

## Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg  
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg  
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

## Redaktion

Martin Idler, Tübingen

## Mohr Siebeck

11 69. Jahrgang  
6. Juni 2014  
Seiten 529–584

# JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Armin von Bogdandy und Christoph Krenn, Heidelberg\*

## Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern

Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH

EGMR und EuGH üben auf wirkmächtige Weise öffentliche Gewalt aus. Dies bedingt die Frage ihrer demokratischen Rechtfertigung. Der vorliegende Beitrag rekonstruiert vor diesem Hintergrund die Verfahren zur Auswahl der EGMR- und EuGH-Richter anhand der demokratischen Prinzipien im Recht des Europarats und der EU. Drei Thesen leiten die Darstellung: Erstens, dass bei der Auswahl der EuGH-Richter die Rechtswirklichkeit hinter den normativen Vorgaben des EUV zurückbleibt; dass zweitens die Auswahlverfahren im Europarat demokratischen Prinzipien weit mehr entsprechen, und zuletzt, dass jedoch zugleich der mangelnde Respekt der Institutionen des Europarats für das Recht, das sie selbst entwickelt haben, demokratisch zutiefst problematisch ist.

### I. Problemaufriss

#### 1. Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch EGMR und EuGH

Über lange Jahre war die Auswahl internationaler Richter eine Sache von Diplomatie und Außenpolitik. Die Frage, wer ein Richteramt bekleiden sollte, wurde in Staatskanzleien und Ministerien verhandelt und hinter verschlossenen Türen entschieden. Auswahlverfahren lagen in den Händen nationaler Regierungen, auf ihre Expertise und Klugheit wurde vertraut, um geeignete Kandidaten zu finden.<sup>1</sup> Ein solcher Entscheidungsmodus überzeugte in einer Zeit, als

die internationale Gerichtsbarkeit in den Kinderschuhen steckte. Die Zahl effektiver gerichtlicher Spruchkörper war gering, Entscheidungen waren selten und noch seltener für Bürger relevant. Folglich schienen diplomatisches Geschick und exekutives Kalkül bestens geeignet, um die Richterbänke im fernen Den Haag und andernorts zu besetzen. Dass das Wirken dieser Gerichte die Freiheit des Einzelnen, demokratische Institutionen und soziale Konflikte betreffen könnte, war allenfalls Zukunftsmusik.

Dies hat sich grundlegend geändert. In den letzten zwei Jahrzehnten sind internationale und supranationale Gerichte zu wirkmächtigen Institutionen erstarkt; insbesondere der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH).<sup>2</sup> Ihre Richter stärken die Rechte des Einzelnen,<sup>3</sup> beschränken Gewerkschaften,<sup>4</sup> konturieren Beschäftigungsverhältnisse<sup>5</sup> oder entscheiden Sorgerechtsstreitigkeiten.<sup>6</sup> Das klassische Verständnis, das internationale Gerichte als bloße Organe der Streitschlichtung begreift, haben sie als multifunktionale Institutionen weit hinter sich gelassen.<sup>7</sup> Sie stabilisieren normative Erwartungen, indem sie die Geltung und Durchsetzbarkeit der Regeln, die sie anwenden, bekräftigen. Mehr noch, sie entwickeln das Recht weiter und erzeugen somit normative Erwartungen. Viele, auch die Gerichte selbst, sprechen daher von case law – „Fallrecht“.<sup>8</sup> Wichtige soziale Fragen sind maßgeblich durch ihre Rechtsprechung geregelt. Nicht zuletzt kontrollieren und legitimieren EGMR und EuGH andere Akteure. Auch damit sind sie funktional in vielerlei

\* Armin von Bogdandy ist Direktor am Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg und Präsident des OECD-Kernenergiegerichts; Christoph Krenn ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut. Dieser Text ist eine adaptierte Übersetzung von Armin von Bogdandy/Christoph Krenn, „On the Democratic Legitimacy of Europe’s Judges. A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures“, in: Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe’s Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts* (OUP, im Erscheinen 2014). Wir danken Markus Fyrnys, Matthias Goldmann, Jannika Jabn, Isabelle Ley, Karin Oellers-Frahm, Stefan Ruppert, Daniel Sarmiento und Stephan Schill für hilfreiche Anregungen und wertvolle Kritik.

<sup>1</sup> Ruth MacKenzie/Phillipe Sands, in: Kate Malleson/Peter H. Russell (Hrsg.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, 2006, S. 213, 213f.; Paul Mahoney *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008), 313, 324.

<sup>2</sup> Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, 2006, S. 9; Karen Alter, *The European Court’s Political Power*, 2009.

<sup>3</sup> EGMR (GK), Urteil v. 6. 10. 2005, Nr. 74 025/01 – Hirst ./ Vereinigtes Königreich (politische Rechte Strafgefangener).

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10 779 – Viking Line.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-426/11 – Mark Alemo-Herron, noch nicht in d. aml. Slg. (Beschränkung der Wirkung von Tarifverträgen bei Unternehmensübergang).

<sup>6</sup> EGMR, Urteil v. 3. 12. 2009, Nr. 22 028/04 – Zaunegger ./ Deutschland.

<sup>7</sup> Zu den Funktionen ausführlich Armin von Bogdandy/Ingo Venzke *Leiden Journal of International Law* 26 (2013), 49.

<sup>8</sup> Im Detail Marc Jacob *German Law Journal* 12 (2011), 1005, 1014ff.; Rechtschöpfung geschieht, obwohl eine Entscheidung rechtlich nur die Prozessparteien bindet.

