und die Legislative. **Es wäre naiv anzunehmen, dass das Gefälle zwischen verschiedenen Interessengruppen vor dem Justizsystem und der Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Meinungen, die richterlichen Entscheidungen zugrunde liegen, Halt macht.** Schließlich geht es bei gerichtlichen Grundsatzentscheidungen im Banken-, Versicherungs- oder Steuerrecht immer wieder um Milliardensummen. Selbst bei einzelnen Streitfragen sind mehrstellige Millionen- oder Milliardenbeträge keine Seltenheit. Größere finanzielle Beträge einzusetzen, um richterliche Entscheidungen zu den eigenen Gunsten zu beeinflussen, mag daher für manche Akteure naheliegen. Insofern besteht kein Unterschied zur Beeinflussung gesetzgeberischer oder administrativer Entscheidungen.

Das deutsche Justizsystem insgesamt kann als fair und funktionstüchtig angesehen werden. Und doch gilt es, alles zu tun, um eine wirklich faire und unabhängige Justiz sicherzustellen und mögliche Einfallstore zu schließen. Das gilt umso mehr für solche Themen, die enorme finanzielle Auswirkungen für finanzstarke Akteure haben können. Hier tut Deutschland bislang wenig. Höchst bedenkliche Einzelbeispiele zeigen, dass Justiz und Wissenschaft, strukturell bedingt, Gelegenheiten für eine Einflussnahme durch Lobbyisten bieten und daraus Gefahr für den Rechtsstaat resultiert. Es ist deshalb wichtig, sich mit der Thematik des Finanzlobbyismus und der Interessenkonflikte im Bereich der Justiz zu beschäftigen. Die vorliegenden Ausführungen versuchen, die bestehende Lücke in der Auseinandersetzung mit dem Lobbyismus im Bereich des Rechtssystems zu schließen.

Dafür betrachten wir vier Aspekte: Erstens analysieren wir die **Gefahr der Beeinflussung von Richtern**, vor allem durch Nebeneinkünfte und Drehtüreffekte. Zweitens sehen wir eine Gefahr der Beeinflussung über die **Rechtswissenschaft**, hier vor allem über Nebentätigkeiten von Professoren und die Drittmittelfinanzierung von Lehrstühlen. Drittens bestehen Möglichkeiten der **Einflussnahme auf Gerichte und Staatsanwaltschaften über die Politik**. Abschließend thematisieren wir das Kräfteungleichgewicht, das dadurch entsteht, dass viele **unliebsame Urteile nicht veröffentlicht und mithilfe von Vergleichen (höchst)richterliche Entscheidungen verhindert werden**.

¹ Vgl. Veröffentlichungen unter <https://www.lobbycontrol.de/publikationen/studien-recherchen/>, zuletzt abgerufen am 12.12.2021.

² Bürgerbewegung Finanzwende: [Studie zu Größe und Einfluss der Finanzlobby in Deutschland](#) vom 09.12.2020, zuletzt abgerufen am 11.01.2022.

³ Gablers Wirtschaftslexikon „[Lobbyismus](#)“, zuletzt abgerufen am 29.10.2021.

Für den juristischen Laien sind viele dieser Wege der Einflussnahme zunächst unbekannt. Während viele Bürgerinnen gewohnt sind, darüber zu streiten, wie Parteien finanziert werden sollten und ob Abgeordnete ihre Nebentätigkeiten offenlegen müssen, gibt es bisher keine relevante öffentliche Auseinandersetzung darüber, ob die Regelungen im Bereich der Justiz ausreichend sind, um die Finanzlobby an einer Beeinflussung des Rechtssystems zu hindern. Genaue diese Auseinandersetzung ist aber dringend erforderlich.

2. DIE UNABHÄNGIGKEIT DER RICHTERSCHAFT

2.1. Die Grundlagen richterlicher Unabhängigkeit

Richter und insbesondere Bundesrichter üben einen einzigartig privilegierten Beruf aus. Auf Lebenszeit ernannt (§§ 15 VwGO, 10 DRiG), unabsetzbar (§ 21 DRiG), unversetzbar (§§ 30 ff. DRiG), pensionsberechtigt, ohne geregelte Dienstzeiten⁴, mit einer durch einfaches Gesetz und Verfassung geregelten Unabhängigkeit. **Dabei soll die grundgesetzlich konstituierte richterliche Unabhängigkeit eine unparteiliche und sachliche Rechtsprechung gewährleisten.** Richterinnen haben sich deshalb auch außerhalb ihres Amtes so zu verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.⁵ Art. 97 Abs. 1 GG garantiert die sachliche Unabhängigkeit der Richter.⁶ Sie sind nur dem Gesetz unterworfen. Diese sachliche Unabhängigkeit der Richterschaft wird durch die Garantie auch der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG institutionell abgesichert.⁷ Die persönliche Unabhängigkeit gewährt der Richterschaft Schutz vor persönlichen Sanktionen für missliebige Entscheidungen. Diese umfassende verfassungsmäßige Garantie gibt Richterinnen die Befugnis, unzulässige Einwirkungen Dritter zurückzuweisen. Mit dieser Befugnis korrespondiert zugleich auch eine Verpflichtung, Entscheidungen frei von derartigen externen Einwirkungen ausschließlich nach Recht und Gesetz zu treffen. Diese innere Unabhängigkeit kann weder die Verfassung noch das Gesetz garantieren. Sie ist eine den Richtern persönlich gestellte Aufgabe.⁸ Sie müssen ihre innere Unabhängigkeit gerade gegenüber rechtlich nicht fassbaren Einwirkungen bewahren.⁹ Korrespondierend mit dieser Unabhängigkeit erlegt § 39 DRiG Richterinnen ein besonderes Mäßigungsgebot auf. Sie haben sich innerhalb und außerhalb ihres Amtes so zu verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.

Gleichzeitig verfassen Richter in privatwirtschaftlich bezahlter Nebentätigkeit jedoch regelmäßig Fachliteratur und nehmen an Fachveranstaltungen teil. Ebenso sind Richterinnen mitunter als Schiedsrichterinnen in Verfahren außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit unter striktem Vertraulichkeitsverdikt tätig, welche regelmäßig kaum einsehbar sind. Diese Tätigkeiten bilden neben einem bloßen Zusatzeinkommen jedoch auch einen wichtigen Bestandteil der (richterlichen) Rechtsfortbildung. Die Juristerei und damit auch die richterliche Meinungsbildung lebt von dem fachlichen Austausch zwischen Richterschaft, Wissenschaft und Parteivertretern.

Doch dieser **Austausch bringt auch Möglichkeiten der Einflussnahme mit sich.** Die **Privatwirtschaft** ist neben der durch die Richterinnen eingebrachten fachlichen Expertise selbstverständlich auch **an einem gewissen Näheverhältnis zu den Entscheidungsträgerinnen**

⁴ Vgl. BVerfG NJW 2012, 2334; BVerwGE 78, 211 = NJW 1988, 1159.

⁵ Vgl. beispielhaft die Verhaltensleitlinien für Richter des BVerfG, zuletzt abgerufen am 22.07.2021; ebenso § 39 DRiG; Nebentätigkeiten dürfen demnach nur ausgeübt werden, wenn dadurch das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit, Unparteilichkeit oder Unbefangenheit nicht gefährdet wird, § 1 BRiNV.

⁶ Inhaltsgleich § 25 DRiG und § 1 GVG.

⁷ BVerfGE 87, 68–85 m.w.N.

⁸ Schaffer, BayVBl. 1991, 641–648; Funk, DRiZ 1978, 357–360.

⁹ Vgl. hierzu insgesamt Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihr Schranken, Festvortrag des Vizepräsidenten des BVerfG, Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, aus Anlass des 40. Geburtstags des Vereins der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter Baden-Württemberg

des eigenen Tätigkeitsbereiches interessiert. Nicht nur wertet die Teilnahme des Richters eines deutschen Obergerichts jede Fachveranstaltung auf. Man lernt dabei auch über den fachlichen Tellerrand hinaus, zu welchen Ansichten welcher Richter bzw. welcher Senat neigt und wie wichtige Urteile über den bloßen Urteilstext hinaus zu interpretieren sind. Im Rahmen solcher Veranstaltungen kann sich dabei schon einmal die Möglichkeit ergeben, zumindest abstrakt über aktuelle rechtliche Entwicklungen oder Ansichten zu diskutieren. So weit, so menschlich.

In diesem Spannungsfeld hat sich die Richterin jedoch stets ihre Unabhängigkeit zu bewahren. Dies gilt dabei nicht nur für ihre innere Unabhängigkeit, sondern im Dienste des Rechtsstaats auch für die nach außen wirkende Unabhängigkeit. Dies gilt umso mehr, je stärker Neben- oder Anschlussstätigkeiten Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterschaft bestärken können. Die soziale Nähe kann so unter Umständen zu Befangenheit führen.

So entschied das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bereits am 3. März 1966 in seinem Grundsatzurteil zum Thema Befangenheit:

*„Danach findet wegen Besorgnis der Befangenheit die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, **der geeignet ist**, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 24 StPO, § 42 ZPO). Es kommt also nicht darauf an, ob der Richter in der Tat ‚parteilich‘ oder ‚befangen‘ ist, oder ob er sich selbst für befangen hält. [...] **Entscheidend ist ausschließlich, ob ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlaß hat, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln.**“¹⁰*

Die Besorgnis der Befangenheit einer Richterin mit der Folge ihrer Ablehnung (vgl. § 42 Abs. 1, 2 ZPO) besteht damit, wenn aus Sicht einer vernünftig denkenden Partei unter Würdigung aller Umstände Anlass gegeben ist, an der Unvoreingenommenheit oder Unparteilichkeit eines Richters zu zweifeln. Auf eine tatsächliche Befangenheit der Richterin kommt es nicht an, weil sich seine tatsächliche innere Befindlichkeit einer Feststellung entzieht.¹¹ Zudem sollen die Vorschriften zur Befangenheit von Richtern bereits den bösen Schein einer möglicherweise fehlenden Unvoreingenommenheit und Objektivität vermeiden.¹²

Eine Befangenheit kommt unter anderem in Fällen in Betracht, in denen der Richter eine besondere Beziehung zum Verfahrensgegenstand oder den Verfahrensbeteiligten aufweist. Neben Fällen der persönlichen Nähe wie einem engem Freundschafts- oder Verwandtschaftsverhältnis, können auch geschäftliche Beziehungen geeignet sein, eine Befangenheit zu begründen. Dabei kommt es entscheidend auf die Intensität an, die der geschäftliche oder soziale Kontakt zwischen der Richterin und den Verfahrensbeteiligten aufweist. War der Richter früher in derselben Kanzlei beschäftigt wie die Prozessvertreterin der Partei, kann dies die Besorgnis der Befangenheit begründen; die Nichtoffenlegung des Näheverhältnisses stellt dabei einen eigenen Ablehnungsgrund dar.¹³ Ist ein Richter mit der Prozessbevollmächtigten der Partei persönlich bekannt oder (locker) befreundet und äußert er

¹⁰ BVerfGE 20, 9, NJW 1966, 923. Hervorhebungen nicht im Original.

¹¹ Musielak/Voit, ZPO, Heinrich, § 42 Rn. 5.

¹² BGH, NJW 2012, 1890.

¹³ Musielak/Voit, ZPO, Heinrich, § 42 Rn. 15 m.w.N.

sich diesem gegenüber zu einer allgemeinen Frage, rechtfertigt das ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht die Besorgnis der Befangenheit. Doch wie verhält es sich, wenn der Richter regelmäßig gemeinsam mit der Prozessvertreterin publiziert und Vorträge hält? Wenn der Prozessvertreter Gründungsmitglied einer Vereinigung ist, bei der die jeweilige Richterin regelmäßig vergütete Vorträge hält? Diese Fragen sind durch die Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.

Betrachtet man die Einzelfälle, zeigt sich, wie entscheidend die Umstände des Einzelfalls sind. Eine vernünftige Einschätzung ist der ablehnenden Partei nur möglich, wenn die Umstände auch transparent sind. Betrachtet man die Einzelfälle, zeigt sich, wie entscheidend die Umstände des Einzelfalls sind. Eine vernünftige Einschätzung ist der ablehnenden Partei nur möglich, wenn die Umstände auch transparent sind.

2.2. Interessenkonflikte von Richtern

2.2.1. Nebeneinkünfte

Wie groß das mit richterlichen Nebeneinkünften verbundene Gefährdungspotential für das allgemeine Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit ist, zeigt die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Keul und Dr. Gerhard Schick, sowie weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN¹⁴ vom November 2016. Sie gibt einen Überblick über die Größenordnung der Nebeneinkünfte von Bundesrichtern. Die Zahlen der Bundesregierung, aufgeschlüsselt nach den fünf Bundesgerichten, führte zu einer Welle der Empörung und einem äußerst kritischen Medienecho. Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), Klaus Rennert, äußerte sich deutlich:

„Ich bekomme ein Problem damit, wenn man als Bundesrichter für einen Vortrag an einem Abend eine Summe von 20.000 Euro bekommt und damit Gelder erhält, wie sie für Spitzenpolitiker üblich sind.“¹⁵

Im Rahmen der Anfrage wurden 25 Haupt- und zahlreiche Unterfragen zu Art von Nebentätigkeiten, deren zeitlichen Umfang und insbesondere der Höhe der Vergütung gestellt. **An der Spitze stehen die Nebeneinkünfte eines Richters des Bundesgerichtshofs (BGH) der im Zeitraum von 2010 bis 2016 fast 1,8 Millionen Euro¹⁶ einnahm.** Dies entspricht einem durchschnittlichen Jahresverdienst aus Nebentätigkeiten in Höhe von rund 251.000 Euro. Gefolgt wird dieser von einem Richter des Bundesfinanzhofs (BFH), der in selbigem Zeitraum knapp eine Million Euro¹⁷, im Durchschnitt knapp 140.000 Euro pro Jahr einnahm. Zum Vergleich: die

¹⁴ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Keul, Dr. Gerhard Schick, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 18/10435 –, BT-Drs. 18/10781.

¹⁵ [Berichterstattung der Welt](#) vom 01.03.2017, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹⁶ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8.

¹⁷ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8

Regelbesoldung einer Bundesrichterin¹⁸ beträgt derzeit knapp 125.000 Euro pro Jahr.¹⁹ Die Nebeneinkünfte einzelner Richter betragen damit zum Teil das Doppelte ihres Jahressalärs aus dem Richteramt.

BGH	BFH	BSG	BAG	BVerwG	BPatG
1.760.971 €	974.532 €	601.149 €	442.941 €	153.183 €	k.A.

Höchstbeträge einzelner Richter aus allen Nebentätigkeiten, im gesamten Zeitraum von 2010 bis 2016.²⁰

Wer die betreffenden Richter sind und woher die Nebeneinkünfte im Einzelnen stammen, wurde seitens des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (**BMJV**) unter Verweis auf datenschutzrechtliche Bestimmungen sowie des Grundrechts der Richterinnen auf informationelle Selbstbestimmung nicht bekannt gegeben. Die Angaben zu Beschäftigungsdaten und Auftraggebern wurden vielmehr nur in anonymisierter Form zusammengefasst für die jeweiligen Obergerichte getätigt.²¹

AN DER SPITZE STEHEN DIE NEBENEINKÜNFTE EINES RICHTERS DES BUNDESGERICHTSHOFS (BGH), DER IM ZEITRAUM VON 2010 BIS 2016 KNAPP 1,8 MILLIONEN EURO EINNAHM.

Ein besonders markantes Beispiel für die Nebeneinkünfte von Richtern ist Prof. Dr. Wulf Goette. **Goette war bereits zu seiner**

Zeit als Bundesrichter bekannt für seine engen Verbindungen zur anwaltlichen Praxis im Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht. Dokumentiert wird dies in umfangreichen Veröffentlichungs- und Vortragstätigkeiten. Diesbezüglich heißt es in einer Festschrift zu seinem 65. Geburtstag auszugsweise:

„[...] Goette pflegte schon als Bundesrichter und verstärkt ab 2005 als Vorsitzender des gesellschaftsrechtlichen Senats in guter Tradition seiner Amtsvorgänger eine Besonderheit des Rechtslebens in Deutschland, um die wir im Ausland weithin beneidet werden: den offenen und intensiven Dialog zwischen dem Bundesgerichtshof, der Wissenschaft und der Praxis in Anwaltschaft, Unternehmen und Ministerien. Ihn setzte Wulf Goette engagiert fort,

¹⁸ Die Besoldungsgruppe R 6 gilt für Richter am BAG, BFH, BGH, BSG, BVerwG; die Vorsitzenden Richter gehören der Besoldungsgruppe R 8 an, die Präsidenten R 10; vgl. Bundesbesoldungsgesetz Anlage III (zu § 37 Satz 1) Bundesbesoldungsordnung R, abrufbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/bbesg/anlage_iii.html, zuletzt abgerufen am 07.08.2021.

¹⁹ Besoldungsgruppe R6 mit Monatsbeträgen i.H.v. 10.412,79 Euro, Stand 01.04.2021, vgl. <https://www.richterbesoldung.de/besoldung-versorgung/bund>, zuletzt abgerufen am 27.06.2021. Im Zeitraum 01.03.2016 – 31.01.2017 betrug das R6 Grundgehalt monatlich 9369,31 EUR, im Zeitraum 01.03.2015 – 29.02.2016 betrug das R6 Grundgehalt monatlich 9167,62 EUR.

²⁰ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8.

²¹ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 3.

*vertiefte ihn und prägte diesen Dialog zwischen den gesellschaftsrechtlichen Professionen, ein Markenzeichen deutscher Rechtskultur, in ganz eigener Art kraft seiner Richterpersönlichkeit. [...] Das andauernde Rechtsgespräch in der guten Tradition des II. Zivilsenats, mitbegründet schon vor mehr als dreißig Jahren von seinem damaligen Präsidenten Robert Fischer, hat Wulf Goette multimedial geführt: in der bald unüberschaubaren Vielzahl seiner Urteilsanmerkungen bevorzugt in der DStR (Deutsche Zeitschrift für Steuerrecht), in den monographisch geschlossenen Darstellungen des GmbH- und speziell seines Ersatzkapitalrechts in der BGH-Rechtsprechung, in den kritisch erläuternden Einführungen in das neue GmbH- Recht des MoMiG von 2008 und nicht zuletzt in manchem tiefschürfenden Beitrag in den beiden gesellschaftsrechtlichen Archivzeitschriften ZGR und ZHR sowie in Festschriften. [...]*²²

Selbstverständlich kann man mit Prof. Dr. Goette die Ansicht vertreten, dass wer 100 Stunden in der Woche arbeitet, durchaus auch an einem Tag der Woche in Frankfurt sein und einen Vortrag halten kann, ohne Dienstpflichten zu verletzen.²³ Andererseits stellt sich ganz allgemein die Frage, ob eine Arbeitsbelastung von über 14 Stunden an sieben Tagen die Woche bzw. 20 Stunden an fünf Tagen die Woche dauerhaft eine angemessene Befassung mit der anspruchsvollen Tätigkeit als Richter gewährleisten kann. Ebenso fraglich ist, ob bei der Wahrnehmung kommerzieller Nebentätigkeiten in diesem engen zeitlichen Korsett, nicht die weniger lukrativen und prestigeträchtigen – aber mindestens ebenso wichtigen – Nebentätigkeiten in den Bereichen der Justiz- und Richterausbildung zu kurz kommen.

Vergleicht man die Angaben der Bundesgerichte, wird deutlich, dass den Nebeneinkünften insbesondere im Rahmen der Finanzgerichtsbarkeit eine gehobene Bedeutung zukommt. Auf die Frage, wie viele Richter in den Jahren 2010 bis 2016 Gesamteinkünfte aus Nebentätigkeiten in Höhe von insgesamt über 70.000 Euro erzielten²⁴, gaben BGH und BSG in jedem Jahr jeweils mindestens einen Richter, das BVerwG und das Bundespatentgericht (BPatG) keinen Richter und das Bundesarbeitsgericht (BAG) bis zu einem Richter an.²⁵ Beim Bundesfinanzhof (BFH) waren es in diesem Zeitraum jeweils zwischen sieben und acht Richter.

²² Aus dem Vorwort zur Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag – Habersack / Hommelhoff / Altmeyen / et. al. (2011).

²³ Manager Magazin, Ausgabe 12/2010, S. 24.

²⁴ Die Anfrage bezieht sich auf den Zeitraum 2010 bis 2016. Der Übersichtlichkeit halber, wird exemplarisch der Zeitraum 2015 – 2016 behandelt, vgl. Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 6 f.

²⁵ Für das Jahr 2016 lag keine Statistik des BPatG vor, vgl. Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8.

	BGH	BFH	BSG	BAG	BVerwG	BPatG
2010	1	k.A.	1	1	-	-
2011	3	k.A.	1	-	-	-
2012	1	7	1	-	-	-
2013	1	8	1	-	-	-
2014	1	8	1	1	-	-
2015	1	8	1	-	-	-
2016	1	7	1	-	-	-

Anzahl der Richter mit Gesamteinkünften aus Nebentätigkeiten von jährlich mehr als 70.000 Euro zwischen 2010 und 2016.²⁶

Auch die Höchstbeträge aus allen Nebentätigkeiten, die einzelne Richter eingenommen haben, sind beim BFH - neben dem Ausreißer beim BGH - erheblich über den Einkünften der anderen Bundesgerichte. Für das Jahr 2016 beispielsweise gab der BGH 275.400 Euro, das BVerwG 40.500 Euro, das BAG 44.710 Euro, das BSG 71.781 Euro an. Beim BFH sind es 158.686 Euro.²⁷

	BGH	BFH	BSG	BAG	BVerwG	BPatG
2010	221.464 €	116.000 €	97.568 €	98.566 €	30.727 €	22.849 €
2011	231.398 €	130.000 €	87.423 €	62.679 €	19.767 €	29.522 €
2012	248.379 €	137.268 €	94.104 €	66.462 €	28.389 €	16.680 €
2013	202.075 €	152.700 €	87.173 €	60.438 €	27.392 €	16.112 €
2014	281.588 €	156.368 €	97.259 €	156.245 €	29.991 €	21.978 €
2015	300.666 €	150.472 €	82.083 €	67.489 €	27.032 €	28.004 €
2016	275.400 €	158.686 €	71.781 €	44.710 €	40.500 €	k.A.

Jährliche Höchstbeträge aus allen Nebentätigkeiten bezogen auf einzelne Richter.²⁸

Noch deutlicher werden die Unterschiede, wenn man die durchschnittlichen (!) jährlichen Einkünfte aus den anzeigepflichtigen Nebentätigkeiten pro Richter vergleicht.²⁹ Exemplarisch wird vorliegend wiederum das Jahr 2016 herausgegriffen. Das Schlusslicht bildet das BVerwG mit 5.234 Euro an durchschnittlichen Nebeneinkünften pro Richter, gefolgt vom BAG mit 7.378 Euro und dem BSG mit 8.068 Euro. Der BGH belegt Platz 2 mit 8.528 Euro. An der Spitze steht der BFH mit 29.934 Euro.

²⁶ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 6 ff.

²⁷ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8.

²⁸ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8; Das BPatG hat die Höchstbeträge pro Richter weiter unterteilt in anzeige- und genehmigungspflichtige Nebentätigkeiten. Für die Zwecke der übersichtlichen Darstellung wurden diese Beträge addiert, wobei aus der Aufstellung der Bundesregierung nicht deutlich wird, ob es sich bei den angegebenen Höchstbeträgen des BPatG jeweils um denselben Richter oder aber unterschiedliche Richter handelt.

²⁹ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 9.

AN DER SPITZE DER DURCHSCHNITTlichen EINKÜNFTE AUS ANZEIGEPFLICHTIGEN NEBENTÄTIGKEITEN PRO RICHTER STEHT DER BUNDESFINANZHOF MIT 29.934 EURO.

Bemerkenswert erscheint auch, dass die Höchstbeträge aus allen Nebeneinkünften der Richter im Wesentlichen aus der Ausübung nicht genehmigungs-, sondern

lediglich anzeigepflichtiger Nebentätigkeiten stammen.³⁰ Damit kommt die für genehmigungspflichtige Nebentätigkeiten vorhandene Beschränkung auf maximal 40 Prozent des jährlichen Endgrundgehalts des Richteramts nicht zum Tragen.³¹

Unterschied zwischen genehmigungs- und anzeigepflichtigen Nebentätigkeiten³²

Gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 BBG bedürfen Beamte zur Ausübung jeder entgeltlichen Nebentätigkeit, mit Ausnahme der in § 100 Abs. 1 BBG genannten Tätigkeiten, der vorherigen Genehmigung, soweit sie nicht nach § 98 BBG zu ihrer Ausübung verpflichtet sind. Die Genehmigung ist gemäß § 99 Abs. 2 S. 1 BBG zu versagen, wenn zu besorgen ist, dass durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Nebentätigkeit nach Art und Umfang die Arbeitskraft so stark in Anspruch nimmt, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der dienstlichen Pflichten behindert werden kann (vgl. § 99 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BBG), oder auch wenn sich die Nebentätigkeit wegen gewerbsmäßiger Dienst- oder Arbeitsleistung oder sonst nach Art, Umfang, Dauer oder Häufigkeit als Ausübung eines Zweitberufs darstellt (vgl. § 99 Abs. 2 S. 3 BBG). Ein Versagungsgrund liegt zudem vor, soweit der Gesamtbetrag der Vergütung für eine oder mehrere Nebentätigkeiten 40 Prozent des jährlichen Endgrundgehalts des Amtes übersteigt (vgl. § 99 Abs. 3 S. 3 BBG).

Demgegenüber sieht § 100 BBG für Fälle nicht genehmigungspflichtiger Nebentätigkeiten wie schriftstellerische oder Vortragstätigkeiten, soweit für sie ein Entgelt geleistet wird lediglich eine Anzeigepflicht gemäß § 100 Abs. 2 S. 1 BBG vor. Gemäß § 100 Abs. 4 BBG ist eine nicht genehmigungspflichtige Nebentätigkeit zu untersagen, soweit der Beamte durch die Ausübung seine dienstlichen Pflichten verletzt. Im Vergleich zu § 99 Abs. 4 S. 3 BBG bei dem eine bloße Beeinträchtigung dienstlicher Interessen genügt, ist die Eingriffsschwelle ungleich höher.

