

4. Teil:

Ausprägungen einer *judicial accountability* im geltenden Recht
(Deutsches Recht – Unionsrecht – Völkerrecht)

§ 11: Dritte Gewalt und *judicial accountability*

Angesichts der Karriere des Begriffs »*accountability*« ist es nicht überraschend, dass er auch für die Dritte Gewalt im Sinne einer »*judicial accountability*« zunehmend an Bedeutung gewinnt.¹ Allerdings kann er sich im Kontext richterlicher Tätigkeiten auf ganz unterschiedliche Instrumente, institutionelle Arrangements und Strukturen beziehen, was auf die gravierenden Unterschiede zwischen den jeweiligen staatlichen Justizsystemen, die jeweils spezifische Pflichtenstellung der Richter und allgemein die divergierende Bedeutung, die jeweils der justizförmigen Streitbeilegung beigemessen wird, zurückzuführen ist. Es bestehen insoweit beträchtliche Unterschiede zwischen den einzelnen Staaten sowie der EU und der internationalen Ebene.² Entsprechend sind auch die Verantwortlichkeiten bzw. die Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung notwendigerweise unterschiedlich ausgestaltet. Mit anderen Worten: Ebenso wenig, wie es ein universelles Konzept einer »*accountability*« gibt, gibt es ein universelles Konzept einer »*judicial accountability*«. Deshalb kann die Aufgabe des Begriffs nur darin bestehen, verschiedene Verantwortlichkeits- und Rechenschaftsstrukturen und -beziehungen zu bündeln (dazu A.).³ Dieser Untersuchung liegt entsprechend ein weites Begriffsverständnis zugrunde, wonach *judicial accountability* die *ex ante* und *ex post*-Verantwortlichkeit des Richters bezeichnet, die durch unterschiedliche Instrumente wie z. B. eine Haftungsverantwortlichkeit sichergestellt wird.⁴

Doch wo liegen die Ursprünge der in Deutschland ungewöhnlich anmutenden Debatte über richterliche Verantwortlichkeiten bzw. die Mechanismen, die diese Verantwortlichkeiten absichern sollen? Hier lassen sich unterschiedliche Debattenstränge identifizieren: Seinen Ursprung findet das Konzept in den USA. Daneben zeigen die entsprechenden Diskussionen des im Kontext der Justizstrukturen in sog. »Transformationsländern« (insbesondere in Osteuropa), dass der Begriff auch sehr spezifische Problemlagen adres-

1 Die Ursachen hierfür sind vielschichtig und auch von Staat zu Staat bzw. im europäischen oder internationalen Kontext unterschiedlich. Eine Erklärung hierfür ist der Wandel der richterlichen Aufgabe bzw. ihres Bedeutungszuwachses.

2 H. Jung, Richterbilder: ein interkultureller Vergleich, 2006.

3 Eingehend dazu oben § 2 C.

4 S. § 2 C. II.; dazu auch A. Seibert-Fohr, Judicial Independence and Judicial Accountability, in: B. Hess (Hrsg.), Judicial Reforms in Luxembourg and Europe, 2014, S. 105 ff. (112 ff.); D. Kosař, Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies, 2016, S. 57; S. Voigt, The Economic Effects of Judicial Accountability: Cross-Country Evidence, European Journal of Law and Economics 25 (2008), S. 95 ff. (97).

sieren kann.⁵ Darüber hinaus spielt er z. B. auch im Zusammenhang mit dem Phänomen der Justizkorruption eine wichtige Rolle.⁶ Ein neues Feld für den Begriff ist schließlich im Kontext der transnationalen Menschenrechtsschutzes zu sehen, soweit es um die Sicherung von Verantwortlichkeiten für Menschenrechtsverletzungen geht (dazu insgesamt B.).⁷

Es liegt auf der Hand, dass im Rahmen des *accountability*-Konzepts den Besonderheiten der Dritten Gewalt Rechnung getragen werden muss und dass ihre Verantwortlichkeit keineswegs einheitlich gesehen werden kann, sondern dass den Unterschieden der jeweiligen Justizsysteme Rechnung zu tragen ist (dazu C.). Gleichwohl lassen sich einige Grundstrukturen und Gemeinsamkeiten herausarbeiten: So spielt etwa die Unterscheidung zwischen interner und externer *judicial accountability* ebenenübergreifend eine wichtige Rolle, denn die Dritte Gewalt wird in der Regel durch ein ausgeprägtes System der internen Verantwortlichkeitssicherung geprägt, das in erster Linie durch ein ausdifferenziertes Rechtsmittelsystem repräsentiert wird.⁸ Hinzu treten horizontal oder vertikal verlaufende Verantwortlichkeitsbeziehungen, etwa in Rechtsprechungsverbünden.⁹ Auch die demokratische *accountability* der Dritten Gewalt oder ihre Rechtsbindung als Ausdruck einer rechtlichen Verantwortlichkeit (*legal accountability*) spielen eine wichtige Rolle.¹⁰ Im Kontext der Dritten Gewalt bislang wenig beachtet sind weitere Dimensionen, wie z. B. die finanzielle Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt,¹¹ in jüngerer Zeit insbesondere ihre Öffentlichkeitsverantwortlichkeit¹² sowie weitere Ausprägungen von *accountability*.¹³

Dass die Frage nach der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt vor dem Hintergrund des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit besondere verfassungsrechtliche Sensibilität erfordert, liegt auf der Hand (D.). Auf der Ebene des EU-Rechts und der internationalen Ebene sind weitere Aspekte zu berücksichtigen: Während es auf der Ebene der EU auch um die Verantwortlichkeit der Gerichte für den Integrationsprozess und die Siche-

5 Dazu eingehend D. Kosař, *Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies*, 2016.

6 S. Transparency International, *Global Corruption Report* 2007.

7 H. Cantú-Rivera, *Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?*, in: D. Moura Vicente (Hrsg.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, 2016, S. 528 ff., der den Begriff benutzt, um die Rechtsprechung einiger nationaler Gerichte zu der Haftungsverantwortlichkeit transnationaler Unternehmen zu schildern; dazu grundlegend A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006.

8 § 11 C. II.

9 § 11 C. III.

10 § 11 C. III., IV.

11 § 11 C. V.

12 § 11 C. VI.

13 § 11 C. VII.

rung des europäischen Interesses geht, fragt sich auf der internationalen Ebene, ob durch besondere Formen der Verantwortlichkeit die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durch Gerichte legitimiert werden kann und *accountability* bzw. die Mechanismen zur Sicherung von Verantwortlichkeiten deshalb als überaus wichtige Bausteine eines internationalen Gerichtsverfassungsrechts zu verstehen sind (E.). Dass Fragen der Verantwortlichkeit momentan für die (internationale) Schiedsgerichtsbarkeit intensiv diskutiert werden (F.), zeigt, dass nicht nur staatliche oder genuin öffentliche Rechtssprechungsinstitutionen in Verantwortlichkeitsbeziehungen stehen, sondern zunehmend auch private Institutionen der Streitschlichtung, wie z. B. Schiedsgerichte.

A. Verantwortlichkeitsbeziehungen der Dritten Gewalt

I. Verantwortlichkeiten der Dritten Gewalt

Der Begriff der *accountability* benennt die Gesamtheit der »Verantwortlichkeiten« bzw. als Voraussetzung die »Verantwortlichkeitsbeziehungen«, die für die Ausübung von öffentlicher Gewalt maßgeblich sind. Aufgrund der Unterschiede, die zwischen den staatlichen, europäischen und internationalen Justizsystemen bestehen, kann eine konkrete Auseinandersetzung mit diesen Beziehungen helfen, das Verantwortlichkeitsgeflecht, in dem sich die Dritte Gewalt jeweils befindet, besser zu verstehen. Soweit z. B. in Deutschland über richterliche Verantwortlichkeiten diskutiert wird, geht es zumeist um Instrumente einer dienstrechtlichen oder – sehr selten – einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit.¹⁴ Dagegen werden weitere mögliche Verantwortlichkeitsdimensionen, wie z. B. »politische Verantwortlichkeiten« oder die Öffentlichkeitsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt nur selten näher in den Blick genommen. Dass eine solche Perspektivverengung nicht überall als weiterführend empfunden wird, zeigt etwa die U.S.-Debatte zum Thema »*judicial accountability*«, die Fragen der politischen oder öffentlichen Verantwortlichkeit von Richtern deutlich mehr Bedeutung zumisst.¹⁵ Diese Unterschiede lassen sich nicht alle mit dem Hinweis auf Eigenheiten der jeweiligen

14 S. etwa M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien. Demokratische versus technische Legitimation, 2015, S. 163 ff und S. 169 ff.

15 M. Tushnet, Judicial Accountability in Comparative Perspective, in: N. Bamforth/P. Leyland (Hrsg.), Accountability in the Contemporary Constitution, 2013, S. 57 ff.

Justizsysteme erklären, sondern es scheint auch der jeweilige wissenschaftliche Zugriff eine wichtige Rolle zu spielen.

Im Rahmen von *accountability* geht es so in erster Linie darum, *wer wem* gegenüber verantwortlich ist. Zudem ist zu klären, *worauf* sich diese Verantwortlichkeit bezieht und zu *welchen* Konsequenzen sie führen kann.¹⁶ Bezogen auf die Haftung der Dritten Gewalt als einem wichtigen *accountability*-Instrument lauten die entscheidenden Fragen damit: Wem gegenüber ist die Dritte Gewalt nach welchem Maßstab verantwortlich? Handelt es sich um eine individuelle Verantwortlichkeit der Richter, oder wird die Verantwortlichkeit kollektiv von »den Gerichten« oder »dem Staat« getragen? Welche richterlichen Handlungen können Gegenstand dieser Verantwortlichkeit sein, und welche Konsequenzen folgen aus den jeweiligen Verantwortlichkeiten (z. B. Disziplinarverfahren oder auch eine Haftung)?¹⁷

II. Unterschiedliche Verantwortlichkeiten der Staatsfunktionen

In einem weiteren Schritt bietet es sich an, nicht nur danach zu fragen, wie die Verantwortlichkeiten innerhalb der Dritten Gewalt verteilt sind, etwa in Bezug auf Rechtsmittel, sondern auch danach, wie die richterliche Verantwortlichkeit im Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten beschaffen ist. Aus der Perspektive der Dritten Gewalt ist die Frage, *wem* gegenüber sie verantwortlich ist, damit nicht nur eine Frage nach Verantwortlichkeiten im Verhältnis zum Souverän, sondern auch im Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten und ggf. weiteren Akteuren. Hierbei ist offensichtlich, dass sich z. B. die Verantwortlichkeit von Parlamenten bzw. die Instrumente, die diese Verantwortlichkeit sicherstellen sollen, grundlegend von denen, die für die Exekutive oder die Judikative maßgeblich sind, unterscheiden. Hier steht die demokratische Verantwortlichkeit (»*democratic accountability*«) im Vordergrund und damit das Instrument der Wahlen.¹⁸ Zu beachten ist auch, dass Verantwortlichkeiten bzw. die Instrumente zur Sicherung von Verantwortlichkeit jeweils spezifisch an die Aufgaben und auch den Grad an Legitimationsbedürftigkeit der zu erfüllenden Aufgabe gekoppelt sind.

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

17 D. Kosař, Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies, 2016, S. 40.

18 Dazu etwa M. N. Franklin, Elections, in: M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), *The Oxford Handbook on Public Accountability*, 2014, S. 389 ff.

III. Schlussfolgerungen für den weiteren Gang der Überlegungen

Die Dritte Gewalt spricht ihre Urteile zwar im Namen des Volkes (vgl. § 311 Abs. 1 ZPO, § 117 Abs. 1 VwGO oder § 25 Abs. 4 BVerfGG), d. h. aber nicht, dass sie ausschließlich dem Volk und damit dem Souverän gegenüber verantwortlich ist. Ein solches Modell würde der Komplexität der normativen und tatsächlichen Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt kaum gerecht. Vielmehr steht bei der Dritten Gewalt immer auch ihr Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten in Rede. Insofern geht es neben der »internen Verantwortlichkeit« der Dritten Gewalt bezogen auf sich selbst (z. B. im Rahmen von Rechtsmitteln) und gegenüber den Parteien eines Rechtsstreits immer auch um die jeweils spezifischen Verantwortlichkeiten gegenüber der Exekutive, der Legislative und auch gegenüber Akteuren, die jenseits des Gewaltenteilungsschemas stehen. Dieses »Verantwortlichkeitsgeflecht« lässt sich so noch weiterspinnen: So bestehen spezifische Verantwortlichkeiten der Dritten Gewalt gegenüber Rechtsanwälten¹⁹ oder der Staatsanwaltschaft. Hinzu kommt ihr Verhältnis zur Rechtswissenschaft, das auch nicht frei von Verantwortlichkeiten ist (Stichwort: »*peer pressure*«).²⁰ Hinzu kommt in der modernen Gesellschaft ihre Verantwortlichkeit gegenüber der »Öffentlichkeit«, ²¹ »den Medien« oder spezifischer den »sozialen Medien«.

Zudem ergeben sich spezifische Verantwortlichkeiten im europäischen Rechtsprechungsverbund, etwa im Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zum EuGH. Dies gilt auch für internationale Gerichte im Verhältnis zur Staatengemeinschaft und darüber hinaus. Zwar sind internationale Schiedsgerichte vordergründig nur den Parteien eines Schiedsverfahrens gegenüber verantwortlich. Tatsächlich werden aber auch bezogen auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit inzwischen weitere oder neue Verantwortlichkeitsbeziehungen unter dem Stichwort »Öffentlichkeit des Schiedsverfahrens« breit diskutiert. Insgesamt zeigt sich hier, dass Verantwortlichkeiten bzw. Verantwortlichkeitsbeziehungen sehr unterschiedlich ausgeprägt sein können, sodass es weniger darum gehen kann, gemeinsame *accountability*-Standards herauszuarbeiten, als vielmehr um eine genaue Analyse der einzelnen »Verantwortlichkeitsregime«, die es in einem weiteren Schritt ermöglicht, die

19 Die entsprechenden Fragen haben auch haftungsrechtliche Relevanz, etwa wenn es um die Abgrenzung von zivilrechtlicher Anwaltschaft und der Haftung der Dritten Gewalt geht, s. § 8 B. II. 6. c).

20 Zum Verhältnis der Dritten Gewalt zur Rechtswissenschaft jüngst P. Hütter, Was hält die Rechtsprechung von der Rechtswissenschaft?, JZ 2024, S. 72 ff.

21 Dazu etwa T. Gostomzyk, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006.

Bedeutung der Haftung im Kontext der jeweils spezifischen Verantwortlichkeitsstrukturen zutreffend einzuordnen.²²

B. Ursprünge des Konzepts

I. *Judicial accountability* im U.S.-Recht

Seine Ursprünge findet das Konzept der »*judicial accountability*« im anglo-amerikanischen Rechtskreis, insbesondere in den USA. Der U.S.-Debatte kann in vielerlei Hinsicht eine Vorbildwirkung für die Diskurse in anderen Staaten bescheinigt werden. Zugleich mahnen die in den USA unterbreiteten Vorschläge auch zur Vorsicht, insbesondere, weil viele Ideen stark politisch aufgeladen sind. Unter dem Stichwort »*judicial accountability*« wird in den USA auch die an Grundsätzlichkeit kaum noch zu überbietende Diskussion über den Platz des Richters im demokratischen Rechtsstaat geführt. Während in Deutschland zunächst ein breiter gesellschaftlicher Konsens über die Bedeutung und auch Macht der Dritten Gewalt besteht – hier ist das Bundesverfassungsgericht eingeschlossen²³ –, ist in den USA die Rolle der Dritten Gewalt und insbesondere die des U.S. Supreme Court seit jeher umstritten. Dies hängt auch mit den Besonderheiten der amerikanischen Verfassungsordnung zusammen. Mit der Geburt der *judicial review* durch den U.S.-Supreme Court²⁴ war zugleich eine fortwährende Diskussion über Macht und Legitimation der Dritten Gewalt verbunden.²⁵

Aufgrund der Besonderheiten der amerikanischen Geschichte spielt hier die Angst vor einer Art »säkularen Kritarchie« oder einem »*government of judges*« eine andere Rolle als etwa in Europa. Insoweit finden z. B. Richter-

22 Dazu jeweils für das deutsche Recht, das Europarecht und das Völkerrecht § 12, § 13 und § 14.

23 Gleichwohl muss diese Akzeptanz oder Reputation dann leiden, wenn sich Gerichte bzw. Verfassungsgerichte ins politische Schlachtengetümmel stürzen. In den letzten Jahren ist es so zumindest zu deutlich artikulierten Meinungsverschiedenheiten zwischen dem BVerfG und dem Bundestag gekommen, s. dazu M. Hailbronner, Zu viel Vertrauen, zu wenig Kritik? Das Bundesverfassungsgericht im parlamentarischen Diskurs, in: FS Kay Hailbronner, 2013, S. 713 ff.; s. auch A. Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am Bundesverfassungsgericht, NJW 1997, S. 2216 ff.; allgemein zur Problematik der Reputation s. N. Garoupa/T. Ginsburg, Judicial Reputation. A Comparative Theory, 2015.

24 U.S. Supreme Court v. 24.02.1803, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); dazu etwa W. Heun, Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre Marbury v. Madison, Der Staat 42 (2003), S. 267 ff.

25 L. Tribe, American Constitutional Law, 3. Aufl., 2000, S. 24 ff. und S. 207 ff.; A. Bickel, The Least Dangerous Branch, 1962; M. Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts, 2000.

wahlen in den USA vor einem anderen Hintergrund statt.²⁶ Auch die mitunter skurrilen Diskussionen über die Etablierung von Aufsichtsmechanismen »des Volkes« für die Dritte Gewalt (Stichwort: »*judicial council*«)²⁷ sind in diesem Zusammenhang zu sehen. Im Rahmen dieser Diskussionen mutieren Überlegungen über Verantwortlichkeiten schnell in allgemeines »*judge bashing*«, was zeigt, dass entsprechende Diskussionen nicht ungefährlich sind. Der deutsche und europäische Diskurs über die richterliche Verantwortlichkeit kann hier lernen, dass insbesondere eine Politisierung von Fragen der Legitimation und Verantwortlichkeit mit Vorsicht zu genießen ist.

II. *Judicial accountability* in Transformationsländern

Fragen rund um das Prinzip der *judicial accountability* spielen zudem häufig in den ehemaligen Transformationsländern in Osteuropa – oder allgemeiner im Rahmen von politischen Transformationsprozessen – eine wichtige Rolle.²⁸ Insbesondere in einigen osteuropäischen Staaten mischen sich offenbar zwei Problemlagen: Zum einen geht es hier um die Aufarbeitung von Justizunrecht, das zu Zeiten des Sozialismus (also bis in die 1990er Jahre) begangen wurde,²⁹ zum anderen um den Aufbau von neuen Justizsystemen. Wie voraussetzungsvoll letztere Aufgabe ist, haben in den letzten Jahren die Entwicklungen in Polen und Ungarn gezeigt.³⁰

III. Justizkorruption und *judicial accountability*

Eine besondere Bedeutung haben Konzepte der richterlichen Verantwortlichkeit im Kontext des in einigen Ländern verbreiteten Phänomens der Justizkorruption. Allerdings erfährt der Begriff der *accountability* in diesem Kontext eine andere Konnotation. Mit ihm werden regelmäßige Erwartungen verbunden, dass Gerichte bzw. Richter im Falle von Rechtsbeugung und Korruption verantwortlich gemacht werden. Die Etablierung von *accountability*-

26 Eingehend zur Geschichte der Richterwahlen in den USA s. J. *Handelsman Shugerman*, *The People's Courts*, 2012.

27 N. *Garoupa/T. Ginsburg*, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, *American Journal of Comparative Law* 57 (2008), S. 103 ff.

28 S. etwa am Beispiel Nigerias H. O. *Yusuf*, *Transitional Justice, Judicial Accountability and the Rule of Law*, 2010; eingehend am Beispiel Tschechiens und anderer osteuropäischer Staaten D. *Kosař*, *Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies*, 2016.

29 Eingehend dazu D. *Kosař*, *Perils of Judicial Self-Governance in Transitional Societies*, 2016, S. 145 ff.

30 S. dazu nur am Beispiel der Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen und Ungarn P. M. *Huber*, *Europäische Verfassungs- und Rechtstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, *Der Staat* 56 (2017), S. 389 ff.; allgemein auch A. *Voßkuhle*, *Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *JZ* 2024, S. 1 ff.

Strukturen ist in diesem Zusammenhang ein wichtiger Baustein von *good governance*-Strategien. Bereits 2007 hat Transparency International umfassend auf die Probleme hingewiesen, die in vielen Ländern diesbezüglich bestehen,³¹ auch wenn bislang kaum erkennbar ist, dass sich in den entsprechenden Staaten die Sachlage grundlegend verändert hat.³² Im Kontext von Korruptionsdelikten wird der Begriff der *accountability* damit in erster Linie im Sinne einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit verwendet. Gleichwohl überlappen sich strafrechtliche und haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt mitunter (vgl. etwa § 893 Abs. 2 BGB, wonach das Spruchrichterprivileg im Falle einer Amtspflichtverletzung, die zugleich eine Straftat verkörpert, nicht greift).³³ Zudem kennt die Rechtsordnung Mechanismen, um der Justizkorruption vorzubeugen.³⁴ Neben der Strafbarkeit des bestechlichen Richters (§ 332 Abs. 2 StGB) kennt etwa das deutsche Recht mit § 334 Abs. 2 StGB eine recht differenzierte Regelung über die Strafbarkeit der Bestechung eines (auch EU-) Richters oder Schiedsrichters;³⁵ § 335a StGB regelt zudem die Strafbarkeit der Bestechung von ausländischen Richtern und Mitgliedern internationaler Gerichte.³⁶

IV. *Judicial accountability* und internationaler Menschenrechtsschutz

Ein jüngerer Strang der *accountability*-Debatte beschäftigt sich schließlich mit Fragen der Verantwortlichkeit in Zusammenhang mit dem internationalen Menschenrechtsschutz. Hier geht es insgesamt um die Mechanismen, die die Verantwortlichkeiten für die Einhaltung der Menschenrechte absichern sowie im Falle der Verletzung der Menschenrechte greifen können. Dass Gerichte – die etwa in der französischen Tradition als »*gardienne de la liberté individuelle*« bezeichnet werden – in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielen können, liegt auf der Hand. Folgerichtig konzentrierte sich diese Diskussion darauf, welche Voraussetzungen geschaffen werden müssen,

31 Transparency International, Global Corruption Report 2007, insbesondere S. 40 ff., S. 67 ff. und S. 167 ff.

32 Eingehend dazu KAS Studie »Korrumpierte Richter – Bedrohung für den Rechtsstaat«, KAS Auslandsinformationen 4/2019; zur Vermeidung von Korruption in der Justiz s. etwa die Empfehlungen des s. auch Europarat, Consultative Council of European Judges (CCEJ), CCEJ Opinion No. 21 (2018) »Preventing Corruption among Judges« v. 09.11.2018.

33 Dazu § 8 B. V.

34 Eingehend zur »Richterbestechung« T. Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2017, S. 555 ff.

35 § 334 Abs. 2 StGB reflektiert damit auch die mitgliedstaatliche Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des europäischen Rechtsprechungsverbundes.

36 Allgemein dazu P. Schunck, Die Legitimation des Verbots der Amtsträgerkorruption im Ausland gem. § 335a StGB, 2020; M. Böse, Das Rechtsgut der Auslandsbestechung (§ 335a StGB), ZIS 2018, S. 119 ff.; C. Spörl, Das Verbot der Auslandsbestechung, 2019 (dort insbesondere zur sog. »EU-Bestechung«).

damit effektiver Rechtsschutz bei Menschenrechtsverletzungen möglich ist. Insofern geht es hier bislang nur am Rande um die eigene Verantwortlichkeit der Richter oder Gerichte für den Schutz der Menschenrechte. Der Schwerpunkt der Diskussion liegt vielmehr auf der Frage, welche Rolle Gerichte beim Menschenrechtsschutz im Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten und weiteren Akteure spielen können. Die Diskussion konzentriert sich hierbei schon lange nicht mehr ausschließlich auf die Verantwortlichkeit für Kriegsverbrechen (»*atrocities*«),³⁷ sondern geht weit darüber hinaus, etwa soweit es um die Verantwortlichkeit multinationaler Konzerne für Menschenrechtsverletzungen geht.³⁸ Diese neuen Verantwortlichkeitsformen betreffen auch die staatliche Dritte Gewalt, bspw. wenn sie mit Streitigkeiten über rechtliche Verpflichtungen in den Lieferketten oder allgemeiner mit der Haftung für Menschenrechtsverletzungen konfrontiert wird.³⁹

C. Dimensionen und Mechanismen einer *judicial accountability*

Die Dritte Gewalt kennt eine Reihe unterschiedlicher Dimensionen von Verantwortlichkeit und zahlreiche Mechanismen der Sicherung von *accountability*. Sie gehören nur teilweise zu den sonst üblichen Mechanismen und Instrumenten, die etwa im Bereich der Exekutive (im Sinne einer »*public accountability*«) von Bedeutung sind. Insofern spielen in anderen Kontexten wichtige Verantwortlichkeitsdimensionen und -instrumente für die Dritte Gewalt fast gar keine Rolle. Soweit etwa das »*Oxford Handbook of Public Accountability*« hier »*Accounting*« und »*Auditing*«, »*Performance Reporting*«, »*PerformanceStat*«, die Rolle von »*Independent Regulators*« und »*Audit Institutions*«, »*Transparency*« und schließlich »*Watchdog journalism*« zu den wichtigen Mechanismen zählt, um Verantwortlichkeiten zu sichern,⁴⁰ so lassen sich diese Instrumente nicht einfach auf die Dritte Gewalt übertragen. Im Vordergrund müssen vielmehr bestimmte Dimensionen der Verantwortlichkeit (im Sinne von »Verantwortlichkeitsbeziehungen«) stehen, die in erster Linie verdeutlichen, gegenüber wem die Dritte Gewalt verantwortlich

37 Dazu etwa S. Ratner/J. Abrams/J. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, 3. Aufl. 2009.

38 Eingehend dazu A. Vandenbogaerde, *Towards Shared Accountability in International Human Rights Law*, 2016; M. Duin/K. Hemard (Hrsg.), *Research Handbook on the Accountability for Human Rights Violations: What, Who, What For, How, To What Extent*, 2024.

39 K. Haider, *Haftung von transnationalen Unternehmen und Staaten für Menschenrechtsverletzungen*, 2019, S. 237 ff.

40 So die einzelnen Kapitel in M. Bovens/R. Goodin/T. Schillemans (Hrsg.), *Oxford Handbook of Public Accountability*, 2014.

ist, auf was sich diese Verantwortlichkeit bezieht und ggf. auch, wie sie sichergestellt wird. Hierbei kommt es notwendig zu Überschneidungen, denn einzelne Dimensionen der Verantwortlichkeit können gleich in mehreren Verantwortlichkeitsbeziehungen von Bedeutung sein.

I. Interne und externe richterliche Verantwortlichkeit

Die Unterscheidung zwischen interner und externer Verantwortlichkeit ist bezogen auf die Dritte Gewalt von hoher Bedeutung, weil insbesondere die Garantie richterlicher Unabhängigkeit die allermeisten Instrumente, die eine externe Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt sicherstellen sollen, als problematisch erscheinen lässt.⁴¹ Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass nahezu alle Instrumente externer Verantwortlichkeit im Kontext der Dritten Gewalt nicht oder nur abgewandelt Anwendung finden können. Dies hängt schon damit zusammen, dass eine »staatliche Justizaufsicht« mit der besonderen Stellung der Dritten Gewalt ebenso wenig vereinbar ist wie die meisten Formen »privater Kontrolle«. Das kann man etwa anhand der in den letzten Jahren immer wieder geführten Debatte über das Verhältnis der Dritten Gewalt zu den Medien (»Vierte Gewalt«) beobachten. Während den Medien in Bezug auf die Exekutive und Legislative oftmals eine wichtige Kontrollfunktion zugeschrieben wird, werden mediale »Gerichtsschelten« häufig als unangemessen oder deplatziert empfunden.

Insofern kommt den Mechanismen, die die interne Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt sichern sollen (z. B. dem Rechtsmittelrecht, der Dienstaufsicht oder der richterlichen Berufsethik), eine besonders hohe Bedeutung zu. Dies gilt nicht nur für die staatliche Justiz, sondern im zunehmenden Maße auch für den EuGH und internationale Gerichte.

II. Horizontale und vertikale *accountability*

Im Lichte des jeweiligen innerstaatlichen »Instanzenzuges«, aber auch aufgrund der Vernetzung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt mit dem EuGH bzw. allgemein der Etablierung von europäischen und internationalen Rechtssprechungsverbünden⁴² lässt sich auch im Kontext einer *judicial accountability* zwischen einer »horizontalen *accountability*« und einer »vertikalen *accountability*« unterscheiden. Hiermit lassen sich zum einen die Verant-

41 S. etwa M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien. Demokratische versus technische Legitimation, 2015, S. 163 ff und S. 169 ff.

42 Zum Begriff § 6 A.

wortlichkeiten innerhalb der Justiz ebenso zuordnen, wie die Verantwortlichkeiten, die sich aus der Einbindung in den europäischen Rechtsprechungsverbund oder durch die Internationalisierung der Dritten Gewalt ergeben. Die Überprüfung von Urteilen in sachlicher (Berufung) und rechtlicher (Revision) Hinsicht im vertikalen Verhältnis zwischen Unter- und Obergerichten verkörpert das kardinale Instrument, um Verantwortlichkeiten zu sichern. In erster Linie geht es um die Verantwortlichkeit der rechtsprechenden Gewalt im Verhältnis zu den Prozessbeteiligten (im Sinne einer »horizontalen *accountability*«) und darüber hinaus um die allgemeine »Richtigkeit« und »Widerspruchsfreiheit« der Rechtsprechung als rechtstaatliches Gebot.⁴³ Eine »individuelle Verantwortlichkeit« des Richters steht hier dagegen kaum in Rede, auch wenn z. B. die Aufhebung eines Urteils durch ein Obergericht nicht gerade als Beleg guter Arbeit der unteren Instanzen gelten kann. Zu bedenken ist hier freilich, dass es viele Gründe für eine Aufhebung geben kann, die nicht notwendig in den Händen der Eingangsgerichte liegen.

Im Kontext des europäischen Rechtsprechungsverbundes und der Internationalisierung der Dritten Gewalt gewinnen aber insbesondere die »*vertikalen Dimensionen der Justizvernetzung*« eine überragende Rolle. Auch wenn der europäische Rechtsprechungsverbund – dies suggeriert der Begriff des Verbundes – auf Koordination zu basieren scheint, so kann doch nicht an der zentralen Rolle des EuGH (Art. 19 EUV) gezweifelt werden. Dies bringen nicht nur komplexe »Vernetzungsbestimmungen«, wie z. B. Art. 20 ff. EPGÜ, zum Ausdruck, sondern auch die Mechanismen, die die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherstellen sollen. Neben dem Vorabentscheidungsverfahren spielt hier nicht umsonst auch das unionale Haftungsrecht eine wichtige Rolle.⁴⁴ Und auch hinsichtlich der Beziehung zwischen staatlicher Dritter Gewalt und internationalen Gerichten lässt sich mitunter von vertikalen Verantwortlichkeiten sprechen, so setzt sich z. B. der EGMR vor dem Hintergrund der »*local remedy rule*« zunächst ausschließlich mit Urteilen der konventionsstaatlichen Dritten Gewalt auseinander (vgl. Art. 35 EMRK). Ein neuer Trend besteht schließlich darin, dass sich auch Schiedsgerichte immer öfter mit staatlichen Justizstrukturen auseinandersetzen.⁴⁵

43 Zum Gebot der Widerspruchsfreiheit s. etwa H. Sodan, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864 ff.

44 Dazu § 9.

45 Dazu M. Sattorova, Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct, ICLQ 61 (2012), S. 223 ff.

III. Demokratische Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt

Verantwortlichkeiten sind häufig demokratische Verantwortlichkeiten und werden in Form von Wahlen verwirklicht. Die Wahl vermittelt Legitimation und ist Verantwortlichkeitsinstrument zugleich.⁴⁶ Insoweit spielt neben der Frage der Bindung der Dritten Gewalt an das Recht (dazu sogleich IV.) auch die Frage, wie Richter in das Amt kommen und ggf. aus diesem entfernt werden können, eine wichtige Rolle.⁴⁷ Richterwahlen werden bislang häufig nur aus der Perspektive der Legitimation wahrgenommen, Fragen der Verantwortlichkeiten werden in diesem Zusammenhang selten thematisiert. Und wenn dies einmal doch der Fall ist, wie etwa bei Richterwahlen in den USA, stehen die negativen Aspekte eines solchen Vorgehens im Vordergrund. Freilich scheint sich die Wahrnehmung hier momentan zu ändern – gerade in Deutschland, aber auch auf der europäischen Ebene, ist in den letzten Jahren zu beobachten, dass die Wahl bzw. die Verfahren zur Wahl von obersten Richtern vermehrt diskutiert werden. So wurde beispielsweise das Verfahren zur Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts ebenso modifiziert,⁴⁸ wie auch der Lissabonner Vertrag Änderungen im Verfahren zur Bestellung von EuGH-Richtern mit sich gebracht hat.

IV. Rechtsbindung als rechtliche *accountability*

Die Rechtsbindung der Dritten Gewalt sichert nicht nur ihre Legitimation, sondern dient – damit unmittelbar zusammenhängend – auch der Sicherung ihrer Verantwortlichkeit. Soweit die Dritte Gewalt vom Recht als Maßstab der Entscheidung abweicht, löst sie rechtliche Konsequenzen aus: im Instanzenzug, haftungsrechtlich und ggf. auch strafrechtlich. Insofern dient schon die Rechtsbindung selbst als Gradmesser der »rechtlichen Verantwortlichkeit« der Dritten Gewalt. Diese Perspektive auf eine »*legal accountability*« mutet mit Blick auf die wissenschaftlichen Arbeiten im anglo-amerikanischen Raum allerdings eher merkwürdig an, denn eine *legal accountability* wird häufig mit der Aufgabe des U.S. Supreme Court zur *judicial review* gleichgesetzt, der in diesem Wege die Vereinbarkeit von staatlichem Handeln mit der

46 Eingehend dazu M. Kotzur, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20, Rn. 123 ff.

47 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 5 ff.; A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2007; N. Schreier, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des United States Supreme Court, 2016.

48 Dazu § 4 A. III. 3. b).

U.S. Constitution sicherstellt (dazu bereits § 2 C. V. 3.). Doch hier handelt es sich bei Licht besehen nur um einen scheinbaren Widerspruch. Auch die Befugnis zur *judicial review* des U.S. Supreme Court ist – zumindest zum Teil – rechtlich determiniert.

V. Finanzielle *accountability*

Die »finanzielle *accountability*« von Gerichten bzw. Richtern spielt bislang in der deutschen Diskussion keine besondere Rolle. Hier drückt sich eher eine Verantwortlichkeitsdimension im Verhältnis der Legislative bzw. der Exekutive zur Dritten Gewalt aus, insbesondere soweit es um die sachgerechte Ausstattung der Dritten Gewalt geht (dazu bereits § 2 V. 4.). Dass umgekehrt die Verwendung der zugewiesenen Mittel an ein Gericht zumindest prinzipiell der Kontrolle unterliegt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine ganz andere Frage ist dagegen, ob die Dritte Gewalt auch eine Verantwortung für die finanziellen Folgen von Urteilen trägt. Eine solche »finanzielle Folgenverantwortung«⁴⁹ wird man aber nicht ohne Weiteres annehmen können, auch weil es letztlich an rechtlichen Maßstäben fehlt, wie die entsprechenden Folgen tatsächlich abgeschätzt werden können. Dass insbesondere Höchstgerichte mitunter – auch in finanzieller Hinsicht – folgenreiche Urteile fällen, ist damit weniger eine Frage ihrer Verantwortlichkeit.

VI. Öffentlichkeitsverantwortung der Dritten Gewalt

Dass die Dritte Gewalt auch gegenüber der »Öffentlichkeit« eine Verantwortung trägt, dürfte weitgehend unbestritten sein.⁵⁰ Allerdings ist unklar, was aus dieser Öffentlichkeitsverantwortung konkret folgt, insbesondere auch, welche Begrenzungen sie zulässt. Dass sich Gerichte in der modernen Mediengesellschaft auf veränderte Strukturen einstellen müssen, liegt auf der Hand. Hier geht es nicht nur um die »Gerichtsöffentlichkeit« im Sinne einer »Saalöffentlichkeit« (vgl. § 169 GVG), sondern auch um die Verantwortlichkeit für die Informationsherausgabe und die Darstellung der Gerichte in der

49 Allgemein dazu etwa P. Lassahn, Rationalität und Legitimität der Folgenberücksichtigung, ARSP 99 (2013), S. 323 ff.; zur jüngeren Diskussion über die Folgen bzw. Vorbildwirkung von Urteilen des BVerfG im europäischen Rechtsraum s. A. Voßkuhle, Applaus von der »falschen« Seite. Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 334 ff. m. w. Nachw. in Fn. 10.

50 C. von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005; T. Gostomzyk, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006; A. F. Hauth, Sitzungspolizei und Medienöffentlichkeit, 2017; J. Jahn, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021.

Öffentlichkeit und insbesondere in den sozialen Medien.⁵¹ Dass sich die Dritte Gewalt hier mitunter schwertut, kann angesichts ihrer Strukturen und Funktion nicht überraschen.⁵² Vom Leitbild des »*responsive judge*« ist die Dritte Gewalt jedenfalls nicht nur in Deutschland recht weit entfernt.⁵³

VII. Weitere Dimensionen

Dass die richterliche Verantwortlichkeit noch weitere Dimensionen kennt, ist angesichts der zahlreichen Facetten von *accountability* offensichtlich, etwa soweit es um Qualifikations- und Qualitätsanforderungen oder die Rolle einer richterlichen Berufsethik geht. Zugleich scheint aber eine Begrenzung auf die genannten Dimensionen des Begriffs notwendig zu sein, damit er noch eine Bündelung von den Dimensionen und Mechanismen erlaubt, die von besonderer Bedeutung sind.

D. Verfassungsrechtliche Dimensionen

I. Verantwortlichkeit jenseits der Rechtsbindung?

Die durch Richter ausgeübte Staatsgewalt bedarf der Legitimation und damit der Rückbindung an den Souverän. Deshalb bindet das Grundgesetz richterliche Tätigkeit strikt an die Verfassung und das demokratische Parlamentsgesetz (bzw. Gesetz und Recht), wie insbesondere Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG deutlich zum Ausdruck bringen.⁵⁴ Häufig wird diese Rechtsbindung der Dritten Gewalt als nahezu einzige Quelle ihrer Legitimation und Verantwortlichkeit gesehen: Die Dritte Gewalt hat die Verantwortung dafür, dass das Recht angewendet wird, und ist an dieses gebunden, zugleich legitimiert das vom Souverän unmittelbar geschaffene Recht auch die richterliche Tätigkeit demokratisch.

51 Dazu etwa A. Henderson, The High Court and the Cocktail Party from Hell: Can Social Media Improve Community Engagement of Courts?, in: T. Sourdin/A. Zariski (Hrsg.), The Responsive Judge, 2018, S. 121 ff. Als ein Beispiel dafür, wie schwierig es für Gerichte ist, sich in den sozialen Medien zu präsentieren, darf der Versuch des BVerfG gelten, sich bei Instagram zu präsentieren. Nachdem das Gericht im August 2021 einen Instagram-Account eingerichtet hatte, wurde dieser nur wenige Monate später wieder geschlossen. Auf »abwechslungsreiche Einblicke in die Tätigkeit von Deutschlands höchstem Gericht« (so die Pressemitteilung des BVerfG Nr. 76/2021 v. 18.08.2021) muss die Öffentlichkeit seitdem zumindest auf Instagram verzichten.

52 C. Hirzebruch, Öffentlichkeit und Neue Medien im gerichtlichen Verfahren, 2018.

53 T. Sourdin/A. Zariski (Hrsg.), The Responsive Judge, 2018.

54 § 4 C. II. 2.

Doch reicht diese Bindung an das demokratische Gesetz bzw. an die Verfassung aus, um die richterliche Gewalt zu legitimieren? Diese Frage muss in Zeiten des Wandels und Bedeutungsaufschwungs der Dritten Gewalt in einem besonderen Maße in den Mittelpunkt gestellt werden. Dass die Dritte Gewalt angesichts dieser Entwicklungen (dazu §§ 5-7) sich nicht allein auf die Rechtsbindung stützen kann, zeigt eine Analyse ihrer Verantwortlichkeits- und Kontrollstrukturen.

II. *Accountability* und richterliche Unabhängigkeit

Richterliche Unabhängigkeit und *accountability* im Sinne einer umfassenden Verantwortlichkeit scheinen in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zu stehen.⁵⁵ Allerdings würde die in vielen Staaten verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Justiz falsch verstanden, wenn sie als reine Abwesenheit von Verantwortlichkeit gesehen wird. Auffällig ist auch, dass Diskussionen rund um die richterliche Unabhängigkeit sehr von der jeweiligen Rechtskultur geprägt sind. Die reiche akademische Auseinandersetzung mit dem Phänomen der »*judicial independence*« in den USA ist z. B. auch darauf zurückzuführen, dass an der richterlichen Tätigkeit viele grundsätzliche Fragestellungen des U.S.-Verfassungsrechts (Gewaltenteilung) fest gemacht werden.⁵⁶

Doch auch in Deutschland wird in vielen Diskussionen über richterliche Dienstpflichten oder Veränderungen der Verantwortlichkeitsstrukturen geradezu reflexhaft auf die richterliche Unabhängigkeit verwiesen.⁵⁷ Doch Verantwortlichkeit muss nicht zwangsläufig als Opponent der Unabhängigkeit interpretiert werden. Solange die Gehalte der richterlichen Unabhängigkeit unangetastet bleiben, steht es dem Gesetzgeber frei, Verantwortlichkeits-

55 Umfassend zur richterlichen Unabhängigkeit aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts s. bereits § 4 C. V.; s. auch G. Canivet/M. Andenas/D. Fairgrieve (Hrsg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, 2006; C. G. Geyb, *Judicial Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts*, ILJ 78 (2003), S. 153 ff.; J. A. Wym/E. P. Mazur, *Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet*, 67 Alb. L. Rev. (2004), S. 775; S. B. Burbank, *Judicial Accountability to the Past, Present, and Future*, 28 U. Ark. LittleRock L. Rev. (2005), 19; s. auch J. P. Terhechte, *Equal or diverse? – Richterliche und exekutive Unabhängigkeit im Vergleich*, in: A. Pilniok/M. Kröger (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016, S. 35 ff.

56 Dazu ausführlich S. B. Burbank, *The Architecture of Judicial Independence*, 72 S. Cal. L. Rev. 72 (1999), S. 315 ff.; F. K. Zemans, *The Accountable Judge: Guardian of Judicial Independence*, S. Cal. L. Rev. 72 (1999), S. 625 ff.; vergleichend J. Calca de Temeltas, *Commentary: Comparative Constitutional Approaches to the Rule of Law and Judicial Independence*, 40 St. Louis U. L. J., 40 (1996), S. 1997 ff.

57 J. P. Terhechte, *Equal or diverse? – Richterliche und exekutive Unabhängigkeit im Vergleich*, in: A. Pilniok/M. Kröger (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016, S. 35 ff. m. w. Nachw.

strukturen zu gestalten, und umgekehrt trifft ihn im Lichte des Rechtsstaatsprinzips und der Justizgrundrechte womöglich auch die Pflicht, mit dem Wandel der Aufgabenprofile und Strukturen entsprechende Verantwortlichkeitsarrangements zu gestalten.

Dass insbesondere im Rahmen einer Haftung der Dritten Gewalt die richterliche Unabhängigkeit eine wichtige »Hintergrundargumentation« verkörpert, wird schon anhand der Debatten rund um die Funktion des § 839 Abs. 2 BGB deutlich. Doch die Sichtweisen sind hier unterschiedlich. So hat der EuGH im Rahmen der *Köbler*-Entscheidung einen Rückgriff auf die richterliche Unabhängigkeit recht pauschal abgelehnt.⁵⁸ Solche unterschiedlichen Sichtweisen bzw. Gewichtungungen zeigen, dass Fragen der richterlichen Verantwortlichkeit im supranationalen Recht womöglich anders gelagert sind als im deutschen Recht.

Auf der Ebene des Völkerrechts ist dagegen noch nicht abschließend geklärt worden, ob es sich bei der »*judicial independence*« bereits um ein Prinzip des Völkergewohnheitsrechts handelt.⁵⁹ Dagegen ist interessant, dass die Verantwortlichkeitsstrukturen von internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen z. T. erheblich ausdifferenzierter als auf der staatlichen Ebene sind.⁶⁰ Insgesamt zeigt sich hier, dass das Verhältnis von Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit vielschichtig sein kann, je nach Kontext, Rechtskreis oder Rechtsschicht (staatlich, supranational oder international). Allgemeine Aussagen über die Zulässigkeit bestimmter Instrumente zur Sicherung einer *judicial accountability* sind vor diesem Hintergrund mit Vorsicht zu genießen.

E. *Judicial accountability* auf europäischer und internationaler Ebene

Fragen richterlicher Verantwortlichkeit beanspruchen auf der europäischen und auch auf der internationalen Ebene häufig einen noch höheren Stellenwert als auf der staatlichen (deutschen) Ebene. Schon die demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit europäischer und internationaler Richter wirft zahlreiche Fragen auf,⁶¹ die in den letzten Jahren viel Aufmerksamkeit erhielten. Gerade auf der europäischen und internationalen Ebene müsste eigentlich die Rechtsbindung und Rechtsförmigkeit der Verfahren im Zentrum

58 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 42 – Köbler.

59 Eingehend dazu A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Transition*, 2012.

60 Ein wichtiges Beispiel sind hier die Verantwortlichkeitsstrukturen des IStGH, s. dazu § 14 IV.

61 Dazu etwa A. von Bogdandy/C. Krenn, *Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern*, JZ 2014, S. 529 ff.

der Überlegungen stehen, schon weil die demokratische Verantwortlichkeit internationaler Gerichtshöfe mitunter problematisch ist.

Gleichwohl sind die Instrumente, die eine *judicial accountability* auf der Ebene des Unions- und Völkerrechts sichern sollen, mit denen gut vergleichbar, die auf staatlicher Ebene maßgeblich sind. Auch supra- bzw. internationale Gerichtsstatuten und internationale Verträge, die Organisations- und Verfahrensbestimmungen für internationale Gerichtshöfe und Tribunale enthalten, sehen z. T. Rechtsmittelregime, Qualifikationsanforderungen, Wahlverfahren, Inkompatibilitätsregelungen sowie Öffentlichkeits- und Transparenzanforderungen vor.⁶² Auch wenn es hier an einem kohärenten System im Sinne eines bereits ausgereiften »internationalen Gerichtsverfassungs- und Organisationsrecht« bislang fehlt (dazu III.) und auch die unterschiedlichen historischen und politischen Kontexte eine erhebliche Rolle für die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Organisations- und Verfahrensbestimmungen spielen, lassen sich zumindest grobe Strukturen ausmachen. Insgesamt wird jedenfalls der Frage nach der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt auf der Ebene des supra- und internationalen Rechts immer mehr Bedeutung zugemessen.

I. Spezifische Verantwortlichkeiten im europäischen Rechtsprechungsverbund

Der EuGH hat im europäischen Rechtsprechungsverbund die kardinale Pflicht, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern (Art. 19 Abs. 1 EUV). Er ist mit anderen Worten für die einheitliche Anwendung des EU-Rechts im europäischen Rechtsprechungsverbund verantwortlich. Hinzu treten spezifische Verantwortlichkeiten gegenüber den Mitgliedstaaten (etwa bei der Benennung künftiger Richter) und gegenüber dem Europäischen Parlament. Hinzu treten – trotz mancher Friktionen – die Verantwortlichkeiten im Verhältnis zum EGMR.

II. Internationale Gerichte und internationale öffentliche Gewalt

Die Verantwortlichkeit internationaler Gerichte ist in den letzten Jahren eingehend diskutiert worden.⁶³ Die Verantwortlichkeitsdebatte geht hier stark mit Fragen der Legitimation der durch diese Gerichte ausgeübten »interna-

62 S. dazu eingehend § 14.

63 S. nur A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen?, 2014.

tionalen öffentlichen Gewalt« einher.⁶⁴ Aufgrund der Schwierigkeiten, die hier mit Fragen der Rechtsbindung oder demokratischen Legitimation verbunden sind, liegt es auf der Hand, dass insbesondere die Verfahrens- und Organisationsbestimmungen im Vordergrund stehen.

III. Baustein eines ebenenübergreifenden Gerichtsverfassungsrechts?

Eine *judicial accountability* kann schließlich einen wichtigen Baustein im Rahmen von Überlegungen zu einem ebenenübergreifenden Gerichtsverfassungsrecht verkörpern. Insbesondere in den letzten Jahren hat sich in der Rechtswissenschaft nicht nur ein deutliches Interesse an rechtsvergleichender Forschung zum Gerichtsverfassungsrecht gezeigt,⁶⁵ sondern auch auf internationaler Ebene sind vermehrt Forschungsarbeiten entstanden, die sich auf Elemente einer »internationalen Gerichtsverfassung« konzentrieren.⁶⁶ Aufgrund der häufig zu verzeichnenden Offenheit und Unbestimmtheit internationaler Verträge und der damit verbundenen mangelnden politisch-demokratischen Programmierung sind in diesem Zusammenhang Verantwortlichkeitsfragen von einer besonderen Bedeutung.⁶⁷ Insofern sind die Verantwortlichkeiten internationaler Gerichtshöfe und Tribunale und auch des EGMR sowie des EuGH von spezieller Relevanz, wenn es darum geht, die legitimationsstiftende Dimension dieses Prinzips zu entfalten.

F. *Judicial accountability* und Schiedsgerichtsbarkeit

I. Verantwortlichkeit nur gegenüber den Parteien?

Wie lassen sich die Verantwortlichkeiten im Rahmen privater Streitschlichtung in ein Modell richterlicher Verantwortung einpassen? Ist die private Streitschlichtung nicht gerade eine Antwort auf als defizitär empfundene

64 Dazu etwa M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015; A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law, 2010; s. auch die Beiträge in A. von Bogdandy/I. Venzke (Hrsg.), Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers, GLJ 12, 3 (2011).

65 Jüngst etwa M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien. Demokratische versus technische Legitimation, 2015; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 527 ff. am Beispiel der Strukturen der Justizverwaltung; C. F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, zur Rechtskraft in Deutschland, Frankreich und England; s. auch die rechtsvergleichenden Überlegungen zur Haftung bei judikativem Unrecht bei M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 408 ff.

66 S. etwa D. Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 3. Aufl. 2015.

67 Dazu nur C. Möllers/J. P. Terhechte, Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 44, Rn. 15.

ne Verantwortlichkeitsstrukturen der staatlichen Streitschlichtungsinstanzen? Schon diese beiden Fragen zeigen auf, dass eine *judicial accountability* in Bezug auf Schiedsgerichte oder der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit andere Anknüpfungspunkte suchen muss als bei staatlichen Streitschlichtungsinstitutionen.

Ein wesentlicher Unterschied besteht hier darin, dass die Parteien, die einen Rechtsstreit durch ein Schiedsgericht entscheiden lassen wollen, zumindest potenziell auch die haftungsrechtlichen Verantwortlichkeiten der Schiedsrichter regeln können. Es kommt also zunächst auf die entsprechenden Festlegungen in den vertraglichen Beziehungen zwischen den Schiedsrichtern und den Parteien eines Rechtsstreits an.⁶⁸

Insofern ist es interessant zu sehen, dass die staatlichen Gerichte nahezu selbstverständlich davon ausgehen, dass bestimmte Verantwortlichkeitsstrukturen, die für die staatliche Gerichtsbarkeit als mehr oder weniger selbstverständlich angesehen werden, auch für die private Gerichtsbarkeit kennzeichnend sind. Ein Beispiel ist hier die Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH zur haftungsrechtlichen Privilegierung von Schiedsrichtern.⁶⁹ Die ständige Rechtsprechung des BGH geht davon aus, dass das »Spruchrichterprivileg« in der Regel von den Parteien mit vereinbart wird und insofern eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Schiedsrichter nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Eine solche Sichtweise ist eigentlich erstaunlich, denn das Schiedsverfahren basiert maßgeblich auf dem Grundsatz der Autonomie der Parteien. In diesem »*setting*« konkludente Haftungsausschlüsse zu postulieren, ist nicht nachvollziehbar.⁷⁰

Gleichwohl ist eine *judicial accountability* im Rahmen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit jenseits der Fragen nach einer Haftungsverantwortlichkeit deutlich abweichend von den Verantwortlichkeitsstrukturen der staatlichen Streitschlichtungsinstitutionen. So haben die Parteien in einem Schiedsverfahren deutlich höheren Einfluss auf die Bestellung der entscheidenden Personen als dies im Rahmen staatlicher Gerichtsverfahren der Fall ist. Qualifikationsanforderungen von Schiedsrichtern können vertraglich festgelegt werden; Mindestanforderungen wie etwa im deutschen Recht bei Richtern (vgl. § 5 Abs. 1 DRiG) existieren nicht.⁷¹ Selbst der Gesundheitszu-

68 Dazu R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 53 ff.

69 RG. v. 21.03.1898 – Rep VI. 350/97, RGZ 41, 251; RG v. 06.02.1907 – Rep. III. 363/06, RGZ 175; BGH v. 06.10.1954 – II ZR 149/53, BGHZ 15, 12; zur Haftung des Schiedsrichters s. auch jüngst K.-A. Gerstenmaier, Die Haftung des Schiedsrichters, insbesondere für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, FS Wegen, 2015, S. 643 ff.; eingehend auch oben § 8 B. III. 4. a) bb) (2).

70 § 8 B. III. 4. a) bb) (2) m. w. Nachw.

71 R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 48 ff.

stand von Schiedsrichtern kann Gegenstand der Schiedsvereinbarung sein.⁷² Die Unterschiede zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit zeigen sich z. B. auch an den deutlich abweichenden internen Kontrollmustern i. S. v. Rechtsmitteln, die bei Schiedsverfahren unüblich sind.⁷³ Schon diese Beispiele zeigen, dass eine *judicial accountability* der Schiedsgerichtsbarkeit bzw. von Schiedsrichtern anderen Prinzipien verpflichtet ist als die der staatlichen Gerichtsbarkeiten bzw. von Richtern. Die Parteienautonomie, Vertraulichkeitsregeln, der Einfluss auf die Schiedsrichter (bis hin zu ihrer Bezahlung) verlangen nach anderen Instrumenten. Zu betonen ist, dass dies nicht nur als defizitär oder undemokratisch angesehen werden sollte, sondern dass es hier maßgeblich in den Händen der Parteien liegt, ob es zu einem solchen Verfahren kommt und wie die entsprechenden Verantwortlichkeiten verankert werden.

