

Zur Parlamentarisierung der Richterauswahl Warum der Europarat der EU den Weg weist

*Armin von Bogdandy/Christoph Krenn**

I. Einleitung

In vielen Staaten nehmen Parlamente eine zentrale Stellung bei der Auswahl von Verfassungsrichtern ein.¹ Auch in Wahlausschüssen für andere wichtige Gerichte sind häufig Parlamentarier vertreten.² Dies zeugt von der demokratischen Signifikanz, die Verfassungen der Richterauswahl zuschreiben. Zu bedeutend und kontingent sind viele Entscheidungen der höchsten Gerichte, um sie alleine aus der Bindung an Recht und Gesetz zu rechtfertigen. Der Modus der Richterernennung kann einen wichtigen Beitrag zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung leisten.³

Jenseits des Staates war eine demokratische Perspektive auf die Auswahl internationaler Richter lange Zeit kaum entwickelt. Es fehlten An-

* Dieser Text beruht in Teilen auf Armin von Bogdandy/Christoph Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern. Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH, JZ 2014, S. 529.

1 Art. 94 deutsches Grundgesetz; Art. 147 österreichische Bundesverfassung; Art. 135 italienische Verfassung; Art. 194 polnische Verfassung; Art. 159 spanische Verfassung; Art. II 2 (2) Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Ausf. Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter: Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, 1993, S. 47-50, 63-64.

2 Vgl. etwa Art. 95 (2) deutsches Grundgesetz; Art. 197 und 187 polnische Verfassung; Section 178 südafrikanische Verfassung.

3 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 71-80; der Terminus demokratische Legitimation thematisiert die verfahrensförmig gestiftete Rechtfertigung öffentlicher Gewalt, etwa durch das Richterauswahlverfahren; Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow, „Die demokratische Legitimation des Richters“, JZ 2002, S. 673, 674, 676 f. Der Terminus Legitimität dagegen stellt nach verbreitetem Verständnis auf die faktische Akzeptanz von Herrschaft ab. Zu dieser Unterscheidung: Matthias Jestaedt, „Democratic Legitimation of the Administrative Power – Exclusive versus Inclusive Democracy“, in: Hermann Pünder/Christian Waldhoff (Hrsg.), *Debates in German Public Law*, 2014, S. 181, 182.

haltspunkte, um ein völkerrechtliches Demokratieprinzip für überstaatliche Organisationen zu begründen, und auch der Legitimationsbedarf der internationalen Gerichtsbarkeit war gering. Ihre Urteile waren selten und noch seltener für Bürger relevant; die Themen waren exotisch, ihre Wirkungen stark beschränkt.⁴

In den letzten drei Jahrzehnten haben sich die internationale Gerichtsbarkeit und mit ihr ihr Legitimationsbedarf gewandelt.⁵ Viele Gerichte jenseits des Staates sind zu wirkmächtigen Institutionen erstarkt. Dies gilt insbesondere für den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).⁶ Sie sind heute funktional in vielerlei Hinsicht mit nationalen Höchst- oder Verfassungsgerichten zu vergleichen.⁷ Sie schlichten Streits und verfestigen Normensysteme. Auch entwickeln sie das Recht weiter. Viele, auch die Gerichte selbst, sprechen daher von case law – „Fallrecht“.⁸ Wichtige soziale Fragen sind maßgeblich durch ihre Rechtsprechung geregelt. Nicht zuletzt kontrollieren und legitimieren sie andere Akteure. Dabei werden, auch ohne unmittelbare Zwangsgewalt der Gerichte, sowohl die konkrete Streitentscheidung als auch das an die Allgemeinheit gerichtete Präjudiz in aller Regel befolgt. Mit anderen Worten: EGMR und EuGH üben als multifunktionale Institutionen öffentliche Gewalt aus.⁹ Dies legt es nahe, auch

4 Dementsprechend dominierten traditionell nationale Exekutiven die Auswahlverfahren, vgl. Ruth MacKenzie/Phillipe Sands, „Judicial Selection for International Courts: Towards Common Principles and Practices“ in: Kate Malleson/Peter H. Russell (Hrsg.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, 2006, S. 213, 213 f.

5 Im Detail Armin von Bogdandy/Ingo Venzke, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014; Karen Alter, *The New Terrain of International Law. Courts, Politics, Rights*, 2014, S. 112-160.

6 Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, 2006, S. 9; Karen Alter, *The European Court's Political Power*, 2009.

7 Samantha Besson, „European human rights, supranational judicial review and democracy. Thinking outside the judicial box“, in: Patricia Popelier/Catherine Van de Hayning/Piet Van Nuffel (Hrsg.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts*, 2011, S. 97, 104 ff.

8 Marc Jacob, „Precedents: Lawmaking Through International Adjudication“, *German Law Journal* 12 (2011), S. 1005, 1014 ff.; Rechtschöpfung geschieht, obwohl eine Entscheidung rechtlich nur die Prozessparteien bindet.

9 Ausführlich von Bogdandy/Venzke (Fn. 5), S. 16-30, 136-155.

die Auswahl ihrer Richter aus der Perspektive ihrer demokratischen Legitimation zu entwickeln.

Dieser Beitrag rekonstruiert die Auswahl der EGMR- und EuGH-Richter daher in einem neuen Licht. Diesem Anliegen kommt entgegen, dass sich in jüngeren Schichten des Unionsrechts und des Rechts des Europarats Rechtsprinzipien finden, die einen überzeugenden Rahmen bilden, um die demokratische Legitimation supranationaler und internationaler Institutionen konzeptuell zu fassen, Legitimationsstrategien zu bewerten und fortzuentwickeln. Diese werden in einem ersten Schritt dargestellt (II.).

Die darauf aufbauende prinzipiengeleitete Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH (III.) wird von einer zentralen These geleitet: Die Verfahren im Europarat entsprechen demokratischen Prinzipien weit mehr als die Verfahren zur Auswahl der EuGH-Richter. Dies gründet sich insbesondere auf der Rolle der parlamentarischen Versammlung des Europarats. Gemäß Art. 22 EMRK wählt sie die Richter. Sie gibt dabei ein Beispiel erfolgreichen internationalen Parlamentarismus, der dazu beiträgt, den erhöhten Legitimationsbedarf globalen Regierens zu bewältigen. Ihre legitimatorische Leistung erschöpft sich nämlich keineswegs im formalen Wahlakt. Vielmehr konkretisiert sie in generell-abstrakter Form die vagen Kriterien zur Auswahl der Richter, wie sie in Art. 21 Abs. 1 EMRK zu finden sind, trägt zur Fortentwicklung der Verfahren bei und erarbeitet ebenenübergreifende Prinzipien zur Richterauswahl, deren Respekt sie gegenüber den Mitgliedstaaten einfordert. Auch spielt sie eine wichtige Rolle in der Anwendung der zuvor erarbeiteten Kriterien. Auf überzeugende Weise begegnet sie somit den Kontingenzen und der politischen Bedeutung der Auswahl der EGMR-Richter.¹⁰ In der EU verlaufen diese Prozesse in anderen Bahnen. Hier hat ein mit dem Lissabon-Vertrag eingerichteter Expertenausschuss eine zentrale Stellung eingenommen, dessen Wirken im Lichte demokratischer Prinzipien problematisch ist. Eine Parla-