Hinsicht mit nationalen Höchst- oder Verfassungsgerichten zu vergleichen.<sup>9</sup>

Auf welche Art und Weise EGMR und EuGH diese Funktionen ausüben, ist durch das positive Recht oft nur schemenhaft vorgezeichnet, so dass die Richter die rechtliche Ordnung nach ihren eigenen Vorstellungen prägen.<sup>10</sup> Und obwohl sie über keine unmittelbare Zwangsgewalt verfügen, sind sie doch gestaltungsmächtig: In aller Regel werden sowohl die konkrete Streitentscheidung als auch das an die Allgemeinheit adressierte Präjudiz befolgt. Mit anderen Worten: EGMR und EuGH üben als multifunktionale Institutionen öffentliche Gewalt aus.<sup>11</sup> Diese Erkenntnis führt unmittelbar zu der Frage nach ihrer Legitimation, insbesondere ihrer demokratischen Legitimation.<sup>12</sup>

## 2. Die Auswahl der Richter aus demokratischer Perspektive

Unter dieser spezifischen Frage betrachtet dieser Beitrag die Auswahl der EGMR- und EuGH-Richter.<sup>13</sup> Die Aktualität des Themas bestätigen Reformen in jüngerer Zeit.<sup>14</sup> So wurden für beide Gerichte Expertengremien eingerichtet, die, auf bemerkenswert unterschiedliche Weise, das Auswahlverfahren mitgestalten. Auch werden Transparenz und Qualität der Auswahl vermehrt Beachtung geschenkt.<sup>15</sup> Diese Reformanstrengungen rufen nach wissenschaftlicher Begleitung. Zu diesem Zweck erarbeitet dieser Beitrag das demokratische Prinzip dergestalt, dass es zur dogmatischen Verarbeitung der Reformen, ihrer Kritik und Fortschreibung beiträgt.

Die prinzipienorientierte Rekonstruktion erlaubt dabei, die Verfahren zur Auswahl von EuGH- und EGMR-Richtern so zu vergleichen, dass die Erfahrungen gegenseitig nutzbar werden. Dabei sei vorweg unterstrichen, dass sich die beiden Gerichte und ihre Richter in mancherlei Hinsicht gewiss unterscheiden. Grundrechte sind am EuGH nur in einem Bruchteil der Fälle zu behandeln. Vor allem aber ist der EuGH das Höchstgericht einer autonomen und voll entwickelten Rechtsordnung. Seine Urteile wirken, insbesondere über das Vorabentscheidungsverfahren, unmittelbar auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ein. Ein Vergleich der beiden Gerichte ist jedoch unter dem Gesichtspunkt

möglich, dass sie als überstaatliche Gerichte öffentliche Gewalt im europäischen Rechtsraum ausüben und ihn dadurch mitgestalten. Wengleich die unterschiedlichen Tätigkeitsprofile der Gerichte divergierende Anforderungen an ihre Richter rechtfertigen, so können die Auswahlprozesse gleichwohl anhand gemeinsamer demokratischer Prinzipien rekonstruiert und auf dieser Grundlage verglichen werden.

An dieser Stelle mag man allerdings fragen, ob die demokratische Perspektive für die Richterauswahl weiterführend ist. Einem weit verbreiteten Verständnis zufolge ist dieser Prozess nämlich von technischer Natur und rechtlich stark vorgezeichnet,<sup>16</sup> so dass es vor allem auf rechtliche Expertise, Urteilsvermögen und eine sorgfältige Beurteilung der Kandidaten ankommt. Zur Bewältigung dieser Aufgabe, so meinen viele, seien spezialisierte Institutionen, wie Expertenkommissionen, besser geeignet als der demokratische Prozess. Wolle man Auswahlverfahren für EGMR- und EuGH-Richter verbessern, solle man daher die Verfahren „entpolitisieren“ und vom diplomatischen Parkett in Expertengremien verlagern, aber eben nicht „demokratisieren“.<sup>17</sup>

Betrachtet man die Auswahlverfahren näher, verliert dieses Verständnis jedoch rasch an Überzeugungskraft. Zweifeln lässt bereits ein Blick ins Recht. Die Auswahl ist durch die Verträge 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. Und in der Praxis geschieht genau das. Die mit der Auswahl betrauten Institutionen haben spezifische Vorstellungen von Unabhängigkeit und Expertise eingebracht und diesen Kriterien zudem weitere hinzugefügt.<sup>18</sup> Von größter Bedeutung ist dabei, dass dies in generell-abstrakter Form erfolgt. Kriterien werden wie Normen in Resolutionen, Empfehlungen und Tätigkeitsberichten niedergelegt. Diese Tätigkeit der mit der Auswahl betrauten Institutionen erschöpft sich somit keineswegs in subsumierender Rechtsanwendung, sondern führt auch zu kreativer Rechtsschöpfung.<sup>19</sup>

Weitere Zweifel am Verständnis der Richterauswahl als technische und verrechtlichte Übung nährt ein Vergleich: Zahlreiche Verfassungen weisen den Parlamenten eine Rolle bei der Auswahl der Richter für Verfassungs- oder vergleichbare Höchstgerichte zu.<sup>20</sup> Offensichtlich verstehen sie die Ernennung als eine wichtige politische Entscheidung. Da die Bedeutung von EGMR und EuGH derjenigen vieler

<sup>9</sup> Samantha Besson, 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.

<sup>10</sup> Für eine Darstellung am Beispiel der Entwicklung des Binnenmarktrechts in der EU vgl. Stephen Weatherill, in: Maurice Adams et al (Hrsg.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013, S. 87.

<sup>11</sup> Ausführlich Armin von Bogdandy/Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 16–30, 136–155.

<sup>12</sup> Der Terminus *demokratische Legitimation* thematisiert die verfahrensförmig gestiftete Rechtfertigung öffentlicher Gewalt, etwa durch das Richterauswahlverfahren; Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow JZ 2002, 673, 674, 676 f. Der Terminus *Legitimität* dagegen stellt nach verbreitetem Verständnis auf die faktische Akzeptanz von Herrschaft ab. Zu dieser Unterscheidung Matthias Jestaedt, in: Hermann Pünder/Christian Waldhoff (Hrsg.), *Debates in German Public Law*, 2014, S. 181, 182.

<sup>13</sup> Die Frage der Auswirkung der Verfahrensgestaltung auf den „Output“ der Gerichte, also zum Beispiel auf die Qualität der Urteile oder ihre Akzeptanz, wird daher nicht behandelt. Angesichts zahlreicher Variablen (Attraktivität der Position, Ausgestaltung des internen Verfahrens, Belastung, Zahl und Qualität der Mitarbeiter, Qualität der Schriftsätze, Qualität des wissenschaftlichen Umfelds) dürfte es auch nur sehr schwer möglich sein, klare Korrelationen aufzuzeigen.

<sup>14</sup> Vgl. dazu die Beiträge in Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, im Erscheinen 2014.

<sup>15</sup> Norbert Paul Engel EuGRZ 39 (2012), 486.

<sup>16</sup> Vgl. Jean-Marc Sauvé, in: Bobek (Fn. 14).