Dies ist wohl zum einen darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber in Fällen der schriftstellerischen bzw. wissenschaftlichen Tätigkeit von einer im Vergleich zu den sonstigen Nebentätigkeiten i.S.v. § 99 BBG verringerten Gefährdung für die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums ausgeht. Zum anderen können diese Tätigkeiten von der grundrechtlichen Wissenschaftsfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG geschützt sein und unterliegen daher einer erhöhten Eingriffsschwelle. Laut der Studie des wissenschaftlichen Dienstes Deutscher Bundestag zu den Aspekten des Nebentätigkeitsrecht für Bundesbeamte³³ waren Vortragstätigkeiten bereits in der ersten Fassung des Bundesbeamtengesetzes vom 14. Juli 1953 vom Genehmigungsvorbehalt für Nebentätigkeiten ausgenommen. Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf ergebe sich jedoch nur, dass die Genehmigungsfreiheit für gewisse Nebentätigkeiten, insbesondere auf

³⁰ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 8.

³¹ Gemäß § 99 Abs. 3. Satz 3 BBG liegt ein Versagungsgrund vor, soweit der Gesamtbetrag der Vergütung für eine oder mehrere Nebentätigkeiten 40 Prozent des jährlichen Endgrundgehalts des Amtes übersteigt.

³² Die Vorschriften zu den Nebentätigkeiten ergeben sich aus dem Bundesbeamtengesetz BBG in Verbindung mit § 46 DRiG wonach die Regelungen des Bundesbeamtenrechts für die Rechtsverhältnisse der Bundesrichter entsprechend Anwendung finden, soweit keine spezielle Regelung besteht.

³³ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Aspekte des Nebentätigkeitsrechts für Bundesbeamte, WD 3 – 3000 – 135/16.

schriftstellerischem und wissenschaftlichem Gebiet, dem bisherigen Recht entspreche³⁴. Die Genehmigungsfreiheit von Vortragstätigkeiten sei in der Folge bei allen Änderungen des Bundesbeamtengesetzes beibehalten worden, insbesondere bei Änderung des Nebentätigkeitsrechts und im Zuge der grundlegenden Dienstrechtsneuordnung im Jahr 2009. Aber auch dort sei die Ausnahmeregelung des § 100 Abs. 1 Nr. 2 BBG inhaltlich nicht weiter erläutert worden. Die Gesetzesbegründung zum Entwurf des Dienstrechtsneuordnungsgesetzes habe insoweit lediglich darauf hingewiesen, dass die bislang gültige Regelung ohne inhaltliche Änderung übernommen worden sei.³⁵ Ob dieser Ansatz vor dem Hintergrund des zunehmend professionell betriebenen Lobbyismus³⁶ weiterhin sachgemäß ist, erscheint fraglich.

Gemäß der Antwort der Bundesregierung bilden die bestbezahlten Nebentätigkeiten – gerichtsübergreifend – wissenschaftliche Veröffentlichungen. Ein Richter des BGH hat mit wissenschaftlichen Kommentierungen fast 255.000 Euro³⁷ im Jahr verdient. An zweiter Stelle steht ein Richter des BAG mit über 134.000 Euro, gefolgt vom BFH mit über 93.000 Euro.³⁸ Auch Vorträge sind eine häufige Nebentätigkeit von Bundesrichtern. Die Vergütung variiert auch hier zwischen den Bundesgerichten erheblich. Während ein Vortrag Gesundheitsverwaltungsrecht im Auftrag eines Berufsverbands in Höhe von 2.000 Euro (für einen Zeitaufwand von 14h) vergütet wird³⁹, erhält ein BFH-Richter beispielsweise für das Vortragsthema Internationales Steuerrecht im Auftrag eines Seminarveranstalters eine Vergütung in Höhe von 12.500 Euro (bei einem Zeitaufwand von 12h).⁴⁰ Sämtliche der zehn bestbezahlten Vorträge des BFH in den Jahren 2010 bis 2016 rangierten zwischen 6.000 und 12.500 Euro und erfolgten jeweils im Auftrag von Seminarveranstaltern. Diese Beträge übersteigen die Honorare, die etwa bei der Richterakademie gezahlt werden, um das zehnfache bis zwanzigfache.⁴¹ Die zweithöchste Vergütung für Vorträge erfolgte beim BGH in Höhe von 5.625 Euro für die Rechtsprechungsübersicht Baurecht. Die übrigen Bundesgerichte lagen überwiegend deutlich darunter.

Zuletzt wird in der Kleinen Anfrage nach der Anzahl von Erwerbstätigkeiten gefragt, die Richter nach Eintritt in den Ruhestand in Zusammenhang mit ihrer vorherigen bundesrichterlichen Tätigkeit angezeigt haben. Auch hier liegt der BFH mit 12 Anträgen an der Spitze (im Vergleich wurden die zweithäufigsten Anträge von Richtern des BPatG mit insgesamt drei Anzeigen gestellt). Es ist in keinem Fall eine Untersagung der Tätigkeit erfolgt.⁴²

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Kleine Anfrage Erkenntnisse zutage gefördert hat, die bislang in der Öffentlichkeit nicht bekannt waren und – wie das mediale Echo gezeigt hat – geeignet sind, dem Ansehen der Justiz zu schaden. Zur Wahrung des Ansehens, des Vertrauens

³⁴ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Aspekte des Nebentätigkeitsrechts für Bundesbeamte, WD 3 – 3000 – 135/16, S. 3.

³⁵ Weiterführend Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Aspekte des Nebentätigkeitsrechts für Bundesbeamte, WD 3 – 3000 – 135/16, S. 4.

³⁶ Bürgerbewegung Finanzwende: Studie zu Größe und Einfluss der Finanzlobby in Deutschland vom 09.12.2020.

³⁷ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 16.

³⁸ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 17 f.

³⁹ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 20.

⁴⁰ Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 20.

⁴¹ Lamprecht, NJW 16/2017, 1156.

⁴² Antwort der Bundesregierung vom 28.12.2016, BT-Drs. 18/10781, S. 72.

und nicht zuletzt aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Stichwort Befangenheit) ist Transparenz im Hinblick auf Höhe und Ursprung der Vergütung von Nebeneinkünften bei Richtern unerlässlich.

Das BVerfG ist hier unter der Initiative von Gerichtspräsident Prof. Dr. Andreas Voßkuhle mit gutem Beispiel vorangegangen. Bei dem Jahrespresseempfang im Februar 2017⁴³ kündigte er an, dass die Richter am BVerfG beabsichtigten, sich einen Verhaltenskodex zu geben. Ziel sei eine freiwillige Selbstverpflichtung auf bestimmte Regeln etwa für Nebentätigkeiten oder das Verhalten nach dem Ausscheiden aus dem Richteramt⁴⁴. Die mittlerweile in Kraft getretenen *Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts*⁴⁵ sehen für Vorträge, die Mitwirkung an Veranstaltungen und Publikationen vor, dass eine Vergütung nur insoweit entgegen genommen werden kann, als das Ansehen des Gerichts nicht beeinträchtigt wird und keine Zweifel an der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität und Integrität seiner Mitglieder begründen kann. Die erzielten Einkünfte werden zudem auch personenbezogen veröffentlicht.⁴⁶

2.2.2. Gemeinsamer Auftritt von Richtern und Parteivertretern

Jenseits der finanziellen Komponente verschärft sich der Eindruck eines ungesunden Näheverhältnisses, **wenn Richterinnen zusammen mit namhaften Vertretern aus der Wirtschaftslobby nach außen hin auftreten**. Auffällig ist, **dass in den Rechtsbereichen, in denen eine starke Lobbyvertretung existiert, also insbesondere im Finanz- und Kapitalmarktrecht sowie Versicherungsrecht auch häufig gemeinsame Publikationen von Richterinnen und Rechtsanwälten als Fachexperten aus der Wirtschaft erfolgen**. Mithin sind es diejenigen Rechtsanwälte, die nahezu ausschließlich bestimmte Wirtschaftssparten repräsentieren und daher regelmäßig bei dem für Streitigkeiten dieser Art zuständigen Senat die Interessen ihrer Mandantinnen verteidigen. Überspitzt formuliert verbringen Richter ihre Freizeit⁴⁷ zusammen mit

⁴³ <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/bundesverfassungsrichter-verpflichtung-auf-verhaltenskodex-geplant/19428496.html>, abgerufen am 15.07.2021.

⁴⁴ Antrieb gab der Initiative neben der Kleinen Anfrage sicher auch die kurz zuvor erfolgte – medienwirksame – Debatte um die ehemalige Verfassungsrichterin Christine Hohmann-Dennhardt, die nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand der Volkswagen AG mehr als zwölf Millionen Euro Abfindung erhalten hatte, auch wenn die Idee für den Richter-Kodex dem Vernehmen nach es schon seit dem vorherigen Jahr gab. Vgl. <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/bundesverfassungsrichter-verpflichtung-auf-verhaltenskodex-geplant/19428496.html>, abgerufen am 15.07.2021.

⁴⁵ Abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html, abgerufen am 15.07.2021.

⁴⁶ Die erzielten Einkünfte für das Jahr 2020 sind abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Einkunfte/Einkunfte%202020/Einkunfte_2020.html;jsessionid=014F344101CCDB0ADC5763450D3B3A1C.2_cid386, abgerufen am 15.07.2021.

⁴⁷ Die Wahrnehmung nichtspruchrichterlicher Tätigkeiten darf die Erledigung der spruchrichterlichen Tätigkeit nicht beeinträchtigen; das gilt insbesondere für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge; vgl. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html Ziff. 8, abgerufen am 21.07.2021.; Gemäß § 97 Abs. 1 BBG wird Nebentätigkeit definiert als die Wahrnehmung eines Nebenamtes oder die Ausübung einer Nebenbeschäftigung. Nebenbeschäftigung ist jede sonstige, nicht zu einem Hauptamt gehörende Tätigkeit innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes, vgl. § 97 Abs. 2 BBG.

Rechtsanwältinnen, die als Parteivertreterinnen zuvorderst die Interessen ihrer Mandanten⁴⁸ bzw. ihre eigenen Akquise-Bemühungen im Blick haben. Sie publizieren Aufsätze, in denen just diejenigen rechtlichen Fallgestaltungen besprochen werden, die das täglich Brot der richterlichen Entscheidungsgewalt betreffen. Die Richterin soll eigentlich als unabhängiges Rechtsprechungsorgan *Recht im Namen des Volkes* sprechen, während der Autoren-Kollege sich für die Interessen seiner Mandantschaft einsetzt. Wie wahrscheinlich ist es, dass eine Rechtsanwältin, deren Mandanten beispielsweise nahezu ausschließlich aus der Versicherungsbranche bestehen, einen Aufsatz publiziert, indem sie eine verbraucherfreundliche und deshalb versichererunfreundliche Position einnimmt?

Die Kölner Kanzlei BLD Bach Langheid Dallmayr beispielsweise repräsentiert nach eigenen Angaben⁴⁹ mehr als 70 Prozent der deutschen Versicherungsunternehmen. Die Rechtsanwälte der Kanzlei publizieren mitunter mit Richtern in wichtigen Fachzeitschriften und Kommentaren. Der im März dieses Jahres zum Bundesrichter am BGH ernannte Richter Sascha Piontek beispielsweise hatte noch in der Mai-Ausgabe 2020 der Zeitschrift *r+s recht und schaden* – einer Zeitschrift für Versicherungsrecht – zusammen mit Rechtsanwalt Prof.⁵⁰ Dr. Dirk-Carsten Günther einen Aufsatz zu den Auswirkungen der „Corona-Krise“ auf das Versicherungsrecht⁵¹ veröffentlicht.⁵² Rechtsanwalt Prof. Dr. Günther ist seinerseits Partner bei der Kanzlei BLD Bach Langheid Dallmayr.⁵³ Wenig überraschend lautet der Tenor der vorgenannten Publikation, dass eine Haftung von Versicherungsunternehmen für Betriebsschließungen wegen Corona in der Regel nicht in Betracht kommt.

Auch der Standardkommentar Langheid / Rixecker zum Versicherungsvertragsgesetz basiert auf einer Kooperation zwischen Richterschaft und Anwaltschaft. Rechtsanwalt Dr. Langheid war lange Zeit geschäftsführender Partner der Kanzlei BLD. Prof. Dr. Roland Rixecker hingegen ist Präsident des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes und Präsident und Vorsitzender des Versicherungssenats des Saarländischen Oberlandesgerichts a.D.⁵⁴ Mitbegründet wurde das Werk daneben von Prof. Wolfgang Römer, Richter am BGH a.D.

BLD ist zudem exklusiver Partner des VersicherungsForums und „garantiert (...) mit seinem rechtlichen Input für höchste Aktualität und Qualität der Seminare, Konferenz und Symposien“.⁵⁵

⁴⁸ Der Rechtsanwalt nimmt gewissermaßen eine Zwitterstellung ein: auf der einen Seite ist er gemäß § 1 BRAO unabhängiges Organ der Rechtspflege; auf der anderen Seite ist er Parteivertreter und unterliegt in einem gewissen Umfang den Weisungen seines Mandanten; zweifelsohne trifft ihn gegenüber seinem Mandanten eine – strafbewehrte – Loyalitätspflicht, vgl. § 356 StGB.

⁴⁹ Vgl. <https://www.versicherungsforum.de/ueber-uns/partner/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁵⁰ Auffallend ist, dass auch Rechtsanwälte zunehmend einen Professorentitel tragen. Vgl. ausführlich unter Ziff. 3.3.

⁵¹ *Günther/Piontek*, *r+s* 5/2020, S. 242 f.

⁵² Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung war Sascha Piontek Richter am OLG Hamm und Lehrbeauftragter für den Masterstudiengang „Versicherungsrecht“ am Institut für Versicherungswesen (ivwKöln), Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften TH Köln. Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther ist neben seiner Partnerschaft bei der Kanzlei BLD auch Leiter des Fachbereichs Sachversicherung und Special Lines am vorgenannten Institut. Der Förderverein des Instituts für Versicherungswesen umfasst nach eigenen Angaben rund 170 Unternehmen der Versicherungswirtschaft und anderer Branchen, vgl. https://www.th-koeln.de/wirtschafts-und-rechtswissenschaften/das-institut_18793.php, zuletzt abgerufen am 22.07.2021.

⁵³ Vgl. <https://www.bld.de/Anwalt.html?Anwalt=733>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁵⁴ Vgl. <https://rixecker-recht.de/person/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁵⁵ Vgl. <https://www.versicherungsforum.de/ueber-uns/partner/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

Das VersicherungsForum ist eine Organisation der Versicherungswirtschaft, mitgegründet wurde das Unternehmen 1987 von BLD-Anwalt Peter Bach.⁵⁶

Die Rechtsanwälte von BLD treten regelmäßig als Moderatoren für Veranstaltungen des VersicherungsForums auf, Referenten sind mitunter Richter. Laut einer Recherche von *Correctiv*⁵⁷ hat beispielweise BGH-Richter Wellner im Zeitraum von 2010 bis Anfang 2017 an mindestens 65 Seminaren teilgenommen. Bei derartigen Seminaren können Referenten – wie die unter Ziffer 2.2.1. vorgenommene Auswertung der Kleinen Anfrage zeigt – Honorare in Höhe mehrerer tausend Euro erhalten. Das Versicherungsforum macht keine Angaben zur Höhe der an Richter gezahlten Honorare.

Eine ähnliche Entwicklung ist auch im Bank- und Kapitalmarktrecht zu beobachten. Der früher bei der Deutsche Bank AG⁵⁸ tätige und mittlerweile in eigener auf Bank- und Kapitalmarktrecht spezialisierten Kanzlei organisierte Rechtsanwalt Dr. Peter Clouth referierte in der Vergangenheit mehrfach bei Seminaren, in denen auch Richter als Referenten geladen waren, unter anderem auch der Vorsitzende des XI. Zivilsenats (zuständig für Bank- und Kapitalmarktrecht) Prof. Dr. Jürgen Ellenberger (zugleich Vizepräsident des BGH)⁵⁹. Darüber hinaus sind sie gemeinsame Herausgeber des Praktikerhandbuchs Wertpapier- und Derivategeschäft⁶⁰.

Ändert dann der für Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Ellenberger noch punktuell eine langjährig bestehende Praxis zum Nachteil von Verbrauchern (wie im Falle der Anforderungen an sogenannte Kaskadenverweisungen in Widerrufsbelehrungen für Verbraucherkreditverträge⁶¹, die durch den EuGH⁶² postwendend korrigiert wurde), **fällt es schwer, an die Unvoreingenommenheit der Entscheidungsträger zu glauben.**⁶³

⁵⁶ Vgl. <https://correctiv.org/aktuelles/justiz-polizei/2017/02/15/wir-machen-meinung/>, abgerufen am 02.07.2021.

⁵⁷ Vgl. <https://correctiv.org/aktuelles/justiz-polizei/2017/02/15/wir-machen-meinung/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁵⁸ Dr. Clouth war 14 Jahre lang bei der Deutsche Bank beschäftigt und dort Leiter der globalen Praxisgruppe der Privat- und Geschäftskundensparte sowie des Private-Wealth-Managements, vgl. <https://www.juve-steuermarkt.de/nachrichten/namenundnachrichten/2020/02/cum-ex-aufarbeitung-deutsche-bank-ersetzt-freshfields-durch-bankboutique-clouth-2>, abgerufen am 21.07.2021.

⁵⁹ Vgl. z.B. WM-Tagung zum Kapitalmarktrecht vom 14.09.2020, https://www.wmseminare.de/admin_uploads/dokumente/3328/WM_Tagung_Kapitalmarktrecht.pdf, abgerufen am 21.07.2021.

⁶⁰ Ellenberger/Clouth (2018): Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 5. Auflage. Heidelberg: FCH.

⁶¹ BGH, Urteil vom 22.11.2016, Az.: XI ZR 434/15, NJW 2017, 1306.

⁶² EuGH, Urteil vom 26.03.2020, Az.: Rs C-66/19, NJW 2020, 1423; vorgehend LG Saarbrücken, Vorlagebeschluss vom 17.01.2019, Az.: 1 O 164/18.

⁶³ Andererseits erging die aktuelle Entscheidung zugunsten von Verbrauchern, zu der Frage der Berechnung von Zinsanpassungen bei Prämienparverträgen, ebenfalls durch den XI. Senat des BGH unter dem Vorsitzenden Prof. Dr. Ellenberger. Dieser fand dabei deutliche Worte für die verbraucherunfreundliche Praxis der beklagten Sparkasse: „Die Musterbeklagte hat sich das Recht zur Änderung nach Gutsherrenart durch Aushang im Schalterraum ausbedungen. Das ist unzulässig.“, vgl. beispielhaft die Berichterstattung der Tagesschau vom 06.10.2021, zuletzt abgerufen am 08.10.2021 unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/verbraucher/praemienparvertraege-bgh-101.html>.

2.2.3. Schlussfolgerungen

Richterliche Nebentätigkeiten in Form von Fachbeiträgen, Gesetzeskommentierungen, Vorträgen und Diskussionsrunden leisten einen essentiellen Beitrag im juristischen Diskurs und tragen zur Rechtsfindung, Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung bei. Strukturell bedingt werden diese Nebentätigkeiten jedoch regelmäßig von einer von Eigeninteressen geleiteten finanzstarken Privatwirtschaft veranstaltet und vergütet. Auch Transparency Deutschland sieht ein Problem, wenn Richter (hohe) Honorare für Vortrags- und Fortbildungstätigkeiten in Kreisen einnehmen, die Interesse an den von ihnen zu entscheidenden offenen Rechtsfragen haben, wie etwa im Banken- oder im Versicherungssektor.⁶⁴

Die Unabhängigkeit der Gerichte ist eine tragende Säule unseres Justizsystems. Bildlich illustriert sind die Augen der Justitia als Symbolfigur für Gerechtigkeit, verbunden, sie entscheidet *ohne Ansehung* der Person. Bereits der Anschein einer möglichen Beeinflussung, kann den Grund der Befangenheit erfüllen und zum Ausschluss des Richters führen. Auch die Justiz im Allgemeinen trägt Schaden, wenn Anschuldigungen einer „übertriebenen Wirtschaftsnähe“ laut werden. Zur Wahrung des Ansehens der Justiz, der Würde des Amtes und des Vertrauens in die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität und Integrität⁶⁵ der Richterinnen kommt die Einführung verbindlicher Richtlinien in Frage, die das Zusammenwirken von Richtern mit Wirtschaftsakteuren regeln. Mithilfe von Transparenzvorgaben werden die Akteure, die Interessen sowie die wirtschaftliche Kompensation offengelegt. Vergütungsgrenzen können helfen sicherzustellen, dass die ausgezahlte Vergütung in Anbetracht der Stellung der Richter, des Anlasses, Inhalts und Zeitaufwands in angemessenem Verhältnis stehen. Eine personenbezogene Veröffentlichung der erzielten Einkünfte, wie sie die Verhaltensleitlinien für die Richter des BVerfG⁶⁶ vorsehen, kann zudem helfen, die Vergleichbarkeit innerhalb sowie zwischen den Bundesgerichten sicherzustellen. Ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse tritt vor dem Hintergrund der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben⁶⁷ vor dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit jedenfalls zurück.

Im Hinblick auf gemeinsame Veröffentlichungen von Rechtsanwälten und Richtern ist stets Zurückhaltung geboten. Rechtsanwälte sind, auch wenn sie wissenschaftlich tätig werden, systemisch von der Justiz und ihren Spruchkörpern zu unterscheiden. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Rechtsanwältinnen bei wissenschaftlichen Beiträgen auch einen objektiven, frei von Individualinteressen geprägten Ansatz verfolgen. Schließlich sind

⁶⁴ Vgl. Transparency Deutschland, Scheinwerfer, Ausgabe Juni 2019, S. 4.

⁶⁵ Vgl. Allgemeine Grundsätze der Verhaltensleitlinien der RichterInnen des BVerfG, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html, abgerufen am 25.07.2021.

⁶⁶ Vgl. Ziff. 9, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html, abgerufen am 25.07.2021.

⁶⁷ Richter nehmen auch bei Vorträgen und Veröffentlichungen eine öffentliche Aufgabe wahr, an sie herangetragene Veranstaltungseinladungen und Aufträge sind ihrer Funktion geschuldet und daher nicht ihrer Privatsphäre zuzuordnen. Gemäß § 39DRiG haben sich Richter im Rahmen des sog. Mäßigungsgebots zudem nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb ihres Amtes so zu verhalten, dass das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Richter müssen danach selbst bei privaten Tätigkeiten der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die in das Richteramt gesetzt werden (BVerwG, Urteil vom 29.10.1987, Az.: 2 C 72/86).

Rechtsanwälte berufsrechtlich auch unabhängiges Organ der Rechtspflege. Gleichzeitig sind sie aber auch Parteivertreter. Im Einzelfall werden Veröffentlichungen diverse Zwecke verfolgen: neben dem rechtlichen Diskurs auch das eigene Marketing. Dieser Aspekt ist den Spruchkörpern der Justiz jedoch fremd und sollte daher bei gemeinsamen Veröffentlichungen stets vermieden werden.

2.3. Drehtüreffekte

Zwangsläufig ergibt sich ein Näheverhältnis, **wenn ehemalige Richterkollegen nach ihrem Ausscheiden aus der Justiz plötzlich als Parteivertreter in den Gerichtssälen erscheinen**, in welchen sie kurz zuvor noch Recht gesprochen haben.

Im Bereich des Zivilrechts berichtete das Manager Magazin⁶⁸ schon 2010 von dem viel kritisierten **Wechsel des langjährigen Vorsitzenden des II. Senats am BGH, Prof. Dr. Wulf Goette zu einer der führenden deutschen Wirtschaftskanzleien**. Prof. Dr. Goette schied zu Ende September 2010 vorzeitig aus dem Richterdienst aus und trat bereits am nächsten Tag in die Wirtschaftskanzlei Gleiss Lutz ein.⁶⁹ Hartwig Henze, ehemaliger Bundesrichter am II. Senat des BFH erklärte dazu in dem Bericht:

"Ich halte nichts davon, als ehemaliger Bundesrichter eine Tätigkeit in einer Wirtschaftskanzlei aufzunehmen. Tut man das, kann das Bild von der richterlichen Unabhängigkeit beschädigt werden, weil der Eindruck entstehen kann, dass schon während der Amtszeit versucht worden ist, Kontakte zu Kanzleien aufzubauen."⁷⁰

Prof. Dr. Goette hingegen weist laut Bericht die Kritik zurück.

"Meine Pflicht zu unabhängiger Amtsführung habe ich niemals verletzt, eine entsprechende Unterstellung empfinde ich als ehrenrührig."⁷¹

Diese Aussage ist allein schon deshalb bemerkenswert, weil Prof. Dr. Goette zugleich einräumte, dass er bereits Monate vor seinem Ausscheiden Kontakte mit Kanzleien bezüglich einer Anstellung dort gehabt habe.⁷² Bereits im Frühjahr 2010 sei der Anwaltschaft bekannt gewesen, dass er sein Amt beim BGH vorzeitig niederlegen wolle.⁷³ Danach habe er mehrere Angebote von Kanzleien bekommen. Zu dieser Zeit war Prof. Dr. Goettes Senat unter anderem mit Verfahren unter Beteiligung der Kanzlei Gleiss Lutz befasst. So etwa im Fall der Merckle-Gruppe, die – vertreten

**DER EHEMALIGE BGH-
RICHTER PROF. DR.
GOETTE SCHIED ENDE
SEPTEMBER 2010
VORZEITIG AUS DEM
RICHTERDIENST AUS
UND TRAT BEREITS
AM NÄCHSTEN TAG IN DIE
WIRTSCHAFTSKANZLEI
GLEISS LUTZ EIN.**

⁶⁸ Berichterstattung des Manager Magazins vom 17.11.2010, zuletzt abgerufen am 08.07.2021 unter <https://www.manager-magazin.de/politik/deutschland/a-729520.html>.