10 Richterauswahl zu EGMR und EuGH ist, entgegen einer verbreiteten Meinung, keineswegs von technischer Natur und rechtlich stark determiniert. Die Kriterien zur Richterauswahl sind nur lose umrissen. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verlangt Unabhängigkeit und Fachkenntnis von EuGH-Richtern (Art. 251 Abs. 1 und Art. 254 Abs. 2 AEUV), die Europäische Menschenrechtskonvention ein „hohes sittliches Ansehen“ und juristische Kompetenz (Art. 21 Abs. 1 EMRK). Diese groben Eckpfeiler eines richterlichen Anforderungsprofils müssen konkretisiert werden, um entscheidungsleitend werden zu können. In der Praxis geschieht genau das. Kriterien werden wie Normen in generell-abstrakter Form niedergelegt. Siehe im Detail Teil III.1.

mentarisierung der EuGH-Richterauswahl scheint geboten; vom Vergleich mit dem Europarat angeregt und im Lichte der demokratischen Prinzipien der EU-Verträge gefordert.

Gleichwohl: Die These von der demokratischen Strahlkraft der EGMR-Richterauswahl soll nicht über bestehende Probleme in den Auswahlverfahren des Europarats hinwegtäuschen. Diese wurzeln vor allem im mangelnden Respekt der Institutionen und Mitglieder des Europarats für das Recht, das sie selbst entwickelt haben. Auch wenn die rechtliche Ausgestaltung der Verfahren überzeugt, so ist die Praxis demokratisch oft äußerst problematisch.¹¹ Es bleibt auch hier viel zu tun.

II. Der Gleichklang demokratischer Prinzipien der EU und des Europarats

Dieser Abschnitt entwickelt den Gleichklang der demokratischen Prinzipien im Recht der EU und des Europarats, die dann im nächsten Abschnitt (III.) auf die Richterauswahl angewandt werden. Wohlgermerkt: Es geht nicht darum, Rechtsprinzipien zu entwickeln, die ein Rechtswidrigkeitsurteil tragen können, also bestimmte Regeln oder Praktiken als rechtswidrig zu behaupten. Im Folgenden geht es allein um Leitprinzipien, die eine rechtswissenschaftliche Rekonstruktion und verfassungspolitische Einschätzungen juristisch rechtfertigen.

In der EU ist die Entwicklung demokratischer Prinzipien am weitesten vorangeschritten. Keine andere öffentliche Institution jenseits des Staates verfügt über öffentliche Gewalt wie die Europäische Union. Entsprechend wurden in einer über zwanzig Jahre alten Debatte mögliche Strategien zur demokratischen Legitimation unionaler öffentlicher Gewalt intensiv erörtert. Artikel 9 bis 12 EUV, die „demokratischen Grundsätze“¹² der Union, sind ihr zu verdanken. Sie wurden durch den Vertrag von Lissabon in das Unionsprimärrecht eingefügt und sollen die Institutionen der Union repräsentativ, responsiv, deliberativ und transparent verfassen. Diese Prinzipien wurden in einem breiten Verfahren entwickelt und in nationalen Ratifika-

11 Vgl. nur Norbert Paul Engel, „Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR“, EuGRZ 39 (2012), S. 486.

12 In anderen Sprachversionen wird von democratic principles (Englisch) oder principes démocratiques (Französisch) gesprochen. Wir verwenden die Begriffe Prinzip und Grundsatz im Text synonym.

tionsprozessen mit hohen, zumeist verfassungsändernden Quoren beschlossen.¹³ Artikel 9 bis 12 EUV beruhen also auf dem Konsens einer breiten Mehrheit der europäischen Bürgerinnen und Bürger. Nach Wortlaut und Systematik ist es dabei unzweifelhaft, dass sie alle Institutionen umfassen und daher auch für den EuGH gelten.¹⁴

Der Europarat verfügt über keinen vergleichbaren Katalog an demokratischen Prinzipien. Das Bekenntnis zu demokratischem Regieren ist aber fest in seinem Gründungsdokument verankert. Der Schutz und die Verwirklichung der Demokratie zählen zu den Zielen des Europarats,¹⁵ und der Europarat sieht sich selbst an die demokratischen Prinzipien gebunden.¹⁶ Wenngleich ein Katalog solcher Prinzipien fehlt, so sind doch, ähnlich wie in der EU, Repräsentation, Transparenz und Deliberation von herausragender Bedeutung, wie sich aus dem institutionellen Recht des Europarats und einigen sekundärrechtlichen Instrumenten ergibt.

1. Repräsentative Demokratie

Die Mitgliedstaaten verstehen sich als repräsentative Demokratien, und entsprechend sind Parlamente oftmals in das Richterauswahlverfahren für wichtige Gerichte eingebunden.¹⁷ Auch die EU gründet auf dem Prinzip der repräsentativen Demokratie, das in Artikel 10 EUV allerdings bemerkenswert und auch für die Richterauswahl relevant fortentwickelt wird. Nach dem zweiten Absatz dieser Bestimmung bestehen zwei Legitimi-

13 Und, nicht zuletzt, verfassungsgerichtlich kontrolliert, vgl. das spanische Verfassungsgericht, Rs. 1/2004, Urteil vom 13. Dezember 2004; das deutsche Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 30. Juni 2009, BVerfGE 123, 267, 353; das tschechische Verfassungsgericht, Urteil vom 8. März 2006, Pl. ÚS 50/04; Urteil vom 3. Mai 2006, Pl. ÚS 66/04, Rn. 53; Urteil vom 22. November 2008, Pl. ÚS 19/08, Rn. 97.

14 Artikel 10 EUV spricht ausdrücklich ganz allgemein von der „Arbeitsweise der Union“, die nach Artikel 9 EUV „in ihrem gesamten Handeln“ demokratisch sein muss. Die Differenzierung nach Institutionen erfolgt erst in Artikel 13 EUV.