II. Neue Formen der Verantwortlichkeit von Schiedsgerichten

Trotz dieser Ausgangssituation ist in den letzten Jahren eine Debatte über verschiedene Formen der Verantwortlichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit (insbesondere der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit) entbrannt, die sich vornehmlich auf Fragen der Transparenz von Schiedsverfahren und der Öffentlichkeitsverantwortlichkeit von Schiedsgerichten konzentriert.⁷⁴ Ob die entsprechenden Vorschläge vollständig umgesetzt werden, bleibt abzuwarten.⁷⁵ Sie zeigen aber jedenfalls, dass für internationale Schiedsgerichte Fragen der Legitimation und Verantwortung immer wichtiger werden.⁷⁶

G. Fazit

Die Dritte Gewalt ist verantwortliche Staatsgewalt, d. h. sie unterliegt verschiedenen Formen der *accountability* bzw. ist gegenüber dem Souverän und den anderen Staatsgewalten verantwortlich. Hierbei wirft die spezielle Funktion der Dritten Gewalt, ihre »gesonderte Stellung«, spezifische Problemla-

72 Dazu ausführlich S. Wilske, Der kränkelnde Schiedsrichter – Eine subtile Guerilla-Taktik mittels eines absichtslos handelnden Werkzeugs, FS Wegen, 2015, S. 793 ff.

73 R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 160.

74 Dazu früh etwa C. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, U. Kan. L. Rev. 54 (2006), S. 1301 ff.

75 Im Rahmen der CETA-Verhandlungen sind die entsprechenden Fragen auch für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit breit diskutiert worden; eingehend dazu R. Bähr, Die Einhegung der Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit, 2023.

76 Dazu unten § 14 G.

gen auf, soweit man das *accountability*-Konzept auf sie überträgt. In diesem Zusammenhang spielt die richterliche Unabhängigkeit eine ebenso große Rolle wie z. B. auch die Mechanismen der »internen Verantwortlichkeitssicherung« (Rechtsmittel und ggf. auch Rechtsbehelfe), die es so bezogen auf die anderen Staatsgewalten kaum gibt. Gleichwohl lassen sich diese allgemeinen Verantwortlichkeitsbeziehungen, die mit jedem *accountability*-Konzept verbunden sind, auch auf die Dritte Gewalt übertragen:

Bezogen auf die Dritte Gewalt kann zunächst zwischen horizontaler und vertikaler *accountability* unterschieden werden. Insbesondere die Verkopplung der staatlichen Dritten Gewalt mit der Unionsgerichtsbarkeit, aber auch mit internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen, hat neue Verantwortlichkeitszusammenhänge und -instrumente mit sich gebracht, die nicht zuletzt Fragen nach einer Haftung »getriggert« haben.

Dagegen spielt die Frage nach einer demokratischen Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt nur selten eine ähnlich prominente Rolle. Hier wird im Weiteren auf Fragen der Rechtsbindung, der Wahl von Richtern sowie auf die Kontrolle durch die demokratische Öffentlichkeit einzugehen sein. Recht unterschiedlich beschaffen sind auch *appeal*-Mechanismen. Während etwa im deutschen Recht Berufung und Revision sowie sonstige Rechtsbehelfe nahezu flächendeckend zur Verfügung stehen, sind die Strukturen sowohl auf der Ebene der EU als auch auf der internationalen Ebene anders ausgestaltet. Mit anderen Worten: Gegen Entscheidungen von »Weltgerichten« werden Rechtsmittel die Ausnahme bilden, sie sprechen tatsächlich häufig das einzige und dann auch letzte Wort.⁷⁷

Rechtliche Verantwortlichkeit (*legal accountability*) wird im Allgemeinen durch die Gerichte nachgehalten. Ihre Befugnis, Rechtsakte aufzuheben (*judicial review*), steht ganz im Zentrum der Diskussionen. Doch auch die Dritte Gewalt ist rechtlich verantwortlich. Schon der Instanzenzug ist nicht nur Ausdruck einer internen Verantwortlichkeit, sondern auch der rechtlichen Verantwortlichkeit. Die Rechtsbindung der Dritten Gewalt ist zugleich Ausdruck ihrer rechtlichen Verantwortlichkeit. Daneben treten ggf. rechtlich determinierte Verfahren der Dienstaufsicht und weitere Mechanismen. Insoweit meint rechtliche Verantwortlichkeit im Kontext der Dritten Gewalt gerade nicht Aufsicht und Kontrolle durch Gerichte, sondern geht den Maßstäben und Bindungen nach, denen die Gerichte hierbei unterliegen. Insoweit sind enge Verbindungslinien zwischen Legitimation und Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt zu verzeichnen.

77 Formulierung nach W. Leisner, *Das letzte Wort: Der Richter späte Gewalt*, 2003.

Sicher sind Gerichte auch für die von ihnen verausgabten Mittel verantwortlich i. S. e. *financial accountability*. Und die Frage nach dem »Preis der Gerechtigkeit« steht nicht selten im Raum. Im Gegensatz zu internationalen Organisationen wie der Weltbank, bei der die Frage des verantwortlichen Mitteleinsatzes im Vordergrund stehen muss,⁷⁸ kann dies im Kontext der Dritten Gewalt aber eher als nachgelagerte Debatte gelten. Die Frage nach finanziellen Verantwortlichkeiten ist hier eher aus einer umgekehrten Perspektive zu stellen, nämlich in Bezug auf den Haushaltsgesetzgeber, der die Pflicht hat, die Justiz ausreichend auszustatten. Diese Pflicht besteht auch auf der Ebene der EU und auch bezogen auf internationale Gerichtshöfe und Tribunale. Hier können erhebliche Schwierigkeiten eintreten, soweit den Finanzverpflichtungen nicht nachgekommen wird.

Selbst wenn man diese unterschiedlichen Dimensionen einer *judicial accountability* als nicht abschließend ansehen kann, dafür sind die Kontexte häufig zu unterschiedlich, so zeigt sich doch, dass eine umfassende Perspektive auf judikative Verantwortlichkeitsstrukturen durchaus verschiedene Instrumente und Perspektiven miteinander zu verbinden vermag. Allgemein können mit diesem Schlüsselbegriff sowohl Instrumente, die eine *ex-ante*-Perspektive aufweisen, als auch Instrumente mit einer *ex-post*-Perspektive verbunden werden. Eine solche Sichtweise auf richterliche Verantwortlichkeit ist bislang nur selten diskutiert worden, und es gilt, die jeweiligen Instrumente in den nachfolgenden Kapiteln für das deutsche, unionale und internationale Recht zu entfalten.

78 Dazu P. Dann, *The Law of Development Cooperation*, 2013, S. 445 ff.

§ 12: *Judicial accountability* im deutschen Recht

Der Begriff der richterlichen Verantwortlichkeit bzw. *judicial accountability* spielt bislang in der deutschen rechtswissenschaftlichen Forschung kaum eine Rolle. Dies hängt damit zusammen, dass die Rechtsbindung des Richters häufig als nahezu einzig notwendige Form der Verantwortlichkeit betrachtet wird. Es liegt aber auf der Hand, dass es weitere Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung gibt. Sie ergeben sich teilweise aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Dritte Gewalt (eingehend dazu § 4), sodass es an dieser Stelle ausreicht, auf einige Problemlagen einzugehen und den Blick dafür zu öffnen, dass die Dritte Gewalt in einem System der Gewaltenverschränkung auch in unterschiedlichen Verantwortlichkeitszusammenhängen mit den anderen Staatsgewalten steht. Sie zeigen, dass die Reaktionsmöglichkeiten auf richterliches Unrecht bzw. präventive Mechanismen einem Wandel unterliegen, der die Residualfunktion der Haftung unterstreicht.

Hier ist zunächst an Mechanismen der »judiziellen Selbstkontrolle« zu denken, die im Rahmen einer *judicial accountability* als »interne« Formen der Verantwortlichkeit eine besondere Rolle spielen müssen (dazu A.). Die richterliche Selbstkontrolle in Form von Rechtsmitteln wie der Berufung¹ oder der Revision² hat freilich in den letzten Jahren grundlegende Veränderungen durchlaufen, die insbesondere dazu geführt haben, dass viele Rechtsmittel zulassungsbedürftig geworden sind.³ Auch das Bundesverfassungsgericht spielt eine wichtige Rolle für die richterliche Selbstkontrolle, obgleich es außerhalb des Instanzenzugs steht.⁴ In Bezug auf das Bundesverfassungsgericht ist jedoch festzustellen, dass insbesondere die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verfassungsbeschwerde – der mit großem Abstand wichtigsten Verfahrensart – immer restriktiver ausgelegt werden. Schon hier ist eine Tendenz dahingehend erkennbar, wichtige Mechanismen der Selbstkontrolle restriktiver zu handhaben, was für eine Residualfunktion der Haftungsverantwortlichkeit von großer Bedeutung ist.

1 §§ 501 ff. ZPO, §§ 312 ff. StPO, §§ 124 ff. VwGO.

2 §§ 542 ff. ZPO, §§ 333 ff. StPO, §§ 132 ff. VwGO.

3 S. dazu etwa H. Büttner, Berufung und Revision – Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel der Zeit, 2010; T. Winter, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: B. Gsell/W. Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelpacher, 2019, S. 37 ff.

4 Dieses zeigt sich schon daran, dass die sog. Urteilsverfassungsbeschwerden (terminologisch genauer: Entscheidungsverfassungsbeschwerden) den ganz überwiegenden Anteil der erhobenen Verfassungsbeschwerden ausmachen; s. dazu K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 213 m. w. Nachw.; zur Urteilsverfassungsbeschwerde und ihrem Umfang im Allgemeinen vgl. ebenda, Rn. 283 ff.

Dagegen spielen die Verantwortlichkeitsstrukturen der Dritten Gewalt im Verhältnis zur Exekutive schon vor dem Hintergrund des Prinzips der Gewaltenteilung bislang eine eher untergeordnete Rolle.⁵ Sie zeigen sich aber z. B. bei der Berufung von Richtern durch die zuständigen Ministerien. Im Rahmen der Budgetverwaltung übt zudem die Exekutive durch die Justizministerien eine wichtige Rolle bei der finanziellen Kontrolle und Ausstattung der Dritten Gewalt aus (B.).⁶

Das Verhältnis der Dritten Gewalt zur Legislative ist zunächst durch die Bindung des Richters an das Parlements-gesetz bestimmt. Darüber hinaus werden Richter z. T. durch das Parlament (Bundestag/Landtag) gewählt (C.). Jenseits der anderen Staatsgewalten gibt es weitere Formen der *judicial accountability*, die in den letzten Jahren spürbar an Bedeutung gewonnen haben (dazu D.). In diesem Zusammenhang ist etwa auf unmittelbare Richterwahlen, Qualifikationserfordernisse, die Rolle der Medien und schließlich die der Öffentlichkeit hinzuweisen.

A. Strukturen der internen Verantwortlichkeitssicherung

Die Selbstkontrolle der Dritten Gewalt, die insbesondere durch Rechtsmittel und weitere Rechtsbehelfe sichergestellt wird, verkörpert sicher den wichtigsten Baustein einer *judicial accountability*. Rechtsmittel geben der Dritten Gewalt die Möglichkeit der »schonenden Korrektur«, weil keine externen Kontrollinstrumente notwendig sind, um judikatives Unrecht zu beseitigen. Dennoch gibt es seit Dekaden Bestrebungen, Rechtsmittel aus Gründen der Prozessökonomie zu begrenzen (dazu I.). Dieser Trend ist auch für den Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht zu beobachten (II.). Weitere Formen der richterlichen Verantwortlichkeit, wie z. B. die Dienstaufsicht oder gar die Entlassung aus dem Richteramt, sind zwar im DRiG verankert, sie spielen aber in der Praxis so gut wie keine Rolle.

5 S. aber U. Hochschild, Von den Möglichkeiten der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung, ZRP 2011, S. 65 ff. mit einem flammenden Plädoyer für die richterliche Selbstverwaltung.

6 Diese Form der Kontrolle bzw. Verantwortlichkeit wird zwar nur selten thematisiert, dürfte aber eine große Rolle spielen. Nicht umsonst hat das BVerfG in seiner Frühphase dafür gekämpft, finanzielle Unabhängigkeit vom Bundesjustizministerium zu erlangen, dazu C. Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/ders., Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 9 ff.

I. Entwicklungen des Rechtsmittelrechts

1. Allgemeines

Das deutsche Recht kennt ein überaus ausdifferenziertes Rechtsmittelsystem.⁷ Zu unterscheiden ist hier zwischen Rechtsmitteln, die eine weitere Tatsacheninstanz eröffnen, insbesondere die Berufung (§§ 511 ff. ZPO, §§ 124 ff. VwGO), Rechtsmitteln, die auf Rechtsfragen beschränkt sind, wie die Revision (§§ 542 ff. ZPO, §§ 132 ff. VwGO), und Rechtsmitteln, die sich vorwiegend auf das gerichtliche Verfahren beziehen, wie Beschwerden (§§ 544, 567 ff., 574 ff. ZPO, §§ 146 ff. VwGO). Neben den Rechtsmitteln, die durch einen Devolutiv- und Suspensiveffekt gekennzeichnet sind,⁸ gibt es noch zahlreiche Rechtsbehelfe, wie z. B. Beschwerden und Rügen, denen auch für die interne Kontrolle bzw. Selbstkontrolle der Dritten Gewalt eine wichtige Bedeutung zukommt.⁹

Dem Gesetzgeber steht es – in den Grenzen des Verfassungsrechts – frei, wie er dieses Rechtsmittelsystem im Detail gestaltet, denn einen Anspruch auf zwei volle Tatsacheninstanzen o. ä. kennt das deutsche Verfassungsrecht nicht.¹⁰ Im Rahmen dieser prinzipiellen Gestaltungsfreiheit ist allerdings eine restriktive Tendenz zu erkennen, die sich insbesondere an der Zulassungsbedürftigkeit von Rechtsmitteln oder Wertgrenzen festmachen lässt (dazu sogleich). Diese Entwicklung hat empirisch nachweisbare Effekte, denn seit Jahren gehen die eingelegten Rechtsmittel bei den deutschen Gerichten kontinuierlich zurück.¹¹ Diese Tendenz ist für eine Haftung der Dritten Gewalt von hoher Bedeutung, denn Rechtsmittel haben u. a. die Aufgabe, Fehlurteile zu korrigieren.¹² Soweit diese Korrekturmöglichkeiten wegfallen oder beschränkt werden, muss die Bedeutung anderer Mechanismen steigen.

7 S. C. Althammer, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: A. Bruns/J. Münch/A. Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 89 ff.

8 S. Kautz, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 124 VwGO, Rn. 3.

9 D. Schnabel, Die Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO. Gewährleistung von Verfahrensgrundrechten durch die Fachgerichte, 2007.

10 BVerfG v. 05.02.1963 – 2 BvR 21/60, BVerfGE 15, 275 (280) – Rechtsweg; BVerfG v. 20.06.1967 – 2 BvL 10/64, BVerfGE 22, 106 (110); BVerfG v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, BVerfGE 49, 329 (401); BVerfG v. 16.06.1987 – 1 BvR 1113/86, BVerfGE 76, 93 (98) – Recht auf den gesetzlichen Richter; BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 – Rechtsschutz gegen den Richter I; a. A. etwa A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

11 Statistisches Jahrbuch 2019, S. 318.

12 S. dazu am Beispiel der Aufgabe der Revision im Zivilprozess T. Winter, Die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO – rechtliche Bindung oder freies Annahmeverfahren?, in: B. Gsell/W. Hau (Hrsg.), Rechtsmittel im Zivilprozess – Hommage an Bruno Rimmelpacher, 2019, S. 37 ff. (38 f.).

2. Zulassungsbedürftige Rechtsmittel als Regelfall

Das Zulassungserfordernis ist inzwischen in allen Prozessordnungen verankert und hat die ursprünglich im deutschen Prozessrecht übliche zweite Tatsacheninstanz zugunsten einer Stärkung der Eingangsinstanz abgeschafft. Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Gerichtsentscheidungen bedürfen ausdrücklich der Zulassung, deren Voraussetzungen sich aus den jeweiligen Prozessordnungen ergeben (§ 124 Abs. 1 VwGO), und in der Regel findet in der zweiten Instanz (auch) eine Rechtskontrolle statt.¹³ Dem Zulassungsverfahren kommt so im Interesse der Rechtseinheit eine wichtige Filterfunktion zu.¹⁴ Zwar schließt das Zulassungsrecht und die Ausgestaltung der Berufung die Überprüfung von Tatsachenfragen nicht völlig aus, erschwert sie aber erheblich. Die Überprüfung der »Richtigkeit« (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) des erstinstanzlichen Urteils erfasst zwar auch fehlerhafte Sachverhaltsdarstellungen, doch wie weit dieses geht, ist umstritten und wird von der Rechtsprechung unterschiedlich gehandhabt. Hinzu kommt, dass z. B. grundsätzliche Fragen des Unionsrechts in die Arena des Zulassungsrechts gezwungen werden, das sich aber für solche Streitigkeiten nicht eignet.¹⁵ Hier ist nach den Kriterien des EuGH (dazu § 9 C.) nicht ausgeschlossen, dass es einmal zu einem Fall eines unionsrechtlichen Haftungsanspruchs gegen ein deutsches Gericht kommen könnte, weil das komplexe Rechtsschutzarrangement im Berufungs- und Revisionszulassungsverfahren dazu führen kann, dass unionsrechtliche Verpflichtungen schlicht unter den Tisch fallen.¹⁶

3. Wertgrenze bei der Nichtzulassungsbeschwerde

Das Verfahrensrecht kann zudem durch Wertgrenzen den Zugang zu Rechtsmitteln einschränken (§ 511 Nr. 1 ZPO oder § 544 Abs. 2 ZPO). Umstritten ist in diesem Zusammenhang etwa das Festhalten an Wertgrenzen in § 544 Abs. 2 ZPO n. F.¹⁷ Hiernach ist eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung

13 T. Schafft, Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zulassungsbeschränkungen, 2005; H. Büttner, Berufung und Revision. Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel, 2005; L. Bierschenk, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren, 2015.

14 H.-J. Blanke, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, Vorb. § 124, Rn. 44.

15 Dazu etwa V. Vorwerk, Die Nichtzulassungsbeschwerde im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in: FS Thode, 2005, S. 645 ff.

16 Eingehend zu einer solchen Konstellation J. P. Terbechte, Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf dem Prüfstand des Unionsrechts, EuR 2008, S. 567 ff.

17 W. Nasall, Justiz für wen? – Gedanken über den obersten Gerichtshof, NJW 2018, S. 3561 ff.

der Revision nur zulässig ist, wenn die Beschwer 20.000 EURO übersteigt.¹⁸ Diese Regelung ist Anfang 2020 in Kraft getreten, knüpft aber allgemein an die Idee der »Wertrevision« an, die ursprünglich der ZPO zugrunde lag und erst 2001 durch die Zulassungsrevision ersetzt wurde.¹⁹ Dass die Umstellung von der Wertrevision (früher: 60.000 DM)²⁰ zu einer Zulassungsrevision eine Verfahrensflut nach sich ziehen würde, wurde früh erkannt und mit § 26 Nr. 8 EGZPO eine neue Wertgrenze (20.000 Euro) etabliert. Diese – zunächst befristete Regelung – wurde dann (2020) dauerhaft in die ZPO überführt. Die Kombination von Wertgrenze *und* Zulassungsrevision wirft aber grundsätzliche Probleme auf. Der Revision kommt die Aufgabe zu, Rechtseinheit und Einzelfallgerechtigkeit zu sichern (jeweils durch die Beseitigung von Fehlurteilen). Die »grundsätzliche Bedeutung« einer Rechtssache gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist aber nicht zwangsläufig zu beziffern.

II. Restriktiver Zugang zum Bundesverfassungsgericht

1. Allgemeines

Das Bundesverfassungsgericht spielt als »Hüter der Verfassung« und »Bürgergericht« eine besondere Rolle, soweit es um Rechtsschutzsachfragen und den Zugang zur Justiz geht. Indes versteht es sich gerade nicht als Superrevisionsinstanz. Insoweit verkörpert auch die Verfassungsbeschwerde als »außerordentlicher Rechtsbehelf« keinen »Superrechtsbehelf«, sondern, wie es das Gericht selbst formuliert,²¹ eine zusätzliche »Rechtsschutzoption«. Dennoch geht von der Verfassungsbeschwerde als Symbol eine suggestive Kraft aus, die Einschränkungen schwer machen müssen.

Das Gericht hat allerdings durch die restriktive Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der »Rechtswegerschöpfung« und der »Subsidiarität« der Verfassungsbeschwerde z. T. eigenständige »Rechtsschutzfilter« geschaffen, die für den Rechtssuchenden schwer zu kalkulieren sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss ein Beschwerdeführer zunächst nachweisen, dass er alle im Rahmen eines fachgerichtlichen

18 H.-U. Pasker, Zivilrechtliche Grundsatzfragen auch künftig erst ab 20.000 Euro, LTO v. 19. 09.2019, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesrat-wertgrenze-nichtzulassungsbeschwerde-revision-20000-euro-zugang-zum-recht-grundsatzfragen-ungeklaert/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

19 BGBl. I v. 19.12.2019, S. 2633; dazu auch H. Schultzy, Die »kleine« ZPO-Reform 2020, MDR 2020, S. 1 ff.

20 S. dazu B. Ackermann, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 542, Rn. 1.

21 BVerfG v. 13.10.1964 – 1 BvR 213, 715/58 u. 66/60, BVerfGE 18, 315 (325) – Marktordnung; BVerfG v. 08.01.1985 – 1 BvR 700/83, 1 BvR 1141/83, BVerfGE 68, 376 (379 f.).

Verfahrens gegebenen Möglichkeiten genutzt hat, um einer Rechtsverletzung abzuhelpfen.²² Schon das ist nicht unproblematisch und kann z. B. dazu führen, dass durch das Unionsrecht garantierte Rechte nicht immer durchgesetzt werden können.²³

Der Grundsatz der Subsidiarität verlangt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber auch, dass der Beschwerdeführer »über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinn hinaus die ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.«²⁴ Was hiervon konkret umfasst wird, ist aber im Einzelnen nur schwer auszumachen. Hierzu zählt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts z. B. auch die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs nach § 198 GVG, soweit es um die überlange Dauer von Verfahren geht.²⁵ Zugleich erfordert dieser Grundsatz, dass z. B. bestimmte verfassungsrechtliche Argumente bereits im fachgerichtlichen Verfahren vorgetragen werden.²⁶ Wie weit diese Verpflichtung geht, ist dagegen nur schwer zu beurteilen. Zwar handhabt das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Subsidiarität nicht vollkommen grenzenlos, so ist der Beschwerdeführer etwa nicht gehalten, offensichtlich sinn- und aussichtslose Rechtsschutzmöglichkeiten zu ergreifen.²⁷ Dennoch ist im Einzelfall – insbesondere im Kontext komplexer Verfahren – schwer festzustellen, ob in den Vorinstanzen z. B. schon »ausreichend« zu verfassungsrechtlichen Aspekten vorgetragen wurde. Dies führt mitunter dazu, dass verfassungsrechtliche Argumentationen geradezu reflexhaft in unterinstanzlichen Verfahren vorgetragen werden. Die bezweckte Entlastung des Verfassungsrechts führt so womöglich zu einer verfassungsrechtlichen Überfrachtung der Fachgerichtsbarkeit.

22 BVerfG v. 08.01.1985 – 1 BvR 830/83, BVerfGE 68, 384 (388 f.) – Nichtigkeitserklärung von Art. 17 Abs. 1 EGBG; BVerfG v. 26.01.1988 – 1 BvR 1561/82, BVerfGE 77, 381 (401); dazu auch R. Warmke, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 1993; H. Posser, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 1993, G. Lübke-Wolff, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, EuGRZ 2004, S. 669 ff.

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

24 BVerfG v. 08.01.1985 – 1 BvR 830/83, BVerfGE 68, 384 (388 f.) – Nichtigkeitserklärung von Art. 17 Abs. 1 EGBG; BVerfG v. 13.01.1987 – 2 BvR 209/84, BVerfGE 74, 102 (113) – Erziehungsmaßregeln; BVerfG v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (414) – Rechtsschutz gegen den Richter I; BVerfG v. 09.11.2004 – 1 BvR 684/98, BVerfGE 112, 50 (60).

25 BVerfG v. 20.6.2012 – 2 BvR 1565/11, Rn. 11 ff.; BVerfG v. 05. 09.2013 – 1 BvR 2447/11, Rn. 14 ff., NJW 2014, 51; A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93, Rn. 191.

26 Zum Ganzen etwa M. Dombert, Verfassungsbeschwerde: Der Grundsatz der materiellen Subsidiarität, AnwBl. 2014, S. 1011 ff.

27 BVerfG v. 14.01.2005 – 1 BvR 931/12, BVerfGE 138, 261 (271 f.).

Schon hier wird deutlich, dass die Subsidiaritätsanforderungen auch mit der Verteilung von Verantwortlichkeiten zu tun haben. Anwälte sind aus der Perspektive des Verfassungsprozessrechts angehalten, möglichst frühzeitig auch verfassungsrechtliche Argumente vorzutragen und ggf. auch Gerichte auf verfassungsrechtliche oder unionsrechtliche Verpflichtungen hinzuweisen. Ob dies in einem ausreichenden Maße geschehen ist, kann allerdings im Nachhinein nur nachvollzogen werden, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Urteil oder einen begründeten Nichtannahmebeschluss erlässt. Ist dies nicht der Fall und wird die Annahme lediglich mit einem Satz abgelehnt, so werden nicht nur diese Verantwortlichkeiten »verdeckt«, sondern auch Fehler der Fachgerichtsbarkeit. Das mag man aus Gründen der Prozessökonomie als notwendig erachten, ist aber aus der Perspektive des Gebots der klaren Verantwortungszurechnung problematisch. Zudem sind nur Teilaspekte des Grundsatzes der Subsidiarität unmittelbar im Gesetz angelegt (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Hier ist in der Tat darüber nachzudenken, eine Art »freies Annahmeverfahren« zu schaffen, wie es z. B. im U.S.-Recht für den Supreme Court im »*writ of certiorari*-Verfahren« verankert ist.²⁸ In diesem Verfahren wird zumindest deutlich gemacht, dass die Steuerung der Annahmepaxis durch das Ermessen des Gerichts gelenkt wird und nicht durch die »Hintertür« komplexer Anforderungen, was auch für die Begründung der Entscheidungen von Bedeutung ist.

2. Subsidiarität in der Rechtsprechung des BGH

Der Grundsatz der Subsidiarität erfährt gegenwärtig – trotz der Bedenken, die regelmäßig gegen ihn erhoben werden – verstärkt Anwendung außerhalb des Verfassungsprozessrechts.²⁹ Konkret geht es um Gehörsrügen im Kontext der Zulassung der Berufung gem. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO. Der BGH hatte 2016 entschieden, dass eine

»Revision (...) nicht wegen eines Gehörsverstoßes zuzulassen (ist), wenn es der Beschwerdeführer versäumt hat, den Verstoß im Rahmen der ihm eingeräumten Frist zur Stellungnahme auf einen Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts zu rügen.«³⁰

28 Dazu etwa Z. Anzenberger, Das Bundesverfassungsgericht auf dem Weg zu einem freien Annahmeverfahren nach dem Vorbild des U.S. Supreme Court, 1998; zum Annahmeverfahren des U.S. Supreme Court s. J. Wieland, Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court, Der Staat 29 (1990), S. 333 ff. (347); M. Kau, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 423 ff.; A. Schäfer, Grundrechtsschutz im Annahmeverfahren, 2015, S. 17 ff.

29 Dazu P. Rädler, Vorsicht: Subsidiarität – Erhöhte Vortragslast für den Prozessbevollmächtigten in zweiter Instanz, NJW 2020, S. 1726 ff.

30 BGH v. 17.03.2016 – IX ZR 211/14, NJW-RR 2016, 699.

Begründet wird dieser Ansatz mit einem allgemeinen Rechtsgedanken, der u. a. aus § 295 ZPO folge,³¹ wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine Partei das Recht verlieren kann, die Verletzung verzichtbarer Verfahrensvorschriften zu rügen.³² In jüngeren Entscheidungen spricht der BGH dagegen ausdrücklich vom Grundsatz der Subsidiarität und hat den Anwendungsbereich des Grundsatzes ausgebaut.³³ Die »Vorverlegung« des Subsidiaritätsprinzips, sei sie auch der Prozessökonomie geschuldet, ist ein weiterer Baustein im Rahmen der Risikoverteilung im Prozess. Soweit etwa der BGH verlangt, dass sich die Stellungnahme nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO auch auf Fehler des Gerichts (offenbar zunehmend auch Rechtsfehler!) beziehen soll, fragt sich, ob der Bogen hier nicht überspannt wird. Zwar folgt aus dem Grundsatz der Subsidiarität, dass die Partei »über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen zu erwirken oder solche zu verhindern«³⁴. § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO spricht aber nur davon, dass den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, soweit das Berufungsgericht beabsichtigt, die Berufung zurückzuweisen. Die Anforderungen an diese Stellungnahme ins Uferlose zu treiben, führt womöglich zu einem dazu, dass die Parteien reflexhaft immer Stellung nehmen, obwohl das Gesetz ausdrücklich nur von einer Gelegenheit spricht, und zum anderen wird die seit 2011 zugelassene Nichtzulassungsbeschwerde (§ 522 Abs. 3 ZPO) gegen die Beschlusszurückweisung ein Stück weit ausgehöhlt. Dass es etwa Aufgabe der Parteien sein soll, das Berufungsgericht auf von ihm nicht beachtete höchstrichterliche Grundsätze im Rahmen der Stellungnahme nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO hinzuweisen, führt zu einer problematischen Vorverlagerung. Schließlich sei auch darauf hingewiesen, dass so möglicherweise dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit zur Korrektur von Grundrechtsverletzungen genommen wird. Die Subsidiarität wird hier also in gewisser Weise »durchge-reicht«, um schon im Vorfeld der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde vorzubeugen.³⁵

Insgesamt ist die Entwicklung im Rahmen des § 522 ZPO durchaus als Lehrstück hinsichtlich der Verteilung von Verantwortlichkeiten im Zivilprozess zu bezeichnen. Nach der grundlegenden ZPO-Reform im Jahre 2001

31 BGH v. 17.03.2016 – IX ZR 211/14, NJW-RR 2016, 699; BGH v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 (1742).

32 Dazu etwa L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 67, Rn. 7.

33 S. etwa BGH v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 (1742).

34 BGH v. 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 (1742).

35 S. L. Gössl, Anmerkung zu BGH v. 28.1.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, S. 1743.

und der Einführung zulassungsbedürftiger Rechtsbehelfe ist von der Beschlusszurückweisung, die ursprünglich kaum noch angreifbar war, nach Einschätzung von *Peter Gottwald* von vielen Berufungsgerichten »exzessiv Gebrauch gemacht« worden.³⁶ Daraufhin hat der Gesetzgeber gem. § 522 Abs. 3 ZPO die Zulassungsbeschwerde auch in Bezug auf die Beschlusszurückweisung eingeführt.³⁷ Dies scheint nun zum Anlass genommen zu werden, die Anforderungen (und ggf. auch Haftungsrisiken) neu zu justieren. Sieht man diese Rechtsprechung im Kontext der Rechtsprechung zur Anwaltshaftung bei Gerichtsfehlern,³⁸ so zeigt sich, dass eine Kombination aus den rigiden Haftungsmaßstäben und den erhöhten Anforderungen auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips durchaus eine Verschiebung von Verantwortlichkeiten ergibt und damit einhergehend, dass es (insbesondere für Anwälte) schwerer wird, die entsprechenden Fehler zu korrigieren. Letztlich führt diese Konstellation von einer Haftung der Dritten Gewalt ggf. zu einer Haftung der Rechtsanwälte.

III. Dienstaufsicht und Disziplinarrecht als zahnlose Tiger?

Auch die Dienstaufsicht über Richter dient u. a. der Sicherung von internen Verantwortlichkeiten.³⁹ Allerdings verbietet das Spannungsfeld, das zwischen einer solchen Aufsicht und der verfassungsrechtlich abgesicherten richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG, s. auch § 25 DRiG) steht, naturgemäß eine umfassende Dienstaufsicht.⁴⁰ Entsprechend wird auch über die Befugnis zur Aufsicht, mögliche Aufsichtsformen und Aufsichtsinstrumente immer wieder gestritten.⁴¹

Die Dienstaufsicht verkörpert schon deshalb ein internes Instrument der Verantwortlichkeitssicherung, weil sie von Richtern selbst – zumeist den Ge-

36 *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 139, Rn. 7.

37 Insofern unterscheidet sich der Ansatz vom verwaltungsprozessualen Berufungsrecht, das grundsätzlich gegen die Nichtzulassung der Berufung keine weiteren Rechtsbehelfe vorsieht, s. dazu *S. Kautz*, in: *M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer* (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 124 a VwGO, Rn. 103.

38 Dazu oben § 8 B. II. 6. c); s. zur Problematik *P. Rädler*, Vorsicht: Subsidiarität – Erhöhte Vortragslast für den Prozessbevollmächtigten in zweiter Instanz, NJW 2020, S. 1726 ff. (1728).

39 *H. Grimm*, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1972; *R. Schmidt-Räntsch*, Dienstaufsicht über Richter, 1985; für die Richter des BVerfG s. *H. Worm*, Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts, 1988; *J. Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26.

40 *H.-J. Papier*, Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, NJW 1990, S. 8 ff.; *N. Achterberg*, Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit, NJW 1985, S. 3041 ff.; *J. Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 2.

41 BGH v. 07.09.2017 – RiZ (R) 2/15, NJW 2018, 158; BGH v. 14.10.2013 – RiZ (R) 2/12, NVwZ-RR 2014, 202; BGH v. 12.05.2011 – RiZ(R) 4/09, NJOZ 2012, 151; BGH v. 22.02.2006 – RiZ(R) 3/05, NJW 2006, 1674.

richtspräsidenten – übernommen wird.⁴² Formell liegt sie zwar zunächst in den Händen der Justizministerien. Tatsächlich wird sie aber regelmäßig durch die Gerichtspräsidenten wahrgenommen.⁴³ Typische Konflikte im Bereich der Dienstaufsicht drehen sich um die allgemeine Verhaltensaufsicht und das Beurteilungswesen.⁴⁴ Doch hierbei handelt es sich in der Regel um punktuelle Maßnahmen, die rein nach innen gerichtet sind. Sie wirken zudem fast ausschließlich präventiv und helfen auch im Falle judikativen Unrechts kaum weiter.⁴⁵

1. Grundlagen (§ 26 Abs. 2 DRiG)

Dass es sich bei der Dienstaufsicht in gewisser Weise um eine Ausnahme handelt, ergibt sich schon aus § 26 Abs. 1 DRiG, wonach der Richter der Dienstaufsicht nur untersteht, »soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird«. § 26 Abs. 2 DRiG bestimmt, dass die Dienstaufsicht vorbehaltlich des § 26 Abs. 1 DRiG auch die Befugnis umfasst, die ordnungsgemäße Art der Ausführung eines Amtsgeschäfts vorzuhalten und zu ordnungsgemäßer, unverzüglicher Erledigung der Amtsgeschäfte zu ermahnen. Jenseits von womöglich schärferen disziplinarrechtlichen Maßnahmen auf der Grundlage von §§ 61 ff. DRiG, die in § 26 DRiG keine Erwähnung finden, kennt die Dienstaufsicht über Richter damit als einzig mögliche Maßnahme den sog. Vorhalt und die Ermahnung.⁴⁶ Zuständig für diese Maßnahmen sind prinzipiell die Justizminister, die allerdings diese Aufgabe in der Regel an die Gerichtspräsidenten delegieren.⁴⁷

2. Die »äußere Ordnung der Rechtsprechung« als Gegenstand der Dienstaufsicht

Aus der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit folgt zwangsläufig, dass es keine vollumfängliche Dienstaufsicht gibt. Vielmehr ist zwischen einem der Dienstaufsicht nicht zugänglichen Kernbereich richterlicher Tätigkeit und einem sog. »Bereich der äußeren Ordnung« zu unterschei-

42 Dazu etwa J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 6 ff.

43 O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 1, Rn. 45.

44 W. Schaffer, Die dienstliche Beurteilung von Richtern und Staatsanwälten, DRiZ 1992, S. 292 ff.; J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 41 ff.

45 A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 283.

46 BGH v. 03.01.1969 – RiZ(R) 6/68, BGHZ 51, 280.

47 O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 1, Rn. 45.

den.⁴⁸ Der äußere Bereich betrifft nur solche richterlichen Tätigkeiten, die von der richterlichen Unabhängigkeit »entrückt« sind, z. B. die Versagung von Dienstreisen ins Ausland,⁴⁹ die Pflicht zur Meldung noch anhängiger Verfahren⁵⁰ oder die Pflicht, die Amtstracht zu tragen.⁵¹ Insgesamt gestaltet sich die Abgrenzung zwischen aufsichtsfähigem Verhalten und dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit immer wieder schwierig. Vor dem Hintergrund des hohen Stellenwertes der richterlichen Unabhängigkeit ist es auch geboten, den Kernbereich weit zu fassen. Soweit es sich aber um die Aufsicht der äußeren Ordnung handelt, können neben den in § 26 Abs. 2 DRiG ausdrücklich erwähnten »Vorhaltungen« und »Ermahnungen« auch vorbereitende Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts ergriffen werden.⁵² Während in der Vorhaltung insbesondere der Sachverhalt festgestellt wird,⁵³ dient die Ermahnung dazu, das »Verantwortungsbewusstsein des Richters« in den Mittelpunkt zu rücken; sie ist damit zumindest potenziell eine besonders exponierte Maßnahme der Verantwortungssicherung.⁵⁴ Ob sie in der Praxis allerdings eine wesentliche Rolle spielt, ist kaum zu bestimmen, weil hierüber keine Daten erhoben werden. Die Rechtsprechungspraxis zu Fragen der Dienstaufsicht ist eher als überschaubar zu charakterisieren, wobei die entsprechenden Auseinandersetzungen sich regelmäßig auf Fragen der richterlichen Unabhängigkeit konzentrieren.⁵⁵

3. Erledigungszahlen als aktuelle Problemlage

Die Dienstaufsicht hat in den vergangenen Jahren das Bundesverfassungsgericht und den BGH insbesondere im Zusammenhang mit sog. Erledigungs-

48 BGH v. 23.10.1963 – RiZ 1/62, BGHZ 42, 163, 169 ff.; BGH v. 10.12.1971 – RiZ(R) 4/71, BGHZ 57, 344; BGH v. 17.10.1977 – RiZ(R) 2/77, BGHZ 70, 1 (4); J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 41 ff.; O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 1, Rn. 53 ff.

49 BGH v. 27.01.1978 – RiZ(R) 3/77, BGHZ 71, 9; bestätigt durch BVerwG v. 15.04.2021 – 2 C 13.20, ECLI:DE:BVerwG:2021:150421U2C13.20.0.

50 BGH v. 14.09.1990 – RiZ (R) 1/90, NJW 1991, 421 (422).

51 BVerwG v. 09.06.1983 – 2 C 34.80, BVerwGE 67, 222.

52 J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 36.

53 J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, § 26, Rn. 38.

54 BGH v. 04.04.1973 – RiZ(R) 1/72, DRiZ 1973, 280 (281): »Bei der Mahnung zur Erledigung künftiger Geschäfte, um die es im vorliegenden Falle geht, wird es sich in der Regel darum handeln, dem Richter, wie dies auch hier geschah, die Bedeutung und die Folgen eines bestimmten Fehlverhaltens vor Augen zu führen. Zu Recht legt der Antragsgegner dar, daß die Ermahnung nicht selten erst dadurch ihren Sinn und Zweck erfüllen kann.«

55 BGH v. 07.09.2017 – RiZ (R) 2/15, NJW 2018, 158; BGH v. 14.10.2013 – RiZ (R) 2/12, NVwZ-RR 2014, 202; BGH v. 12.05.2011 – RiZ(R) 4/09, NJOZ 2012, 151; BGH v. 22.02.2006 – RiZ(R) 3/05, NJW 2006, 1674.

zahlen beschäftigt.⁵⁶ Hier ging es um die Frage, ob eine rein quantitativ bemessene – also vergleichsweise ermittelte – »Underperformance« eines Richters Gegenstand dienstaufsichtsrechtlicher Maßnahmen sein kann. Konkret wurde dem Richter vorgehalten, dass sein Arbeitspensum das Durchschnittsarbeitspensum der Richter am OLG Karlsruhe seit Jahren »ganz erheblich und jenseits aller großzügig zu bemessender Toleranzbereiche« unterschreite.⁵⁷ Sowohl der BGH als auch das Bundesverfassungsgericht haben in dem Verfahren die Rechtmäßigkeit der Ermahnung zur zügigeren Aufgabenerledigung letzten Endes bestätigt. Auch wenn der BGH schon zuvor angenommen hatte, dass Erledigungszahlen unter bestimmten Umständen mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit zu vereinbaren sind,⁵⁸ so sind in den letzten Jahren auch kritische Stimmen zum Ansatz der Rechtsprechung laut geworden.⁵⁹ Die Debatte entzündet sich hierbei naturgemäß an der Vereinbarkeit von Erledigungszahlen mit der richterlichen Unabhängigkeit. Man mag die damit verbundenen Auseinandersetzungen zunächst als Konflikt zwischen quantitativen und qualitativen Ansätzen deuten und damit (auch) als Abwehrreaktion auf ökonomische Vorgaben für die gerichtliche Praxis. Analysiert man allerdings die entsprechenden Urteile, geht es immer wieder auch um unterschiedliche Dimensionen der richterlichen Verantwortlichkeit bzw. das Verhältnis von Verantwortung und Unabhängigkeit.

4. Strukturelle Koppelung von Disziplinarrecht und Amtshaftung

Vorhaltung und Ermahnung sind die beiden einzig möglichen Maßnahmen im Rahmen der Dienstaufsicht. Jenseits dieser Vorgaben des § 26 Abs. 2 DRiG unterliegen Richter auch Disziplinarmaßnahmen.⁶⁰ Das Verfahren richtet sich gem. § 63 Abs. 1 DRiG sinngemäß nach dem Bundesdisziplinar-gesetz,⁶¹ wobei das DRiG eine Reihe von Besonderheiten enthält. Das Ziel des Disziplinarverfahrens besteht darin, den Richter

56 BVerfG v. 11.11.2021 – 2 BvR 1473/20, NVwZ 2022, 241.

57 BGH v. 12.05.2020 – RiZ (R) 3/19, NJW 2020, 3320; eingehende Dokumentation des Verfahrens durch den betroffenen Richter *Thomas Schulte-Kellinghaus*, Eine Verfassungsbeschwerde gegen den Bundesgerichtshof – Stehen richterliche Unabhängigkeit und Gesetzesbindung der Richter in Deutschland zur Disposition der Exekutive?, KritV 2020, S. 213 ff.

58 Eingehend dazu *J.-F. Staats*, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 26, Rn. 14.

59 Kritisch dazu *W. Münchbach*, Richterliche Unabhängigkeit contra Vorgabe von Erledigungszahlen, NJW 2020, S. 3282 ff.; zum Problem auch *F. Wittreck*, Durchschnitt als Dienstpflicht?, NJW 2012, S. 3287 ff.

60 *C. Fischer*, Disziplinarrecht und Richteramt, 2012.

61 Gesetz v. 09.07.2011, BGBl. I S. 1510 (zuletzt geändert durch Artikel 62 der Verordnung v. 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328)).

»durch Zufügung eines Übels zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten oder ihn aus dem Amt zu entfernen, wenn er als Richter nicht mehr tragbar ist.«⁶²

Hierbei setzt ein solches Verfahren ein Dienstvergehen voraus, das in erster Linie in einer schuldhaften Pflichtverletzung besteht – insoweit ist das Disziplinarverfahren auch mit der Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG verbunden, denn eine Verurteilung im Disziplinarverfahren kann auch eine Amtshaftung auslösen. Zwar existiert keine einheitliche Festlegung der richterlichen Dienstpflichten (dazu auch § 8 B. II. 2. a), dennoch lassen sich eine Reihe von Dienstpflichten aus unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben und allgemeinen Prinzipien ableiten. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa die Pflichten, die sich z. T. unmittelbar aus dem fünften Abschnitt des DRiG ergeben (»Besondere Pflichten des Richters«), wie z. B. die Pflicht zur (politischen) Zurückhaltung (§ 39 DRiG)⁶³ oder zur Wahrung des Beratungsgeheimnisses (§ 43 DRiG)⁶⁴. Im Rahmen des Disziplinarverfahrens können durch den Dienstvorgesetzten Verweise ausgesprochen (§ 64 Abs. 1 DRiG) oder durch das Dienstgericht des Bundes (§ 63 Abs. 1 und § 64 Abs. 2 DRiG) Verweis, Geldbuße oder Entfernung aus dem Dienst verhängt werden. Diese Bestimmungen gelten zunächst nur für die Bundesrichter mit Ausnahme der Richter des Bundesverfassungsgerichts (§ 69 DRiG).⁶⁵ In den Ländern existieren vergleichbare Regelungen.

Das Disziplinarrecht dient, ähnlich wie die Dienstaufsicht, u. a. der Sicherung von Verantwortlichkeiten, wobei auch hier Rücksicht auf die richterliche Unabhängigkeit genommen wird. So sind etwa die möglichen Disziplinarmaßnahmen gem. § 64 Abs. 2 DRiG im Vergleich zum BDG beschränkt. Es verkörpert bei schuldhaften Pflichtverletzungen durch einen Richter durchaus ein scharfes Schwert und ist mit ggf. parallel oder nachlaufenden Amtshaftungsprozessen gekoppelt, auch wenn es nur in extremen Ausnahmefällen dazu kommen dürfte, dass es neben den dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahmen auch noch zu einem Regress des jeweiligen Dienstherrn infolge eines Amtshaftungsprozesses kommt (dazu § 8 B. VII.).

62 J. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, 6. Aufl. 2009, Vor § 63, Rn. 2 mit Verweis auf DGH Berlin, DRiZ 1997, 64 (66).

63 S. dazu J.-F. Staats, Deutsches Richtergesetz, 1. Aufl. 2012, § 39 DRiG, Rn. 1 ff.; H. Sendler, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, 689; G. Hager, Freie Meinung und Richteramt, NJW 1988, 1694; W. Voß, Twitternde Gerichte? Öffentlichkeitsstrategien der Ziviljustiz im Informationszeitalter, ZfPW 2021, 335 (355).

64 J.-F. Staats, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 43 DRiG, Rn. 1 ff.; J. Groh/V. Gigga, »Agree to disagree« – Die Zulässigkeit von (vereinbarten) Sondervoten im deutschen Schiedsverfahrensrecht, NZG 2020, 1251.

65 J.-F. Staats, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 69 DRiG, Rn. 1-3.

IV. Amtsenthebung als gewaltdurchbrechendes Phänomen?

1. Grundlagen

Ein besonders einschneidendes Instrument, das u. a. Ausdruck der Sicherung von Verantwortlichkeiten ist, ist die Amtsenthebung gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 DRiG. Eine Amtsenthebung ist nach dieser Bestimmung nur im Verfahren der Richteranklage nach Art. 98 Abs. 2 und 5 GG oder im Zuge eines Disziplinarverfahrens möglich (§ 63 Abs. 1 und § 64 Abs. 2 DRiG, s. o.). Während die Richteranklage nach Art. 98 Abs. 2 GG bezogen auf die Bundesrichter bislang noch nie erhoben wurde – das Verfahren setzt einen Antrag des Bundestages und einen 2/3-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts voraus –, spielt die disziplinarrechtliche Amtsenthebung vereinzelt eine Rolle.⁶⁶

Voraussetzung der Richteranklage ist nach Art. 98 Abs. 2 GG, dass ein Richter im Amte oder außerhalb gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt. Folge des Verfahrens kann entweder die Versetzung des Richters in den Ruhestand oder in ein anderes Amt, in schweren Fällen die Entlassung aus dem Amt sein. Die Länder verfügen jeweils über eigene Regelungen (s. auch Art. 98 Abs. 5 GG).⁶⁷

Auch ein Richter des Bundesverfassungsgerichts kann gem. § 105 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG entlassen werden, »wenn er wegen einer entehrenden Handlung oder zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten rechtskräftig verurteilt worden ist oder wenn er sich einer so groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, dass sein Verbleiben im Amt ausgeschlossen ist.« Im Vergleich zu den – hohen – Hürden des Art. 98 Abs. 2 GG sollen die Kriterien des § 105 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG den Besonderheiten des Bundesverfassungsgerichts besonders Rechnung tragen.⁶⁸ Hier gibt es nur die Möglichkeit zur Entlassung, aber keine weiteren disziplinarrechtlichen Maßnahmen.⁶⁹

Tatsächlich handelt es sich insbesondere bei der Richteranklage um ein praktisch bislang irrelevantes Instrument; bislang ist noch nie ein Bundesrichter aus dem Amt entfernt worden.⁷⁰ Mangels hinreichend konkreter Kri-

66 BVerfG v. 06.05.2008 – 2 BvR 337/08, NZA 2008, 962; Koch, in: R. Müller-Glöge/U. Preis/I. Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Aufl. 2022, § 27, Rn. 1.

67 S. z. B. Art. 138 Bremische Verfassung oder Art. 111 Brandenburgische Verfassung.

68 C. Lenz/R. Hansel, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl., 2020, § 105, Rn. 4.

69 Ebenda.

70 Ausführlich dazu etwa G. C. Burmeister, *Die Richteranklage im Bundesstaat*, DRiZ 1988, S. 518 ff.; C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), *GG Kommentar*, 8. Aufl. 2024, Art. 98, Rn. 7 f.

terien – Art. 98 Abs. 2 GG gibt hier nur eine Richtung vor – ist das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts als Ausgleich für die recht unklaren Kriterien anzusehen.⁷¹

2. Politische Resilienz der Dritten Gewalt – Aktuelle Problemlagen

Die Richteranklage ist allerdings in jüngerer Zeit in zwei Fällen erstmals eingehender diskutiert worden, wobei die Fälle unterschiedlich gelagert sind. In einem Fall ging es um ein Urteil des VG Gießen, in welchem eine Beseitigungsanordnung für ein NPD-Wahlplakat, dessen Slogan (»Stoppt die Invasion: Migration tötet«) vom zuständigen Richter mit der Rechtsordnung als vereinbar angesehen wurde und die Beseitigungsanordnung mithin abgelehnt wurde.⁷² Das Urteil ist medial auf breites Echo gestoßen und hat dazu geführt, dass im Hessischen Landtag darüber diskutiert wurde, ob eine Richteranklage erhoben werden sollte.⁷³ Eine solche Anklage, so der Antrag, müsse vom Hess. Landtag auf den Weg gebracht werden (Art. 127 Abs. 4 S. 1 Hess-Verf.), wobei die HessVerf. einen anderen Ansatz als Art. 98 Abs. 5 S. 3 GG zugrunde legt.

Dagegen ist in Sachsen die Frage diskutiert worden, ob ein als extremistisch eingeschätzter Richter (*J. Maier*), der als Bundestagsabgeordneter der AfD aus dem Bundestag ausgeschieden ist, wieder in den Richterdienst zurückkehren darf.⁷⁴ Wurden hier anfänglich keine rechtlichen Möglichkeiten durch das zuständige Justizministerium gesehen (»Einmal Richter, immer Richter«, SZ), so wurde der Richter in den Ruhestand versetzt (§ 31 DRiG). Auch in diesem Zusammenhang wurde über das Instrument der Richteranklage intensiv diskutiert.⁷⁵

Beide Konstellationen – so ist schon heute absehbar – dürfen als Ausgangspunkt für eine allgemeinere Debatte über eine »politische Resilienz« der Dritten Gewalt dienen, bei der es auch um die Konkretisierung der Vor-

71 Dazu C. Hillgruber, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG Kommentar, 95. EL 2021, Art. 98, Rn. 33, 34.; A. Meier, Die Richteranklage, JZ 2023, S. 31 ff.

72 VG Gießen v. 09.08.2019 – 4 K 2279/19; andere Gerichte kamen dagegen zu vollkommen anderen Ergebnissen, s. etwa OVG NRW v. 22.06.2021 – 5 A 1386/20; VG Düsseldorf v. 29.04.2020 – 20 K 3926/19.

73 Hessischer Landtag, Drs. 20/7740 v. 25.01.2022.

74 A. Fischer-Lescano, VerfassBlog v. 10.01.2022, Warum der Rechtsextremist Jens Maier nicht wieder Richter werden darf, <https://verfassungsblog.de/warum-der-rechtsextremist-jens-maier-nicht-wieder-richter-werden-darf/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

75 <https://www.lto.de/recht/justiz/j/jens-maier-rechtsgutachten-richteranklage-sachsen-auftrag-christoph-moellers/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

gaben des Art. 98 GG gehen wird (s. auch § 4 A. III. 3. c)).⁷⁶ Bislang hat diese Bestimmung des Grundgesetzes keine wesentliche Rolle gespielt, und es bleibt abzuwarten, ob sich dies ändert, zumal das Verfahren ganz wesentlich in den Händen der Dritten Gewalt selbst liegt.

V. Begründungspflicht

1. Funktion der Begründungspflicht

Urteile sind nach allen Prozessordnungen zu begründen (§ 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 267 StPO, § 108 Abs. 1 S. 2 VwGO, § 30 BVerfGG).⁷⁷ Die Begründung muss schon deshalb im Kontext einer *judicial accountability* eine besondere Rolle spielen, weil ohne sie die meisten Verantwortlichkeitsinstrumente versagen würden. Sie dient zunächst der Selbstkontrolle des Gerichts, das sich beim Abfassen des Urteils in gewisser Weise selbst Zeugnis von seinen wesentlichen Erwägungen ablegen muss.⁷⁸ Ohne Begründung wäre zudem eine Überprüfung des Urteils durch ein Rechtsmittelgericht ebenso unmöglich⁷⁹ wie eine öffentliche Auseinandersetzung mit dem Urteil. Die Begründung ist so eine notwendige Vorbedingung für Transparenz und Kontrolle. Ob sie, wie häufig behauptet wird, auch dazu dient, die unterlegene Partei eines Rechtsstreits von der Richtigkeit des Urteils zu überzeugen,⁸⁰ ist dagegen zweifelhaft. Zu Recht hat etwa *Niklas Luhmann* zu dieser Frage festgestellt, dass schon die ganze Art der Darstellung von Gerichtsentscheidungen in der Regel nicht dazu geeignet ist, diese Funktion in den Vordergrund von Begründungspflichten zu rücken (»allenfalls ein Zweitziel«), schon weil die Entscheidung obsiegende und unterlegene Partei gleichermaßen adressiert.⁸¹ Die Begründung ist damit ein ganz wesentliches Element der internen Verantwortlichkeit.