<sup>17</sup> Diese Argumente waren in der Debatte um die Einführung eines Expertengremiums (Artikel 255-Ausschuss) für die Auswahl von EuGH-Richtern von großer Bedeutung; vgl. Final report of the discussion circle on the Court of Justice in the European Convention CONV 636/03 (25. 3. 2003) Rn. 6; für eine solche Position mit Blick auf den EGMR zum Beispiel Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2012, S. 40.

<sup>18</sup> Dies wird in Teil III. im Detail ausgeführt.

<sup>19</sup> Dieser Begriff wird verwendet, um nicht nur Legislativakte *stricto sensu* sondern auch „weichere“ Formen der Regulierung zu fassen; mit einer Konzeptualisierung internationaler Soft Law Instrumente Matthias Goldmann *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), 335.

<sup>20</sup> 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.

staatlicher Gerichte nicht nachsteht, kann ein rein expertokratisches Verständnis rechtsvergleichend kaum standhalten.

Eine Rekonstruktion der Richterauswahl im Lichte des Demokratieprinzips bedeutet kein Votum für eine pauschale Politisierung. Es ist offensichtlich, dass eine Direktwahl von Richtern wie in den Vereinigten Staaten oder in Bolivien nicht erstrebenswert ist.<sup>21</sup> Ebenso wenig führt der demokratieorientierte Ansatz dazu, Richtern die Rolle politischer Repräsentation zuzusprechen.<sup>22</sup> Uns geht es vielmehr um zwei Punkte: erstens, dass repräsentative Institutionen den legislativen Aspekt der Richterauswahl auf offene und kooperative Weise festlegen, und zweitens, dass die zuvor erarbeiteten Kriterien in den Auswahlverfahren transparent und deliberativ angewandt werden. Ein so formuliertes Programm sollte auch der Befürchtung entgegenwirken, dass die Anwendung des Demokratieprinzips auf Gerichte richterliche Unabhängigkeit gefährden könnte, die unabdingbar für eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit ist.

## 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 auf die Richterauswahl angewandt werden. Wohlgemerkt: 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.<sup>23</sup> Artikel 9 bis 12 EUV, die „demokratischen Grundsätze“<sup>24</sup> 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 verfassten. Diese Prinzipien wurden in einem breiten Verfahren entwickelt und in nationalen Ratifikationsprozessen mit hohen, zumeist verfassungsändernden Quoren beschlossen.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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 zählt zu den Zielen des Europarats<sup>27</sup> und der Europarat sieht sich selbst an die demokratischen Prinzipien gebunden.<sup>28</sup> 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. Unsere Rekonstruktion der Auswahlverfahren ist also keine freischwebende Übung ohne positivrechtliche Grundlage.

### 1. Repräsentative Demokratie

Die Mitgliedstaaten verstehen sich als repräsentative Demokratien, und entsprechend sind Parlamente oftmals in das Richterauswahlverfahren für wichtige Gerichte eingebunden.<sup>29</sup> Die Auswahl von Richtern für oberste Gerichte ist kontingent und bedeutend, daher sollen Repräsentanten der Bürgerinnen und Bürger entscheiden, wer ein solches Amt bekleiden soll.<sup>30</sup> Nach Artikel 10 EUV gründet auch die EU auf dem Prinzip der repräsentativen Demokratie, das er allerdings bemerkenswert und auch für die Richterwahl relevant fortentwickelt. Nach dem zweiten Absatz dieser Bestimmung bestehen zwei Legitimationsstränge, 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 demnach heute nicht mehr nur in ihren nationalen Parlamenten, sondern auch in dem Europäischen Parlament demokratisch repräsentiert.<sup>31</sup>

<sup>21</sup> *Verfassungsgericht*, Urteil v. 8. 3. 2006 – Pl. ÚS 50/04; Urteil v. 3. 5. 2006 – Pl. ÚS 66/04, Rn. 53; Urteil v. 22. 11. 2008 – Pl. ÚS 19/08, Rn. 97.

<sup>22</sup> 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 Art. 13 EUV.

<sup>23</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 der Präambel und Artikel 1 der Satzung des Europarats (5. 5. 1949) ETS 1.

<sup>24</sup> Europarat (Ministerkomitee) „Access to Council of Europe documents“ (12. 6. 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.“

<sup>25</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 20.

<sup>26</sup> Dementsprechend entscheiden viele nationale Gerichte im Namen der politischen Gemeinschaft; § 25 Absatz 4 deutsches Bundesverfassungsgerichtsgesetz: „Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen im Namen des Volkes“; Art. 454 des französischen Zivilverfahrensgesetzes: „Le jugement est rendu au nom du peuple français“; Art. 101 Absatz 1 der italienischen Verfassung: „La giustizia è amministrata in nome del popolo“.

<sup>27</sup> *Dora Kostakopoulou* ELJ 13 (2007), 623; *Jürgen Habermas* EJIL 23 (2012), 335, 343.

<sup>21</sup> Zu den USA *Russell Wheeler*, in: *Anja Seibert-Fohr* (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012, S. 521, 528 ff.; zu den Direktwahlen von Richtern im Sinne der 2009 in Kraft getretenen bolivianischen Verfassungsreform vgl. *Amanda Driscoll/Michael J. Nelson* *Electoral Studies* (31) 2012, 628.

<sup>22</sup> *von Bogdandy/Venzke* (Fn. 11), S. 204.

<sup>23</sup> Die Debatte gewann seit 2008, im Sog der Finanz- und Schuldenkrise, neuen Schwung; vgl. *Ingolf Pernice et al*, *Die Krise demokratisch überwinden: Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas*, 2012; *Miguel Maduro/Bruno de Witte/Mattias Kumm*, *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, Policy Report 10 May 2012, verfügbar unter: <http://globalgovernanceprogramme.eui.eu/wp-content/uploads/2012/06/Policy-Report10May20121.pdf> (Abrufdatum: 15. 4. 2014).

<sup>24</sup> In anderen Sprachversionen wird von democratic *principles* (Englisch) oder *principes démocratiques* (Französisch) gesprochen. Wir verwenden die Begriffe Prinzip und Grundsatz im Text synonym.