15 Vgl. Erwägungsgrund 2 der Präambel und Artikel 1 der Satzung des Europarats (5. Mai 1949) ETS I.

16 Europarat (Ministerkomitee), „Access to Council of Europe documents“ (12. Juni 2001) CM Res 2001/6 „Convinced that the application by the Council of Europe of the principles and standards which it lays down for its member states is a fundamental element of the Organisation’s credibility and consistency.“

17 Vgl. die Nachweise in Fn. 1 .

onsstränge, die ein Mehrebenenmodell europäischer Demokratie begründen. Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind im europäischen Parlament vertreten, das sie in unmittelbarer und allgemeiner Wahl wählen. Die europäischen Völker hingegen sind im Europäischen Rat und dem Rat vertreten, die aus nationalen Regierungen zusammengesetzt sind, welche den nationalen Parlamenten oder unmittelbar den Staatsbürgern verantwortlich sind. Die zentrale Rolle der nationalen Parlamente wird unter anderem durch Artikel 12 EUV bestätigt, der nationalen Parlamenten eine wichtige Rolle in der Mitgestaltung und Kontrolle europäischer Politik zuweist. Die Bürgerinnen und Bürger der Union werden heute nicht mehr nur in ihren nationalen Parlamenten, sondern auch in dem Europäischen Parlament demokratisch repräsentiert.¹⁸ Eine solche demokratische Mehrebenenstruktur legt es nahe, öffentliches Handeln insgesamt und damit auch die Richterauswahl als eine Aufgabe in *gemeinsamer Verantwortung* zu begreifen.

Auch die Satzung des Europarats spricht eine klare Sprache: seine zentralen Organe, das Ministerkomitee und die parlamentarische Versammlung, sind aus „Repräsentanten“ zusammengesetzt.¹⁹ Das Recht weist somit auf diese Institutionen, wenn es um die Bestimmung des Ortes politischer Willensbildung im Europarat geht. Das Ministerkomitee ist aus den jeweiligen Außenministern oder sie vertretenden hochrangigen Diplomaten zusammengesetzt,²⁰ die parlamentarische Versammlung vereinigt Abgeordnete, welche die nationalen Parlamente entsenden.²¹ Obwohl die parlamentarische Versammlung nicht unmittelbar gewählt wird, vertritt sie Bürgerinteressen aus transnationaler Perspektive.²² Viel spricht demnach dafür, auch die parlamentarische Versammlung als eine Institution mit dem Mandat demokratischer Repräsentation zu begreifen.²³

18 Jürgen Habermas, „The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law“, EJIL 23 (2012), S. 335, 343.

19 Artikel 14 und 25 Satzung des Europarats (Fn. 15).

20 Artikel 15 Satzung des Europarats (Fn. 15).

21 Artikel 25a Satzung des Europarats (Fn. 15).

22 Isabelle Ley, *Opposition im Völkerrecht*, 2015, S. 234, mit dem Nachweis, dass Entscheidungen in der parlamentarischen Versammlung sowohl entlang nationaler als auch entlang politischer Trennlinien erklärt werden können.

23 Die Frage nach den demokratischen Subjekten, in deren Namen hier entschieden wird, ist vielschichtig und voraussetzungsvoll; ihr kann hier nicht nachgegangen werden; näher: von Bogdandy/Venzke (Fn. 5), insb. S. 286-292.

Natürlich bestehen wichtige Unterschiede zum europäischen Parlament. Während die parlamentarische Versammlung dem Muster des internationalen Parlamentarismus folgt, in dem sie auf der Zusammenarbeit nationaler Parlamentarier beruht, repräsentiert das Europaparlament eine neue politische Gemeinschaft. Dieser zentrale Unterschied ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass beide Institutionen die Funktion demokratischer Repräsentation jenseits des Staates erfüllen.

2. Transparenz, Partizipation und Deliberation

Natürlich sieht sich repräsentative Demokratie jenseits des Staates besonderen Herausforderungen gegenüber. Insbesondere sind die repräsentativen Institutionen nur wenig in lebendige Öffentlichkeiten eingebunden. Dies spricht zum einen dafür, nationale Parlamente in das Regieren jenseits des Staates einzubinden, wie es etwa Artikel 12 EUV festlegt. Zum anderen lenkt es den Blick vermehrt auf die Frage, wie eine Entscheidung getroffen wird. Pointiert gewendet: Öffentliche Institutionen jenseits des Staates müssen sich, mehr noch als nationale Institutionen, ihre demokratische Legitimation *erarbeiten*.

Im Unionsrecht hat diese Einsicht in Artikel 11 EUV Niederschlag gefunden.²⁴ Diese Bestimmung verlangt, dass Entscheidungen so offen wie möglich getroffen werden, dass Partizipation ermöglicht wird und dass ein deliberativer Beratungs- und Entscheidungsmodus vorherrscht. Die Einbindung unterschiedlicher Standpunkte und ihre offene und deliberative Behandlung bereichern die Entscheidungsfindung auf vielfältige Weise.²⁵ Transparenz erlaubt es, an relevantes Wissen zu gelangen. Die Nachvollziehbarkeit öffentlichen Handelns und die Möglichkeit der Zuweisung von Verantwortung sind demokratisch essentiell, insbesondere in einem komplexen Mehrebenensystem. Dementsprechend hat der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung den demokratischen Kern der unionalen Transpa-

24 Ausf. Joana Mendes, „Participation and the Role of Law After Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU“, CMLRev. 48 (2011), S. 1849.

25 Partizipative und deliberative Demokratiemodelle sind mittlerweile im Mainstream der Demokratietheorie angekommen; exemplarisch: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, S. 268-271; Deirdre Curtin, *Postnational Democracy: The European Union in Search of a Political Philosophy*, 1997, S. 53-61; Amartya Sen, *The Idea of Justice*, 2009, S. 321-337.

renzvorschriften herausgestrichen. Demokratische Offenheit ist das Prinzip, Verschluss die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.²⁶ Dem Verständnis der Unionsverträge zufolge sind Partizipation, Deliberation und Transparenz zentrale Bestandteile demokratischen Regierens in Europa.

Vergleichbare demokratische Prinzipien finden sich im Recht des Europarats, obgleich sie weit stärker auf staatliches Handeln als auf den Europarat zielen.²⁷ Ein Bekenntnis zu partizipativen und deliberativen Mechanismen findet sich aber unter anderem in Regeln des Ministerkomitees, die Konsultationen und Beratungen mit anderen Institutionen und Experten vorsehen.²⁸ In Bezug auf Transparenz gibt die *Convention on Access to Official Documents* aus dem Jahr 2009 die Marschrichtung vor.²⁹ Sie unterstreicht die Bedeutung der Transparenz öffentlicher Institutionen in einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft. Im Sinne demokratischen Regierens jenseits des Staates muss dies auch für supranationale und internationale Herrschaftsstrukturen gelten. Dementsprechend stellt der Europarat nicht nur Vorgaben für seine Mitgliedstaaten auf, sondern bindet *sich selbst* an Transparenzvorgaben. Auch im Europarat gilt: Geheimhaltung ist die Ausnahme und Transparenz die Regel.³⁰

III. Die Richterauswahl in der demokratischen Rekonstruktion

Demokratische Prinzipien benötigen konkrete Verfahren und Praktiken, um legitimatorische Wirkung zu entfalten. Diese gilt es zu rekonstruieren, will man den demokratischen Gehalt der Auswahl der Richter für EGMR

26 EuGH, Verb. Rs. C-39/05 P und C-52/05 P, Schweden und Turco./Rat, EU:C:2008:374, Rn. 45-46 und Rs. C-280/11 P, Rat./Access Info Europe, EU:C:2013:671, Rn. 32-33.