Verfassungsrechtlich folgt die Begründungspflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, nach dem die Parteien einen Anspruch darauf haben, dass sich die

76 S. am Beispiel der Richterwahlen *K. Duden*, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 20/5 = JuS 2019, S. 859 ff.

77 Eingehend dazu etwa *J. Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987; *U. Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 176 ff.; *R. K. Weber*, Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht, 2019; *P. Gottwald*, Richterliche Entscheidung und rationale Argumentation, ZZP 98 (1985), S. 113 ff.; *T. Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990.

78 BVerwG, 05.07.1994 – 9 C 158.94, BVerwGE 96, 200 (209).

79 Ebenda.

80 So etwa *I. Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 313, Rn. 2.

81 *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. 1997, S. 214 f.

tragenden Gründe und Erwägungen des Gerichts im Urteil widerspiegeln.⁸² Zudem ermöglicht nur die Begründung zu überprüfen, ob das Gericht seine Rechtsbindung berücksichtigt hat,⁸³ und ist damit auch ein Instrument der »demokratischen *accountability*«. Schließlich dient die Begründungspflicht der Sicherung der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), muss das Gericht doch in den Entscheidungsgründen darlegen, dass es sich mit dem wesentlichen Parteivorbringen auseinandergesetzt hat.⁸⁴ Die grundlegende Bedeutung der Begründungspflicht kann auch daran abgelesen werden, dass das Fehlen der Begründung oder ihre völlige Unverständlichkeit regelmäßig einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des Berufungsrechts (§ 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO) bzw. einen absoluten Revisionsgrund (§ 547 Nr. 6 ZPO) darstellt (vgl. § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO).⁸⁵

Begründungspflichten sind aber nicht nur verfassungsrechtlich gefordert, sondern auch im internationalen Menschenrechtsschutz verbürgt. So hat der EGMR betont, dass die Begründung eines Gerichtsurteils in einem Konventionsstaat für ihn aus dem »*principle of proper administration of justice*« folge.⁸⁶ Letztlich verkörpert dieser Grundsatz eine Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK. Auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts sind die mitgliedstaatlichen Gerichte auf der Grundlage des Art. 47 GRC verpflichtet, ihre Urteile zu begründen.⁸⁷

2. Unterschiedliche Ausprägungen im Prozessrecht

Die Anforderungen an die Begründungspflichten sind in den jeweiligen Prozessordnungen unterschiedlich ausgestaltet. So spricht etwa § 313 Abs. 3 ZPO davon, dass die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen enthalten, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht. Daneben kennt die ZPO eine Reihe von Erleichterungen für das Begründungserfordernis (§§ 313 a, 313 b, 525, 540, 555, 564 ZPO), die darauf gründen, dass es gerichtliche Entscheidungen geben kann, bei denen der Zweck des Begründungserfordernisses ohnehin nicht

82 BVerfG, 24.11.1992 – 2 BvR 2033/89, NVwZ 1993, 974; J. P. Terbechte, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 108 VwGO, Rn. 20.

83 S. Rixen, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 108, Rn. 170.

84 Ebenda, mit Verweis auf BVerfG v. 01.02.1978 –, 1 BvR 426/77, BVerfGE 47, 182 (189); BVerfG v. 19.05.1992 – 1 BvR 986/91, BVerfGE 86, 133 (146) – Unterlassungsanspruch.

85 BGH v. 25.01.2016 – II ZR 22/59, BGHZ 32, 17 (24); BGH v. 21.12.1962 – I ZB 27/62, BGHZ 39, 333 (337 ff.).

86 EGMR v. 21.01.1999 – no. 30544/96 – NJW 1999, 2429, Garcia Ruiz gegen Spanien.

87 EuGH v. 14.12.2006, Rs. C-283/05, ECLI:EU:C:2006:787, Slg. 2006, I-12041, Rn. 28 – ASML; EuGH v. 06.09.2012, Rs. C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531, Rn. 53 – Trade Agency.

greifen kann (etwa, wenn ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung unzweifelhaft nicht zulässig ist und die Parteien auf eine Begründung verzichten). Dagegen ist in der VwGO davon die Rede, dass in dem Urteil die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (§ 108 Abs. 1 S. 2 VwGO). Bei Strafurteilen sind gem. § 267 StPO detaillierte Begründungspflichten zu beachten.⁸⁸ In der strafgerichtlichen Praxis reicht eine Orientierung an § 267 StPO allerdings nicht aus, vielmehr hat die (Revisions-)Rechtsprechung zahlreiche weitere Anforderungen entwickelt.⁸⁹

Diese Unterschiede erklären sich in erster Linie mit der konkreten Funktion der Begründung in den jeweiligen Prozessordnungen und die unterschiedlichen Perspektiven. Dass etwa ein Strafurteil, das zu einschneidenden Konsequenzen führen kann, einem strengen Begründungserfordernis unterliegt, soll in besonderer Weise die Selbstkontrolle sowie die interne Kontrolle durch Rechtsmittel sicherstellen, wohingegen bei erstinstanzlichen Zivilurteilen nur eine »kurze« Zusammenfassung der Erwägungen erforderlich ist.

3. Die Begründungspraxis des Bundesverfassungsgerichts

Das Begründungserfordernis gilt auch für Urteile des Bundesverfassungsgerichts (vgl. § 30 Abs. 1 S. 2 BVerfGG). Zwar wird häufig betont, dass verfassungsgerichtliche Urteile darauf ausgerichtet sein müssen, Akzeptanz zu erzeugen.⁹⁰ Und tatsächlich gibt es Urteile, die äußerst detailliert begründet sind. Indes gibt es auch gegenläufige Tendenzen: Insbesondere seit der Einführung des Annahmeverfahrens bei Verfassungsbeschwerden ist das Begründungserfordernis stark relativiert worden.⁹¹ Gem. § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG bedürfen Beschlüsse über die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde keiner Begründung. In der Praxis folgt hieraus, dass der Beschwerdeführer einen »Einseiter« aus Karlsruhe erhält, der ihm mit einem Satz mitteilt, dass die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Diese Praxis ist in den letzten Jahren immer stärker diskutiert worden, auch weil sie womöglich nicht mit den Vorgaben der EMRK zu vereinbaren ist.⁹²

88 S. § 34 StPO; dazu A. Noster, Die abgekürzte Urteilsbegründung im Strafprozess, 2010, S. 54 ff; J.-D. Kuckein/L. Bartel, in: R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 267, Rn. 25 ff.

89 P. Riess, Die schriftlichen Urteilsgründe des Tatrichters – Materialien zur Reform des § 267 StPO, in: FS Ruth Rissing-van Saan, 2011, S. 491 ff.

90 A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 93, Rn. 34.

91 Eingehend zum Annahmeverfahren etwa A. Schäfer, Grundrechtsschutz im Annahmeverfahren, 2016.

92 Dazu J. Hilpert, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts?, 2019, S. 358 ff.

VI. Ausschluss und Ablehnung von Richtern als ex ante-Instrumente

1. Allgemeines

Weitere – eng miteinander zusammenhängende – Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung sind der Ausschluss (z. B. § 41 ZPO)⁹³ und die Ablehnung von Richtern (z. B. § 42 ZPO).⁹⁴ Sie sollen sicherstellen, dass die Unparteilichkeit der Richter als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips,⁹⁵ des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) und des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 2 GG) jederzeit besteht.⁹⁶ Zugleich sichern sie als ex ante-Instrumente Verantwortlichkeiten, indem sie verhindern, dass ein Gericht in unzulässiger Besetzung oder ein befangener Richter an Entscheidungen mitwirkt, die durch diese Mitwirkung fehlerhaft werden (Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Zwar ist es zunächst Sache der Parteien (§ 42 Abs. 3 ZPO), einen Richter abzulehnen, es ist aber in der Regel Sache des Gerichts, dem der betreffende Richter angehört, über das Gesuch zu entscheiden (§ 45 Abs. 1 ZPO). Dagegen sind die Ausschlussgründe gem. § 41 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen.⁹⁷ Insofern zielen beide Instrumente auf eine interne Sicherung von Verantwortlichkeiten und weisen mitunter auch direkte Verbindungslinien zur Haftungsverantwortlichkeit der Dritten Gewalt auf. Ausgeschlossen ist nach § 41 Nr. 7 ZPO ein Richter

»in Sachen wegen überlanger Gerichtsverfahren, wenn er in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt hat, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird«.

Die Haftung der Dritten Gewalt kann so in bestimmten Fällen einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Ausschlussgrund begründen.⁹⁸ Soweit

93 Zum Ausschluss s. etwa N. Stackmann, in: W. Krüger/T. Rauschner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 41, Rn. 1 ff.; R. Bendtsen, in: I. Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 41, Rn. 1 ff.

94 W. Krekeler, Der befangene Richter, NJW 1981, S. 1633 ff.; N. Ghassemi-Tabar/R. Nober, Die Richterablehnung im Zivilprozess, NJW 2013, S. 3686 ff.; E. Schneider, Befangenheitsablehnung des Richters im Zivilprozess, 2001.

95 BVerfG v. 08.02.1967 – 2 BvR 235/64, BVerfGE 21, 139 – Freiwillige Gerichtsbarkeit; BVerfG v. 08.06.1993 – 1 BvR 878/90, BVerfGE 89, 28; D. Czybulka, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 54, Rn. 6.

96 Eingehend dazu N. Vossler, in: V. Vorwerk/C. Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 44. Edition 01.03.2022, § 41, Rn 1 f.

97 N. Stackmann in: W. Krüger/T. Rauschner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 41, Rn. 14 ff.; R. Bendtsen, in: I. Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 9. Aufl. 2021, § 41, Rn. 2 und 7 ff.

98 S. dazu C. Graßnack, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 41, Rn. 34.

weitere Umstände hinzutreten, kann eine überlange Verfahrensdauer überdies auch zu einer Befangenheit gem. § 42 Abs. 1 ZPO führen.⁹⁹

Darüber hinaus sieht § 41 ZPO eine Reihe weiterer gesetzlicher Ausschlussgründe für Richter vor. Diese Ausschlussgründe finden über dynamische Verweisungen – ggf. mit Anpassungen (vgl. etwa § 54 Abs. 2 VwGO) – Anwendung im Rahmen der VwGO (§ 54 VwGO), des SGG (§ 60 SGG), des ArbGG (§ 46 Abs. 2 ArbGG) und der FGO (§ 51 FGO).

Auch für das Bundesverfassungsgericht gelten gem. § 18 BVerfGG unterschiedliche Ausschlussgründe. Darüber hinaus ist in § 19 BVerfGG die Ablehnung von Richtern des Bundesverfassungsgerichts niedergelegt, die in der Praxis des Gerichts immer wieder eine Rolle spielt.¹⁰⁰ Während ein Ausschlussgrund vorliegt, soweit ein Richter des Bundesverfassungsgerichts an einer Sache beteiligt ist oder mit einem Beteiligten verwandt ist (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG) bzw. in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG), kommt eine Ablehnung gem. § 19 Abs. 1 BVerfGG wegen Besorgnis der Befangenheit in Betracht, wobei das BVerfGG keine weiteren Aussagen darüber trifft, wie dieser Ablehnungsgrund konkret auszulegen ist.¹⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn

»ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlaß hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln«¹⁰².

2. Ablehnungsrecht zwischen Gewohnheitsrecht und Politisierung

Das Ablehnungsrecht ist immer wieder Gegenstand von tiefgreifenden Kontroversen. Sie beziehen sich z. B. auf gewohnheitsrechtliche Selbstentscheidungsrechte des Richters im Falle eines Ablehnungsgesuchs, darüber hinaus aber auch auf die Frage, inwiefern das Bundesverfassungsgericht sich der Besorgnis der Befangenheit aussetzt, wenn es sich vermeintlich oder tatsächlich in die Arena der Politik begibt. Beide Konstellationen weisen hierbei klare Verbindungen zum Thema der *judicial accountability* auf, denn während es bei der Frage des Selbstentscheidungsrechts auch darum geht, ob hier Richter

⁹⁹ C. Graßnack, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 42, Rn. 35.

¹⁰⁰ Eingehende Analyse bei K. Zährle, Die Ausschließung und Ablehnung eines Richters nach §§ 18, 19 BVerfGG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 137 (2012), S. 173 ff.

¹⁰¹ C. Lenz/R. Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 2020, § 19, Rn. 6.

¹⁰² BVerfG v. 05.04.1990 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 82, 30 (37); s. ferner BVerfG v. 26.05.1998 – 1 BvL 11/94, BVerfGE 98, 134 (137); BVerfG v. 06.07.1999 – 2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99, 2 BvF 2/99, BVerfGE 101, 46 (51 f.); BVerfG v. 20.07.2021 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, NJW 2021, 2797, Rn. 19 m. w. Nachw.

in eigener Sache tätig werden, betrifft die Frage, welche »Kontaktpunkte« es zwischen Bundesverfassungsgericht und Politik jenseits des Verhandlungssaals in Karlsruhe geben darf, grundlegende Fragen der Gewaltenteilung.

In den letzten Jahren sind z. B. Bedenken geäußert worden, ob die Reichweite der gewohnheitsrechtlich etablierten Selbstentscheidung durch einen abgelehnten Richter in allen ihren Facetten verfassungsrechtlich abgesichert ist.¹⁰³ Zwar ist in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass in bestimmten Fällen die Zuständigkeitsregelungen der ZPO bei Ablehnungsanträgen um eine ungeschriebene Ausnahme ergänzt sind, nach der

»ein abgelehnter Richter in einem zivilgerichtlichen Verfahren (...) über das Ablehnungsgesuch jedoch nach der ständigen Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte selbst entscheiden (kann), wenn es wegen Rechtsmissbräuchlichkeit als offensichtlich unzulässig zu verwerfen ist.«

Dieses ungeschriebene »Selbstentscheidungsrecht« findet allerdings seine verfassungsrechtlichen Grenzen, wenn die Entscheidung des Richters

*»im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt.«*¹⁰⁴

Die Grenzen dieses Selbstentscheidungsrechts und die sich hieraus ggf. ergebenden Aufgaben des jeweils zuständigen Beschwerdegerichts (vgl. etwa § 46 ZPO) sind im Einzelnen umstritten, zumal die Ausgestaltung und Folgen des Ablehnungsrechts und die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel in den jeweiligen Prozessordnungen unterschiedlich ausgestaltet sind.¹⁰⁵ Diese Diskussion, die auf den ersten Blick recht technisch anmutet, ist durchaus aufschlussreich in Hinblick auf interne *accountability*-Mechanismen, denn sie zeigt, wie unterschiedlich das Verfahrensrecht in Bezug auf die Richterablehnung ist. Es liegt auf der Hand, dass das ungeschriebene Selbstentscheidungsrecht verfassungsrechtliche Reibungspunkte aufweist, die offensichtlich auch zu Unsicherheiten führen.

Dass darüber hinaus das Recht auf Ablehnung auch aus der Perspektive der Gewaltenteilung Probleme aufwerfen kann, zeigt ein bemerkenswerter Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2021, in dem es um einen Ablehnungsantrag ging, der sich auf den gesamten Zweiten Senat bezog. Begründet wurde die Besorgnis der Befangenheit insbesondere mit der Teilnahme einer Delegation des Bundesverfassungsgerichts an einem ge-

103 S. etwa VerfGH NRW v. 11. 02.2020 – VerfGH 32/19.VB-3 mit deutlicher Kritik an BVerfG v. 14.11.2007 – 2 BvR 1849/17, NJW-RR 2008, 512; s. auch BFH v. 16.10.2019 – X B 99/19.

104 BVerfG v. 14.11.2007 – 2 BvR 1849/07, NJW-RR 2008, 512.

105 Eingehend dazu VerfGH NRW v. 11.02.2020 – VerfGH 32/19.VB-3.

meinsamen Abendessen mit der damaligen Bundeskanzlerin und der Bundesregierung.¹⁰⁶ Dieses Abendessen hat hierbei nicht nur das Bundesverfassungsgericht beschäftigt, sondern auch ein breites mediales Echo hervorgerufen, auch weil die damalige Bundesjustizministerin eine Rede rund um den Zusammenhang von Corona-Pandemie und Verfassungsrecht gehalten hatte, obwohl zu diesem Komplex schon erste Verfassungsbeschwerden erhoben worden waren.¹⁰⁷ Der Fall ist durch eine Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts ins Rollen gekommen,¹⁰⁸ was auch zeigt, dass verschiedene Verantwortlichkeitsformen (hier Medienverantwortlichkeit und das Ablehnungsrecht) sich gegenseitig verstärken bzw. verschränken können. Ein ähnlich gelagerter Fall, der die Teilnahme des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts und weitere Richter an einem Treffen mit Mitgliedern der Bundesregierung thematisiert hat, wurde ebenfalls kontrovers diskutiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Ablehnungsgesuch als offensichtlich unzulässig verworfen.¹⁰⁹ Der Austausch des Bundesverfassungsgerichts mit der Bundesregierung sei Ausdruck der »durch die Leitidee gesamtstaatlicher Integration gesteuerte Kooperation der obersten Verfassungsorgane«; Treffen seien daher grundsätzlich nicht dazu geeignet, eine Befangenheit zu begründen.¹¹⁰ Das Verfahren war auch deshalb »politisch aufgeladen«, weil das Ablehnungsgesuch im Kontext eines Verfahrens über Äußerungen der damaligen Bundeskanzlerin im Zusammenhang mit der Wahl des Ministerpräsidenten von Thüringen stand.

Der Beschluss führt noch einmal die besondere Stellung des Bundesverfassungsgerichts vor Augen, das Teil der rechtsprechenden Gewalt und oberstes Verfassungsorgan zugleich ist.¹¹¹ Dies drückt sich in zahlreichen Sonderbestimmungen aus (z. B. auch § 105 BVerfGG usw.). Dass Befangenheiten in diesem Kontext immer wieder zum Thema werden,¹¹² ist auch deshalb nicht ungewöhnlich, weil viele Richter des Bundesverfassungsgerichts aus der Politik oder Wissenschaft stammen.¹¹³ Fraglich ist allerdings, ob diese Ausgangslage eine gewisse Sonderstellung auch hinsichtlich des Instruments der Rich-

106 BVerfG v. 20.07.2021 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, NJW 2021, 2797.

107 https://www.welt.de/bin/Rede_Lambrecht%20_bn-234046314.pdf (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

108 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 54/2021 v. 01. 07.2021, s. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-054.html> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

109 BVerfG v. 20.07.2021 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, NJW 2021, 2797, Rn. 15.

110 Ebenda, Rn. 25.

111 Ebenda, Rn. 23.

112 BVerfG v. 10.11.2011 – 2 BvR 1010/10, 2 BvR 1219/10, NJW 2011, 3637; BVerfG v. 05.12.2019 – 1 BvL 7/18, NJW 2020, 1577; BVerfG v. 01.07.2021 – 2 BvR 890/20, NVwZ 2021, 1220.

113 M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: ders./O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 77 ff. (129).

terablehnung rechtfertigt. Die Reaktionen auf den Beschluss sind jedenfalls gemischt ausgefallen, auch weil es im Rahmen des § 19 BVerfGG gerade nicht um eine erwiesene Befangenheit etc. geht, sondern zunächst nur um den Anschein der Befangenheit.

VII. Wandlungen der Rolle des Richters durch Prozessrecht

Das Prozessrecht kann die Rolle des Richters im Prozessgeschehen recht unterschiedlich festlegen. Hierdurch werden allerdings auch fast automatisch Anforderungen an seine Verantwortlichkeiten formuliert.¹¹⁴ Insoweit führen Wandlungen oder bewusste Veränderungen der Rolle des Richters durch das Gerichtsverfassungs- oder Prozessrecht dazu, dass die jeweiligen Verantwortlichkeitsregime angepasst werden müssen bzw. sich mehr oder weniger automatisch anpassen.

Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, wie sich die Rolle des Richters insbesondere im Zivilprozess verändert hat.¹¹⁵ Paradigmatisch für diese Veränderungen steht heute § 139 ZPO, der bestimmt, dass der Richter die sog. materielle Verfahrensleitung und damit eine Prozessförderungspflicht innehat. Damit hat in gewisser Weise auch eine Umprogrammierung der richterlichen Rolle im Zivilprozess stattgefunden, die zu Annäherungstendenzen innerhalb des Prozessrechts führt. Zwar gibt es im Zivilprozess auch weiterhin keinen Amtsermittlungsgrundsatz wie im Verwaltungsprozessrecht (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO), indes erscheint der sog. Beibringungsgrundsatz im Lichte des § 139 ZPO inzwischen deutlich zurückgenommener.¹¹⁶

Doch die Rollenveränderungen des Richters erschöpfen sich nicht nur in veränderten Prozessleitungspflichten, sondern das gesamte Aufgabenfeld der Justiz hat sich über die Jahre immer wieder verändert, was sich auch im Prozessrecht deutlich niederschlägt. So ist etwa der Zivilrichter heute in vielen Fällen mehr »Schlichter als Richter« und steht hierbei in einem internationalen Wettbewerb.¹¹⁷ Häufig verlangt das Unionsrecht vom nationalen Richter eine »mentale Transformation«, soll er doch als »*juge communautaire*« das

114 F. Wittreck/J. Brosius-Gersdorf, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL 74 (2015), S. 115 ff.; S. 170 ff.; W. Richter, Die Rolle des Richters in unserer Zeit, JZ 1974, S. 345 ff.

115 Eingehend dazu T. Schaefer, Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht?, NJW 2002, S. 849 ff.; M. Koch, Die richterliche Prozessförderungspflicht nach dem ZPO-Reformgesetz, 2003; H. Prütting, Die Prozessleitung, in: FS Musielak, 2004, S. 397 ff.

116 Eingehend zu diesen Entwicklungen R. Koch, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozeß, 2012.

117 S. dazu G. Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, S. 147 ff.

Unionsrecht autonom auslegen.¹¹⁸ Durch die veränderte Rolle der Öffentlichkeit, die Bedeutung der sozialen Medien und der Presse ergeben sich zudem neue »Kommunikationsbeziehungen und -pflichten« für die Dritte Gewalt, die zugleich zur Legitimation der Dritten Gewalt beitragen.¹¹⁹

B. Verantwortlichkeiten der Dritten Gewalt im Verhältnis zur Exekutive

I. Die doppelte Funktion des Art. 19 Abs. 4 GG

Im Verhältnis zur Exekutive nimmt die Judikative zunächst eine Kontrollfunktion ein, die ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 19 Abs. 4 GG findet. Sie sichert so zunächst die Rechtsbindung der Verwaltung. Hierbei garantiert Art. 19 Abs. 4 GG nach allgemeiner Auffassung bislang nicht auch Rechtsschutz gegen den Richter. Das führt dazu, dass die Kontrollaufgabe der Judikative hier mitunter recht einseitig ist. Angesichts der immer weiter steigenden Bedeutung der Dritten Gewalt muss aber auch danach gefragt werden, ob Art. 19 Abs. 4 GG nicht nur Rechtsschutz durch, sondern auch gegen den Richter garantiert.¹²⁰ Eine solche Umstellung der Perspektive hätte voraussichtlich tiefgreifende Auswirkungen auf die Kontrollperspektive der Dritten Gewalt, die in gewisser Weise gezwungen wäre, neben der auf die Kontrolle der Verwaltung ausgerichteten Perspektive des Art. 19 Abs. 4 GG auch eine neue Kontrollperspektive für die Dritte Gewalt selbst zu entwickeln. Art. 19 Abs. 4 GG bekäme so eine doppelte Funktion, indem die Bestimmung zum einen die Kontrolle der Akte öffentlicher Gewalt und zum anderen auch für richterliches Handeln garantieren würde.¹²¹

II. Administrative Aufgaben der Dritten Gewalt

Die richterliche Tätigkeit ist nicht nur »spruchrichterliche Tätigkeit«, sondern sie umfasst seit jeher auch unterschiedliche Tätigkeiten, die im Kern administrativer Natur sind (sog. Justizverwaltungsakte). Der Begriff des Justizverwaltungsaktes wird zwar nicht ausdrücklich im geschriebenen Recht er-

118 Eingehend dazu J. P. *Terbechte*, Nationale Gerichte und die Durchsetzung des EU-Rechts, EuR 2020, S. 569 ff. (570).

119 Zur Einbeziehung solcher Akteure als Legitimationsreservoir N. *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl. 1997, S. 82 ff.

120 E. *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 12 ff.

121 Ebenda, S. 31.

wähnt, aber üblicherweise im Kontext des § 23 EGGVG thematisiert.¹²² Auf diese Justizverwaltungsakte findet § 839 Abs. 2 BGB naturgemäß keine Anwendung, d. h. der Justizverwaltungsakt markiert zunächst »haftungsrechtliches Normalland«. Betrachtet man die so erfassten Bereiche bzw. Handlungen der Justiz näher, so fällt auf, dass sie häufig zugleich wesentliche Instrumente einer *judicial accountability* umfassen bzw. die richterlichen Verantwortlichkeiten sicherstellen sollen.¹²³ Dies gilt insbesondere für Maßnahmen der Öffentlichkeits- und Medienarbeit oder der Befassung mit Akteneinsichtsgesuchen.

III. Richterliche Selbstverwaltung

Eine weitere wichtige Diskussion im Kontext des Verhältnisses von Dritter Gewalt und Exekutive, um nicht zu sagen ein Zankapfel, kreist schließlich um die Frage, wem die sog. Gerichtsverwaltung obliegt bzw. eher: obliegen sollte.¹²⁴ Bekanntlich sind für die Gerichtsverwaltung in Deutschland in erster Linie die Justizministerien des Bundes und der Länder zuständig. Dem wird häufig das Modell der richterlichen Selbstverwaltung entgegengehalten, das in vielen Ländern bzw. weltweit Anwendung findet.¹²⁵ Diese Thematik wird auch im Kontext der sog. institutionellen Unabhängigkeit der Dritten Gewalt in Deutschland diskutiert, die in den letzten Jahren insbesondere auch in unionsrechtlich inspirierten Zusammenhängen eine wichtige Rolle gespielt hat. Hier ist es letztlich die Aufgabe des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, ob ein Ausbau der richterlichen Selbstverwaltung gestärkt werden soll oder nicht. Verfassungsrechtlich gefordert ist ein solches Modell jedenfalls nicht.¹²⁶

Primär aus der Perspektive einer *judicial accountability* sind die mit dieser Grundsatzfrage verbundenen Aspekte von Interesse. So wird gegen eine richterliche Selbstverwaltung eingewendet, dass Mechanismen der »Selbstkooptation« letztlich die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt

122 Eingehend dazu S. Conrad, Der sogenannte Justizverwaltungsakt, 2011.

123 Aufzählung der Maßnahmen bei O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 23 EGGVG, Rn. 101 ff.

124 Dazu eingehend F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006; L. Faissner, Die Gerichtsverwaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Frankreich und Deutschland, 2018; S. Michel, Gerichtsverwaltung und Court Management in Deutschland und in den USA, 2020; P.-A. Albrecht (Hrsg.), Autonomie für eine Dritte Gewalt in Europa, 2018.

125 M. Minkner, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015; P.-A. Albrecht, Editorial: Zur richterlichen Unabhängigkeit in Europa – Modelle von Selbstverwaltung und Selbstverantwortung, KritV, 2008, S. 333 ff.; zur Rechtslage in Spanien s. J. Bayo-Delgado, Praktische Erfahrungen aus der Selbstverwaltung: Das spanische Modell, KritV 2008, S. 397 ff.

126 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 660 ff.

schwächen, auch wenn sie ggf. ihre Unabhängigkeit stärken. Ob allerdings diese – recht tradierten – deutschen Strukturen vor dem Hintergrund der Anforderungen des Unionsrechts Bestand haben werden, ist vorerst offen.

C. Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Verhältnis zur Legislative

I. Bindung der Dritten Gewalt an das Parlamentsgesetz

Die Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt gegenüber der Legislative drückt sich in erster Linie in der Bindung der Richter an das demokratische Gesetz aus. Diese ist im Verfassungsstaat des Grundgesetzes besonders ausgeprägt, auch wenn es hier im Kontext der Internationalisierung und Europäisierung der deutschen Rechtsordnung immer häufiger zu »Normenkollisionen« und Abgrenzungsschwierigkeiten kommt. Das ändert aber nichts daran, dass das demokratische Parlamentsgesetz Grund und Maßstab der richterlichen Tätigkeit verkörpert (eingehend dazu § 4 C. II. 2 und § 8 A. IV.).

II. Richterwahlen durch Parlamente

Auch in der Wahl der Richter kann ein besonderer Moment der Verantwortlichkeitssicherung im Verhältnis zwischen Parlament und Gericht liegen. Aufgrund der Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts hat diese Form der demokratischen Legitimation ein besonderes Gewicht, das durch die Neuerungen des Verfahrens im Jahre 2015 zwar nicht unbedingt erhöht wurde, gleichwohl aber deutlich macht, dass die demokratische Legitimation der Richter auch durch eine Wahl im Parlament hergestellt werden kann.¹²⁷ Dass dieses Verfahren gleichwohl in Deutschland kaum eine Rolle bei der Besetzung der Richterstellen in der Landesjustiz spielt, hat in erster Linie mit den jeweiligen Traditionen zu tun.¹²⁸

III. Haushaltsgesetzgeber und Ausstattung der Gerichte

Eine Facette des Verhältnisses von Legislative und Exekutive besteht schließlich in der Verantwortung des Haushaltsgesetzgebers, die Dritte Gewalt so auszustatten, dass sie ihre Aufgaben erfüllen kann.¹²⁹ Diese Thematik ist in

¹²⁷ S. dazu ausführlich § 4 A. III. 3.

¹²⁸ Zu den unterschiedlichen Verfahren s. A. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 342 ff.

¹²⁹ S. dazu M. *Minkner*, Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien, 2015, S. 210 f.

den letzten Jahren im Zusammenhang mit überlangen Gerichtsverfahren diskutiert worden.¹³⁰ So hatte der Bundesgerichtshof 2007 entschieden, dass die staatliche Pflicht, die Gerichte ordnungsgemäß auszustatten, eine drittgerichtete Amtspflicht der Justizbehörden verkörpern und deren Verletzung eine Haftung nach § 839 BGB nach sich ziehen kann.¹³¹ Darüber hinaus hat auch das BVerfG betont, dass dem Staat eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausstattung der Gerichte zukommt.¹³² Im Zuge des sog. »Paktes für den Rechtsstaat« hat diese Debatte Ende 2019 eine besondere Bedeutung erlangt. So haben der Bund und die Länder in den letzten Jahren signifikant mehr Stellen für Staatsanwälte sowie für Richter geschaffen und ferner begleitende Maßnahmen ergriffen.¹³³ Hiermit versuchen der Bund und die Länder, gemeinsam ihrer Pflicht zur Ausstattung der Gerichte nachzukommen, auch wenn durch diese Initiative nicht alle Probleme gelöst werden konnten.

D. Weitere und neue Formen der Verantwortlichkeitssicherung

I. Verfahren der Richterbestellung

1. Allgemeines

Das Verfahren der Richterbestellung ist nicht nur für die Legitimation der Dritten Gewalt von erheblicher Bedeutung,¹³⁴ sondern zugleich Ausdruck von Verantwortlichkeiten. So knüpft die Einstellung von Richtern grundsätzlich an Qualifikationen und Fähigkeiten an, die eine hohe Qualität der einzustellenden Kandidaten sicherstellen und so letztlich auch Haftungsfällen vorbeugen sollen (vgl. § 5 DRiG). Soweit eine Wahl der Richter Voraussetzung für die Ernennung ist, drücken sich auch hier demokratische Verantwor-

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

131 BGH v. 11.01.2007 – III ZR 302/05, BGHZ 170, 260, anders noch BGH v. 17.05.1990 – III ZR 191/88, BGHZ 111, 272; eingehend zum Ganzen § 8 B. II. 3.

132 BVerfG, BayVbl. 2013, 210; dazu F. Wittreck, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität, VVDStRL 74 (2015), S. 115 ff. (141).

133 S. dazu Gemeinsamer Bericht von Bund und Ländern über die Umsetzung der vereinbarten Maßnahmen des MPK-Beschlusses v. 31.01.2019 zum Pakt für den Rechtsstaat, abrufbar unter: https://www.rosenburg.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0610_Rechtsstaat.html (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

134 Dazu A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 ff.; umfassend A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006.

tungsmechanismen aus – und zwar für die Legislative im Verhältnis zur Judikative.¹³⁵

Allerdings sind die jeweiligen Anforderungen und Verfahren, die zur Bestellung von Richtern führen, unterschiedlich ausgestaltet. Während sich die Qualifikationsanforderungen im Wesentlichen aus dem DRiG ergeben, sind die Verfahren der Auswahl und Wahl von Richtern in verschiedenen Gesetzen geregelt. Auf der Ebene des Bundes sind hier zunächst die Art. 92 ff. GG maßgeblich, wobei zwischen den allgemeinen Bestimmungen über die Wahl von Bundesrichtern nach dem RiWahlG durch den Richterwahlausschuss gem. Art. 95 Abs. 2 GG und den Sonderbestimmungen für die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts, die im Jahre 2015 stark verändert worden sind, zu unterscheiden ist.

Auf der Ebene der Bundesländer enthalten die meisten Landesverfassungen Bestimmungen über die erforderlichen Qualifikationen und zur Wahl der Richter der Landesverfassungsgerichte.¹³⁶ Darüber hinaus sieht das Landesrecht aber jeweils eigene Einstellungsverfahren für Richter vor.¹³⁷ Während in einigen Bundesländern die Richter durch Richterwahlausschüsse gewählt werden, werden sie in anderen Bundesländern durch die zuständigen Justizminister eingestellt.¹³⁸ Insgesamt hat es in den letzten Jahren viele Diskussionen über die entsprechenden Verfahren gegeben, was auch zeigt, wie wichtig die jeweiligen Prozesse sind.

2. Qualifikationserfordernisse

Ein wichtiges Instrument zur Sicherung der richterlichen Verantwortlichkeit im Rahmen von Einstellungsverfahren sind zunächst Qualifikationserfordernisse. Tatsächlich ist das deutsche Recht in diesem Punkt relativ streng. So hat gem. § 5 Abs. 1 DRiG die Befähigung zum Richteramt nur, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abgeschlossen hat. Diese Anforderungen sind aus historischer Perspektive präzedenzlos und finden in dieser straffen Form auch international kaum Widerhall. Das hängt damit zusammen, dass die Konstruktion in § 5 DRiG

135 Da Richter in Deutschland in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis berufen werden, ist eine Wiederwahl, die z. B. in vielen Staaten der USA eine erhebliche Rolle spielt und eine wichtige Form der Verantwortlichkeitssicherung verkörpert, in Deutschland nicht von Bedeutung.

136 S. zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit allgemein W. Reutter (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichte: Entwicklung, Aufbau, Funktionen*, 2017.

137 K. F. Gärditz, *Richterwahlausschüsse für Richter im Landesdienst – Funktion, Organisation, Verfahren und Rechtsschutz*, ZBR 2011, S. 109 ff.

138 Dazu ausführlich A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 2006, S. 342 ff.

auf das Staatsexamenssystem verweist, in dem die Prüfungen hauptsächlich in der Hand des »Staates« liegen. Dieses System hat unbestreitbar an der Professionalisierung der Richterschaft einen wichtigen Anteil, betont wird aber auch, dass es zu einer gewissen Selbstreproduktion, Abschottung und Kastenbildung beiträgt.¹³⁹

Die Qualifikations- und sonstigen Anforderungen an das Richteramt werden insgesamt recht stringent von den Verfahrensordnungen eingefordert (z. B. hinsichtlich des Mindestalters der Richter an den Obersten Gerichtshöfen, s. § 3 Abs. 1 BVerfGG, § 15 Abs. 3 VwGO). Nur vereinzelt sind die Regelungen offener, so müssen nicht bei allen Landesverfassungsgerichten die Richter die Voraussetzungen des § 5 DRiG erfüllen (vgl. Art. 112 Abs. 2 BrandVerf, Art. 68 Abs. 3 S. 1 BWVerf, Art. 81 Abs. 2 SächsVerf). Auch hinsichtlich der Schöffen (§ 31 ff. GVG) und der ehrenamtlichen Richter (§§ 44 ff. DRiG) greifen die Voraussetzungen des § 5 DRiG nicht. Weitere Voraussetzungen werden zudem direkt vom Verfassungsrecht geregelt, wie etwa Unvereinbarkeiten (Art. 94 Abs. 1 GG) in Bezug auf die Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Die Qualifikationsanforderungen des § 5 DRiG führen zwar dazu, dass das Ausbildungsniveau der Richter als hoch anzusehen ist. Dennoch stellt sich die Frage, ob das Studienmodell – das durch einen permanenten Reformdruck gekennzeichnet ist – noch geeignet ist, die Absolventen hervorzuheben, die für eine moderne, responsive Justiz erforderlich sind.¹⁴⁰ Darüber hinaus bröckelt das Monopol zumindest an den Rändern. Dies wird deutlich, wenn man an den Aufstieg der Schiedsgerichtsbarkeit denkt. Führen so neue Formen der Streitschlichtung auch dazu, dass das für staatliche Gerichte etablierte »Juristenmonopol« möglicherweise ausfranst?

3. Die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts

Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden gem. Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG je zur Hälfte durch den Bundestag und den Bundesrat gewählt, wobei diese Wahl inzwischen sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat im Plenum durch Zweidrittelmehrheit (§§ 6 Abs. 1 S. 2 Abs. 5, 7 BVerfGG) erfolgt.¹⁴¹ Bis 2015 erfolgte die Wahl der Richter durch den Bundestag (nur

¹³⁹ Eingehend dazu A. Tschentscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 198 ff.

¹⁴⁰ Zu den Anforderungen etwa A. Voßkuhle, Das Leitbild des »europäischen Juristen«. Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 19 ff.

¹⁴¹ Eingehend dazu etwa K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 42 ff.; K. F. Gärditz, DRiZ 2020, S. 348 ff.; A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.),

durch den Richterwahlausschuss, was immer wieder auf Kritik stieß¹⁴² und – obschon verfassungsrechtlich zulässig¹⁴³ – 2015 geändert wurde.¹⁴⁴

Heute erarbeitet der Wahlausschuss des Bundestages (§ 6 BVerfGG) einen Wahlvorschlag für das Plenum des Bundestages, eine Vorstellung der Kandidaten oder eine Aussprache findet dagegen nicht statt. Bei der Auswahl der Kandidaten greift auch weiterhin ein informeller Mechanismus, der festlegt, welcher Partei das Vorschlagsrecht zusteht.¹⁴⁵ Insofern ändert das neue Wahlverfahren an dem tradierten Einfluss der politischen Parteien und dem Fortbestehen informeller Mechanismen nur wenig; der Vorwurf der Intransparenz ist so nicht auszuräumen.¹⁴⁶ Zwar dient dieses Wahlsystem in erster Linie zur Legitimation der außergewöhnlichen Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts, es ist aber zugleich auch Ausdruck von Verantwortlichkeiten, wie schon die in § 3 BVerfGG niedergelegten Qualifikationsanforderungen verdeutlichen.

Dagegen führt das Wahlverfahren bislang nicht zu »politischen Verantwortlichkeiten« in dem Sinne, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts durch besondere Loyalität gegenüber den Parteien, die sie nominiert haben, aufgefallen sind. Im Gegensatz zum U.S. Supreme Court scheinen politische Vorprägungen beim Bundesverfassungsgericht bislang keine besonders bedeutsame Rolle zu spielen, auch wenn politische Präferenzen mitunter in Sondervoten deutlich werden.¹⁴⁷ Man mag hieraus schließen, dass die Be-

GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 94, Rn. 8 ff.; C. Möllers, Legalität, Legitimität, und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/ders./C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht 2011, S. 281 ff. (359 ff.); aus politikwissenschaftlicher Sicht etwa C. Landfried, Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: R. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 369 ff.; zur Verfassungsmäßigkeit dieses Ansatzes BVerfG, NVwZ-RR 2022, 81.

142 Dazu etwa die Rede des ehemaligen Präsidenten des Bundestages Norbert Lammert zur Feierstunde »65 Jahre Grundgesetz«: »Und überfällig ist zweifellos ein Verfahren zur Wahl der Mitglieder des höchsten deutschen Gerichts, das nicht nur dem Wortlaut des Grundgesetzes Rechnung trägt, sondern auch den Mindestanforderungen genügt, die der Bundestag anderen Wahlen, zum Beispiel des Wehrbeauftragten, des Datenschutzbeauftragten und des Beauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes zugrunde legt. Dass der Deutsche Bundestag gestern in geheimer Wahl mit Kanzlermehrheit den Präsidenten des Bundesrechnungshofes wählt – zweifellos ein wichtiges Amt – und gleichzeitig nachträglich von der Bestellung einer neuen Verfassungsrichterin erfährt, die durch einen zwölfköpfigen Richterwahlausschuss in dieses hohe Amt – sicher nicht weniger wichtig – befördert wird, ist beider Verfassungsorgane unwürdig.«; abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/parlament/praesidium/reden/2014/280946-280946> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

143 BVerfG v. 12.06.2012 – 2 BvC 2/10, BVerfGE 131, 230 (234 ff.) – Bundesverfassungsrichterwahl.

144 Neues Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes v. 24.06.2015, BGBl. I 2015, S. 973.

145 A. Voßkuhle, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 94, Rn. 14 f.; F. K. Fromme, Verfassungsrichterwahl, NJW 2000, S. 2977 ff.

146 Dazu K. Duden, Richterwahl und parteipolitische Einflussnahme, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series No. 20/5 = JuS 2019, S. 859 ff.

147 Dazu etwa K. Schlaich/S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 47.

sonderheiten des Wahlverfahrens maßgeblich dazu beitragen, dass ausgewogene (im Sinne von: politisch weitgehend neutrale) Ergebnisse erzielt werden, was angesichts der politischen Natur des Verfahrens eigentlich erstaunlich ist. Offenbar sind sich alle Beteiligten bislang stillschweigend darüber einig, dass das Wahlverfahren mehr darauf zielt, Richter als Akteure für ein (auch) politisches Verfassungsorgan zu rekrutieren. Das muss nicht immer so bleiben, sodass die Debatten über das Wahlverfahren und seine Anfälligkeit für politische Beeinflussungen auch weiterhin aktuell sind.¹⁴⁸

4. Wahl der Bundesrichter

Dagegen entscheidet über die Berufung der Bundesrichter gem. Art. 95 Abs. 2 GG der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss. Dieser Wahlausschuss besteht aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern, die vom Bundestag gewählt werden.¹⁴⁹ Die Einzelheiten des Verfahrens ergeben sich aus dem Richterwahlgesetz.¹⁵⁰ Bemerkenswert ist, dass der Ausschuss mit einfacher Mehrheit entscheidet (§ 12 Abs. 1 RiWG), was das Verfahren im Verhältnis zur Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts ggf. einfacher zum Spielball politischer Mehrheiten werden lassen könnte.¹⁵¹ Während zunächst die Qualifikationen der Kandidaten (§ 9 DRiG) sowie ggf. ihr Lebensalter (vgl. etwa § 125 Abs. 2 GVG) maßgeblich sind, hat darüber hinaus keine Anpassung des Wahlverfahrens an das neue Verfahren für die Richter des Bundesverfassungsgerichts stattgefunden, sodass hier noch weniger eine kritische Begleitung des Verfahrens etc. möglich ist. Einzig der jeweils zuständige Präsidialrat (§ 55 DRiG) hat gem. § 57 Abs. 1 S. 1 DRiG eine Stellungnahme abzugeben.¹⁵² Der Ausschuss entscheidet im Rahmen einer nichtöffentlichen Sitzung (§ 9 Abs. 2 RiWG). Insofern ist auch nicht erstaunlich, dass das Verfahren häufig als intransparent kritisiert wird.¹⁵³

148 Dazu am Beispiel der USA J. P. *Terbechte*, Verfassungsgerichte im Scheinwerferlicht. Die Politisierung von Richterwahlverfahren ist nicht nur in Amerika auf dem Vormarsch, FAZ Nr. 258/2020 v. 05.11.2020, S. 7.

149 A. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt 2006, S. 322 ff.

150 Richterwahlgesetz v. 25.08.1950, BGBl. I 1950, S. 368.

151 S. aber BVerfG v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, BVerfGE 143, 22 – Bundesrichterwahl; BVerwG v. 22.11.2018 – 2 B 55.18, ECLI:DE:BVerwG:2018:221118B2B55.18.0.

152 Dazu etwa H. *Willems*, Rechtsstellung und Aufgaben des Präsidialrats, DVBl. 2003, S. 370 ff.; A. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 323 ff.

153 Vgl. etwa Bundesfinanzhof (Hrsg.), 60 Jahre Bundesfinanzhof - Eine Chronik, 2010, S. 85 ff.

Zudem fehlen gesetzlich festgelegte Maßstäbe für die Wahl, wenn man einmal von den allgemeinen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG absieht, deren Bedeutung im Rahmen der vorgesehenen Wahl zumindest nicht unesehen herangezogen werden können.¹⁵⁴ Im Rahmen der »geteilten Verantwortung« (A. *Voßkuhle*) muss der Ausschuss und der jeweils zuständige Minister ein gegenseitig akzeptables Ergebnis hervorbringen, d. h. der Ausschuss muss einen Kandidaten vorschlagen, der es dem Minister im Lichte des Art. 33 Abs. 2 GG ermöglicht, die Ernennung vorzunehmen, und umgekehrt hat der Minister zu ernennen, soweit diese Voraussetzungen vorliegen.¹⁵⁵

Dass dieses Verfahren häufig als reformbedürftig angesehen wird, zeigt sich womöglich schon daran, dass in den letzten Jahren Konkurrentenklagen zugenommen haben,¹⁵⁶ und auch daran, dass erste Änderungen bereits auf den Weg gebracht worden sind, etwa in Schleswig-Holstein und Hamburg, wo es möglich ist, dass sich Kandidaten auf entsprechende Stellen bewerben können. Eine u. a. im Jahre 2016 diskutierte größere Reform des Verfahrens wurde allerdings nicht weiterverfolgt.¹⁵⁷

5. Verfahren auf der Ebene der Länder

Auf der Ebene der Länder sind ebenfalls die Verfahren zur Bestellung von Richtern der jeweiligen Landesverfassungsgerichte und die Einstellungsverfahren für die Richter der ordentlichen (Landes-)Gerichtsbarkeit sowie der Fachgerichtsbarkeit zu unterscheiden.¹⁵⁸ Während viele Landesverfassungen (bzw. sie konkretisierende Organisations- und Verfahrensgesetze der jeweiligen Verfassungsgerichte) Regelungen über die Wahl der Richter enthalten, sind die Einstellungsverfahren für die übrigen Richter recht unterschiedlich ausgestaltet. Hier kann im Wesentlichen zwischen Modellen unterschieden werden, in denen 1. Richterwahlausschüsse die maßgeblichen Entscheidun-

154 S. BVerfG v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, BVerfGE 143, 22 – Bundesrichterwahl; A. *Voßkuhle*, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 94, Rn. 38; s. zu Gleichstellungsfragen etwa E. *Schübel*, Chancengleichheit beim Zugang zu den obersten Bundesgerichten, NJW 2004, S. 1355 ff.

155 A. *Voßkuhle*, in: P. M. Huber/ders. (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 94, Rn. 14; S. *Detterbeck*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 95, Rn. 15.

156 C. *Rath*, Richter klagen gegen die Richterwahl, LTO v. 05.03.2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/richterwahlausschuss-gerichte-konkurrentenklagen-nehmen-zu/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

157 S. dazu Vorschlag der Grünen, BT-Drs. 18/7548; <https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2016/kw36-pa-recht-438342> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

158 A. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt 2006, S. 322 ff.; K. F. *Gärditz*, Richterwahlausschüsse für Richter im Landesdienst – Funktion, Organisation, Verfahren und Rechtsschutz, ZBR 2011, S. 109 ff.

gen treffen (sog. Wahlverfahren),¹⁵⁹ in denen 2. die Justizministerien die Einstellungsentscheidungen treffen (sog. Ministerialverfahren),¹⁶⁰ und 3. gemischten Verfahren bzw. *sui generis*-Ansätzen.¹⁶¹ Dieser »Wildwuchs« unterschiedlicher Verfahrensmodi ist schwierig und in erster Linie ein Kind des Föderalismus.

6. Beförderungstellen als neue Problemlage

Das Wahlverfahren für die Richter der obersten Bundesgerichte verläuft traditionell geräuscharm. Dies ist allerdings nicht immer der Fall. Zumindest kommt es seit einigen Jahren vereinzelt zu Konkurrentenklagen, die in den letzten Jahren auch breite mediale Aufmerksamkeit erfahren haben.¹⁶² Hierbei geht es immer wieder um die Frage, welche Maßstäbe für die Beförderung gelten. Das BVerfG hat hierzu schon im Jahre 2006 Stellung bezogen und die Bedeutung des Art. 33 Abs. 2 GG für die Besetzungsverfahren unterstrichen.¹⁶³

Zudem hat es in den letzten Jahren immer wieder öffentlichkeitswirksame Auseinandersetzungen bei der Besetzung von Präsidentenstellen gegeben.¹⁶⁴ Die besondere Brisanz lag bei diesen Fällen auch darin, dass das Bundesjustizministerium in den Verfahren offenbar die sonst gängigen Anforderungsprofile hinsichtlich der Führungserfahrung an Obersten Bundesgerichten abgeändert hatte.¹⁶⁵ Jedenfalls konnten einige Präsidentenstellen erst nach langwierigen und konfliktreichen Verfahren besetzt werden.¹⁶⁶ Besonders intensiv war offenbar die Auseinandersetzung um die Besetzung der Stelle des BFH-Vizepräsidenten.¹⁶⁷ Hier zeigt sich zweierlei: Zum einen führt die Abänderung von ex-ante Instrumenten der Verantwortlichkeitssicherung vor dem Hintergrund der richterlichen Unabhängigkeit insbesondere dann zu Konflikten, wenn die Gemengelage auch aus der Sicht der Gewaltenteilung unüber-

159 Etwa in Berlin, Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen.

160 So in Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen und Sachsen-Anhalt.

161 So in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern.

162 U. Knapp, Hausgemachte Schwierigkeiten, LTO v. 09.10.2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundesgerichte-konkurrentenklagen-besetzung-praesident-streit/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

163 BVerfG v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, BVerfGE 143, 22 – Bundesrichterwahl.

164 S. etwa BVerfG v. 16.12.2021 – 2 BvR 2099/21, NJW 2022, 461 (Versuch die Bestellung einer Stelle eines Gerichtspräsidenten zu verhindern); BVerfG v. 04.07.2018 – 2 BvR 1207/18, NVwZ-RR 2018, 833; OVG Münster v. 16.02.2009 – 1 B 1918/08, BeckRS 2009, 31695; VGH Kassel v. 14.07.2016 – 1 B 1419/16, BeckRS 2016, 49734.

165 Dazu M. Loose, Besetzung von Beförderungstellen an den Obersten Bundesgerichten, DRiZ 2020, S. 390 ff.; H.-F. Lange, Ernennung zum Präsidenten des BFH und zur Vizepräsidentin des BFH ohne vorherige Tätigkeit an diesem Gericht?, DStR 2020, S. 2393 ff..

166 Dazu U. Domgörgen, Personeller Neustart an den obersten Bundesgerichten, NVwZ 2022, S. 228.

167 Dazu VGH Bayern v. 01.02.2022 – 6 CE 21.2708, NVwZ 2022, 1143.

sichtlich ist. Zum anderen ist die vage Festlegung von Auswahlkriterien jenseits des Art. 33 Abs. 2 GG offenbar ein Dauerproblem, das zumindest potenziell auch Einfluss auf die Besetzung von Beförderungsstellen nehmen kann. Insofern sind nicht nur die Besetzungskriterien für die Richterstellen an den Obersten Bundesgerichten ein wichtiges Thema, sondern auch die Handhabung der – wenigen – Beförderungsstellen.

II. Öffentlichkeit und Transparenz

1. Öffentlichkeit der Verhandlung

Das Thema der Öffentlichkeit und Transparenz der Dritten Gewalt hat in den letzten Jahren beträchtliche Aufmerksamkeit auf sich gelenkt.¹⁶⁸ Der Begriff der »Öffentlichkeit« hat hierbei mindestens eine doppelte Bedeutung¹⁶⁹: Zum einen ist hiermit die sog. Saalöffentlichkeit gemeint, also das im GVG niedergelegte Erfordernis der öffentlichen Verhandlung gem. § 169 GVG, zum anderen geht es aber auch um die »Öffentlichkeitsverantwortung« der Dritten Gewalt, die zwar eng mit der Medienverantwortung zusammenhängt (dazu sogleich), die aber weiter gehen kann.

Die sog. Saalöffentlichkeit dient der Kontrolle des Verfahrensgangs durch die Öffentlichkeit und leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ab.¹⁷⁰ Versteht man den Begriff der Öffentlichkeit weiter, so muss man sich auch mit der Öffentlichkeitsarbeit der Dritten Gewalt beschäftigen. Hier scheint sich eine neue Entwicklung dahingehend abzuzeichnen, dass Richter der Öffentlichkeit ihre Urteile erklären. Galt früher das Motto: »Richter sprechen durch ihre Urteile«, ist gegenwärtig zu beobachten, dass etwa die Richter des Bundesverfassungsgerichts ausführlich Stellung zu »ihren« Urteilen nehmen.

2. Transparenz der Dritten Gewalt

Das leitet zu der Frage über, ob im Bereich der Justiz ein allgemeines Transparenzgebot greift. Während etwa im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit das Thema der Transparenz immer bedeutsamer wird,¹⁷¹ ist ein allgemeiner Transparenzgrundsatz der Dritten Gewalt dem deutschen Recht unbekannt.

168 S. zu den Entwicklungen O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 169, Rn. 1 ff.; zur Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens s. etwa B. Wegner, Der geheime Staat 2006, S. 208 ff.