⁶⁹ Vgl. <https://www.gleisslutz.com/de/anwalt/prof-dr-wulf-goette.html>, zuletzt abgerufen am 08.07.2021.

⁷⁰ Vgl. Fußnote 68.

⁷¹ Vgl. Fußnote 68.

⁷² Vgl. Manager Magazin, Ausgabe 12/2010, S. 24; zuletzt abgerufen am 08.07.2021 unter <https://heft.manager-magazin.de/EpubDelivery/manager-lounge/pdf/75220256>.

⁷³ Vgl. Manager Magazin, Ausgabe 12/2010, S. 24; zuletzt abgerufen am 08.07.2021 unter <https://heft.manager-magazin.de/EpubDelivery/manager-lounge/pdf/75220256>.

von Gleiss Lutz – eine Entscheidung über die Abfindung von Minderheitsaktionären für die Übernahme von Kässbohrer begehrte.⁷⁴

Die Frage nach einem möglicherweise problematischen Näheverhältnis stellt sich ebenso bei der Nachfolgebeschäftigung von Prof. Dr. Dietmar Gosch, ehemaliger Vorsitzender des I. Senats des BFH. **Prof. Dr. Gosch urteilte während seiner Laufbahn sowohl 1999, als auch 2014 wegweisend über Sachverhalte im Themenfeld CumEx, wobei sein Senat keine eindeutige Aussage zur Illegalität der Geschäfte traf. Im Anschluss wechselte er zu der ebenfalls in den CumEx-Skandal verwickelten Beratungs-gesellschaft KPMG.**⁷⁵

Der Entscheidung des BFH aus dem Jahr 2014 war dabei ein bemerkenswerter, nicht in Rechtskraft erwachsener und nichtöffentlicher Gerichtsbescheid des I. Senats unter dem Vorsitzenden Prof. Dr. Gosch vorausgegangen, welcher die Geschäfte (wohl) weitgehend als legal eingestuft hätte. Ausgangsfall der Entscheidung vom 16. April 2014 waren CumEx-Geschäfte eines deutschen Finanzunternehmens über eine in England ansässige Brokergesellschaft. Das Finanzamt verneinte den vorzeitigen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums und damit die begehrte Steuererstattung. Das FG Hamburg als Vorinstanz schloss sich mit Urteil vom 24. November 2011 der Ansicht des Finanzamts an und wies die Klage ab.⁷⁶

Auf die Revision des klagenden Finanzunternehmens erging am 6. März 2013 ein zunächst nicht bindender Gerichtsbescheid des BFH. **Darin widersprach der I. Senat des BFH, unter dem Vorsitzenden Prof. Dr. Gosch, der Auffassung des FG Hamburg und der des beklagten Finanzamts.** Er hielt einen vorzeitigen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei CumEx-Geschäften für möglich. Berichten zufolge⁷⁷ erklärte der nicht veröffentlichte Gerichtsbescheid sogar, der vorzeitige Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erfolge bei außerbörslichen CumEx-Geschäften über Leerverkäufe grundsätzlich bereits mit Vertragsschluss. **Damit hätte der BFH die CumEx-Geschäfte faktisch für legal erklärt.** Entsprechend sprachen Teile der Beraterschaft mit Verweis auf diesen Bescheid auch schon von der höchstrichterlichen Billigung der Geschäfte.

Beachtlich ist dabei, dass der BFH sich in seiner Argumentation punktuell auch auf Publikationen von Steueranwalt Dr. Hanno Berger stützte, gegen den die Staatsanwaltschaft zu diesem Zeitpunkt bereits in Sachen CumEx ermittelte. In zeitlichem Zusammenhang mit dem Urteil des BFH wurde in der Presse auch die Rolle von Nebentätigkeiten der Richter am BFH sowie des

⁷⁴ Vgl. Manager Magazin, Ausgabe 12/2010, S. 24; zuletzt abgerufen am 08.07.2021 unter <https://heft.manager-magazin.de/EpubDelivery/manager-lounge/pdf/75220256>.

⁷⁵ Vgl. beispielhaft Berichterstattung der Tagesschau vom 24.03.2019, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/cum-ex-kpmg-101.html>.

⁷⁶ FG Hamburg, Urteil vom 24.11.2011, Az.: 6 K 22/10.

⁷⁷ Vgl. Berichterstattung der FAZ vom 17.04.2014, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/bfh-urteil-keine-klarheit-beim-dividendenstripping-12900188.html>; Berichterstattung des Juve Verlags vom 25.07.2013, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.juve.de/verfahren/cum-ex-geschafte-vor-dem-bfh-hamburger-investor-setzt-auf-flick-goekeschaumburg/>; Berichterstattung der Welt vom 16.04.2014, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article127039461/Cum-Ex-Deals-muessen-erneut-verhandelt-werden.html>; Desens, Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Marc Desens vom 08.04.2017, A-Drs. 18(30)99, S.35 f., zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/418578/34337486ca25ab0119bb0adf3a779469/desens-data.pdf>.

Vorsitzenden Prof. Dr. Gosch näher beleuchtet.⁷⁸ **Er hielt neben seiner richterlichen Tätigkeit zahlreiche Fachvorträge und Seminare für Wirtschaftsunternehmen und -verbände und trat als Herausgeber und Autor namhafter Kommentare zum Körperschaftsteuergesetz, zum Einkommensteuergesetz, zu den Doppelbesteuerungsabkommen, zur Abgabenordnung und zur Finanzgerichtsordnung sowie als Verfasser zahlreicher Aufsatzbeiträge auf.**⁷⁹ Er war zudem Herausgeber, wissenschaftlicher Schriftleiter und Beiratsvorsitzender renommierter Fachzeitschriften, zudem Mitglied im Vorstand zahlreicher Berufsorganisationen, unter anderem des Hamburger Forum für Unternehmenssteuerrecht als dessen Vorsitzender sowie der International Fiscal Association Deutschland und deren Sektion Bayern.⁸⁰ Diese Tätigkeiten sind naturgemäß eng mit der (Finanz-)Wirtschaft verwoben. Fachveranstaltungen und -seminare werden in der Regel von der Privatwirtschaft durchgeführt, Fachverlage und -zeitschriften liegen meist in den Händen von Unternehmen und Wirtschaftsverbänden. Nach seinem altersbedingten Ausscheiden aus dem BFH im Jahr 2016 schloss sich Prof. Dr. Gosch noch im selben Jahr der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft KPMG im Bereich International Tax Services an und damit demjenigen Beratungsbereich, der vorwiegend für die (Finanz-)Wirtschaft tätig ist.⁸¹ Im Jahr 2018 wechselte er nochmals, diesmal als Partner zu WTS, einer der führenden internationalen Steuerberatungsgesellschaften.⁸² Ein Zusammenhang zwischen der Rechtsprechung des I. Senats zu CumEx mit der späteren Tätigkeit bei KPMG lässt sich daraus freilich nicht herleiten. **Aber allein der Verdacht, Prof. Dr. Goschs Nähe zur Finanzwirtschaft könnte Einfluss auf seine Entscheidungsfindung als Senatsvorsitzender gehabt haben, ist dem Ansehen der Justiz nicht zuträglich.**

Dass der Gerichtsbescheid des BFH nicht zu einem rechtskräftigen Urteil erstarkte und damit bindend wurde, ist dem Finanzamt zu verdanken, welches eine mündliche Verhandlung beantragte, um das Verfahren weiter zu führen. Unter anderem durch den Einsatz von Prof. Dr. Wolfgang Schön, Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, welcher von der Finanzverwaltung für den Prozess hinzugezogen wurde, konnte ein für die Finanzbehörden fatales Ergebnis noch abgewendet werden. Der BFH ließ die Entscheidung zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Ergebnis offen und verweigerte die Steuererstattung lediglich aufgrund des in diesem Einzelfall vorliegenden „*initiierten und modellhaft aufgelegten Gesamtvertragskonzepts*“.

⁷⁸ Vgl. Berichterstattung der WirtschaftsWoche vom 03.04.2014, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/justiz-die-fragwuerdigen-nebenverdienste-der-richter/9680610.html>.

⁷⁹ Vlt. Kompetenzzentrum Steuerrecht (2016) unter https://www.kompetenzzentrum-steuerrecht.de/cms/upload/Publikationen/2016/Seer-Kroppen_IWB_2016.pdf.

⁸⁰ Pressemitteilung des BFH zum Eintritt in den Ruhestand vom 29.01.2016, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.bundesfinanzhof.de/de/presse/pressemeldungen/detail/vorsitzender-richter-am-bundesfinanzhof-prof-dr-dietmar-gosch-tritt-in-den-ruhestand/>.

⁸¹ Vgl. Berichterstattung des Juve Verlags vom 03.08.2016, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.juve.de/markt-und-management/zuwachs-bei-kpmg-ex-bfh-richter-gosch-verstaerkt-tax-team-in-muenchen/>.

⁸² Vgl. Berichterstattung des Juve Verlags vom 04.07.2018, zuletzt abgerufen am 01.07.2021 unter <https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2018/07/prominenter-zugang-ex-bfh-richter-gosch-wird-of-counsel-bei-wts>.

In einer zu dem Urteil veröffentlichten Anmerkung führte Prof. Dr. Gosch ergänzend aus, dass er ein wirtschaftliches Eigentum des Erwerbers an den leerverkauften Aktien in den jeweiligen Einzelschritten (ohne konzeptionelles und standardisiertes Vertragsgeflecht eines Kreditinstitutes) durchaus für möglich erachtet. Er gab an, dass der BFH an den bisher zu dieser Thematik entwickelten Grundsätzen festhält und mit dem Urteil bewusst nur im Einzelfall entschieden hat, anstatt allgemeine Aussagen zu den Geschäften zu treffen. Er gehe jedoch davon aus, dass die Lösung einen Großteil einschlägiger Gestaltungen erledigen würde.⁸³

Der Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestags zu CumEx (Parlamentarischer Untersuchungsausschuss – PUA)⁸⁴ warf dabei die berechtigte Frage auf, warum der I. Senat der verfälschenden Auslegung seiner Rechtsprechung im einschlägigen CumEx-Schrifttum bis heute nicht entschiedener entgegengetreten ist.⁸⁵ Diese Frage können nur die Beteiligten selbst beantworten. Die richterliche Unabhängigkeit kennt insoweit – zu Recht – keine Rechenschaftspflicht. Gerade deshalb ist es jedoch von herausragender Bedeutung, **jeden Anschein einer richterlichen Interessenkollision zu vermeiden. Prof. Dr. Goschs Anschlussbeschäftigungen bei KPMG und WTS und die damit verbundenen Einkünfte, sind durchaus geeignet, vermeintlich wirtschaftsfreundliche Rechtsprechung retrospektiv zumindest auffällig erscheinen zu lassen.** Dies gilt umso mehr, wenn hochkomplexe und umstrittene Sachverhalte zu beurteilen sind, bei denen es um Milliardensummen geht.

Ebenfalls in Zusammenhang mit CumEx stellt sich **im Falle von Prof. Dr. Thomas Fischer, bis 2017 Vorsitzender Richter des II. Strafsenats am BGH und nun Verteidiger des ehemaligen Generalbevollmächtigten der Warburg Bank in einem beim BGH anhängigen⁸⁶ CumEx-Fall**, die Frage, ob die Nähe zu seinen ehemaligen Richterkollegen ihm und damit auch dem in erster Instanz für schuldig befundenen Warburg-Mitarbeiter einen Vorteil bringt. Zwar wird über die Revision nicht Prof. Dr. Fischers ehemaliger Senat entscheiden, da die Zuständigkeit hierfür beim I. Senat liegt. Dennoch wirft die Konstellation ein besonderes Licht auf den Fall.

Zusätzlich zu diesen mit CumEx verbundenen Fällen von Interessenkonflikten gibt es auch Fälle, die eher auf **private Interessenkonflikte** hindeuten. Eine **Richterin** im für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Frau Caliebe) stand in einer **„sehr engen privaten Beziehung“ zu einem Rechtsanwalt**, der „auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts einer der bekanntesten Rechtsanwälte und Partner einer gesellschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzlei“ (Prof. Gerd Krieger, *Hengeler Müller*) ist.⁸⁷

Fraglich bleibt, welche Konsequenzen sich aus den beschriebenen Konstellationen ergeben. Hinsichtlich des Vertrauens in die richterliche Unabhängigkeit mag ein generelles Verbot von Anschlussbeschäftigungen, jedenfalls für Bundesrichter, auf den ersten Blick am wirkungsvollsten erscheinen. Dies würde jedoch einer Abwägung mit den grundgesetzlich

⁸³ Gosch, BFH-PR, Heft 1/2015, S. 15 ff.

⁸⁴ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 18/12700.

⁸⁵ BT-Drs. 18/12700, S. 330.

⁸⁶ Revision gegen das Urteil des LG Bonn vom 01.06.2021, Az.: 62 KLS 1/20.

⁸⁷ FAZ (8.2.2011): Bundesrichter in Sippenhaft und WiWo (3.4.2014) Die fragwürdigen Nebenverdienste der Richter, zuletzt abgerufen am 29.10.2021.

geschützten Rechten auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie die Freiheit der Berufswahl und -Ausübung (Art. 12 Abs. 1 GG), zu Recht nicht standhalten. Als weniger einschneidende Beschränkungen könnten selbstaufgelegte Verhaltensanweisungen dienen, wie sie sich etwa das BVerfG auferlegt. Darin heißt es unter anderem, dass die Richter des BVerfG auch nach dem Ende der Amtszeit in ihren Äußerungen und ihrem Verhalten in Angelegenheiten des Gerichts Zurückhaltung und Diskretion wahren. Sie übernehmen in Sachgebieten ihres Dezernats in dem ersten Jahr nach ihrem Ausscheiden keine Beratungstätigkeit, erstatten keine Gutachten und treten nicht vor Gericht auf. Auch danach vertreten sie nicht vor dem BVerfG. Sie vermeiden den Eindruck einer unangemessenen Verwertung internen Wissens.⁸⁸

Durch Einführung einer **selbstaufgelegten Karenzzeit, also eines festgelegten Ruhezeitraums zwischen Amt und Anschlussbeschäftigung**, könnte jedenfalls verhindert werden, dass Gespräche über eine Anschlussbeschäftigung zwangsläufig noch während der Amtszeit – gegebenenfalls auch noch mit an den eigenen Prozessen beteiligten Parteien – geführt werden. **Ebenso würde die Verpflichtung, nicht vor dem Gericht aufzutreten, dem ein Richter zuvor selbst angehörte, dazu beitragen, den Anschein einer möglichen Voreingenommenheit bei den dort noch tätigen und gegebenenfalls persönlich gut bekannten Richterkollegen zu vermeiden.** Problematisch an solch selbstaufgelegten Verpflichtungen ist jedoch, dass diese in der Regel weder kontrolliert, noch sanktioniert werden können. Gleichzeitig begegnen solche untergesetzlichen Regelungen verfassungsrechtlichen Bedenken bei der Einschränkung der Berufsausübung der nunmehr häufig als Rechtsanwälte tätigen Richter.⁸⁹

Dass entsprechende Einschränkungen aber auch gesetzlich verankert werden können, zeigt ein Blick ins Aktiengesetz. Die in § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG vorgesehene „cooling-off“ Periode schreibt beispielsweise vor, dass ein Wechsel vom Vorstand einer Aktiengesellschaft in deren Aufsichtsrat, zur Vermeidung von Interessenskonflikten, grundsätzlich erst zwei Jahre nach Ausscheiden der betreffenden Person aus dem Vorstand möglich ist. Dahingegen sind Kriterien der Zurückhaltung und Diskretion in Bezug auf Äußerungen und Verhalten nach Ende der Amtszeit schwerer zu greifen und damit auch kaum in eine über § 39 DRiG hinausgehende Form zu gießen.

Nachdem jedoch mit dem BVerfG das höchste deutsche Gericht offenbar einen Bedarf erkennt, das in § 39 DRiG niedergelegte Mäßigungsgebot, zum Schutze des Vertrauens in die Unabhängigkeit des Gerichts, weiter zu spezifizieren und auf dessen Einhaltung durch eine schriftliche Selbstverpflichtung nochmals ausdrücklich hinzuweisen, könnte die Möglichkeit einer ausdrücklichen bundesgesetzlichen Regelung, auch für die weiteren Bundesgerichte, zumindest geprüft werden. Eine gesetzliche Regelung diene auch dem Schutz der absolut überwiegenden Mehrheit der Richter, die ohnehin hohe Anforderungen an ihre eigene Integrität stellen und für welche Mäßigung auch außerhalb des Amtes eine Selbstverständlichkeit darstellt.

⁸⁸ Vgl. Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des BVerfG, zuletzt abgerufen am 15.07.2021, unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html.

⁸⁹ § 3 Abs. 2 BRAO sieht eine Beschränkung nur durch Bundesgesetz vor. Eine Beschränkung der darin garantierten recht durch untergesetzliche Normen verstößt damit gegebenenfalls gegen diesen Gesetzesvorbehalt.

3. WECHSELWIRKUNGEN ZWISCHEN RECHTSWISSENSCHAFT, JUSTIZ UND PRIVATWIRTSCHAFT

Der (Rechts-)Wissenschaft kommt als hochspezialisierte objektive Instanz in der Diskussion um erforderliche und angemessene Rechtssetzung sowie der Auslegung des bestehenden Finanz-, und Kapitalmarktrechts sowie des daran angeschlossenen Steuerrechts ebenfalls eine tragende Rolle zu.

Die Rolle der Rechtswissenschaft und die herrschende Meinung

Art. 5 Abs. 3 GG garantiert, Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Zugrundeliegend ist das Verständnis von gesellschaftlich wertvoller Grundlagenforschung, also einer zweckfreien, erkenntnisorientierten Forschung zum Wohle der Allgemeinheit, nur der Wahrheit und der Vernunft verpflichtet. In Bezug auf das Recht der Finanzwirtschaft befassen sich rechts- und betriebswissenschaftliche Professoren und Lehrstühle insbesondere mit der Anwendung, Auslegung und Bewertung bestehenden Rechts sowie der Einwertung (finanz-)gerichtlicher Urteile und Beschlüsse. Die von oder in Zusammenarbeit mit der Wissenschaft herausgegebene Literatur - insbesondere in Form von Gesetzes- und Urteilscommentierungen - werden nicht nur von Rechtsberatern und Rechtsanwendern, sondern auch von der (Finanz-)Gerichtsbarkeit als wertvolle Erkenntnisquelle herangezogen. Eine besondere Rolle kommt dabei, insbesondere in Zweifelsfragen zur Anwendung beziehungsweise Auslegung eines bestehenden Gesetzes, der sogenannten **herrschenden Meinung** zu. Als herrschende Meinung wird die überwiegend vertretene Auffassung zur Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt bezeichnet. Die herrschende Meinung wird dabei neben der einschlägigen Rechtsprechung stark durch die privatwirtschaftliche sowie wissenschaftliche Fachliteratur beeinflusst. Auf dieser Ebene ist es gerade die Rechtswissenschaft, welche kraft ihrer Unabhängigkeit im öffentlichen Auftrag privatwirtschaftlichen Einzelinteressen entgegentritt und so einen ausgeglicheneren Diskurs zu finanzrechtlichen Themen sicherstellt.

Die Rechtswissenschaft ist zudem regelmäßig in die Erarbeitung von Gesetzesvorschlägen sowie die Politikberatung zu finanzpolitischen Themen eingebunden.

3.1. Drittmittel und allgemeine Interessenkonflikte

In der akademischen Praxis ist seit längerem eine gewisse Kommerzialisierung der Forschung und Lehre zu beobachten. Universitäten und Lehrstühle messen sich in Bestenlisten, bei denen nicht zuletzt die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel eine gewichtige Rolle spielen. **Die Finanzierung der Universitäten ist längst keine ausschließlich staatliche Sache mehr.** Die Finanzierung von Forschungsprojekten und Lehrstühlen durch Drittmittel ist nicht nur allgemein akzeptiert, sondern es kann für eine Professorenkarriere durchaus förderlich sein, wenn dieser im Rufe steht, ein Talent bei der Einwerbung von Drittmitteln mitzubringen.⁹⁰ Damit begeben sich die Universitäten und mit ihnen die Professoren jedoch in eine zunehmende Abhängigkeit von externen Finanzmitteln und deren Quelle, gerade im Falle sehr gut ausgestatteter Kapitalmarktakteure. Dies kann nach der Einschätzung von Transparency Deutschland als

⁹⁰ Vgl. Krüger/Tiffe, Interessenkonflikte offenlegen, NJW-aktuell 06/2021, S. 50.

Einfallstor für Industrie- und Lobbyinteressen dienen.⁹¹ Je nach Bundesland sind Finanzierungen durch Drittmittel teilweise nur summarisch, teilweise gar nicht zu veröffentlichen.

Drittmittel von Unternehmen enthalten darüber hinaus häufig Geheimhaltungsvereinbarungen. Von diesen Fällen erfährt die Öffentlichkeit – wenn überhaupt – nur zufällig. **So wie bei der Gründung eines Instituts für Finanzmathematik an den beiden großen Berliner Universitäten. Das Geld dafür kam nach Berichten der ZEIT von der Deutsche Bank, der Kooperationsvertrag blieb unter Verschluss.** Erst als der Vertrag an die Presse gelangte, wurde klar: Die Deutsche Bank gab nicht nur Geld, sie durfte den Professoren in der Forschung und bei der Besetzung von Stellen hineinreden. Mittlerweile ist die Kooperation eingestellt.⁹²

Im Bereich des Versicherungsrechts bestehen an vielen deutschen Universitäten gesonderte Fachinstitute, die regelmäßig von den großen Versicherungskonzernen (mit-)finanziert werden. **So finanzieren etwa die ARAG, die Ergo⁹³ oder die Provinzial Rheinland das Düsseldorfer Institut der Heinrich-Heine-Universität.**⁹⁴ Die Forschungsstelle für Versicherungswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster wird von mehr als 40 Versicherungsgesellschaften, Wirtschaftskanzleien und Versicherungsverbänden finanziert.⁹⁵ **Insgesamt findet man in der deutschen Universitätslandschaft kaum ein versicherungsrechtliches Institut, das nicht durch die Versicherungswirtschaft (mit-)finanziert wird.**

In Übereinstimmung mit Angaben des Spiegel⁹⁶ berichten Opferanwälte aus dem Versicherungsbereich, dass sich die im Versicherungsrecht tätigen Anwälte und Richterinnen häufig auf die versichererfreundlichen Standardwerke aus der Feder der Anwaltschaft sowie der Rechtswissenschaft – häufig auch im Verbund – beziehen. Dass neben den Anwälten als Interessenvertretern der Versicherungskonzerne häufig auch die rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen im Versicherungsrecht versichererfreundliche Ansichten vertreten, führe dazu, dass diese regelmäßig auch für Recht befunden werden. Bei Vergleichsvorschlägen würden sich Richterinnen etwa nach dem Standardwerk „Ersatzansprüche bei Personenschaden“ richten, welches von Dr. Gerhard Küppersbusch, 35 Jahre lang Jurist bei der Allianz und aktuell Leiter des Personenschadenzentrums bei der Kanzlei BLD und Heinz Otto Höher, Fachleiter Kraftfahrtversicherung sowie ebenfalls in der Leitung des Personenschadenzentrums bei BLD, verfasst wird.⁹⁷ Deren Berechnungen seien selten im Sinne der Geschädigten.⁹⁸ Eine kritische

⁹¹ Gawor, Forschung, Lehre und Wirtschaft: Mehr Transparenz für eine ungleiche Beziehung, Magazin Scheinwerfer, 09/2018, S. 4.

⁹² Berichterstattung der Zeit vom 10.06.2014, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.zeit.de/campus/2014/04/drittmittel-universitaeten-forschung-finanzierung/seite-2>.

⁹³ Vgl. Spiegel, Ausgabe 30/2015, S. 15.

⁹⁴ Gemäß eigenen Angaben hat das Institut die Aufgaben, das Privatversicherungsrecht in Forschung und Lehre zu vertreten sowie den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis in diesen Bereichen zu fördern und zu vertiefen. Das Institut wird von der Rheinischen Versicherungswirtschaft sowie der Dr. Paul-Otto-Faßbender-Stiftung für Bildung und Wissenschaft unterstützt, so dass die Aktivitäten des Instituts in erheblichem Umfang ausgebaut werden konnten; vgl. <https://ivr.duslaw.de/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁹⁵ Vgl. <https://www.jura.uni-muenster.de/de/fakultaet/fakultaetsnahe-einrichtungen/forschungsstelle-fuer-versicherungswesen/foerderverein/mitglieder/firmenmitglieder>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁹⁶ Vgl. Spiegel, Ausgabe 30/2015, S. 15.

⁹⁷ Vgl. <https://www.bld.de/Anwalt.html?Anwalt=805> sowie <https://www.bld.de/Anwalt.html?Anwalt=78>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

⁹⁸ Vgl. Spiegel, Ausgabe 30/2015, S. 15.

Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit diesem hoch praxisrelevanten Thema sucht man – soweit ersichtlich – vergeblich.