27 Vgl. aber Europarat (Ministerkomitee) „Access to Council of Europe documents“ (Fn. 16).

28 Europarat (Ministerkomitee) „Rules of Procedure for the meetings of the Ministers’ Deputies“ (4. Juli 1955, 4. überarbeitete Version 2005), Artikel 15; vgl. auch Europarat (Sekretariat des Ministerkomitees) „Hearings and exchanges of views within the Ministers’ Deputies“ (11. März 2008) CM/Bur/Del(2008)2 revised.

29 Europarat „Convention on Access to Official Documents“ (18. Juni 2009) CETS 205, 4. Erwägungsgrund der Präambel.

30 Europarat (Ministerkomitee) „Access to Council of Europe documents“ (Fn. 16) 3. Erwägungsgrund der Präambel; vgl. auch Europarat (parlamentarische Versammlung) „Transparency of the work of the Committee of Ministers“ (4. November 2005) Doc 10736.

und EuGH bewerten. Die folgende Darstellung untersucht zunächst die Entwicklung von Kriterien zur Richterauswahl (1.) und dann das eigentliche Verfahren der Auswahl einzelner Kandidaten (2.). Es geht also im ersten Schritt darum, wie die abstrakten Kriterien für einen guten Richter entwickelt werden, und erst der zweite Schritt thematisiert, wie einzelne Kandidaten ausgesucht werden. Gewiss sind in der Praxis Kriterienentwicklung und -anwendung eng miteinander verwoben. Es ist gleichwohl erkenntnistiftend, zwischen verallgemeinernder und offener Rechtschöpfung einerseits und individualisierender und determinierter Rechtsanwendung andererseits zu unterscheiden.³¹

1. Die Entwicklung von Kriterien

In der EU und im Europarat werden die vagen Vorgaben für die Auswahl von EuGH- bzw. EGMR-Richtern, wie sie in den EU-Verträgen und der EMRK zu finden sind, institutionell konkretisiert, jedoch auf markant unterschiedliche Weise. In Straßburg ist die parlamentarische Versammlung, im Zusammenspiel mit nationalen Regierungen, dem Ministerkomitee und dem EGMR, die treibende Kraft. In offenen und deliberativen Verfahren, den „notwendigen Lärm“ demokratischen Regierens generierend und verarbeitend, hat sie eine Reihe von Kriterien für die Richterauswahl aufgestellt und dabei ebenso wichtige wie umstrittene Fragen entschieden (a). Während in Straßburg die Frage, was einen guten Richter ausmacht, mit „demokratischem Lärm“ verhandelt wird, geht es in Brüssel weitaus zugeknöpfter zu. Dort sitzt der sogenannte Artikel 255-Ausschuss an zentraler Stelle, der in seinen Tätigkeitsberichten einen expertokratisch verbrämten Kriterienkatalog für die Auswahl von Richtern niedergelegt hat (b).

a) Straßburg: demokratischer Lärm und kooperative Rechtsentwicklung

Die Auswahl der EGMR-Richter ist eine der sichtbarsten und wichtigsten Kompetenzen der parlamentarischen Versammlung. Seit Mitte der 90er Jahre hat sie die Auswahlverfahren aktiv gestaltet. Dabei wurde eine Reihe politischer Kernanliegen formuliert, z.B. die Verbesserung nationaler

31 Grundlegend Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 94-111.

Auswahlverfahren, die Fremdsprachenkenntnisse von Richtern oder das Ziel, den Anteil weiblicher Richter auf vierzig Prozent zu erhöhen. In einer Reihe von Rechtsakten, Empfehlungen, Resolutionen und Berichten hat die parlamentarische Versammlung Vorgaben für EGMR-Richter niedergelegt.³² Er soll kompetent und kommunikativ sein, die gesellschaftspolitische Dimension seiner Aufgabe erkennen, Menschlichkeit und ein Bekenntnis zum Dienst an der Allgemeinheit mitbringen.³³ Im Richterkollegium, dem er angehört, sollen die Geschlechter gleichmäßig vertreten sein. Darüber hinaus ist Mehrsprachigkeit wichtig.³⁴

Ob all diese Kriterien überzeugen, darüber mag man streiten. Was aus der Perspektive demokratischer Prinzipien jedoch besticht, ist das Verfahren, in dem diese Kriterien erarbeitet wurden. Dies lässt sich an einem spezifischen Ausschnitt der Kriterienentwicklung im Europarat näher darstellen, der gleichmäßigen Vertretung der Geschlechter auf der Richterbank. Um dies zu erreichen, hat die Versammlung die Vorgabe aufgestellt, dass nationale Kandidatenvorschlagslisten³⁵ auch weibliche Kandidaten aufführen müssen („gemischte Listen“). Ausnahmen sind nur zulässig, wenn der Vorschlag nur Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts enthält oder ein Staat sich auf besondere Umstände berufen kann.³⁶ Dieses Anliegen der Versammlung war Gegenstand intensiver parlamentarischer Debatten. Dabei wurde um die Position offen gerungen, und sie wurde über die Zeit fortentwickelt. Einerseits reagierte die parlamentarische Versammlung auf mangelnden Fortschritt in den Mitgliedstaaten,³⁷ andererseits stand sie in intensivem Austausch mit dem Ministerkomitee und nationalen Regierungen.

32 Für eine nützliche Übersicht aller von der parlamentarischen Versammlung angestoßener Reformen: Bericht des Committee on Legal Affairs and Human Rights der Versammlung, AS/Jur/Inf (2012) 02 rev 4 (7. Dezember 2012).

33 Europarat (parlamentarische Versammlung) Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 9963 (7. Oktober 2003), Rn 56. In diesem Dokument finden sich, neben den hier genannten Kriterien, noch weitere.

34 Id., Rn 10.

35 Gemäß Artikel 22 EMRK präsentieren die Konventionsstaaten Dreivorschläge, aus denen die parlamentarische Versammlung einen Kandidaten wählt.

36 Europarat (parlamentarische Versammlung) Resolution 1366 (2004), abgeändert durch Resolution 1426 (2005), Resolution 1627 (2008) und Resolution 1841 (2011).

37 Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1627 (2008) und Resolution 1841 (2011).

Das Ministerkomitee teilte schon früh das Grundanliegen³⁸ einer ausgegogenen Richterbank.³⁹ Dennoch stieß der Vorstoß der parlamentarischen Versammlung, auf gemischte Vorschlagslisten zu bestehen, auf Widerstand. Während des Auswahlverfahrens für den maltesischen Richter im Jahr 2006 präsentierte die maltesische Regierung eine Liste mit drei männlichen Kandidaten. Zu ihrer Rechtfertigung machte sie geltend, trotz öffentlicher Ausschreibungen keine geeignete weibliche Kandidatin gefunden zu haben. Die parlamentarische Versammlung bestand jedoch auf einer gemischten Liste. Daraufhin brachte Malta vor, dass die parlamentarische Versammlung gar nicht befugt sei, den nationalen Dreivorschlag aus Gründen der Geschlechtergleichheit abzulehnen und damit den Kriterien des Artikels 21 EMRK (juristische Expertise und hohes sittliches Ansehen) weitere hinzuzufügen.