169 Grundlegend dazu M. T. Fögen, Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit, 1974.

170 O. R. Kissel/H. Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. 2021, § 169, Rn. 4 m. w. Nachw.

171 N. Eslami, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016.

Hier ist nicht auszuschließen, dass insbesondere die *accountability*-Debatte dem Thema Schub verleihen könnte. »Transparenz« meint hierbei vorwiegend den Zugang zu Dokumenten. Zu diskutieren ist in diesem Zusammenhang allerdings auch das sog. Beratungsgeheimnis bei Kollegialgerichten.

a) Zugang zu Gerichtsentscheidungen

Unter dem Stichwort »Transparenz« wird häufig diskutiert, ob und in welchem Umfang ein Recht auf Zugang zu Gerichtsentscheidungen besteht.¹⁷² Diese Debatte ist schon deshalb von Bedeutung, weil nur ein Bruchteil der Gerichtsentscheidungen in Deutschland veröffentlicht wird. So wird geschätzt, dass etwa nur 0,6 % der amtsgerichtlichen Entscheidungen in Zivilsachen in Deutschland öffentlich verfügbar sind (im Jahre 2015 3.300 von 536.000).¹⁷³ Insbesondere bei den Obergerichten (BGH und Oberlandesgerichten) wird gar ein Rückgang hinsichtlich der Verfügbarkeit konstatiert.¹⁷⁴ Hinzu kommt, dass viele Entscheidungen nur über kostenpflichtige Informationsportale und Datenbanken wie juris und Beck-Online zugänglich sind. Sie sind so nur für eine Fachcommunity verfügbar. Der Zugang zu Gerichtsentscheidungen kann etwa für die Medien und Dritte von einiger Bedeutung sein, sodass sich die Frage stellt, ob es einen (ggf. verfassungsrechtlich vermittelten) Anspruch auf den Zugang zu Gerichtsentscheidungen gibt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 1997 betont, dass es sich bei der Publikation von veröffentlichungswürdigen Gerichtsentscheidungen um eine Rechtspflicht der Gerichtsverwaltung handelt, die aus dem Rechtsstaatsprinzip einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Gewaltenteilung folge.¹⁷⁵ Gleichwohl kommt es immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten um die Überlassung von Entscheidungsabschriften. Hier geht es aber in der Regel weniger darum, dass die Gerichte sich in gewisser Weise selbst schützen wollen, sondern insbesondere um das Persönlichkeitsrecht von Verfahrensbeteiligten.¹⁷⁶ Um diese Rechte zu schützen, sind die Urteilskopien nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu anonymisieren. Zudem treffe die Medien z. B. im Rahmen der sog. »Verdachtsberichterstattung« und zur Sicherung der

172 S. dazu R. Walker, Die Publikation von Gerichtsentscheidungen, Saarbrücken 1998; M. W. Huff, Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte, NJW 1997, S. 2651 ff.; H. Putzkell, J. Zenthöfer, Der Anspruch auf Übermittlung von Abschriften strafgerichtlicher Entscheidungen, NJW 2015, S. 1777 ff.; T. Pie-low, Öffentliches Strafverfahren – Öffentliche Strafen, 2018, S. 169 ff.

173 J. Stemplewski/N. Stemplewski, Transparenz des Rechtswesens, NJW-aktuell 15/2018, S. 14 ff.

174 Ebenda.

175 BVerwG v. 26.02.1997 – 6 C 3/96, NJW 1997, 2694 (2995).

176 Dazu BVerfG v. 14.09.2015 – 1 BvR 857/15, NJW 2015, 3708.

Resozialisierung von Straftätern jeweils eine gesteigerte Sorgfaltspflicht.¹⁷⁷ Die Pflicht zur Weitergabe solcher Entscheidungsabschriften leitet der BGH unmittelbar aus den o. g. Verfassungsprinzipien ab, nicht aber aus dem Akteneinsichtsrecht gem. § 299 Abs. 2 ZPO.¹⁷⁸

Im Zuge der Digitalisierung der Dritten Gewalt wird der Zugang zu Gerichtsentscheidungen womöglich erheblich vereinfacht werden, was insbesondere für die unteren Instanzen gilt. Daraus wird man zwar noch nicht eine allgemeine Pflicht der Dritten Gewalt ableiten können, jede Entscheidung zu veröffentlichen. Die umfassende Digitalisierung ermöglicht aber deutlich effektiver, den Anspruch auf Zugang zu den Entscheidungen auch praktisch zu verwirklichen. Zu beachten ist, dass die Entscheidung über den Zugang zu Gerichtsentscheidungen keine richterliche Tätigkeit darstellt, sondern Verwaltungstätigkeit ist, sodass § 839 Abs. 2 BGB nicht greift.¹⁷⁹

b) Voraussetzungsloses Akteneinsichtsrecht?

Vom allgemeinen Anspruch auf Zugang zu Gerichtsentscheidungen ist das Akteneinsichtsrecht zu unterscheiden, das in den Prozessordnungen verankert ist (s. etwa § 299 ZPO, § 100 VwGO, § 78 FGO, § 147 StPO).¹⁸⁰ Während der Zugang zu den Prozessakten für die Parteien Ausdruck des Rechts auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG ist, sind für Dritte diese Akten nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur, soweit ein »rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird« (vgl. § 299 Abs. 2 ZPO).¹⁸¹ Zwar wird unter der Überschrift »Akteneinsicht« regelmäßig auch die Versendung anonymisierter Gerichtsentscheidungen thematisiert.¹⁸² Dieses hat aber mit einer Akteneinsicht (i. S. v. von Einsicht in die Prozessakten) nicht viel zu tun.

Das Thema der Akteneinsicht hat insbesondere durch recht weitgehende Urteile des BVerfG¹⁸³ an Brisanz gewonnen. Inzwischen wird sogar ein Recht auf weitgehend voraussetzungslosen Zugang zu Gerichtsakten diskutiert.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Ebenda.

¹⁷⁸ BGH v. 05.04.2017 – IV AR(VZ) 2/16, NJW 2017, 1819.

¹⁷⁹ R. Störmer, in: M. Fehling/B. Kastner/ders. (Hrsg.), Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, § 100 VwGO, Rn. 3.

¹⁸⁰ Übersicht bei G. Deppenkemper, in: H. Prütting/M. Gehrlein (Hrsg.), ZPO Kommentar, 13. Aufl. 2021, § 299, Rn. 2.

¹⁸¹ S. Ernst, Transparenz in der Judikative. Zugang von Gerichtsakten für Dritte, 2021, s. auch R. Zuck, Das rechtliche Interesse auf Akteneinsicht im Zivilprozess, NJW 2010, S. 2913 ff.

¹⁸² Dazu BGH v. 05.04.2017 – IV AR(VZ) 2/16, NJW 2017, 1819; C. von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 506 ff.

¹⁸³ BVerfG v. 28.02.2000 – 1 BvR 1307/91, NJW 2001, 503; BVerfG v. 14.09.2011 – 2 BvR 449/11, NJW 2012, 141; BVerfG v. 05.12.2006 – 2 BvR 2388/06, NJW 2007, 1052.

¹⁸⁴ S. Ernst, Transparenz in der Judikative. Zugang von Gerichtsakten für Dritte, 2021, S. 321 ff.

Vor dem Hintergrund der »Geheimhaltungstradition« der deutschen Gerichte¹⁸⁵ wäre dies ein echter Richtungsumschwung, wobei allerdings die verfassungsrechtlichen Dimensionen (v. a. Rechte der Parteien) nicht aus den Augen verloren werden dürfen. Zugleich liegt es auf der Hand, dass es sich hier um ein wichtiges Instrument einer *judicial accountability* handeln könnte.

c) *Verantwortungsdiffusion bei Kollegialentscheidungen?*

Auch das Beratungsgeheimnis gem. § 41 DRiG weist Verbindungslinien zum Thema der *judicial accountability* auf und steht ebenso in der Diskussion wie die Frage des Zugangs zu Gerichtsentscheidungen und die Akteneinsichtsrechte. Vielleicht ist diese Problemlage aus der Sicht einer richterlichen Verantwortlichkeit sogar noch drängender, verbirgt sich hinter der gesetzlich normierten Geheimhaltungspflicht doch auch das Potenzial, dass Fehler (teilweise wird behauptet: sogar Straftaten¹⁸⁶) »unter den Teppich gekehrt« werden.¹⁸⁷ Gem. § 41 DRiG hat der Richter über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen. Hiervon ausgenommen sind lediglich die Richter des Bundesverfassungsgerichts (§ 30 Abs. 2 BVerfGG) sowie einige Richter der Landesverfassungsgerichte,¹⁸⁸ nach deren Verfahrensordnungen jeweils Sondervoten abgegeben werden können.

Das Beratungsgeheimnis gilt in der Rechtsprechung – etwas angestaubt – immer noch als das »Palladium für die Unabhängigkeit« und soll zudem die Einheit des Richterkollegiums und damit das Ansehen und die Autorität des Richterspruchs sichern.¹⁸⁹ Allerdings ist der Nachweis, dass abweichende Meinungen dem Ansehen und der Autorität zumindest der Entscheidungen von Ober- und Höchstgerichten abträglich sind, bislang nicht erbracht wor-

185 Dazu B. W. Wegener, *Der geheime Staat*, 2006, S. 206 ff.

186 Offen bleibt, warum § 43 DRiG vor einer strafrechtlichen Verurteilung schützen soll, soweit eine Straftat (z. B. eine Rechtsbeugung gem. § 339 StGB) begangen wurde. Die Vorschrift beinhaltet weder einen Rechtfertigungs- noch einen Entschuldigungsgrund und begründet auch kein eigenständiges Aussageverweigerungsrecht.

187 Eingehend zu judikativem Unrecht durch Kollegialentscheidungen etwa W. Ernst, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten*, 2016, S. 248 ff.; drastischer C. Mandla, *Senatus legibus solutus – Kollegialgerichte können straflos Recht beugen*, ZIS 4/2009, S. 143 ff. zur »Görgülü-Saga«.

188 S. Art. 25 Abs. 5 BayVfGGH, § 29 Abs. 2 Berl. VerfGGH, § 17 Abs. 3 brem. StHGG, § 22 Abs. 4 hamb. VerfGG, § 27 Abs. 5 Meck.-Vorpom. LVerfGG, § 24 Abs. 2 Thür. VerfGGH.

189 RG v. 13.11.1894 – 3679/94, RGSt 26, 202 (204); J. Schmidt-Räntsch, *Deutsches Richtergesetz*, 6. Aufl. 2009, § 43, Rn. 4; BVerwG v. 21.02.2007 – 20 F 9/06, BVerwGE 128, 135, NJW 2007, 1705, Rn. 5; OLG Hamm v. 26.04.2021 – 1 Ws 135/21, BeckRs 2021, 18628.

den. Und weder die Praxis des Bundesverfassungsgerichts noch die anderer Gerichte legen es nahe, dass es hier zu Erosionen kommen kann.¹⁹⁰

Ob hiermit das Problem der Verantwortungsdiffusion gelöst werden kann, die dem Beratungsgeheimnis geradezu notwendig inhärent ist, ist dagegen eine andere Frage, denn es erscheint kaum praktikabel, das Beratungsgeheimnis aufgrund seiner wichtigen Funktion – es geht um die Absicherung eines geschützten richterlichen Beratungs- und Kommunikationsraums – abzuschaffen oder für jede Kollegialentscheidung die Möglichkeit zu schaffen, Sondervoten abzugeben. Vorstellbar ist ggf. eine Bekanntgabe der Abstimmungsergebnisse oder die Möglichkeit, in gravierenden Fällen ein Sondervotum sichtbar abzugeben.¹⁹¹

III. Medienverantwortlichkeit der Dritten Gewalt im Wandel

1. Allgemeines

Die Medienverantwortlichkeit der Dritten Gewalt befindet sich seit einigen Jahren in einem tiefgreifenden Wandlungsprozess.¹⁹² Stand schon der Begriff der Dritten Gewalt lange Zeit für eine gewisse Abschottung, die einen Zugang der Medien nur im Mindestmaß und als notwendiges Übel ansah, hat sich in den letzten Jahren ein echter Wandel vollzogen, nicht zuletzt deshalb, weil die Medien den Zugang zu Informationen immer wieder (auch gerichtlich) eingefordert haben.¹⁹³ Eine tradierte Problemlage in diesem Zusammenhang bildete schon immer die Frage nach der Zulässigkeit von Ton- und Bildaufnahmen von Gerichtsverhandlungen (dazu 2.) oder die Auskunftspflicht gegenüber der Presse.¹⁹⁴ Aufschlussreich ist aber auch eine jüngere Diskussion über die Praxis des Bundesverfassungsgerichts, Entscheidungen vorab an Mitglieder der Karlsruher Justizpressekonferenz auszugeben (dazu 3.). Insgesamt zeigt sich hier, wie schwer es ist, den Ausgleich zwischen legitimen Anforderungen der modernen Mediengesellschaft bis hin zur Forderung

190 Dafür z. B. T. Fischer, Beratungsgeheimnis, Sondervoten, Richterbilder. Einige Bemerkungen zu einer fast vergessenen Frage, in: FS Hassemer 2010, S. 1001 ff.

191 Eingehend dazu G. von Coelln, Das Beratungsgeheimnis: Sein Gegenstand und seine Wirkungen mit Berücksichtigung der Abstimmungsmethoden, 1931.

192 M. Meyer, Der Gerichtsprozess in der medialen Berichterstattung, 2013; J. Jahn, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, 2021; C. von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005.

193 BVerfG v. 30.10.2002 – 1 BvR 1932/02, NJW 2003, 500; BVerfG v. 14.07.1994 – 1 BvR 1595/92, 1606/92, NJW 1995, 184; BVerwG v. 08.07.2021 – 6 A 10.20, NVwZ 2022, 248.

194 S. Pruggmayer/S. Möller, Befugnisse und Verpflichtungen von Justizpressesprechern, K&R 2011, 234 ff.

nach uneingeschränkter Transparenz und den Interessen der Parteien oder des Staates an einer effizienten und funktionstüchtigen Justiz herzustellen.

2. Die Zulässigkeit von Ton- und Bildaufnahmen

Prominentes Beispiel für den Wandel, dem das deutsche Justizsystem im Lichte neuer Verantwortlichkeiten unterworfen ist, ist die Debatte über die sog. Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt.¹⁹⁵ Während – im Folgenden vereinfacht – »Ton- und Filmaufnahmen« in deutschen Gerichtssälen lange Zeit gar nicht zugelassen waren (so auch noch heute im Grundsatz, s. § 169 Abs. 1 S. 2 GVG),¹⁹⁶ hat sich durch eine Gesetzesänderung im Jahre 2017 zumindest eine gewisse Auflockerung der Regel ergeben.¹⁹⁷

Nach der neuen Fassung der Vorschrift ist es nunmehr möglich, dass zu wissenschaftlichen oder historischen Zwecken zumindest Tonaufnahmen zugelassen werden (§ 169 Abs. 2 GVG). Für die Verkündung von Urteilen des Bundesgerichtshofes können Ton- und Filmaufnahmen zugelassen werden (§ 169 Abs. 3 GVG). Für das BVerfG sieht § 17a BVerfGG vor, dass zumindest in der – statistisch – seltenen mündlichen Verhandlung bis das Gericht die Anwesenheit der Beteiligten festgestellt hat (§ 17a Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG) und bei der öffentlichen Verkündung eines Urteils (§ 17a Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG) Ton- und Filmaufnahmen zulässig sind. Darüber hinaus können Tonaufnahmen für wissenschaftliche und historische Zwecke zugelassen werden (§ 17a Abs. 3 BVerfGG).¹⁹⁸

Hinter diesen Regelungen steht ein allgemeiner Transparenzgedanke, der sicher auch durch das allgemeine unionsrechtliche Transparenzgebot (vgl.

195 Dazu etwa R. Lamprecht, Kooperation und Konfrontation – Das Bundesverfassungsgericht und die Medien – Nähe und Distanz, ZRP 2012, S. 149 ff.

196 § 169 a. F.: »Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. Ton- und Fernseh- und Funkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig.« Diese Regelung hat das BVerfG ausdrücklich als verfassungskonform eingestuft, s. BVerfG v. 24.01.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633.

197 Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – EMöGG) v. 08.10.2017, BGBl. I. S. 3546; dazu K. Wick, Demokratische Legitimation von Strafverfahren – Der Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß § 169 GVG nach dem EMöGG, 2018, S. 248 ff.; C. Trentmann, Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren: Analyse und Kritik des neuen § 169 GVG und § 17a BVerfGG, MMR 2018, S. 441 ff.; S. Rittig, Mehr Medienöffentlichkeit im Gerichtsverfahren? – Zu den Reformüberlegungen zu § 169 GVG, NJ 2016, S. 265 ff.; C. von Coelln, Mehr Medienöffentlichkeit vor Gericht?, AfP 2016, S. 308 ff.; U. Franke, Öffentlichkeit im Strafverfahren, NJW 2016, S. 2618 ff.; M. Feldmann, Wenn schon, denn schon. Ein Beitrag zur rechtspolitischen Diskussion um die Lockerung des Verbots des § 169 S. 2 GVG unter Berücksichtigung der spanischen Rechtslage und -praxis, GA 2017, S. 20 ff.

198 Dazu E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2020, Rn. 307 ff.

Art. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 11 Abs. 3 EUV) befruchtet wurde. Gleichwohl ist der deutsche Gesetzgeber nach wie vor eher zurückhaltend, wenn es um eine umfassende »Medienöffentlichkeit« des Justizsystems geht. Die entsprechenden Praxen des EuGH gehen weiter (Übertragung der Verhandlung für die Medien in einem Nebenraum, wichtige Schlussanträge und Urteile sind zeitversetzt im Internet verfügbar; Europe by Satellite »Ebs«). Auch internationale Gerichte wie der EGMR und der IStGH zeichnen die Verhandlungen komplett auf und machen sie nachgelagert im Internet zugänglich.¹⁹⁹

Mag man die deutsche Zurückhaltung zu guten Teilen historisch begründen, so scheinen die zurückhaltenden Reformen heute kaum mit den Anforderungen der modernen Mediengesellschaft konform zu gehen.²⁰⁰ Hier bleibt abzuwarten, ob sich das deutsche System künftig weiter öffnet. Insbesondere, wenn es um den Vollzug des Unionsrechts geht, wäre ein solcher Schritt allerdings zu begrüßen, erfüllen doch die deutschen Gerichte häufig eine wichtige Vorbildfunktion im europäischen Rechtsprechungsverbund, die womöglich von mehr lebt als nur von den Texten der Urteile, nämlich auch von einem konstruktiven, offenen Verhandlungsstil.

3. Vorabinformationen der Justizpressekonferenz

Eine besondere Diskussion hat sich im Jahre 2020 rund um die Praxis des Bundesverfassungsgerichts entsponnen, Pressemitteilungen vorab an die Mitglieder der sog. Justizpressekonferenz zu versenden.²⁰¹ Die Mitglieder der Justizpressekonferenz, ein privatrechtlicher Verein mit Sitz in Karlsruhe, bekommen so noch vor den Parteien Zugang zu den Entscheidungsergebnissen und, je nachdem wie ausführlich die Pressemitteilung ist, zu den wesentlichen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts. Die Pressemitteilungen sind hierbei mit einer Sperrfrist versehen.²⁰² Man mag dies in der Mediengesellschaft als notwendige PR-Strategie ansehen, die sicherstellen soll, dass

199 Allgemein dazu B. Schmitt, Die Dokumentation der Hauptverhandlung – Ein Diskussionsbeitrag, NStZ 2019, 1 ff.

200 Eingehend dazu auch R. Webowsky, Die Revision im Zeitalter technischer Reproduzierbarkeit, NStZ 2018, S. 177 ff. S. auch BMJW, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Oktober 2015, S. 128 ff.

201 Eingehend dazu etwa P. Lorenz, Tagesspiegel-Korrespondent bekommt keine Vorab-Information, LTO v. 10.12.2020, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-1274-691-20-vorab-informationen-nur-an-vollmitglieder-justizpressekonferenz-ungleichbehandlung-gerechtfertigt-tagesspiegel-korrespondent/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024); früh dazu auch R. Lamprecht, Wo Rauch ist ... Gibt es »undichte Stellen« beim BVerfG?, NJW 2003, 1426.

202 Erläutert wird diese Praxis von G. Deppe, Nicht ungehörig, sondern äußerst sinnvoll, DRiZ 2020, S. 303.

auch komplexe Entscheidungen in den Medien (zumindest einigermaßen richtig) dargestellt werden.²⁰³ Zugleich ist diese Praxis aber auch problematisch. Zumindest hat sich der Bundespresseerat in einer Stellungnahme zu dem Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts kritisch geäußert und eine Gleichbehandlung aller Journalisten gefordert.²⁰⁴

Aus der Perspektive einer *judicial accountability* mutet diese »Pressepolitik« des Bundesverfassungsgerichts ein wenig wie ein »cherry picking«, an, das die Mitglieder der Justizpressekonferenz bevorzugt und so die grundrechtlich geschützte »Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb« (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG) aller anderen Journalisten verletzt.²⁰⁵ Zudem sind hier die legitimen Interessen der Parteien zu berücksichtigen, die ggf. auch ein Interesse daran haben, auf der »Medienwelle« mitzureiten.

Das Verwaltungsgericht Karlsruhe hat trotzdem einen Antrag einer politischen Partei nach § 123 Abs. 1 VwGO in diesem Zusammenhang abgelehnt.²⁰⁶ Weder § 30 Abs. 1 S. 3 BVerfGG (öffentliche Verkündung der Urteile) noch § 30 Abs. 3 BVerfGG (Bekanntgabe an die Beteiligten) verbiete dem Bundesverfassungsgericht diese Praxis, und auch aus § 32 Abs. 1 GO-BVerfGG folge keine andere Bewertung.²⁰⁷ Ob das Gericht auch so entschieden hätte, wenn ein Journalist auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG aktiv geworden wäre, darf als offen gelten. Die Diskussionen haben gleichwohl dazu geführt, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2023 angekündigt hat, die Praxis der Vorabinformationen vorerst einzustellen.

IV. Öffentliche Kritik

1. Allgemeines

Die Möglichkeit, öffentlich Kritik an Gerichtsentscheidungen zu üben, ist in einem demokratischen Rechtsstaat von grundsätzlicher Bedeutung. So

203 <https://www.bundestag.de/resource/blob/812672/fff96bc7cd89ed0525f3b0ea2ab6a475/WD-10-044-20-pdf-data.pdf> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

204 <https://www.presserat.de/presse-nachrichten-details/gleicher-zugang-fuer-alle-journalisten-zu-bverfg-informationen.html> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

205 S. Deutscher Bundestag, WD 10 – 300 – 044/20, Vorabinformationen des Bundesverfassungsgerichts an Mitglieder der Justizpressekonferenz Karlsruhe, S. 22.

206 VG Karlsruhe v. 08.06.2020 – 3 K 2476/20.

207 § 32 Abs. 1 GO-BVerfGG: Amtliche Informationen über ergangene Entscheidungen bedürfen der Billigung des berichterstattenden Mitglieds des Senats und des oder der Vorsitzenden und dürfen erst veröffentlicht werden, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung den Prozessbeteiligten zugegangen ist.

führt das BVerwG in einem Urteil, in dem es um die verfassungsunmittelbare Pflicht von Gerichten zur Veröffentlichung/Freigabe von Gerichtsentscheidungen ging, aus:

»Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat und zumal in einer Informationsgesellschaft muß sich – wie die anderen Staatsgewalten – darüber hinaus auch der öffentlichen Kritik stellen. Dabei geht es nicht nur darum, daß in der Öffentlichkeit eine bestimmte Entwicklung der Rechtsprechung als Fehlentwicklung in Frage gestellt werden kann. Dem Staatsbürger müssen die maßgeblichen Entscheidungen auch deshalb zugänglich sein, damit er überhaupt in der Lage ist, auf eine nach seiner Auffassung bedenkliche Rechtsentwicklung mit dem Ziel einer (Gesetzes-)Änderung einwirken zu können. Das Demokratiegebot wie auch das Prinzip der gegenseitigen Gewaltenhemmung, das dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu eigen ist, erfordern es, daß auch über die öffentliche Meinungsbildung ein Anstoß zu einer parlamentarischen Korrektur der Ergebnisse möglich sein muß, mit denen die rechtsprechende Gewalt zur Rechtsentwicklung beiträgt. Nicht zuletzt dient es auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege für die Aufgabe der Fortentwicklung des Rechts, wenn über die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen eine fachwissenschaftliche Diskussion ermöglicht wird. Zur Begründung der Pflicht der Gerichte, der Öffentlichkeit ihre Entscheidungen zugänglich zu machen und zur Kenntnis zu geben, bedarf es bei dieser Verfassungslage keiner speziellen gesetzlichen Regelung; eine solche hätte lediglich klarstellende Bedeutung«²⁰⁸.

Öffentliche Kritik wird in diesem Zusammenhang zunächst aus der Perspektive der Bürger und der Wissenschaft gesehen. Nur der Zugang zu Gerichtsentscheidungen ermöglicht aus der Sicht des BVerwG, dass sich die Bürger für Gesetzesänderungen und Korrekturen einsetzen, soweit es zu einer »bedenkliche(n) Rechtsentwicklung« kommt. Die Pflicht zur Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen steht so in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der Dritten Gewalt, wobei erstaunlich ist, dass hier die Korrekturmöglichkeiten nur in der Verantwortung des Gesetzgebers verortet wird (zur Rolle der Wissenschaft s. unten VII.).

Was allerdings unter dem Begriff »öffentliche Kritik« genau zu verstehen ist, welche Foren, Medien und Formen der Kritik zulässig sind, ist bislang nur selten erörtert worden. Unter das Stichwort »öffentliche Kritik« kann so bis hin zu »Internetprangern« und »öffentlicher Richterschelte« vieles fallen. Insoweit sind auch die Grenzen, die sich zunächst aus dem Strafrecht usw. ergeben, wichtig.

208 BVerwG v. 26.02.1997 – 6 C 3/96, NJW 1997, 2694 (2695); zum Ganzen R. Mishra, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, 1997.

2. Anforderungen der Mediengesellschaft – Responsive Judges

Ein recht neues Phänomen, das zugleich Ausdruck neuer Verantwortlichkeitsstrukturen, aber auch der allgemeinen Rolle des Richters ist, wird mit dem Stichwort der »*Responsive Justice*« bzw. »*Responsive Judges*« umschrieben. Hiermit ist gemeint, dass sich die Rolle des Richters nicht nur durch das Prozessrecht verändert, sondern dass die Erwartungen der Gesellschaft und Veränderungen des medialen Umfelds sowie der Kommunikationsbeziehungen mit den Parteien, sonstigen Beteiligten und der Öffentlichkeit neue Herausforderungen für Richter bedeuten.²⁰⁹ Beispiele sind insofern Social-Media-Auftritte von Gerichten, die z. T. als Möglichkeit gesehen werden, mehr Transparenz herzustellen, und zugleich zum Verständnis von Gerichtsentscheidungen beitragen sollen.²¹⁰ Gleichzeitig lauern hier aber Risiken, die die Dritte Gewalt mitunter durch Urteile zum Datenschutz selbst geschaffen hat.²¹¹ Zudem erfordert das Leitbild einer *responsive justice* auch mehr als lediglich ein gesteigertes Engagement im Bereich der sozialen Medien.

V. Justizkritik durch andere Staatsgewalten als sensibles Terrain

Die Rechtsprechung muss sich aber nicht nur wie die anderen Staatsgewalten der öffentlichen Kritik stellen, sondern ist immer wieder auch Adressat kritischer Äußerungen der anderen Staatsgewalten (sog. amtliche Urteilsschelte).²¹² Dies betrifft weniger die ordentlichen Gerichte und die Fachgerichtsbarkeit als vielmehr Urteile des Bundesverfassungsgerichts. So sind einige Urteile des BVerfG explizit Gegenstand von (auch kritischen) Debatten im Bundestag gewesen, so z. B. das *PSPP*-Urteil, das *Lissabon*-Urteil sowie das Urteil zum Klimaschutz. Dass hier auch kritische Äußerungen gefallen sind, liegt angesichts der politischen Bedeutung der jeweiligen Themen auf der Hand.²¹³

209 Dazu auch am Beispiel der Medienöffentlichkeit M. Santschi Kallay, Externe Kommunikation der Gerichte. Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, 2018.

210 Dazu A. Henderson, The High Court and the Cocktail Party from Hell: Can Social Media Improve Community Engagements with Courts?, in: Tania Sourdin/Archie Zariski (Hrsg.), *The Responsive Judge*, 2018, S. 121 ff.

211 H. Suliak, Wenig Personal, Unsicherheit beim Thema Social Media, LTO v. 26.02.2020, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/pressstellen-gerichte-sprecher-personal-soziale-medien-twitter-facebook/> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

212 Eingehend dazu R. Mishra, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, 1997, S. 204 ff.

213 Zum *PSPP* Urteil: Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/20553, 19/20552, 19/20616.

Darüber hinaus wird diese Kritik auf der politischen Ebene nicht nur in der parlamentarischen Arena mitunter deutlich geäußert und bezieht sich nicht nur auf einzelne Urteile, sondern auch auf die Stellung des Bundesverfassungsgerichts und seiner Machtfülle oder gefühlten Kompetenzanmaßung. Neben dem legendären Zitat von den »Acht Arschlöchern in Karlsruhe«, das wahlweise *Herbert Wehner*, *Horst Ehmke* oder einem Bonner SPD-Anonymus im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Ostpolitik zugeschrieben wird,²¹⁴ kann hier beispielhaft auf gleich mehrere Äußerungen des ehemaligen Präsidenten des Bundestages *Norbert Lammert* verwiesen werden, der etwa 2017 ausführte:

»Umso wichtiger ist es, dass das Bundesverfassungsgericht auch in Zukunft jene kluge Zurückhaltung pflegt, die es in der Vergangenheit auszeichnete und der es nicht nur seine im Vergleich zu anderen Verfassungsorganen nach wie vor hohe Popularität, sondern vor allem seine Autorität verdankt. Ein sich in seinen Gestaltungsspielräumen limitiert sehender Gesetzgeber wird sich im Übrigen womöglich zu wehren suchen, indem er Dinge, für die nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts eine hinreichende verfassungsrechtliche Legitimation bislang noch nicht bestanden hat, seinerseits in die Verfassung schreibt, um für künftige Fälle eine ungewollte Rechtsprechung möglichst zuverlässig zu verhindern – und sich dabei durch diskrete Hinweise früherer Verfassungsrichter durchaus ermutigt fühlen.«²¹⁵

Diese Äußerungen sind hierbei kein singuläres Ereignis, vielmehr hat *Norbert Lammert* häufig Urteile des Bundesverfassungsgerichts²¹⁶ bzw. das Verfahren der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts²¹⁷ kritisiert. Auf harsche Kritik sind auch deutlich moderatere Äußerungen des ehemaligen Kanzleramtsministers *Helge Braun* zu gerichtlichen Entscheidungen im Kontext der Corona-Pandemie gestoßen.²¹⁸

Hier zeigt sich insgesamt, dass Justizkritik durch andere Staatsgewalten als sehr problematisch wahrgenommen wird und nur selten produktive Debatten auslöst. Das mag daran liegen, dass dieser Form der Kritik Verengungen nicht fremd sind und sie auch aus der Perspektive des Grundsatzes der Gewaltenteilung von vornherein zu Irritationen führen müssen. Gleichwohl wird man aus der Perspektive der *judicial accountability* nicht einfach davon

214 W. Stenke, Karlsruhe persönlich, Deutschlandfunk v. 09. 08.2005, <https://www.deutschlandfunk.de/karlsruhe-persoendlich-100.html> (Letzter Aufruf: 21.03.2024); dazu auch R. Lamprecht, Kooperation und Konfrontation, Das Bundesverfassungsgericht und die Medien – Nähe und Distanz, ZRP 5/2012, 149 ff.

215 N. Lammert, Produktive Spannung, FAZ v. 11. 05.2017.

216 <https://www.welt.de/politik/deutschland/article232411305/Norbert-Lammert-kritisiert-Klimabeschluss-des-Bundesverfassungsgerichts.html> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

217 <https://www.deutschlandfunk.de/bundesverfassungsgericht-lammert-fuer-neues-wahlverfahren-100.html> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

218 <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/helge-braun-in-der-kritik-verfassungsrechtliche-problematik-vollkommen-verkannt-a-b76bb61b-e2a7-4927-a01a-4f7b015f1dd1> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

ausgehen können, dass eine Justizkritik durch andere Staatsgewalten pauschal unzulässig ist. Soweit das Bundesverfassungsgericht seine Stellung als Verfassungsorgan unterstreicht (s. o.) – und damit seine Rolle im Konzert der Verfassungsorgane –, wird es auch mitunter Kommunikationsbeziehungen zwischen den Organen akzeptieren müssen, die zu wechselseitiger Kritik führen. Vielleicht zeigt sich in der spürbar zunehmenden Bereitschaft der Richter des Bundesverfassungsgerichts, ihre Urteile zu erklären bzw. zu verteidigen, eine (naturgemäß begrenzte) Bereitschaft, in kritische Diskurse einzutreten.²¹⁹ Ein solches Szenario bedeutete eine Abkehr von dem klassischen Diktum, dass Gerichte nur durch ihre Urteile sprechen, und würde auch eine neue Dimension der Öffentlichkeitsverantwortung der Dritten Gewalt eröffnen.

VI. Justizkritik durch Rechtsanwälte

Dass Anwälten als unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO) auch die Aufgabe zukommt, die Justiz zu kritisieren, liegt auf der Hand. Zugleich sind sie jedoch an das Sachlichkeitsgebot des § 43a Abs. 3 BRAO gebunden. Wo die Grenzen zwischen sachlicher Kritik, nicht völlig aus der Luft gegriffener Kritik und einer Beleidigung gem. § 185 StGB oder einer üblen Nachrede gem. § 186 StGB verlaufen, ist allerdings nicht immer einfach auszumachen. Im Lichte der allgemeinen Aufgabe der Rechtsanwälte und ihrer Rolle im Prozess sind allerdings hohe Hürden bei der Frage anzulegen, ob eine anwaltliche Äußerung eine Straftat verkörpert. Insofern führt etwa das OLG München aus, dass

»auch zu berücksichtigen (ist), dass ein Richter schon von Berufs wegen in der Lage und auch gehalten ist, überpointierte Kritik an seiner Arbeit beim ›Kampf um das Recht‹ auszuhalten.«²²⁰

Bei der Frage, wo die Demarkationslinie zwischen zulässiger und unzulässiger Kritik der Justiz durch Anwälte verläuft, gewinnt auch die Rechtsprechung des EGMR spürbar an Bedeutung.²²¹ Hier hat der EGMR insbesondere in den letzten Jahren eine Rechtsprechungslinie aufgebaut, die dafür Sorge

219 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bundesverfassungsrichter-verteidigen-ihr-etz-urteil>; und <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/peter-huber-im-gespraech-das-etz-urteil-war-zwingend-16766682.html> (letzter Aufruf: 21.03.2024); s. auch A. Voßkuhle, »Applaus von der falschen Seite«. Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, 2021, S. 334 ff.

220 OLG München v. 11.07.2016 – 5 OLG 13 Ss 244/16, NJW 2016, 2759 (2760) mit Verweis u. a. auf BayObLG v. 13.07.2001 – 1St RR 75/01, BayObLGSt 2001, 92; OLG Naumburg v. 10.11.2011 – 2 Ss 156/11, StraFo 2012, 283 f.

221 C. Schmitt-Leonardy, Justizkritik durch Anwälte: Zwischen Meinungsfreiheit und Pönalisierung. Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR und ihre Ausreißer, AnwBl. 2016, S. 528 ff.

tragen soll, dass der Schutz der Meinungsfreiheit der Anwälte ein hohes Niveau hat.²²²

VII. Die Rolle der Rechtswissenschaft

Insbesondere in Deutschland gibt es eine lange Tradition der wechselseitigen Rezeption (und Kritik) von Rechtsprechung und Wissenschaft.²²³ Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Gerichtsurteilen ist bis heute gar das maßgebliche Betätigungsfeld der Rechtswissenschaft und verkörpert zugleich eine weitere Form der Verantwortlichkeit durch *peer pressure*:

»Klassischerweise sieht die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe darin, den Richter in seiner Entscheidungsfindung zu unterstützen. Darauf ist auch nach wie vor die Juristenausbildung ausgerichtet. Dabei geht es darum, dem Richter das Programm des Gesetzgebers zu vermitteln und die gerichtlichen Entscheidungen an Hand dieses Programms zu kontrollieren.«²²⁴

Durch die Analyse von Urteilen, die Überprüfung ihrer »Systemstimmigkeit«, die Suche nach »Fehlern« und Folgenabschätzungen trägt die Wissenschaft dazu bei, dass eine permanente »Qualitätskontrolle« stattfindet, die freilich selektiv ist. Die große Masse an Gerichtsurteilen wird nicht publiziert und kann deshalb eher als »Zufallsfund« zum Gegenstand der wissenschaftlichen Befassung werden. Gleichwohl bietet die Wissenschaft ganz unterschiedliche Verantwortungsdiskurse und -ansätze:

Zunächst setzt sich die Rechtswissenschaft allgemein mit der Rolle der Dritten Gewalt, ihrer Rolle im System der Gewaltenteilung und allgemein mit ihrer »Verfasstheit« auseinander. Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass dieser Themenkomplex – sieht man einmal von der reichhaltigen Literatur zum Bundesverfassungsgericht ab – verhältnismäßig wenig wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf sich lenkt.²²⁵

Neben der Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Rolle und den Grenzen der Dritten Gewalt besteht aber eine weitere – kardinale – Aufgabe darin, Gerichtsentscheidungen kritisch zu hinterfragen, wobei sich diese Kritik als »kritische Begleitung« einzelner Entscheidungen begreift und nur

²²² M. Steinbeis, VerfassBlog v. 23.04.2015, <https://verfassungsblog.de/strassburg-schuetzt-anwaltliches-recht-auf-justizkritik> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

²²³ Dazu C. Hillgruber, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, S. 861 ff.; P. M. Huber, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, S. 1 ff.

²²⁴ B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 292.

²²⁵ F. Wittreck, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität, VVDStRL 74 (2015), 115 ff. (118 f.).

selten einen Hang zu grundsätzlichen Themen aufweist.²²⁶ Hierbei dient die Wissenschaft nicht selten als Ideengeberin, was auch von der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt wird:

»Nicht zuletzt dient es auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege für die Aufgabe der Fortentwicklung des Rechts, wenn über die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen eine fachwissenschaftliche Diskussion ermöglicht wird.«²²⁷

Allerdings erschöpft sich die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht darin, eine »Diskussion zu ermöglichen«, sondern Kritik meint auch, dass Mängel und handwerkliche Fehler von Gerichtsentscheidungen aufgezeigt werden. Nur so können die jeweiligen Qualitätsstandards, die Systemstimmigkeit von Entscheidungen oder ihre dogmatische Klarheit im Sinne einer Überprüfung gewährleistet werden. Dass hierin ein »Verantwortlichkeitselement« liegt, ist schon daran erkennbar, dass sich Rechtsprechungslinien auch auf der Grundlage wissenschaftlicher Kritik ändern können. Diese Aufgaben der Rechtswissenschaft, denen mitunter sogar eine verfassungsrechtliche Dimension beigemessen wird (Art. 5 Abs. 3 GG),²²⁸ beschränken sich nicht nur auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sondern letztlich auf alle Gerichtsentscheidungen, sofern sie von Relevanz sind.²²⁹

E. Staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit

Die Absicherung von Verantwortlichkeiten ist nicht nur im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit von hoher Bedeutung, sondern spielt auch im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit eine – zunehmend – wichtige Rolle. Aufgrund der großen Unterschiede zwischen dem Schiedsverfahren und dem für staatliche Gerichte maßgeblichen Verfahrensrecht greifen jeweils auch unterschiedliche Instrumente zur Sicherung der *judicial accountability*. Schiedsgerichte agieren auf der Grundlage privater Verträge, in denen die Parteien grundsätzlich die Pflichten und Verantwortlichkeiten der Schiedsrichter festlegen können. Darüber hinaus ergeben sich die Verantwortlichkeiten der Schiedsrichter häufig aus Ethikleitlinien und vergleichbaren Instrumenten, soweit sie im Rahmen von Schiedsorganisationen tätig werden. Im Gegensatz

226 G. Spendel, Justizkrise und Justizkritik, in: *ders.*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 1 ff.

227 BVerwG v. 26.02.1997 – 6 C 3/96, BVerwGE 104, 105.

228 P. M. Huber, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, S. 1 ff. (7).

229 Eingehend zum Verhältnis der Staatsrechtslehre zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: *ders./O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger*, Das entgrenzte Gericht 2011, S. 77 ff. (124 ff.) der von einer wissenschaftsorientierten Verfassungsjudikatur spricht.

zu den staatlichen Gerichten haben die Parteien im Schiedsverfahren auch auf die Komposition und Auswahl der Schiedsrichter maßgeblichen Einfluss (ggf. auch auf ihre Ablehnung gem. § 1036 f. ZPO²³⁰), wobei regelmäßig Qualifikationsfragen usw. von Bedeutung sind.²³¹

Ferner kennt die Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer charakteristischen Vertraulichkeit schon naturgemäß keine bzw. nur eine stark verminderte Medien- und Öffentlichkeitsverantwortung.²³² Zu bedenken ist auch, dass der Schiedsspruch nur sehr eingeschränkt (vgl. § 1059 ZPO) durch die Oberlandesgerichte aufgehoben werden kann (§ 1062 Abs. 1, § 1063 Abs. 1 ZPO).²³³ Gegen ihre Entscheidungen stehen nur eingeschränkt Rechtsmittel zur Verfügung (s. § 1062 i. V. m. § 1065 ZPO).²³⁴ Auch besteht kein echtes Äquivalent zur Dienstaufsicht. Eine Beaufsichtigung – beschränkt auf die äußeren Abläufe – ist hier allenfalls bei institutionellen Schiedsgerichten (wie z. B. der DIS) nach Maßgabe der Schiedsordnung denkbar.²³⁵ Nur in absoluten Ausnahmefällen ist eine Amtsenthebung der Schiedsrichter möglich (s. Art. 9 GO i. V. m. Art. 16.2. DIS-Schiedsgerichtsordnung).

Schon hier wird deutlich, dass das Schiedsverfahren nicht nur in puncto Effizienz erhebliche Unterschiede zu (staatlichen) Gerichtsverfahren aufweist, sondern auch hinsichtlich der entsprechenden Verantwortlichkeiten. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass Schiedsverfahren in einem hohen Maße vom Parteiwillen geprägt werden, während die staatliche Gerichtsbarkeit ihm in Aufbau und Zusammensetzung entzogen ist. Diese Unterschiede in den Verantwortlichkeitsstrukturen haben auch Einfluss auf die Frage, ob und in welchem Maße Schiedsrichter einer Haftungsverantwortlichkeit unterliegen, denn im Gegensatz zu staatlichen Richtern erscheinen die Instrumente, um ihre Verantwortlichkeit zu sichern, deutlich eingeschränkter. Freilich kommt der staatlichen Gerichtsbarkeit immer eine »Auffangfunktion« zu, die schon aus verfassungsrechtlicher Perspektive nie ganz abgegeben

230 Zur Ablehnung eines Schiedsrichters s. R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 39 ff.

231 S. dazu R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 34 ff.

232 D. Holder, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, 2009; N. Eslami, Die Nicht-öffentlichkeit des Schiedsverfahrens, 2016.

233 R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 199 ff.; H. Sonnauer, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, 1992; rechtsvergleichend R. Harbst, Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, 2002.

234 P. Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsmittel zu den staatlichen Gerichten, ZZP 92 (1979), S. 125 ff.; R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 205 f.; I. Saenger, in: ders./S. Eberl/W. Eberl, Schiedsverfahren, 2019, § 1065 ZPO, Rn. K 1; G. Hammer, Überprüfung von Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte in Deutschland, 2018.

235 Vgl. dazu nur die DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018, abrufbar unter s. <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln> (Letzter Aufruf: 21.03.2024).

werden kann.²³⁶ Hier greifen verfassungsrechtliche und privatrechtliche Verantwortlichkeiten ineinander.

F. Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass sich der Wandel der Dritten Gewalt auch in verschiedenen Instrumenten widerspiegelt, die ihre Verantwortlichkeit betreffen. Während der Ab- und Umbau von Rechtsmitteln zu neuen Haftungskonstellationen führen kann, gewinnen andere *accountability*-Instrumente durchaus an Bedeutung. Die (deutsche) Dritte Gewalt ist so in einem komplexen System der Gewaltenverschränkung in verschiedenen Verantwortungszusammenhängen gebunden, die allerdings in vielen Fällen keine echte Kontrolle bzw. Verantwortlichkeit begründen können. Insbesondere können sie in vielen Fällen judikatives Unrecht nur präventiv adressieren und sind von eher geringer Bedeutung. Insoweit bleibt die Frage nach einer Haftung weiterhin bedeutsam.

236 Dies wird unter dem Stichwort »Überprüfung durch staatliche Gerichte als zweite Instanz« aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleitet, vgl. R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 197 f.

§ 13: *Judicial accountability* im Unionsrecht

Auch auf der Ebene des Unionsrechts gibt es eigenständige richterliche Verantwortlichkeitsstrukturen.¹ Zwar ist in den letzten Jahren nicht nur über die Strukturen und Besonderheiten der Unionsgerichtsbarkeit,² die Methodik des EuGH³ und seine wechselseitige Verkoppelung mit der mitgliedstaatlichen Judikative⁴ rege diskutiert worden, sondern mitunter auch über die Macht und die Verantwortlichkeit der EU-Judikative.⁵ Bislang kommt den entsprechenden Debatten aber nicht derselbe Stellenwert zu wie anderen Strängen der wissenschaftlichen Befassung mit dem Gerichtshof der EU.⁶

- 1 S. A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006, S. 27 ff.; A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence and Judicial Accountability*, in: B. Hess (Hrsg.), *Judicial Reform in Luxembourg and Europe*, 2014, S. 105 ff.; allgemein zur Rolle von Verantwortlichkeiten im Unionsrecht C. Harlow, *Accountability in the European Union*, 2002; V. Mehde, *Responsibility and Accountability in the European Commission*, CMLRev. 40 (2003), S. 423 ff.; s. auch M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, 2004.
- 2 Allgemein zum EuGH etwa A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006; A. Hatje, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, DRiZ 2006, S. 161 ff.; T. von Danwitz, *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR Bd. 1), 2. Aufl. 2022, § 19, Rn. 3 ff.; *Court of Justice of the European Union* (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, 2013; K. Lenaerts/I. Maselis/K. Gutman (Hrsg.), *EU Procedural Law*, 2014; M. Kotzur, *Die europäische Gerichtsbarkeit*, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 5; zu den jüngsten Reformen s. etwa B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art 254 AEUV, Rn. 4.
- 3 Dazu etwa C. F. Ophüls, *Über die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in: FS Müller-Armack, 1961, S. 279 ff.; M. Zuleeg, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts*, EuR 1969, S. 97 ff.; J. Schwarze, *Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1976; A. Bleckmann, *Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofes*, NJW 1982, S. 1177 f.; J. Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der EG*, 1992; I. Augsberg, *Methoden des europäischen Verwaltungsrechts*, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der EU*, 2. Aufl. 2022, § 4; C. Calliess, *Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts*, NJW 2015, S. 929 ff.
- 4 A.-M. Slaughter/A. Stone Sweet/J. H. H. Weiler (Hrsg.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, 1997; K. F. Gärditz, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der EU*, 3. Aufl. 2014, § 35; F. Kirchhof, *Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten*, EuR 2014, S. 267 ff.; K. Lenaerts, *Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten*, EuR 2015, S. 3 ff.; K. Lenaerts/M. Hartmann, *Der europäische Rechtsprechungsverbund in der Währungsunion*, JZ 2017, S. 321 ff.
- 5 Zur Frage der »Macht« des EuGH als Kehrseite der Verantwortlichkeit s. etwa K. Alter/D. Kelemen, *Too Much Power for the Judges? Understanding the European Court's Political Power*, in: H. Zimmermann/A. Dür (Hrsg.), *Key Controversies in European Integration*, 3. Aufl. 2021, S. 50 ff.; K. Alter, *The European Court's Political Power*, 2009. Freilich wird diese Diskussion selten explizit geführt, sie scheint aber immer auf, wenn es um die Kompetenzen und allgemein die Rechtsprechung des EuGH geht. Es ist aber nicht zu übersehen, dass sich der EuGH in den letzten Jahren neue Aufgabenbereiche erschlossen hat, die weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten in sich tragen, etwa im Bereich des Datenschutzrechts, zu diesen Entwicklungen J. P. Terhechte, *Die Europäische Union als Innovationsverbund*, EuR 2017, S. 3 ff. (28).
- 6 Eingehend zum EuGH etwa G. Nicolaysen, *Der Gerichtshof – Funktion und Bewährung der Judikative*, EuR 1972, S. 375 ff.; H. Kutscher, *Über den Gerichtshof der EG*, EuR 1981, S. 392 ff.; U. Klinke, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, 1989; M. Zuleeg, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, JZ 1994, S. 1 ff.; R. Barents, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, CMLRev. 47 (2010), S. 709 ff.; M. Kotzur, *Die europäische Gerichtsbarkeit*, in: S. Leible/J. P.

Angesichts der neueren Rechtsentwicklungen werden aber die Verantwortlichkeitsstrukturen des EuGH in den nächsten Jahren aller Voraussicht nach an Bedeutung gewinnen. So wurde beispielsweise mit dem sog. Art. 255er-Ausschuss im Rahmen des Ernennungsverfahrens der EU-Richter (benannt nach Art. 255 AEUV) eine interessante neue Dimension der *ex ante*-Verantwortlichkeit etabliert, die sich als überaus effektiv erwiesen hat.⁷ Hinzu kommt, dass die demokratische Legitimation und damit auch die demokratische Verantwortlichkeit des EuGH angesichts der Bedeutung seiner Urteile intensiv diskutiert wird.⁸ Darüber hinaus sind die Reformen der Organisation des Gerichts, insbesondere die Zusammenlegung von Gericht und GöD, damit begründet worden, dass organisatorische Vorkehrungen erforderlich sind, damit das Gericht seine steigende Arbeitsbelastung bewältigen kann.⁹ Die Schadensersatzforderungen gegen das Gericht wegen überlanger Verfahren betrugen im Jahre 2015 insgesamt 26,8 Mio. Euro.¹⁰ In den Reformen zeigt sich so der enge Zusammenhang von Qualitäts-, Organisations- und Haftungsverantwortlichkeit geradezu beispielhaft.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst erörtert werden, welche Rolle einer *judicial accountability* im Unionsrecht potenziell zukommen kann und wie der Begriff inhaltlich zu füllen ist (A.). Es liegt auf der Hand, dass sich diese Verantwortlichkeit wie im nationalen Recht insbesondere als »interne Verantwortlichkeit« im unionalen Rechtsmittelsystem ausdrückt, das durch viele Besonderheiten geprägt ist (dazu B.). Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie die Verantwortlichkeit der Unionsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten beschaffen ist (C.). Zudem ist die Rolle des Europäischen Parlaments (D.), der Öffentlichkeit (E.) und weiterer Formen der Verantwortlichkeit, wie z. B. Qualifikationsanforderungen oder die Besonderheiten der Ernennung von Richtern auf der Ebene der EU, im Rahmen einer spezifischen unionalen *judicial accountability* zu beleuchten (F.); dies gilt auch für das Verhältnis zwischen EuGH und EGMR (G.). Eine besondere Bedeutung

Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 5; s. auch Nachw. § 6 Fn. 1.

7 Zu diesem Ausschuss s. A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 15.

8 Dazu A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff.; s. auch N. Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S. 223 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 244 f.; H. Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 471 f.; D. Ritleng, The Independence and Legitimacy of the European Court of Justice, in: D. Ritleng (Hrsg.), Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union, 2016, S. 83 ff.

9 S. dazu etwa J. Hoffmann, Der Gerichtshof der Europäischen Union – re-organisiert, EuR 2016, S. 179 ff.; B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 254 AEUV, Rn. 4.

10 Pressemitteilung des Rates v. 03.02.2015.

kommt im Rahmen des Unionsrechts schließlich der Sicherung der »judicial accountability« im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Gerichten zu. Das Unionsrecht kennt neben der Haftung (dazu § 9 B.) verschiedene Verfahren, um die unionsrechtlich vermittelte Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zu gewährleisten (H.). Erst im Zusammenspiel von diesen Verfahren und Instrumenten sowie dem Instrument der Haftung ergeben sich so alle Dimensionen einer *judicial accountability* auf Ebene der EU.

A. *Judicial accountability* als unionales Verantwortlichkeitskonzept?

Bislang sind Fragen rund um die Verantwortlichkeit der Unionsgerichtsbarkeit nur selten erörtert worden.¹¹ Zwar bot sich in der Vergangenheit eigentlich immer wieder die Gelegenheit, sich des Themas anzunehmen, etwa im Kontext des bekannten *Governance*-Weißbuchs der Europäischen Kommission,¹² das Fragen der Verantwortlichkeit als zentrales Element einer europäischen *Governance*-Strategie benennt. Diese Überlegungen wurden aber nie auf die europäische Gerichtsbarkeit übertragen.

Erst im Zuge der Reformen des Gerichts im Jahre 2016 sind die Verantwortlichkeitsstrukturen des EuGH erstmals intensiver diskutiert worden. Hier wurde u.a. die Frage aufgeworfen, ob sich eine Reform der Unionsgerichtsbarkeit nicht primär auf die Qualität der Auswahlverfahren für die Richter sowie allgemein auf die Qualitäts- und Führungskultur am EuGH und sein Verhältnis zur Öffentlichkeit konzentrieren müsse.

»In our view, a better system of incentives, a wiser use of psychological insights (e.g. peer-pressure), and almost fundamentally, a more open court, promise more than the proposed mechanical addition of more judges«¹³.

Schon diese Äußerungen zeigen, dass das Thema der richterlichen Verantwortlichkeit auf Ebene der EU nicht mehr sakrosankt ist, sondern immer stärker nach Antworten verlangt. Im Rahmen der jüngsten Reformen im April 2024 wurde nicht nur das Vorabentscheidungsverfahren neu geregelt (dazu § 6 B. II. 1.), sondern auch eine Bestimmung in die Satzung des EuGH aufgenommen, die zukünftig eine Veröffentlichung der Schriftsätze der Betei-

11 S. aber A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006, S. 27 ff.

12 KOM(2001) 428 endg.; s. dazu etwa C. Möllers, *European Governance – Meaning and Value of a Concept*, CMLRev. 43 (2006), S. 314 ff.

13 A. Alemanno/L. Pech: *Reform of the EU's Court System: Why a more accountable – not a larger – Court is the way forward*, VerfassBlog, v. 17.06.2015, <http://verfassblog.de/reform-of-the-eus-court-system-why-a-more-accountable-not-a-larger-court-is-the-way-forward/> (Letzter Aufruf: 22.03.2024).

lichten eines Verfahrens auf der Website des Gerichtshofes ermöglicht (Art. 23 Satzung EuGH nF). Dies kann zumindest als Versuch angesehen werden, künftig mehr Transparenz zu ermöglichen.