Dass die Problematik dieser Verzahnung bis in die Justiz reichen kann, zeigt eine Konstellation, in welcher der XI. Senat des BGH 2017 wegweisende Fragen zu Bausparverträgen zu entscheiden hatte. Renommierter Vertreter der Positionen der Bausparkassen war Dr. Peter Mülbert, Professor und Leiter des von den Sparkassen finanzierten Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar,- Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg Universität Mainz.⁹⁹ Prof. Dr. Mülbert äußert sich nach Aussagen aus dem Markt in seinen Rechtsansichten tendenziell eher „*bankenfrendlich*“.¹⁰⁰ Die Kündigungswelle der Bausparkassen geht unter anderem auf einen von ihm verfassten Fachbeitrag¹⁰¹ zurück. Bedenklich ist in diesem Zusammenhang, dass Prof. Dr. Ellenberger, der Vorsitzende Richter des über diese Fälle entscheidenden XI. Senats am BGH, zu dieser Zeit gemeinsam mit Prof. Dr. Mülbert ein Blockseminar an der Universität Mainz zum Thema Bank- und Kapitalmarktrecht abhielt¹⁰², von welcher er auch seinen Titel als Honorarprofessor erhielt¹⁰³. Der BGH urteilte schließlich im Interesse der Bausparkassen und bezog sich dabei unter anderem auf den entsprechenden Fachbeitrag und die Gesetzeskommentierung von Prof. Dr. Mülbert.¹⁰⁴

Dass die Anwälte großer Wirtschaftskanzleien als Interessenvertretung der Finanz- und Versicherungswirtschaft in ihren Fachbeiträgen in aller Regel eine ihren Mandanten günstige Position vertreten, liegt in der Natur der Sache. Dass sie gleichzeitig häufig federführend in den maßgeblichen juristischen Fachzeitschriften die Schriftleitung innehaben und damit de facto über Autorinnen und Auswahl der Artikel entscheiden, ist ihrer umfangreichen Veröffentlichungstätigkeit sowie ihren exzellenten Kontaktnetzwerken geschuldet.¹⁰⁵ Wenn jedoch zudem die Rechtswissenschaft einseitig zugunsten der Wirtschaft forscht und veröffentlicht, erschwert dies eine ergebnisoffene Diskussion erheblich, würde damit doch ein maßgebliches objektives „*Gegengewicht*“ in der juristischen Auseinandersetzung fehlen. Durch das finanzielle und inhaltliche Eindringen wirtschaftlicher Interessen und Interessenvertreter in

⁹⁹ Vgl. <https://institut-kreditrecht.de/traeger/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹⁰⁰ So hatte sich Prof. Dr. Mülbert etwa 2015/2016 als Experte im Bundestags-Rechtsausschuss mehrfach für eine zeitliche Befristung des „ewigen Widerrufsrechts“ für (Immobilien)Kreditverträge mit fehlerhafter Widerrufsbelehrung auf 12,5 Monate ab Vertragsschluss ausgesprochen. Für Altfälle vor Inkrafttreten des Gesetzes forderte er eine entsprechende Rückwirkung, auch wenn dies bedeute, dass die Fälle mit Inkrafttreten des Gesetzes bereits verjährt wären; vgl. insoweit Protokoll-Nr. 18/72 der 72. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 14.10.2015, S. 101 sowie insbesondere Protokoll-Nr. 18/86 der 86. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 15.02.2016, S. 14 f., 65 ff.

¹⁰¹ Vgl. *Mülbert/Schmitz* in Festschrift Horn, 2006, S. 777 ff. und *Mülbert* in Staudinger, BGB, 2010, § 488 Rn. 539 ff. sowie die entsprechenden Verweise in frühen Urteilen des LG Mainz vom 28.07.2014 (Az.: 5 O 1/14) und LG Aachen vom 19.05.2015 (Az.: 10 O 404/14) zu der Thematik.

¹⁰² Vgl. Insoweit auch die Berichterstattung der Stuttgarter Zeitung vom 21.02.2017, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.kuendigung-von-bausparvertraegen-tag-der-entscheidung-fuer-bausparer.3c9b255d-3dce-4ecb-8c5c-2c4567dc29c8.html>.

¹⁰³ Vgl. Bekanntmachung der Johannes Gutenberg Universität Mainz, zuletzt abgerufen am 12.08.2021 unter <https://www.gesellschaftsrecht.uni-mainz.de/lehrende/>.

¹⁰⁴ BGH, Urteile vom 21.02.2017, Az.: XI ZR 185/16 und Az.: XI ZR 272/16.

¹⁰⁵ Vgl. Beispielhaft Dr. Michael Hoffmann-Becking, langjähriger Spitzenanwalt bei der Wirtschaftskanzlei Hengeler Müller, Honorarprofessor an der Universität Bonn, langjähriger Mitherausgeber der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (**ZHR**) sowie der Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (**NZG**) und Gründungsmitglied des Förderverein Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft.

das wissenschaftliche Umfeld setzen diese auch vermehrt die Themen und können das Meinungsbild maßgeblich beeinflussen. Damit verschwimmen die Grenzen zwischen privatwirtschaftlicher Interessenvertretung einerseits und unvoreingenommener objektiver wissenschaftlicher Arbeit zunehmend.¹⁰⁶ **Nur wenn bekannt ist, ob und welche Interessengruppen durch private Organisationen in welchem Umfang (mit-)finanziert werden, können daraus hervorgehende Veröffentlichungen auch zutreffend eingeordnet und bewertet werden.** Um echte Transparenz in Wissenschaft und Forschung zu erreichen, wäre eine generelle Offenlegung der Drittmittel-, Kooperations- und Sponsoringverträge überlegenswert. Dies soll nicht dazu führen, dass entsprechende Forschung und Fachbeiträge von vornherein unberücksichtigt bleiben. Ganz im Gegenteil, profitiert die Rechtsgemeinschaft häufig von der hohen Qualität der rechtlichen Argumentation sowie den tiefgehenden Einblicken im Rahmen von Forschungsk Kooperationen. Entscheidend ist dabei jedoch, dass den Beteiligten, Richterinnen sowie der Öffentlichkeit eine bewusste Auseinandersetzung unter Berücksichtigung aller Begleitumstände – wie etwa auch unbewusster externer Einflussnahme – ermöglicht wird. Dabei steht das Veröffentlichungsinteresse im Spannungsverhältnis zu Geheimhaltungsinteressen unter Berufung auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Letztere führen regelmäßig an, dass andernfalls Forschungsprojekte der Konkurrenz zufallen könnten. Eine solche Sorge dürfte in der Rechtswissenschaft, in der es weniger um innovative patentträchtige Produkte und Verfahren als vielmehr mehr um den schlichten Austausch juristischer Argumente geht, unbegründet sein. Dass dies kein Ausschlusskriterium sein muss, hat bereits 2016 das Land Niedersachsen gezeigt. Die dortigen Hochschulen haben Daten zu Auftraggeber, Projekttitel, Laufzeit und Fördersumme für mehr als 7.500 laufende Vorhaben freiwillig veröffentlicht. Lediglich zu Industrieprojekten seien aus Wettbewerbsgründen nur abstrakte Daten geliefert worden.¹⁰⁷

3.2. Nebentätigkeiten von Professoren

Für die Öffentlichkeit mindestens ebenso intransparent sind in der Regel die **Nebentätigkeiten von Professoren**. Die Veröffentlichung von Gesetzeskommentierungen und Fachbeiträgen sowie die Teilnahme an Fachveranstaltungen kann hier zu ähnlichen Problemen führen wie bereits für die Richterschaft skizziert. Im Gegensatz zu Richterinnen ist es Professoren jedoch zudem gestattet, bezahlte (Rechts-)Gutachten zu verfassen und beratend für die Privatwirtschaft tätig zu werden.

Gleichzeitig ist eine gewisse Tendenz zu beobachten, dass in für die Finanzwirtschaft bedeutenden Fällen mitunter eine Flut von professoralen Fachaufsätzen die Argumentation der

¹⁰⁶ Vgl. beispielhaft Prof. Dr. Manfred Wandt, Professor an der Goethe-Universität Frankfurt a.M., Vorstand des Instituts für Versicherungsrecht, Schriftleitung der Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (**ZVersWiss**) und der Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (**VersR**). Prof. Dr. Wandt ist seit 2015 Mitglied der Aufsichtsräte von ALTE LEIPZIGER Lebensversicherung a.G., HALLESCHE Krankenversicherung a.G., ALTE LEIPZIGER Holding AG; <https://www.hallesche.de/-/media/dokumente/konzern/aufsichtsrat/lebenslauf-prof-wandt.pdf?la=de&hash=D8A03382BB35151C9137B4F47D74B5D0F45193CC>, zuletzt abgerufen am 19.07.2021.

¹⁰⁷ Vgl. Bekanntmachung des Niedersächsischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur vom 11.04.2016, zuletzt abgerufen am 19.07.2021 unter <https://www.mwk.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/niedersachsen-bei-transparenz-in-der-forschung-vorn--142388.html>.

beteiligten Institute und Verbände unterstützt. Wissenschaftliche Publikationen gelten dabei in der Regel als neutral, objektiv und ergebnisoffen. Dies kann mitunter jedoch in Zweifel gezogen werden. Plakatives Beispiel hierfür sind die Veröffentlichungen rund um die beginnende Aufarbeitung von CumEx-Geschäften, insbesondere ab dem Jahr 2012.

Die Vorgänge, welche den CumEx-Skandal überhaupt erst ermöglichten, setzen gezielt bei denjenigen staatlichen Institutionen an, welche eigentlich die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit sicherstellen und Rechtsmissbrauch vermeiden sollen. Intransparenz in Bezug auf eine mögliche Beeinflussung von Rechtsauffassungen in Finanzverwaltung, Wissenschaft und Justiz haben in diesem Fall dazu geführt, dass die gezielte Manipulation der herrschenden Meinung zu kritischen Rechtsfragen in diesem Bereich erst durch das mühsame Zusammensetzen der einzelnen Puzzleteile durch den Untersuchungsausschuss (PUA) zu CumEx in den Jahren 2016 bis 2017 offenbart wurde. Ein Gesamtbild der Vorgänge und Versäumnisse lag somit erst Mitte des Jahres 2017 vor und damit fünfeinhalb Jahre nach der mutmaßlichen Beendigung eines Großteils der heute öffentlich bekannten CumEx-Konstellationen.

Zwischenzeitlich haben neben dem PUA und der Bundesregierung¹⁰⁸ unter anderem auch das Hessische Finanzgericht¹⁰⁹ sowie das Landgericht Bonn in zwei Strafverfahren¹¹⁰ und schließlich der BGH in Strafsachen¹¹¹ ausdrücklich festgestellt, dass eine von Teilen der juristischen Literatur hartnäckig behauptete gesetzliche Lücke, welche die Geschäfte legal ermöglicht habe, niemals bestanden hat. Auch weitere, die vermeintliche Legalität der Geschäfte stützende Thesen der Akteure zum Übergang des mit den involvierten Aktien verbundenen wirtschaftlichen Eigentums¹¹² sowie der Rechtswirkung von Steuerbescheinigungen, erwiesen sich als unhaltbar.¹¹³

Strikte Offenlegungspflichten in der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie in der Justiz hätten die Geschäfte gegebenenfalls bereits im Ansatz verhindern können. Die aus einer zu unreflektierten Nähe zur Finanzwirtschaft resultierende, damals verbreitete Rechtsansicht zu einer möglichen generellen Legalität der Geschäfte führte dazu, dass diese Rechtsansicht heute in zahllosen Einzelfällen nachträglich und mit hohem Aufwand geradegerückt werden muss.

Dabei wären die komplizierten rechtlichen Fragestellungen rund um den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Aktientransaktionen, der vermeintlichen gesetzgeberischen Lücke sowie der Rechtswirkungen ausgestellter Steuerbescheinigungen prädestiniert für einen offenen und interessensfreien wissenschaftlichen Diskurs gewesen, welcher der mit dieser Art von Fällen befassten (Finanz-)Gerichtsbarkeit ein solides rechtliches Fundament für

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/13638, S. 11 f.

¹⁰⁹ Vgl. beispielhaft FG Hessen, Urteil vom 10.02.2016, Az.: 4 K 1684/14.

¹¹⁰ LG Bonn, Urteil vom 18.03.2020, Az.: 62 KLS 1/19 sowie Urteil vom 01.06.2021, Az.: 62 KLS 1/20.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 28.07.2021, Az.: 1 StR 519/20.

¹¹² Hierbei wurde insbesondere diskutiert, ob das Urteil des BFH vom 15.12.1999 (I R 29-97) zum vorzeitigen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 AO in einem Inhaberverkaufs-Fall auch auf Leerverkäufe in Zusammenhang mit Geschäften, welche nicht über die Börse gehandelt wurden, anwendbar ist.

¹¹³ Vgl. beispielhaft FG Hessen, Beschluss vom 08.10.2012, Az.: 4 V 1661/11; OLG Köln, Urteil vom 11.12.2014, Az.: 7 U 23/14; FG Hessen, Urteil vom 10.02.2016, Az.: 4 K 1684/14; FG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2016, Az.: 6 K 1544/11; FG Hessen, Urteil vom 10.03.2017, Az.: 4 K 977/14; FG Köln, Urteil vom 19.07.2019, Az.: 2 K 2672/17; LG Bonn, Urteil vom 18.03.2020, Az.: 62 KLS 1/19; BGH, Urteil vom 28.07.2021, Az.: 1 StR 519/20.

ausgewogene und rechtlich zutreffende Entscheidungen bereitet. Statt eines solchen freien Gedankenaustausches fand jedoch ein weitgehend einseitiger und von den Interessen der Finanzwirtschaft orchestrierter, gezielter Aufbau einer herrschenden Meinung statt, welche die Geschäfte „legalisieren“ sollte.

Bemerkenswert ist dabei, wie sich neben den wirtschaftlich motivierten Beratern renommierter Anwaltskanzleien auch staatlich finanzierte Universitätsprofessoren dazu bewegen ließen, in ihren Gutachten und Fachbeiträgen durch verzerrte Darstellung der damaligen Rechtsprechung heute als unhaltbar geltende Rechtsmeinungen zu vertreten, um den Geschäften die vermeintliche Legalität zu bescheinigen. Die so konstruierte herrschende Meinung zur Scheinlegalität der Geschäfte wurde in der Folge auch von der Rechtsprechung als Erkenntnisquelle für die weitere Beurteilung dieser hochkomplexen Finanzmarktstrukturen herangezogen. Dies hätte im Jahr 2014 beinahe dazu geführt, dass der BFH als oberstes Finanzgericht der Bundesrepublik, CumEx-Geschäfte offiziell als legal erklärt hätte. Die Entwicklung lässt sich dabei wie folgt nachzeichnen:

3.2.1. Die Rolle der (Rechts-)Wissenschaft bei CumEx

Die Beraterschaft vertrat insbesondere ab dem Jahr 2007 die Ansicht, CumEx-Geschäfte seien per se legal. Flankierend hatte Steueranwalt Dr. Berger seine Beratung zu CumEx-Geschäften durch Gutachten und Aufsätze von Steuerrechtsprofessoren untermauern lassen. Hierzu titelte das Handelsblatt am 2. August 2017:

„In der größten Finanzaffäre der Republik spielen Wissenschaftler mit bezahlten Gutachten eine unrühmliche Rolle.“¹¹⁴

Dr. Joachim Englisch, Professor am Institut für Steuerrecht der staatlichen Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, hatte 2009 ein Gutachten für Dr. Bergers Kanzlei *Berger Steck & Kollegen* und die in CumEx-Geschäfte verwickelte Investmentgesellschaft Nummus Financial verfasst, welches CumEx-Geschäfte als rechtlich unbedenklich beurteilte.¹¹⁵ Der Kontakt kam unter anderem zustande, da Prof. Dr. Englisch in Dr. Bergers Standardwerk zum Investmentsteuergesetz kommentierte.¹¹⁶ Ende 2010 erteilte Dr. Berger ihm einen weiteren Gutachtenauftrag in Zusammenhang mit CumEx-Geschäften. Diesmal ging es um einen luxemburgischen CumEx-Fonds der Firma Sheridan.¹¹⁷ Der Fonds habe ungewöhnlich hohe

¹¹⁴ Handelsblatt Nr. 147 vom 02.08.2017, S. 30 f., zuletzt abgerufen am 23.06.2021 unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/dubiose-cum-ex-aktiendeals-professoren-gutachten-und-der-steuerskandal/20132824.html?ticket=ST-960330-pgOWNrsmoDAsZkkBzOtJ-ap3>.

¹¹⁵ BT-Drs. 18/12700, S. 352.

¹¹⁶ *Berger/Steck/Lübbehusen*, Investmentgesetz (InvG), Investmentsteuergesetz (InvStG), 2010.

¹¹⁷ BT-Drs. 18/12700, S. 352; BT-Drs. 18/12700, S. 352; Die Schweizer Bank J. Safra Sarasin hatte nach Medienberichten Anteile des Sheridan Equity Arbitrage Fund an vermögende Investoren wie Drogerieunternehmer Erwin Müller, Medienanwalt Prof. Dr. Matthias Prinz und Fleischfabrikant Clemens Tönnies, mit hohen Renditeversprechen, vertrieben. Die komplexe Fondsstrategie sah vor, dass verschiedene US-Pensionsfonds, mit dem Investitionskapital sowie gehebeltem Fremdkapital (insgesamt mehrere Milliarden Euro), in CumEx-Geschäfte investieren sollten. Als die Finanzbehörden jedoch die Steuererstattung verweigerten, klagten Teile der Anleger erfolgreich gegen Sarasin; vgl. beispielhaft Berichterstattung des Juve-Verlags vom 22.10.2014, zuletzt abgerufen am 21.07.2021 unter

Renditen für hochvermögende Anleger versprochen. 2010 veröffentlichte Prof. Dr. Englisch einen längeren Aufsatz zu CumEx-Transaktionen im Allgemeinen¹¹⁸ sowie im Jahr 2012 eine Kommentierung zu einem beim FG Hessen anhängigen CumEx-Fall der Bayerischen HypoVereinsbank.¹¹⁹ In diesen Veröffentlichungen vertrat er dabei jeweils die These, es wäre möglich, dass eine Aktie – jedenfalls wirtschaftlich – gleichzeitig zwei Eigentümern zugeordnet werden könne. Zumindest steuerlich könnten also mehrere Parteien Anspruch auf die Erstattung einer Steuer haben, die nur einmal abgeführt wurde. Im Aufsatz aus dem Jahr 2012 spricht er gar von einer „haltlosen Kriminalisierung“ der Geschäfte, ohne jedoch gleichzeitig offenzulegen, dass er zuvor Beteiligten an diesen Geschäften deren Legalität attestiert hatte.¹²⁰

Der Sachverständige Prof. Dr. Michael Schmitt äußerte sich zu der von Prof. Dr. Englisch vorgebrachten fachlichen Argumentation in seiner Anhörung im PUA am 14. April 2016 wie folgt:

„[...] Es ist erstaunlich, dass nicht nur in der einschlägigen Beraterschaft, sondern auch in der Fachliteratur von namhaften Vertretern der Wissenschaft mit Ernsthaftigkeit und Beharrlichkeit bis heute das Gegenteil vertreten wird. Die hierzu angeführten Argumente sind bei genauerem Hinsehen nicht haltbar. [...]“¹²¹

Auf die Frage an Prof. Dr. Englisch, ob an ihn die Bitte gerichtet worden sei, gezielt eine ganz bestimmte Veröffentlichung mit einem ganz bestimmten Tenor zu platzieren, antwortete dieser im PUA:

„Also, die 2010er-Veröffentlichung auf jeden Fall nicht. Wie gesagt, bei der 2012er weiß ich es nicht mehr. Da habe ich eine interne Stellungnahme erst mal verfasst zu diesem Gutachten. Und es kann gut sein, dass dann Herr Berger darum gebeten hat, das doch zu veröffentlichen.“¹²²

Hinsichtlich des Fachaufsatzes aus dem Jahr 2010 stellten die Finanzbehörden im Rahmen eines finanzgerichtlichen Verfahrens zudem fest, dass dieser in weiten Passagen wörtlich mit dem im Auftrag Dr. Bergers verfassten und bezahlten Gutachten aus dem Jahr 2009 übereinstimmte, ohne dabei jedoch offenzulegen, dass der Aufsatz auf ein bezahltes Gutachten im Parteiinteresse zurückgeht.¹²³ Die Behörden kamen zu dem Schluss, dass in dem Verfahren die den Aufsatz vorlegende Partei den unzutreffenden Eindruck habe erwecken wollen, dass es sich bei Prof. Dr. Englisch um einen unabhängigen Dritten handele, der die steuerliche Problematik der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums rein wissenschaftlich beleuchtet.¹²⁴

<https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2014/10/cum-ex-sheridan-fonds-weitere-investoren-klagen-mit-patzina-lotz-gegen-sarasin>.

¹¹⁸ Englisch, Wirtschaftliches Eigentum beim Kauf girosammelverwahrter Aktien, FR 2010, 1023-1031.

¹¹⁹ FG Hessen, Beschluss vom 08.10.2012, Az.: 4 V 1661/11.

¹²⁰ Englisch, Die Finanzverwaltung als Reparatur-Gesetzgeber; Cum-Ex-Transaktionen mit Dividende - Millionenklage gegen HVB - Umstellung des Kapitalertragsteuerabzugs entschärft Situation, Börsenzeitung vom 11.02.2012, S. 13.

¹²¹ BT-Drs. 18/12700, S. 89.

¹²² BT-Drs. 18/12700, S. 187.

¹²³ BT-Drs. 18/12700, S. 187.

¹²⁴ BT-Drs. 18/12700, S. 187.

Selbstverständlich steht es Professoren frei, in Nebentätigkeit Beratungs- und Gutachtaufträge wahrzunehmen. Wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit komplexen praxisrelevanten Rechtsthemen sind nicht nur erlaubt, sondern aufgrund der Forschungstiefe und der gewöhnlich außerordentlich hohen Qualität wissenschaftlicher Beiträge ein wichtiger Bestandteil der Rechtsfortbildung und leisten damit eine wichtige Vorarbeit für die richterliche Entscheidungsfindung.

Problematisch werden solche Nebentätigkeiten allerdings immer dann, wenn eine klare Trennung zwischen wissenschaftlicher (und in der Regel staatlich finanzierter) Arbeit einerseits und Tätigkeiten für Privatinteressen aus der Wirtschaft andererseits nicht mehr möglich ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn öffentliche Äußerungen von Wissenschaftlern in Form von Fachaufsätzen oder Urteilscommentierungen auf privatwirtschaftliche Beauftragungen zurückgehen und dies nicht entsprechend gekennzeichnet wird. Damit entsteht der Schein öffentlich finanzierter, interessensfreier wissenschaftlicher Arbeit, obschon den Äußerungen eine interessengeleitete und häufig großzügig vergütete Tätigkeit zugrunde liegt.

Nach den Feststellungen im Sondervotum der Fraktion Bündnis90/Die Grünen des Abschlussberichts des PUA haben sich CumEx-Akteure mit Gutachten und den immer wieder vorgebrachten Verweisen auf Fachaufsätze nicht nur absichern wollen, sondern versuchten, den als illegal zu bezeichnenden CumEx-Geschäften aktiv einen legalen Anstrich zu verpassen. Hierzu nutzten sie die Publikationen vermeintlich streng wissenschaftlich und objektiv arbeitender Professoren. Dieses Vorgehen zeigt eindrücklich auf, welche Bedeutung einer unabhängigen und transparenten Wissenschaft gerade im Bereich der Rechtswissenschaften zukommt.

Hinsichtlich der Honorierung seiner Gutachten teilte Prof. Dr. Englisch im PUA mit, er habe sich an den Honorarvorstellungen von Großkanzleien orientiert, wobei es sich in der Regel um zwischen 500 und 600 Euro pro Stunde handle.¹²⁵ Nach Angaben des Handelsblatts gab Dr. Berger an, Prof. Dr. Englisch habe im Jahr 2011 für Gutachten ein Gesamthonorar in Höhe von 250.000 Euro von seiner Kanzlei erhalten und damit mehr als ein durchschnittliches Professorenjahresgehalt.¹²⁶ Prof. Dr. Englisch teilte auf Anfrage des Handelsblatts mit, dass er „für kein Gutachten 250 000 Euro erhalten hat“. Auf die Nachfrage, ob es sich dabei gegebenenfalls um zwei Gutachten handle, schwieg er. Sein Einkommen sei ein seiner Privatsphäre zuzuordnender Umstand, schreibt er dem Handelsblatt.¹²⁷

Neben Prof. Dr. Englisch warb Dr. Berger mit Dr. Marc Desens, Professor und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Steuerrecht und öffentliches Wirtschaftsrecht an der staatlichen Universität Leipzig, einen weiteren Wissenschaftler für seine Zwecke an.

¹²⁵ BT-Drs. 18/12700, S. 187.

¹²⁶ Handelsblatt Nr. 147 vom 02.08.2017, S. 30 f., zuletzt abgerufen am 23.06.2021 unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/dubiose-cum-ex-aktiendeals-professoren-gutachten-und-der-steuerskandal/20132824.html?ticket=ST-960330-pgOWNrsmoDAsZkkBz0tJ-ap3>.

¹²⁷ Handelsblatt Nr. 147 vom 02.08.2017, S. 30 f., zuletzt abgerufen am 23.06.2021 unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/dubiose-cum-ex-aktiendeals-professoren-gutachten-und-der-steuerskandal/20132824.html?ticket=ST-960330-pgOWNrsmoDAsZkkBz0tJ-ap3>.