Der EGMR erließ ein Gutachten zur Beilegung der Kontroverse.⁴⁰ Das Vorgehen des Gerichtshofs ist bemerkenswert. Er verwandte zwei Drittel des Gutachtens darauf, die Vorgeschichte des Streits detailliert aufzuarbeiten. Er unterstrich die Ausführlichkeit der Debatten in der parlamentarischen Versammlung und die grundsätzliche Übereinstimmung mit dem Ministerkomitee betreffend der ausgegogenen Vertretung der Geschlechter im Gerichtshof. Darüber hinaus bettete der EGMR seine Darstellung rechtsvergleichend ein: dabei zeichnete er einen Trend zu geschlechtergerechten Richterbanken in internationalen Gerichten und Verfassungs- und Höchstgerichten der Mitglieder des Europarats nach.⁴¹ Im Lichte dieser Darstellung diktierte der Gerichtshof kein eigenes Verständnis der Geschlechtergerechtigkeit auf der Richterbank. Vielmehr bestärkte er die parlamentarische Versammlung in ihrem Anliegen und auch ihrem Lösungsansatz, verlangte jedoch nach Ausnahmen, wenn alle angemessenen Schritte erfolglos blieben. Die parlamentarische Versammlung reagierte auf das Gutachten des Gerichtshofs und überarbeitete das Verfahren. Außergewöhnliche Umstände, die es erlauben, vom Gebot gemischter Listen

38 Das Ministerkomitee bestand immer auf der Möglichkeit, Ausnahmen zu gemischten Listen zuzulassen.

39 Europarat (Ministerkomitee) Guidelines of the Committee of Ministers, CM(2012)40 final (29. März 2012), II.8.

40 EGMR (GK), Gutachten „Certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights“ (12. Februar 2008).

41 Id. Rn. 34-35 und 49.

abzuweichen, können nun mit Zwei-Drittel-Mehrheit des zuständigen Unterausschusses der parlamentarischen Versammlung angenommen werden.⁴²

Die Entwicklung von Verfahren und Kriterien zur Sicherung einer geschlechtergerechten Richterbank ist ein erfolgreiches Beispiel kooperativer Rechtsentwicklung. Durch ihr umsichtiges Vorgehen stärkte die parlamentarische Versammlung die Legitimationsbasis ihrer Forderung. Sie fand grundsätzliche Übereinstimmung mit der „zweiten Kammer“ des Europarats, dem Ministerkomitee, sie setzte sich mit der rechtlichen Bewertung des EGMR auseinander und reagierte auf die Anliegen nationaler Regierungen. Die kooperativen, deliberativen und ebenenübergreifenden Elemente dieses Prozesses überzeugen im Lichte demokratischer Prinzipien. Auch die Zahlen legen den Befund nahe, dass eine solche demokratisch-kooperative Strategie erfolgversprechend ist: Zur Zeit sind 15 von 47 Richterstellen am EGMR mit Frauen besetzt. Das entspricht einer Quote von 32 Prozent, die sich deutlich von 18 Prozent Richterinnen am EuGH abhebt.⁴³

b) Brüssel: die Macht der Experten und das Schweigen der Staaten

In der Europäischen Union verläuft die Entwicklung von Kriterien zur Richterauswahl in anderen Bahnen. Der sichtbarste Akteur ist der durch den Lissabon-Vertrag eingerichtete Artikel 255-Ausschuss.⁴⁴ Seine Hauptaufgabe besteht darin, die Entscheidung der „Regierungen der Mitgliedstaaten“⁴⁵ durch eine Beurteilung einzelner Kandidaten vorzubereiten. In

42 Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1841 (2011), Rn. 6.3.

43 Von 38 Richtern und Generalanwälten am Gerichtshof sind lediglich 7 weiblich. Noch unausgewogener ist die Lage bei den 13 gewählten Ämtern (Präsident, Vizepräsident, Erster Generalanwalt und Kammerpräsidenten). Zurzeit werden nur zwei dieser Positionen von Frauen gehalten. Am Gericht ist die Lage etwas besser, 6 von 28 Richtern sind weiblich. Das entspricht einer Quote von 21 Prozent (Stand: 8.10.2015).

44 Details zu seiner Arbeitsweise finden sich in Artikel 255 AEUV und im Beschluss des Rates vom 25. Februar 2010 über die Arbeitsweise des in Artikel 255 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgesehenen Ausschusses [2010] ABl. L50/18.

45 Im Gegensatz zum Bestellverfahren des Direktoriums der europäischen Zentralbank (Art. 283 Abs. 2 AEUV) oder des europäischen Rechnungshofs (Art. 286

drei Tätigkeitsberichten hat dieses Expertengremium Kriterien aufgestellt, die es zur Bewertung heranzieht. Der Ausschuss besteht aus sieben Experten, hauptsächlich aus den Reihen nationaler und früherer europäischer Richter, wobei ein Mitglied vom europäischen Parlament vorgeschlagen wird.

Die Einrichtung dieses Expertengremiums stellt ohne Zweifel eine wertvolle Fortentwicklung der Auswahlverfahren dar. Die Einbeziehung von Experten in die Entscheidungsfindung kann eine hilfreiche Grundlage für die Bewertung der fachlichen Qualifikation einzelner Kandidaten bieten.⁴⁶ Dennoch, betrachtet man Richterauswahl aus der Perspektive demokratischer Prinzipien, kann die Rolle von Experten in diesem Prozess nur eine beschränkte sein,⁴⁷ insbesondere bei der Erarbeitung von Verfahren und Kriterien. Dies ergibt sich nicht nur aus Artikel 10 EUV, der repräsentativen Institutionen die Behandlung von Grundsatzfragen, wie die Frage, was einen guten Richter ausmacht, zuweist, sondern auch aus den Verfahren des Ausschusses. Der Ausschuss tagt weder öffentlich,⁴⁸ noch ist er verpflichtet, seine Arbeit gegenüber der Allgemeinheit zu rechtfertigen.⁴⁹ Darüber hinaus werden die Experten selbst nach einem expertokratischen, kooptativen Modus ernannt, denn es ist der Präsident des EuGH, der einen Vorschlag über die Zusammensetzung des Artikel 255-Ausschusses⁵⁰ erstellt; ein Vorschlag, dem die Mitgliedstaaten bislang stets gefolgt sind.

Der Ausschuss hat selbst erkannt, dass ihm nur eine beschränkte Rolle im Auswahlverfahren zukommen kann. Er betont zum Beispiel, dass er sich nicht mit der Zusammensetzung der Richterbank zu befassen hat.⁵¹ Fragen sozialer Repräsentativität oder die gleichmäßige Vertretung der Geschlechter auf der Richterbank liegen außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs. Diese Form der Zurückhaltung ist aber zweischneidig: einerseits ist sie, im Lichte der beschränkten demokratischen Legitimität des Aus-

Abs. 2 AEUV) handelt hier nicht der Rat oder der europäische Rat, sondern die „Regierungen der Mitgliedstaaten“.