<sup>25</sup> Und, nicht zuletzt, verfassungsgerichtlich kontrolliert; vgl. das spanische Verfassungsgericht, Urteil v. 13. 12. 2004 – Rs. 1/2004 – das deutsche BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 = *BVerfGE* 123, 267, 353; das tschechische

Eine solche demokratische Mehrebenenstruktur legt es nahe, 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.<sup>32</sup> 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,<sup>33</sup> die parlamentarische Versammlung vereinigt Abgeordnete, welche die nationalen Parlamente entsenden.<sup>34</sup> Ähnlich wie in der EU<sup>35</sup> ist eine gewisse Dynamik zur Stärkung der parlamentarischen Komponente erkennbar. Schon früh hat die parlamentarische Versammlung ihre Bezeichnung von „beratende“ zu „parlamentarische“ Versammlung geändert und ihre Kompetenzen, unter anderem die der Richterauswahl, weidlich genützt. Obwohl die parlamentarische Versammlung nicht unmittelbar gewählt wird, vertritt sie Bürgerinteressen aus transnationaler Perspektive.<sup>36</sup> Viel spricht demnach dafür, auch die parlamentarische Versammlung als eine Institution mit dem Mandat demokratischer Repräsentation zu begreifen.<sup>37</sup>

Gewiss, es 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.<sup>38</sup> Dies spricht zum einen dafür, nationale Parlamente in das Regieren jenseits des Staates einzubinden, wie es etwa Artikel 12 EUV festlegt. Zum anderen hat es viele dazu veranlasst, das Potenzial von Deliberation zur Legitimation europäischer öffentlicher Gewalt eingehend zu untersuchen.<sup>39</sup> Die Frage, wie eine Entscheidung getroffen wird, gewinnt an Bedeutung. Pointiert gewendet: Öffentliche Institutionen jenseits des Staates müssen sich, mehr noch als nationale Institutionen, ihre demokratische Legitimation *erarbeiten*.

<sup>32</sup> Art. 14 und 25 Satzung des Europarats (Fn. 27).

<sup>33</sup> Art. 15 Satzung des Europarats (Fn. 27).

<sup>34</sup> Art. 25a Satzung des Europarats (Fn. 27).

<sup>35</sup> *Berthold Rittberger* JCMSt 50 (2012), 18.

<sup>36</sup> *Isabelle Ley*, Opposition im Völkerrecht. Ein Beitrag zu den legitimierungstheoretischen Grundlagen internationaler Rechtserzeugung und ihrer Anwendung, im Erscheinen 2014, mit dem Nachweis, dass Entscheidungen in der parlamentarischen Versammlung sowohl nationaler als auch entlang politischer Trennlinien erklärt werden können.

<sup>37</sup> 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. 11), insb. S. 286–292.

<sup>38</sup> Analysen der Wahlen zum europäischen Parlament im Jahr 2009 haben aber vielversprechende Entwicklungen hervorgekehrt; dazu das Special Symposium: Electoral Democracy in the European Union in: *Electoral Studies* 30 (2011), 1.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Christian Joerges/Jürgen Neyer* ELJ 3 (1997), 273 und EUJ Working Papers LAW No. 2006/20; *Erik O. Eriksen*, The Unfinished Democratization of Europe, 2009.

Im Unionsrecht hat diese Einsicht in Artikel 11 EUV Niederschlag gefunden.<sup>40</sup> Diese Bestimmung verlangt, dass Entscheidungen so offen wie möglich getroffen werden,<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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 Transparenzvorschriften hervorgehoben. Demokratische Offenheit ist das Prinzip, Verschluss die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> In Bezug auf Transparenz gibt die Convention on Access to Official Documents aus dem Jahr 2009 die Marschrichtung vor.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

## III. Die Richterauswahl in der demokratischen Rekonstruktion

Demokratische Prinzipien benötigen konkrete Verfahren und Praktiken, um Wirkung zu entfalten. Diese gilt es zu

<sup>40</sup> Ausführlich *Joana Mendes* CMLRev. 48 (2011), 1849.

<sup>41</sup> Vgl. auch Artikel 1 Abs. 2 EUV und Artikel 15 AEUV.

<sup>42</sup> 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. 268–71; *Deirdre Curtin*, Postnational Democracy: The European Union in Search of a Political Philosophy, 1997, S. 53–61; *Amartya Sen*, The Idea of Justice, 2009.

<sup>43</sup> *EuGH*, verb. Rs. C-39/05 P und C-52/05 P. Slg. 2008, I-4723 – Schweden und Turco *.i.* Rat, Rn. 45–46; und Rs. C-280/11 P – Rat *.i.* Access Info Europe, noch nicht in d. amtl. Slg., Rn. 32–33.

<sup>44</sup> Vgl. aber Europarat (Ministerkomitee), Access to Council of Europe documents (Fn. 28).

<sup>45</sup> Europarat (Ministerkomitee), Rules of Procedure for the meetings of the Ministers' Deputies (4. 7. 1955, 4. überarbeitete Version 2005), Artikel 15; vgl. auch Europarat (Sekretariat des Ministerkomitees), Hearings and exchanges of views within the Ministers' Deputies (11. 3. 2008) CM/Bur/Del(2008)2 revised.

<sup>46</sup> Europarat, Convention on Access to Official Documents (18. 6. 2009) CETS 205, 4. Erwägungsgrund der Präambel.

<sup>47</sup> *Anne Peters*, in: *Andrea Bianchi/Anne Peters* (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, S. 534, 562 ff.

<sup>48</sup> Europarat (Ministerkomitee), Access to Council of Europe documents (Fn. 28) dritter Erwägungsgrund der Präambel; vgl. auch Europarat (parlamentarische Versammlung), Transparency of the work of the Committee of Ministers (4. 11. 2005) Doc 10736.

rekonstruieren, will man den demokratischen Gehalt der Auswahl der Richter für EGMR und EuGH bewerten. Die folgende Darstellung untersucht zunächst die Entwicklung von Kriterien zur Richterauswahl und dann das eigentliche Verfahren der Auswahl einzelner Kandidaten. 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 Rechtsschöpfung einerseits und individualisierender und determinierter Rechtsanwendung andererseits zu unterscheiden.<sup>49</sup>

### 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. 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.

#### a) Straßburg: demokratischer Lärm und kooperative Rechtentwicklung

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.<sup>50</sup> Dabei wurde eine Reihe politischer Kernanliegen formuliert, zum Beispiel die Verbesserung nationaler 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 den EGMR-Richter niedergelegt.<sup>51</sup> Er soll kompetent und kommunikativ sein, die gesellschaftspolitische Dimension seiner Aufgabe erkennen, Menschlichkeit und ein Bekenntnis zum Dienst an der Allgemeinheit mitbringen.<sup>52</sup> Im Richterkollegium,

dem er angehört, sollen die Geschlechter gleichmäßig vertreten sein. Darüber hinaus ist Mehrsprachigkeit wichtig.<sup>53</sup>

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 Kandidatenvorschlagslisten<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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 Mitgliedsstaaten,<sup>56</sup> andererseits stand sie in Austausch mit dem Ministerkomitee und nationalen Regierungen.