Aus der Berichterstattung des PUA geht hervor¹²⁸, dass zwischen Prof. Dr. Desens und Dr. Berger spätestens ab dem Jahr 2012 ein regelmäßiger fachlicher Austausch stattfand. In der Folge hat Prof. Dr. Desens gegen Bezahlung eine Stellungnahme im Rahmen eines von der Kanzlei von Dr. Berger betriebenen Gerichtsverfahrens vor dem FG Hessen verfasst, ebenso wie eine Stellungnahme zu einem nicht veröffentlichten Gerichtsbescheid des BFH im Vorfeld seiner CumEx-Entscheidung aus dem Jahr 2014 sowie eine Stellungnahme zu den Stärken und Schwächen der in diesem Verfahren dargelegten Rechtsauffassung der Finanzverwaltung. Zudem erstellte Prof. Dr. Desens ein Gutachten in Zusammenhang mit einem weiteren CumEx-Fall vor den Finanzgerichten. Daneben veröffentlichte Prof. Dr. Desens noch im Jahr 2012 in enger Abstimmung mit Dr. Berger¹²⁹ zwei Fachaufsätze¹³⁰ sowie eine Kommentierung des Urteils des FG Hessen vom 8. Oktober 2012 (Az.: 4 V 1661/11)¹³¹ zu einem CumEx-Komplex, in welchen er jeweils zur Rechtmäßigkeit einer Mehrfacherstattung bei nur einmaliger Steuerabfuhr argumentierte. Im Rahmen der Veröffentlichungen wurde der Bezug zu seinen entgeltlichen gutachterlichen Nebentätigkeiten für die Finanzwirtschaft jeweils nicht offengelegt. Dies führte im Ergebnis sogar dazu, dass Prof. Dr. Desens als vermeintlich objektiver Sachverständiger zur Stellungnahme vor dem PUA bestellt wurde.

Prof. Dr. Desens erklärte gegenüber dem PUA, für seine gutachterlichen Tätigkeiten für Dr. Berger 400 Euro pro Arbeitsstunde erhalten zu haben. Zur konkreten Höhe seiner Vergütungen machte er keine weiteren Angaben, mit Verweis auf Zweifel an der Gewährleistung der Geheimhaltung durch den PUA.¹³²

Nach Beendigung des PUA trat Prof. Dr. Desens vor dem FG Köln weiter als Vertreter für den US-amerikanischen Pensionsfonds KK-Law Firm Retirement Plan Trust auf, der den deutschen Staat auf Auszahlung von etwa 27 Millionen Euro Steuern aus CumEx-Geschäften verklagte.¹³³ Der Prozess galt als letzter Versuch, einen Musterprozess pro CumEx anzustrengen und soll durch maßgebliche Akteure des Systems CumEx finanziert worden sein.¹³⁴

Neben Prof. Dr. Desens trat auch Dr. Karl-Georg Loritz, Professor a.D. an der staatlichen Universität Bayreuth als Beistand für KK-Law auf.¹³⁵ Prof. Dr. Loritz hatte kurz zuvor in einem Aufsatz mit dem Titel „Der Streit um Cum-Ex-Geschäfte - Rückbesinnung auf die Grundlagen, Auslegung des Steuerrechts an den Realitäten und Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien“ auf sich aufmerksam gemacht und darin weiterhin die These der gesetzlichen Lücke vertreten, obschon

¹²⁸ BT-Drs. 18/12700, S. 188 f.

¹²⁹ BT-Drs. 18/12700, S. 353.

¹³⁰ Desens, Kapitaleinkünfte bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag („cum/ex“-Geschäfte), DStZ 2012, 142; Desens, Dividendenkompensationsleistungen nach Leerverkäufen, DStZ 2012, 246.

¹³¹ Desens, Anrechnung der Kapitalertragsteuer nach Leerverkäufen über den Dividendenstichtag – Zum Beschluss des Hessischen FG vom 08.10.2012, 4 V 1661/11, DStR 2012, 2473.

¹³² BT-Drs. 18/12700, Sondervotum der Fraktion Die Linke, S. 412.

¹³³ Vgl. Handelsblatt vom 05.07.2017, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/cum-ex-prozess-schwerer-rueckschlag-fuer-steuer-trickser/20023058.html?ticket=ST-3651686-uc3MPmSr6taQucWbteX0-cas01.example.org>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹³⁴ Vgl. die Berichterstattung der Zeit zum Prozess vor dem FG Köln, zuletzt abgerufen am 30.06.2021 unter <https://www.zeit.de/2018/43/cum-ex-steuerbetrug-aktiengeschaeft-europa-finanzpolitik>.

¹³⁵ Vgl. Berichterstattung des Juve Verlags vom 19.07.2019, zuletzt abgerufen am 30.06.2021 unter <https://www.juve.de/verfahren/cum-ex-urteil-des-fg-koeln-es-war-eine-kriminelle-glanzleistung/>.

das FG Hessen zwischenzeitlich mehrfach das Gegenteil bestätigt hatte. Immerhin hatte Prof. Dr. Loritz in einer einleitenden Fußnote seines Aufsatzes vermerkt

„Aus Gründen der wissenschaftlichen Klarheit wird darauf hingewiesen, dass der Verfasser bei verschiedenen praktischen Fällen nachträglich beratend tätig war, allerdings kein Mandat im Außenverhältnis in einem Steuer- oder Steuerstrafverfahren übernommen hat und nie im Vorfeld bei Gestaltungsberatungen mitgewirkt hat.“

Nach den Erkenntnissen des PUA¹³⁶ war Teil des Versuchs, die herrschende Lehre zu CumEx zu beeinflussen, auch der zweiteilige Aufsatz *„Die Kriminalisierung der Cum/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat“*¹³⁷ von Prof. Dr. Roman Seer von der staatlichen Universität Bochum, aus dem Jahr 2012. Dieser entstand ebenfalls in Zusammenhang mit der rechtlichen Beratung von CumEx-Akteuren, ohne dass dieser Zusammenhang kenntlich gemacht wurde. Die Veröffentlichung von Prof. Dr. Seer führte in der Folge sogar dazu, dass das Bundesministerium der Finanzen (BMF) im März 2015 ernsthaft überlegte, ihn zum Prozessbeistand für die Bundesfinanzverwaltung für ein beim BFH anhängiges CumEx-Verfahren zu mandatieren.¹³⁸

Der PUA kommt im Hinblick auf die Rolle der Wissenschaft zu dem Ergebnis, seine Beweisaufnahme belege

*„[...] die Anstrengungen von Dr. Berger, das Schrifttum durch Dritte in seinem Sinne zu beeinflussen. Der Ausschuss hält es für essentiell, dass sich insbesondere die Gerichte, die künftig über Cum/Ex-Fälle entscheiden werden, dieses Umstands bewusst werden. Er befürwortet zudem eine kritische Selbstwahrnehmung der Wissenschaftler, da ihre Veröffentlichungen als das Ergebnis unabhängiger wissenschaftlicher Forschung wahrgenommen werden. Insofern hält der Ausschuss die Überlegungen des Zeugen Dr. Seer für zielführend, künftig Publikationen zu kennzeichnen, die auf Auftragsarbeiten für Dritte zurückgehen.“*¹³⁹

Die Überschrift des Handelsblatts vom 2. August 2017, nach welcher die Wissenschaftler in der CumEx-Affäre eine *„unrühmliche Rolle“*¹⁴⁰ gespielt hätten, scheint nach alledem sehr zurückhaltend formuliert.

¹³⁶ BT-Drs. 18/12700, Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 514.

¹³⁷ Seer/Krumm, Die Kriminalisierung der Cum/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat, DStR Heft 34, S. 1757 ff. und Heft 35, S. 1814 ff.

¹³⁸ BT-Drs. 18/12700, Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 514.

¹³⁹ BT-Drs. 18/12700, S. 353.

¹⁴⁰ Handelsblatt Nr. 147 vom 02.08.2017, S. 30 f., zuletzt abgerufen am 23.06.2021 unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/dubiose-cum-ex-aktiendeals-professoren-gutachten-und-der-steuerskandal/20132824.html?ticket=ST-4480351-RCrbJlFXGR6K943ldfJf-cas01.example.org>.

3.2.2. Schlussfolgerungen

Die Bedeutung der Wissenschaft für die richterliche Meinungsbildung ist nach wie vor nicht zu unterschätzen. Wissenschaftliche Diskurse benötigen einen geeigneten Rahmen, der auch soziale Kontakte einschließt. „Höchststrichterliche Rechtsprechung ist auf Akzeptanz vor allem auch bei der publizierenden Zunft angewiesen“, habe der ehemalige Senatsvorsitzende am Bundesgerichtshof Röhrich einmal formuliert. Höchststrichterliche Rechtsprechung gegen den wissenschaftlichen Mainstream sei deshalb außerordentlich schwierig.¹⁴¹ Aus diesem Grund darf sich die Rechtswissenschaft nicht von Einzelinteressen instrumentalisieren lassen. Weder darf sie sich durch die Bedingungen zur Finanzierung von Lehrstühlen und Forschungsprojekten ihre eigene Entscheidungshoheit nehmen lassen, noch darf sie es versäumen, gut bezahlte Nebentätigkeiten jeweils kritisch zu hinterfragen. Der erste Schritt geht auch hier nur über Transparenz. Dies erleichtert zugleich, durch den Vergleich mit Kollegen und der Rückmeldung der Öffentlichkeit, eine reflektierte Selbsteinschätzung.

Krüger/Tiffe konstatieren hierzu allgemein:

„Ein frisches »Entgegen-der-ganz-überwiegenden-Auffassung-in-der-Literatur« fällt auch einem Richter am Bundesgerichtshof schwer. Wem es als Lobbygruppe auf diesen Wegen gelingt, der herrschenden Meinung rechtzeitig Gestalt zu geben, der kann den Diskurs bestimmen und sich Chancen eröffnen, die Gerichte und sogar einen Bundesgerichtshof zu beeinflussen.“¹⁴²

3.3. Interessenkonflikte in rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen

Einer der federführenden Berater der CumEx-Industrie war der weltweite Steuerchef der Wirtschaftskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer, Dr. Ulf Johannemann, der heute wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung in CumEx-Fällen vor dem Landgericht Frankfurt angeklagt ist und deshalb bereits in Untersuchungshaft saß. Johannemann wird vorgeworfen, bei der Entwicklung der CumEx-Geschäfte beteiligt gewesen zu sein und sie anschließend vor der Finanzverwaltung „gezielt falsch dargestellt zu haben“¹⁴³. Johannemann gilt als einer der renommiertesten Steueranwälte Deutschlands und war gern gesehener Gast auf Fachveranstaltungen und -Seminaren, etwa bei der Bundesfinanzakademie. Sein Wort in steuerrechtlichen Fragen hatte Gewicht. Zugleich versuchen Netzwerke wie etwa Tax & Legal Excellence gezielt, Justiz, Verwaltung und Beraterschaft in exklusiven Foren zusammenzubringen. Tax & Legal Excellence richtet sich dabei nach eigenen Angaben an Spitzen-Manager aus den Steuer-, Rechts- und Compliance-Abteilungen von privaten und öffentlichen Unternehmen sowie an renommierte Beraterinnen. Aus der Beraterschaft zählen Wirtschaftsprüfer, Steuerberaterinnen und Wirtschaftsanwälte als geschäftsführende Partner aus den Top-500 Law Firms sowie interprofessionell ausgerichteten Steuerkanzleien zum

¹⁴¹ Vgl. Fleischer, Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken, NZG 2019, 921, 928.

¹⁴² Krüger/Tiffe, It's a research gift! Interessenkonflikte in der (Rechts)Wissenschaft, S. 49.

¹⁴³ Manager Magazin v. 20.01.2020, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/cum-ex-geschaefte-steuertrickser-von-maple-bank-kassieren-33-millionen-euro-bonus-a-1304207.html>. Zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

Netzwerkzirkel.¹⁴⁴ In diesem Rahmen treffen heute beispielsweise die Professoren Englisch und Seer erneut auf den Richter am BFH a.D. Prof. Dr. Dietmar Gosch, entscheidend beteiligt an den Entscheidungen des BFH zu CumEx-Geschäften aus den Jahren 1999 und 2014.

Die gezielte Veröffentlichung von Fachbeiträgen aus der Rechtswissenschaft zur Validierung der Beiträge aus der Beraterschaft ist nicht auf die Geschehnisse rund um CumEx begrenzt.

Hinzu kommt, dass gerade im Vorfeld höchstrichterlicher Entscheidungen eine starke Zunahme von Veröffentlichungen seitens der Wirtschaftsvertreter zu beobachten ist. „Je bedeutender ein Fall für die Banken/Industrie ist, desto häufiger findet man entsprechende Aufsätze zum Problem in Fachzeitschriften und zwar zumeist kurz vor der Entscheidung“, resümiert ein Rechtsanwalt, mit dem Finanzwende gesprochen hat.

Damit bestätigen sich die Beiträge häufig nicht nur gegenseitig, sondern es wird auch „Masse“ erzeugt. Den Fachbeiträgen zugrunde liegen dabei häufig entsprechende Aufträge für lukrative Rechtsgutachten zu dem zur Entscheidung anstehenden Fall. Krüger/Tiffe berichten, dass bei den entsprechenden Professoren – sofern sie nicht durch einschlägige Veröffentlichungen selbst bereits Werbung betrieben haben – mitunter Vorgutachten in Auftrag gegeben werden, um absehen zu können, ob der Gutachter auch die gewünschte Position vertritt. Solche Vorgutachten würden schließlich nicht veröffentlicht. Sichtbar bleibe allein der Aufsatz eines anerkannten Professors in einer renommierten Fachzeitschrift. Die Vergütung der Professoren stehe für die Finanzwirtschaft jedenfalls in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Nutzen, wenn man etwa bedenke, dass alleine die BGH-Entscheidungen¹⁴⁵ zu den Bearbeitungsentgelten bei Verbraucherkrediten im Jahr 2014 die Kreditinstitute ein bis zwei Milliarden Euro gekostet haben sollen.¹⁴⁶

Ein ähnliches Bild zeichnet aktuell der Fall Wirecard. In Bezug auf die Aufarbeitung der Insolvenz des Zahlungsdienstleisters besteht Streit über die sehr bedeutsame Frage, welchen Rang Schadenersatzansprüche von Aktionären im Insolvenzverfahren haben. Der Ausgang dieser Frage entscheidet unter anderem darüber, ob Aktionärinnen überhaupt werthaltige Ansprüche aus dem Insolvenzverfahren herleiten können, oder gegebenenfalls am Ende auf ihren Verlusten sitzenbleiben. Rund 20 Mrd. Euro Aktienwert und etwa 42.000 Aktionäre¹⁴⁷, welche bisher entsprechende Ansprüche angemeldet haben, zeigen, welche Konsequenzen diese Frage nach sich zieht. Aus der Rechtswissenschaft fallen dabei zwei Aufsätze renommierter Universitätsprofessoren ins Auge:

Dr. Christoph Thole, Professor der Universität zu Köln und Direktor des dortigen Instituts für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht, gelangt in seinem Aufsatz¹⁴⁸ zu der rechtlichen

¹⁴⁴ Vgl. Angaben auf der Website der Tax & Legal Excellence, zuletzt abgerufen am 30.06.2021 unter <https://www.tax-legal-excellence.com>.

¹⁴⁵ BGH, Urteile vom 13.05.2014, Az.: XI ZR 170/13 und Az.: XI ZR 405/12 sowie BGH-Urteile vom 28.10.2014, Az.: XI ZR 171/14 und XI ZR 348/13.

¹⁴⁶ Krüger/Tiffe, It's a research gift! Interessenkonflikte in der (Rechts)Wissenschaft, S. 49. f

¹⁴⁷ Vorläufige Zahlen, basierend auf Berichterstattung des Redaktionsnetzwerks Deutschland vom 21.05.2021, zuletzt abgerufen am 13.07.2021 unter <https://www.rnd.de/wirtschaft/insolvenz-wirecard-aktionaeeren-droht-rueckforderung-der-dividende-7ANN4ATV6NGXTAKZGXQVVB34XA.html>.

¹⁴⁸ Thole, ZIP 2020, 2533 ff.

Einschätzung, kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Aktionärinnen seien im Insolvenzverfahren keine Insolvenzforderungen im Sinne der §§ 38 , 39 InsO , sondern lediglich rangniedere mitgliedschaftliche Rechte gemäß § 199 Satz 2 InsO und liefen damit faktisch leer. Dabei verweist Prof. Dr. Thole pauschal darauf, dass sein Aufsatz auf einem Rechtsgutachten beruht. Informationen dazu, für wen konkret, im Auftrag welcher Branche und gegen welche Vergütung das Gutachten erstattet wurde, finden sich hingegen nicht.

Dr. Georg Bitter, Professor an der Universität Mannheim und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht, kommt in seinem Aufsatz¹⁴⁹ unter Bezugnahme auf Prof. Dr. Thole zu der exakt gegenteiligen Ansicht. Bitter weist darauf hin, dass der Beitrag auf einem (deutlich längeren) Rechtsgutachten beruhe, welches der Autor Bitter im Fall Wirecard erstattet habe. Unerwähnt bleibt dabei, dass das Gutachten im Auftrag von Aktionären erstellt wurde, für die eine Klägerkanzlei Ansprüche im Insolvenzverfahren angemeldet hat.¹⁵⁰

Unabhängig von den Beweggründen der Autoren führt eine fehlende oder unvollständige Offenlegung der Hintergründe der Arbeiten zu der mitunter fehlerhaften Annahme, die Ausführungen gingen ausschließlich auf unabhängige und nicht interessengeleitete wissenschaftliche Forschungsarbeit zurück. Dort, wo sich – wie im Fall Wirecard – unterschiedliche Interessenpositionen in der Literatur gegenüberstehen und beide Seiten finanziell ähnlich aufgestellt sind und für aus ihrer Sicht vorteilhafte Veröffentlichungen sorgen bzw. diesen durch Finanzierung von Gutachten Vorschub leisten, mag der Schaden begrenzt sein. **Im Fall CumEx wird jedoch offensichtlich, welches Gefahrpotential diese Praxis birgt. Geht man von der Redlichkeit der wissenschaftlichen Autoren aus, sind auch keine Gründe ersichtlich, diese Informationen vorzuenthalten.**

Die **fehlende oder unvollständige Offenlegung von Auftragsarbeiten ist im Übrigen nicht nur bei bedeutenden Prozessen, sondern auch im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren bzw. in deren Vorfeld zu beobachten.** Damit soll für das weitere Verfahren gezielt eine günstige Ausgangslage geschaffen werden.

3.3.1. Schlussfolgerungen

Bei den Autoren der herrschenden Meinung in der Literatur handelt es sich in der Regel um die gleichen Personen, die Richter auch bei Fachveranstaltungen treffen, deren ausgewiesene fachliche Expertise sie bei der Lektüre von Fachartikeln oder Kommentierungen schätzen und die ihnen mitunter auch aus gemeinsamen Tätigkeiten persönlich bekannt sind.

Offensichtlich wird dabei, dass ein Appell an die Eigenverantwortung der Wissenschaftler bisher nicht ausreicht. Eine Option wäre hier, klare Regeln zu schaffen. Auch wenn anrühige Fälle lediglich einen sehr kleinen Teil der Rechtswissenschaft betrifft, sollte allein der Anschein der

¹⁴⁹ Bitter/Jochum, ZIP 2021, 653 ff.

¹⁵⁰ Nach Pressemitteilung der Universität Mannheim vom 07.04.2021 wurde das Gutachten unter anderem im Auftrag der TILP Rechtsanwalts-gesellschaft erstellt, die nach Angaben der Mitteilung Investoren der Wirecard AG in mehr als 10.000 Forderungsanmeldungen vertritt; zuletzt abgerufen am 13.07.2021 unter <https://idw-online.de/de/news?print=1&id=766327>.

Möglichkeit einer gezielten Beeinflussung juristischer Entscheidungsfindung durch Partikularinteressen vermieden werden. Eine Offenlegung möglicher Interessenkonflikte wäre wohl auch im Interesse der Rechtswissenschaft selbst, um allein der Möglichkeit von Beeinflussung entgegenzuwirken. Juristische Verlage verweisen mitunter darauf, dass sie entsprechende Erklärungen schon heute von den Autoren verlangen. Diese freiwillige Verpflichtung konnte aber bisher in der Breite nicht zu einer Steigerung der Transparenz führen. Eine entsprechende Verpflichtung ist in der Medizin üblich.

„Bei Veröffentlichungen und Vorträgen in der Medizin wird streng auf die Offenlegung potenzieller Interessenkonflikte geachtet: Wer hat die Studie beauftragt, die Forschung gefördert oder die Tagung bezahlt? In der Rechtswissenschaft dagegen wird der eigene Interessenkonflikt tabuisiert. Das muss sich ändern.“

So titeln Krüger/Tiffe in einem Kurzbeitrag für die Neue Juristische Wochenschrift.¹⁵¹ Darin erläutern sie, dass Verlage bei Veröffentlichungen in medizinischen Fachzeitschriften vorab eine Erklärung von den Autorinnen verlangen, ob und von wem sie unter anderem Honorare für Gutachtertätigkeiten sowie andere geldwerte Vorteile erhalten haben. Ebenso, dass Veranstalter und Referentinnen von medizinischen Fortbildungen und Tagungen anzugeben haben, wer Geld oder andere Mittel für die Veranstaltung bereitstellt. All diese Angaben erfolgen schriftlich unter Bestätigung der Vollständigkeit und Richtigkeit. Korrespondierende Transparenzregeln bestehen auch für die Unternehmen selbst. Darauf aufbauend werfen sie die Frage auf, weshalb dies in der Rechtswissenschaft nicht der Fall ist. Angaben zu Auftraggebern und Honoraren sucht man in der Regel vergebens, verwiesen wird standardmäßig auf das Mandatsgeheimnis. Dabei wäre es schon hilfreich, wenn wenigstens die Motivation für den Beitrag angegeben würde und ob diese auf wirtschaftliche Interessen zurückgeht. Diesen Angaben sowie der Höhe des Honorars und der Nennung der Branche des Auftraggebers steht das Mandatsgeheimnis jedenfalls nicht entgegen.

Die Bayerische Verbraucherzentrale empfahl im Rahmen der Bayerischen Verbraucherkommission bereits 2009, eine gesetzliche Pflicht einzuführen, die vorsieht, dass Zuwendungen an Fachhochschul- und Universitätsprofessoren im Zusammenhang mit rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen umfangreich offengelegt werden müssen. Das rechtssuchende Publikum müsse wissen, wenn ein Universitätsprofessor, der per se den Ruf einer unabhängigen Wissenschaftlichkeit genießt, im Einzelfall Zuwendungen erhält, um erkennen zu können, ob bei einer entsprechenden Rechtsauffassung Interessenkonflikte bestehen. Es gebe zahlreiche Beispiele, bei denen Universitätsprofessoren im Zusammenhang mit ungeklärten Rechtsauffassungen im Vorfeld von BGH-Entscheidungen Fachaufsätze veröffentlicht haben, bei denen nach Erkenntnissen der Kommission sechsstellige Beträge an den jeweiligen Professor geflossen sind. Vor diesem Hintergrund sei der insoweit bestehende Interessenkonflikt zwingend offen zu legen, um die gebotene Transparenz herzustellen, die für die Richterschaft und das rechtssuchende Publikum erforderlich sind, um zu einer objektiven Rechtsfindung zu gelangen. Weshalb dies bis heute nicht geschehen ist, bleibe schleierhaft.¹⁵²

¹⁵¹ Krüger/Tiffe, Interessenkonflikte offenlegen, NJW-aktuell 06/2021, S. 21.

¹⁵² Empfehlungsvorschlag VZ Bayern/Rotter im Rahmen der Bayerischen Verbraucherkommissionsarbeit 08.12.2009.

3.4. Parteinahme in Prozessen durch Professoren

Professoren ist es ebenfalls erlaubt, als Parteivertreter Prozesse im Interesse einzelner Privater oder Unternehmen selbst zu führen. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen können vor den Verwaltungsgerichten (§ 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO), den Sozialgerichten (§ 73 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 SGG) den Strafgerichten (§ 138 Abs. 1 StPO), jeweils von der ersten bis zur letzten Instanz, sowie vor dem BVerfG (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG)¹⁵³ auftreten. Hierzu zählen neben den aktiven Professorinnen an Universitäten und Fachhochschulen, entsprechend der herrschenden Meinung in der Literatur, auch emeritierte und pensionierte Professorinnen sowie außerplanmäßige Professorinnen, Honorarprofessorinnen¹⁵⁴, Juniorprofessorinnen und Privatdozentinnen.¹⁵⁵ Je nach Landeshochschulgesetz dürfen sich diese auch außerhalb ihrer Lehrtätigkeit, ohne weiteren Zusatz, ebenfalls „Professor“ nennen. Eine Vertretungsbefugnis vor den Zivil-, Arbeits- und Finanzgerichten besteht für Rechtslehrer dagegen nicht. Nicht verbeamteten Professoren (dies sind in der Regel emeritierte und pensionierte Professoren sowie außerplanmäßige Professoren, Honorarprofessoren und Privatdozenten) steht daneben der Zugang zur Anwaltschaft offen, so dass diese nicht auf die Vertretungsbefugnis als Rechtslehrer angewiesen sind, im Rahmen der Vertretung jedoch ihren Professorentitel anführen dürfen. Insbesondere Professorinnen aus dem Bereich des Wirtschafts- und Wirtschaftsstrafrechts machen von dieser Möglichkeit umfangreich Gebrauch.¹⁵⁶ Gleichzeitig treten diese häufig als Autorinnen von Gesetzeskommentierungen und andern Fachpublikationen auf. Dabei stellt sich die Frage, welche Rolle und wessen Interessen sie dabei jeweils vertreten. Die Rolle des unabhängigen und drittinteressenfreien Hochschullehrers, oder diejenige des anwaltlichen Parteivertreters. Eine scharfe Trennung zwischen diesen beiden Funktionen ist oft nicht möglich und gegebenenfalls auch gar nicht gewollt.

Prof. Dr. Loritz trat erst nach Ausscheiden aus dem Universitätsbetrieb als Beistand der KK-Law in dem CumEx-Prozess vor dem FG Köln auf.¹⁵⁷ Dennoch hatte er sein Wissen, sein Renommee sowie seinen Professorentitel, die sowohl bei seiner Mandatierung als auch bei der Rezeption seines zuvor veröffentlichten Aufsatzes mit dem Titel „*Der Streit um Cum-Ex-Geschäfte - Rückbesinnung auf die Grundlagen, Auslegung des Steuerrechts an den Realitäten und Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien*“ eine wohl nicht unwesentliche Rolle spielten, erworben.

¹⁵³ Gleiches gilt für die Landesverfassungsgerichte und ist in den jeweiligen Landesgesetzen geregelt.