46 Dies wird später ausführlich erläutert, vgl. Text zu Fn. 67 ff.

47 Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow, „Die demokratische Legitimation des Richters“, JZ 2002, S. 673, 677.

48 Beschluss des Rates (Fn. 44) Anhang, Nr. 5.

49 Id., Anhang, Nr. 7 und 8.

50 Art. 255 Abs. 2 AEUV.

51 EU (Rat) Second Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26. Dezember 2012 (Doc. 5091/13), S. 7.

schusses, zu begrüßen; andererseits werden damit zentrale Fragen, die es bei der Auswahl von Richtern der obersten Gerichte zu beachten gilt, zwar nicht angesprochen, wohl aber entschieden. Denn der Artikel 255-Ausschuss kommt gar nicht umhin, wichtige wertende Entscheidungen zu treffen. Bei der Bewertung der Berufserfahrung einzelner Kandidaten, eines von sechs Kriterien des Ausschusses,⁵² hat er offengelegt, dass er besonderes Augenmerk auf die Ansichten der Kandidaten zu „Natur, Rolle und Umfang des Richteramts“ legt.⁵³ Diese Formulierung legt es nahe, dass der Ausschuss Kandidaten nach ihren beruflichen Selbstverständnissen bewerten soll. Klar ist, dass die möglichen Antworten auf diese Frage ganz unterschiedlich ausfallen können. Die richterliche Tätigkeit kann als purer Erkenntnisakt oder aber als kreative Rechtsarbeit begriffen werden; die gebotene Rolle eines europäischen Richters mag für den einen durch Zurückhaltung bestimmt sein, für andere hingegen durch aktive Gestaltung. Man kann die Union als ein neues föderales Gemeinwesen denken oder schlicht als Instrument zwischenstaatlicher Kooperation. Die Mitgliedstaaten oder aber die Unionsbürger können als maßgeblicher normativer Fluchtpunkt richterlichen Entscheidens begriffen werden.

All dies sind mögliche und legitime Verständnisse der richterlichen Tätigkeit, die bestimmen, wie Kandidaten „Natur, Rolle und Umfang des Richteramts“ auslegen. Offen derartige Grundverständnisse zu thematisieren setzt Richter keineswegs Politikern gleich und stellt auch ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit nicht in Frage. Unweigerlich fließen politische Überzeugungen und soziale und gesellschaftliche Grundverständnisse in richterliche Rechtsarbeit ein.⁵⁴ Es geht hier also nicht darum, den Artikel 255-Ausschuss für sein Vorgehen zu kritisieren. Vielmehr ist festzustellen, dass er in einem Dilemma steckt. Er nimmt zu Recht davon Abstand, offensichtlich politische Fragen offen zu behandeln, kommt aber dennoch nicht umhin, genau dies zu tun. Ein solches Dilemma ist auch bei

52 Die anderen fünf Kriterien sind juristische Expertise, die Eignung, die Aufgaben des Richteramts wahrzunehmen, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Sprachkenntnisse und die Fähigkeit, in einem internationalen Umfeld zu arbeiten.

53 EU (Rat) (First) Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 17 February 2011 (Doc. 6509/11), S. 10: „nature, role and scope of the office of Judge or Advocate-General“.

54 Gil Carlos Rodriguez Iglesias, „The Judge Confronts Himself as Judge“, in: Robert Badinter/Stephen Breyer (Hrsg.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, 2004, S. 275, 281.

der Zusammensetzung der Richterbank zu beobachten. Obwohl der Ausschuss erklärt hat, sich nicht mit der Zusammensetzung der Richterbank zu befassen, legen Studien nahe, dass unter der Ägide der Experten vor allem Kandidaten mit einer langen nationalen Richterkarriere den Weg auf die Luxemburger Richterbank finden und insbesondere der Anteil an Wissenschaftlern oder Diplomanten sinkt.⁵⁵ Es wird kein Zufall sein, dass dieses Profil dem beruflichen Hintergrund vieler Ausschussmitglieder entspricht.

All dies gäbe weniger Anlass zu Kritik, wenn man davon ausgehen könnte, dass der politische Prozess die Entscheidungen des Ausschusses einer vollinhaltlichen Prüfung unterziehen und ihm klare inhaltliche Vorgaben machen würde. Gemäß Artikel 253 und 254 AEUV ist dies die Aufgabe der Regierungen der Mitgliedstaaten. Diese haben, im wahrsten Sinne des Wortes, das letzte Wort. Eine anachronistisch anmutende Konstruktion⁵⁶ sorgt sogar dafür, dass das Verfahren der Richterauswahl in der EU gerichtlicher Nachprüfung gänzlich entzogen ist.

Bedauerlicherweise ist kaum zu sagen, wie die Mitgliedstaaten ihre Rolle begreifen und ausfüllen. Weder wird die Auswahl einzelner Richter begründet, noch sind die Verhandlungen zwischen den Regierungen öffentlich zugänglich. Die institutionelle Dynamik spricht jedoch für eine zurückgenommene Rolle der anderen Regierungen. Bevor der Artikel 255-Ausschuss eingerichtet wurde, war es Praxis, Kandidaten, die von einem Mitgliedstaat vorgeschlagen wurden, einfach durchzuwinken.⁵⁷ Die Einrichtung des Ausschusses kann vor diesem Hintergrund als direkte Antwort auf diese diplomatische Zurückhaltung und den offenbaren Mangel an kritischer Auseinandersetzung mit einzelnen Kandidaten gesehen wer-

55 Tomáš Dumbrovský/Bilyana Petkova/Marijn van der Sluis, „Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States“, CMLRev. 51 (2014), S. 460, 482.

56 Vgl. die Bestellverfahren des Direktoriums der Europäischen Zentralbank (Art. 283 Abs. 2 AEUV) oder des Europäischen Rechnungshofs (Art. 286 Abs. 2 AEUV), bei denen der europäische Rat bzw. der Rat entscheiden, deren Entscheidungen gemäß Art. 263 Abs. 1 AEUV gerichtlich nachprüfbar sind. Entscheidungen der „Regierungen der Mitgliedstaaten“ sind dies jedoch nicht.