Die rechtlichen Anknüpfungspunkte für eine *judicial accountability* im Unionsrecht sind vielfältig: Bereits die Verträge weisen dem EuGH mit Art. 19 EUV und den Art. 251 ff. AEUV eine zentrale Position im System der Verträge zu, eine »Macht«, die spiegelbildlich im Lichte der Werte des Art. 2 EUV klare Verantwortlichkeitsstrukturen erfordert. Insofern sind Art. 47 GRC, der ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein unparteiisches Gericht enthält,¹⁴ und die außervertragliche Haftung gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV wichtige Bausteine der unionalen Verantwortlichkeitsstrukturen auf der Ebene des Primärrechts. Darüber hinaus ergeben sich aus der Satzung des EuGH,¹⁵ der Verfahrensordnung¹⁶ und den entsprechenden Vorgaben für das Gericht¹⁷ weitere Eckpunkte für ein Modell einer *judicial accountability* auf der Ebene der EU.

Die Verträge enthalten darüber hinaus als Form der »internen Verantwortlichkeit« zahlreiche Vorgaben für Rechtsmittel (Art. 256 Abs. 1 UAbs. 2 und Abs. 2 AEUV) sowie für die Qualifikation der Richter des EuGH (Art. 19 EUV und Art. 253 AEUV), die Ernennung der Richter (Art. 255 AEUV) sowie die Wirkung der jeweiligen Urteile (z. B. Art. 260 AEUV).¹⁸ Freilich handelt es sich hier nur um erste Anhaltspunkte – ein umfassendes Konzept einer genuin unionalen *judicial accountability* hat darüber hinaus die Rechtsprechung des EuGH zu seiner (beanspruchten) Stellung im institutionellen Gefüge und den in der Rechtsprechung ggf. konkretisierten Verantwortlichkeiten in den Blick zu nehmen.

Entsprechend der Verbundanlage der EU ist darüber hinaus die Frage nach einer *judicial accountability* nicht nur auf die Ebene der EU selbst zu beziehen. Zu fragen ist auch, welche Verantwortlichkeiten die mitgliedstaatlichen Gerichte trifft, soweit sie das Unionsrecht als »*juge communautaire*« anwenden und auslegen (dazu D.). Hier haben sich verschiedene Instrumente

- 14 Dazu etwa A. Arnall, The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: an Unruly Horse?, European Law Review 36 (2011), S. 51 ff.; H. D. Jarass, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, S. 1393 ff.
- 15 Protokoll Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABL EU v. 30.03.2010 Nr. C 83/2010; eingehend dazu etwa B. Wägenbaur, VerFO EuGH, 2. Aufl. 2017; ders., Verfahrensrecht der Unionsgerichtsbarkeit, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 7.
- 16 Verfahrensordnung des Gerichtshofs v. 25.09.2012, ABL EU v. 29.09.2012 Nr. L 265 in der Fassung der Änderungen v. 18.06.2013 (ABL EU v. 26.06.2013 Nr. L173/65) und v. 19.07.2016 (ABL EU v. 12.08.2016 Nr. L 217/69).
- 17 S. Art. 47 ff. VerFO EuGH.
- 18 Eingehend dazu etwa A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006, S. 27 ff.

der »judiziellen Steuerung« herausgebildet, die an die Grundelemente des europäischen Verwaltungsrechts erinnern (Verfahrensautonomie, Effektivität etc.), gleichwohl aber auch die speziellen Charakteristika der (mitgliedstaatlichen) Dritten Gewalt, insbesondere ihre Unabhängigkeit, respektieren.¹⁹

B. Rechtsmittel als Form der internen Verantwortlichkeitssicherung

I. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Unionsrecht

1. Allgemeines

Das Gerichtssystem der EU ist seit der Einführung des Gerichts im Jahre 1989 zumindest in weiten Teilen zweistufig angelegt²⁰: Soweit das – heutige – Gericht gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV für Klagen zuständig ist – das betrifft zunächst die in Art. 263, 265, 268, 270 und 270 AEUV vorgesehenen Klagen –, kann gem. Art. 256 Abs. 1 UAbs. 2 nach Maßgabe der Bedingungen und innerhalb der Grenzen, die in der Satzung vorgesehen sind, beim Gerichtshof ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel eingelegt werden.²¹ Dies bezieht sich in der Praxis ausschließlich auf Rechtsmittel gegen Endentscheidungen des Gerichts (vgl. auch Art. 56 Abs. 1 Satzung EuGH). Bis 2016 konnte das Gericht bei Rechtsmitteln gegen Urteile des GöD selbst als Revisionsgericht fungieren.²²

19 Zum Verhältnis der richterlichen Unabhängigkeit einerseits und dem Grundsatz der Effektivität und Autonomie des Unionsrechts s. etwa J. P. *Terhechte*, *Judicial Accountability and Public Liability – The German »Judges Privilege« under the Influence of European and International Law*, GLJ 13 (2012), S. 313 ff.

20 Zur ursprünglichen »Einstufigkeit« etwa H. P. *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 367 f.: »Der Gerichtshof ist – entsprechend der Struktur internationaler Gerichtsbarkeit und nationaler Verfassungsstreitverfahren – *einzigste Instanz* einer einstufigen Gerichtsbarkeit.« Kritisch zur einstufigen Gerichtsbarkeit schon früh K. *Zweigert*, *Empfehlungen über den Rechtsschutz zu ändern?*, in: *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, KSE 1 (1965), S. 580 ff. (584); zur Organisation des EuGH eingehend etwa B. *Wegener*, in: C. *Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art 19 EUV, Rn. 6 ff.

21 Zum Rechtsmittelregime eingehend etwa A. *Geppert*, in: H.-W. *Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann* (Hrsg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der EU*, 3. Aufl. 2014, § 28; M. *Pechstein*, *EU-Prozessrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 231 ff.

22 Vgl. dazu VO (EU, Euratom) Nr. 2016/1192 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 06.07.2016 über die Übertragung der Zuständigkeit für die Entscheidung im ersten Rechtszug über die Rechtsstreitigkeiten zwischen der Europäischen Union und deren Bediensteten auf das Gericht, ABL EU v. 26.07.2016 Nr. L 200/137; zum GöD s. etwa H. *Cameron*, *Establishment of the European Union Civil Service Tribunal*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2006), S. 273 ff.; W. *Hakenberg*, *Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit*, *EuZW* 2006, S. 391 ff.; zur Entwicklung des GöD U. *Reithmann*, *Europäisches Dienstrecht und Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union: Überblick über die*

Neben den Rechtsmitteln im eigentlichen Sinne (Art. 256 Abs. 1 AEUV) kennt das Unionsrecht interessanterweise noch weitere Formen der Überprüfung von gerichtlichen Entscheidungen, namentlich das sog. Überprüfungsverfahren (Art. 256 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, Art. 62b EuGH-Satzung AEUV), das mit dem Vertrag von Nizza in das damalige Gemeinschaftsrecht eingebracht wurde, aber in der Praxis bis heute keine nennenswerte Rolle zu spielen vermag.²³ Ähnliches gilt für außerordentliche Rechtsbehelfe, wie den Drittwiderspruch (Art. 42 Satzung-EuGH) und den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens (Art. 44 Satzung-EuGH).²⁴

Die Bedeutung des Rechtsmittelregimes bzw. des Verhältnisses von EuGH und Gericht wird durchaus unterschiedlich beurteilt. So zieht etwa *Vassilios Skouris* eine durchweg positive Bilanz:

»Eine erhebliche Vergrößerung der Zahl der Gemeinschaftsgerichte wirft indes die Frage auf, wie die notwendige Kohärenz der Rechtsprechung gewährleistet werden kann. Das gilt auch angesichts der Tatsache, dass sich die Schaffung des EuG als sehr positiv erwiesen hat, was sich daran ablesen lässt, dass von den Entscheidungen des EuG weniger als ein Viertel vor dem EuGH angefochten wird und von diesen Rechtsmitteln lediglich ein geringer Teil erfolgreich ist.«²⁵

Andere Stimmen sind hier deutlich kritischer, so sprach etwa *Joseph Weiler* davon, dass das Verhältnis von EuGH und Gericht von Anfang an schwierig gewesen sei: *»less than ideal«²⁶*. Tatsächlich wurde das Zusammenspiel vom EuGH und Gericht in der Vergangenheit insbesondere in einigen sektorspezifischen Konstellationen als problematisch empfunden, in denen sich offenbar unterschiedliche rechtliche Standards etabliert haben, wie etwa im Bereich der Kontrolldichte bei Entscheidungen der Kommission im europäischen Kartellrecht.²⁷ Solche Abweichungen zwischen unterschiedlichen Instanzen sind aber normal. Problematisch wird die Situation erst, wenn divergierende Rechtsprechungskonzepte zugleich zu Verletzungen grundrechtlich geschützter Positionen führen, insbesondere zu einer Verletzung der Justizgrundrechte, die etwa auch durch die GRC verbürgt sind.

letzten zehn Jahre, ZBR 2015, S. 217 ff.; zu den jüngsten Reformen s. etwa *J. Hoffmann*, Der Gerichtshof der Europäischen Union – re-organisiert, EuR 2016, S. 197 ff.

23 Zur (potenziellen) Rolle des Überprüfungsverfahrens s. unten B. I. 2. b); eingehend auch *A. Geppert*, Rechtsmittel, Rechtsbehelfe, Überprüfungsverfahren, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 28, Rn. 62 ff.

24 Ebenda, Rn. 69 ff. und Rn. 74 ff.

25 *V. Skouris*, Höchste Gerichte an ihren Grenzen – Bemerkungen aus der Perspektive des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen, 2007, S. 19 ff. (33).

26 *J. H. H. Weiler*, Editorial: A Faustian Deal? Reform at the CJEU, Int'l J. Const. L. 14 (2016), S. 321 ff. (323).

27 Dazu etwa *P. Voet van Vormizeele*, Die Kontrolldichte bei der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte durch die europäischen Gerichte, in: FS Jürgen Schwarze, 2014, S. 771 ff. (778).

Hier wird aber womöglich eine Sollbruchstelle rund um die Debatten über die unionale Gerichtsorganisation deutlich, denn das Gericht ist weniger aus dem Bestreben geschaffen worden, die Rechte des Einzelnen auf ein zügiges Verfahren oder gar auf »Rechtsschutz gegen den Richter« zu verwirklichen, es überwogen vielmehr Effizienzgesichtspunkte, die mit der Arbeitsbelastung des EuGH zum Zeitpunkt der Schaffung des Gerichts zusammenhingen – und die bis heute mehr oder weniger die Debatte über die Organisation des EuGH stark dominieren. Freilich kann man das eine vom anderen nur schwer trennen – dennoch wirkt die reflexhafte Berufung auf Effizienz und Zügigkeit nicht immer so, als ginge es darum, die subjektiven Rechte der Unionsbürger (Art. 47 GRC, Art. 6 EMRK usw.) zu schützen, sondern zunächst die Effizienz der institutionellen Ordnung der EU.²⁸

2. Grundlagen und Besonderheiten des unionalen Rechtsmittelsystems

a) Unionsrechtlich garantierter Instanzenzug?

Bislang wenig diskutiert ist die Frage, ob aus den Unionsgrundrechten und der Verpflichtung der EU auf das Rechtsstaatsprinzip inzwischen eine unionrechtliche Pflicht besteht, »Rechtsschutz gegen den Richter« (A. Voßkuhle) zu garantieren.²⁹ Diese Frage ist für die Ausgestaltung eines Rechtsmittelsystems zentral: Mit der Garantie eines Instanzenzuges verändert sich das Design einer Gerichtsbarkeit grundlegend. Urteile von Eingangs- und Tatsacheninstanzen weisen einen anderen Stil als Revisionsurteile auf. Zugleich nehmen Verfahren (noch einmal) mehr Zeit in Anspruch. Zudem müssen die Gerichte ein Verhältnis zueinander entwickeln, wie man eindrücklich an der nicht immer spannungsfreien Entwicklung des Verhältnisses zwischen EuGH und Gericht in den letzten beiden Dekaden beobachten kann. Gleichzeitig drückt die Einrichtung eines Instanzenzuges ein Streben nach »materieller Gerechtigkeit« aus und die Einsicht, dass auch Gerichte Fehler machen können.

Umso eigentümlicher ist es daher, dass zwar das Unionsrecht mit Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV sowie Art. 47 GRC die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes verpflichtet, diese Verpflichtung nach Auffassung des EuGH aber nicht bedeutet, dass die EU oder die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung einer bestimmten Gerichtsbarkeit oder eines Instanzen-

28 So auch J. H. H. Weiler, Editorial: A Faustian Deal? Reform at the CJEU, Int'l J. Const. L. 14 (2016), S. 321 ff. (323).

29 A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993.

zugs verpflichtet sind.³⁰ Insofern kennt das Unionsrecht bis dahin keinen Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter, sondern bestenfalls eine Art Optimierungsgebot für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes. Ansonsten setzten die Verträge das Bestehen eines Gerichtssystems voraus.

Für die Ebene der Union folgt hieraus, dass die Ausgestaltung des unionalen Rechtsschutzsystems in die Hände des Unionsgesetzgebers bzw. der Mitgliedstaaten gelegt ist, wobei das System grundsätzlich durch eine hohe Offenheit geprägt ist. So könnten z. B. nach wie vor Fachgerichte (Art. 257 AEUV) geschaffen (und damit ein in Ansätzen dreigliedriges Gerichtssystem etabliert) werden. Ein solcher Weg *muss* aber nicht beschritten werden, und die jüngeren Entwicklungen zeigen, dass momentan die Zeichen eher auf Wachstum und Ausbau der bereits bestehenden Gerichte stehen.

b) Sonderfall des Überprüfungsverfahrens

Das Zusammenspiel von Gerichtshof und Gericht folgt nicht durchgängig dem Muster von erster und zweiter Instanz. So gibt es eine Reihe von Verfahren oder Verfahrenskonstellationen, wie z. B. das Vorabentscheidungsverfahren (zu den aktuellen Reformen s. § 6 B. II. 1.), für die der Gerichtshof bislang überwiegend oder ausschließlich zuständig ist.³¹ Gegen die entsprechenden Entscheidungen des EuGH stehen dann keine weiteren Rechtsmittel zur Verfügung.³² Insbesondere das sog. Überprüfungsverfahren (Art. 256 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV) stellt eine unionsrechtliche Besonderheit dar, die es dem EuGH ermöglicht, von sich aus Urteile des Gerichts zu überprüfen, bei denen das Gericht selbst Revisionsgericht ist, und soweit die *»ernste Gefahr besteht, dass die Einheit oder Kohärenz des Unionsrechts berührt wird«*. Auch wenn das Verfahren zur Überprüfung solcher Urteile vom Ersten Generalanwalt beim Gerichtshof einzuleiten und in einem engen zeitlichen Korridor durchzuführen ist, mutet es gleichwohl merkwürdig an.³³ Letztlich beinhaltet das Überprüfungsverfahren ein originäres Selbstbefassungsrecht eines Ge-

30 Dazu EuGH v. 17.07.2014, Rs. C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, Rn. 36 – Sánchez Morcillo and Arbril Carciá; s. dazu M. Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon DÖV 2009, S. 61 ff. (63); H. D. Jarass, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, S. 1393 ff.; J. Schwarze/N. Wunderlich, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 19 EUV, Rn. 48 ff.

31 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art 256 AEUV, Rn. 31.

32 Eingehend zum »exklusiven« Charakter des Vorabentscheidungsverfahrens bislang s. etwa T. von Danwitz, Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.C.-Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2. Aufl. 2022, § 19, Rn. 28, der von einem »Königsweg« zum Gerichtshof spricht.

33 Dazu etwa M. Ottaviano, Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, 2009, S. 210 ff.

richts, denn auch der Erste Generalanwalt ist Teil des Organs EuGH, das so von sich aus – im Rahmen des durch die Verträge vorgegebenen Rahmens – tätig werden kann. Dies mag die besondere Rolle des EuGH im institutionellen Gefüge der EU und seine Aufgabe, das Recht zu wahren, unterstreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV), ist aber gleichwohl ungewöhnlich.³⁴

Auch deshalb werden hier verschiedene Reformoptionen diskutiert, wie auch der EuGH selbst betont hat, dass er sich dieses Instruments eines »*judicial oversee*« nur sehr zurückhaltend bedienen wird. Reformbedürftig erscheint insbesondere auch die Ausgestaltung des Verfahrens: Dass bislang ausschließlich der Erste Generalanwalt zur Einleitung des Verfahrens berechtigt ist, ist nicht einsichtig. Entsprechend wird etwa vorgeschlagen, dass auch der Kommission, der gem. Art. 17 Abs. 1 EUV immerhin auch die Aufgabe als »Hüterin der Verträge« zukommt, das Recht zur Einleitung eines Überprüfungsverfahrens eingeräumt werden sollte.³⁵ Damit würde das »Selbstbefassungsrecht« zumindest ein Stück weit relativiert und etwa das Verfahren in einen praxistauglichen *modus operandi* gebracht, denn bislang spielt es keine nennenswerte Rolle.³⁶

3. Richterliche Verantwortlichkeit des EuGH und Rechtsmittelverfahren

In seiner Funktion als zweite Instanz befindet sich der EuGH in der Rolle eines Revisionsgerichts. Das Rechtsmittelverfahren ist regelmäßig auf Rechtsfragen zu beschränken, auch wenn die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen (auch im Unionsrecht) in der Praxis nur schwer zu bewerkstelligen ist.³⁷ Zudem liegt es auf der Hand, dass bei Verfahrenstypen, in denen der EuGH exklusiv entscheidet, wie bislang etwa im Falle der Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV, Rechtsmittel gerade nicht zur Verfügung stehen. Dies mag gerade in Hinblick auf die Eigenheiten des Vorabentscheidungsverfahrens, in dem der EuGH letztlich über reine Auslegungsfragen hinsichtlich des Unionsrechts zu befinden hat, unproblematisch sein. Da der EuGH – theoretisch – aber auch nicht für überlange Verfahren

34 So führt etwa Möllers zu den Eigenheiten »judikativer Rechtserzeugung« aus: »Gerichte entscheiden nur auf fremde Initiative individualisierte Sachverhalte, Fälle, retrospektiv«, s. C. Möllers Die drei Gewalten, 2008, S. 100; s. auch N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1993, S. 306: »Kein Gericht darf selbst einen Prozeß beginnen, auch wenn die Kalamitäten ringsum anwachsen«.

35 A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 12, Rn. 40.

36 Dazu J. Kalbheim, Über Reden und Überdenken: Der Kampf über die Rechtsprechungsänderung des EuGH, 2016, S. 124 mit Verweis auf bislang drei Entscheidungen des EuGH im Verfahren nach Art. 256 UAbs. 3 AEUV.

37 Eingehend zum Einfluss des mitgliedstaatlichen Rechts auf die Konzeption des EU-Rechtsmittelregimes s. K. Lenaerts, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1990, S. 228 ff. (242 f.).

etc. haftet, stellt sich hier die Frage, ob es überhaupt *ex post*-Verantwortlichkeiten gibt. Gerade hier offenbaren sich womöglich Rechtsschutzlücken, denn bei den jeweiligen Verfahren jenseits der Nichtigkeitsklage (z. B. im Vorabentscheidungsverfahren oder der Untätigkeitsklage) und in den Rechtsmittelverfahren gibt es keine Möglichkeit für weiteren primären Rechtsschutz.

Man mag einwenden, dass solche Konstellationen durchaus verbreitet sind (vgl. etwa die Ausnahme nach § 2 Abs. 3 österr. AHG). Bedenkt man aber, dass prinzipiell auch Urteile des BVerfG Gegenstand einer Amtshaftungsklage sein können³⁸ und dass das BVerfGG inzwischen für Verfahrensverzögerungen einen eigenen Rechtsbehelf (§ 97b BVerfGG) mit einem angehängten Entschädigungsanspruch kennt (§ 97a BVerfGG),³⁹ so ist gut vorstellbar, dass die entsprechenden Strukturen auf der Ebene der EU in den nächsten Jahren zur Disposition gestellt werden. Freilich wirkt ein solcher Schritt auch praktische Probleme auf: Wer soll über eine Haftung des EuGH entscheiden? Ist eine solche Haftung im Lichte der Verfahren überhaupt sachgerecht? Sollte eine Haftung des EuGH als Verantwortlichkeitsinstrument als notwendig erachtet werden, so wird man sich mit diesen Fragen eingehend auseinanderzusetzen haben, wobei die §§ 97a ff. BVerfGG hier Pate stehen könnten.

4. Reformen der Aufgabenverteilung und des Rechtsmittelregimes

a) Allgemeines

Das System der Unionsgerichtsbarkeit und das in ihm angelegte Rechtsmittelsystem sind in den letzten Jahren immer wieder Reformen unterzogen worden, die insbesondere die Arbeitsbelastung abmildern sollten, so auch die jüngste Reform des Vorabentscheidungsverfahrens im Jahre 2024. Seit mit dem Gericht im Jahre 1988 eine erste Instanz etabliert wurde, sind zwar wichtige Schritte der Konsolidierung des Gesamtsystems unternommen worden.⁴⁰ Gleichwohl liegen weiterhin viele Reformoptionen für die Ausgestaltung des unionalen Rechtsschutzsystems auf dem Tisch. Hierbei haben Reformen immer auch Fragen der Qualitätssicherung zum Gegenstand – und sei es nur, dass die häufig angestrebte Entlastungswirkung immer auch eine

³⁸ § 8.

³⁹ S. dazu M. Marx/W. Roderfeld, Rechtsschutz bei überlangen Gerichts- und Ermittlungsverfahren, 2013, S. 146 ff.; s. dazu BVerfG v. 20.8.2015 – Vz 11/14, BvR 2781/13, NJW 2015, 3361; R. Zuck, Die verfassungsprozessuale Verzögerungsbeschwerde, NVwZ 2013, S. 779 ff.

⁴⁰ Dazu nur J. Schwarze, 20 Jahre Gericht erster Instanz – Der Zugang zur Justiz, EuR 2009, S. 717 ff.

qualitative Dimension aufweist.⁴¹ Dennoch ist zu beobachten, dass gegenwärtig die Diskussion über die Qualität, das Management und die Verantwortlichkeit eines Gerichtshofes, der sprichwörtlich aus allen Nähten platzt, noch nicht in aller Tiefe geführt wird. Vielmehr geht es ausschließlich um die Verkürzung der Verfahrensdauer und die Effektivität der Verfahren insgesamt, auch wenn diese Parameter sicherlich eng mit der Frage der Qualität der richterlichen Entscheidungen zusammenhängen. Insgesamt stehen aber qualitative Verbesserungen des Rechtsschutzsystems selten im Vordergrund der Reformüberlegungen.

b) Europäische Grundrechtsbeschwerde?

Dass dies nicht immer so war, zeigt die etwas in die Jahre gekommene Diskussion über die Frage, ob auf der Ebene der EU nicht eine Art Grundrechtsbeschwerde geschaffen werden müsste. Diese Debatte ist nicht zuletzt für die Haftung der Dritten Gewalt wichtig, denn die Haftung dient in der Rechtsprechung des EuGH immer wieder auch dazu, Rechtsschutzlücken – die womöglich auch auf das Fehlen einer unionalen Grundrechtsbeschwerde zurückzuführen sind – zu schließen.⁴² Nicht umsonst betont der EuGH in diesem Zusammenhang immer wieder die grundlegende Bedeutung des Zusammenspiels von Primär- und Sekundärrechtsschutz, das einen möglichst optimalen Schutz der Unionsbürger sicherstellen soll.⁴³

Dass der Individualrechtsschutz auf der Ebene der EU durch zahlreiche Besonderheiten und auch Einschränkungen gekennzeichnet ist, ist nicht zu übersehen. Insbesondere die Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV ist auch nach dem Vertrag von Lissabon nicht zu einem Instrument ausgebaut worden, das dem Einzelnen voraussetzungsarmen und umfassenden Schutz bietet.⁴⁴

41 Dazu etwa V. Skouris, Höchste Gerichte an ihren Grenzen – Bemerkungen aus der Perspektive des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen, 2007, S. 19 ff.

42 Eingehend dazu etwa H.-W. Rengeling, Brauchen wir die Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene?, in: FS Everling, 1995, S. 1187 ff.; I. Pernice, Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 ff. (42); N. Reich, Zur Notwendigkeit einer europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, S. 375 ff.; s. auch J. P. Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 90 ff.

43 EuGH v. 01.04.2004, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3443, Rn. 30 – Jégo-Quééré; zur Rolle der Haftungsverantwortlichkeit in diesem System s. J. P. Terhechte, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/AEUV/GRC, 2. Aufl. 2023, Art. 340 AEUV, Rn. 6 ff.

44 S. dazu etwa J. Schwarze/V. van Vormizeele, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoof/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 263 AEUV, Rn. 5 ff.

Eine solche Grundrechtsbeschwerde könnte so gerade im Kontext einer richterlichen Verantwortlichkeit eine wichtige Rolle spielen. Insbesondere würde sie den Garantien des Art. 47 GRC (und auch des Art. 6 EMRK) beträchtliche praktische Wirksamkeit verleihen, wie sie auch die Rolle der GRC insgesamt (noch) stärker in den Vordergrund rücken könnte. Dies mag einerseits als Chance angesehen werden, stößt andererseits aber mitunter auf Bedenken, die mit der Gesamtanlage des unionalen Grundrechtsschutzes zusammenhängen. Bezogen auf die richterliche Verantwortlichkeit würde damit eine stark subjektiv-rechtliche Komponente in das unionale *accountability*-Konzept eingefügt, die in hohem Maße an das deutsche System erinnert. Hiermit ist auch zugleich die Frage aufgeworfen, wie eine solche Änderung Eingang in die Verträge finden könnte.

c) Grenzen der Fortentwicklung des unionalen Rechtsbehelfssystems

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH scheint indes sicher zu sein, dass ein solches Verfahren der Grundrechtsbeschwerde nicht durch unionales Richterrecht – etwa im Wege einer allzu extensiven Auslegung der Voraussetzungen des Art. 263 AEUV – geschaffen werden kann. Dies hat die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Jégo-Quéré* deutlich zum Ausdruck gebracht,⁴⁵ die die Grenzen der richterrechtlichen Weiterentwicklung des unionalen Rechtsschutzsystems aufzeigt. Jedenfalls ist es nicht Sache der Unionsgerichte, dieses System weiterzuentwickeln, sondern es liegt in den Händen der Mitgliedstaaten, die nach wie vor die »Herren der Verträge« sind, einen solchen Schritt zu gehen.⁴⁶ Hiermit ist von vornherein klargestellt, dass der EuGH nicht dazu befugt ist, zusätzliche Rechtsbehelfe zu schaffen oder die bestehenden Rechtsbehelfe übermäßig großzügig zu handhaben, sondern dass es die Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, solche (neuen) Rechtsbehelfe zu schaffen. Eine andere Frage ist dagegen, wie in dem bereits bestehenden System effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann (dazu § 6 E. VII.). Im Kontext eines unionalen Konzepts einer *judicial accountability* folgt hieraus letztlich, dass nahezu jegliche Weiter- und Fortentwicklung der »internen Verantwortlichkeitsstrukturen« – insbesondere des unionalen Rechtsmittelregimes – durch die Mitgliedstaaten angestoßen werden muss.

45 EuGH v. 01.04.2004, Rs. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, Slg. 2004, I-3443 – *Jégo-Quéré*; vorhergehend EuG v. 03.05.2002, Rs. T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112, Slg. 2002, II-2365 – *Jégo-Quéré*.

46 EuGH v. 01.04.2004, Rs. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, Slg. 2004, I-3443, Rn. 31 – *Jégo-Quéré*: »Es ist somit Sache der Mitgliedstaaten, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann (...)«.

II. Weitere Aspekte der internen Verantwortlichkeitssicherung

1. Die Rolle der Generalanwälte (Art. 252 AEUV)

In gewisser Weise als Ausgleich zum ursprünglich eingliedrigem Gerichtssystem wird der Gerichtshof gem. Art. 252 S. 1 AEUV von Generalanwälten unterstützt.⁴⁷ Sie stellen aus der Perspektive des deutschen Rechts eine Besonderheit dar, gehen sie doch insbesondere auf die französische Tradition zurück. Gem. Art. 252 UAbs. 2 AEUV besteht ihre Aufgabe darin,

»öffentlich in völliger Unparteilichkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen zu stellen, in denen nach der Satzung des Gerichtshofs (...) Mitwirkung erforderlich ist.«

Interessant ist hierbei, dass das Unionsrecht zunächst nur dem EuGH, nicht aber dem Gericht Generalanwälte beordnet. Hier sieht zwar das Verfahrensrecht des EuG vor, dass in bestimmten Fällen Richter des Gerichts dazu bestellt werden, die Rolle eines Generalanwalts auszuüben. In der Praxis geschieht dies aber selten, auch weil damit an anderer Stelle Aufgaben nicht ausgeübt werden können.⁴⁸ Aus der Perspektive von Verantwortlichkeitserwägungen muss ein solcher Rollentausch womöglich auch zu Folgeproblemen führen. Interessant ist gleichwohl, dass er möglich ist, soweit ein als Kammer tagendes Gericht mit einer Rechtssache von besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeit befasst ist oder wenn das Gericht im Plenum entscheidet (Art. 18 VerfO-EuG). Hier offenbart sich deutlich ein Element der Qualitäts- und Verantwortlichkeitssicherung, denn vermeintlich »einfache« Fälle kommen ggf. ohne einen Generalanwalt aus. Da aber das Verfahren insgesamt schwerfällig ist und Rollenverwischungen nicht ausgeschlossen werden können, hat es kaum Relevanz.⁴⁹

Dagegen wird die Rolle der Generalanwälte beim EuGH traditionell als überaus wichtig angesehen. Zwar sind empirische Untermauerungen dieser Aussage nicht einfach,⁵⁰ gleichwohl hat sich im Laufe der Zeit gezeigt, dass

47 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art 252 AEUV, Rn. 1 mit Verweis auf H. P. Ipsen, EuR 1966, S. 58 ff. (60); allgemein zur Rolle der Generalanwälte s. T. Tridimas, The Role of the Advocate General in the Development of Community Law, CMLRev. 34 (1997), S. 1349 ff.; K. Borgsmidt, Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof und einige vergleichbare Institutionen, EuR 1987, S. 162 ff.; J. Kokott, Anwältin des Rechts – zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006; J. Brüggmann, Die Rechtsstellung des Generalanwalts am Gerichtshof der Europäischen Union, 2023.

48 Dazu H.-W. Rengeling/M. Kotzur, Die Organisationsstruktur der europäischen Gerichtsbarkeit, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 3, Rn. 17.

49 Beispiele bei K. Lenaerts/I. Maselis/K. Gutman (Hrsg.), EU Procedural Law, 2014, Rn. 2.24 Fn. 88.

50 Dazu etwa C. Ritter, A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Generally, Col. J. E. L. 2006, S. 751 ff.

die Generalanwälte in vielen Fällen wichtige strukturelle Vorarbeit für den EuGH geleistet haben. Sie helfen so auch, die Verantwortlichkeit des EuGH im Sinne des Art. 19 EUV zu sichern.

2. Begründungsstil und richterliche Verantwortlichkeit

Auch die Anforderungen, die das Unionsrecht an die Form der Entscheidungen des EuGH stellt, können als Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung dienen.⁵¹ Die Pflicht zur Begründung der gerichtlichen Entscheidungen des EuGH ist zwar Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren gem. Art. 47 GRC.⁵² Freilich lässt sich aber weder aus Art. 47 GRC noch aus anderen Vorschriften des Unionsrechts das erforderliche »Begründungsmaß« entnehmen. Angesichts der unterschiedlichen Vorschriften und Kulturen in den Mitgliedstaaten kann es deshalb auch nicht weiter verwundern, dass der EuGH in der Vergangenheit immer wieder für die mitunter als zu kurz und »apodiktisch« empfundenen Begründungen seiner Urteile Kritik erfahren hat.

Das Unionsrecht enthält nur wenige Vorgaben für die Abfassung der jeweiligen Beschlüsse und Urteile. Gem. Art. 36 Satzung-EuGH sind die Urteile des EuGH mit Gründen zu versehen. Die VerfO-EuGH sieht darüber hinaus vor, dass die Urteile des EuGH mit »Entscheidungsgründen« zu versehen sind (Art. 63 Spiegelstrich 11). Ähnliche Vorschriften gelten auch für die Urteile des Gerichts (Art. 117 lit. m) VerfO-EuG). Freilich lässt sich aus dem Umstand, dass das Unionsrecht eine Begründung für die Urteile vorsieht, noch nicht ableiten, wie diese Begründung zu gestalten ist – eine Vorschrift wie § 313 ZPO, die Mindestanforderungen für den Inhalt eines Urteils aufstellt, kennt das Unionsrecht dagegen nicht.

Tatsächlich hat sich hier im Laufe der Zeit ein tiefgreifender Wandel vollzogen: Während der EuGH anfänglich durch einen eher kurzen Begründungsstil auffiel, kann man heute kaum noch von zu kurzen Urteilen sprechen. Zum einen zeichnet sich insbesondere der Stil des Gerichts inzwischen schon durch eine beinahe epische Länge aus, zum anderen ist der EuGH seit der Einrichtung des Gerichts in vielen Fällen keine Tatsacheninstanz mehr,

51 Dazu U. Everling, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, S. 127 ff.; A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 3, Rn. 27; T. Laut, Die gerichtlichen Entscheidungen, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 27, Rn. 15; A. Arnulf, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. Oxford 2006, S. 622 ff.; G. Conway, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, 2012.

52 H.-D. Jarass, GRCh Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 47, Rn. 47.

was bis 1989 der Fall war, sondern häufig Revisionsgericht, was sich auch auf den Entscheidungsstil auswirkt.⁵³

Dass der EuGH und das Gericht inzwischen zu langen Urteilsbegründungen neigen, darf auch als Zeichen dafür gewertet werden, dass erkannt wurde, wie sehr die Akzeptanz der Urteile von Begründungen etc. abhängt.⁵⁴ Mit den Worten *Ulrich Everlings*:

»Für Gerichte stehen Verfahrensgrundsätze wie Öffentlichkeit und Transparenz der Urteilsfindung, Neutralität und Unabhängigkeit der Richter sowie Gleichbehandlung und rechtliches Gehör der Betroffenen im Vordergrund. Zentrale Bedeutung kommt der Plausibilität der Begründungen der getroffenen Entscheidungen, der Überzeugungskraft, die sie ausstrahlen, und der Antwort, die sie auf die Argumentation der Parteien geben, zu. Sie sind für den Gerichtshof besonders wichtig.«⁵⁵

Angesichts der mitunter epischen Länge mancher Urteile wird man sich eher fragen müssen, ob nicht künftig auf der Ebene der EU eine Art *judicial self-restraint* angebracht wäre. Urteile mit über 300 Randnummern, die über 100 Druckseiten füllen, sind kaum noch rezipierbar, und es darf auch bezweifelt werden, ob die Rechtssuchenden – seien es die Unionsorgane, die Mitgliedstaaten oder Unionsbürger – durch solche Urteile ermutigt werden, sich mit den Feststellungen der Unionsgerichtsbarkeit abzufinden.

3. Ausstattung und Größe des EuGH

Schließlich sei noch auf die wichtige Frage der Ausstattung und Größe des EuGH als Organ der EU hingewiesen. Durch die jüngsten Reformen verfügt der EuGH bislang (seit dem Brexit) über 27 Richter sowie elf Generalanwälte und das Gericht über 54 Richter. Sie werden von wissenschaftlichen Mitarbeitern (*référéndaires*) sowie einem wissenschaftlichen Dienst unterstützt. Der EuGH ist mit insgesamt über 2.000 Mitarbeitern und einem Gesamtbudget im Jahre 2024 von 504 Mio. Euro ein überaus »großes Gericht«.

Es liegt auf der Hand, dass sich mit der zunehmenden Größe und der sich in ihr ausdrückenden Zunahme der Verfahren auch Fragen der Verantwortlichkeit stellen. Ausstattung und Größe spielen aus der Perspektive der richterlichen Verantwortlichkeit in gewisser Weise eine Doppelrolle: Die Größe der EU-Gerichtsbarkeit, d. h. insbesondere der Ausbau der Richterstellen, soll sicherstellen, dass alle anfallenden Verfahren auch erledigt werden kön-

53 Eingehend dazu *D. Dittert*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 36 EuGH-Satzung, Rn. 4 ff.

54 *U. Everling*, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, *EuR* 1994, S. 127 ff.

55 Ebenda.

nen. Zugleich sorgt die schiere Größe aber womöglich auch dafür, dass mehr Fehler verursacht werden. Jedenfalls wird sich die Frage nach der Rolle der Gerichtspräsidenten, der Dienstaufsicht und damit letztlich der Verantwortlichkeit aller Voraussicht nach in den nächsten Jahren noch schärfer stellen als bislang. Zudem könnte das Konzept, Verantwortlichkeiten durch Wachstum sicherzustellen, an seine Grenzen stoßen und die Unionsgerichtsbarkeit insofern gefordert sein, weitere Instrumente zu entwickeln.

4. Ausschluss von Richtern und Generalanwälten wegen Befangenheit

Schließlich kennt auch das EU-Prozessrecht den Ausschluss der Mitwirkung von Richtern, die womöglich befangen sind. Hierbei handelt es sich um ein Instrument der Selbstverantwortung, das in erster Linie die richterliche Unabhängigkeit und Integrität der Rechtsprechung sicherstellen soll.⁵⁶ Gem. Art. 18 Abs. 1 EuGH-Satzung dürfen Richter und Generalanwälte nicht an der Erledigung einer Sache teilnehmen, in der sie vorher als Bevollmächtigte, Beistand oder Anwälte einer Partei tätig gewesen sind oder über die zu befinden sie als Mitglied eines Gerichts, eines Untersuchungsausschusses oder in anderer Eigenschaft berufen waren. Die Vorschrift kennt so prinzipiell drei unterschiedliche Formen der Befangenheit: Zunächst im Falle einer beruflichen oder privaten Beziehung zu einer Partei eines Rechtsstreits und darüber hinaus im Falle »eines bestimmten Verhaltens innerhalb oder außerhalb des betreffenden anhängigen Verfahrens.«⁵⁷ Art. 18 Abs. 2 S. 1 EuGH-Satzung sieht vor, dass der betreffende Richter oder Generalanwalt dem Präsidenten seine Befangenheit (»besonderen Grund«) mitteilt. Auch der Präsident hat seinerseits das Recht, eine entsprechende Mitteilung an einen Richter oder Generalanwalt zu machen. Soweit es hier zu unterschiedlichen Auffassungen kommen sollte, entscheidet der EuGH. Schließlich haben auch die Parteien das Recht, einen Richter wegen Befangenheit abzulehnen (Art. 18 Abs. 3 EuGH-Satzung), wobei der Antrag ausdrücklich nicht mit der Staatsangehörigkeit eines Richters oder Generalanwalts begründet werden kann.

Art. 18 EuGH-Satzung ist im Kontext einer unionalen *judicial accountability* aus unterschiedlichen Perspektiven besonders interessant: Auffällig ist zunächst, dass Richter und Generalanwälte gleichbehandelt werden – was zumindest nicht unmittelbar im Unionsrecht angelegt ist (vgl. etwa Art. 19

56 Zum Zusammenhang von richterlicher Unabhängigkeit und der Ablehnung gem. Art. 18 EuGH-Satzung s. H.-J. Papier, Richterliche Unabhängigkeit, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 130, Rn. 73.

57 B. Wägenbaur, Verfahrensrecht der Unionsgerichtsbarkeit, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 7, Rn. 39.

Abs. 2 EUV: »Der Gerichtshof besteht aus einem Richter je Mitgliedstaat. Er wird von Generalanwälten unterstützt.«) und die Rollen ein wenig vermischt. Entscheidend ist aber der betont »übernationale« Charakter der Ablehnungsgründe, die sich gerade nicht auf die Staatsangehörigkeit beziehen.⁵⁸

Schließlich ist auffällig, dass die Vorschrift bislang nur wenig Aufmerksamkeit auf sich lenken konnte. Bedenkt man, dass die entsprechenden Vorschriften im deutschen Recht (vgl. etwa §§ 17 und 18 BVerfGG, § 42 ZPO, § 54 VwGO, § 24 StPO) schon häufig für öffentliche Diskussionen gesorgt haben,⁵⁹ ist dies eigentlich erstaunlich und kann sich womöglich angesichts der zunehmenden Größe des EuGH künftig auch anders darstellen.⁶⁰

C. Verantwortlichkeiten der und gegenüber den Mitgliedstaaten

Die richterlichen Verantwortlichkeitsstrukturen der EU im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU verkörpern einen weiteren Baustein im Rahmen eines genuin unionalen *accountability*-Konzepts für die EU-Judikative. Hierbei ist allerdings die supranationale Architektur der EU von entscheidender Bedeutung,⁶¹ die zwar einen hohen und in seiner Ausgestaltung anachronistisch wirkenden Einfluss der Mitgliedstaaten bei der personellen Komposition des Gerichtshofes ermöglicht,⁶² die einmal ernannten Richter sind aber von den Mitgliedstaaten unabhängig. Die richterliche Unabhängigkeit führt auf der Ebene der EU also auch zu einer gewissen Stabilisierung der supranationalen Strukturen.

58 Dazu S. Hackspiel, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 18 EuGH-Satzung, Rn. 3.

59 S. etwa BVerfG v. 14.05.1986 – 2 BvL 19/84, BVerfGE 72, 278 – Mahrenholz; BVerfG v. 05.04.1990 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 82, 30 – P. Kirchhof; BVerfG v. 10.05.2000 – 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 122 – Papier; BVerfG v. 19.01.2004 – 2 BvF 1/98, BVerfGE 109, 130 – Di Fabio.

60 S. aber EuGH v. 19.05.2009, Rs. C-171/07 und C-172/07, ECLI:EU:C:2009:316, Slg. 2009, I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes u. a.

61 Zum Prinzip der Supranationalität statt vieler G. Nicolaysen, Europarecht I, 2. Aufl. 2002, S. 69 ff.; J. P. Terhechte, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2. Aufl. 2022, § 14, Rn. 33 ff. m. w. Nachw.

62 A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff. (535).

I. Benennung der EuGH-Richter

Die Richter des Gerichtshofes und des Gerichts werden gem. Art. 253 (EuGH) und Art. 254 AEUV (EuG) von den Regierungen der Mitgliedstaaten der EU im gegenseitigen Einvernehmen und nach Anhörung des in Art. 255 AEUV vorgesehenen Ausschusses für sechs Jahre ernannt.⁶³ Schon die Formulierung der Art. 253 und 254 AEUV zeigt, dass es sich bei der Ernennung der Richter um einen intergouvernementalen Akt handelt, der als sog. »uneigentlicher Ratsbeschluss« ergeht.⁶⁴ Die Kandidaten werden jeweils von den Mitgliedstaaten auf der Grundlage des jeweils einschlägigen innerstaatlichen Verfahrens vorgeschlagen. Die Ausgestaltung des Verfahrens bis zur Übermittlung des Vorschlags obliegt hierbei den Mitgliedstaaten.

Das »Verfahren« zur Benennung der EuGH-Richter ist in Deutschland in der Vergangenheit immer wieder auf starke Kritik gestoßen, insbesondere, weil die Benennung ausschließlich durch die Bundesregierung (federführend durch das Außen- und Justizministerium) in einem intransparenten Verfahren ohne Stellenausschreibung usw. erfolgte.⁶⁵

Der Gesetzgeber hat auf diese Kritik mit einer Änderung des RiWG reagiert.⁶⁶ Gem. § 1 Abs. 3 i. V. m. § 10 RiWG setzt sich die Bundesregierung (und hier der Bundesminister der Justiz, vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 RiWG) bei der Benennung der Unionsrichter mit dem Richterwahlausschuss (§§ 2 ff. RiWG) ins Benehmen.⁶⁷ Letztlich ist also das Verfahren wie bei der Wahl der Bun-

63 Eingehend dazu etwa A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff. (534 ff.); M. Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, 2015; kritisch zur relativ kurzen Amtszeit bereits H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 368.

64 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 253 AEUV, Rn. 2.

65 S. dazu etwa D. Siebert, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1997; V. Epping, Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, *Der Staat* 37 (1996), S. 349 ff. (361 ff.); S.-F. Balders/E. Hansalek, Die demokratische Legitimation deutscher Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs: Überlegungen zu einer Reform des Auswahlverfahrens, ZRP 2006, S. 54 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 244 f.; A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff.; H. Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 471 f.

66 Nach § 10 Abs. 1 S. 2 RiWG können der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz und die Mitglieder des Richterwahlausschusses vorschlagen, wer im Verfahren nach § 1 Abs. 3 RiWG von der Bundesregierung nach Art. 253 AEUV zum Richter oder Generalanwalt des Gerichtshofs benannt werden soll und wer im Verfahren nach § 1 Abs. 3 RiWG von der Bundesregierung nach Art. 254 AEUV zum Mitglied des Gerichts benannt werden soll. Nach § 1 Abs. 3 RiWG werden die von der Bundesregierung nach Art. 253 AEUV zur Ernennung zu Richtern und Generalanwälten des Gerichtshofs vorzuschlagenden Persönlichkeiten und die von der Bundesregierung nach Art. 254 AEUV zur Ernennung zu Mitgliedern des Gerichts vorzuschlagenden Persönlichkeiten von der Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuss benannt; eingehend dazu J. Schmidt-Räntsch, *Deutsches Richtergesetz*, 6. Aufl. 2009, § 1, Rn. 5.

67 J. Schmidt-Räntsch, *Deutsches Richtergesetz*, 6. Aufl. 2009, § 10, Rn. 8.

desrichter maßgeblich – mit allen seinen Schwächen.⁶⁸ So wird bei der Wahl der Bundesrichter durch den Richterwahlausschuss schon seit langer Zeit immer wieder die fehlende demokratische Legitimation bemängelt. Zumindest in Bezug auf das BVerfG hat der Gesetzgeber im Jahr 2015 mit § 6 BVerfGG n. F. (dazu ausführlich § 12 D. I. 3.) einen Modus gefunden, dem zufolge die Richter des BVerfG nunmehr vom Plenum des Bundestages gewählt werden. Angesichts der Bedeutung, die den Richtern des EuGH (inklusive des Gerichts) zukommt, wäre ein solcher Wahlmodus auch für die deutschen Kandidaten für diese Gerichte durchaus angemessen.⁶⁹

II. Wiederbenennung als Verantwortlichkeitsinstrument?

Ein solcher Wahlmodus könnte auch hilfreich sein, um die mögliche *Wiederbenennung* bereits erfolgreicher Luxemburger Richter auf eine breite Basis zu stellen. Während nämlich die deutschen Wahlvorschläge in der Vergangenheit immer wieder auch kritisch hinterfragt wurden, weil sie offensichtlich dem Parteienproporz folgend im Hinterzimmer ausgehandelt wurden, hat man bei Plenumsentscheidungen mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheitsanforderungen die Gewissheit, dass zumindest Elemente eines Leistungswettbewerbs in die Wahl einfließen. Freilich wird auch der Reform des § 6 BVerfGG vorgehalten, dass sie tatsächlich zu keiner Änderung der eingeschliffenen Praxis führen wird, weil das Plenum ebenso agiert wie ehemals der Richterwahlausschuss – die gefundenen Kandidaten werden in aller Regel durchgewunken.⁷⁰

Überhaupt haben die Mitgliedstaaten zumindest mit dem alle sechs Jahre wiederkehrenden Vorschlagsrecht in Bezug auf mögliche Wiedervorschläge ein recht scharfes Schwert in der Hand. Hierbei handelt es sich um ein *ex post*- und *ex ante*-Instrument der Verantwortlichkeit zugleich, denn mit der Wiederbenennung drücken die Mitgliedstaaten zumindest potenziell aus, dass ein EuGH-Richter seine Aufgabe zufriedenstellend erfüllt hat oder – im Falle der Verweigerung der Wiederbenennung – das Gegenteil.

Entsprechend wird die Konstruktion der Wiederbenennung bisweilen scharf kritisiert. So formuliert etwa *Joseph H. H. Weiler*:

68 H. Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 472; eingehend zu diesem Verfahren etwa C. D. Classen, Wahl contra Leistung – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, JZ 2002, S. 1009 ff.; R. Scholz, Die Wahl der Bundesrichter, in: FS 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 151 ff.; klassisch E.-W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974.

69 H. Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 472; tendenziell a. A. F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 244.

70 A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 39.

»The possibility of reappointing judges and advocates general at the end of their term of office is an ongoing scandal unknown in all respectable jurisdictions. It compromises the appearance of independence of the judges (since their reappointment would depend on their own government), and it has been argued over the years that in some instances it was not only the appearance of independence that has been compromised. What is worrying is that in several IGCs, proposals were brought forward which would have limited the term of ECJ judges to one term of, say 9 or 12 years. They were always rejected by the Member States. I cannot find a benign explanation for such rejection.«⁷¹

Freilich spielten insbesondere in der deutschen Benennungspraxis derartige Überlegungen offenbar keine besondere Rolle. Vielmehr stand der Wiederbenennung stets der Parteienproporz im Weg, Leistung oder Versagen dagegen – soweit ersichtlich – in keinem Fall.⁷²

Gleichwohl kann damit auch die Frage der Wiederbenennung durchaus eine Dimension der Verantwortlichkeit(-ssicherung) verkörpern, denn die Regierungen der Mitgliedstaaten haben mit dem Benennungsrecht die Möglichkeit, auf echte (aber auch vermeintliche) Fehlentwicklungen in der Amtsführung zu reagieren. Zugleich erscheint dieser Umstand aus der Warte des supranationalen Prinzips nicht unproblematisch, denn die Mitgliedstaaten bzw. aufgrund der antizipierten Zustimmung der anderen Mitgliedstaaten auch nur ein einzelner Mitgliedstaat kann so erheblichen Einfluss auf den EuGH ausüben. Tatsächlich sind aber bislang – soweit ersichtlich – Wiederbenennungen aus Gründen der Verantwortlichkeit noch in keinem Fall versagt worden.⁷³

III. Weitere Formen

Weitere Formen der Verantwortlichkeit des EuGH im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten sind im Unionsrecht zunächst nicht ausdrücklich angelegt und müssen auch vor dem Hintergrund der Autonomie des Unionsrechts und der unionsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (dazu § 6 E. VII., § 11 C.) als problematisch gelten. Freilich sind hier weitere Dimensionen, wie etwa eine Verantwortlichkeit gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten im Vorabentscheidungsverfahren und damit zu wechselseitiger judizieller

71 J. H. H. Weiler, Epilogue: Judging the Judges – Apology and Critique, in: M. Adams/H. de Waele/J. Meeusen/G. Straetmans (Hrsg.), *Judging Europe's Judges – The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013, S. 235 ff. (251 f.).

72 Eingehend zur deutschen Praxis s. etwa A. Thiele, *Europäisches Prozessrecht*, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 39 ff.

73 Freilich ist es aufgrund der sehr unterschiedlichen Nominierungsverfahren in den Mitgliedstaaten nahezu unmöglich, die wahren Hintergründe einer Nominierung bzw. Nichtnominierung aufzudecken, s. zu den unterschiedlichen Verfahren in den Mitgliedstaaten M. Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, 2015.

Loyalität (dazu unten G.) ebenso von Bedeutung wie etwa die Verantwortlichkeit gegenüber den Medien und der Öffentlichkeit in den Mitgliedstaaten (dazu unten E.). Hier kann man aber weniger von Verantwortlichkeiten gegenüber den Mitgliedstaaten die Rede sein als von (wechselseitigen) Verantwortlichkeiten im europäischen Rechtsprechungsverbund (dazu unten H.).

D. Verantwortlichkeiten gegenüber dem Europäischen Parlament

Die Verantwortlichkeiten des EuGH bzw. seiner Richter im Verhältnis zum Europäischen Parlament⁷⁴ bestehen zunächst im Rahmen des *ex ante*-Verantwortlichkeitskonzepts der Ernennung von Richtern des EuGH, an der das Europäische Parlament inzwischen zumindest rudimentär beteiligt ist (dazu I.). Hinzu kommt die Bindung der EuGH-Richter an das demokratische Gesetz und damit an das »Unionsparlamentsrecht« (dazu II.). In diesem Kontext stellen sich freilich viele komplexe Fragen, so etwa die nach der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch den EuGH.

I. Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments bei der Richterbestellung

Während die Ernennung der Richter des EuGH durch die Mitgliedstaaten erfolgt, ist in Art. 255 AEUV niedergelegt, dass zumindest ein Mitglied des Ausschusses gem. Art. 255 AEUV vom Europäischen Parlament vorgeschlagen werden muss. Das Parlament hat von diesem Vorschlagsrecht in der Vergangenheit regelmäßig Gebrauch gemacht.⁷⁵ Dies ändert aber nicht viel an der Tatsache, dass die Kompetenzen des Parlaments im Kontext der Ernennung der EuGH-Richter nach wie vor wenig legitimationsstiftend ausgestaltet sind. Vorschläge, seine Rolle aufzuwerten, gab es in der Vergangenheit zwar immer wieder, bislang konnten sich aber die Mitgliedstaaten nicht zu einem solchen Schritt durchringen.

Dies ist eigentlich erstaunlich, denn die personelle Besetzung anderer Unionsorgane liegt stärker in den Händen der Unionsorgane. So entscheidet der Rat über die Bestellung der Mitglieder des Rechnungshofes (Art. 286 Abs. 2

74 C. Pennera, Le Court de justice et le parlement Européen, in: Court of Justice of the European Union (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, 2013, S. 121 ff.; K. Lenaerts, The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice, in: M. Adams/H. de Waele/J. Meeusen/G. Straetmans (Hrsg.), *Judging Europe's Judges – The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013, S. 13 ff. (17 ff.).

75 S. dazu B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 255 AEUV, Rn. 4.

AEUV) und der Mitglieder des Direktoriums der Europäischen Zentralbank (Art. 283 Abs. 2 AEUV). Die jeweiligen Beschlüsse sind dann zumindest potenziell als Rechtsakte gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV angreifbar, was bei einer Entscheidung der Mitgliedstaaten gerade nicht der Fall ist. Insoweit wirft der Modus der Richterbestellung auf der Ebene der EU zahlreiche Fragen auf. Immerhin darf man die mit dem Lissabonner Vertrag verbundenen Neuerungen als einen ersten, wenn auch recht vorsichtigen, Schritt in Richtung stärkerer Beteiligung des Europäischen Parlaments bei der Bestellung der Richter des EuGH werten. Solange die Stellungnahmen des 255er-Ausschusses nicht verbindlich sind und die einzelnen Mitglieder keine Veto-Rechte haben, ist der Einfluss des EP nicht sonderlich hoch.