¹⁵⁴ Eine Honorarprofessur setzt in der Regel eine mehrjährige Erfahrung in der Lehre sowie besondere wissenschaftliche Leistungen, die auch aus der beruflichen Praxis rühren können, voraus. Eine langwierige und für den Erwerb regulärer Professuren zwingend erforderliche Habilitation ist jedoch nicht notwendig.

¹⁵⁵ Gruber, Prozessvertretung durch Rechtslehrer und das Erfolgshonorar, NJ 02/2018, 56 ff.

¹⁵⁶ Vgl. beispielhaft Prof. Dr. Klaus Volk unter <http://www.profvolk.de/index.html>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021; Prof. Dr. Eckhart Müller unter <https://www.bm-partner.com/eckhart-mueller/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021; Prof. Dr. Werner Leitner unter <http://www.leitner-partner.de/anwaelte/prof-dr-werner-leitner/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021; Prof. Dr. Michael Tsambikakis unter <https://www.tsambikakis.com/berater/michael-tsambikakis>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021; Prof. Dr. Tido Park unter <https://www.park-wirtschaftsstrafrecht.de/prof-dr-tido-park.html>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021; Prof. Dr. Alfred Dierlamm unter <https://www.dierlamm-rechtsanwaelte.com/index.php/prof-dr-alfred-dierlamm.html>, zuletzt abgerufen am 21.07.2021.

¹⁵⁷ Vgl. Berichterstattung des Juve Verlags vom 19.07.2019, zuletzt abgerufen am 30.06.2021 unter <https://www.juve.de/verfahren/cum-ex-urteil-des-fg-koeln-es-war-eine-kriminelle-glanzleistung/>.

Gleiches gilt für Dr. Bernd Schünemann, Professor a.D. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie der LMU München, der aktuell als Beistand der Warburg Bank bzw. deren Vertreter in Zusammenhang mit CumEx-Geschäften sowohl vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburger Bürgerschaft, als auch vor dem Strafsenat des LG Bonn auftrat. Prof. Dr. Schünemann gilt als brillanter Strafrechtler, der sich in nationalen wie internationalen akademischen Kreisen hohe Anerkennung erworben hat. Dass er nun ausgerechnet auf Seiten der Finanzindustrie in einem Musterverfahren zu Steuerhinterziehung in Milliardenhöhe auftritt, dürfte nicht im Sinne der Universität, jedenfalls nicht im Sinne des die Universität (mit-)finanzierenden Staates sein. Prof. Dr. Schünemann vertrat die Warburg Bank zusammen mit dem ehemaligen Bundestagsabgeordneten Peter Gauweiler¹⁵⁸ und dessen Rechtsanwaltskanzlei Gauweiler & Sauter¹⁵⁹. Dieser heuerte für die Vertretung der Warburg Bank neben Prof. Dr. Schünemann auch den ehemaligen Vorsitzenden des II. Strafsenats des BGH, Prof. Dr. Thomas Fischer an.¹⁶⁰ Das durch Prof. Dr. Schünemann und Prof. Dr. Fischer nun zum Vorteil der Finanzwirtschaft verkörperte Renommee¹⁶¹, erwarben beide in staatlichen Stellen und mit Hilfe staatlicher Finanzierung.

Bei emeritierten oder pensionierten Professoren kann die Verbindung zu ihrer Lehrtätigkeit und des damit verbundenen Vertrauens in die Unabhängigkeit von Drittinteressen, als Ausfluss der Freiheit von Forschung und Lehre, wohl als wesentlich geringer angesehen werden, als diejenige der noch aktiven Hochschullehrer. In diesen Fällen dürften etwaige Beschränkungen der Berufsausübung an den grundgesetzlich geschützten Rechten auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie die Freiheit der Berufswahl und -Ausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) scheitern. Dennoch haben auch diese Hochschullehrer ihr nun ihren Mandanten zugutekommendes Renommee in der Regel in staatlicher Funktion und mittels staatlicher Finanzierung erworben. Ein durch einen Professor (auch wenn dieser keine Lehrtätigkeit mehr wahrnimmt) vorgebrachtes Argument oder ein von diesem verfasstes Rechtsgutachten können allein schon aufgrund des diesem vorausseilenden Rufes eine ganz andere Schlagkraft entfalten, als dies ein gewöhnlicher Prozessvertreter könnte. Der Professorentitel löst dabei verbreitet, nach wie vor und auch mit dem Zusatz „a.D.“, eine gewisse Demut des Gegenübers aus. Fraglich ist, ob dieser Effekt auch dann zum Tragen kommen sollte, wenn er zugunsten – mitunter finanzkräftiger – Einzelinteressen eingesetzt wird. Verneint man dies, müsste in den

¹⁵⁸ Berichterstattung der juve vom 02.06.2021, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.juve.de/verfahren/cum-ex-haftstrafe-fuer-ehemaligen-warburg-banker/>.

¹⁵⁹ Namenspartner Peter Gauweiler hatte kürzlich Schlagzeilen in Zusammenhang mit Nebeneinkünften von mehr als 11 Millionen Euro während seiner Zeit als Bundestagsabgeordneter gemacht, vgl. beispielhaft Berichterstattung der Süddeutschen Zeitung vom 25.03.2021, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/gauweiler-neheneinkuenfte-csu-finck-1.5247091>. Namenspartner Alfred Sauter hatte kürzlich Schlagzeilen in Zusammenhang mit Provisionszahlungen in Millionenhöhe für die Vermittlung medizinischer Masken an öffentliche Stellen gemacht, vgl. beispielhaft Berichterstattung der Süddeutschen Zeitung vom 18.04.2021, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.sueddeutsche.de/bayern/maskenaffaere-sauter-csu-vermoegensarrest-1.5267903>.

¹⁶⁰ Berichterstattung der juve vom 02.06.2021, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.juve.de/verfahren/cum-ex-haftstrafe-fuer-ehemaligen-warburg-banker/>.

¹⁶¹ Allein der Briefkopf zu Prof. Dr. Schünemanns Stellungnahme vor dem Untersuchungsausschuss der Hamburger Bürgerschaft liest sich eindrücklich: Professor Dr. jur. habil. Dr. jur. h. c. mult. BERND SCHÜNEMANN, Em. Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und -soziologie der LMU München, Ordentliches Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Direktor des Instituts für Anwaltsrecht an der LMU München.

Hochschulgesetzen der Länder geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen die Führung des Professorentitels auch nach Ausscheiden aus der Hochschultätigkeit weiterhin möglich sein soll. Bis dahin liegt es auf einer ersten Stufe in der Verantwortung der einzelnen Professoren, zu entscheiden, in welchen Fällen die eigene Expertise gewinnbringend eingesetzt werden kann, und wann lediglich die Ansammlung akademischer Titel einen möglichst nachhaltigen Eindruck bei der Gegenpartei hinterlassen soll. Ob man nur im Rahmen des einen oder auch des anderen tätig wird, ist auf einer zweiten Stufe jedem selbst überlassen.

Im Rahmen laufender Professuren stellt sich – insbesondere im Hinblick auf die häufig als Prozessvertreter tätigen Honorarprofessoren und Privatdozenten, welchen auch der Zugang zur Anwaltschaft offensteht – ohnehin die Frage, ob die Führung des Professorentitels im Rahmen außeruniversitärer Tätigkeiten tatsächlich erforderlich ist. Hier besteht zudem die Gefahr, dass in der Außendarstellung die Rollen als objektiver Wissenschaftler und interessengeleitetem Parteivertreter nicht klar abgrenzbar sind. Ein als aktiver Professor vorgetragenes Argument umweht dabei immer eine gewisse Aura des wissenschaftlich Objektiven, selbst wenn dies in der Funktion des Parteivertreters erfolgt. Ein freiwilliger Verzicht auf das Führen des Professorentitels vor Gericht dürfte in solchen Fällen die absolute Ausnahme sein. Im Hinblick darauf besteht zudem die Gefahr, dass eine regelmäßige Parteinahme unter gezielter Nutzung des Professorentitels im Rahmen von (Straf-)Prozessen, den Anschein erwecken könnte, dieser werde vornehmlich zu Vermarktungszwecken geführt. Auch hiermit werden sich die Landesgesetzgeber im Rahmen der Landeshochschulgesetze auseinandersetzen haben. Nachzudenken wäre insoweit über ein grundsätzliches Verbot der Prozessbeteiligung, zumindest so lange noch aktiv gelehrt wird.

4. POLITISCHE EINFLUSSNAHME AUF DIE JUSTIZ

Die Rechtsprechung und dabei insbesondere diejenige der obersten Bundesgerichte ist entscheidend für die Auslegung und Fortbildung des Rechts sowie eine einheitliche Rechtsprechung. Die Besetzung der Gerichte ist daher nicht nur für die Justiz, sondern auch für jeden Einzelnen von entsprechend großer Bedeutung. Wie bereits ausgeführt, sind die Richterinnen an deutschen Gerichten zwar sachlich und persönlich unabhängig, nicht aber organisatorisch. Sie werden von der Exekutive verwaltet. Durch diese Verwaltungstätigkeit ergeben sich Möglichkeiten der politischen Einflussnahme auf wichtige Strukturen innerhalb der Justiz. So haben Ministerien Einfluss auf die Auswahl der Bewerber für den Richterdienst, die Steuerung richterlicher Karrieren durch Beurteilungen und Beförderungen sowie Informations- und Weisungsrechte gegenüber Staatsanwaltschaften.

Ein Gesetzesentwurf der Fraktion Die Linke zur „Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz“ aus dem Jahr 2012 moniert insoweit:

„Die bestehenden Karrierestrukturen im Richterdienst begünstigen informelle Abhängigkeitsstrukturen. Der hierarchische Aufbau der Justiz sowie wesentliche Grundzüge des Richteramtsrechts entstammen dem historischen Beamtenrecht. Das Beamtenrecht ist auf die Bedürfnisse der Exekutive zugeschnitten und mit einer unabhängigen Justiz nicht vereinbar.“¹⁶²

4.1. Die Beeinflussung von Richterkarrieren

Ministerien entscheiden über Planstellen und die materielle Ausstattung an Gerichten. Ebenso über die Beförderung von Richterinnen beziehungsweise deren Berufung an übergeordnete Gerichte. Die zugrundeliegende Beurteilung der Richter obliegt ebenso den Ministerien im Zusammenspiel mit den ihnen administrativ unterstellten Gerichtspräsidenten.

Berufung der Bundesrichter und Senatsvorsitzenden der obersten Gerichtshöfe

Richterinnen an den fünf obersten Bundesgerichten (Bundesgerichtshof, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht und Bundesverwaltungsgericht) werden gemäß Art. 95 Abs. 2 GG von dem Bundesjustizminister gemeinsam mit dem sogenannten Richterwahlausschuss gewählt.

Der Richterwahlausschuss besteht aus 16 Mitgliedern des Bundestages und den 16 Landesjustizministern. Im Wahlausschuss werden Vorschläge für die zu besetzenden Stellen gemacht, eine Bewerbung durch die Richterinnen selbst ist nicht möglich. Die durch den Wahlausschuss in geheimer Mehrheitsabstimmung ausgewählten Kandidaten werden anschließend durch den Bundespräsidenten ernannt und von dem Präsidium des jeweiligen Bundesgerichts einem der dort bestehenden Senate zugewiesen. Die Entscheidungskriterien werden dabei nicht bekanntgegeben, Entscheidungen werden nicht begründet. Von dort aus können die Bundesrichterinnen zu Vorsitzenden dieses oder eines anderen Senats ernannt werden.¹⁶³

¹⁶² BT-Drs. 17/11703, S. 1.

¹⁶³ Vgl. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Reform der Wahl für die obersten Bundesgerichte, BT-Drs. 18/7548, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/18/075/1807548.pdf>.

Die einzelnen Senate haben jeweils Sonderzuständigkeiten (etwa der II. BGH-Senat für Gesellschafts- und Vereinsrecht, der XI. BGH-Senat hingegen für Bank- und Kapitalmarktrecht) und werden von einem Vorsitzenden Richter geleitet. Die Rechtsprechung eines Senats wirkt sich also ganz maßgeblich auf die Rechtsentwicklung eines ganzen Rechtsgebiets aus.

Vorsitzende Richter haben zwar auch nur eine Stimme bei Entscheidungen, sie leiten jedoch die Verhandlungen und beurteilen die weiteren Richterinnen ihres Senats. Sie nehmen an allen Verhandlungen teil und kennen, neben dem Berichterstatter, als einzige Richterin die vollständige Verfahrensakte. Zudem erhalten sie eine Vergütung nach Besoldungsstufe R8¹⁶⁴, ihre Kollegen hingegen nach R6¹⁶⁵. Vorsitzende werden nach einem festgelegten Anforderungsprofil ausgewählt, zu dem unter anderem auch eine fünfjährige Berufserfahrung an dem jeweiligen Bundesgericht gehört. Liegen diese Voraussetzungen vor, entscheidet weiter die Bewertung durch das Präsidium des jeweiligen Bundesgerichtes. Die finale Auswahl obliegt jedoch wieder dem zuständigen Ministerium (Justiz- bzw. Arbeitsministerium).

Die Entscheidung zur Besetzung von Bundesrichterstellen sowie der Senatsvorsitze ist damit faktisch in politischer Hand. Dies führt in der Praxis dazu, dass Kandidatinnen ohne Kontakte zu einer mehrheitsfähigen Partei keine Aussicht auf Ernennung haben. Das ist ein Weg, über den Rechtsprechung beeinflusst werden kann. Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Anwalt am BGH und Vorstandsmitglied des Deutschen Anwaltsvereins gibt zu bedenken, werde der Vorsitzende politisch ausgewählt, bestehe die Gefahr, dass die Rechtsprechung politisiert wird.¹⁶⁶

Dr. Thomas Groß, Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Universität Osnabrück skizziert eine mögliche daraus folgende Problemstellung:

„Spielt man einmal durch, was passieren könnte, wenn z.B. ein AfD-Mitglied ein Justizministerium leiten und nur seine Spezis befördern würde, liegt das Problem auf der Hand.“¹⁶⁷

Daneben ergeben sich aber noch subtilere Probleme aus der politischen Einflussnahme auf Richterkarrieren. Setzt die Ernennung oder Beförderung einer Richterin bereits notwendig ein gewisses Maß an Rückhalt in der Politik voraus, so liegt es jedenfalls nahe, dass die Politik wiederum eine gewisse Linie in der künftigen Rechtsprechung der Kandidatin erwartet. Es ist zwar theoretisch denkbar, dass ein von einer finanzwirtschaftsfreundlichen Partei geführtes Justizministerium sich für einen Kandidaten einsetzt, der für eine verbraucher- oder anlegerfreundliche Rechtsprechung, entgegen den Interessen der Finanzwirtschaft, bekannt ist, in der Praxis dürfte dies jedoch eher die Ausnahme darstellen.

Bis heute hält etwa die Kritik an der Berufung von Stephan Harbath zum Bundesverfassungsgericht an. Rechtsanwalt Dr. Stephan Harbath war für die CDU im Bundestag und bis zu seinem Wechsel in das Bundesverfassungsgericht Vize-

¹⁶⁴ Dies entspricht einem Jahresgrundbetrag von 138.121,80 Euro, vgl. <https://www.richterbesoldung.de/besoldung-versorgung/bund>, Stand: 01.04.2021.

¹⁶⁵ Dies entspricht einem Jahresgrundbetrag von 124.953,48 Euro, vgl. <https://www.richterbesoldung.de/besoldung-versorgung/bund>, Stand: 01.04.2021.

¹⁶⁶ Berichterstattung der ARD Rechtsredaktion vom 06.11.2020, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.tagesschau.de/inland/besetzung-richterstellen-101.html>.

¹⁶⁷ Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, VerfBlog, 2019/6/06, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/#>.

Fraktionsvorsitzender. **Er war zugleich Partner der Mannheimer Kanzlei SZA Schilling Schutt Anschütz, die etwa Volkswagen in der Diesellauffäre vertrat. Die Höhe seiner neben seinem Bundestagsmandat erzielten Nebeneinkünfte und der damit im Zusammenhang stehende Zeiteinsatz sind hoch umstritten und bis heute nicht aufgeklärt¹⁶⁸.**

Thematisiert werden auch die Umstände einer Honorarprofessur Harbarths an der Universität Heidelberg. Die Universität veröffentlicht die Identität der beiden Gutachter, die über die wissenschaftliche Qualifikation Harbarths urteilten, nicht. Es gibt Vermutungen, dass einer der Gutachter der Hochschullehrer Professor Dr. Walter Bayer (Universität Jena), ist, dessen Institut erhebliche finanzielle Zuwendungen seitens Harbarths alter Kanzlei SZA für eine gegen kritische Aktionärinnen gerichtete Studie erhielt.¹⁶⁹

Die renommierte *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* hat im Herausgeberkreis auch (ehemalige und aktuelle) Richter des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats. Kurz vor der Ernennung zum Richter des Bundesverfassungsgerichts wurde auch Prof. Harbarth in den Herausgeberkreis aufgenommen, in dem neben Hochschullehrern und einem Notar mit Prof. Krieger und Prof. Vetter zwei Rechtsanwälte und Partner von *Hengeler Müller* vertreten sind. Wie eng diese Verwobenheit reicht, zeigt ein Rechtsstreit um einen Ausschluss aus dem Herausgeberkreis der VGR, der beim II. Senat anhängig ist und in dem sich sämtliche Mitglieder des Gesellschaftsrechtssenats selbst wegen Befangenheit ablehnten.

Gäbe es vor jeder Richterwahl eine öffentliche Anhörung im Justizausschuss des Bundestags, könnten solche Fragen öffentlich erörtert und idealerweise geklärt werden, anstatt als Vermutung im Raum zu stehen und Zweifeln an der Unabhängigkeit eines Verfassungsrichters den Boden zu bereiten.

Dass die Politik in ihrer Entscheidung aber nicht vollkommen frei von jeder rechtsstaatlichen Zweckbindung ist, garantiert – neben verbindlichen Anforderungsprofilen wie für die Wahl von Senatsvorsitzenden – unter anderem die sogenannte „Bestenklause“ in Art. 33 Abs. 2 GG. Danach ist jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt garantiert. Dies gilt auch für das Richteramt. Die Wahl hat also grundsätzlich auf den bestgeeignetsten Kandidaten zu fallen.

4.1.1. Gefahr der Ausweitung des politischen Einflusses auf die Justiz

An diesem Grundsatz rüttelt nun das BVerfG durch Beschluss vom 20. September 2016.¹⁷⁰ In Zusammenhang mit einem Konkurrenzstreit zur Ernennung als Bundesrichter hatte das BVerfG über das Verhältnis von Art. 95 Abs. 2 GG (Zuständigkeit zur Berufung von Bundesrichtern) Art. 33 Abs. 2 GG (Bestenklause) zu entscheiden. Im Ergebnis sei Art. 33 Abs. 2 GG durch Art. 95 Abs. 2

¹⁶⁸ Vgl. die sehr umfangreiche Dokumentation bei Telepolis vom 18. August 2021, „Wie CDU-Kreise sich einen Verfassungsrichter aufbauten“, <https://www.heise.de/tp/features/Wie-CDU-Kreise-sich-einen-Verfassungsrichter-aufbauten-6168343.html?seite=all>, zuletzt abgerufen 02.07.2021).

¹⁶⁹ Vgl. Legal Tribune Online: „Streit um die Honorarprofessur von Stephan Harbarth“, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/stephan-harbarth-anwalt-gegen-uni-streit-um-honorarprofessur/>, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 20.09.2016, 2 BvR 2453/15.

GG modifiziert. Die Mitglieder des Richterwahlausschusses haben demnach bei ihrer Entscheidung die Bindung des zuständigen Ministers an Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten. Der eigentliche Wahlakt unterliege jedoch keiner gerichtlichen Kontrolle. Damit kommt Art. 33 Abs. 2 GG faktisch nur noch eine Leitungsfunktion zu, die Kandidatin muss damit nicht mehr die bestgeeignete sein, sondern nur noch die politisch gewollte. Aktuell unternimmt der Landtag in Schleswig-Holstein auf Initiative des Justizministeriums den Versuch, in Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG diese Garantie des Art. 33 Abs. 2 GG auf Landesebene ebenfalls in einen bloßen Leitgedanken umzudeuten. Neben der verbreiteten Kritik an der Entscheidung des BVerfG, welches sich nicht damit auseinandergesetzt hat, dass es sich bei Art. 33 Abs. 2 GG um ein grundrechtsgleiches Recht handelt, welches auch Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG und damit nicht abwägungsfähig ist, ist eine Übertragung auf Landesebene ebenfalls verfassungsrechtlich bedenklich.

Gleichzeitig wurde aus dem Bundesjustizministerium (zu Zeiten der vorhergehenden Regierung) berichtet, dass dort daran gearbeitet wurde, die Anforderungen an die Besetzung des Amts des Vorsitzenden Richters am BGH, am BVerwG und am BFH aufzuweichen. Statt der bisher verpflichtenden fünfjährigen Zugehörigkeit zu dem entsprechenden Bundesgericht sollten die Anforderungen dahingehend geändert werden, dass künftig auch Externe das Amt des Vorsitzenden Richters bekleiden können, ohne zuvor an einem Bundesgericht als Richter tätig gewesen zu sein. Somit könnten etwa auch politische Beamte aus der Verwaltung als Vorsitzende Richter an ein Bundesgericht wechseln. Die Präsidenten der Bundesgerichte liefen dem Bericht zufolge Sturm gegen die avisierte Änderung.¹⁷¹

Im Ergebnis wird deutlich, in welche Richtung die Bestrebungen deuten. Die Besetzung von Richterstellen sowie die Rechtsprechung würden damit weiter unter den Einfluss der Politik geraten. Dies ist nicht nur im Hinblick auf Gewaltenteilungsaspekte problematisch, sondern auch bezüglich daraus resultierender indirekter Einflussmöglichkeiten durch eine noch engere Verflechtung von politischem Willen und konkreter Rechtsprechung. Diese wird weiterhin befördert durch die regelmäßige Abordnung von Richterinnen an Landes- oder Bundesministerien, wie etwa die Abordnung von Arnold Ramackers an das BMF. Häufig sind abgeordnete Richter jahrelang in die Hierarchie eines Ministeriums eingebunden, oder wechseln mehrfach zwischen Ministerien und Gerichten.

4.1.2. Folgen politischen Einflusses auf die Justiz am Beispiel des Dieselskandals

Wozu eine solche Verflechtung führen kann, ist aktuell an der Rechtsprechung rund um den Diesel- skandal zu beobachten. Die für Verbraucherklagen bekannte Rechtsanwaltskanzlei Dr. Stoll & Sauer titelte am 18. Juni 2020 auf ihrer Website „*VW-Bastion Braunschweig fällt im Diesel- Abgasskandal / Landgericht beugt sich verbraucherfreundlichem BGH-Urteil*“.¹⁷² Das Landgericht Braunschweig hatte ebenso wie das zugehörige Oberlandesgericht Klagen gegen die Volkswagen AG (VW) in Zusammenhang mit dem Dieselskandal stets abgewiesen. Am 25. Mai 2020 hatte der

¹⁷¹ Berichterstattung der ARD Rechtsredaktion vom 06.11.2020, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.tagesschau.de/inland/besetzung-richterstellen-101.html>.

¹⁷² Artikel vom 18.06.2020, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.dr-stoll-kollegen.de/news-urteile/abgasskandal/vw-bastion-braunschweig-faellt-im-diesel-abgasskandal-landgericht-beugt>.

BGH in einem wegweisenden Urteil (Az.: VI ZR 252/19) zugunsten der Verbraucherinnen entschieden, VW müsse wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung grundsätzlich Schadensersatz leisten. Auf diese Entscheidung hin, veröffentlichte das LG Braunschweig einen Beschluss¹⁷³, in dem es verkündete, sich der Rechtsmeinung des BGH zu beugen. Das Landgericht kommentierte bei dieser Gelegenheit den BGH ungewohnt scharf:

"Die Entscheidung erscheint teilweise überraschend, ergänzungsbedürftig, ja einmal sogar fragwürdig. [...] Aber: Trotz aller aufgeführten Punkte erscheint die vom BGH vertretene Rechtsauffassung im Ergebnis nicht unvertretbar. Vor diesem Hintergrund wird der Unterzeichner seine bisherige Rechtsauffassung aufgeben."

Die Rechtsprechung aus Braunschweig galt bis dahin als letzte Bastion des VW Konzerns. Der BGH hat die Argumente der Braunschweiger Richter in seinem Urteil mit keiner Silbe gewürdigt, was durchaus Rückschlüsse auf die Qualität der Argumentation zulässt. Zudem ist beachtenswert, dass das Land Niedersachsen etwa 20 Prozent Anteile an VW hält. Damit ist dem Land als Anteilseigner naturgemäß wenig daran gelegen, den Unternehmenswert durch umfangreiche Schadensersatzzahlungen herabzustufen, während die Richter desselben Landes gerade über diese Schadensersatzklagen zu entscheiden haben. So attestierte unter anderem das Handelsblatt in Niedersachsen eine gefährliche Nähe zwischen Politik, Justiz und VW.¹⁷⁴

Das Urteil des BGH war jedoch nicht nur ein Wendepunkt in der Rechtsprechung der Braunschweiger Justiz, sondern auch Anlass für weitergehende Fragen zur Unabhängigkeit der Justiz als Ganzes. Der BGH gab den Dieselsklägern zwar im Grunde Recht, doch der Schadensersatzanspruch war nach dem Urteil um den sogenannten Nutzungersatz zu kürzen.