Das Ministerkomitee teilte schon früh das Grundanliegen<sup>57</sup> einer ausgewogenen Richterbank.<sup>58</sup> Dennoch stieß der Vorstoß der parlamentarischen Versammlung, auf gemischten 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 Artikel 21 EMRK (juristische Expertise und hohes sittliches Ansehen) weitere hinzuzufügen.

Der EGMR erließ ein Gutachten zur Beilegung der Kontroverse.<sup>59</sup> 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 die ausgewogene 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.<sup>60</sup> Im Lichte dieser Darstellung diktierte der Gerichts-

<sup>49</sup> Grundlegend *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 94–111.

<sup>50</sup> Eine Reihe verfahrensrechtlicher Änderungen zielen darauf, die faktische Entscheidungsgrundlage zu verbessern. Dies beinhaltet standardisierte Formulare für Lebensläufe und Anhörungen der Kandidaten, die von einem Unterausschuss der parlamentarischen Versammlung durchgeführt werden. Diese wurden mit Res. 1082 (1996) eingeführt.

<sup>51</sup> 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 rev4 (7. 12. 2012).

<sup>52</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung), Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Doc. 9963 (7. 10. 2003), Rn 56. In diesem Dokument finden sich, neben den hier genannten Kriterien, noch weitere.

<sup>53</sup> Id., Rn 10.

<sup>54</sup> Gemäß Artikel 22 EMRK präsentieren die Konventionsstaaten Dreivorschläge, aus denen die parlamentarische Versammlung einen Kandidaten wählt.

<sup>55</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1366 (2004), abgeändert durch Resolution 1426 (2005), Resolution 1627 (2008) und Resolution 1841 (2011).

<sup>56</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1627 (2008) und Resolution 1841 (2011).

<sup>57</sup> Das Ministerkomitee bestand immer auf der Möglichkeit, Ausnahmen zu gemischten Listen zuzulassen.

<sup>58</sup> Europarat (Ministerkomitee), Guidelines of the Committee of Ministers, CM(2012)40 final (29. 3. 2012), II.8.

<sup>59</sup> 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. 2. 2008).

<sup>60</sup> Id. Rn. 34–35 und 49.

hof 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 abzuweichen, können nun mit Zwei-Drittel-Mehrheit des zuständigen Unterausschusses der parlamentarischen Versammlung angenommen werden.<sup>61</sup>

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 18 von 47 Richterstellen am EGMR mit Frauen besetzt. Das entspricht einer Quote von 38 Prozent, die sich deutlich von 19 Prozent Richterinnen am EuGH abhebt.<sup>62</sup>

Die Verfahren der Kriterienentwicklung für die Richterauswahl im Europarat haben es erlaubt, politisch sensible und potentiell umstrittene Kriterien inklusiv zu formulieren. Eine wichtige verfahrensrechtliche Neuerung kann ebenfalls in diesem Sinne verstanden werden: Die parlamentarische Versammlung konnte, zusammen mit dem Ministerkomitee, ausreichendes politisches Gewicht aufbringen, um den Druck auf nationale Regierungen zu erhöhen, deren Auswahlverfahren zur Nominierung eines Dreier-Vorschlags zu verbessern. Dies ist ein ebenso heikles wie zentrales Anliegen angesichts der gemeinsamen Verantwortung nationaler und transnationaler Institutionen für die Richterauswahl.

Den Vorgaben des Art. 22 EMRK entsprechend wählt die parlamentarische Versammlung einen Kandidaten aus einem nationalen Dreivorschlag. Dabei hat sie die Praxis entwickelt, einen der drei vorgeschlagenen Kandidaten zu wählen, wenn die nationalen Auswahlprozesse gewissen Grundprinzipien genügen, nämlich demokratisch, transparent und ohne Diskriminierung<sup>63</sup> abliefen. Diese Vorgaben spiegeln überzeugend den Gedanken wider, dass die nationale und die transnationale Komponente der Richterauswahl eng miteinander verbunden ist, Erfolg und Legitimität des Prozesses also vom Zusammenwirken nationaler und transnationaler Institutionen bestimmt werden.<sup>64</sup> Der entsprechende Ver-

bund wird durch gemeinsame Prinzipien ausgerichtet. Nicht-Diskriminierung, Transparenz und Demokratie sind in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und in der EMRK verankert<sup>65</sup> und bieten einen gemeinsamen Rahmen, der die Ausübung öffentlicher Gewalt anleitet und einhegt.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup>

### 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.<sup>68</sup> Seine Hauptaufgabe besteht darin, die Entscheidung der „Regierungen der Mitgliedstaaten“<sup>69</sup> durch eine Beurteilung einzelner Kandidaten vorzubereiten. In 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.<sup>70</sup> Dennoch, betrachtet man Richterauswahl aus der Perspektive demokratischer Prinzipien, kann die Rolle von Experten in diesem Prozess nur eine beschränkte sein,<sup>71</sup> 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 Aus-

ensure and reinforce the quality, efficacy and authority of the Court.“ Schon früher: Europarat (parlamentarische Versammlung) Empfehlung 1429 (1999).

<sup>65</sup> Zum Demokratieprinzip: Präambel der EMRK „fundamental freedoms [...] are best maintained [...] by an effective political democracy“. Der EGMR versteht darüber hinaus Artikel 10 EMRK (Meinungsäußerungsfreiheit) und Artikel 11 EMRK (Versammlungsfreiheit) als Voraussetzungen für eine funktionierende Demokratie; z. B. in *EGMR Lingsen ./. Österreich*, Urteil v. 8. 7. 1986, Nr. 9815/82, Rn. 42 (Artikel 10) und in *United Communist Party ./. Türkei*, Urteil vom 30. 1. 1998, Nr. 133/1996/752/951, Rn. 25 (Artikel 11); zum Prinzip der Nicht-Diskriminierung: Artikel 14 EMRK und das allgemeine Diskriminierungsverbot in Artikel 1, 12. ZP.