II. Bindung an das Unions(-parlaments)recht

Gem. Art. 19 EUV kommt dem EuGH die Aufgabe zu, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Bei der Erfüllung dieser Aufgabe ist der EuGH seinerseits an das primäre bzw. sekundäre Unionsrecht gebunden. Dies folgt zum einen aus dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung, das auch die Kompetenzen des EuGH bestimmt, zum anderen aber auch aus der rechtsstaatlichen Verfasstheit der EU.⁷⁶ Die Rechtsbindung des EuGH wird auch in den unterschiedlichen Verfahren deutlich, etwa wenn im Rahmen der Nichtigkeitsklage das primäre Unionsrecht als Prüfungsmaßstab dient (vgl. Art. 263 AEUV).

Der EuGH ist zunächst auch an das sekundäre EU-Recht gebunden, wenngleich ihm insbesondere im Verfahren der Nichtigkeitsklage die Kompetenz zukommt, sekundäres Unionsrecht aufzuheben (»Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte« vgl. Art. 263 AEUV).⁷⁷ Er erfüllt hier also die Funktion eines Verfassungsgerichts.⁷⁸ Der Prüfungsmaßstab ist hierbei im Wesentlichen das primäre Unionsrecht (»Verletzung der Verträge«). Dagegen obliegt es dem EuGH nicht, das primäre Unionsrecht auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Soweit das sekundäre Unionsrecht mit dem primären Unionsrecht in Einklang steht, ist der EuGH damit an dieses und das Primärrecht gebunden. Diese Bindung an Unionsrecht dient nicht zuletzt der demokratischen Legitimation der EU-Richter. Neben der Rechtsbindung verkörpern

⁷⁶ Dazu etwa C. Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: P. Behrens/T. Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Europarechts*, 2012, S. 1 ff.; B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 18 ff.

⁷⁷ Dazu J. von Achenbach, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*, 2014, S. 37 ff.

⁷⁸ Dazu ausführlich L. Bauer, *Der EuGH als Verfassungsgericht?*, 2008.

zudem die besonderen gerichtlichen Verfahren wichtige Legitimationsbausteine für den EuGH.⁷⁹

Rege diskutiert wird allerdings über die Grenzen dieser Rechtsbindung bzw. die Befugnis des EuGH, in seinen Urteilen das EU-Recht fortzubilden.⁸⁰ Diese Frage wird nicht nur auf der Ebene der EU, sondern auch von nationalen Höchstgerichten wie z. B. dem BVerfG häufig thematisiert.⁸¹ Dies hängt damit zusammen, dass die richterliche Rechtsfortbildung auf der Ebene der EU nicht nur im Verhältnis zum Europäischen Parlament problematisch ist, sondern auch im Lichte des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung unionsrechtliche Grenzen kennt, die letztlich aus der Stellung der Mitgliedstaaten als »Herren der Verträge« herrühren.

Eine weitere wichtige Frage in diesem Kontext ist schließlich, wie eine Legitimation des EuGH durch Rechtsbindung bei Rechtsakten funktionieren soll, die ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen wurden, die also selbst eine prekäre Legitimationsbasis besitzen. Zwar betrachten die europäischen Verträge das Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat ausdrücklich als Gesetzgeber der EU (Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV), wobei im Regelfall der ordentlichen Gesetzgebung das Parlament auch gleichberechtigt mit dem Rat ist. Gleichwohl gibt es nach wie vor wichtige Bereiche des Unionsrechts, in denen seine Beteiligung gar nicht oder lediglich in Form der Anhörung vorgesehen ist (vgl. etwa Art. 106 Abs. 3 AEUV).

Hier wird die Legitimation des EuGH letztlich nur über die jeweiligen Verfahren zu vermitteln sein, denen so zusammen mit weiteren Formen der Verantwortlichkeiten eine zentrale Rolle zukommt. Mag das Problem auch in der Praxis zurückgedrängt werden, weil das ordentliche Gesetzgebungsverfahren heute die Verträge dominiert, so bleibt doch die Beobachtung von Interesse, dass es Situationen gibt, in denen es entscheidend auf *accountability*-Strukturen ankommt, damit überhaupt von Legitimation gesprochen werden kann.

⁷⁹ C. Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 101.

⁸⁰ Eingehend dazu J. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995; K. Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009; für die Ebene des deutschen Rechts etwa die Beiträge in C. Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012.

⁸¹ Eingehend dazu bereits BVerfG v. 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223 – Kloppenburg; ausführlich zur Entwicklung G. Nicolaysen, in: A. Hatje/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäische Integration und Grundgesetz, EuR-Beiheft 1/2010, S. 9 ff.

E. Medien- und Öffentlichkeitsverantwortlichkeit des EuGH

Wie auf der Ebene der Mitgliedstaaten (vgl. etwa in Deutschland §§ 137, 169 GVG, § 17 BVerfGG),⁸² so besteht für die Dritte Gewalt auch auf der Ebene der EU eine Medien- und Öffentlichkeitsverantwortlichkeit, die umso bedeutender erscheinen muss, als dass die Urteile des EuGH ein immer größeres Echo in den Medien und damit auch in der Öffentlichkeit nach sich ziehen.⁸³ Erinnert sei in diesem Zusammenhang etwa an die Diskussionen rund um das *Mangold*-Urteil des EuGH,⁸⁴ das ein breites und mitunter sehr kritisches mediales (und wissenschaftliches) Echo erfahren hat.⁸⁵

Die Öffentlichkeit spielt hierbei nicht nur aus der Perspektive der Rechtsstaatlichkeit⁸⁶ und der allgemeinen Transparenzverpflichtung (Art. 1 EUV, Art. 10 Abs. 2 AEUV)⁸⁷ der EU eine Rolle, sondern ist auch grundrechtlich abgesichert. Entsprechend sieht Art. 47 GRC vor, dass jede Person das Recht darauf hat, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.⁸⁸ Art. 47 GRC entfaltet insbesondere auch gegenüber dem EuGH eine Bindungswirkung (Art. 51 Abs. 1 GRC), sodass die Öffentlichkeitsverantwortung des EuGH nicht nur eine objektive Forderung der unionsrechtlichen *rule of law* ist, sondern wie bereits angedeutet ein unionsrechtlich garantiertes Grundrecht.⁸⁹

Die Satzung des EuGH sieht dementsprechend vor, dass die Verhandlungen des EuGH grundsätzlich öffentlich sind (Art. 31 Satzung EuGH), was auch für die Verkündung der Urteile gilt (Art. 37 Satzung EuGH).⁹⁰ Demnächst soll auch die Möglichkeit bestehen, die Schriftsätze der Beteiligten auf

82 Dazu etwa für das deutsche Recht *T. Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006; *C. von Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005; *J. Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, 2004, S. 269 ff.

83 Allgemein zum Verhältnis des EuGH zur »Öffentlichkeit« s. etwa *J. Kalbheim*, Über Reden und Überdenken, 2016, S. 137 ff.; dazu auch *H. Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 146 f., der darauf hinweist, dass die stetige Fortentwicklung des europäischen Rechts eher arkan erfolgt.

84 EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981 – *Mangold*.

85 S. etwa *R. Herzog/F. Boltkestein/L. Gerken*, Die EU schadet der Europa-Idee, FAZ v. 15.01.2010 zum *Mangold*-Urteil des EuGH.

86 *S. A. Eser/M. Kubiciel*, in: *J. Meyer/S. Hölscheidt* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47, Rn. 35.

87 *T. Schilling*, Transparenz und der Gerichtshof der EG, ZEuS 1999, S. 75 ff.

88 Eingehend dazu etwa *H. D. Jarass*, CRCh Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 47, Rn. 39 f.

89 *S. Lemke*, in: *H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 47 GRC, Rn. 2.

90 Dazu eingehend *D. Dittert*, in: *H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 31 EuGH-Satzung, Rn. 2 (zur Publikumsöffentlichkeit) und Rn. 3 (zur Medien- und Informationsfreiheit); eingehend auch *T. Schilling*, Transparenz und der Gerichtshof der EG, ZEuS 1999, S. 75 ff.

der Website des EuGH zu veröffentlichen (Art. 23 Satzung EuGH n.F.). Zudem wird über jede Klage eine Mitteilung im Amtsblatt der EU veröffentlicht, und der Kanzler des EuGH hat für die Veröffentlichung in einer Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu sorgen.⁹¹ Ähnliches gilt auch für das Gericht (vgl. Art 35 Abs. 3 VerfO EuG).

Freilich ist diese »Öffentlichkeitsverantwortung« des EuGH nicht unproblematisch. Denn soweit eine solche Verantwortlichkeit besteht, fragt sich, wer die »europäische Öffentlichkeit« ist bzw. was sie ausmacht. Es liegt auf der Hand, dass die Vorstellungen in den Mitgliedstaaten über die »Öffentlichkeitsverantwortung« der Dritten Gewalt sehr unterschiedlich sind. Insofern ist die unionale Ebene gefordert, ein eigenes Konzept zu entwickeln, das aber jenseits der Veröffentlichung der Urteile und öffentlichen Sitzungen noch nicht ausgereift zu sein scheint. Hier bleibt abzuwarten, ob jenseits der Skandalisierung einzelner Urteile in den mitgliedstaatlichen Medien auch die Qualität der Urteile etc. eine Rolle spielen kann bzw. sollte.

F. Weitere Verantwortlichkeitsformen

Betrachtet man eine Haftung der unionalen Dritten Gewalt nur als eine von mehreren Kontrollformen, so ist in einem weiteren Schritt auch für die Ebene der Union nach der konkreten Ausgestaltung weiterer Kontrollformen zu fragen. Vor dem Hintergrund der umfassenden Immunität der Unionsrichter ist aber von vornherein eine andere Anlage dieser weiteren Kontrollmöglichkeiten vorprogrammiert; das Konzept der Kontrolle der Dritten Gewalt auf der Ebene des Unionsrechts muss sich insofern grundlegend von Kontrollkonzepten auf der staatlichen Ebene unterscheiden, denn eine umfassende Immunitätsregelung ist ihm im Allgemeinen fremd.⁹² Vor diesem Hintergrund setzten die unionalen Kontrollkonzepte für die Dritte Gewalt entweder schon bei den Qualifikationen der Unionsrichter bzw. bei dem Verfahren ihrer Ernennung an. Als *ultima ratio* kennt Art. 6 der EuGH-Satzung auch die Möglichkeit, die Unionsrichter ihres Amtes zu entheben, also eine Form der *ex post*-Kontrolle, die aber als absolute Ausnahme konzipiert und praktisch in der Geschichte der Union noch nie zur Anwendung gelangt ist.

91 35 Abs. 3 VerfO EuG: »Der Kanzler verwahrt die Siegel und ist für das Archiv verantwortlich. Er sorgt für die Veröffentlichungen des Gerichts, insbesondere der Sammlung der Rechtsprechung, und die Verbreitung der das Gericht betreffenden Dokumente über das Internet«; zur Veröffentlichung im Amtsblatt Nr. C s. M. Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 141.

92 S. dazu § 9 B. II. 4. b).

I. Qualifikationserfordernisse

Gem. Art. 253 S. 1 AEUV sind zu Richtern und Generalanwälten des Gerichtshofs Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind. Hiermit kennt das Unionsrecht letztlich zwei Anknüpfungspunkte hinsichtlich der Qualifikation von »Bewerbern« für das Amt des Richters bzw. Generalanwalts auf Unionsebene. Zum einen muss der betreffende Kandidat die notwendige Unabhängigkeit besitzen, die für ein Richteramt erforderlich ist. In der Vergangenheit dürfte sich dieses Kriterium insbesondere bei der Frage ausgewirkt haben, ob ranghohe Politiker aus den Mitgliedstaaten Richter des EuGH werden (sollten). Diesbezügliche Konflikte sind aber soweit nicht ersichtlich, so dass das Kriterium offenbar eine steuernde Wirkung auf die Vorschläge der Mitgliedstaaten hat. Die Frage, über welche Qualifikationserfordernisse ein Richter bzw. Generalanwalt der Unionsgerichtsbarkeit verfügen muss, lässt sich dagegen nur schlecht abstrakt beantworten.

II. Das neue Verfahren der Richterernennung

Der Lissabonner Vertrag hat ein neues Verfahren für die Ernennung der Richter der Unionsgerichte mit sich gebracht, das inzwischen als etabliert angesehen werden darf.⁹³ Gem. Art. 253 S. 1 2. Hs. AEUV werden die Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs der Europäischen Union von den Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen nach Anhörung des in Art. 255 AEUV vorgesehenen Ausschusses auf sechs Jahre ernannt. Dieser Ausschuss ist eine Neuerung, die auch schon im projektierten Verfassungsvertrag enthalten war (Art. III-357 EVV).⁹⁴ Der Ausschuss hat gem. Art. 255 S. 1 AEUV die Aufgabe, *vor* der Ernennung eines Richters oder Generalanwalts eine Stellungnahme über die Eignung der fraglichen Bewerber abzugeben; die Formulierung »Anhörung« ist insofern etwas missverständlich, denn im Zentrum der Aufgaben des Ausschusses steht die Erarbei-

93 Dazu etwa J. Gündel, Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftlichen Rechtsstaatsprinzip, in: EuR-Beiheft 3/2008, S. 23 ff.; B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 255 AEUV, Rn. 1 ff.

94 Vgl. dazu etwa E. Pache, in: C. Vedder/W. H. von Heinegg (Hrsg.), EVV, 2007, Art. III-357, Rn. 1-6.

tung einer schriftlichen Stellungnahme.⁹⁵ Der Ausschuss setzt sich hierbei aus sieben »Persönlichkeiten« zusammen, die entweder 1. aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, 2. Mitglieder der höchsten einzelstaatlichen Gerichte oder 3. Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind. Gem. Art. 255 UAbs. 2 AEUV wird hierbei eine der sieben »Persönlichkeiten« vom Europäischen Parlament vorgeschlagen. Zudem sieht Art. 255 Abs. 2 AEUV vor, dass der Rat sowohl einen Beschluss zur Festlegung der Vorschriften über die Arbeitsweise des Ausschusses⁹⁶ erlässt als auch jeweils einen Beschluss zur Ernennung seiner Mitglieder.⁹⁷ Für letzteren enthält das Primärrecht, wie bereits dargelegt, nur zwei Vorgaben: Zum einen wird man den Kreis, aus dem die Mitglieder des Ausschusses zu wählen sind, nicht zu eng ziehen dürfen, zum anderen darf das Vorschlagsrecht des Europäischen Parlaments nicht ausgehebelt werden.

Die Bedeutung des Art. 255er-Ausschusses hängt maßgeblich davon ab, ob seine Stellungnahme Verbindlichkeit erlangt oder sie lediglich beratenden Charakter hat. Zumindest auf der Grundlage des primären Unionsrechts lässt sich diese Frage aber nicht ganz eindeutig beantworten. Art. 255 AEUV geht nur davon aus, dass der Ausschuss eine Stellungnahme abzugeben hat, die Vorschrift sagt aber nichts darüber aus, welche Rechtswirkung diese Stellungnahme haben soll. Auf der Grundlage der Entstehungsgeschichte der Norm wird überwiegend davon ausgegangen, dass der Stellungnahme gerade *keine* Bindungswirkung zukommt.⁹⁸ Dies würde das Vorschlags- und Ernennungsrecht der Mitgliedstaaten zu stark einschränken.⁹⁹ De lege lata ist die Stellungnahme damit kaum als rechtsverbindlich anzusehen.

Allerdings ist es problematisch, dass der Rat die Stellungnahme des Ausschusses bislang theoretisch ignorieren könnte, zumal es sich um ein plural besetztes Gremium handelt. Besonderes Gewicht kommt ihm auch durch das Vorschlagsrecht des Europäischen Parlaments für zumindest ein Mitglied zu. Hiermit wurde zumindest in Ansätzen einer alten Forderung des

95 Dass die Stellungnahme des Ausschusses schriftlich erfolgt, ergibt sich insbesondere aus den vom Rat festgelegten Vorschriften für die Arbeitsweise, vgl. Beschluss 2010/124/EU v. 25.10.2010, ABL 2010 Nr. L 50/18.

96 Beschluss des Rates 2010/124/EU v. 25.02.2010, ABL EU 2010 Nr. L 50/18.

97 Erstmals Beschluss des Rates 2010/125/EU v. 25.02.2010, ABL EU 2010 Nr. L 50/20.

98 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), I/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 255 AEUV, Rn. 7; so wohl auch R. Barents, The Court of Justice after the Treaty of Lisbon, CMLRev. 47 (2010), S. 709 ff. (713).

99 U. Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Der Lissabonner Reformvertrag, EuR-Beiheft 1/2009, S. 71 ff. (83); A. Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (Kein) Schritt nach vorn?, EuR 2010, S. 30 ff. (33); s. auch J.-M. Sauvé, Le rôle du comité 255 dans la sélection de judges de l'Union, in: Court of Justice of the European Union (Hrsg.), The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law, 2013, S. 91 ff.

Europäischen Parlaments entsprochen, ihm mehr Einfluss auf das Richterstellungsverfahren zuzubilligen und so auch die demokratische Legitimation der Unionsrichter zu stärken.¹⁰⁰

Entsprechend ist es misslich, dass den Stellungnahmen des Ausschusses bislang keine Rechtsverbindlichkeit zukommt. Erblickt man die Funktion des Ausschusses darin, ein »effektives Instrument zur Bekämpfung sachfremder Entscheidungskriterien« zu schaffen, so sollte die Verbindlichkeit der Stellungnahme – jenseits ihrer schon heute feststellbaren hohen faktischen und politischen Bedeutung – im Primärrecht verankert werden.¹⁰¹

Die Frage der Rechtsverbindlichkeit der Stellungnahme des Ausschusses ist so ein gutes Beispiel dafür, wie schwer es auf der Ebene der Union mitunter fällt, Modifikationen von Verantwortlichkeitsstrukturen herbeizuführen. Hier kollidieren Vorstellungen über eine stärkere demokratische Legitimation des Unionshandelns mit der Furcht der Mitgliedstaaten, ihren Einfluss auf unionale Willensbildungsprozesse bzw. konkrete Personalentscheidungen zu verlieren. Dass das Auswahlverfahren für die Richter und Generalanwälte bereits innerstaatlich sehr intransparent ist,¹⁰² perpetuiert sich so auf der europäischen Ebene.

In der Praxis zeigen die Berichte über die Tätigkeiten des Art. 255er-Ausschusses, dass der Ausschuss seiner Arbeit überaus genau und gut dokumentiert nachgeht.¹⁰³ Seine Stellungnahmen haben bislang großes Gewicht, auch wenn es hier mehr um »Einlasskontrollen« geht, weniger aber um die Kontrolle des laufenden Gerichtsbetriebs, auch wenn für die Verlängerung der Amtszeiten der Richter die Zustimmung des Ausschusses notwendig ist.

Kritisch wird zu Recht die mangelnde Transparenz bei diesen »Einlasskontrollen« gesehen¹⁰⁴, denn die Stellungnahmen des Ausschusses werden nicht veröffentlicht, sondern nur in den Tätigkeitsberichten zusammengefasst. Zwar gilt es hier datenschutzrechtliche Aspekte ebenso im Auge zu behalten wie das Recht auf Privatsphäre der Kandidaten, gleichwohl müssen auch die informatorischen Rechte der Öffentlichkeit (Art. 42 GRC, Art. 15

100 R. Barents, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, CMLRev. 47 (2010), S. 709 ff. (712 f.).

101 Anders noch E. Pache, in: C. Vedder/W. H. von Heinegg (Hrsg.), EVV, 2007, Art. III-357, Rn. 4; s. auch J. P. Terhechte, *Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungskunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?*, EuR 2008, 143 ff. (165) noch mit einer Tendenz, der Stellungnahme eine Rechtsverbindlichkeit zuzubilligen.

102 Dazu etwa S.-F. Balders/E. Hansalek, *Die demokratische Legitimation deutscher Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs: Überlegungen zu einer Reform des Auswahlverfahrens*, ZRP 2006, S. 54 ff.

103 S. Seventh Activity Report of the Panel provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union v. 25.02.2022.

104 Dazu eingehend B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 255 AEUV, Rn. 6.

Abs. 3 EUV i. V. m. der Informationszugangs-Verordnung¹⁰⁵) im Blick behalten werden. Schon in seinem vierten Tätigkeitsbericht aus dem Jahre 2017 hat sich der Ausschuss ausführlich mit dieser Problematik auseinandergesetzt, ohne freilich, dass an der Grundhaltung eine Änderung festzustellen ist. Vielmehr ist der Ausschuss in dem Bericht auf der Grundlage des EuGH-Urteils in der Rs. *Bavarian Lager* der Auffassung,¹⁰⁶ dass seine Stellungnahmen an die Mitgliedstaaten ergehen und im Interesse der Privatsphäre der Kandidaten eine Veröffentlichung allgemein nicht in Betracht kommt. Im Kern geht es dem Ausschuss hier aber auch um die Sicherung des eigenen Verfahrens, das durch eine Veröffentlichung aller Dokumente nicht mehr effektiv durchgeführt werden könnte. Dass allerdings dieses Verfahren, an dem das Europäische Parlament nur marginal beteiligt ist und das bislang wenig öffentliche Diskussionen nach sich gezogen hat, durch eine – nachträgliche – Veröffentlichung der Stellungnahmen unterminiert werden könnte, ist nicht recht einsichtig.

III. Gesetzlicher Richter und Geschäftsverteilung

Im Gegensatz zum deutschen Recht (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 16 GVG) kennt das Unionsrecht das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht ausdrücklich.¹⁰⁷ Entsprechend wird auch die Geschäftsverteilung beim EuGH, die zunächst dem Kanzler obliegt, recht flexibel gehandhabt.¹⁰⁸ Im Wesentlichen ist es Sache des EuGH, wie die eingehenden Rechtssachen verteilt werden, eine im Voraus festgelegte Geschäftsverteilung gibt es nicht. Vielmehr bestimmt der Präsident des EuGH (Art. 15 VerFO EuGH) zunächst einen Berichterstatter (Art. 9 § 2, Art. 44 § 1 VerFO EuGH), der einen Bericht vorbereitet und auf dessen Grundlage das Plenum über die endgültige Zuweisung an einen Spruchkörper (zumeist an eine Kammer) entscheidet (Art. 44 § § 2, 3 VerFO EuGH).¹⁰⁹

105 VO (EG) Nr. 1049/2001 v. 30.05.2021 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 30.05.2001 über den Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission, ABl. (EG) Nr. L 145/43.

106 EuGH v. 29.06.2010, Rs. C-28/08 P, ECLI:EU:C:2010:378 – Kommission/Bavarian Lager.

107 B. Wägenbaur, Verfahrensrecht der Unionsgerichtsbarkeit, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 7, Rn. 36.

108 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 249; A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 20; s. auch A. Arnulf, The European Union and its Court of Justice, 2. Aufl. 2006, S. 28.

109 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 250; A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 20.

Zum Teil wird dies im Lichte von Art. 6 EMRK, Art. 47 GRC kritisch gesehen.¹¹⁰ Zu beachten ist aber, dass das Recht auf den gesetzlichen Richter eine »Ausprägung eines spezifisch deutschen Rechtsstaatsverständnisses« verkörpert,¹¹¹ das anderen Rechtsordnungen in der EU fremd ist.¹¹² Gleichwohl liegt auch auf der Hand, dass, soweit das Recht auf den gesetzlichen Richter klare Entscheidungszuständigkeiten sichern soll,¹¹³ es für ein Verantwortlichkeitskonzept von zentraler Bedeutung sein kann. Zudem sichert Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zumindest in Deutschland auch die Befolgung der Vorlageverpflichtung ab und weist so einen spezifischen Bezug zum Unionsrecht auf. Hier liegt also die interessante Situation vor, dass das nationale Verfassungsrecht Zuständigkeiten in gewisser Weise zumindest theoretisch »scharf stellt«,¹¹⁴ während das Unionsrecht bezogen auf die unionseigene Gerichtsbarkeit ein recht hohes Maß an Flexibilität erkennen lässt.

IV. Dienstaufsicht

Eine Dienstaufsicht über die Richter des EuGH gibt es nur in rudimentärer Form.¹¹⁵ Jenseits der Amtsenthebung durch das Plenum des EuGH kennt weder das unionale Primärrecht noch die Satzung des EuGH Instrumente der Dienstaufsicht, wie sie etwa im DRiG (§ 26 usw.) niedergelegt sind. Deshalb sind maximal informelle Mechanismen denkbar.¹¹⁶ Und auch im Verhältnis zwischen Gericht und EuGH übernimmt der EuGH keine Dienstaufsicht o. Ä. Hier wird man sich fragen müssen, ob das Fehlen einer Dienstaufsicht bei einer Institution, die in den letzten Jahren durch ein starkes Wachstum geprägt wurde, zeitgemäß ist. Bedenkt man, dass der EuGH und das Gericht heute zusammen mit 81 Richter besetzt sind (EuG 54 Richter, EuGH 27 Richter), so ist nur schwer vorstellbar, dass dauerhaft ohne Instrumente der Dienstaufsicht bzw. Disziplinarmaßnahmen gearbeitet werden kann.

110 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 251 AEUV, Rn. 5 f.; P. M. Huber, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 251 AEUV, Rn. 10.

111 So C. D. Classen, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG-Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 101, Rn. 2.

112 Dazu A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 21 am Beispiel des französischen Ansatzes in dieser Frage.

113 Ebenda.

114 Eine andere Frage ist freilich, welche praktischen Folgen zu beobachten sind, denn die Verletzung der Vorlagepflicht und damit ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird vermutlich ebenso gern wie erfolglos gerügt.

115 Dazu nur F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 250; früh zur Rechtsstellung der EuGH-Richter H.-U. Bächle, Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1961, M. Ottaviano, Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht, 2009, S. 239.

116 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 250.

V. Amtsenthebung gem. Art. 6 EuGH-Satzung

Ähnlich wie Art. 247 AEUV die Möglichkeit kennt, Mitglieder der EU-Kommission des Amtes zu entheben,¹¹⁷ wurde auch in Art. 6 der Satzung des EuGH eine entsprechende Möglichkeit vorgesehen. Hiernach kann ein Richter des EuGH seines Amtes enthoben oder seiner Ruhegehaltsansprüche oder anderer an ihrer Stelle gewährter Vergünstigungen verlustig erklärt werden, wenn er nach einstimmigem Urteil der Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs nicht mehr die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt oder den sich aus dem Amt ergebenden Verpflichtungen nicht mehr nachkommt.

Die prozedurale Ausgestaltung dieses Amtsenthebungsverfahrens trägt zwar der richterlichen Unabhängigkeit Rechnung, dürfte aber schon aufgrund seiner Konstruktion ein auf absolute Ausnahmefälle beschränktes Instrument der *ex post*-Verantwortlichkeit verkörpern. Entsprechend ist Art. 6 EuGH-Satzung bis heute noch in keinem Fall angewendet worden.¹¹⁸

Interessant sind bei diesem Instrument neben den prozeduralen Aspekten die materiell-rechtlichen Kriterien. Zum einen geht es um die »erforderlichen Voraussetzungen«, die in der Person des Richters während seiner Amtszeit weiter vorliegen müssen, und zum anderen um die Verweigerung der Amtsführung durch den Richter. Die Enthebung ist so in erster Linie der verlängerte Arm der Qualifikationsanforderungen gem. Art. 253 AEUV und soll sicherstellen, dass die Richter und Generalanwälte nicht nur bei der Bestellung in ihr Amt, sondern auch während ihrer Amtstätigkeit die Gewähr für ihre Unabhängigkeit bieten.

Dass die Verweigerung der Amtstätigkeit zum Verlust des Amtes führen kann, ist dann in einem weiteren Schritt konsequent. Dass aber die Verweigerung der Amtstätigkeit haftungsbegründend wirken kann, wie es etwa im deutschen Recht der Fall ist (§ 839 Abs. 2 S. 2 BGB), dürfte aufgrund der Immunität der Richter und Generalanwälte ausgeschlossen sein. Hier offenbart sich die Wirkung von (mehr oder weniger) absoluten Immunitätsgarantien.

VI. Verantwortlichkeit durch *Peer-Pressure*? – Zur Rolle der Rechtswissenschaft

Schließlich sei noch auf die Rolle der europäischen Rechtswissenschaft hingewiesen, die insbesondere bei der kritischen Auseinandersetzung mit der

117 W. van Gerven, Ethical and political responsibility of EU Commissioners, CMLRev. 37 (2000), S. 1 ff.

118 S. Hackspiel, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 6 EuGH-Satzung, Rn. 1.

Rechtsprechung des EuGH, aber auch bei der Vorbereitung von rechtlichen Innovationen mitunter eine wichtige Rolle zu spielen vermag. Sie kann so eine Art Doppelrolle spielen: Sie ist Element der Verantwortlichkeitssicherung, indem sie die Rechtsprechung auf Konsistenz überprüft, und sie kann Vorschläge machen, wie das Unionsrecht und ggf. die Verantwortlichkeitsstrukturen weiterentwickelt werden können.

1. Weiterentwicklung des Unionsrechts

Obwohl die kritische Auseinandersetzung mit der EuGH-Rechtsprechung in den letzten Jahren eine Reihe von Untersuchungen inspiriert hat,¹¹⁹ steht bislang die konstruktive und innovative Rolle rechtswissenschaftlicher Forschung im Vordergrund. Die Rechtswissenschaft hat immer wieder wichtige Impulse gegeben, wie die Strukturen der Union weiterentwickelt werden können, auch wenn diese Entwicklungen nicht immer frei von Übertreibungen ist. So wird etwa gemutmaßt, dass der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts von *Hans Peter Ipsen* in seinem sog. »Bensheimer Referat« vorgeformt wurde,¹²⁰ das dem EuGH dann angeblich als Folie für das *Costa/ENEL-Urteil*¹²¹ diene.¹²² Dies kann aber schon aufgrund der zeitlichen Abläufe damals nicht ganz stimmen.¹²³ Unbestritten ist aber, dass Europarechtswissenschaft und EuGH in der Formationsphase der EG enge Kontakte pflegten, was angesichts der überschaubaren Größe der EG auch leichter möglich war.

Ob und wie viel Einfluss die Rechtswissenschaft heute auf den EuGH ausüben kann, ist dagegen nur schwer zu bestimmen. Dies hängt u. a. auch damit zusammen, dass sich der EuGH in seinen Urteilen nicht ausdrücklich mit der wissenschaftlichen Literatur auseinandersetzt und sie nicht zitiert.¹²⁴ Zu Recht wird aber häufig darauf hingewiesen, dass im Kontext des Uni-

119 M. Adams/H. de Waele/J. Meeusen/G. Straetmans (Hrsg.), *Judging Europe's Judges – The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013; zuvor schon eingehend etwa A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2. Aufl. 2006, S. 639 ff.

120 H. P. Ipsen, *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht*, ZHR Beiheft 29 (1965), S. 1 ff.

121 EuGH v. 15.07.1964, Rs. 6-64, ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 01141 – *Costa/E.N.E.L.*

122 So die Behauptung von G. Nicolaysen, *Lebensbild Hans Peter Ipsen*, in: FB Rechtswissenschaft der Universität Hamburg (Hrsg.), *Hans Peter Ipsen 1907–1998*, 2001, S. 33 ff. (45); anders dagegen U. Everling, *Der Beitrag des deutschen Rechts zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, in: G. Nicolaysen/H. Quaritsch (Hrsg.), *Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen zur Feier des 80. Geburtstages*, 1988, S. 63 ff. (65).

123 J. P. Terhechte, *Kontinuität und Innovation in der frühen deutschen Europarechtswissenschaft*, JZ 2022, S. 1121 ff. (1129).

124 Dazu nur U. Everling, *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, EuR 1994, S. 127 ff.

onsrechts nicht so sehr die Frage, ob einzelne wissenschaftliche Arbeiten oder Ansätze die Gerichtspraxis beeinflussen, im Vordergrund stehen kann, sondern die Frage nach dem Einfluss bestimmter nationaler Rechtsschutz- und Verfahrenskonstruktionen sowie rechtskultureller Eigenheiten.¹²⁵

Dagegen setzen sich zumindest die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen regelmäßig und eingehend mit dem Stand der Europarechtswissenschaft auseinander, und zitieren – im Gegensatz zum EuGH – auch die jeweiligen wissenschaftlichen Abhandlungen. Freilich ist hier eine Aussage darüber, inwiefern die Rechtswissenschaft die Schlussanträge tatsächlich beeinflusst, ebenso schwer zu treffen wie auch der Einfluss der Schlussanträge auf die Urteile des EuGH letztlich nur schwer bestimmbar ist.

2. Verantwortlichkeitssicherung

Gleichzeitig zeigt aber der mitunter deutlich zu vernehmende Ruf nach »*peer-pressure*«, dass der Grad an Rezeption wissenschaftlicher Ansätze durch den EuGH allseits als zufriedenstellend empfunden wird. Überhaupt hat sich das Verhältnis zwischen EuGH und Rechtswissenschaft in den letzten Jahren auch aus der Warte der erforderlichen kritischen Begleitung seiner Urteile gewandelt. Bildete Kritik an Urteilen des EuGH über viele Jahre eher die Ausnahme,¹²⁶ so scheint insbesondere in den letzten Jahren die kritische Auseinandersetzung mit der EuGH-Rechtsprechung immer wichtiger zu werden.¹²⁷ Diese Entwicklung ist womöglich fast zwangsläufig: Das Gemeinschaftsrecht ist heute über 60 Jahre alt, und wissenschaftlich liegt der Fokus nicht mehr so sehr darauf, die Disziplin »Europarechtswissenschaft« abzustecken oder grundlegende Prinzipien zu entwickeln, sondern auch darauf, einen reibungslosen Vollzug des Unionsrechts zu begleiten und auf Sollbruchstellen hinzuweisen.

125 Eingehend dazu etwa U. Everling, ebenda.

126 S. aber – fast schon klassisch – B. Börner, Der rechtliche Nutzen logischer Fehler, oder: Die Richtlinien der EWGV, oder: Rechtsanwendung v. Rechtssetzung, in: FS Kegel, 1987, S. 57 ff.; deutlich kritisch etwa auch am Beispiel der Kompetenz des EuGH zur Fortbildung des Unionsrechts T. von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 142; s. auch F. Ossenbühl, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, DVBl. 1992, S. 993 ff. (994 f.).

127 U. Haltern/A. von Bergmann, Kritik am EuGH, 2012; M. Adams/H. de Waele/J. Meeusen/G. Straetmans (Hrsg.), Judging Europe's Judges – The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice, 2013.

G. Verhältnis EuGH und EGMR

Eine weitere wichtige Frage im Zusammenhang mit einer *judicial accountability* im Unionsrecht ist auch, welche Rolle der EGMR im Verhältnis zum EuGH spielen kann (dazu bereits §§ 6 F., 13 F.).¹²⁸ Zwar ist dieses Verhältnis auch schon in der Vergangenheit immer wieder diskutiert worden, mit dem nunmehr in Art. 6 Abs. 2 EUV ausdrücklich aufgegebenen Beitritt der EU zur EMRK haben sich aber auch hinsichtlich der Verantwortlichkeiten des EuGH die Vorzeichen der Debatte geändert. Die Folge eines Beitritts wäre, dass der EGMR im Verhältnis zum EuGH zwar keine weitere Instanz im eigentlichen Sinne darstellte, gleichwohl aber Luxemburg nicht mehr zwangsläufig das sprichwörtliche letzte Wort zukommen würde. Dies mag auch ein Grund dafür sein, dass der EuGH sehr hohe Hürden für diesen Beitritt formuliert hat (dazu § 6 F.), die offenbar kaum zu erfüllen sind. Jedenfalls gibt es momentan kaum Initiativen, den Beitritt noch einmal in Angriff zu nehmen.

Welche Rolle würde also der Beitritt der EU zur EMRK – so er denn jemals erfolgt – für ein unionales Konzept einer *judicial accountability* spielen? Angesichts des zu weiten Teilen ausgeloteten Verhältnisses zwischen dem EuGH und dem EGMR steht nicht zu erwarten, dass die EMRK zu völlig neuen Formen richterlicher Verantwortlichkeit führen würde, zumal sie im Bereich der sog. »Justizgrundrechte« keinen Schutz über die Standards des Unionsrechts (Art. 47 GRC) hinaus verspricht. Zwar kennt die EMRK mit ihren Art. 5 Abs. 4, Art. 6 und Art. 13 detaillierte Verbürgungen, die im gerichtlichen Verfahren zu beachten sind (dazu § 10 B.). Indes hat der EGMR schon in der Vergangenheit deutlich gemacht, dass seine Kontrolle nur in Ausnahmekonstellationen greifen kann. Zudem ist bei der Entwicklung des unionalen Grundrechte die Patenrolle der EMRK unverkennbar, was zu einer gewissen Homogenität der Standards geführt hat (vgl. aber Art. 53 GRC). Gänzlich ausschließen kann man aber eine Kontrollfunktion des EGMR in diesem Zusammenhang nicht, zumal es gerade der EGMR war, der in den Konventionsstaaten in vielen Fällen erst das Bewusstsein dafür geweckt hat, dass überlange (Gerichts-)Verfahren aus der Sicht der Menschenrechte erheb-

¹²⁸ Dazu P. Craig, EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance, Fordham Int'l L. J. 36 (2013), S. 1114 ff.; J. P. Terbechte, Kohärenz und Autonomie – Die Unionsgrundrechte nach dem Beitritt der EU zur EMRK, in: J. Iliopoulos-Strangas/V. Pereira da Silva/M. Potacs (Hrsg.), Die Grundrechte in Europa vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, Societas Iuris Publici Europaei, Bd. 8, 2013, S. 23 ff.

liche Probleme aufwerfen. Ein gewisses Potential schlummert also in diesem Beitritt, ob es gehoben wird, ist kaum abzusehen.

H. *Judicial accountability* der mitgliedstaatlichen Gerichte

Neben den *accountability*-Mechanismen, die der Verantwortlichkeit der EU-Judikative dienen, gibt es seit jeher auch Instrumente und Mechanismen, die die Einheitlichkeit, Effektivität und Verantwortlichkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte beim Vollzug des Unionsrechts sicherstellen sollen. In diesem Kontext spielt sich die häufig diskutierte Europäisierung des Verfahrens- und Prozessrechts¹²⁹ oder des Rechtsschutzes¹³⁰ ab. Und soweit man die EU in Anlehnung an *Eberhard Schmidt-Aßmann* auch als (dann judiziellen) Kontroll- und Verantwortlichkeitsverbund charakterisiert,¹³¹ muss es immer auch darum gehen, die Verantwortlichkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte im Rahmen des Vollzugs des Unionsrechts sicherzustellen. Dies geschieht im Wesentlichen durch das Vorabentscheidungsverfahren (II. 1.) und die Vorgaben des Unionsrechts für die Gerichtsorganisation auf der Ebene der Mitgliedstaaten (II. 2). Im Kontext dieser unionsrechtlichen Instrumente (III.) zur Sicherung der einheitlichen Anwendung des EU-Recht durch die mitgliedstaatlichen Gerichte wurde schließlich auch die Haftung der Mitgliedstaaten im Falle eines qualifizierten Verstoßes gegen unionsrechtliche Verpflichtungen entwickelt (III. 3.), was zeigt, dass die Sicherung der richterlichen Verantwortlichkeit – im Sinne eines effektiven und gleichmäßigen Vollzugs der unionsrechtlichen Vorgaben – ein zentrales Motiv einer Haftung der Dritten Gewalt auf der Ebene der EU verkörpert.

129 Dazu eingehend § 5 A., § 9 C.; s. auch *F. Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000; *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; *D. Ehlers*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1996; *J. Kokott*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335 ff.; *J. Schwarze*, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241 ff.; s. auch eingehend zu den Dimensionen der Europäisierung in den verschiedenen Rechtsgebieten *S. Leible/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021; grundlegend *A.-M. Slaughter/A. Stone Sweet/J. H. H. Weiler* (Hrsg.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, 1997.

130 Eingehender Überblick bei *O. Dörr*, Europäischer Verwaltungsschutz, in: *H. Sodan/J. Ziekow* (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018, Rn. 1 ff.

131 In Bezug auf den europäischen Verwaltungsverbund vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien für den europäischen Verwaltungsverbund, in: *W. Hoffmann-Riem/ders./A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 5, Rn. 16: »Die Verwaltung des Unionsraumes vollzieht sich in einem Informations-, Entscheidungs- und Kontrollverbund zwischen mitgliedstaatlichen und unionseigenen Exekutiven«.

I. Verantwortlichkeiten im dualistischen Rechtsschutzsystem der EU

Soweit es den mitgliedstaatlichen Gerichten im Rahmen des dualistischen Rechtsschutzsystems der EU¹³² obliegt, das Unionsrecht anzuwenden und auszulegen, fungieren sie – wie bereits erwähnt (§ 6) – als *Unionsgerichte im funktionalen Sinne*.¹³³ Es liegt daher auf der Hand, dass das Unionsrecht Instrumente herausgebildet hat, die entsprechend die Bindung des nationalen Richters an das Unionsrecht sicherstellen sollen. Dies dient einerseits der einheitlichen Anwendung und Auslegung des Unionsrechts und andererseits auch der Sicherung subjektiver Rechtspositionen des Einzelnen. Zwar gilt auch für die mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahren der Grundsatz der Autonomie, d. h. es ist in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten, wie die jeweiligen Verfahren ausgestaltet sind.¹³⁴ Indes findet diese Verfahrensautonomie ihre Grenze, soweit es um die Sicherung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, wie etwa des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit, oder die Sicherung der Unionsgrundrechte geht.¹³⁵

II. Sicherung der Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte

Der EuGH sichert im Wege verschiedener Verfahren die Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte. Dies gilt insbesondere für das Vorabentscheidungsverfahren (1.). In jüngerer Zeit formuliert er zudem immer deutlichere Vorgaben für die Organisation der mitgliedstaatlichen Justizsysteme (2.), womit die Voraussetzungen dafür garantiert werden, dass die mitglied-

132 Zu dieser Konzeption s. etwa *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 44 ff.; *A. Voßkuhle/J. Schemmel*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 6.

133 Dazu bereits § 5; s. auch K. Lenaerts/I. Maselis/K. Gutman (Hrsg.), *EU Procedural Law*, 2014; *M. Claes*, The National Courts' Mandate in the European Constitution, 2006, S. 39 ff.; *B. Wegener*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV, Rn. 1; *A. Voßkuhle/J. Schemmel*, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 5, Rn. 2.

134 S. EuGH v. 05.03.1980, Rs. 265/78, ECLI:EU:C:1980:66, Slg. 1980, 617, Rn. 10 – Ferwerda; EuGH v. 15.09.1998, Rs. C-231/96, ECLI:EU:C:1998:401, Slg. 1998, I-4951 Rn. 19 – Edis; EuGH O. Dörr, Europäischer Verwaltungsschutz, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), *VwGO Kommentar*, 5. Aufl. 2018, Rn. 171; s. auch *J. Schwarze*, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241 ff. (244).

135 S. etwa EuGH v. 16.05.2000, Rs. C-78/98, ECLI:EU:C:2000:247, Slg. 2000, I-3201, Rn. 31 – Preston; EuGH v. 16.03.2006, Rs. C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178, Slg. 2006, I-2585, Rn. 22 – Kapferer; deutlich auch die Schlussanträge des GA *Cruz Villalón* v. 01.06.2010, Rs. C-570/08, ECLI:EU:C:2010:301, Rn. 46 – Symvoulou/Anatheoritiki; dazu eingehend *J. Schwarze/N. Wunderlich*, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoof/J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 19 EUV, Rn. 51 m. w. Nachw.

staatlichen Gerichte ihren unionsrechtlich vermittelten Rechtsschutzauftrag wahrnehmen können.

1. Vorabentscheidungsverfahren und richterliche Verantwortlichkeiten

Das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) ist das »judikative Instrument« zur Sicherung der Zuständigkeit der nationalen Richter für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts.¹³⁶ Es dient hierbei zunächst nicht als Instrument »harter Verantwortlichkeiten«, sondern in aller Regel als »maßstabsetzendes Instrument«, das den nationalen Richtern ermöglichen soll, ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen effektiv und gleichmäßig nachzukommen. »Harte Verantwortlichkeiten« greifen aus der Sicht des Unionsrechts dagegen nur, soweit die nationalen Gerichte ihren Pflichten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nachkommen, d. h. wenn sie eine vorlagepflichtige Frage betreffend der Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vorlegen.¹³⁷ Für diesen Fall sieht das Unionsrecht die Möglichkeit vor, ein Vertragsverletzungsverfahren durchzuführen (Art. 258, 259 AEUV).¹³⁸ Auf der Ebene des Unionsrechts steht zudem ein Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten zur Verfügung. Weitere Möglichkeiten, gegen die Verletzung der Vorlagepflicht vorzugehen, kennt das Unionsrecht dagegen nicht. Vielmehr greift in dieser Situation ggf. das nationale Recht.¹³⁹

Das Vorabentscheidungsverfahren basiert so auf einem kooperativen Zusammenspiel von mitgliedstaatlicher und unionaler Judikative, in dessen Rahmen die jeweiligen Verantwortlichkeiten zum Teil durch das geschriebene Unionsrecht vorgegeben sind (vgl. auch Art. 93 ff. VerfO EuGH), zum Teil aber auch vom EuGH nach und nach festgelegt wurden.¹⁴⁰

136 Eingehend zum Vorabentscheidungsverfahren s. § 5; s. auch V. Skouris, Stellung und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im europäischen Rechtsschutzsystem, EuGRZ 2008, S. 343 ff.; U. Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986; M. Broberg/N. Fenger, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union, 2014.

137 Eingehend zu den Konsequenzen der Verletzung der Vorlagepflicht etwa J. P. Terbechte, Temporäre Suspendierung des Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen »inakzeptabler Regelungslücken«?, EuR 2006, S. 828 ff.

138 B. Wegener, in: C. Callies/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV, Rn. 35 m. w. Nachw.

139 Ebenda, Rn. 36 f.

140 Zu den »Verantwortlichkeiten« der mitgliedstaatlichen Gerichte ausdrücklich T. von Danwitz, Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.C.-Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2. Aufl. 2022, § 19, Rn. 29 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 103 und S. 116 ff.

2. Vorgaben für die Organisation der mitgliedstaatlichen Judikative

Seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags kennt das primäre Unionsrecht zudem Vorgaben für die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Judikative, die letztlich auch die Bindung der Mitgliedstaaten und hier der Gerichte an das Unionsrecht und damit ihre unionsrechtliche Verantwortlichkeit sicherstellen sollen. So enthält Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nun die Pflicht der Mitgliedstaaten, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.¹⁴¹ Diese neue Vorschrift bringt zweierlei zum Ausdruck: Zum einen trifft insbesondere die Mitgliedstaaten, deren Justizstrukturen noch nicht voll ausgereift sind (Beitrittsstaaten), die Pflicht, Rechtsbehelfe zu schaffen, die den wirksamen Rechtsschutz überhaupt erst ermöglichen.¹⁴² Zum anderen zielt die Bestimmung auch auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und den Unionsgerichten.¹⁴³

Das Recht auf wirksamen Rechtsschutz ist zudem durch Art. 47 GRC grundrechtlich abgesichert.¹⁴⁴ Nach dieser Vorschrift hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, nicht nur das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf. Die Vorschrift formuliert auch konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung der entsprechenden Verfahren und Institutionen. Sie fordert unabhängige, unparteiische und durch Gesetz errichtete Gerichte und zudem ein faires, öffentliches und zügiges Verfahren. Weitere Garantien beziehen sich auf einen Rechtsbeistand und die Prozesskostenhilfe.¹⁴⁵

Diese unionsrechtlichen Anforderungen entfalten ihre Wirkungen sowohl auf der Ebene der EU selbst als auch auf der mitgliedstaatlichen Ebene, so

141 Dazu J. Schwarze/N. Wunderlich, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 19 EUV, Rn. 47 ff.; B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 64 ff.

142 So U. Everling, Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregelungen, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 363 ff. (370); J. Schwarze/N. Wunderlich, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 19 EUV, Rn. 47.

143 B. Wegener, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV, Rn. 64.

144 S. auch E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 51 ff. der von einer »zentralen Rechtsschutzgarantie« spricht.

145 Zum Ganzen auch T. Giegerich/S. Lauer, Der Justizgewährleistungsanspruch in Europa: Art. 47 GrCh, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und das deutsche Verwaltungsprozessrecht, ZEuS 17 (2014), S. 461 ff.; A. Arnulf, The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: an Unruly Horse?, European Law Review 36 (2011), S. 51 ff.; J. Engström, The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty, Review of European Administrative Law 4 (2011), S. 53 ff.; H. D. Jarass, Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte, NJW 2011, S. 1393 ff.; E. Pache, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, S. 1342 ff.

weit mitgliedstaatliche Gerichte das Unionsrecht anzuwenden haben.¹⁴⁶ In der rechtswissenschaftlichen Diskussion zum »Justizgewährleistungsanspruch« stehen diese »Strukturvorgaben« für die nationale Ebene allerdings weniger im Vordergrund. Vielmehr scheint das »System« des Rechtsschutzes auf der Ebene der EU ganz im Zentrum der Diskussion zu stehen. So wird etwa in den Erläuterungen zu Art. 47 GRC ausdrücklich festgestellt, dass die Vorschrift das bestehende Rechtsschutzsystem im Unionsrecht gerade nicht verändern soll, sondern lediglich die bereits bestehende Rechtsprechung des EuGH in die Charta überführt.

Zentral sind aus der Perspektive der richterlichen Verantwortlichkeit auf der Ebene der Mitgliedstaaten aber die Fragen, *wer* an Art. 47 GRC gebunden ist, und damit die Frage, *was* ein Gericht im Sinne des Unionsrechts ist, sowie die Frage, *welche* Folgen Verstöße gegen Art. 47 GRC haben können. Während diesbezüglich der Begriff des »Gerichts« unionsrechtlich zu bestimmen ist und in der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere zum Vorlageverfahren) inzwischen über recht klare Konturen verfügt,¹⁴⁷ richten sich die Folgen für Verstöße gegen Art. 47 GRC nach den allgemeinen Grundsätzen und Verfahren im Unionsrecht (dazu § 6).

Insgesamt wird man – nach wie vor – abwarten müssen, ob Art. 47 GRC auch gestaltenden Einfluss in den Mitgliedstaaten entfalten können wird. Bislang hat die Vorschrift – soweit ersichtlich – bei Rechtsbehelfen im Rahmen des Vollzugs des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Gerichte keine große Rolle gespielt, was auch damit zusammenhängen dürfte, dass sich in den mitgliedstaatlichen Prozess- und Verfahrensordnungen nur selten Abweichungen von den in Art. 47 GRC formulierten Standards ergeben dürften.¹⁴⁸

III. Weitere Instrumente

Die Verantwortlichkeiten des nationalen Richters in seiner Rolle als »Unionsrichter« werden jedoch nicht nur durch das Vorabentscheidungsverfahren prozedural abgesichert. Vielmehr kennt das Unionsrecht weitere Mechanis-

146 P. V. van Vormizeele, in: U. Becker/A. Hatje/L. Schoo/J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 47 GRC, Rn. 1.

147 Dazu etwa H.-J. Blanke, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 47 GRC, Rn. 2 und 8.

148 So ist etwa die richterliche Unabhängigkeit in nahezu allen Mitgliedstaaten schon verfassungsrechtlich garantiert, vgl. dazu die Übersicht bei A. Eser/M. Kubiciel, in: J. Meyer/S. Hölscheidt (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47, Rn. 26; andere Bereiche, wie z. B. das Recht der Prozesskostenhilfe, sind inzwischen (auch) durch das Unionsrecht direkt geregelt, s. dazu H. Roth, Prozesskostenhilfe, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 28.

men, welche die einheitliche Anwendung des Unionsrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte sicherstellen sollen. Hier ist etwa an die Kompass- und Orientierungsfunktion der unionalen Auslegungs- und Rechtsanwendungsmethoden zu denken, die in vielerlei Hinsicht durch Besonderheiten gekennzeichnet sind (1.). Darüber hinaus ist es in den letzten Dekaden zu einer unionsrechtlichen Überformung der mitgliedstaatlichen Rechtsschutz- und Verfahrenskonzeptionen gekommen über deren Tragweite aktuell intensiv diskutiert wird (2.). Schließlich hat der EuGH auch die unionsrechtliche Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Unionsrecht entwickelt, die u. a. dazu dienen soll, die unionsrechtliche Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zu sichern (3.).

1. Orientierung an den unionalen Auslegungsmethoden

Ein wichtiges Instrument zur Sicherung des einheitlichen Vollzugs und der Autonomie der unionalen Rechtsordnung ist die Bindung des nationalen Richters an die unionalen Auslegungsgrundsätze und -methoden. Die Charakterisierung des nationalen Richters als »Unionsrichter« drückt sich gerade auch in der Bindung an die unionale Methodik aus,¹⁴⁹ die insbesondere hinsichtlich der richterlichen Auslegung des Unionsrechts durch zahlreiche Besonderheiten charakterisiert ist: So spielen im Unionsrecht historische Argumente eine eher untergeordnete Rolle, während teleologischen Argumenten eine besondere Bedeutung zukommt.¹⁵⁰ Die Methode der »wertenden Rechtsvergleichung«¹⁵¹ verkörpert ein unionsrechtliches Spezifikum wie auch die sog. richtlinienkonforme Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts.¹⁵²

Die Bindung an die unionalen Auslegungsmethoden verlangt von den mitgliedstaatlichen Gerichten ein Umdenken im Rahmen der »Rechtsarbeit« und in bestimmten Situationen ein Changieren zwischen verschiedenen methodischen Ansätzen. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Ansatz eine be-

149 Vgl. zur Bindung der Verwaltungsbehörden an die unionsrechtliche Methodik s. A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 65.

150 Eingehend dazu etwa M. Wendel, Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht? – Überlegungen zur Tragweite der historischen Auslegungsmethode infolge des jüngsten EU-Reformprozesses, ZaöRV 68 (2008), S. 803 ff.; I. Augsberg, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 4, Rn. 5.

151 Dazu etwa I. Augsberg, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2022, § 4, Rn. 10; eingehend zur Methode der wertenden Rechtsvergleichung auch A. Bleckmann, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte, in: FS Bodo Böerner, 1992, S. 29 ff.

152 Zur richtlinienkonformen Auslegung s. etwa G. C. Rodríguez Iglesias/K. Riechenberg, Zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts (Ein Ersatz für die fehlende Horizontale Wirkung), in: FS Everling, 1995, S. 1213 ff.; M. Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 593 ff.

sondere Herausforderung verkörpert und mitunter zu Schwierigkeiten führt. Zu bedenken ist auch, dass der Schwerpunkt der »Auslegungsarbeit« gerade nicht auf den Schultern der nationalen Gerichte liegt, sondern zunächst auf denen der mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden.¹⁵³

2. Überformung mitgliedstaatlicher Rechtsschutz- und Verfahrenskonzeptionen

Soweit Überlagerungen von Verfahrens- und Prozessvorschriften sowie insgesamt der Rechtsschutzkonzeptionen der Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht zu beobachten sind, dienen diese in erster Linie der Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts und auch der unionsrechtlichen Verantwortlichkeiten der Mitgliedstaaten und ihrer Gerichte beim Vollzug des Unionsrechts.¹⁵⁴ Tatsächlich ist es in den letzten Jahren zu einer breitflächigen Überformung der mitgliedstaatlichen Rechtsschutzkonzeptionen gekommen, die kaum einen Bereich des nationalen Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts ausgespart hat.