Die Rechtsprechung des BGH zum Nutzungersatz hatte zur Folge, dass der zu ersetzende Schaden regelmäßig umso geringer wird, je länger die Prozesse hinausgezögert würden. Dies veranlasste das LG Erfurt, die Rechtsprechung des BGH, durch Vorlage eines gleichgelagerten Falles an den Europäischen Gerichtshof¹⁷⁵, überprüfen zu lassen. Im Zentrum des Vorlagebeschlusses stellte das LG Erfurt neben der Frage nach der Zulässigkeit der Kürzung um den Nutzungersatz die hochbrisante Frage nach der eigenen Unabhängigkeit:

„2. Handelt es sich bei dem vorlegenden Gericht um ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 S. 3 EUV sowie Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union?“

Ist also das LG Erfurt – und im Übrigen auch alle anderen deutschen Gerichte – überhaupt dazu befugt, über die Klagen zu entscheiden, oder erfüllen deutsche Gerichte aufgrund der Organisation des deutschen Justizsystems sowie den Eigeninteressen Deutschlands an der Entwicklung von gar nicht die Anforderungen eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts

¹⁷³ LG Braunschweig, Beschluss vom 02.07.2020, Az.: 11 O 4083/18.

¹⁷⁴ Handelsblatt, Berichterstattung vom 09.09.2020, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/autobranche-der-vw-dieselskandal-und-die-justiz-gefaehrliche-naehe-in-niedersachsen/26171206.html?ticket=ST-1507742-ZaCdVnn6V5K56dSCaMqs-cas01.example.org>.

¹⁷⁵ LG Erfurt, Beschluss vom 15.06.2020, Az.: 8 O 1045/18.

und wären somit allesamt befangen? Eine Frage mit Sprengkraft. In der Begründung kritisierte das LG Erfurt die organisatorische Abhängigkeit der Justiz in Deutschland von der Exekutive, insbesondere deren Hoheit über Ausstattung, Stellenbesetzung und Beförderungen. Angesichts der mit der deutschen Autoindustrie verbundenen wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen und aufgrund der schier Masse an Verfahren sei der auf den Gerichten lastende Druck außerordentlich hoch. Es sei auch aufgefallen, dass Zivilgerichte mit einer Nähe zu VW – anders als die große Mehrheit der deutschen Instanzengerichte und nunmehr der BGH – die Klagen gegen VW abgewiesen haben. In Verfahren, in denen das eigene Bundesland oder die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sind, sei fraglich, ob die Gerichte aufgrund ihrer institutionellen Abhängigkeit gegenüber der Exekutive als Partei oder Beteiligte des Rechtsstreits die notwendige Eigenschaft eines neutralen „Dritten“ haben. Seine Bedenken fasste das LG Erfurt wie folgt zusammen:

„[...] b) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes muss ein Gericht seine Funktionen in völliger Autonomie ausüben können, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten (s. nur EuGH, Urteil vom 16. Februar 2017, C-503/15, Rn. 36 ff.). Nur so sind die Richter vor Interventionen oder Druck von außen geschützt, die die Unabhängigkeit ihres Urteils gefährden und ihre Entscheidungen beeinflussen könnten. Nur so wird bei den rechtsuchenden Menschen jeder berechtigte Zweifel an der Unempfänglichkeit der Gerichte für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität hinsichtlich der widerstreitenden Interessen ausgeräumt.

c) Die nationale Verfassungslage in Deutschland und Thüringen wird diesen Anforderungen nicht gerecht (zur fehlenden Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft s. bereits EuGH, Urteil vom 27. Mai 2019, C-508/18 u.a.). Sie kennt nur eine funktionale richterliche Unabhängigkeit im Kernbereich der richterlichen Tätigkeit, eine persönliche Unabhängigkeit. Diese reicht jedoch nicht aus, um vor jeder äußeren Einflussnahme zu bewahren. Die hierfür zudem erforderliche institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte ist nämlich keineswegs gewährleistet. Die Unabhängigkeit des einzelnen Richters wird jedoch durch die Unabhängigkeit der Justiz als Ganzes gewährleistet. [...].“¹⁷⁶

Das LG Erfurt teilt in seinen Ausführungen die in diesem Kapitel aufgeworfenen Bedenken. Die aktuelle Situation eröffnet der Exekutive die Möglichkeit, auf die rechtsprechende Gewalt Einfluss zu nehmen. Es sieht dabei die reale Gefahr des „Belohnens“ oder „Abstrafens“ für ein bestimmtes Entscheidungsverhalten. Diese Defizite können in der Öffentlichkeit zu Zweifeln daran führen, dass die deutschen Gerichte hinreichend vor Interventionen oder Druck von außen, insbesondere von Seiten der Exekutive, geschützt sind.

¹⁷⁶ Berichterstattung der Stiftung Warentest vom 10.05.2021, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.test.de/Abgasskandal-4918330-5092247/>, hat VW zwischenzeitlich durch schlichte Überweisung des Kaufpreises ohne Abzug der Nutzungsentschädigung an den Kläger, das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zu beenden. Der Kläger und das LG Erfurt weigern sich jedoch, das Verfahren als beendet anzusehen und drängen auf dessen Entscheidung. Sie argumentieren, die Zahlung sei nicht als Erfüllung im Rechtssinne anzusehen, sondern als aufgedrängte Bereicherung, da die Forderung trotz Zahlung nicht anerkannt werde.

4.1.3. Europäische Initiative

Die Schaffung eines einheitlichen Verständnisses von Rechtsstaatlichkeit und Unabhängigkeit der Justiz beschäftigt mittlerweile auch verschiedene Gremien des Europarats.

In der Empfehlung 2010(12) über Unabhängigkeit, Effizienz und Verantwortlichkeit der Richter fordert das Ministerkomitee des Europarats, dass die Institution, die über die Einstellung und die Karrieren von Richtern entscheidet, unabhängig von der Exekutive und der Legislative und mindestens zur Hälfte mit Richtern besetzt sein soll. Nach Beobachtung von Prof. Dr. Groß hat inzwischen auch der Europäische Gerichtshof begonnen, effektive Vorgaben zu entwickeln, an denen die Organisation der Justiz der Mitgliedstaaten gemessen werden kann.¹⁷⁷ Ausschlaggebend hierfür sind sicher Entwicklungen wie in Polen oder der Türkei. Dabei wird es dem Europäischen Gerichtshof laut Prof. Dr. Groß jedoch schwerfallen, zum Beispiel gegenüber Polen Regelungen zu rügen, die denen gleichen, die in Deutschland gelten. Die polnische Regierung hat die Entscheidung, die richterlichen Mitglieder ihres Landesjustizrates nicht mehr von den Richtern, sondern vom Parlament wählen zu lassen, mit einer Stärkung ihrer demokratischen Legitimation begründet.¹⁷⁸

Es wird also an Deutschland selbst liegen, die Reformen anzugehen, welche der Europarat nur empfehlen kann. Damit würden gleichzeitig auch die Forderungen umgesetzt, die Richterverbände seit geraumer Zeit stellen.

4.1.4. Schlussfolgerungen

Die Entwicklungen im Fall VW zeigen, welchen Schaden der Rechtsstaat – an Vertrauen der Bürgerinnen als auch an Reputation – nehmen kann, wenn Politik, Wirtschaft und Justiz in eine Gemengelage von Interessen geraten. Wünschenswert wäre ein sensiblerer Umgang der Akteure aus Politik und Justiz mit den ihnen anvertrauten Kompetenzen. Einer Ausweitung der Einflussnahmemöglichkeiten der Politik auf die Justiz hat in dem Zusammenhang möglichst zu unterbleiben, denn sie fördert die Untergrabung des Vertrauens in die grundgesetzliche garantierte Unabhängigkeit der Richter. Vielmehr ist den Reformvorschlägen des Europarates zu folgen, hin zu einer tatsächlich umfassend unabhängigen Justiz. Darüber hinaus fordert die Gesetzesinitiative des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Hinblick auf das Wahlverfahren an den obersten Bundesgerichten¹⁷⁹ mehr Transparenz im Auswahlprozess selbst. Ein öffentlich nachvollziehbares Verfahren würde das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Entscheidung und damit in die Justiz insgesamt fördern. Ein Fragerecht im Rahmen öffentlicher Anhörungen könnte bereits im Vorfeld kritische Themen beleuchten und somit die zunehmend eingereichten Konkurrentenklagen im Nachgang zu Besetzungsentscheidungen obsolet machen sowie den Prozess insgesamt beschleunigen. Eine Offenlegung der Entscheidungsgründe könnte darüber

¹⁷⁷ Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, VerfBlog, 2019/6/06, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>.

¹⁷⁸ Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, VerfBlog, 2019/6/06, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>.

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/7548.

hinaus die aktuell fehlende Chancengleichheit weiblicher Bewerberinnen (2015 waren nur etwa 26 Prozent der Bundesrichter weiblich, auf den Vorschlagslisten ist die Quote regelmäßig wesentlich niedriger) verbessern.

4.2. Die Weisungsgebundenheit von Staatsanwaltschaften

Im Jahr 2019 urteilte der Europäische Gerichtshof, dass die deutsche Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen der Unabhängigkeit nicht erfülle, welche an die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls geknüpft sind. Gemäß der Luxemburger Richter seien deutsche Staatsanwälte der Gefahr ausgesetzt, im Rahmen des Erlasses einer Entscheidung über die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unmittelbar oder mittelbar Anordnungen oder Einzelweisungen seitens der Exekutive, etwa eines Justizministers, unterworfen zu werden.¹⁸⁰

Tatsächlich genießen Staatsanwaltschaften in Deutschland keine der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 GG entsprechenden Freiheiten. Staatsanwaltschaften sind hierarchisch strukturiert. Staatsanwältinnen haben nach § 146 GVG „den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen“. Zudem steht den Landesjustizministerien nach § 147 GVG die Aufsicht und Leitung über die Staatsanwaltschaft des jeweiligen Landes zu. Da Staatsanwaltschaften Staatsgewalt ausüben, stellt dieses Weisungsrecht die nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG erforderliche demokratische Legitimation sicher.

Dennoch hat das BMJV Anfang 2021 einen Referentenentwurf¹⁸¹ vorgelegt, um das Weisungsrecht der Justizminister gegenüber der Staatsanwaltschaft einzuschränken. Kern ist eine Ausnahmeregelung für die justizielle Zusammenarbeit in der Europäischen Union, die es deutschen Staatsanwaltschaften ermöglichen soll, Europäische Haftbefehle selbständig ausstellen und vollstrecken zu können. Zudem sieht der Gesetzentwurf vor, dass künftig ministerielle Weisungen schriftlich begründet werden müssen.

Neben der Erfüllung Europäischer Vorgaben, hat ausdrücklich auch die Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in die Unabhängigkeit der Justiz eine Rolle bei den Reformbemühungen gespielt. So haben in der Vergangenheit immer wieder Berichterstattungen über nachweisbare oder vermeintliche Einflussnahmeversuche der Politik auf staatsanwaltschaftliche Ermittlungen per Weisung Zweifel an der Freiheit solcher Weisungen von sachfremden Interessen geschürt.

In der sogenannten **netzpolitik.org-Affäre wurde 2015 gegen die hinter dem Portal stehenden Journalisten wegen Landesverrats aufgrund von Veröffentlichungen aus internen Dokumenten des Bundesamts für Verfassungsschutz ermittelt**. Der ermittelnde Generalbundesanwalt Range beauftragte ein externes Gutachten zu der Frage, ob es sich bei den veröffentlichten Dokumenten um „Staatsgeheimnisse“ handele. Der damalige Justizminister Heiko Maas wies Range darauf hin, dass sein Ministerium ein eigenes Gutachten erstellen werde.

¹⁸⁰ EuGH, Urteil vom 27.05.2019, Az.: C-508/18, C-82/19 PP.

¹⁸¹ RefE des BMJV, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften und der strafrechtlichen Zusammenarbeit in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Unabhaengigkeit_Staatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

Range machte von ihm als Weisung empfundenen Hinweis daraufhin öffentlich. Aus seiner Sicht kam die Weisung, auf das externe Gutachten, das nahezu fertig war, zu verzichten, einem rechtlich zweifelhaften Austausch von Beweismitteln gleich. Auf Ermittlungen Einfluss zu nehmen, weil deren mögliches Ergebnis politisch nicht opportun erscheint, sei ihm ein unerträglicher Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz. Maas bestritt, dem Generalbundesanwalt eine Weisung erteilt zu haben. Der Gutachtenstopp und die darauffolgende Verfahrenseinstellung seien vielmehr mit Range ein paar Tage vor den Ereignissen gemeinsam verabredet gewesen.¹⁸² Für Range bedeutete die Auseinandersetzung mit Justizminister Maas das Ende seiner Karriere. Kurz darauf wurde er von Maas in den vorzeitigen Ruhestand versetzt.

Daneben decken Presserecherchen immer wieder Einflussnahmeversuche auf laufende Ermittlungsverfahren aus dem politischen oder privaten Umfeld von Politikern auf. Dabei ist es jeweils unbeachtlich, ob eine Weisung als solche bezeichnet wurde oder ob sie ausdrücklich oder implizit erfolgt ist. Dokumentationspflichtig sind sie bisher ohnehin nicht. Fakt ist, dass – wie in jeder hierarchisch strukturierten Organisation – Druck und Einfluss ausgeübt wird. Dies betrifft sowohl die ministeriellen Weisungen an die Staatsanwaltschaften, als auch Weisungen innerhalb der Hierarchie der jeweiligen Staatsanwaltschaft. Der ehemalige Augsburger Staatsanwalt Winfried Maier (Spiegel-Affäre) bezeichnet die verdeckten Einflussnahmen gegenüber der Welt¹⁸³ als „Augenzwinkerkartelle“: Es gebe danach kein offenes Verhältnis, weil es nichts Schriftliches gibt, nur Andeutungen und Erwartungen, die von oben an die Staatsanwaltschaft herangetragen würden. Und wer da nicht mitspielen will und eine schriftliche Anweisung anfordert, gelte als Quertreiber und Nestbeschmutzer – und das, obwohl eine solche Anweisung in der internen „Handakte“ landen würde, die als Dienstgeheimnis ohnehin geschützt ist. Natürlich müsste auch eine mündliche Weisung verschriftet in die Akte gebracht werden. Doch auch wenn man von unkündbaren Staatsanwälten grundsätzlich erwarten könnte, dass sie entsprechende Vermerke fertigen und diese – auf dem Dienstweg – an den Weisenden zur Kenntnis geben, erfolgt dies in der Praxis kaum. Hier möchte man sich regelmäßig nicht der zu erwartenden „Richtigstellung“ und der damit verbundenen internen Auseinandersetzung aussetzen. Das Risiko für den Politiker, bei einer solchen Hinterzimmeraktion erwischt zu werden, sei damit verschwindend gering.

Mitunter problematisch ist in diesem Zusammenhang zudem die Berichtspflicht der Staatsanwaltschaften gegenüber den Ministerien bei Ermittlungen gegen Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens. Dabei besteht die Gefahr, dass die vorab zu meldenden Ermittlungsmaßnahmen noch vor Beginn der Maßnahme an den Betroffenen durchgestochen werden.

Die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft kann im Einzelfall demnach ebenfalls rechtsstaatswidrige Konsequenzen haben. Für die Beibehaltung der Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft gibt es jedoch, wie Eingangs dargelegt, gute Gründe. Die Trennung der Staatsanwaltschaft als staatlicher Ermittlungsbehörde von der Rechtsprechung ist ein

¹⁸² Trentmann, Der politische Staatsanwalt? Problempunkte und Lehren aus dem Fall netzpolitik.org unter Berücksichtigung der jüngsten Reformvorschläge des Deutschen Richterbundes sowie europäischer Sichtweisen, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_2_987.pdf.

¹⁸³ Berichterstattung der Welt vom 09.08.2015, zuletzt abgerufen am 02.07.2021 unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article144979267/Range-raeumte-mit-einem-Maerchen-auf.html>.

wesentlicher Teil im System unserer Gewaltenteilung. Eine staatsanwaltschaftliche Unabhängigkeit könnte dazu führen, dass die richterliche Kontrolle staatsanwaltlicher Maßnahmen künftig als „überflüssig“ zurückgedrängt wird. Die Folge wäre der Ausfall einer wichtigen Kontrollinstanz bei elementaren Eingriffen in die Grundrechte von Beschuldigten. Das Problem ergibt sich auch in diesem Bereich nicht aus der Einflussnahmemöglichkeit selbst, sondern aus der Intransparenz politischer Einflussnahme. Ob die in dem Referentenentwurf des BMJV vorgesehene Dokumentationspflicht ausdrücklicher ministerieller Weisungen hier nachhaltig Abhilfe schaffen kann, scheint zweifelhaft. Zielführender wäre es, die Dokumentationspflicht auf jede Form der – gefühlten oder tatsächlichen – Einflussnahme auszudehnen und eine unabhängige Prüfungsinstanz für entsprechende Verdachtsfälle einzuführen. Gleichzeitig wäre zu prüfen, ob die Informationspflicht der Staatsanwaltschaft in Bezug auf Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, unter Berücksichtigung der offenkundigen Missbrauchsmöglichkeiten, in diesem Umfang tatsächlich erforderlich ist.

5. BEEINFLUSSUNG DER ÖFFENTLICHEN WAHRNEHMUNG VON URTEILEN

Das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Verbraucherinnen und Großkonzern wird zunehmend auch im Prozessgeschehen offenbar. Prozesstaktiken wie der gezielte Abschluss von Vergleichen führt zu einer verzerrten Darstellung der Rechtslage. Davon betroffen sind neben Masseverfahren wie im Fall VW insbesondere auch Individualklagen im Versicherungsbereich. Die Tendenz wird von der Veröffentlichungspraxis weiter verschärft. Nach einer Studie werden in Deutschland lediglich circa ein Prozent der ergangenen Urteile veröffentlicht. Neben Richtern sind es insbesondere Rechtsanwältinnen, die Urteile veröffentlichen. Im Ergebnis führt dies zu einer wenig repräsentativen Auswertbarkeit der aktuellen Rechtslage.

5.1. Urteils-Vermeidung durch Abschluss von Vergleichen

Zwar gilt im deutschen Rechtsraum anders als in den Ländern des Common Law, kein sogenanntes Case Law, bei dem der Richter einen im Sachverhalt vergleichbaren Präzedenzfall sucht, nach dem er den ihm vorliegenden Fall entscheidet. Das deutsche Rechtssystem folgt vielmehr dem Grundsatz des kodifizierten Rechts.¹⁸⁴ Gemäß Art. 97 GG sind die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die Bedeutung insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann dennoch auch hierzulande nicht hoch genug geschätzt werden. Die abstrakt-generellen Regelungen unserer Gesetze bedürfen einer konkretisierenden Auslegung im Einzelfall. Um Konsistenz in der Rechtsanwendung zu gewährleisten ziehen Richter im Prozess der Rechtsfindung neben dem Gesetzeswortlaut auch die einschlägige insbesondere ständige Rechtsprechung¹⁸⁵ sowie die (herrschende) Meinung in der Literatur heran. Dies bedeutet freilich nicht, dass eine Richterin hieran gebunden wäre. Abweichende Entscheidungen sind für die Rechtsfortbildung unerlässlich, bergen jedoch für die Prozessbeteiligten gleichzeitig das Risiko eines langwierigen Instanzenzugs und einer möglicherweise abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung. In der Praxis, die insbesondere bei den Untergerichten durch hohe Fallzahlen und stetigem Zeitdruck geprägt ist, kommt sowohl für den zur Entscheidung berufenen Richter, als auch den Rechtsvertreterinnen der Parteien den (veröffentlichten) Entscheidungen der Rechtsprechung eine essentielle Bedeutung zu. Die Rechtsanwender verlassen sich zu einem gewissen Maß darauf, dass die veröffentlichten Urteile den Stand der Rechtsprechung widerspiegeln.¹⁸⁶ Dass dies nicht immer veranlasst ist, zeigt die jüngste Vergangenheit sehr deutlich. Denn nicht jeder Rechtsstreit endet in einem Urteil.

¹⁸⁴ Auch das deutsche Recht kennt in begrenztem Umfang sogenannte Richterrecht beispielsweise in Form des Gewohnheitsrechts. Dieser Bereich ist für die vorliegende Studie jedoch nicht weiter relevant.

¹⁸⁵ Ständige Rechtsprechung (St. Rspr.) ist ein Begriff der vom BGH geprägt wurde und definiert die Tatsache, dass zu einer bestimmten Rechtsfrage die höchste richterliche Instanz eine Rechtsauffassung dauerhaft vertritt.

¹⁸⁶ Auf die strukturelle Problematik, dass (1) nur ein geringer Teil der Urteile überhaupt veröffentlicht wird und (2) es an einer statistischen Auswertung der Urteile bislang fehlt, die Rückschlüsse über die (statistischen) Erfolgsaussichten einer Klage zuließe, wird hingewiesen. Bei Prozessbeteiligten die ihrerseits viele gleichgelagerte Verfahren führen (z.B. Versicherungen), kommt es zu einem Herrschaftswissen über die Rechtsprechung; vgl. für den Bereich Versicherungen <https://correctiv.org/aktuelles/justiz-polizei/2017/02/15/wir-machen-meinung/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2021.

Der Dieselskandal ging ins fünfte Jahr, beschäftigte unzählige Gerichte und förderte eine Fülle uneinheitlicher Entscheidungen zutage bevor der BGH¹⁸⁷ im Mai 2020 in seinem Grundsatzurteil die deliktische Haftung seitens VW bejahte und das obwohl VW selbst Anfang 2019 die Zahl der anhängigen Einzelklagen mit über 40.000 angab¹⁸⁸. Auch die Zahl an OLG-Entscheidungen war in Anbetracht der Menge an Einzelklagen überschaubar.¹⁸⁹ Den Grund für die relativ geringe Zahl von OLG-Entscheidungen sehen viele an den systematisch getroffenen -oft großzügigen- Vergleichen¹⁹⁰: „Volkswagen scheint um jeden Preis eine OLG-Rechtsprechung verhindert zu wollen“, teilt die Kanzlei Gansel aus Berlin mit. „Lieber trägt VW die Kosten eines Vergleichs, als dass von der OLG-Sprechung eine Signalwirkung ausgeht.“¹⁹¹ Dies hat zur Konsequenz, dass sofern die Regelverjährung von drei Jahren zur Anwendung¹⁹² kommt, Klagen noch bevor der BGH im Mai 2020 sein vielbeachtetes Urteil fällen konnte, möglicherweise bereits verjährt waren. Das Spiel auf Zeit mache sich für VW stets bezahlt, so die Kritik; mit jedem Tag, den das streitgegenständliche Fahrzeug bewegt werde, sinke der Schadensersatzanspruch, den VW den Verbrauchern schuldet¹⁹³.

Dass die Prozesstaktik von VW sich auch bis zum BGH herumgesprochen hatte, zeigt der ungewöhnliche Schritt den der VIII. Zivilsenat unternahm: In einem veröffentlichten Hinweisbeschlusses¹⁹⁴ äußerte er sich - trotz Einigung der Prozessparteien im Wege des Vergleichs und damit einhergehender verfahrensbeendigender Maßnahme - , ausführlich zu der Mangelhaftigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit verbauter Abschaltvorrichtung.¹⁹⁵ Der Schritt des BGH ist als klares Zeichen zu verstehen, werden solche Beschlüsse im „normalen“ Justizbetrieb sonst ausschließlich an die Parteivertreter zur gezielten Vorbereitung auf die Verhandlung gerichtet.¹⁹⁶

Gegen ein Ausbremsen der Rechtsprechung wendet sich auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN¹⁹⁷ vom 16. Oktober 2019. In seiner Begründung wird gerügt, dass es deshalb oft nicht zu Berufungs- bzw. Revisionsurteilen komme, weil die Rechtsmittel bei drohender Prozessniederlage aufgrund außergerichtlicher Einigung zurückgenommen werden. Es scheine gezielte Prozessstrategie von VW zu sein, negative Berufungsurteile und erst recht eine ungünstige Grundsatzentscheidung des BGH durch außergerichtliche Einigungen, zu verhindern.

¹⁸⁷ BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19.

¹⁸⁸ Vgl. <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/exklusive-zahlen-zum-dieselskandal-tausende-vw-verfahren-enden-ohne-urteil/23934968.html>, zuletzt abgerufen am 30.06.2021.

¹⁸⁹ Vgl. https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/prozessrecht/gvg-aenderung-soll-verhindern-von-bgh-grundsatzurteilen-stoppen_206_502466.html, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹⁹⁰ Vgl. https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/prozessrecht/gvg-aenderung-soll-verhindern-von-bgh-grundsatzurteilen-stoppen_206_502466.html, zuletzt abgerufen am 02.07.2021.

¹⁹¹ Vgl. <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/exklusive-zahlen-zum-dieselskandal-tausende-vw-verfahren-enden-ohne-urteil/23934968.html>, zuletzt abgerufen am 30.06.2021.

¹⁹² Die Frage welche Verjährungsfrist einschlägig ist, ist umstritten und noch nicht abschließend höchstrichterlich entschieden.

¹⁹³ Vgl. <https://www.derstandard.de/story/2000125850586/volkswagen-spielt-im-dieselskandal-auf-zeit>, zuletzt abgerufen am 22.07.2021.

¹⁹⁴ BGH, Beschluss vom 08.01.2019, Az.: VIII ZR 225/17.

¹⁹⁵ Vgl. Ring, SVR 05/2019, S. 161 f.; <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-hinweisbeschluss-vw-diesel-abschaltvorrichtung-mangel-unmoeglichkeit-nacherfuellung/>, zuletzt abgerufen am 01.07.2021.

¹⁹⁶ Vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bgh-veroeffentlicht-diesel-beschluss-in-voller-laenge>, zuletzt abgerufen am 01.07.2021.

¹⁹⁷ BT-Drs. 19/14027 vom 16.10.2019.

Zudem werde regelmäßig vereinbart Stillschweigen über den Inhalt der Einigung zu bewahren. Dieser Prozesstaktik der aktiven Vermeidung einer ungünstigen Grundsatzentscheidung durch günstige Vergleichsangebote könne jedoch aktuell auch seitens der Gerichte nicht wirksam begegnet werden, da diese im Einklang mit der im Zivilprozess maßgeblich bestimmenden Parteihegemonie stehe und die ZPO im Übrigen explizit die Förderung einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreites in jeder Lage des Verfahrens vorsehe.¹⁹⁸

Dass VW mit dieser Strategie kein Einzelfall ist, bestätigen zahlreiche Rechts-Experten mit denen Finanzwende gesprochen hat. Auffällig sei diese Strategie insbesondere auch in den Bereichen Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Versicherungsrecht.