57 Ulrich Karpenstein, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2013, Artikel 253 AEUV, Rn 10.

den.⁵⁸ Die Folgebereitschaft, die die Regierungen der Mitgliedstaaten dem Artikel 255-Ausschuss entgegenbringen, ist unter diesen Umständen nicht verwunderlich. Mit einem Hauch von Genugtuung hat der Ausschuss in seinem dritten Tätigkeitsbericht offengelegt, dass all seinen Empfehlungen, darunter sieben negativen Voten, gefolgt wurde.⁵⁹ Die Einrichtung des Artikel 255-Ausschusses hat hohe argumentative und reputationale Hürden zur Folge, die es zu überspringen gilt, möchte man von seinem Urteil abweichen. Die Richterauswahl in der EU wird als technischer und expertokratischer Prozess ausgeflaggt. Dies verfehlt die wahre Natur des Verfahrens. Darüber hinaus erlaubt ein solches Verständnis nicht, Unzufriedenheit mit den Kriterien des Artikel 255-Ausschusses als konstruktive Kritik zu äußern. Wichtige Fragen, die einer eingehenden Debatte bedürften,⁶⁰ haben kein Forum, in denen sie artikuliert werden können.

2. Die Anwendung des Rechts

Nicht jede Bestellung eines Richters muss zu breit angelegten und grundsätzlichen Debatten führen. Manches Auswahlverfahren mag zur Behandlung solcher Grundsatzfragen anstoßen, andere nicht. Bei der Anwendung der Kriterien, die zuvor erarbeitet wurden, liegt der Fokus zunächst einmal auf dem Sammeln und Bewerten von Informationen über die einzelnen Kandidaten. Dabei werden zu Recht die zentrale Rolle von Expertise und die Notwendigkeit objektiver Beurteilung betont. Aus demokratietheoretischer Sicht lassen sich aber auch für diese Phase des Auswahlprozesses Vorgaben formulieren. Drei Komplexe sind von herausgehobener Bedeutung: der Vorschlag von Kandidaten durch die Mitgliedstaaten (*a*), die Einbindung von Expertenausschüssen (*b*) und die letztendliche Entscheidung (*c*). Auch hier spielt die parlamentarische Versammlung des Europarats eine wichtige Rolle.

58 Ricardo Passos, „Le système juridictionnel de l’Union“ in: Giuliano Amato/ Hervé Bribosia/Bruno de Witte (Hrsg.), *Genèse et destine de la Constitution européenne*, 2007, S. 565, 585.

59 EU (Rat) Third Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13. Dezember 2013, S. 9-10.

60 Zur Bedeutung einer diversifizierten Expertise auf der Richterbank Damien Chalmers, „Judicial Performance, Membership, and Design at the Court of Justice“ in: Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe’s Judges*, 2015, S. 51.

a) Kandidatenvorschläge

Der Ausgangspunkt der Richterauswahl in der EU und im Europarat sind Kandidatenvorschläge der Mitgliedstaaten. Dieser erste Schritt prägt das gesamte weitere Verfahren; Defizite können später kaum noch behoben werden. Nationale Stellen tragen so eine große Verantwortung. Öffentliche Stellenausschreibungen und eine transparente und begründete Auswahl können dazu beitragen, dass geeignete Kandidaten aus der nationalen Vorauswahl hervorgehen. Ebenso kann die Einbindung nationaler Parlamente die Transparenz und öffentliche Sichtbarkeit der Prozesse erhöhen. In dieser Hinsicht gibt es in beiden Systemen Verbesserungspotential.⁶¹ Ein zentraler Unterschied zwischen Europarat und EU besteht jedoch in der Anreizstruktur. Die parlamentarische Versammlung hat offen erklärt, dass sie nationale Vorschlagslisten in ihrer Gesamtheit zurückweist, wenn die nationale Vorauswahl nicht einer Reihe grundlegender Prinzipien entspricht.⁶² Das Verfahren der Kriterienentwicklung für die Richterauswahl im Europarat hat es auch in dieser Hinsicht erlaubt, politisch sensible und potentiell umstrittene Kriterien inklusiv zu formulieren. Der Artikel 255-Ausschuss hingegen konzipiert die nationalen und supranationalen Elemente der Auswahl als voneinander getrennte Prozesse. Ein Kandidat, der aus einer intransparenten, wenn nicht gar korruptierten nationalen Vorauswahl hervorging, kann, wenn er den Kriterien des Ausschusses entspricht, dennoch EuGH-Richter werden.⁶³ Dass eine defizitäre nationale Vorauswahl besseren Kandidaten den Weg zum europäischen Richteramt verbaut hat, ist für den Ausschuss nicht von Belang. Er geht sogar so weit, die nationale Vorauswahl dem Anwendungsbereich des Unionsrechts gänzlich zu entziehen.⁶⁴ Dies ist angesichts des Verbundcharakters europäischen Regierens, das von gemeinsamen Prinzipien getragen wird,

61 Vgl. die Zusammenstellung des Committee on Legal Affairs and Human Rights der parlamentarischen Versammlung, AS/Jur (2008) 52 (1. Dezember 2008).

62 Die nationalen Auswahlprozesse müssen demokratisch, transparent und ohne Diskriminierung ablaufen; Europarat (parlamentarische Versammlung) Resolution 1646 (2009), Rn 2; dies kann z.B. öffentliche Stellenausschreibungen und die Anhörung nationaler Parlamente umfassen. Diese Forderungen werden vom Ministerkomitee unterstützt: Europarat (Ministerkomitee) CM (2012) 40 final (29. März 2012).

63 Third Activity Report (Fn. 59), S. 14.

64 Id., der Ausschuss meint: „[T]he selection procedure is the sole responsibility of the Member States and is not framed by the TFEU.“.

eine kaum haltbare Position.⁶⁵ Die parlamentarische Versammlung des Europarats betont hingegen die *gemeinsame* Verantwortung durch das Insistieren auf *gemeinsamen* Prinzipien. Die parlamentarische Versammlung gibt nationalen Auswahlprozessen weder konkrete inhaltliche Vorgaben, noch regelt sie die nationalen Verfahren im Detail. Vielmehr zielt sie auf die Sicherung legitimer nationaler Auswahlverfahren und so auf die Aktivierung des Potentials eines komplexen Legitimationsmechanismus.⁶⁶

Angesichts des Mehrebenencharakters der Auswahlverfahren ist es auch wichtig, dass über mehr als nur einen Kandidaten zu entscheiden ist. Wird, wie in der EU, lediglich ein Kandidat von den nationalen Stellen vorgeschlagen, bedingt dies hohe Reputationskosten aller Beteiligten, sollte es zur Ablehnung dieses Kandidaten kommen. Ein Dreier-Vorschlag, wie er im Recht des Europarats vorgesehen ist, scheint vorzugswürdig. Dies auch in der EU einzuführen, wäre ein Leichtes: Die einschlägigen Bestimmungen des AEUV (Artikel 253 und 254) lassen offen, wie viele Kandidaten nationale Regierungen vorschlagen sollen.

b) Die Einbindung von Experten

Ein zweites wichtiges Element in beiden Systemen sind Expertenausschüsse. Kürzlich hat auch der Europarat einen solchen Ausschuss mit sieben Experten gebildet. Dieses, informell nach seinem ersten Präsidenten *Luzius Wildhaber* benannte Gremium, soll die Mitgliedstaaten über die Eignung von Kandidaten beraten, bevor ein nationaler Dreier-Vorschlag der parlamentarischen Versammlung übermittelt wird.⁶⁷ Die Einbindung von Experten ist wertvoll, auch aus einer demokratietheoretischen Perspektive. Natürlich kann sich ihre Zuständigkeit nicht auf die Festlegung von Kriterien oder die schlussendliche Wahl eines Kandidaten erstrecken. Vielmehr sollen sie die im politischen Prozess entwickelten Kriterien anwenden⁶⁸ und die Grundlage für Entscheidungen aufbereiten. Oftmals sind

65 Vgl. nur Artikel 2 EUV.

66 Sie ist dabei durchaus erfolgreich. So hat das deutsche Justizministerium im Zuge der EGMR-Richterauswahl im Jahr 2010 zum ersten Mal öffentliche Stellenausschreibungen durchgeführt.