<sup>66</sup> *Daniel Halberstam*, in: *Gráinne de Búrca/Joseph Weiler* (Hrsg.) *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, S. 150, 170ff., beschreibt „voice, rights and expertise“ als eine Basisgrammatik von Legitimationsdiskursen.

<sup>67</sup> Sie ist dabei durchaus erfolgreich. So hat das deutsche Justizministerium im Zuge der EGMR-Richterauswahl im Jahr 2010 zum ersten Mal öffentliche Stellenausschreibungen durchgeführt; im Vereinigten Königreich wird dies seit 1998 praktiziert; dazu *Henry G. Schermers* E.L.Rev. 23 (1998), 568, 574.

<sup>68</sup> Details zu seiner Arbeitsweise finden sich in Art. 255 AEUV und im Beschluss des Rates vom 25. 2. 2010 über die Arbeitsweise des in Art. 255 AEUV vorgesehenen Ausschusses [2010] ABl. L50/18.

<sup>69</sup> Im Gegensatz zum Bestellverfahren des Direktoriums der europäischen Zentralbank (Art. 283 Abs. 2 AEUV) oder des europäischen Rechnungshofs (Art. 286 Abs. 2 AEUV) handelt hier nicht der Rat oder der europäische Rat, sondern es handeln die „Regierungen der Mitgliedstaaten“.

<sup>70</sup> Dies wird später ausführlich erläutert; vgl. Text zu Fn. 106ff.

<sup>71</sup> *Vofskuhle/Sydow* JZ 2002, 673, 677.

<sup>61</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1841 (2011), Rn. 6.3.

<sup>62</sup> Von 37 Richtern und Generalanwälten am Gerichtshof sind lediglich 7 weiblich. Am Gericht ist die Lage etwas ausgeglichener. 6 von 28 Richtern sind weiblich. Das entspricht einer Quote von 21 Prozent (Stand: 10. 1. 2014).

<sup>63</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung) Resolution 1646 (2009), Rn. 2. Vgl. schon Europarat (parlamentarische Versammlung), Empfehlung 1649 (2004). 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. 3. 2012).

<sup>64</sup> Dies spiegelt sich am deutlichsten in Europarat (parlamentarische Versammlung) Resolution 1646 (2009) Rn. 1 wider: „[The Assembly] underlines the importance of appropriate national selection procedures in order to

schuss tagt weder öffentlich,<sup>72</sup> noch ist er verpflichtet seine Arbeit gegenüber der Allgemeinheit zu rechtfertigen.<sup>73</sup> 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-Ausschusses<sup>74</sup> erstellt (dem die Mitgliedstaaten bislang stets gefolgt sind).<sup>75</sup>

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.<sup>76</sup> Fragen sozialer Repräsentativität oder die gleichmäßige Vertretung der Geschlechter auf der Richterbank liegen außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs.<sup>77</sup> Diese Form der Zurückhaltung ist zweischneidig: einerseits ist sie, im Lichte der beschränkten demokratischen Legitimität des Ausschusses, zu begrüßen; andererseits werden damit wichtige 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,<sup>78</sup> hat er offengelegt, dass er besonderes Augenmerk auf die Ansichten der Kandidaten zu „Natur, Rolle und Umfang des Richteramts“ legt.<sup>79</sup> 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<sup>80</sup> oder aber als kreative Rechtsarbeit<sup>81</sup> begriffen werden; die gebotene Rolle eines europäischen Richters mag für den einen durch Zurückhaltung bestimmt sein,<sup>82</sup> für andere hingegen durch aktive Gestaltung.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

Dies sind alles 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<sup>85</sup> und stellt auch ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit nicht in Frage. Unweigerlich fließen politische Überzeugungen und soziale und gesellschaftliche Grundverständnisse in richterliche Rechtsarbeit ein.<sup>86</sup> 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 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.<sup>87</sup> 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 Entscheidung 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 Konstruktion<sup>88</sup> 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 Regierungen. Bevor der Artikel 255-Ausschuss eingerichtet wurde, war es Praxis, Kandidaten, die von einem Mitgliedstaat vorgeschlagen wurden, einfach durchzuwinken.<sup>89</sup> 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 werden.<sup>90</sup> Die Folgebereitschaft, die die Regierungen der Mitgliedstaaten dem Artikel 255-Ausschuss entgegenbringen, ist unter diesen Umständen nicht verwunderlich. Mit einem

<sup>72</sup> Beschluss des Rates (Fn. 68), Anhang, Nr. 5.

<sup>73</sup> Id., Anhang, Nr. 7 und 8.

<sup>74</sup> Art. 255 Abs. 2 AEUV.

<sup>75</sup> Auf welcher Grundlage der Präsident seine Entscheidung fällt und wer ihn eventuell berät, ist ungewiss. Man hört, dass im Zuge der ersten Ausschussbesetzung Präsident *Skouris* starkem Lobbying ausgesetzt war; so *de Waele*, in: *Bobek* (Fn. 14).

<sup>76</sup> EU (Rat), Second Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26. 12. 2012 (Doc. 5091/13), 7.

<sup>77</sup> *Lord Mance*, The Composition of the European Court of Justice. Talk given to the United Kingdom Association for European Law, 19. 10. 2011, S. 14–17.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> EU (Rat), (First) Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 17. 2. 2011 (Doc. 6509/11), 10: „nature, role and scope of the office of Judge or Advocate-General“.

<sup>80</sup> Ein solches Verständnis vertritt der deutsche EuGH-Richter *Thomas von Danwitz* *Europarecht* 43 (2008), 769, 769 f.

<sup>81</sup> *G. Federico Mancini/David T. Keeling* *Modern Law Review* 57 (1994), 175, 186, streiten dafür, dass EuGH-Richter gehalten sind, das Bekenntnis zu Europa, das in den Verträgen niedergelegt wurde, zu verwirklichen.

<sup>82</sup> *Jean-Pierre Colin*, *Le gouvernement des juges dans les communautés européennes*, 1966.

<sup>83</sup> *Giandomenico Majone*, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, 2005, S. 155 f.

<sup>84</sup> Zum Letzteren *Pierre Pescatore* *E.L.Rev.* 8 (1983), 155, 157.

<sup>85</sup> *Christoph Möllers*, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 281, 314 ff., der sich aus einer Reihe von Gründen gegen die Gleichsetzung von Höchstgerichten mit Schmalspur-Parlamenten wendet, selbst wenn die Wahl der Richter höchst politisiert ist.