Dieser Befund – der etwa von *Klaus Ferdinand Gärditz* in seiner Gesamtbedeutung für die deutsche verwaltungsrechtliche Rechtsschutzkonzeption etwas relativiert wurde¹⁵⁵ – wird durch zahlreiche Neuerungen und Modifikationen unterstrichen. So ist etwa im deutschen Verwaltungsrechtsschutz seit Jahren zu beobachten, dass neue Elemente dem System auf der Grundlage des Unionsrechts hinzugefügt werden. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die unionsrechtliche Überformung der Klagebefugnis,¹⁵⁶ des einstweiligen Rechtsschutzes oder des Instituts der Rechtskraft.¹⁵⁷ Auch wenn man sicher nicht von einer breitflächigen Ersetzung oder Transformation des nationalen Rechtsschutz- und Verfahrenskonzepts sprechen kann, so ist ebenso kaum zu übersehen, dass der Einfluss des Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen Prozessordnungen – und die Verklammerung der jeweils

153 Hierauf weist zu Recht A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 65, hin.

154 Eingehend dazu etwa O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015; ders., Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 108 ff.

155 K. F. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. 9 ff.; kritisch dazu B. Wegener, Nein, nein, nein!? Kein Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?, JZ 2016, S. 829 ff.

156 E. Schmidt-Aßmann, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 18 ff.

157 Dazu A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, EuR 2007, S. 654 ff.; C.-F. Germelmann, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, S. 259 ff.; A. Vincze, Abstecher oder Kehrtwende? Die aktuelle unionsrechtliche Beurteilung der Rechtskraft, EuR 2016, S. 544 ff.

korrespondierenden Rechtsgebiete (»europäisches Zivilprozessrecht«¹⁵⁸) – für immense Herausforderungen gesorgt hat. Erinnert sei in diesem Zusammenhang etwa an die Verbandsklage im Umweltrecht¹⁵⁹ oder die private Anwendung des Kartellrechts.¹⁶⁰

Neue Klageformen und die unionsrechtliche Überformung mitgliedstaatlicher Prozess- und Verfahrensrechtsinstitute dienen hierbei immer auch der Sicherung unionsrechtlicher Verantwortlichkeiten, sollen sie doch in nahezu allen Situationen den einheitlichen und effektiven Vollzug des Unionsrechts auch durch die mitgliedstaatlichen Gerichte sicherstellen. Eine wie auch immer geartete Transformation der nationalen Verfahren ist hierbei weder unionsrechtlich gefordert (Stichwort: Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten) noch im Lichte der nationalen Verfassungsrechte ohne Weiteres zulässig. Debatten über die Reichweite des Einflusses des Unionsrechts erscheinen deshalb mitunter ein wenig überspannt.

Vielmehr geht es bei der unionsrechtlichen Überformung der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte zunächst nur um die Gewährleistung des einheitlichen Vollzugs des Unionsrechts und damit auch um die Gleichbehandlung der Bürger vor den mitgliedstaatlichen Gerichten. Mitgliedstaatliche Verfahrenstraditionen und Eigenheiten sind hierbei unproblematisch, solange sie nicht mit den genannten Zielen konfliktieren (vgl. auch Art. 4 Abs. 3 EUV). Hierbei ist nicht zu übersehen, dass das Unionsrecht in den letzten Jahren eine verstärkte Tendenz aufweist, klare Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Strukturen zu stellen. Dies gilt für die mitgliedstaatlichen Behörden (Art. 197 usw. AEUV) ebenso wie für die Gerichte bzw. den justizförmigen Vollzug des Unionsrechts (vgl. Art. 19 UABs. 2, Art. 47 GRC).

3. Unionsrechtliche Haftung der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt

Schließlich dient auch die unionsrechtliche Haftung der Sicherung der unionsrechtlichen Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte.¹⁶¹ Der EuGH hat in den letzten Jahren wiederholt betont, dass eine solche Haftung dazu diene, die Rechte des Einzelnen ebenso zu sichern wie sie auch die Qualität und Autorität der Judikative stärken könne.¹⁶² Damit unmittelbar ver-

158 Dazu B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2021.

159 Eingehend dazu E. Rehbinder, *Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht*, ZRP 1976, S. 157 ff.; A. Epiney, *Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage*, NVwZ 1999, S. 485 ff.; C. Franzius, *Verbandsklage im Umweltrecht*, Natur und Recht 41 (2019), S. 649 ff.

160 Dazu nur J. Basedow/J. P. Terhechte/L. Tichý (Hrsg.), *Private Enforcement of Competition Law*, 2011.

161 S. etwa EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239 – Köbler.

162 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 43 – Köbler.

bunden ist aber auch immer die Verantwortlichkeit der Judikative für den ordnungsgemäßen Vollzug des Unionsrechts, weil die Haftung insoweit einen qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht voraussetzt.¹⁶³ Die Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt wird so durch unterschiedliche Instrumente gesichert (eingehend dazu § 6 E.).

I. Ausblick: Verantwortlichkeitssicherung im europäischen Rechtsraum

Die Sicherung der Verantwortlichkeiten in einem als dualistisch konzipierten System ist – so ist deutlich geworden – in den letzten Jahren durch zahlreiche Instrumente erfolgt. Die dualistische Konzeption ermöglicht hierbei eine recht genaue Abgrenzung der Verantwortungssphären und dient damit der Rechtssicherheit und den subjektiven Rechten.

Freilich beschreibt dieses dualistische Modell aber nur einen Teil der Verschränkungen der Dritten Gewalt im Unionsraum. Folgerichtig hat *Eberhard Schmidt-Aßmann* unlängst in Analogie zu den Überlegungen, die zu einem »Europäischen Verwaltungsraum« angestellt wurden, treffend von einem »*Jurisdiktionsraum*« gesprochen.¹⁶⁴ Dieses Bild vermag Kooperationsbeziehungen und Verflechtungen, aber auch eigene Aktionsmöglichkeiten des EuGH in den Mitgliedstaaten zu beschreiben, die sich nicht ohne weiteres in eine dualistische – und damit am Ende eher bipolare – Konzeption einfügen lassen.

So verweist *Schmidt-Aßmann* etwa auf Art. 29 EuGH-Satzung, wonach der EuGH die Vernehmung eines Zeugen durch ein mitgliedstaatliches Gericht anordnen kann. Auch wenn der EuGH dieses Instrument nur selten nutzt,¹⁶⁵ stellt sich dennoch die Frage, wie die Verantwortlichkeiten in einer solchen (auch grundrechtssensiblen) Situation verteilt sind. Der EuGH verfügt nach der Satzung über ein Anordnungsrecht, die mitgliedstaatlichen Gerichte trifft insoweit eine unionsrechtlich vermittelte Pflicht, die Vernehmung vorzunehmen. Gleichwohl handeln sie hierbei im Anwendungsbereich der Verträge bzw. führen das Unionsrecht durch und sind mithin an die Unionsgrundrechte gebunden (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRC).¹⁶⁶ Die mitgliedstaatlichen

163 Dazu eingehend oben § 9 C. I 2. c).

164 *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 104.

165 Dazu *D. Dittert*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 29 EuGH-Satzung, Rn. 1.

166 Eingehend dazu *J. P. Terbechte*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 GRC, Rn. 7 ff.

Gerichte sind entsprechend auf Art. 47 GRC bzw. auf die unionalen Grundrechte verpflichtet.

Dieses Recht des EuGH verkörpert indes keine Einbahnstraße. Im Rahmen seiner Pflichten zur »judiziellen Loyalität« ist nämlich der EuGH seinerseits ggf. unionsrechtlich verpflichtet, Rechtshilfe an mitgliedstaatliche Gerichte zu leisten.¹⁶⁷

Es liegt auf der Hand, dass solche Konstellationen dazu führen können, dass Verantwortlichkeitsstrukturen ausgehebelt oder verwischt werden. Die Verantwortlichkeitssicherung in einem europäischen Jurisdiktionsraum muss aber schon vor dem Hintergrund des unionalen Rechtsstaatsprinzips und der Sicherung der Rechte des Einzelnen wie auch vor dem des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips gewährleistet werden. In gewisser Weise geht es damit zukünftig auch darum, die Strukturen »unterhalb« des inzwischen fest etablierten »Verfassungsgerichtsverbundes« zu entwickeln. Erste Forschungsarbeiten, die sich mit der Rolle des Grundsatzes der »judiziellen Loyalität«¹⁶⁸ oder den konkreten Pflichten der Gerichte aus der Warte des Unionsrechts auseinandersetzen,¹⁶⁹ können insofern auch helfen, Verantwortlichkeiten eindeutig zu benennen.

J. Fazit

Das Unionsrecht kennt neben der Haftung der Dritten Gewalt weitere Formen der richterlichen Verantwortlichkeit. Hier kann grob zwischen »intern« Instrumenten der Verantwortlichkeitssicherung und weiteren Formen unterschieden werden, die in gewisser Weise »extern« sind.

Zudem kann zwischen solchen Instrumenten der Verantwortlichkeitssicherung unterschieden werden, die *ex ante* ansetzen, und jenen, die (erst) *ex post* greifen. Schon hier zeigt sich, dass durchaus von eigenständigen *accountability*-Strukturen oder gar einem *accountability*-Konzept gesprochen werden kann, wobei freilich z. T. mit den gewöhnlichen Instrumenten, die etwa aus dem staatlichen Raum bekannt sind, gebrochen wird (Beispiel: Überprüfungsverfahren) und viele Instrumente erst noch erprobt bzw. justiert

167 D. Dittert, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 29 EuGH-Satzung, Rn. 5 m. w. Nachw.; s. dazu auch ausführlich M. Söhne, Die Rechtshilfe in der Europäischen Union, 2013.

168 O. Knöfel, Judizielle Loyalität in der Europäischen Union – Zur Rechts- und Beweishilfe im Verhältnis der Unionsgerichtsbarkeit zu den Gerichten der Mitgliedstaaten, EuR 2010, S. 618 ff.

169 M. Söhne, Die Rechtshilfe in der Europäischen Union, 2013; s. auch am Beispiel der Rechtshilfe in Strafsachen M. Heger/K. Wolter, Recht der EG/EU, in: K. Ambos/S. König/P. Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, S. 357 ff.

werden müssen. Nicht zu übersehen ist freilich, dass sich die Strukturen hier im Vergleich zu der Ebene der Mitgliedstaaten in vielerlei Hinsicht unterscheiden: Rechtsbindung und die demokratische Legitimation des EuGH folgen etwa anderen Mustern als auf der Ebene der Mitgliedstaaten und müssen z. T. auch als prekär gelten. Man mag das als »supranationale Besonderheiten« ansehen. Angesichts der Bedeutung des EuGH wird man aber nicht umhinkommen, sich (noch) eingehender mit der Architektur und insbesondere Verantwortlichkeit des EuGH zu beschäftigen.

Dagegen sind die Mechanismen, die die unionsrechtlich vermittelte Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Dritten Gewalt sicherstellen sollen, in weiten Teilen »vollzugsschärfer«. Das Unionsrecht hat in den letzten Dekaden ein ausgeklügeltes System etabliert, das seine einheitliche Anwendung und die Sicherung der Rechte des Einzelnen gewährleisten soll. Damit verbunden sind beträchtliche Anbauten in den nationalen Verfahrenskonzeptionen, die zwar nicht gänzlich umgeformt wurden, die aber gleichwohl eine wichtige Funktion bei der Schaffung eines »europäischen Jurisdiktionsraums« spielen dürften. In diesem Kontext sind etwa die Orientierung an den z. T. speziellen Auslegungsmethoden des EuGH ebenso von Bedeutung wie die Beachtung grundlegender Prinzipien des Unionsrechts (Effektivität, Äquivalenz).

Schon diese doppelte Anlage des unionalen *accountability*-Konzepts, das sowohl die Unionsgerichtsbarkeit selbst als auch die mitgliedstaatlichen Gerichte zu berücksichtigen haben, darf als besonders gelten. Hierbei ist jedoch auch zu erkennen, dass das Unionsrecht zwar Vorreiter ist, wenn es darum geht, die Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zu sichern – sei es auch im Wege der Haftung –, die Strukturen auf der Ebene der EU selbst allerdings durchaus ausbaufähig und z. T. auch ausbaubedürftig sind.

§ 14: *Judicial accountability* im Völkerrecht

Auf der Ebene des Völkerrechts ist die Frage nach einer *judicial accountability* eher ungewöhnlich. Häufig wird die »*global judiciary*« einzig in der Position gesehen, die Verantwortlichkeitsstrukturen für Staaten und Internationale Organisationen zu sichern und zu untermauern.¹ Schon deshalb wird die Frage nach Verantwortlichkeitsstrukturen bezogen auf internationale Gerichte und Tribunale nur selten gestellt.² Im Mittelpunkt standen bis dahin eher Fragen der Unabhängigkeit³ und Unparteilichkeit⁴ internationaler Rich-

- 1 So etwa T. Zwart, *Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level?*, in: G. Anthony/J.-B. Auby/J. Morison/T. Zwart (Hrsg.), *Values in Global Administrative Law*, 2011, S. 193 ff.; J. Klabbers, *International Law*, 3. Aufl. 2021, S. 155 ff.; zu den Funktionen internationaler Gerichte und Tribunale s. etwa G. I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, 2014; s. auch Y. Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, AJIL 106 (2012), S. 225 ff.; A. von Bogdandy/I. Venzke, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014, S. 16 ff.; K. J. Alter, *The New Terrain of International Law. Courts, Politics, Rights*, 2014, S. 161 ff. unterscheidet vier Grundfunktionen internationaler Gerichtshöfe »Dispute Settlement«, »Administrative Review«, »Law Enforcement« und »Constitutional Review«).
- 2 S. aber D. Shelton, *Legal Norms to Promote the Independence and Accountability of International Tribunals*, LPICT 2 (2003), S. 27 ff.; P. Mahoney, *The International Judiciary – Independence and Accountability*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008), S. 313 ff.; J. Katz Cogan, *Competition and Control in International Adjudication*, *Virginia Journal of International Law* 48 (2008), S. 412 ff.; N. Blokker, *The Governance of International Courts and Tribunals: Organizing and Guaranteeing Independence and Accountability – An Appeal for Research*, *European Society of International Law, Conference Paper 5/2015*; bezogen auf die Anwaltschaft schon früh Detlev F. Vagts, *The International Legal Profession: A Need for more Governance*, AJIL 90 (1996), S. 250 ff.; A. Sarvarian, *Common Ethical Standards for Counsel before the Court of Justice and European Court of Human Rights*, EJIL 23 (2012), S. 991 ff.; s. dazu auch an Beispiel von internationalen Schiedsgerichten C. N. Brower/S. Schill, *Regulating Counsel Conduct before International Arbitral Tribunals*, in: FS Detlev Vagts, 2010, S. 488 ff.
- 3 S. dazu etwa S. de Bertodano, *Judicial Independence in the International Criminal Court*, LJIL 15 (2002), S. 409 ff.; R. Mackenzie/P. Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, *Harvard International Law Journal* 44 (2003), S. 271 ff.; E. Benvenisti/G. W. Downs, *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, in: A. von Bogdandy/I. Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking*, 2011, S. 99 ff.; A. Seibert-Fohr (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012; S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden/Boston 2012; J. P. Terbechte, *Equal or diverse? – Richterliche und exekutive Unabhängigkeit im Vergleich*, in: A. Pilniok/M. Kröger (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016, S. 35 ff. (43 f.).
- 4 Dazu eingehend J. F. Brubaker, *The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication*, *Berkeley Journal of International Law* 26 (2008), S. 111 ff.; A. Seibert-Fohr, *International Judicial Ethics*, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.) *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 757 ff. (765 ff.).

ter, ihre Auswahl⁵ sowie diverse Ethikkodizes,⁶ die aber in vielen Fällen von Richtern selbst entwickelt wurden. Auch das Verfahrensrecht gewinnt mehr und mehr Aufmerksamkeit.⁷

Gleichwohl schwingen hier immer auch Fragen der Verantwortlichkeit mit bzw. sind die entsprechenden Debatten Bausteine der Frage der Verantwortlichkeit der internationalen Richter und auch der internationalen Gerichte.⁸ Freilich ist schon die Rede von einer »*global judiciary*« nicht unproblematisch, denn die »internationale Gerichtslandschaft« ist bunt und keineswegs homogen strukturiert.⁹ Entsprechend sind auch die Verantwortlichkeitsstrukturen und -instrumente durchaus unterschiedlich.

Nach einer Erläuterung der denkbaren Grundlagen des Konzepts einer *judicial accountability* im Völkerrecht (dazu A.), soll im Folgenden insbesondere auf die Frage der Selbstkontrolle internationaler Gerichte im Sinne einer »*internal accountability*« eingegangen werden, die etwa in Form von Rechtsmitteln (z. B. im WTO-Recht) ebenso eine Rolle spielt wie in Form von internen *codes of conduct* (dazu B.). Da internationale Gerichtshöfe in der Regel an Internationale Organisationen »angeseilt« sind bzw. Organe Internationaler Organisationen verkörpern, ist anschließend ihre Verantwortlichkeit im Verhältnis zu den jeweiligen Organisationen zu analysieren (C.) und auch der Frage nachzugehen, ob es eine parlamentarische bzw. demokratische Verantwortlichkeit geben kann bzw. muss (D.). Darüber hinaus enthalten nahezu alle internationalen Gerichtsstatuten Regeln über notwendige Qualifikationen internationaler Richter, über die Verfahren ihrer Ernennung, Inkompatibilitäten und schließlich auch über Verfahren der Amtsenthebung, und damit präventive und repressive Verantwortlichkeitsinstrumente, die freilich in der

5 A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 219 ff.; T. Milej, Entwicklung des Völkerrechts. Der Beitrag internationaler Gerichte und Sachverständigengremien, 2014, S. 121 ff.; K. Oellers-Frahm, Der institutionelle Rahmen: Status, Ausstattung und Personalhoheit internationaler Gerichte. Der IGH, der internationale Strafgerichtshof und das Jugoslawien-Tribunal im Vergleich, EuGRZ 2003, S. 107 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 229 ff. (zum EGMR) und S. 235 ff. (zum IGH und IStGH).

6 Dazu etwa J. P. Terbechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct, 10 German Law Journal (2009), S. 501 ff.; A. Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.). The Oxford Handbook of International Adjudication, 2014, S. 757 ff.

7 Dazu nur C. Giorgetti (Hrsg.), The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals, 2012; aus deutscher Perspektive R. Wolfrum, Das Grundgesetz und die internationale Streit-schlichtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, Internationale Bezüge, 3. Aufl. 2012, § 242, Rn. 31 ff., 49 ff.

8 So auch A. Seibert-Fohr, Judicial Independence and Judicial Accountability, in: B. Hess (Hrsg.), Judicial Reform in Luxembourg and Europe, 2014, S. 105 ff.; F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 238 ff.

9 Zum Gerichtsbegriff auf internationaler Ebene A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 36 ff.

Praxis ganz unterschiedliche Rollen zu spielen vermögen (E.). In den nächsten Schritten wird dann auf die Bedeutung des Völkerrechts für Konzepte einer *judicial accountability* auf staatlicher Ebene eingegangen (F.) sowie auf die Mechanismen der wechselseitigen Verantwortlichkeitssicherung internationaler Gerichte (G.). Schließlich sollen noch die Verantwortlichkeiten von Schiedsrichtern bzw. internationalen Schiedsgerichten betrachtet werden, die anderen Mustern folgen als internationale Richter und Gerichte (F.).

A. Grundlagen und Kontexte

Das Völkerrecht kennt bis dahin weder auf der Basis des Völkervertragsrechts noch auf der Basis des Völkergewohnheitsrechts ein allgemeines Prinzip einer »*judicial accountability*«, wie es auch kaum Vorgaben für ein genuin völkerrechtliches Prozess- und Gerichtsverfassungsrecht gibt.¹⁰ Dies spricht freilich nicht dagegen, die vorhandenen Gerichtsstatuten und völkerrechtlichen Prinzipien hinsichtlich ihrer Ergiebigkeit für die Entwicklung eines solchen Prinzips in den Blick zu nehmen. Die Überlegungen können sich hierbei auf unterschiedliche Rechtsquellen stützen, etwa auf die Anforderungen und Garantien, die Teil des Völkervertragsrechts sind (z. B. im IGH-Statut, Römisches Statut, EMRK). Insbesondere die verschiedenen Errichtungsstatuten für internationale Gerichtshöfe und Tribunale legen eine Reihe von Instrumenten fest, die im Rahmen einer *judicial accountability* eine wichtige Rolle spielen. Hierzu gehören die schon erwähnten Vorgaben für die Bestellung der Richter (z. B. Qualifikationen und Wahlverfahren), Garantien ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit oder Vorgaben über Rechtsmittel. Ebenso sind z. B. Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts (etwa der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit) bzw. allgemeine völkerrechtliche Rechtsgrundsätze in den Blick zu nehmen.

Freilich wird man gegenwärtig (noch) nicht davon sprechen können, dass es sich bei der »*judicial accountability*« um einen Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts handelt. In den einschlägigen Diskussionen spielen zwar Elemente eines *accountability*-Konzepts immer wieder eine wichtige Rolle – so wird in den letzten Jahren intensiv diskutiert, ob etwa das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit inzwischen ein allgemeines völkerrechtliches Prinzip verkör-

10 H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 28; G. Biehler, Procedures in International Law, 2008, S. 38 ff.

pert¹¹ –, bezogen auf die Verantwortlichkeiten konzentriert sich die Debatte dagegen allenfalls auf eine mögliche Haftungsverantwortlichkeit. Insofern wird ein vollständiges Bild – im Sinne eines Verantwortlichkeitskonzepts – erst noch erstellt werden müssen.

Die entsprechenden Überlegungen können hierbei insbesondere in den Kontext über die Staatenverantwortlichkeit bzw. Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen gestellt werden, die inzwischen häufig als Ausdruck eines gestiegenen Interesses an *accountability*-Fragen angesehen werden.¹² Zu den Ursachen hierfür bemerkt etwa *Jan Klabbers*:

»Where no one can be certain any longer whether norms are ›legal‹ and whether those from whom the norms emanate have law-making authority, it stands to reason that attention focuses on the output side; at least there may be merit in trying to hold actors to account if their behaviour is questionable.«¹³

In Bezug auf eine *judicial accountability* liegen die Dinge zwar zum Teil anders, dennoch ist unverkennbar, dass gerade bei internationalen Gerichten und Tribunalen die Frage nach *ex ante*-Legitimationssträngen ebenso komplex und schwierig zu beantworten ist wie in Bezug auf andere Facetten der internationalen Arena (Legitimation des »Rechts« und der Akteure als solche). Geradezu zwangsläufig muss sich die Frage nach »Verantwortlichkeiten« deshalb immer drängender stellen.

Die Auseinandersetzung mit Fragen der Verantwortlichkeit ist auf der Ebene des Völkerrechts in den letzten Jahren auch deshalb von großem Interesse gewesen, weil mit den ILC »Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts« aus dem Jahre 2001¹⁴ und den dazu korrespondierenden »Articles on the Responsibility of International Organizations«¹⁵ aus dem Jahre 2011 zwei Referenzdokumente existieren, die weite Teile des völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Instrumentariums zur Staaten- bzw. Organisationenverantwortlichkeit bündeln.¹⁶ Im Folgenden geht es daher um weitere Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung, die

11 Dazu *C. Brown*, The Evolution and Application of Rules Concerning Independence of the »International Judiciary«, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2 (2003), S. 63 ff.

12 Eingehend dazu *J. Klabbers*, From Sources Doctrine to Responsibility? Reflections on the Private Lives of States, in: FS Joe Verhoeven, 2015, S. 69 ff.

13 *J. Klabbers*, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 154.

14 Anhang zur Resolution der Generalversammlung der VN A/RES/56/83 v. 12.12.2001; dazu etwa *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Cambridge 2002; *J. Crawford/A. Pellet/S. Olleson* (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010.

15 Anhang zur Resolution der Generalversammlung der VN A/RES/66/100 v. 09.12.2011, s. dazu *M. Ragazzi* (Hrsg.), The Responsibility of International Organizations, 2013.

16 Eingehend zur Entwicklung etwa s. auch *C. Tams*, Law-Making in Complex Processes: The World Court and the Modern Law of State Responsibility, in: FS James Crawford, 2015, S. 287 ff.

zusammen mit einer Haftung (dazu § 10) die Grundlagen für eine *judicial accountability* im Völkerrecht legen können.

B. Mechanismen der Selbstkontrolle internationaler Gerichtshöfe und Tribunale

Einen gerichtlichen Instanzenzug, wie er im nationalen Recht bekannt und rechtsstaatlich geboten ist und der auch in Bezug auf bestimmte Klagearten im Unionsrecht inzwischen seinen festen Platz hat, gibt es im Rahmen internationaler Gerichtssysteme nur selten.¹⁷ So baut etwa die WTO-Streit-schlichtung auf einem System auf, das den Streitparteien zwar eine Rechtsbeschwerde beim *Appellate Body* (AB) ermöglicht, es handelt sich beim AB bei Licht besehen aber um kein Gericht, sondern um eine Art »Streitschlichtungsinstanz *sui generis*«. Dagegen bestehen gegen Entscheidungen des EGMR, des IGH oder des ITLOS keine oder nur sehr eingeschränkte Rechtsmittel, sodass die Selbstkontrolle hier sehr zurückgenommen ist (dazu I.). Daneben sind in neuerer Zeit zahlreiche Bestrebungen zu verzeichnen, die darauf gerichtet sind, die richterliche Selbstkontrolle im Wege von Ethikkodizes und ähnlichen Instrumenten zu stärken (dazu II.). Der Begründungsstil internationaler Gerichtshöfe, Regelungen über ihre Ressourcen sowie Fragen der Befangenheit sind ebenfalls entscheidende Parameter, wenn es darum geht, die Strukturen ihrer internen Verantwortlichkeitssicherung besser zu verstehen (dazu III.).

Zu betonen ist auch, dass nicht immer eine scharfe Trennlinie zwischen Binnen- und Außenkontrolle gezogen werden kann. So sind etwa Rechtsmittel gegen Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe und Tribunale in aller Regel durch die Parteien eines Rechtsstreits einzulegen; sie verkörpern so ein Verantwortlichkeitsinstrument, das zwar zu einer Selbstkorrektur führen kann, das aber zugleich auf Impulse von außen angewiesen ist. Von Amts wegen kann der Instanzenzug fast nie in Anspruch genommen werden. Eine seltene Ausnahme ist im Unionsrecht mit dem Überprüfungsverfahren bekannt.¹⁸ Dagegen verkörpern etwa die Dienstaufsicht, die Geschäftsverteilung oder die Amtsenthebung in der Regel Instrumente der Binnenkontrolle.

¹⁷ Dazu etwa A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 251 ff.

¹⁸ § 13 B. I. 2. b).

I. Rechtsmittel (*right to appeal*)

Wie auf der Ebene des staatlichen Rechts bzw. des EU-Rechts kennt auch das Völkerrecht gelegentlich Rechtsmittel als Form der internen Verantwortlichkeit.¹⁹ Freilich sind die völkerrechtlichen Regime bezüglich eines »right to appeal« sehr unterschiedlich ausgestaltet, und einen allgemeinen völkerrechtlichen Anspruch auf Rechtsmittel gibt es nicht.²⁰ Dies mag insbesondere damit zusammenhängen, dass der »Rechtsschutz gegen den Richter« in der Regel subjektiv-rechtlich verankert ist und deshalb in Gerichtsarenen des Völkerrechts, in denen in der Regel Staaten auftreten, keinen rechten Platz finden kann. Dagegen enthalten verschiedene Menschenrechtsverbürgungen ein solches Recht, das insofern als Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren verstanden werden kann (vgl. etwa Art. 2 7. ZP EMRK, Art. 14 Abs. 5 IPbpr, Art. 8 Abs. 2 AMRK).²¹ Sie beziehen sich aber auf die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens in den jeweiligen Konventionsstaaten, nicht auf die Konventionssysteme selbst bzw. die Ausgestaltung und subjektiv-rechtliche Unterfütterung der jeweiligen Streitschlichtungssysteme.

Dennoch gibt es verschiedene völkerrechtliche Regime, deren Streitschlichtung eine Art Instanzenzug kennt.²² In diesem Zusammenhang kann etwa auf das Streitschlichtungssystem der WTO verwiesen werden, in dessen Rahmen die Entscheidungen der Panel erstinstanzlich ergehen und gegen die ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel beim Dispute Settlement Body eingelegt werden kann (vgl. Art. 17 DSU).²³ Andere Formen von (unech-

-
- 19 Dazu eingehend *D. Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 3. Aufl. 2016; *J. Collier/V. Lowe*, The Settlement of Disputes in International Law, Oxford 1999, S. 248 ff. (zu »remedies«); *A. von Bogdandy/I. Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 251 ff.
 - 20 *J. Crawford/J. McIntyre*, The Independence and Impartiality of the International Judiciary, in: S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), The Culture of Judicial Independence, 2012, S. 189 ff. (190); zum Ganzen etwa *N. Gal-Or*, The Concept of Appeal in International Dispute Settlement, EJIL 19 (2008), S. 43 ff.; *K. Oellers-Frahm*, International Courts and Tribunals, Appeals, MPEPIL (2013); *M. C. Fleming*, Appellate Review in the International Criminal Tribunals, Texas International Law Journal 37 (2002), S. 111 ff.; *K. P. Sauvart/Michael Chiswick-Patterson* (Hrsg.), Appeals Mechanism in International Investment Disputes, 2008.
 - 21 S. dazu etwa *C. Hoß*, Das Recht auf ein faires Verfahren und der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien: Zwischen Sein und Werden, ZaöRV 62 (2002), S. 809 ff. (818); s. ausführlich *P. D. Marshall*, A Comparative Analysis of the Right to Appeal, Duke Journal of Comparative & International Law 22 (2011), S. 1 ff. (insbesondere S. 17 ff., S. 24 ff.).
 - 22 Dazu auch *A. von Bogdandy/I. Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 251 ff.
 - 23 Dazu etwa *M. Matsubita*, The Dispute Settlement Mechanism at the WTO: The Appellate Body – Assessment and Problems, in: A. Narlikar/M. Daunton/R. M. Stern (Hrsg.), The Oxford Handbook on the World Trade Organization, 2012, S. 507 ff.; *F. Weiß*, in: C. Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, § 17, Rn. 63 ff.; *O. Weber*, WTO-Streitbeilegung und EuGH im Vergleich, 2007, S. 202 ff.

ten) Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen kennt etwa die EMRK. Gem. Art. 43 Abs. 1 EMRK kann eine Partei innerhalb von drei Monaten nach dem Datum des Urteils einer Kammer beim EGMR die Verweisung an die Große Kammer des EGMR beantragen (vgl. auch § 73 VerfO EGMR).²⁴ Dies ist jedoch nur in »Ausnahmefällen« möglich, worunter etwa gem. Art. 43 Abs. 2 EMRK schwerwiegende Fragen der Auslegung oder Anwendung der EMRK oder sonstige Fragen von schwerwiegender Bedeutung gehören.²⁵ Da die Verweisung an die Große Kammer von einer Zulassung durch einen fünfköpfigen Ausschuss dieser Kammer abhängt und die materiellen Voraussetzungen eng gefasst sind, kommt die Verweisung mit einem abschließenden Urteil der Großen Kammer nur selten vor.²⁶ Hier wird deutlich, dass Art. 43 EMRK nicht etwa ein »reguläres Rechtsmittel« verkörpert, die Große Kammer fungiert eher als »Zweite Ersatz-Instanz«.²⁷

Dagegen kennt das Verfahren vor dem IstGH regelhaft eine zweite Instanz (Art. 81 ff. Römisches Statut). Hiernach kann gegen Urteile des IstGH (Art. 74 Römisches Statut) sowohl vom Ankläger (Art. 81 Abs. 1 lit. a Römisches Statut) als auch vom Verurteilten (Art. 81 Abs. 1 lit. b Römisches Statut) Berufung eingelegt werden, sowie gem. Art. 82 Römisches Statut Beschwerde in sonstigen Fällen wie z. B. bei Zuständigkeitsentscheidungen (lit. a) oder Haftsachen (lit. b). Im Kontext der richterlichen Verantwortlichkeit ist hier insbesondere auch die Beschwerde nach Art. 82 lit. d Römisches Statut von Interesse, wonach u. a. auch die Verletzung von Verfahrensrechten gerügt werden kann. Für eine Berufung ist die Berufungskammer (Art. 83 i. V. m. Art. 39 Abs. 2 lit. b i. Römisches Statut) zuständig. Die Effizienz der Rechtsmittel ist bislang nicht recht erprobt, was auch mit den geringen Fallzahlen des IstGH zusammenhängt. Doch die ausführlichen Bestimmungen über Berufung, Beschwerde und Wiederaufnahme zeigen, dass, soweit internationale Gerichte zur Rechtsprechung im Bereich des Strafrechts berufen sind, aufgrund der Sensibilität der Materie klar strukturierte und transparente Verfahren sowie ausdifferenzierte Mechanismen zur Fehlerkorrektur unverzichtbar sind. Das Römische Statut spielt schon deshalb eine besondere

24 Dazu etwa A. Peters/T. Altwicker, Die Verfahren beim EGMR, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2. Aufl. 2021, § 13, Rn. 43; K. Pabel, Die Rolle der Großen Kammer des EGMR bei Überprüfung von Kammer-Urteilen im Lichte der bisherigen Praxis, EuGRZ 2006, S. 3 ff., 28 ff.

25 S. etwa J. Meyer-Ladewig, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 43, Rn. 7 ff.; zum Ganzen auch Volker Schlette, Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 56 (1996), S. 905 ff. (950 ff.).

26 J. Meyer-Ladewig, EMRK, 4. Aufl. 2017, Rn. 2.

27 So zu Recht T. Oppermann/C. Dieter Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 17, Rn. 93.

Rolle, weil es durchaus eine »Verfahrensordnung der nächsten Generation« verkörpert und Fragen der richterlichen Verantwortlichkeit deutlich ausführlicher adressiert als ältere Gerichtsstatuten.

Insgesamt spielen interne Kontrollen internationaler Gerichtshöfe und Tribunale im Wege von Rechtsmitteln damit nur in bestimmten Kontexten – primär im Völkerstrafrecht – eine hervorgehobene Rolle. Dies hängt mit verschiedenen Ursachen zusammen: Zunächst sind Streitschlichtungsinstitutionen auf internationaler Ebene anders konzipiert als auf der Ebene der Staaten oder der EU. In der Regel geht es hier um Streitigkeiten zwischen Staaten, die eine Entscheidung suchen. Nur dort, wo die Rechte Einzelner betroffen sind, wird dagegen das »*right to appeal*« bedeutsamer, etwa im Rahmen der EMRK, die bereits seit 1994 Grundzüge eines Rechtsmittelsystems kennt und zugleich Anforderungen an die Strukturen der konventionsstaatlichen Rechtsordnungen formuliert.

II. *Judicial Ethics* als Selbstkontrolle

1. *Allgemeines*

Ein weiteres Instrument, um richterliche Verantwortlichkeiten sicherzustellen, wird neuerdings in der Erarbeitung richterlicher Verhaltensregeln bzw. Ethikregeln gesehen.²⁸ Hiermit soll in erster Linie eine Haftung vermieden werden; solche Ethikregeln dienen damit der Prävention. Freilich erschöpft sich ihr Zweck nicht darin, sondern sie sollen, das wird häufig betont, auch dazu dienen, die richterliche Unabhängigkeit zu stärken. Sie sind schon deshalb ein Instrument der internen Verantwortlichkeitssicherung, weil sie in der Regel von Richtern selbst entwickelt werden. Darüber hinaus spielen Ethikregeln im Kontext dieser Untersuchung insbesondere auf der völkerrechtlichen Ebene eine wichtige Rolle, auf der unionalen Ebene oder im Rahmen des deutschen Rechts sind sie dagegen bisher – wenn überhaupt – eine Randerscheinung.²⁹

28 Dazu etwa J. P. *Terhechte*, *Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct*, 10 *German Law Journal* (2009), S. 501 ff.; K. *Nadakavukaren Schefer*, *Judicial ethics in international economic law: what standards of independence and impartiality apply to arbitrators and panellists?*, in: J. Jemielniak/L. Nielsen/ H. P. Olsen (Hrsg.), *Establishing Judicial Authority in International Law*, 2016, S. 215 ff.; G. *Marceau*, *Rules on Ethics for the World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism*, *JWT* 32 (1998), S. 57 ff.; A. *Seibert-Fohr*, *International Judicial Ethics*, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.) *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 757 ff.

29 Zu den neueren Entwicklungen auf der Ebene des deutschen Rechts s. jüngst R. *Lamprecht*, »Ehrenkodex« für die obersten Richter der Republik. Warum sie um ihren guten Ruf besorgt sein müssen, *NJW* 2017, S. 1156 ff.

Es gibt einige prominente Beispiele für solche Ethikregeln. Auf internationaler Ebene sind hier etwa die »UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary«³⁰ oder die sog. »Bangalore-Principles«, die im Jahre 2002 von der sog. »Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity« erarbeitet wurden,³¹ zu nennen. Diese »Principles« dienen zwar im Wesentlichen der Absicherung und Konkretisierung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit. Zugleich enthalten sie aber in nahezu allen Fällen Verhaltens- und Inkompatibilitätsregeln für Richter und zielen damit auf die Absicherung der richterlichen Verantwortlichkeit. Freilich beziehen sich solche »Principles« regelmäßig auf die Sicherung der Unabhängigkeit der staatlichen Gerichte bzw. Richter, nicht aber auf die internationalen Gerichtshöfe und Tribunale.³²

2. Judicial accountability und Ethik-Richtlinien

Eine wichtige Ausnahme bilden hier die sog. »Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary« aus dem Jahre 2004/2005.³³ Sie wurden von der »International Law Association Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals« unter dem Vorsitz von *Philippe Sands* und *Campbell McLachlan* erarbeitet und verkörpern wie auch alle anderen Mitteilungen und Empfehlungen zur richterlichen Unabhängigkeit auf internationaler Ebene völkerrechtliches *soft law*.

Die *Principles* enthalten, neben einer Reihe von Empfehlungen zur Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit internationaler Richter auch zahlreiche Aspekte für ihre Verantwortlichkeit, was zeigt, dass sich Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit nicht trennen lassen.³⁴ Nr. 17 der *Burgh House Principles* enthält Vorgaben für »*misconduct*«:

»17.1. Each court shall establish rules of procedures to address a specific complaint of misconduct or breach of duty on the part of a judge that may affect independence or impartiality.«

30 UN Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 (1985), S. 58.

31 UN Doc. E/CN.4/2003/65, Annex, S. 18 ff.

32 J. Crawford/J. McIntyre, The Independence and Impartiality of the International Judiciary, in: S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), The Culture of Judicial Independence, 2012, S. 189 ff. (208).

33 Abrufbar unter <https://docs.pca-cpa.org/2020/04/ef1f0fb6-burgh-house-principles.pdf> (Letzter Aufruf: 25.03.2024); dazu P. Sands/C. McLachlan/R. Mackenzie, The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 4 (2005), S. 247 ff.; J.-P. Cot, The Hague vs. Burgh House, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 10 (2010), S. 25 ff.

34 J. Crawford/J. McIntyre, The Independence and Impartiality of the International Judiciary, in: S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), The Culture of Judicial Independence, 2012, S. 189 ff. (199): »Judicial accountability is a necessary counterpoint to judicial independence and impartiality; indeed it is, in many ways, merely the other side of the coin.«

Deutlicher als in Nr. 17 lässt sich die Wechselbezüglichkeit von Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Verantwortlichkeit nicht aufzeigen, insbesondere, weil hier die Folge der entsprechenden richterlichen Fehlverhalten immer als Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter gesehen wird.

Auch die sog. »*Mount Scopus International Standards of Judicial Independence*« aus dem Jahre 2008 adressieren internationale Richter.³⁵ Sie stellen schon deshalb einen wichtigen Fortschritt in der Debatte um richterliche Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit dar, weil sie konsequent Kriterien für die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit sowohl auf der staatlichen Ebene als auch auf der internationalen Ebene formulieren und so auch für die Unterschiede, die für die Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit auf staatlicher und internationaler Ebene existieren, entscheidend sind.³⁶ Diese Standards sind auch detaillierter als die *Burgh House Principles*, wenngleich sie in Bezug auf richterliche Pflichtverletzungen an die Formulierungen der *Burgh House Principles* unmittelbar anknüpfen (s. Nr. 26.1. der *Mount Scopus Standards*). Daneben enthalten sie aber für internationale Richter Vorgaben für Nebentätigkeiten (»*Extra-Judicial Activities*«, Nr. 17). Besonders ausführlich werden auch Befangenheiten thematisiert (»*Past-Links to a Case*«, Nr. 18, »*Past-Links to a Party*«, Nr. 19, »*Interest in the Outcome of a Case*«, Nr. 20 und »*Contact with a Party*«, Nr. 21). Zudem enthalten die Standards auch Regeln, die das Verhalten der Richter auch nach dem Ausscheiden aus dem internationalen Richteramt in den Blick nehmen. So sieht Nr. 22.2 der Standards vor:

»Judges shall not seek or accept, while they are in office, any future employment, appointment or benefit, from a party to a case on which they sat or from any entity related to such a party that may affect or may reasonably appear to affect their independence or impartiality.«

Die Reichweite dieser Formulierung kann man erst ermesen, wenn man sich vor Augen führt, dass die Parteien, die einen Verstoß gegen Nr. 22.2 vorbringen, fast immer Staaten sind. Bei einer weiten Auslegung müssten Richter im Anschluss ihrer Tätigkeiten an internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen nahezu jede staatliche Anschlussbeschäftigung an den genannten Kriterien messen, wobei bei einer Abwägung schon die konkrete Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ausreicht.

35 Abgedruckt in S. Shetreet/C. Forsyth (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence*, 2012, S. 501 ff.

36 Dazu S. Shetreet, *The Mt. Scopus International Standards of Judicial Independence: The Innovative Concepts and the Formulation of a Consensus in a Legal Culture of Diversity*, in: ders./C. Forsyth (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence*, 2012, S. 475 ff.

3. Code of Judicial Ethics des IStGH und des EGMR

Die Vorreiterrolle, die der IStGH hinsichtlich vieler Fragen der Gerichtsorganisation und der Verfahrensausgestaltung einnimmt, bestätigt sich auch in Fragen der Berufsethik. Die Richter haben schon früh auf der Grundlage von Art. 52 des Römischen Statuts i. V. m. Art. 126 der Geschäftsordnung des IStGH eigene Ethikleitlinien beschlossen.³⁷ Die Geschäftsordnung aus dem Jahre 2007 hat sich so als recht weitsichtig erwiesen, und die Richter des IStGH haben in den Leitlinien sowohl Elemente der Unabhängigkeit als auch der Verantwortlichkeit verankert: So erwähnen die Leitlinien schon in der Präambel die grundlegenden Prinzipien »*judicial independence*« und »*impartiality*«, aber auch »*proper conduct*«.³⁸

Der EGMR hat sich im Jahre 2008 ebenfalls eigene Ethikleitlinien gegeben, die denen des IStGH nicht unähnlich sind.³⁹ Auch die EGMR-Ethikleitlinien enthalten die grundlegenden Prinzipien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der EGMR-Richter. Insoweit lässt sich hier von einem grundlegenden und nachhaltigen Trend auf internationaler Ebene sprechen, der auch auf der Ebene der EU eine Rolle spielt. Dass insbesondere in Deutschland die Debatte über Ethikleitlinien gerade erst beginnt, aber auf der internationalen Ebene schon lange geführt wird, hängt auch damit zusammen, dass die legitimationsstiftende Wirkung solcher Leitlinien auf internationaler Ebene womöglich höher eingeschätzt wird als auf der staatlichen Ebene. Dass aber die Debatte auch auf der staatlichen Ebene immer mehr ins Rollen kommt, zeigt zugleich, dass der Wandel, in dem sich die Dritte Gewalt befindet, neue Instrumente der Verantwortlichkeitssicherung erfordert.

4. Unabhängigkeit und Verantwortung als Grundlage richterlicher Berufsethik

Freilich lässt sich der tatsächliche Einfluss von Ethikregeln nur schwer messen. Schon die Tatsache, dass sie in den meisten Fällen von Richtern selbst erarbeitet werden, zeigt, dass ihnen zunächst nur milieuinterne Beratungs- und Diskussionsprozesse vorausgehen und ihr Zweck zunächst darin besteht, die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt sowohl auf staatlicher wie auch auf internationaler Ebene zu sichern. Gleichwohl liegt ihnen häufig die

37 International Criminal Court Codes of Judicial Ethics, ICC-BD/02-01-05; eingehend dazu A. Seibert-Fohr, International Judicial Ethics, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication, 2014, S. 757 ff.

38 Auch der EuGH hatte sich im Jahre 2007 einen Code of Conduct gegeben, der zum 1. Januar 2017 durch einen neuen Code ersetzt wurde, vgl. ABl. EU Nr. C 483/1 v. 23. 12. 2016.

39 ECHR, Resolution on Judicial Ethics v. 23.06.2008.

Erkenntnis zugrunde, dass die Sicherung dieser Unabhängigkeit ein voraussetzungsvolles Unterfangen ist, das ohne die Begleitung durch Verantwortlichkeitsstrukturen kaum gelingen kann. Es ist deshalb auch interessant zu sehen, dass gerade auf der internationalen Ebene die Verantwortlichkeitsstrukturen immer deutlicher herausgearbeitet werden, was u. a. damit zusammenhängt, dass die demokratische Legitimation internationaler Gerichtshöfe und Tribunale mitunter erhebliche Defizite aufweist.

III. Weitere Instrumente und Akteure interner Verantwortlichkeitssicherung

Neben möglichen Rechtsmitteln und der richterlichen Selbststeuerung durch Ethikregeln sind auch auf der Ebene des Völkerrechts Konturen spezifischer Verantwortlichkeiten abgebildet, die indes nur um den Preis der Verallgemeinerung im Zusammenhang dargestellt werden können. Dies gilt auch für die Begründungspflichten für Beschlüsse und Urteile (dazu 1.), für Fragen der Größe und des Budgets internationaler Gerichte (2.) und den Umgang mit Befangenheiten (3.).

1. Begründungspflichten und Begründungsstil

Ein zentrales Element für die Absicherung der Legitimation richterlicher Entscheidungen, aber auch für die richterliche Verantwortlichkeit sind Begründungspflichten.⁴⁰ Vielleicht mag ein besonderer Begründungsstil auch Ausdruck eines besonderen Verantwortungsbewusstseins sein. Auch wenn heute nahezu alle Statuten und Verfahrensordnungen internationaler Gerichtshöfe und Tribunale Vorgaben für die Begründung der entsprechenden richterlichen Entscheidungen enthalten (vgl. etwa Art. 45 EMRK, Art. 32 Satzung des EFTA-Gerichtshofs, Art. 56 IGH-Statut, Art. 30 Abs. 1 ITLOS-Statut, Art. 12 Nr. 7 DSU, Art. 74 Abs. 5 IStGH-Statut), ist dies keine Selbstverständlichkeit. Vielmehr hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass sich internationale Gerichtshöfe und Tribunale durch fehlende Begründungen erheblichen Problemen ausgesetzt haben, was insbesondere im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit weitreichende Konsequenzen hatte.⁴¹ Und

40 Eingehend zur Begründung etwa R. Christensen/H. Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001; H.-J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre 1982; für internationale Gerichtshöfe und Tribunale s. etwa A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 254 ff.

41 L. Damrosch, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, 3. Aufl. 2019, Art. 56 IGH-Statut, Rn. 1 m. w. Nachw.; s. zu den Standards in diesem Bereich ausführlich O. C. Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis, EJIL 19 (2008), S. 301 ff.

auch heute lässt sich schwerlich von einem einheitlichen Begründungsstandard auf internationaler Ebene sprechen. Vielmehr kommt es jeweils auf den Hintergrund und die Rahmenbedingungen, Tradition und auch Funktionalität an.⁴²

Gem. Art. 56 Abs. 1 IGH-Statut ist ein Urteil des IGH stets zu begründen (*»The judgement shall state the reasons on which it is based«*).⁴³ Nahezu wortgleich sind die Anforderungen an das Urteil im ITLOS-Statut formuliert (Art. 30 Abs. 1). Und auch das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshof enthält eine solche Begründungspflicht, die allerdings etwas ausführlicher gefasst ist (Art. 74 Abs. 5 Rom-Statut). Hiernach ergeht das Urteil des IStGH schriftlich und enthält eine vollständige und begründete Darstellung der Ergebnisse der Beweiswürdigung und der Schlussfolgerungen der Hauptverfahrenskammer. Diese eher ausführliche Anforderung erklärt sich aus der Funktion des IStGH als Strafgerichtshof, die eine besondere Verfahrensstrenge erfordert (vgl. auch Art. 83 Nr. 5 Rom-Statut für die Berufungsurteile des IStGH).⁴⁴ Im Rahmen von welthandelsrechtlichen Streitigkeiten haben die Panel (Art. 6 ff. DSU) und auch der Appellate Body die jeweiligen *reports* zu begründen, was auch – und insbesondere – für Schiedssprüche im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gilt (s. Art. 34 UNCITRAL Arbitration Rules Nr. 3, Art. 48 Nr. 3 ICSID Convention).⁴⁵

Insgesamt kann die Begründungspflicht inzwischen zum verfahrensrechtlichen Standardrepertoire der internationalen Gerichtsbarkeit gezählt werden. In der Praxis lässt sich zudem eine – mitunter kritisierte⁴⁶ – Tendenz zu recht ausführlichen Begründungen erkennen, die freilich inzwischen auch beim EuGH und erst recht bei vielen deutschen Gerichten beobachtet werden kann, wobei das deutsche Recht Richter mitunter zur Kürze anhält (s. etwa § 313 Abs. 3 ZPO).

42 Allgemein dazu R. Jennings, *Judicial Reasoning at an International Court*, Vorträge, Reden und Berichte des Europa-Instituts Nr. 236, 1991.

43 Dazu etwa L. V. Prott, *The Style of Judgement of the International Court of Justice*, *Australian Yearbook of International Law* 8 (1973), S. 75 ff.

44 Dazu W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. Oxford 2015, S. 1134 f.

45 M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2017, S. 194 ff.; N. Andrews, *Improving Arbitration: Responsibilities and Rights* (The Roebuck Lecture 2017), *The International Journal of Arbitration* 83 (2017), S. 330 ff. (348 ff.). Gerade im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit dürfte die Begründung der Schiedssprüche einen zentralen Legitimations- und Verantwortlichkeitsbaustein darstellen, denn viele andere »Ankerpunkte« der Verantwortlichkeitssicherung sind in diesem Rahmen anders oder schwächer ausgestaltet als im Rahmen internationaler oder staatlicher Gerichtsbarkeiten.

46 A. von Bogdandy/I. Venzke, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014, S. 256 f.

Die EMRK sieht vor, dass die Urteile und bestimmte Entscheidungen des EGMR zu begründen sind (Art. 45 Abs. 1 EMRK).⁴⁷ Diese Begründungspflicht ist damit umfassend angelegt und gilt für alle Urteile und für solche Entscheidungen, mit denen Beschwerden beim EGMR für zulässig oder unzulässig erklärt werden.⁴⁸ Konkretisiert wird der entsprechende Inhalt und Aufbau eines Urteils durch Art. 74 VerfO EGMR, der aber hinsichtlich der Begründung nicht über den Inhalt des Art. 45 Abs. 1 EMRK hinausgeht. Hier ist gem. Art. 74 Abs. 1 lit. h VerfO EGMR nur davon die Rede, dass die Urteile die Entscheidungsgründe enthalten. Auch in der Praxis des EGMR hat sich schnell ein Hang zu ausführlichen Begründungen eingestellt, der sich immer mehr dem Urteilsstil des BVerfG angenähert hat.⁴⁹ Freilich gilt das nicht für alle Entscheidungen des EGMR. Urteile der Großen Kammer fallen aber regelmäßig ausführlich aus, was auch mit ihrer erheblichen Bedeutung zusammenhängt.

Insgesamt kann man bei Begründungen von Urteilen zwar unterschiedliche Stile unterscheiden, es ist aber klar erkennbar, dass sich ein eher diskursiver Stil gegen einen kurz angebundenen autoritativen Stil mehr und mehr durchsetzt.⁵⁰ Dass internationale Gerichtshöfe auch künftig eher zu ausführlichen Entscheidungsbegründungen tendieren werden, ist schon deshalb wahrscheinlich, weil die Urteilsbegründungen nahezu das einzige Kommunikationsinstrument der Gerichtshöfe mit der Außenwelt darstellen und überdies ein enger Zusammenhang mit der Frage der Legitimation der Gerichtshöfe besteht.⁵¹

Aus der Perspektive der richterlichen Verantwortlichkeit sind die Begründungen zudem Gradmesser für die Frage, ob die Richter ihre Aufgabe nach Maßgabe der jeweiligen völkerrechtlichen Verträge bzw. Organisationsstatu-

47 Zudem enthält die EMRK auch einen Anspruch auf die Begründung eines Urteils durch einen Konventionsstaat, der sich aus Art. 6 EMRK ergibt, s. EGMR v. 21.01.1999 – no. 30544/96 – NJW 1999, 2429 Rn. 26 ff. – Garcia Ruiz gegen Spanien; J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6, Rn. 103.; U. Kischel, Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S. 139 f.; W. Schabas (Hrsg.), The European Convention on Human Rights. A Commentary, 2015, Art. 45, S. 857 ff.

48 J. Meyer-Ladewig/K. Brunozzi in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl., 2017, Art. 45, Rn. 1; C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 14, Rn 4 ff.

49 C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 4, insofern ist vorläufig eher eine Inspiration von der deutschen Ebene in Richtung internationaler Ebene zu beobachten und nicht umgekehrt, andere Einschätzung bei G. Nolte, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2007), S. 129 ff. (152); U. Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 324 f.

50 A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 254 f.

51 Ebenda.

ten der internationalen Gerichtshöfe und Tribunale erfüllt haben. Freilich sind die Anforderungen, die an Urteile insgesamt und ihre Begründung gestellt werden, meist sehr vage.