„Wir beobachten, dass seitens der Versicherungsunternehmen, Banken und Sparkassen systematisch Vergleiche angeboten werden, sobald absehbar ist, dass es ein zumindest in Teilen negatives Urteil geben könnte. Im Einzelfall wird zur Verhinderung eines Urteils sogar ein Vergleich akzeptiert, der die Klageforderung mit über 100 Prozent erfüllt. Im Gegenzug wird die Revision zurückgenommen. Das Gericht selbst erfährt von der Zahlung somit nichts.

Viele unserer Mandanten nehmen in aller Regel die Vergleichsangebote dankend an, da sie ihnen den weiteren Instanzenzug und das Prozesskostenrisiko ersparen. Nur selten sind die Mandanten bereit, trotz entsprechender Vergleichsangebote auf ein Urteil zu bestehen. Dadurch kommt es zu einer Schiefelage bei Entscheidungen.

So „produzieren“ die Anwälte der Unternehmensseite gezielt nur für sie positive Urteile, die sie den Gerichten oft in langen Listen mit entsprechenden Kopien vorlegen, während die Anwälte der Kundenseite über frühere Vergleiche aufgrund der Verschwiegenheitsklauseln dem Gericht gegenüber schweigen müssen, wenn sie überhaupt Kenntnis von abgeschlossenen Vergleichen haben, was nur bei eigener Erfahrung oder im Einzelfall über Kollegen der Fall sein dürfte, da diese sich ja auch regelmäßig durch den Vergleich zur Verschwiegenheit verpflichtet fühlen.

Bei dem Gericht entsteht so unwillkürlich der Eindruck, andere Gerichte hätten in der Vergangenheit regelmäßig die Unternehmensseite im Recht gesehen. Zudem kann das Gericht einfach aus den vorgelegten Urteilen abschreiben. Das beeinflusst den Richter ebenso, meist unbewusst, denn ihre Arbeit wird einfacher. Es muss nur den vorgelegten Entscheidungen der Unternehmensseite folgen.“

(Rechtsanwalt Achim Tiffe, JUEST+OPRECHT Rechtsanwälte, Hamburg)

So lange Verschwiegenheit auch über den Abschluss von Vergleichen vereinbart werden kann, wird eine objektive Beurteilung der tatsächlichen Prozess- und Rechtslage in entsprechenden Verfahren regelmäßig nicht möglich sein. Nur mit einer Veröffentlichung von Vergleichszahlen ist eine zahlengestützte Analyse von Masseverfahren möglich, welche die Rechtswirklichkeit zutreffend darstellen kann.

¹⁹⁸ BT-Drs. 19/14027 vom 16.10.2019, S. 2 f.

5.2. Selektive Veröffentlichung der Rechtsprechung

Doch selbst wenn Entscheidungen durch Urteil fallen, ist dennoch nicht sichergestellt, dass diese auch der Öffentlichkeit bekannt werden. Eine allgemeine Pflicht zur Veröffentlichung von Urteilen besteht nicht. Partielle Regelungen bestehen etwa in § 5 AGVwGO Rheinland-Pfalz¹⁹⁹ und Art. 8 AGVwGO Bayern²⁰⁰. Die deutschen Obergerichte, einschließlich des BVerfG haben verbreitet klargestellt, dass die Justiz in einem demokratischen Rechtsstaat zur Öffentlichkeit und damit zur Publizierung ihrer Entscheidungen verpflichtet ist.²⁰¹ Aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Gewaltenteilung folge grundsätzlich eine Rechtspflicht zur Publikation „veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen“. Die Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ im Auftrag der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des BGH kommt in einem Diskussionspapier zu dem Schluss, die Gerichtspraxis werde dem Veröffentlichungsauftrag teilweise nicht in dem gebotenen Umfang gerecht. Die Frage, ob eine Gerichtsentscheidung veröffentlichungswürdig ist, werde von den jeweiligen Spruchkörpern sehr unterschiedlich beurteilt und richte sich nicht stets nach einem zu vermutenden Interesse der Öffentlichkeit an der Entscheidung. Die eigene Arbeitsbelastung, die Befürchtung, sich der Kritik der Fachöffentlichkeit auszusetzen, ein fehlender „Mut“ und vielfältige andere Motive ließen die Richter von einer Veröffentlichung Abstand nehmen.²⁰² Eine Studie des wissenschaftlichen Mitarbeiters am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn Dr. Hanjo Hamann²⁰³ quantifiziert diese Einschätzung und kommt zu dem Ergebnis, dass lediglich etwa ein Prozent der in Deutschland gefällten Urteile veröffentlicht werden.²⁰⁴

Der Studie zufolge blieben beispielsweise im XI. Senat des BGH im Jahr 2018 noch sechs Prozent seiner begründeten Entscheidungen unveröffentlicht und wurden weitere zwei Prozent nur gegen Bezahlung (über die juristische Online-Plattform juris) bereitgestellt. Beziehe man alle erledigten Verfahren, also auch diejenigen mit ein, die nicht durch Urteil entschieden wurden, ergäben sich für die Jahre 2009 bis 2015 noch wesentlich geringere Veröffentlichungsquoten von

¹⁹⁹ Darin heißt es: „Das Oberverwaltungsgericht veröffentlicht seine Entscheidungen, soweit sie von grundsätzlicher Bedeutung sind. Die Auswahl trifft das Präsidium.“

²⁰⁰ Darin heißt es: „Der Verwaltungsgerichtshof hat seine Entscheidungen zu veröffentlichen, soweit sie grundsätzliche Bedeutung haben. Die Auswahl trifft das Präsidium.“

²⁰¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.09.2015, Az.: 1 BvR 857/15; BGH, Beschluss vom 05.04.2017, Az.: IV AR(VZ) 2/16; BVerwG, Urteil vom 26.02.1997, Az.: 6 C 3.96; BPatG, Beschluss vom 23.04.1991, Az.: 27 ZA (pat) 19/90 und 27 ZA (pat) 3/91.

²⁰² Diskussionspapier der Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, S. 70.

²⁰³ Hamann, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft - Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 13/2021, 656 ff; Der Autor gibt an, der Beitrag sei durch ein Fellowprojekt der Daimler und Benz Stiftung angeregt und als Senior Fellow am Deutschen Internet-Institut (Weizenbaum-Institut) in Berlin ausgearbeitet worden.

²⁰⁴ Zum Vergleich führt Dr. Hamann an, in der chinesischen Provinz Sichuan, die ähnlich viele Einwohner hat wie Deutschland, seien in den Jahren 2015/16 mehr als 54,2 Prozent der erstinstanzlichen Strafurteile veröffentlicht worden. Für denselben Zeitraum, dasselbe Sachgebiet und dieselbe Instanz habe die Quote in Deutschland bei 0,086 Prozent - über 633-mal niedriger gelegen.

31,2 bis 9,4 Prozent.²⁰⁵ Dr. Hamann stellt zurecht die Frage, wie sich die Situation erst bei den Instanzgerichten darstellt, wenn schon ein Oberster Gerichtshof mit der Öffentlichkeitswirkung des BGH und der ausgesprochenen Rechtsüberzeugung, dass Präjudizien öffentlich sein müssen, jede zwölfte Entscheidung davon ausnimmt.²⁰⁶

Die hieraus entstehende Lücke macht eine systematische Auswertung von Urteilen und gerichtlichen Tendenzen unmöglich. Diese Lücke schafft jedoch gleichzeitig Raum für Beeinflussung. Geht man beispielhaft von einem fiktiven Massenverfahren mit 1.000 Einzelklagen aus, bei dem in 950 Fällen der Kläger erfolgreich wäre und in lediglich 50 Fällen das beklagte Unternehmen. Und geht man weiter davon aus, es würden – sehr konservativ geschätzt – 50 Prozent der Klagen verglichen, wobei die Vergleiche unter Verschluss bleiben. So würden, wenn von den übrigen 500 Klagen ein Prozent als Urteil veröffentlicht würde, für eine Bewertung des gerichtlichen Urteilsverhaltens lediglich fünf Klagen zur Verfügung stehen. Selbst wenn diese fünf Klagen durchweg den Klägern Recht gäben, so stünden der Gegenseite, die aufgrund ihrer Beteiligung an allen Verfahren – im Gegensatz zur Klägersite – Zugriff auf alle Entscheidungen hat, 50 Urteile zur Verfügung, die sie durch gezielte Veröffentlichung der Klägersite entgegenhalten könnte. Dies würde den Stand der tatsächlichen Rechtsprechung ganz gravierend verzerren.

Dies wäre dann unschädlich, wenn die Veröffentlichungspraxis unabhängig von der finanziellen Potenz der Streitparteien wäre. Daran bestehen allerdings erhebliche Zweifel. Welchen Einfluss die Unternehmensseite mitunter auf die Veröffentlichungspraxis auszuüben versucht, zeigt ein vor dem BGH im Jahr 2017 per Beschluss gescheiterter Antrag einer Bank.²⁰⁷ Diese war bereits beim LG Frankfurt a.M. in einem Schadensersatzprozess wegen fehlerhafter Anlageberatung unterlegen und befand sich mit der hiergegen gerichteten Berufung beim OLG Frankfurt a.M. Als das OLG in einem Beschluss auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung hingewiesen hatte, nahm die beklagte Bank diese mangels Erfolgsaussichten zurück. Im Anschluss begehrten Rechtsanwälte, welche eine Reihe von Verfahren mit vergleichbaren Fallgestaltungen führten, Einsicht in die Entscheidung. Die Bank widersetzte sich unter Berufung auf Geheimhaltungsinteressen, um eine anonymisierte Herausgabe des Hinweisbeschlusses zu verhindern. Der BGH entschied, die Herausgabe sei rechtmäßig, der Name der Bank blieb jedoch anonym. Da der BGH kein Aktenzeichen der Vorinstanzen aufführt und das OLG Frankfurt a.M. diese sogar gezielt aus seinem veröffentlichten Beschluss strich, ist eine weitere Rekonstruktion des Falles nicht möglich. Auf Nachfrage von Dr. Hamann berief sich das OLG dabei auf „Anonymisierungsrichtlinien des Hauses, die in bestimmten Fällen auch die Anonymisierung von Aktenzeichen vorsieht“, und verweigerte trotz wiederholten Ersuchens den Zugang zum ursprünglichen Schadensersatzurteil. Es sei „nicht zur Veröffentlichung vorgesehen“. Weiteren Kontakt habe das Gericht abgebrochen.

In der Anwaltschaft wird mit Urteilen hingegen ein regelrechter Tauschhandel betrieben. Im Bereich der großen Konzerne und Kanzleien im Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht, wo

²⁰⁵ Hamann, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 13/2021, 656, 657 mit Verweis auf *Coupette/Fleckner* JZ 2018, 379, 381 f.

²⁰⁶ In redaktionell abgeänderter Form aus Hamann, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 13/2021, 656, 657.

²⁰⁷ BGH, Beschluss vom 05.04.2017, Az.: IV AR(VZ) 2/16.

Reichweite und Vernetzung entsprechend entwickelt sind, dürfte das Informationsnetz naturgemäß am dichtesten sein. Vertreter der Verbraucherseite versuchen, diesen Rückstand durch fortschreitende Vernetzung innerhalb der Verbraucher- und Anlegerkanzleien aufzuholen. In beiden Fällen wird jedoch mit einem Geheimwissen gehandelt, das als solches gar nicht existieren dürfte. Die bessere ökonomische Ausstattung wie auch die geringere Anzahl der beteiligten Kanzleien dürfte jedoch dazu führen, dass der Wissenstand über die tatsächlich erfolgten Urteile auf der Seite der Unternehmensanwälte höher ist als auf der Verbraucherseite.

Gerade bei den Untergerichten bestehen in solchen Konstellationen stets hohe Fallzahlen und stetiger Zeitdruck. Die zur Entscheidung berufenen Richterinnen sowie auch die Klägervertreter sind darauf angewiesen, sich zu einem gewissen Maß darauf verlassen zu können, dass die veröffentlichten Urteile den Stand der Rechtsprechung widerspiegeln. Auch die Verbraucherinnen beziehungsweise Anleger selbst können sich auf diese Weise kein zutreffendes Bild von den Erfolgsaussichten ihrer Klagen machen.

Nach Dr. Hamann ist die bestehende Intransparenz im Hinblick auf Gerichtsentscheidungen darauf zurückzuführen, dass diese aus Datenschutzgründen nur anonymisiert herausgeben dürften – was prohibitiven Aufwand verursache. Es sei jedoch schon in der Vergangenheit mehrfach – unter anderem durch den BGH selbst²⁰⁸ – darauf hingewiesen worden, dass wer einen Streit vor deutsche Gerichte trägt, um ein Urteil *„im Namen des Volkes“* zu erlangen, im Grundsatz nicht darauf vertrauen könne, dass er seine Beteiligung für sich behalten kann. Statt genereller Anonymisierung empfiehlt er eine sachgerechte Differenzierung danach, was ausnahmsweise tatsächlich zum unantastbaren innersten Lebensbereich gehört. Dabei könnten die §§ 170 – 172 GVG die Richtschnur vorgeben, also ein Gleichlauf von Gerichts- und Entscheidungsöffentlichkeit. Das Datenschutzrecht könne jedenfalls dort nicht herangezogen werden, wo es schon gar nicht greife. Etwa bei der Anonymisierung juristischer Personen ohne Individualbezug (§ 46 Abs. 1 BDSG, Art. 1 Abs. 1 DSGVO) – wie dem Bankunternehmen im BGH-Fall von 2017.²⁰⁹ Darüber hinaus ist beachtlich, dass der EuGH in den von ihm veröffentlichten Entscheidungen stets die beteiligten Parteien, sowohl Unternehmen als auch Privatpersonen, namentlich nennt.²¹⁰ Datenschutzrechtliche Bedenken scheinen aus Sicht des EuGH insoweit nicht zu bestehen.

Die Arbeitsgruppe *„Modernisierung des Zivilprozesses“* sieht die fehlende Möglichkeit einer automatisierten Anonymisierung hingegen weiterhin als entscheidendes Hindernis und empfiehlt daher eine bundesweite Regelung mit möglichst klaren Kriterien hinsichtlich des Vorliegens grundsätzlicher Bedeutung. Von dem Veröffentlichungsgebot sollen neben Urteilen auch Zwischenentscheidungen wie Hinweisbeschlüsse umfasst sein.²¹¹

²⁰⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 05.04.2017, Az.: IV AR (VZ) 2/16.

²⁰⁹ Hamann, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 13/2021, 656, 664, m.w.N.; Dies ausdrücklich bei aller Rücksicht auf Fälle, in denen legitime Persönlichkeitsinteressen eine Anonymisierung gebieten.

²¹⁰ Vgl. beispielhaft aus dem EuGH-Urteil vom 25.10.2005, Az.: C-229/04 (*„Crailsheimer Volksbank“*): *„[...] drei Rechtsstreitigkeiten der Crailsheimer Volksbank eG (im Folgenden: Volksbank) gegen Herrn Conrads, die Eheleute Schulzke und Schulzke-Lösche und Herrn Nitschke [...]“*.

²¹¹ Diskussionspapier der Arbeitsgruppe *„Modernisierung des Zivilprozesses“* im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, S. 70 f.

Unabhängig von der Streitfrage um das Erfordernis einer automatisierten Anonymisierung stellt sich weiterführend die Frage, ob nicht selbst bei manueller Anonymisierung der Arbeitsaufwand an den Gerichten insgesamt sinken würde. Die zunehmende Komplexität der Rechtsfragen erfordert eine umfassende Bereitstellung aller Informationen an die entscheidungsbefugten Stellen, um Prozesse effizient bearbeiten und entscheiden zu können. Zudem würden bei einer umfassend einsehbaren Sachverhalts- und Rechtslage unnötige Prozesse verhindert, da die Prozesschancen in den Einzelfällen besser vergleichbar würden. Dies könnte im Ergebnis zu weniger Prozessen und zugleich einer schnelleren Abarbeitung aufgrund Vorliegens umfangreicheren Informationsmaterials führen. Durch die bisherige Vorgehensweise der Gerichte und die Vergleichspraxis der Gegenseite entsteht eine Prozessflut, die früher so nicht gekannt wurde. Umgekehrt mag zwar auch das Ausbleiben von Veröffentlichungen auf die Gerichte entlastend wirken, soweit sie Rechtssuchende von der Geltendmachung ihrer Rechte abschreckt doch kann dies – auch nach Dr. Hamann – wohl kaum im rechtsstaatlichen Interesse liegen.

Die formalen Anforderungen an die Veröffentlichungsfähigkeit von Gerichtsentscheidungen wären daher – unter Berücksichtigung der Praxis am EuGH – zu überprüfen und einheitlich festzulegen. Selbst wenn sich hiernach die Anonymisierung von Entscheidungen als erforderlich darstellen sollte, hätten sich die Justizbehörden schon im Interesse der Gerichte – und erst recht im Interesse des Rechtsstaats – damit zu befassen, wie sie hierzu geeignete Technik und Plattformen zur Verfügung stellen können.

6. ZUSAMMENFASSUNG

Wie vorstehend dargestellt, sind die **Einflusswege und -möglichkeiten auf die Justiz mannigfaltig und bergen jedenfalls perspektivisch durchaus Gefahren für das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat**. Kern der Problematik ist dabei regelmäßig die mangelnde Transparenz in Bezug auf mögliche Fremdinteressen. Insbesondere dann, wenn der Anschein von Objektivität und Unvoreingenommenheit – bewusst oder unbewusst – genutzt wird beziehungsweise werden könnte, um Individualinteressen durchzusetzen, kann eine Offenlegung möglichen Fremdeinflusses eine zutreffende Bewertung wesentlich erleichtern und so im Ergebnis dem Verdacht unlauterer Beeinflussung der Justiz entgegenwirken.

Wie dargestellt, ergeben sich Nebeneinkünfte von Richtern maßgeblich aus schriftstellerischen sowie Vortragstätigkeiten. Diese Tätigkeiten sind aufgrund ihrer regelmäßig exzellenten Qualität sowie der Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Streitfragen ein großer Gewinn, erleichtern sie doch wesentlich die Rechtsfindung und fördern damit schließlich die Rechtssicherheit. **Gleichzeitig weisen diese Tätigkeiten zwangsläufig eine große Nähe zu der in den jeweiligen Spezialgebieten tätigen Anwaltschaft** sowie der (davon nicht immer trennscharf abgrenzbaren) Rechtswissenschaft auf. **Insbesondere in den Bereichen des Bank- und Kapitalmarktrechts, des Gesellschaftsrechts sowie des Versicherungsrechts ist die Anwaltschaft sowie die Rechtswissenschaft einem starken Einfluss der Finanz-, Wirtschaftsbeziehungsweise Versicherungslobby ausgesetzt**. Aus dieser Konstellation heraus ist es nicht ungewöhnlich, dass Lobbyinteressen durch einseitige privatwirtschaftliche und wissenschaftliche Veröffentlichungen, entsprechend eingefärbte Diskussionen und Gespräche bei Fachveranstaltungen oder in persönlichen Gesprächen im Rahmen gemeinsamer Tätigkeiten und Veröffentlichungen an die Richterschaft herangetragen werden. Im Bereich der sozialen Medien würde man insoweit von einer Filterblase sprechen. Gegenmeinungen fehlt dabei oft schlicht die Lobby beziehungsweise aufgrund mangelhafter Organisation in der Breite die Zeit sowie die finanziellen Ressourcen, um selbst umfangreiche Veröffentlichungen herauszugeben oder reichweitenstarke Fachveranstaltungen abzuhalten. Fallen Entscheidungen in der Folge im Interesse der Lobbyverbände aus und erreichen die richterlichen Nebentätigkeiten zugleich ungewöhnliche finanzielle oder zeitliche Dimensionen, macht sich zumindest auf Seite der jeweils Unterlegenen häufig Zweifel an der Unvoreingenommenheit der an der Entscheidung beteiligten Richter breit. Dies wird noch verstärkt, wenn die Nähe zur Wirtschaft derart stark ist, dass sich daraus Anschlussbeschäftigungen bei denjenigen Prozessparteien ergeben, über deren Anträge der Richterinnen kurze Zeit zuvor noch – unvoreingenommen und objektiv – zu urteilen hatte. Eine öffentlich zugängliche personalisierte Offenlegung der Nebentätigkeiten und deren Auftraggeber samt Zeitaufwand und Vergütung, könnte neben einer effektiven Selbstkontrolle der Richter, diesem Verdacht entgegentreten. Gelingt dies nicht, wären gegebenenfalls Auswahl und Umfang der Nebentätigkeiten zu überdenken. Dabei ist es wichtig, zu verstehen, dass – vermeintlich – aus der Reihe fallende Nebentätigkeiten nur einen sehr geringen Anteil der Richterschaft betreffen. Diese ist jedoch in entsprechenden Konstellationen geeignet, das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz als Ganzes zu beschädigen.

Damit Richter unabhängig urteilen können, sind sie – insbesondere in komplexen Verfahren und Rechtsmaterien – auf den fachlichen Austausch mit den übrigen Akteuren der Rechtspflege und

Rechtswissenschaft angewiesen. Undurchsichtige Drittmittelfinanzierungen mit Einfluss auf die Forschung selbst sowie die Vermischung privatwirtschaftlicher und wissenschaftlicher Tätigkeiten durch Professoren können dazu führen, dass die Durchsetzung von Individualinteressen im Gewande öffentlicher, unabhängiger Forschung den Eindruck erweckt, die geäußerten Rechtsansichten seien frei von Fremdinteressen, nur der juristischen Wahrheit verpflichtet. Wird in diesen Fällen eine mögliche – bewusste oder unbewusste – Fremdbeeinflussung nicht durchgängig und umfangreich offengelegt, verschleiert dies den Blick auf eine zutreffende Bewertung des jeweiligen Fachbeitrags. Dies kann in komplexen Verfahren – insbesondere bei Zusammentreffen von rechtlichen Problemstellungen mit undurchsichtigen wirtschaftlichen Prozessen und Vorgängen, wie etwa bei CumEx-Geschäften – dazu führen, dass im Vertrauen auf die Objektivität professoraler Beiträge unzutreffend auf eine von Individualinteressen geprägte Einzelmeinung abgestellt und danach geurteilt wird.

Dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz dürfte es weiterhin nicht zuträglich sein, den politischen Einfluss auf die Justiz weiter auszuweiten. Insbesondere die immer wieder aufkeimende Diskussion um die Nebeneinkünfte von Abgeordneten zeigt Möglichkeiten auf, durch gezielte Lobbyarbeit über die Politik mittelbar auch Einfluss auf die Justiz zu nehmen. Diese Entwicklungen wecken auch auf europäischer Ebene zwischenzeitlich Unbehagen. Auch wenn die Situation in Deutschland weit entfernt ist von derjenigen des Rechtsstaats in Polen und Ungarn, stellt die strikte Abgrenzung von Richterschaft und Rechtsprechung auf der einen Seite hin zu Parlament und Exekutive auf der anderen Seite eine zentrale Säule der Gewaltenteilung sowie eine wichtige Kontrollfunktion in unserer demokratisch verfassten Republik dar. Auch dort wurden in einem ersten Schritt Reformen zum Einfluss der Politik bei der Besetzung der Gerichte umgesetzt. Allein aus diesem Grund sollten die aktuellen Entwicklungen auch hierzulande kritisch geprüft werden. Zentral ist dabei wiederum die öffentliche Nachvollziehbarkeit von Einflusswegen und -nahmen, um Missbrauch zu verhindern, oder zumindest aufzudecken.

Schließlich zeigen sich in den dargestellten **Prozesstaktiken** sowie der mitunter selektiven Auswahl von **Urteilsveröffentlichungen**, die **Auswirkungen eines strukturellen Ungleichgewichts, das insbesondere im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts sowie des Versicherungsrechts zu beobachten ist.** Hier stehen häufig einzelne Verbraucherinnen beziehungsweise Anleger mit ihren Anwältinnen beziehungsweise kleinen Kanzleien einer hochorganisierten Wirtschaftslobby gegenüber. Solche Ungleichgewichte sind nicht per se problematisch. Sie werden es jedoch dann, wenn sie gezielt eingesetzt werden, um Lobbyinteressen durchzusetzen und dies für die Justiz nicht erkennbar ist.

Lobbyismus ist nichts Anderes als grundsätzlich legitime Interessenvertretung. Der Justiz kommt die Aufgabe zu, sich gegenüberstehende Interessen zu gewichten und abzuwägen. Der – bewussten oder unbewussten – Manipulation dieser Gewichtung sollte jedoch entgegengewirkt werden, um den Anschein sachfremder Einflüsse auf die Entscheidungsfindung der Gerichte zu vermeiden.

Dabei ist sowohl dem deutschen Justizsystem als auch der Rechtswissenschaft kein generelles Systemversagen zu attestieren. Der BGH hat etwa im Fall CumEx klar zugunsten des Fiskus und aktuell bei der Frage der Berechnung von Zinsanpassungen bei Prämienparverträgen zugunsten

der Verbraucherinnen entschieden. Insgesamt von einer wirtschaftsfreundlichen Justiz zu sprechen, wäre nach den vorliegenden Erkenntnissen überzogen. Es häufen sich jedoch Einzelfälle, welche Lücken in einem ansonsten stabilen System aufzeigen. Diese Lücken gilt es ernst zu nehmen und schädlichen Tendenzen von Anfang an entschieden entgegenzutreten, denn sie zeigen, dass Handlungsbedarf besteht um sicherzustellen, dass finanzielle Macht keinen zu starken Einfluss auf die Chancen vor Gericht erlangt.