<sup>86</sup> *Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, in: *Robert Badinter/Stephen Breyer* (Hrsg.) *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, 2004, S. 275, 281.

<sup>87</sup> *Damian Chalmers*, in: *Bobek* (Fn. 14).

<sup>88</sup> 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 Artikel 263 Abs. 1 AEUV gerichtlich nachprüfbar sind. Entscheidungen der „Regierungen der Mitgliedstaaten“ sind dies jedoch nicht.

<sup>89</sup> *De Waele*, in: *Bobek* (Fn. 14); *Ulrich Karpenstein*, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2013, Art. 253 AEUV Rn 10.

<sup>90</sup> *Ricardo Passos*, in: *Giuliano Amato/Hervé Bribosia/Bruno de Witte* (Hrsg.) *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, 2007, S. 565, 585.

Hauch von Genugtuung hat der Ausschuss in seinem dritten Tätigkeitsbericht offengelegt, dass all seinen Empfehlungen, darunter sieben negativen Voten, gefolgt wurde.<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Wichtige Fragen, die einer eingehenden Debatte bedürften,<sup>94</sup> haben kein Forum, in denen sie artikuliert werden können.

Die Beteiligung des europäischen Parlaments könnte eine Verbesserung im Lichte demokratischer Prinzipien bringen. Das Parlament hat seit dem *Spinelli*-Bericht<sup>95</sup> immer wieder eine aktive Rolle im Auswahlverfahren von EuGH-Richtern eingefordert.<sup>96</sup> Eine solche Beteiligung entspricht der Logik des Art. 10 EUV<sup>97</sup> und erscheint uns als vielversprechender Weg, um die diskursive Qualität und öffentliche Wahrnehmung des Prozesses zu erhöhen. Eine Beteiligung wäre sogar ohne Vertragsänderung möglich. Das Europäische Parlament könnte, durchaus durch den Artikel 255-Ausschuss beraten, Kriterien zur Richterauswahl in Form von Entschließungsanträgen oder Empfehlungen aufstellen.<sup>98</sup> Eine aktivere Rolle des Parlaments würde wohl die Regierungen der Mitgliedstaaten dazu veranlassen, ihre Rolle zu überdenken und ihrerseits aktiver zu gestalten.

## 2. Die Anwendung des Rechts

Nicht jede Bestellung eines Richters muss zu breit angelegten und grundsätzlichen Debatten führen. Manches Auswahlver-

fahren 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 wird zu Recht die zentrale Rolle von Expertise und die Notwendigkeit objektiver Beurteilung betont. Aus demokratieorientierter 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, die Einbindung von Expertenausschüssen und die letztendliche Entscheidung.

### 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.<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup> In dieser Hinsicht gibt es in beiden Systemen Verbesserungspotential.<sup>101</sup> Ein zentraler Unterschied zwischen Europarat und EU besteht jedoch in der Anreizstruktur. Während die parlamentarische Versammlung offen erklärt hat, dass sie nationale Vorschlagslisten in ihrer Gesamtheit zurückweist, wenn die nationale Vorauswahl nicht einer Reihe grundlegender Prinzipien entspricht,<sup>102</sup> hat der Artikel 255-Ausschuss ausdrücklich festgehalten, dass ein solches Vorgehen nicht vorgesehen ist. Er konzipiert die nationalen und supranationalen Elemente der Auswahl als von einander 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.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> Dies ist angesichts des Verbundcharakters europäischen Regierens, das von gemeinsamen Prinzipien getragen wird, eine kaum haltbare Position.<sup>105</sup> Die parlamentarische Versammlung des Europarats betont

<sup>91</sup> EU (Rat), Third Activity report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13. 12. 2013, S. 9–10.

<sup>92</sup> Allerdings ist womöglich ein Wandel erkennbar. In den ersten Auswahlentscheidungen der Regierungen nach Einrichtung des Artikel 255-Ausschusses bedienten sie sich der Formel: „Der durch Artikel 255 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union eingerichtete Ausschuss hat eine *positive* Stellungnahme zur Eignung von [...] abgegeben“ zum Beispiel in EU (Rat), Beschluss der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Ernennung eines Richters beim Gerichtshof (31. 5. 2010) Doc 9720/10. In späteren Ernennungsentscheidungen ist das Wort „positiv“ nicht mehr zu finden, nun wird lediglich auf die „Stellungnahme“ des Ausschusses verwiesen; zum Beispiel in EU (Rat), Beschluss der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Ernennung eines Richters beim Gericht (16. 10. 2013) Doc. 14468/13. Diese sprachliche Nuance könnte zeigen, dass die Regierungen dem Artikel 255-Ausschusses nicht mehr blind folgen.

<sup>93</sup> Generalanwalt *Jääskinen* hat in einer Rede am King's College London im Februar 2013 eine problematische „politische“ Reaktion von Mitgliedstaaten auf die Ablehnung eines Kandidaten geschildert. Manche Mitgliedstaaten weigern sich, nach der Ablehnung eines Kandidaten einen neuen Kandidaten zu nominieren, was die Arbeit der Unionsgerichte stark beeinträchtigen kann; abrufbar unter: <http://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Kings-College-Jaaskinen.pdf> (Abrufdatum: 15. 4. 2014).

<sup>94</sup> Zur Bedeutung einer diversifizierten Expertise auf der Richterbank *Chalmers*, in: *Bobek* (Fn. 14); zur Rassen- und Geschlechtergleichheit *Iyiola Solanke*, in: *Bobek* (Fn. 14).

<sup>95</sup> Der darin enthaltene Entwurf eines Vertrags zur Gründung der europäischen Union, ABl. C 77 vom 19. 3. 1984, S. 33, bestimmte in Artikel 30 Abs. 2: „Die Mitglieder des Gerichtshofs werden zur Hälfte vom Parlament und vom Rat der Union ernannt. Bei ungerader Mitgliederzahl ernannt das Parlament ein Mitglied mehr als der Rat.“

<sup>96</sup> Ein Überblick bei *Gregorio Garzón Clariana*, in: *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, 2003, S. 21, 25 ff.

<sup>97</sup> Die mangelnde Einbindung des europäischen Parlaments 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.

<sup>98</sup> Artikel 120 der Geschäftsordnung des europäischen Parlaments.