67 Europarat (Ministerkomitee) Resolution CM/Res(2010)26.

68 In dieser Hinsicht erscheint die Tendenz des Wildhaber Komitees Inspiration aus den Kriterien des Artikel 255-Ausschusses zu ziehen, anstatt sich der parlamentarischen Versammlung zuzuwenden, durchaus problematisch.

solche Experten durch ihre persönliche und berufliche Erfahrung aber besonders geeignet, Informationen zu sammeln, zu ordnen und zu bewerten, also etwa die berufliche Qualifikation, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Kandidaten zu beurteilen.

Aus demokratischer Perspektive erscheint es aber wichtig, dass die Bürger die der Auswahl zugrunde liegenden Überlegungen nachvollziehen können. Um Transparenz, Zurechenbarkeit und eine öffentliche Debatte zu ermöglichen, sollten die Expertenmeinungen und leitenden Gründe für die Auswahl, unter Wahrung legitimer Geheimhaltungsinteressen,⁶⁹ veröffentlicht werden. Dabei geht es nicht darum, alle Kandidaten prinzipiell und vollständig ins Rampenlicht zu zerren. Wenn man jedoch nach einem hohen europäischen Richteramt strebt und wenn man darüber hinaus von den mit der Auswahl betrauten Institutionen respektvoll und fair behandelt wird, sollte man fähig und willens sein, sich einem gewissen Maß öffentlicher Aufmerksamkeit zu stellen. Öffentlichkeit kann darüber hinaus im ureigenen Interesse der Kandidaten liegen. Transparenz herzustellen und Öffentlichkeit zu ermöglichen bleibt ein dringliches Reformprojekt für die Richterauswahl zu beiden Gerichten.⁷⁰ Dass Transparenz dazu führen kann, fehlgeleitete Auswahlverfahren ans Licht zu bringen, ist an einigen Fällen im Europarat ablesbar. Zeitungsberichte und der parlamentarische Prozess im Europarat führten zum Rückzug ungeeigneter Kandidaten.⁷¹ Gewiss sind hier wichtige und schwierige Abwägungen zu treffen, aber es scheint offensichtlich, dass Transparenz weiter als bislang verwirklicht werden sollte.⁷²

69 Einen überzeugenden Vorschlag hat Alberto Alemanno, in: Bobek (Fn. 60), S. 202, ausgearbeitet.

70 Vgl. die Studie von Jutta Limbach et al, *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, Interights, London 2003, verfügbar unter <http://www.interights.org/document/142/index.html> (Abrufdatum: 8.10.2015).

71 Mit zahlreichen Beispielen Engel (Fn. 11), S. 487 f.

72 Der Europarat geht durchaus in diese Richtung; vgl. den Draft CDDH report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights, GT-GDR-E(2013)R2 Addendum II (19. September 2013).

c) Die Entscheidung

Der bisherige Fokus auf die Erarbeitung von Kriterien zur Richterauswahl und auf die Verfahren zu deren Anwendung soll nicht dazu führen, die eigentliche Entscheidung aus dem Blick zu verlieren. In der Auswahl eines Kandidaten findet das Verfahren seinen Schlusspunkt, sie muss die Legitimationsleistung des Verfahrens bündeln. Die Entscheidung kann öffentliche Kritik auslösen und grundsätzliche Diskussionen anstoßen. Dies alles wird durch eine offene Wahl, wie sie im Recht des Europarats vorgesehen ist, erleichtert.

IV. Schluss

Die Parlamentarisierung der Richterauswahl meint mehr als die Herstellung eines formalen Legitimationszusammenhangs. Das stellt die parlamentarische Versammlung des Europarats eindrücklich unter Beweis. Ihr Wirken bei der Auswahl der EGMR-Richter besticht im Lichte der demokratischen Prinzipien der Repräsentativität, Transparenz, Partizipation und Deliberation, sowohl in der Erarbeitung von Kriterien zur Richterauswahl als auch in ihrer Anwendung. Sie leistet damit einen Beitrag zur Demokratisierung internationaler öffentlicher Gewalt.⁷³

Die Auswahlverfahren in der EU bleiben hingegen hinter den Vorgaben der Artikel 9-12 EUV zurück. Dass die demokratischen Ambitionen der Union vor dem Luxemburger Kirchberg halt machen, überrascht.⁷⁴ Die Forderung nach einer aktiveren Rolle des Europäischen Parlaments bei der EuGH-Richterauswahl ist weder neu noch unrealistisch. Sie wurde im *Spi-*

73 Bestehenden Probleme in der Praxis muss jedoch entschieden begegnet werden, um die demokratische Leistung nicht in Frage zu stellen, vgl. Engel (Fn. 11).

74 Die mangelnde Einbindung des europäischen Parlaments in die EuGH-Richterauswahl erstaunt auch aus systematischer Sicht. In Auswahlverfahren zu anderen unabhängigen Unionsorganen hat das Parlament zumindest eine beratende Rolle; vgl. Art. 283 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2 AEUV.

nelli-Bericht⁷⁵ und seitdem immer wieder artikuliert.⁷⁶ Erste Schritte zu einer Beteiligung des Parlaments wären zudem auch ohne Vertragsänderung möglich. Das Europäische Parlament könnte, durchaus durch den Artikel 255-Ausschuss beraten, Kriterien zur Richterauswahl in Form von Entschließungsanträgen oder Empfehlungen aufstellen.⁷⁷ Bereits solche kleine Schritte könnten die diskursive Qualität und öffentliche Wahrnehmung des Prozesses merklich erhöhen.

75 Der darin enthaltene Entwurf eines Vertrags zur Gründung der europäischen Union, ABl. C 77 vom 19.3.1984, S. 33, bestimmte in Art. 30 Abs. 2: „Die Mitglieder des Gerichtshofs werden zur Hälfte vom Parlament und vom Rat der Union ernannt. Bei ungerader Mitgliederzahl ernennt das Parlament ein Mitglied mehr als der Rat.“.

76 Ein Überblick bei Gregorio Garzón Clariana, „Le rôle du Parlement européen dans le développement de la Cour de justice“, in: Ninon Colneric et al (Hrsg.), Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, 2003, S. 21, 25ff.

77 Art. 120 der Geschäftsordnung des europäischen Parlaments.