<sup>99</sup> Europarat (parlamentarische Versammlung), Resolution 1646/2009 („In the absence of a real choice among the candidates submitted by a State Party to the Convention, the Assembly shall reject lists submitted to it“).

<sup>100</sup> Die österreichische Verfassung beispielsweise hält eine vielversprechende Lösung bereit, die für erhöhte Transparenz und Deliberation sorgen könnte. Gemäß Artikel 23c Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung muss die Bundesregierung bei der Benennung eines Kandidaten für den Posten des EuGH-Richters Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates (der 1. Parlamentskammer) herstellen. In der Praxis jedoch berät dieser parlamentarische Ausschuss nicht über die Bewerbungen einzelner Kandidaten, sondern segnet lediglich den Kandidatenvorschlag der Bundesregierung ab. Zur Kritik der Opposition aus Anlass der Nominierung von Richter *Kreuschitz* zum europäischen Gericht: [http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2013/PK0067/](http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0067/) (Abrufdatum 15. 4. 2014).

<sup>101</sup> Vgl. die Zusammenstellung des Committee on Legal Affairs and Human Rights der parlamentarischen Versammlung; AS/Jur (2008) 52 (1. 12. 2008).

<sup>102</sup> Text zu Fn. 64.

<sup>103</sup> Third Activity Report (Fn. 91), S. 14.

<sup>104</sup> Id., der Ausschuss meint: „[T]he selection procedure is the sole responsibility of the Member States and is not framed by the TFEU.“

<sup>105</sup> Vgl. nur Artikel 2 EUV.



hingegen die *gemeinsame* Verantwortung durch das Insistieren auf *gemeinsamen* Prinzipien. Nur wenn diese von allen Beteiligten eingehalten werden, kann das gesamte Verfahren Legitimität beanspruchen.

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.<sup>106</sup> 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 anwenden<sup>107</sup> und die Grundlage für Entscheidungen aufbereiten. Oftmals sind 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.<sup>108</sup> Juristische Fingerfertigkeit und rechtliches Wissen, in einem professionellen Umfeld erworben und in Praxis oder Wissenschaft angewandt, sind essentiell für eine professionelle richterliche Tätigkeit und unabdingbar für das Vertrauen in Gerichte.<sup>109</sup>

Aus demokratischer Perspektive erscheint es weiter wichtig, dass die Bürger die der Auswahl zugrundeliegenden 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,<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> Transparenz herzustellen und Öffent-

lichkeit zu ermöglichen bleibt ein dringliches Reformprojekt für die Richterauswahl zu beiden Gerichten.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup> Gewiss sind hier wichtige und schwierige Abwägungen zu treffen, aber es scheint offensichtlich, dass Transparenz weitergehend als bislang verwirklicht werden sollte.<sup>114</sup>

#### 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 Auswahl von Europas Richtern sollte angesichts der öffentlichen Gewalt, die sie heute über viele Menschen ausüben, als demokratischer Prozess rekonstruiert und gelebt werden. Was dies verlangt, ergibt sich aus den gleichlaufenden demokratischen Prinzipien des EUV und des Rechts des Europarats. Diese liefern Kriterien für die Verfahren der Richterauswahl und zeigen die gemeinsame Verantwortung nationaler und transnationaler Institutionen. Die rechtliche Gestaltung des Auswahlverfahrens des Europarats ist vor diesem Hintergrund deutlich überzeugender als die Verfahren zur Auswahl von EuGH-Richtern. Es zeigt sich, dass der Europarat bei der demokratischen Legitimation von Europas Richtern konzeptionell die Führungsrolle übernommen hat. Die Europäische Union sollte von ihm lernen, allerdings nur von seinem Recht, nicht von seiner Praxis. Das beste Verfahrensrecht und die ausgefeiltesten Kriterien sind wertlos, wenn sie die Wirklichkeit nicht zu steuern vermögen; hier gibt es ein gewaltiges Problem in Straßburg.<sup>115</sup> Die Europarats-Institutionen und Europaratsmitglieder müssen das Recht, das sie selbst entwickelt haben, auch einhalten. Sonst ist die angebliche Demokratie nur eine Farce.

<sup>106</sup> Europarat (Ministerkomitee), Resolution CM/Res(2010)26.

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> 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. 9. 2013).

<sup>109</sup> *Vicki C. Jackson*, in: *Seibert-Fohr* (Fn. 22), S. 19 (65).

<sup>110</sup> Einen überzeugenden Vorschlag hat *Alberto Alemanno*, in: *Bobek* (Fn. 14) ausgearbeitet.

<sup>111</sup> Wenig ist einer Karriere wohl abträglicher als Gerüchte über abgelehnte Kandidaten basierend auf deren Bewerbungsunterlagen, die regelmäßig im Amtsblatt der EU bzw. auf der Homepage des Europarats veröffentlicht werden. So wurde zum Beispiel der griechische Kandidat zum europäischen Gericht, trotz umfassender Erfahrung im Unionsrecht, abgelehnt (Rat Doc. 61/25, 9. 2. 2010), was Spekulationen in der griechischen Presse auslöste, ob nicht persönliche und politische Günstlingswirtschaft hinter der (schlussendlich gescheiterten) Kandidatur steckte; siehe nur Γιάννης Πρετεντέρης, "Κοσμοπολιτικός πατριωτισμός", Το Βήμα (Αθήνα, 6. 6. 2010), <http://www.tovima.gr/opinions/article?id=335911> (Abrufdatum: 15. 4. 2014); Γιώργος Δαράτος, "Όταν οι κουτόφραγκοι δεν τρώνε open gov...", Ελευθεροτυπία (Αθήνα, 16. 10. 2010); <http://www.enet.gr/?i=news.el.article&id=214092> (Abrufdatum: 15. 4. 2014).

<sup>112</sup> *David Kosař*, in: *Bobek* (Fn. 14); vgl. auch die Studie von *Jutta Limbach* et al, *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights, Interights*, London 2003, <http://www.interights.org/document/142/index.html> (Abrufdatum: 15. 4. 2014).

<sup>113</sup> Mit zahlreichen Beispielen *Engel* EuGRZ 39 (2012), 486, 487 f.

<sup>114</sup> Der Europarat geht durchaus in diese Richtung; vgl. den Draft CDDH report (Fn. 108).

<sup>115</sup> Vgl. die kritischen Analysen von *Kosař*, in: *Bobek* (Fn. 14); und *Engel* EuGRZ 39 (2012), 486.