2. Größe und Budgets internationaler Gerichte

Internationale Gerichtshöfe und Tribunale sind je nach Aufgabe und Kontext recht unterschiedlich ausgestattet. Schon die Zahl der Mitglieder der Richterbank variiert stark, dazu kommen die allgemeinen Budgets für wissenschaftliche Dienste, Übersetzungskosten, Gebäude usw.⁵² Für eine *judicial accountability* sind diese Fragen von erheblicher Bedeutung: Es liegt auf der Hand, dass die Unterfinanzierung und/oder Unterbesetzung von Gerichten häufig zu Verfahrensfehlern, Verzögerungen oder gar Fehlentscheidungen führen. Insoweit gibt es einen direkten Zusammenhang zwischen Fragen der Ausstattung und der (möglichen) Verantwortlichkeit. Umgekehrt wird in dem potenziellen Einfluss, den Internationale Organisationen bzw. Mitgliedsstaaten ausüben können (Stichwort: »goldene Zügel«), mitunter auch eine Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit gesehen (dazu unten).

Doch zunächst zur Größe der Richterbank. Es gibt ganz unterschiedliche Vorstellungen darüber, wie viele Richter ein internationaler Gerichtshof benötigt oder haben sollte. So gilt etwa für den EGMR die Regel, dass jeder Konventionsstaat (derzeit 47) einen Richter stellt (Art. 20 EMRK),⁵³ wobei es nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht auf die Nationalität des jeweiligen Kandidaten ankommt.⁵⁴ Praktisch wird aber der Fall, dass ein Konventionsstaat einen Drittstaatsangehörigen für dieses Amt vorschlägt, so gut wie gar nicht vorkommen.⁵⁵ Der IGH besteht dagegen aus 15 Richtern (Art. 3 Abs. 1 IGH-Statut), die nach einem komplizierten regionalen Schlüssel gewählt werden. Die Panel im Rahmen des WTO-Streitschlichtungsverfahrens bestehen in der Regel aus drei Personen (vgl. Art. 8:5 DSU), der Appellate Body

52 Dazu etwa *D. Terris/Cesare P. R. Romano/L. Swigart*, *The International Judge. An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases*, Lebanon 2005, S. 160 ff.

53 Zur Organisation des EGMR s. etwa *N.-L. Arolt*, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Boston/Leiden 2007, S. 41 ff.; *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim*, in: dies./S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, Einleitung, 4. Aufl. 2017, Rn. 40 ff.

54 *J. Meyer-Ladewig/H. Fuentes*, in: *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer* (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 4. Aufl. 2017, Art. 20, Rn. 1.

55 Dies ist nicht bei allen internationalen Gerichtshöfen der Fall, so ist etwa der vormalige Präsident des EFTA-Gerichtshofs (bis zum 31.12.2017) *Carl Baudenbacher* Staatsbürger der Schweiz, wurde aber von Liechtenstein für den Gerichtshof benannt. In gewisser Weise ermöglichen Bestimmungen wie Art. 20 EMRK eine Besetzung der Richterbank nach den in jedem internationalen Gerichtsstatut vorgesehenen Qualitätsanforderungen an Person und Arbeit. Aktueller Präsident ist *Páll Hreinsson* aus Island (seit 01.01.2018).

grundsätzlich aus sieben Personen (Art. 17:1 DSU). Auch Schiedsgerichte verfügen in der Regel über drei Schiedsrichter. Für den EFTA-Gerichtshof entsendet jeder Mitgliedstaat einen Richter (Art. 28 Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs).

Freilich bilden Sitzungen und Entscheidungsfindungen bei Gerichtshöfen, die über eine ausgesprochen große Richterbank verfügen (EGMR, EuGH usw.), inzwischen eher die Ausnahme. Die Hauptlast der Arbeit wird auch hier durch Kammern erledigt, die i. d. R. aus weniger (zwischen drei und sechs) Richtern bestehen. Dieses System liegt etwa der Arbeit des EGMR, des IStGH oder ITLOS zugrunde und hat sich insgesamt bewährt.

Die Frage nach den Budgets internationaler Gerichtshöfe ist – wie auch bei Internationalen Organisationen – nicht selten konfliktbehaftet.⁵⁶ Schon seit Jahren wird auch hier nach dem »Preis der Gerechtigkeit« gefragt und zudem danach, ob die mitunter enormen Kosten in einem vertretbaren Verhältnis zu den Fallzahlen der Gerichte stehen. Die Diskussionen drehen sich zum einen um die Globalbudgets, die den Gerichtshöfen und Tribunalen zur Verfügung gestellt werden und die schon lange die Grenze von einer Milliarde Euro jährlich übersteigen,⁵⁷ und zum anderen um die Bezahlung der Richter, die freilich meist vom Allgemeinbudget mit abzudecken ist.⁵⁸ Die entscheidenden Fragen, wer wie viel zahlt, sind hierbei unterschiedlich geregelt.⁵⁹ So sieht etwa Art. 33 IGH-Statut vor, dass die Kosten des Gerichtshofs in der von der Generalversammlung bestimmten Weise von den Vereinten Nationen getragen werden, sie gehen m. a. W. zu Lasten des Haushalts der Vereinten Nationen.⁶⁰ Dies ist im Verhältnis von EGMR und Europarat ähnlich geregelt (vgl. Art. 50 EMRK), wenngleich die Abhängigkeit der Gerichte von den jeweiligen Internationalen Organisationen mitunter kritisch oder gar

56 D. Terris/C. P. R. Romano/L. Swigart, *The International Judge. An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases*, 2005, S. 160 ff.

57 Vgl. die Übersicht bei T. Ingadottir, *The Financing of International Adjudication*, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 594 ff. (600).

58 S. dazu am Beispiel der Gehälter der Richter des IStGH ausführlich W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2015, S. 794 ff.

59 Zum Ganzen s. etwa C. P. R. Romano, *The Price of International Justice*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 281 ff.; D. Wippmann, *The Costs of International Justice*, *AJIL* 100 (2006), S. 861 ff.; Y. Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach*, *AJIL* 106 (2012), S. 225 ff.; T. Ingadottir, *The Financing of International Adjudication*, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 2014, S. 594 ff.

60 Zu den Details eingehend C. Espósito, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 3. Aufl. 2019, Art. 33 IGH-Statut, Rn. 12 ff.

als Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit gesehen wird.⁶¹ Dagegen wird der IstGH gem. Art. 115 lit. a i. V. m. Art. 117 des Römischen Statuts in erster Linie durch Beiträge der Vertragsstaaten finanziert, deren Höhe sich nach dem Schlüssel der VN bemisst.

Zu den Zahlen: Die Mitgliedstaaten des ITLOS haben sich für das Jahr 2023/2024 auf ein Gesamtbudget von 23.443.900 Euro geeinigt.⁶² Der IGH verfügte im Jahre 2022 über ein Budget von 28.549.100 US-Dollar; im Jahr 2023 über ca. 29 Mio. US-Dollar.⁶³ Der IstGH ist ein vergleichsweise teures Gericht, was auch auf die Komplexität strafrechtlicher Verfahren zurückzuführen ist, und verfügte z. B. 2020 über ein Budget von über 149 Mio. Euro.⁶⁴ In Relation zu den enormen Fallzahlen, die jährlich bewältigt werden, ist der EGMR mit einem Budget von knapp über 70 Mio. Euro für 2019 und 85.163.700 Euro für 2024 recht effizient.⁶⁵ Der EFTA-Gerichtshof ist dagegen mit einem Jahresbudget in 2014 von 4.447.400 Euro, von denen allein 3.938.606 Euro von Norwegen getragen wurden, ein eher »günstiger« Gerichtshof.⁶⁶ Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit finanzieren sich die jeweiligen Institutionen wie der Ständige Schiedsgerichtshof in Den Haag und ICSID durch Gebühren, die in der Regel die Parteien zu tragen haben.⁶⁷

Ein sicher nicht unerhebliches Problem besteht darin, dass nicht alle Mitgliedstaaten ihren Anteil am Budget eines Gerichts überweisen. So wird bereits im Jahresbericht 2016 des ITLOS festgestellt, dass 45 (!) Mitgliedstaaten ihren Jahresbeitrag nicht überwiesen hatten.⁶⁸ Auch wenn die entsprechenden Außenstände bis dahin die Arbeitsfähigkeit des Tribunals nicht beeinträchtigt haben, so ist doch die Zahl der Staaten, die die Zahlungen verweigern oder nicht rechtzeitig tätigen, hoch. Hierbei handelt es sich aber mehr um ein allgemeines Problem, mit dem viele Internationale Organisationen zu kämpfen haben, und weniger um ein spezifisches Problem der »global judiciary«. Dass dagegen Zahlungen bewusst zurückgehalten werden, um

61 Am Beispiel des EGMR s. J. Meyer-Ladewig/D. Renger, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 50, Rn. 2 mit Verweis auf Jochen A. Frowein, in: J. A. Frowein/A. Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Erl. zu Art. 50.

62 Online abrufbar unter: <https://www.itlos.org/en/main/general-information/finances/> (Letzter Aufruf: 24.03.2024).

63 Report of the International Court of Justice (1 August 2018-31 July 2019), A/74/4, S. 65 und Report of the International Court of Justice (1 August 2022-31 July 2023), A/78/4, S. 54 f.

64 Resolution ICC-ASP/18/Res.1.

65 Council of Europe, Programme and Budget, S. 1.

66 EFTA Court, Financial Reports 2014, RCP 01/2015 v. 20.04.2015, S. 7.

67 Dazu eingehend T. Ingadottir, The Financing of International Adjudication, in: C. Romano/K. Alter/Y. Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication, 2014, S. 594 ff. (606 f.).

68 SPOLS/304 v. 24.03.2017, S. 17. Es kam so zu Ausfällen i. H. V. 714.286,- EURO für das Haushaltsjahr 2015/2016.

Verantwortlichkeiten einzufordern oder einen Missstand zu beheben, dürfte bis dahin eine absolute Ausnahme bilden.

3. Befangenheitsregelungen

Schließlich verkörpert auch der Ausschluss eines Richters wegen Befangenheit ein Instrument der internen Verantwortlichkeit, das nicht nur im staatlichen Recht,⁶⁹ sondern auch auf internationaler Ebene eine erhebliche Bedeutung haben kann.⁷⁰ So kennen fast alle internationalen Gerichtsstatuten oder die entsprechenden Verfahrensordnungen Bestimmungen über den Ausschluss eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit (vgl. etwa Art. 24 IGH-Statut, Art. 28 Verfo-EGMR). Das Verfahren kann hier von einem Richter selbst (vgl. etwa Art. 24 Abs. 1 IGH-Statut) oder durch den jeweiligen Präsidenten eingeleitet werden (Art. 24 Abs. 2 IGH-Statut). Soweit es hier zu »Unstimmigkeiten« kommt, entscheidet der Gerichtshof (Art. 24 Abs. 3 IGH-Statut).

Die EMRK überformt nicht nur das konventionsstaatliche Befangenheitsrecht,⁷¹ sondern enthält auch Regelungen für den EGMR selbst, wobei insbesondere die Gründe, die zu einer Befangenheit eines EGMR-Richters führen, in der Verfo-EGMR recht ausführlich dargelegt werden. Hierzu zählen etwa ein persönliches Interesse eines Richters an der Rechtssache (Art. 28 Abs. 2 lit. a Verfo-EGMR), eine vorherige Mitwirkung an der Rechtssache (Art. 28 Abs. 2 lit. b Verfo-EGMR) oder wenn ein Richter

»über die Medien, schriftlich, durch öffentliches Handeln oder in anderer Weise in der Öffentlichkeit Ansichten geäußert hat, die objektiv geeignet sind, seine Unparteilichkeit zu beeinträchtigen« (vgl. Art. 28 Abs. 2 lit. c Verfo-EGMR).

Schließlich enthält Art. 28 Abs. 2 lit. d Verfo-EGMR eine Art Generalklausel, die immer dann zu einer Annahme der Befangenheit führen kann, soweit »berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit« des Richters bestehen. Auch im Rahmen der EMRK ist es so dem EGMR selbst in die Hand gelegt, über eine mögliche Befangenheit und ggf. den Ausschluss eines

⁶⁹ Dazu aus deutscher Perspektive etwa G. Vollkommer, Der ablehnbare Richter, 2001.

⁷⁰ Eingehend dazu R. Jennings/P. Couvreur, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice, 3. Aufl. 2019, Art. 24 IGH-Statut, Rn. 10 ff.; D. Shelton, Legal Norms to Promote the Independence and Accountability of International Tribunals, LPICT 2 (2003), S. 27 ff.

⁷¹ Dazu eingehend G. Steinfatt, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2012, am Beispiel von Verfassungsgerichten s. auch P. Schiess, Unparteilichkeit von Verfassungsrichtern und deren Ablehnung in großer Zahl wegen Besorgnis der Befangenheit. Bemerkungen anlässlich von EGMR, A.K. J. Liechtenstein vom 9. Juli 2015, EuGRZ 2015, S. 549 ff.

Richters von einem Verfahren zu befinden. In der Praxis spielt das Instrument bis dahin aber keine nennenswerte Rolle.

C. Verantwortlichkeit gegenüber Internationalen Organisationen und Mitgliedstaaten

Internationale Gerichtshöfe und Tribunale agieren nicht im luftleeren Raum, sondern sind in der Regel Teil internationaler Strukturen. Zumindest in Fragen der Haushaltsverantwortung bzw. des Budgets sind sie häufig von Mittelzuweisungen der Organisationen abhängig. Es liegt deshalb auf der Hand, dass hier Verantwortlichkeitsstrukturen und -instrumente existieren, die ihre *judicial accountability* sichern sollen. Tatsächlich steht die Frage, wie Internationale Organisationen, Mitgliedstaaten bzw. allgemein Staaten die Kontrolle bzw. »Verantwortlichkeitssicherung« bei internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen bewerkstelligen können, schon seit einiger Zeit im Mittelpunkt kritischer Debatten.⁷² Und es zeigt sich immer mehr, dass die »*global judiciary*« nicht nur als Problemlöser empfunden wird, sondern z. T. auch als Problem. Insofern kann die Verantwortlichkeitssicherung auch eine zentrale Rolle dabei spielen, die Legitimation internationaler Gerichtshöfe zu sichern.

Indes ist die Frage, wem gegenüber die entsprechenden Verantwortlichkeiten sicherzustellen sind, differenziert zu beantworten, was insbesondere mit den unterschiedlichen Organisationsarrangements zusammenhängt. So verkörpert etwa der IGH ein Organ der VN. Dagegen ist der IStGH mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet (Art. 4 Abs. 1 Rom-Statut) und damit eine eigenständige Internationale Organisation. Die organisationsrechtliche Anbindung des EGMR an den Europarat ist letztlich diffus: Einerseits liegt die Finanzierungsverantwortung für den EGMR beim Europarat (Art. 50 EMRK), andererseits ist der EGMR kein Organ des Europarats.

I. Internationale Gerichtshöfe als Organe Internationaler Organisationen

Einige internationale Gerichtshöfe und Tribunale sind direkt Internationalen Organisationen zugeordnet bzw. verkörpern ein Organ Internationaler Orga-

72 S. dazu etwa E. Posner/J. C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, California Law Review 93 (2005), S. 1 ff., die die Einrichtung ständiger Gerichtshöfe kritisch sehen, dagegen L. R. Helfer/A.-M. Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, California Law Review 93 (2005), S. 901 ff.

nisationen. So stellt etwa der IGH gem. Art. 7 Abs. 1 UN-Charta ein Hauptorgan der Vereinten Nationen dar, er verkörpert gem. Art. 93 UN-Charta das »Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen«.

II. Mögliche Formen der Verantwortlichkeitssicherung

Welche Möglichkeiten haben aber Internationale Organisationen, die Verantwortlichkeiten ihrer Rechtsprechungsorgane sicherzustellen? In erster Linie ist auch hier die Bindung an das jeweilige Völkervertragsrecht bzw. an das Völkerrecht Legitimationsquelle und Instrument der Verantwortlichkeitssicherung zugleich (dazu 1.). Zudem ist die Bestellung der Richter durch die Mitgliedstaaten einer Internationalen Organisation (dazu 2.) ein Instrument der Verantwortlichkeitssicherung. Schließlich spielen auch Elemente eine »*financial accountability*« eine Rolle (3.), wobei es in den meisten Fällen eher um die »Zahlungsmoral« der Staaten geht.

1. Rechtsbindung

Internationale Gerichte und Tribunale sind an das Völkerrecht gebunden,⁷³ was etwa aus Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut folgt. Hiernach besteht die Aufgabe des IGH darin, »die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden«. Eingegrenzt wird diese Aufgabe durch die Aufzählung des Prüfungsmaßstabs (Art. 38 Abs. 1 lit. a–d IGH-Statut), die allerdings nicht abschließend ist. Interessant ist auch, dass Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut eine Entscheidung *ex aequo et bono* treffen kann, soweit die Streitparteien dem zustimmen. Im Rahmen einer solchen Entscheidung kann der IGH »die Grenzen des positiven Völkerrechts beiseiteschieben und die für den Streit ›billigste‹ iSv gerechteste Lösung zugrunde legen.«⁷⁴ Zwar gibt es auch hier Grenzen, dennoch ist Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut aus der Warte des Prinzips der Rechtsbindung bemerkenswert, weil er theoretisch die Möglichkeit bietet, alle Maßstäbe über Bord zu werfen. Schon deshalb ist seine praktische Bedeutung sehr überschaubar – der IGH hat die Vorschrift bis heute noch nie angewendet. Ähnliche direkte Hinweise auf die jeweilige Rechtsbindung enthalten nahezu alle Statuten der internationalen Gerichte und Tribunale. So begrenzt etwa das Römische Statut die Zuständigkeit des IStGH auf eine im Statut definierte Zahl von Delikten.

73 K. Daugirdas, How and Why International Law Binds International Organizations, Harvard International Law Journal 57 (2016), S. 325 ff.

74 M. Schröder, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 7. Abschnitt, Rn. 96.

Im Vergleich zur Rechtsbindung staatlicher Gerichte kann die Rechtsbindung internationaler Gerichtshöfe und Tribunale aber nur sehr mittelbar als Modus ihrer demokratischen Legitimation und damit auch Verantwortlichkeit gelten. Zwar dient auch im Völkerrecht die Rechtsbindung zunächst als Instrument der Maßstabsbildung und damit der Begrenzung. Die demokratischen Defizite des Völkerrechts lassen es aber kaum zu, demokratische Verantwortlichkeiten zuzuordnen.⁷⁵ Bei der Rechtsbindung im Völkerrecht kann es damit weniger um demokratische Verantwortlichkeiten gehen als vielmehr um die Sicherung der Verantwortlichkeiten der jeweiligen Gerichtshöfe und Tribunale im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten bzw. im Verhältnis zu den sie tragenden Internationalen Organisationen. Das Völkerrecht soll (im Regelfall) Maßstab und Grenze der jeweiligen Entscheidungen der Gerichtshöfe und Tribunale bilden.

2. Bestellung der Richter

Die Sicherung der Qualität bei der Bestellung der Richter kann letztlich nur im Rahmen besonderer Bestellungsverfahren sichergestellt werden, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten eine besondere Form der *ex ante*-Verantwortlichkeit innehaben.⁷⁶ In der Bestellung spielen unterschiedliche Faktoren eine Rolle, wie z. B. regionale Schlüssel, die Qualifikation der Nominierten oder Gender-Fragen. Es handelt sich damit nicht um einen rein politischen Prozess, die Auswahlentscheidung ist zumindest *auch* rechtlich gesteuert. Dass hier eine immer größere Autonomie der internationalen Gerichte und Tribunale angestrebt wird, zeigt auch die zu beobachtende (noch) stärkere Ausrichtung der Verfahren auf bestimmte Kriterien und die Beteiligung von Expertengremien. Schon die Aufmerksamkeit, die die Wissenschaft dem Thema in den letzten Jahren hat zuteilwerden lassen, verdeutlicht, dass es sich bei der Bestellung um einen wichtigen Dreh- und Angelpunkt im Rahmen der Diskussionen über die »*international judiciary*« handelt. Und es erklärt sich von selbst, dass nur eine Beachtung der Verfahren und Qualifikations-

75 Eingehend dazu etwa S. *Weathley*, A Democratic Rule of International Law, EJIL 22 (2011), S. 525 ff. (527): »Within the state, it is now accepted that the legitimacy of law depends on the institutionalization of democratic procedures. The legitimacy of international law is provided by the requirement of sovereign consent, constructing a counterfactual ideal in which political legitimacy rests on an expression of sovereign will and the consent of all subjected states«; s. auch *ders.*, The Democratic Legitimacy of International Law, 2010.

76 R. *Mackenzie/K. Malleson/P. Martin/P. Sands*, Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics, 2010; M. *Nunner*, Kooperation internationaler Gerichte, 2009, S. 106; für die europäische Ebene s. M. *Bobek* (Hrsg.), Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts, 2015.

voraussetzungen eine Besetzung der Richterbank zu garantieren vermag, die sich ihrer Verantwortung und ihrer Verantwortlichkeit bewusst ist. Soweit die Vertragsstaaten ihre besondere Verantwortlichkeit bei der Auswahl der Kandidaten vernachlässigen, so darf vermutet werden, ist immer auch schon eine Ursache für weitere Verantwortlichkeitsproblematiken gesetzt.

3. Weitere Formen

Neben Rechtsbindung und Richterbestellung gibt es weitere Instrumente, wie Mitgliedstaaten und Internationale Organisationen die Verantwortlichkeiten internationaler Gerichtshöfe sichern können. So liegt zwar die »Finanzierungsverantwortung« für internationale Gerichtshöfe und Tribunale bei den Vertragsparteien bzw. Internationalen Organisationen und verkörpert zunächst eine Pflicht, kann aber in der Form der sprichwörtlichen »goldenen Zügel« (im Falle des Nachkommens der Zahlungsverpflichtungen) oder im Falle der »Austrocknung« auch durchaus zu einem Instrument werden, das Gefolgschaft sichern soll. Es liegt auf der Hand, dass beide Ansätze mit der richterlichen Unabhängigkeit konfligieren müssen.⁷⁷ Dass dagegen auch internationale Gerichte die Pflicht haben, mit den ihnen zugewiesenen Mitteln verantwortungsbewusst umzugehen, ist letztlich eine Selbstverständlichkeit. Allerdings gibt es bislang kaum Informationen zu der Frage, wie sie dieser Verantwortlichkeit nachkommen bzw. welche Instrumente konkret eingesetzt werden.

III. Sonderfall: Internationale Gerichtshöfe mit eigener Rechtspersönlichkeit

Eine neuere Entwicklung des Völkerrechts besteht in der Verleihung von Rechtspersönlichkeit an Internationale Gerichtshöfe; ihre Mitgliedstaaten gründen den jeweiligen Gerichtshof also als Internationale Organisation. Das wichtigste Beispiel für diese Entwicklung ist der IStGH, dem die Vertragsstaaten gem. Art. 4 Abs. 1 Rom-Statut ausdrücklich eine eigene Rechtspersönlichkeit verliehen haben. Die grundlegenden Entscheidungen werden von der Versammlung der Vertragsstaaten (»*Assembly of States Parties*«) getroffen (Art. 112 Rom-Statut). Die Versammlung hat weitreichende Möglichkeiten und insbesondere auch Kontroll- und Aufsichtsmechanismen, die in ihrem Umfang und ihrer Konkretheit bis dahin einmalig sein dürften.⁷⁸ Aus

⁷⁷ So auch M. Nunner, Kooperation internationaler Gerichte, 2009, S. 105.

⁷⁸ Dazu etwa P. Ambach/K. U. Rackwitz, A Model of International Judicial Administration? The Evolution and Managerial Practices at the International Criminal Court, Law and Contemporary Problems

der eigenen Rechtspersönlichkeit des IStGH folgt auch, dass völkerrechtliche Delikte dem IStGH ebenso zurechenbar sind wie der IStGH auch die Folgen selbst zu tragen hätte. Eine andere Frage ist, ob die Vertragsstaaten des IStGH eine Art Ausfallverantwortung trifft (dazu IV.).

IV. Staatenverantwortlichkeit und internationale Gerichtshöfe

Schon vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Ressourcen Internationaler Organisationen begrenzt sind, hat sich in den letzten Jahren eine Diskussion zu der Frage entwickelt, ob völkerrechtlich ein Rückgriff auf die Mitgliedstaaten und Mitglieder Internationaler Organisationen möglich ist.⁷⁹ In erster Linie geht es hier um die Frage einer Haftungsverantwortlichkeit, man sollte die Debatte aber nicht auf diesen Aspekt reduzieren, was im Kontext einer *judicial accountability* besonders plausibel ist. Die Verantwortlichkeit der hinter Internationalen Organisationen stehenden Staaten geht weiter: Sie bezieht sich letztlich auf alle Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit internationale Gerichtshöfe und Tribunale ihre Aufgabe erfüllen können. Die Haftungsverantwortlichkeit bildet hier nur eine Facette.

Konzentriert man sich aber auf einen (Haftungs-)Rückgriff, kommen hier zwei Konstellationen in Betracht: Zum einen dann, wenn wie im Falle des IStGH das internationale Gericht selbst eine Internationale Organisation darstellt. In diesem Fall geht es also um die Verantwortlichkeit von Mitgliedstaaten im Verhältnis zu einer von ihnen gegründeten Internationalen Organisation. *Marten Breuer* spricht hier plastisch von einer »Durchgriffshaftung«⁸⁰. Darüber hinaus kommt auch noch der Fall in Betracht, dass ein Gericht ein Organ einer internationalen Organisation verkörpert (bzw. sonst eng mit einer Internationalen Organisation verbunden ist), und eine Art »doppelte Durchgriffshaftung« gegenüber den Vertragsstaaten der Internationalen Organisation geltend gemacht wird.

Indes lässt sich im geltenden Völkerrecht eine solche Durchgriffshaftung derzeit kaum konstruieren, auch wenn mitunter ein solcher Durchgriff durchaus für möglich erachtet wird.⁸¹ Begreift man aber den ILC-Draft zur

76 (2013), S. 119 ff.; zur Rolle der Versammlung s. ausführlich *D. A. Mundis*, The Assembly of States Parties and the Institutional Framework of the International Criminal Court, *AJIL* 97 (2003), S. 132 ff.

79 *A. Stumer*, Liability of Member States for Acts of International Organizations: Reconsidering the Policy Objections, *Harvard International Law Journal* 48 (2007), S. 553 ff.; *C. Ryngaert/H. Buchanan*, Member State Responsibility for the Acts of International Organization, *Utrecht Law Review* 7 (2011), S. 131 ff. *A. S. Barros/C. Ryngaert/J. Wouters* (Hrsg.), *International Organizations and Member State Responsibility*, 2016; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011 S. 631 ff.

80 *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 631 ff.

81 Ebenda, S. 632 m. w. Nachw.

Verantwortlichkeit Internationaler Organisationen von 2011 als »*state of the art*«, so wird man den eher restriktiven Ansatz dieses Dokuments ernst nehmen müssen. Hiernach kommt eine Durchgriffshaftung gem. Art. 62 ILC-Draft⁸² nur für den Fall in Betracht, dass ein Staat eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat bzw. die Erwartung genährt hat, dass er dieses tun wird.⁸³ Und selbst in diesem Falle greift eine solche Haftung nur subsidiär (Art. 62 Abs. 2 ILC-Draft).

Bei näherer Betrachtung spielt es also kaum eine Rolle, ob es sich um eine einfache Durchgriffshaftung oder gar eine doppelte Durchgriffshaftung handelt; die Haftungsverantwortlichkeit für Völkerrechtsverstöße durch internationale Gerichtshöfe verbleibt bei Haftungsfragen auf der Ebene der Gerichtshöfe selbst (so im Falle des IstGH) oder aber bei den Internationalen Organisationen, in deren Gefüge die jeweiligen Gerichtshöfe und Tribunale integriert sind.

D. Verantwortlichkeiten gegenüber parlamentarischen Versammlungen?

I. Allgemeines

Die Bindung an das *Parlamentsgesetz* verkörpert das klassische Legitimationskonzept für die Dritte Gewalt. Dies gilt sowohl auf der staatlichen Ebene als auch – wenn auch in anderer Form – auf der Ebene der EU. Zwar sind internationale Gerichtshöfe und Tribunale an das Völkerrecht – zuvörderst an die für sie geschaffenen Statuten – gebunden. Indes kann man diesen Rechtssätzen nicht dieselbe »demokratische Autorität« zusprechen wie dem klassischen *Parlamentsgesetz* und seiner legitimationsstiftenden Wirkung für den nationalen Richter.

II. Richterwahlen durch parlamentarische Versammlungen: Das Beispiel der EMRK

Eine Besonderheit verkörpert in diesem Zusammenhang die in Art. 22 EMRK vorgesehene Wahl der Richter durch die Parlamentarische Versamm-

⁸² Art. 62 ILC-Draft:

1. A State member of an international organization is responsible for an internationally wrongful act of that organization if:

(a) it has accepted responsibility for that act towards the injured party; or
(b) it has led the injured party to rely on its responsibility.

2. Any international responsibility of a State under paragraph 1 is presumed to be subsidiary.

⁸³ M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 633.

lung des Europarats, die den Richtern des EGMR eine vergleichsweise hohe demokratische Legitimation vermittelt.⁸⁴ Gem. Art. 22 EMRK werden die Richter für jede Vertragspartei der EMRK von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus einer Liste von drei Kandidaten gewählt. Diese Liste wird von der jeweiligen Vertragspartei aufgestellt. Entscheidend ist deshalb zunächst, wie diese Liste aufgestellt wird. In Deutschland ist hier die Bundesregierung zuständig (BMJV und AA). Vor den Listenaufstellungen werden inzwischen Stellenanzeigen geschaltet, die geeignete Kandidaten zu Interessenbekundungen auffordern.⁸⁵ Schon durch dieses Verfahren gewinnt der Prozess der Listenaufstellung eine gewisse Transparenz. Ein Verfahren nach dem RiWG, wie es für Bundesrichter und die deutschen Richter am EuGH vorgesehen ist, gibt es aber derzeit nicht. Es käme, erstreckt man das Verfahren des RiWG auf die Nominierung der EGMR-Richter, zu zwei Abstimmungen, was aber für sich genommen kein Problem darstellt. Große Verfahrensverzögerungen bei der Richterbestellung wären hiermit jedenfalls – soweit ersichtlich – nicht verbunden.

E. Weitere Verantwortlichkeitselemente

I. Qualifikationserfordernisse

Auch völkerrechtliche Gerichtshöfe bzw. Tribunale sind abhängig davon, dass die Richter über die erforderlichen, dem hohen Amt entsprechenden Qualifikationen verfügen.⁸⁶ Entsprechend machen die jeweiligen Organisationsstatuten die Wahl oder Bestimmung solcher Richter auch von in der Regel hohen Qualifikationsstandards abhängig. So können gem. Art. 2 IGH-Statut nur solche Personen Richter am IGH werden, die ein »hohes sittliches Ansehen« genießen und die in ihrem »Staat für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Völkerrechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sind.«⁸⁷ Ganz ähnliche Voraussetzungen sind für den

84 J. Meyer-Ladewig/H. Fuentes in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 22, Rn. 1; A. von Bogdandy/C. Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff. (533 f.).

85 J. Meyer-Ladewig/H. Fuentes in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 22, Rn. 8.

86 D. Terris/Cesare Romano/L. Swigart, The International Judge: An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases, 2007.

87 Eingehend dazu M. J. Aznar-Gómez, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice – A Commentary, 3. Aufl. 2019, Art. 2 IGH-

EGMR in Art. 21 EMRK formuliert: Gem. Art. 21 Abs. 1 EMRK müssen die Richter des EGMR hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein.⁸⁸ Art. 21 Abs. 2 EMRK betont, dass die Richter dem Gerichtshof in ihrer persönlichen Eigenschaft angehören. Sie sind also keine Vertreter eines Mitgliedstaates der EMRK, sondern aufgrund ihrer Qualifikationen im Sinne des Art. 21 Abs. 1 EMRK zu wählen. Schließlich legt Art. 21 Abs. 3 EMRK fest, dass die Richter während ihrer Amtszeit keine Tätigkeit ausüben dürfen, die mit ihrer Unabhängigkeit, ihrer Unparteilichkeit oder mit den Erfordernissen der Vollzeitbeschäftigung in diesem Amt unvereinbar ist.

Gerade auf der internationalen Ebene lässt sich bei der Qualifikation und Bestellung von Richtern eine interessante Tendenz dahingehend erkennen, dass gerichtsinterne Gremien bzw. Expertenkommissionen die Voraussetzungen, die in der Person des Kandidaten liegen, prüfen, was etwa auf der Ebene der EU inzwischen den gängigen Standard verkörpert.⁸⁹ Vor der Wahl der IGH-Richter sollen im Rahmen der Vorschläge der nationalen Gruppen des Ständigen Schiedshofs (vgl. Art. 4 bzw. 5 IGH-Statut) gem. Art. 6 IGH-Statut Empfehlungen der nationalen Höchstgerichte, juristischen Fakultäten und anderen Einrichtungen eingeholt werden.⁹⁰ Auch das Römische Statut sieht die Möglichkeit vor, eine Art beratenden Ausschuss für die Richterwahl (*»Advisory Committee on Nomination«*) einzusetzen (Art. 36 Abs. 4 lit. c Rom-Statut).⁹¹ Die Mitgliedstaaten des IstGH haben diesen Ausschuss 2011 auf der Grundlage des Art. 112 Abs. 2 Rom-Statut eingesetzt.⁹² Er richtet nunmehr vor der Wahl von Richtern Empfehlungen an die Versammlung der Mitgliedstaaten des IstGH.⁹³ Und auch die Parlamentarische Versammlung

Statut, Rn. 15 ff.; C. F. Amerasinghe, *Judges of the International Court of Justice – Election and Qualifications*, Leiden Journal of International Law 14 (2001), S. 335 ff.

88 Zur Wahl der Richter allgemein J. Hedigan, *The Election of Judges to the European Court of Human Rights*, in: Marcelo G. Kohen (Hrsg.), *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, 2007, S. 235 ff.; F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 229 f.; s. auch H. G. Schermers, *Election of Judges to the European Court of Human Rights*, ELRev 23 (1998), S. 568 ff.

89 Zum IGH F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 236; W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2015, S. 690.

90 Zur Nominierungspraxis eingehend R. Mackenzie/K. Malleson/P. Martin/P. e Sands, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, 2010, S. 63 ff.

91 F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 236; W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2015, S. 690.

92 Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of State Parties, ICC-ASP/10/Res.5, OP19; W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2015, S. 1445; K. Ambos, *Treaties on International Criminal Law*, Vol. III (International Criminal Procedure), 2016, S. 105.

93 J. O'Donohue, *The ICC and the ASP*, in: C. Stahn (Hrsg.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, 2015, S. 105 ff. (128 f.); K. Ambos, *Treaties on International Criminal Law*, Vol. III (International Criminal Procedure), 2016, S. 105.

des Europarats hat vor der Wahl der EGMR-Richter ein Expertengremium (sog. »*Evaluierungsausschuss*«) zwischengeschaltet.⁹⁴

Insgesamt zeigt sich, dass die Besetzung der Richterämter bei internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen keine rein politische Angelegenheit ist, sondern dass bestimmten »Qualitätssicherungsmechanismen«, der Expertise der Kandidaten und der Transparenz der Verfahren mehr Bedeutung zugemessen wird. Qualifikationsanforderungen sind hierbei Verantwortlichkeitsinstrumente, die *ex ante* greifen und denen schon deshalb eine hohe Aufmerksamkeit zuteilwird.

II. Nationalität und Geschlecht der Nominees

Internationale Gerichtshöfe und Tribunale sind indes hinsichtlich der Wahl von Richtern nicht nur auf qualifizierte Kandidaten angewiesen, sondern auch die Nationalität und Fragen des Geschlechts spielen bei der Wahl eine wichtige Rolle. Aus der Perspektive einer *judicial accountability* werden die damit verbundenen Fragen allerdings nur selten (offen) diskutiert. Hier geht es zwar in der Regel um Proporz und Repräsentation – und damit um Prinzipien, die mitunter quer zu Qualifikationsanforderungen liegen können. Indes ist gerade die Aufgabe internationaler Gerichtshöfe und Tribunale nur dann sinnvoll zu erfüllen, wenn auch die verschiedenen Perspektiven auf das Völkerrecht hinreichend Beachtung finden. Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Staatsangehörigkeit der Mitglieder der Gerichtshöfe kann deshalb ebenso als *ex ante*-Instrument der Verantwortlichkeitssicherung gelten wie ein angemessenes Geschlechterverhältnis.

Bezüglich der Nationalität der Kandidaten enthalten nahezu alle internationalen Gerichtsstatuten Bestimmungen, die dafür sorgen sollen, dass die erforderliche nationale und auch regionale Repräsentation gewährleistet ist. So sieht etwa Art. 3 Abs. 1 IGH-Statut vor, dass Mitglieder des Gerichtshofs nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben können (»*The Court shall consist of fifteen members, no two of whom may be nationals of the same state*«).⁹⁵ Ähnliche Bestimmungen kennt etwa das Römische Statut (Art. 37 Nr. 7).

⁹⁴ S. J. Meyer-Ladewig/H. Fuentes, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 22, Rn. 3.

⁹⁵ M. J. Aznar-Gómez/F. Boos, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice – A Commentary, 3. Aufl. 2019, Art. 3 IGH-Statut, Rn. 4 ff.

Gerade in jüngerer Zeit spielen Gender-Fragen in der Diskussion eine wichtige Rolle.⁹⁶ So ist hinsichtlich der Besetzung des EGMR eine facettenreiche Diskussion über die bislang zu verzeichnende Unterrepräsentation von Frauen entstanden.⁹⁷ Auch im Rahmen der Wahlen für den IstGH wird immer häufiger gefordert, dass Frauen stärker berücksichtigt werden. Explizite »Frauenquoten« oder Gleichstellungsgarantien bilden in internationalen Gerichtsstatuten aber bislang die absolute Ausnahme.⁹⁸ Es ist sicher zu erwarten, dass Gender-Fragen bei künftigen Nominierungs- und Wahlentscheidungen eine noch größere Bedeutung zukommen wird, zumal zahlreiche Staaten schon von Rechts wegen Gleichstellungsaspekte zu berücksichtigen haben.

III. Inkompatibilitätsregelungen

Nahezu alle Statuten internationaler Gerichtshöfe und Tribunale enthalten Vorgaben über Inkompatibilitäten, d. h. berufliche und z. T. auch private Tätigkeiten, die für internationale Richter, die im Amt sind, unzulässig sind.⁹⁹ Ausgangspunkt ist hier die oftmals vorausgesetzte Erwartung, dass sich Mitglieder internationaler Gerichte und Tribunale *ausschließlich* ihrem Richteramt widmen (s. etwa Art. 16 IGH-Statut, Art. 40 Abs. 3 Rom-Statut, Art. 21 Abs. 3 EMRK). Zugleich sichern diese Regelungen die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Hiervon gibt es traditionell Ausnahmen, etwa für dem Amt angemessene Tätigkeiten, z. B. im Rahmen von Schiedsgerichten oder für akademische Tätigkeiten.¹⁰⁰ Darüber hinaus kennt etwa das IGH-Statut ein sog. Verbot der Rechtsvertretung (Art. 17 IGH-Statut), wonach ein Mitglied des Gerichtshofs nicht als Bevollmächtigter, Beistand oder

96 Dazu R. Mackenzie/K. Malleson/P. Martin/P. Sands, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, 2010, S. 161 ff.

97 R. C. A. White/C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. Aufl. Oxford 2014, S. 22; s. auch A. Moubrey, *The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights*, HRLRev 8 (2008), S. 549 ff.; jüngst S. Henneette Vauchez, *More Women – But Which Women? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights*, EJIL 26 (2015), S. 195 ff.; dazu F. Tulkens, *More Women – But Which Women? A Reply to Stéphanie Henneette Vauchez*, EJIL 26 (2015), S. 223 ff.

98 Vgl. aber Art. 14 VerfO EGMR, wonach bei den nach diesem und dem folgenden Kapitel vorzunehmenden Ernennungen des Gerichtshofs eine Politik, die auf eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter gerichtet ist, verfolgt werden sollte. Ähnlich auch Art. 36 Nr. 8 lit. a iii. Rom-Statut.

99 Dazu etwa J. D. Morley, *Relative Incompatibility of Functions in the International Court*, ICLQ 19 (1970), S. 316 ff.; P. Couvreur, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, 3. Aufl. 2019, Art. 17 IGH-Statut, Rn. 12 ff.

100 Eingehend mit zahlreichen Beispielen zur Praxis des IGH P. Couvreur, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, 3. Aufl. 2019, Art. 16 IGH-Statut, Rn. 21 ff.; s. auch W. A. Schabas, *The International Criminal Court – A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2015, S. 726 f.

Anwalt in irgendeiner Sache tätig werden darf. Auch Art. 21 EMRK und Art. 4 VerfoEGMR verkörpern ausführliche Vorschriften, die Tätigkeiten der Richter des EGMR aufzählen, die inkompatibel mit der richterlichen Tätigkeit am EGMR sind. Hiernach dürfen

»die Richter während ihrer Amtszeit keine politische, administrative oder berufliche Tätigkeit ausüben, die mit ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit oder mit den Erfordernissen der Vollzeitbeschäftigung in diesem Amt unvereinbar ist« (Art. 4 Abs. 1 VerfoEGMR, vgl. ähnlich Art. 21 Abs. 4 EMRK).

Darüber hinaus enthält die VerfoEGMR auch eine Regelung über – zeitlich überschaubar auf zwei Jahre limitierte – unzulässige Tätigkeiten nach dem Ausscheiden aus dem Amt, wozu insbesondere die Vertretung von Parteien vor dem EGMR gehört (Art. 4 Abs. 2 VerfoEGMR). Zudem sind die Nebentätigkeiten dem Präsidenten des EGMR anzuzeigen.

Insgesamt handelt es sich bei diesen Regelungen über Instrumente der internen Verantwortlichkeitssicherung, denn die Entscheidung über zulässige bzw. über unzulässige Tätigkeiten liegt regelmäßig in der Hand der Gerichte selbst. Sie ist wichtiger Bestandteil der Dienstaufsicht, die den Gerichtspräsidenten obliegt (dazu sogleich).

IV. Dienstaufsicht

1. Interne Mechanismen

Internationale Gerichtshöfe und Tribunale kennen in der Regel das Instrument der Dienstaufsicht, das auch auf der staatlichen Ebene immer wieder zu kontroversen Debatten führt,¹⁰¹ nur sehr mittelbar. Eine Ausnahme bildet hier das Römische Statut, das in Art. 47 ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, Disziplinarmaßnahmen auch gegenüber Richtern des IstGH zu ergreifen. Disziplinarmaßnahmen sind hiernach dann möglich, wenn eine weniger schwere Verfehlung als die nach Art. 46 Rom-Statut (welche die Entfernung aus dem Amt zur Folge hat) vorliegt. In der Praxis spielen diese Vorgaben allerdings bislang keine besondere Rolle.

101 Dazu § 13 E. IV.

2. Externe Aufsicht: Das Beispiel des IStGH-Oversight Mechanism

Das Römische Statut (Art. 112 Abs. 4) sieht vor, dass ein »Independent Oversight Mechanism« eingerichtet werden kann.¹⁰² Dieser »Mechanismus«, der im Jahre 2009 eingerichtet wurde,¹⁰³ verkörpert eine völlig neue Dimension der »Verantwortlichkeitskontrolle«, zumal seine Aufgabe u. a. darin besteht, »reports of misconduct or serious misconduct« zu erstellen, die naturgemäß Ermittlungen und ein Monitoring des IStGH voraussetzen. Dieser Mechanismus liegt so aus der Perspektive der richterlichen Unabhängigkeit auf der Grenze der Zulässigkeit, ist aber zugleich Ausdruck der Bemühungen, möglichst effektive Strukturen zu etablieren.

V. Amtsenthebung und Entlassung

Schließlich sehen die meisten Statuten internationaler Gerichtshöfe die Möglichkeit vor, Richter ihres Amtes zu entheben, soweit diese in besonders schwerer Form gegen die Pflichten, die ihnen durch die jeweiligen Statuten auferlegt werden, verstoßen (vgl. Art. 18 IGH-Statut). Hier ist schon seit längerer Zeit – ganz im Lichte der Erkenntnis, dass es zumindest abstrakte Verantwortlichkeitsstrukturen braucht – ein Trend in Richtung Verschärfung und Ausführlichkeit der Regeln zu beobachten.¹⁰⁴ So enthält das Römische Statut sehr klare Regelungen zur Amtsenthebung (Art. 46). Auch die in Art. 21 EMRK niedergelegten Kriterien und Anforderungen an die Richter des EGMR können ggf. zu einer Entlassung eines Richters führen, soweit gem. Art. 23 EMRK durch eine Zweidrittelmehrheit der Richter beschlossen wird, dass ein Richter diese Anforderungen nicht (mehr) erfüllt.

VI. Medien- und Öffentlichkeitsverantwortung

Auch internationale Gerichte und Tribunale tragen eine Medien- und Öffentlichkeitsverantwortung.¹⁰⁵ Bedenkt man, dass zahlreiche tradierte Legitimationsstränge für internationale Gerichte und Tribunale recht dünn geflochten sind, so liegt es auf der Hand, dass hier Fragen der Öffentlichkeit, der Zu-

102 J. O'Donohue, The ICC and the ASP, in: C. Stahn (Hrsg.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford 2015, S. 105 ff. (112 f.); S. Rama Rao/P. Ambach, in: O. Triffterer/K. Ambos (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court, 4. Aufl. 2022, Art. 112, Rn. 59 ff.

103 Establishment of an independent oversight mechanism, ICC-ASP/8/Res. 1.

104 F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 229 ff.

105 E. Voeten, Public Opinion and the Legitimacy of International Courts, Theoretical Inquiries L. 14 (2013), S. 411 ff. (416 f.); T. Neumann/B. Simma, Transparency in International Adjudication, in: A. Bianchi/A. Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, S. 436 ff.

sammenarbeit mit den Medien und – allgemeiner – der Transparenz eine besondere Rolle spielen müssen. Freilich muss man hier die unterschiedlichen Verantwortlichkeiten trennen: Während sich Fragen der Medienverantwortlichkeit auf den Zugang zu Informationen und allgemeiner auf die Zusammenarbeit mit den Gerichten konzentrieren, geht es bei der Öffentlichkeitsverantwortung zunächst um die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlungen internationaler Gerichtshöfe und Tribunale sowie darüber hinaus um die Veröffentlichung der gesamten Verfahrensdokumente. Entsprechend häufig wird auch der Zugang nicht nur zu den Urteilen, sondern auch zu den Schriftsätzen der Parteien und Verhandlungsmitschriften als basal für die Herstellung von Transparenz bezeichnet. Auch deshalb sehen nahezu alle Verfahrensordnungen vor, dass die Urteile zu veröffentlichen und die Sitzungen in der Regel öffentlich sind.

Dies gilt allerdings nicht einheitlich, insbesondere im internationalen Wirtschaftsrecht haben sich bislang andere Modi durchgesetzt: So sind etwa die Panel-Verfahren (Art. 14 DSU) und die Verfahren beim *Appellate Body* der WTO (Art. 17 Nr. 10 DSU) *de lege lata* vertraulich und auch nicht ausdrücklich öffentlich, was häufig kritisiert wird.¹⁰⁶ Man mag dies mit den Eigenheiten des WTO-Streitschlichtungssystems rechtfertigen, das nach wie vor auch Züge einer Handelsdiplomatie trägt. Indes werfen das Fehlen einer Öffentlichkeit, die Restriktionen des WTO-Systems *in puncto* Drittbeteiligung bei Streitigkeiten und auch die Debatten rund um die (mögliche) Bedeutung von Verfahrensunbeteiligten (Stichwort: »*amicus curiae*«) die Frage auf, wie ernst es den WTO-Mitgliedern mit der im Kern rechtsförmigen Beilegung von Streitigkeiten ist. Betrachtet man zusätzlich die Entwicklung rund um den *Appellate Body*, so kommen hier große Zweifel auf. Man mag zumindest die recht vollständige Verfügbarkeit der wesentlichen Informationen über Streitigkeiten auf der Website der WTO als gewissen Ausgleich sehen – volle Transparenz ist so aber nicht erreichbar.¹⁰⁷ Hier hat zwar inzwischen in gewissem Maße ein Umdenken stattgefunden, insbesondere der *Appellate Body* hat sich in den letzten Jahren teilweise geöffnet.¹⁰⁸ Solange aber die Verfah-

106 Eingehend P. Delimatsis, Transparency in the WTO, in: A. Bianchi/A. Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, S. 112 ff.; kritisch etwa M. Hilf, Das Streitbeilegungsverfahren der WTO, in: ders./S. Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, 2. Aufl. 2009, § 7, Rn. 39 mit Verweis auf D. McRae, What is the Future of WTO Dispute Settlement?, JIEL 7 (2004), S. 3 ff. (10 ff.); L. Ehring, Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization, JIEL 11 (2008), S. 1021 ff.

107 P. Delimatsis, Transparency in the WTO, in: A. Bianchi/A. Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, S. 112 ff. (137).

108 A. von Bogdandy/L. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 233, 238.

ren von Rechts wegen ausdrücklich vertraulich sind, ist vollständige Transparenz nur schwerlich herstellbar.

Auch in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind öffentliche Verhandlungen nicht üblich, selbst Zeugen können jederzeit von den Verhandlungen ausgeschlossen werden, was mit dem privaten Charakter der entsprechenden *hearings* begründet wird (vgl. etwa Art. 20 Abs. 4 ICDR Rules).¹⁰⁹ Entsprechendes gilt auch für die Investitionsschutzschiedsgerichtsbarkeit, in deren Rahmen *in camera*-Verfahren üblich sind.¹¹⁰ Zudem ist die Vertraulichkeit der Verfahren wichtiger Baustein der jeweiligen Schiedsgerichtsbarkeit. Nicht zuletzt deshalb hat es in den letzten Jahren starke Kritik an dieser Form der Streitschlichtung gegeben, die häufig in pauschalen Urteilen über eine angebliche Intransparenz mündet. Unter anderem diese Vorwürfe haben zur *Mauritius Convention* geführt.¹¹¹

Wie wichtig Transparenz und Öffentlichkeitsverantwortung sind, mag man auch daran sehen, dass sich in der »Öffentlichkeit« immer stärker ein Bewusstsein dafür bildet, dass auch internationale Gerichtshöfe und Tribunale öffentliche Gewalt ausüben. Nicht umsonst hat es etwa in der Schweiz eine Bürgerinitiative gegeben, die unter dem Motto »*Schweizer Recht statt fremde Richter*« insbesondere die Rechtsprechung des EGMR stark kritisiert. Solche Entwicklungen müssen aus der Perspektive der Öffentlichkeitsverantwortung zu denken geben.

VII. Verantwortlichkeit durch *Peer-Pressure* – Zur Rolle der Rechtswissenschaft

Auch auf der Ebene des Völkerrechts spielt die rechtswissenschaftliche Forschung als kritische Begleiterin und als Impulsgeberin eine wichtige Rolle. So hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass einzelne Urteile internationaler Gerichtshöfe – insbesondere des EGMR – durchaus sehr kritische Debatten auslösen können. Als Beispiele können etwa das Urteil des EGMR in der

109 M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Aufl. 2017, S. 169; C. Rogers, *Transparency in International Commercial Arbitration*, University of Kansas Law Review, 54 (2006), S. 1301 ff.

110 M. Sasson, *Investment Arbitration: Procedure*, in: M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hobe/A. Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, S. 1288 ff. (1367); s. auch J. A. Mupin, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky*, in: A. Bianchi/A. Peters (Hrsg.), *Transparency in International Law*, 2013, S. 142 ff.; J. R. Coe, *Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership*, University of Kansas Law Review 54 (2006), S. 1339 ff.; S. Schill, *Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, Virginia Journal of International Law 52 (2011), S. 57 ff.; G. Ruscilla, *Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?*, Groningen Journal of International Law 3 (2015), S. 1 ff.

111 https://treaties.un.org/doc/Treaties/2014/12/20141210%2011-52%20AM/CH_XXII_3.pdf (letzter Aufruf: 25.03.2024).

Sache Caroline von Hannover¹¹² oder das zu überlangen Gerichtsverfahren¹¹³ dienen. Die Schwierigkeit besteht hier häufig darin, dass Urteile des EGMR – oder allgemeiner: internationaler Gerichtshöfe – gewachsene und damit tradierte Strukturen irritieren bzw. Staaten dazu zwingen können, solche Strukturen zu ändern. Allerdings steht zu befürchten, dass die entsprechende Kritik nicht in allen Fällen Resonanz findet. Es ist für internationale Gerichtshöfe nahezu unmöglich, den internationalen Diskursen in ganzer Breite zu folgen. Die Flut an Urteilbesprechungen, Publikationen und Blogs stehen zwar einerseits für eine intellektuell breite kritische Auseinandersetzung mit den entsprechenden Urteilen, andererseits verkörpert diese Breite inzwischen ein echtes Rezeptionshindernis.

Jenseits der Frage, wie einzelne Entscheidungen internationaler Gerichtshöfe wissenschaftlich rezipiert werden bzw. ob internationale Gerichtshöfe und Tribunale wissenschaftliche Erkenntnisse rezipieren (vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH Statut),¹¹⁴ liegt ein weiterer enger Konnex zwischen der Rechtswissenschaft und der »*international judiciary*« auch auf der Ebene der Systembildung bzw. -stabilisierung. Internationale Gerichtshöfe, so haben neuere rechtswissenschaftliche Forschungen deutlich gezeigt, üben eine internationale öffentliche Gewalt aus,¹¹⁵ die legitimiert werden muss, ohne dass bislang in allen Details geklärt wäre, wie diese Legitimation gestiftet werden kann.¹¹⁶ Betrachtet man etwa die in diesem Kapitel näher analysierten Verantwortlichkeitsstrukturen, so wird deutlich, dass hier noch lange nicht alle Fragen beantwortet sind.

Entsprechend sind inzwischen viele wissenschaftliche Projekte zu verzeichnen (New York, Oslo, Kopenhagen), die der Erforschung einer »*Global*« oder »*International judiciary*« dienen sollen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass Fragen der Verantwortlichkeit bislang nur selten eine Rolle spielen. Zwar geht es bei der Frage nach der demokratischen Legitimation immer auch um die demokratische Verantwortlichkeit, darüberhinausgehende Überlegungen zu den Verantwortlichkeitsstrukturen werden aber voraussichtlich künftig noch mehr Raum einnehmen müssen, auch weil die demokratische

112 EGMR v. 24.06.2004 – no. 59320/00 – Caroline von Hannover.

113 EGMR v. 13.10.2011 – no. 37264/06 – M. gegen Deutschland.

114 S. dazu am Beispiel des WTO-Appellate Body S. *Torp Helmersen*, The Use of Scholarship by the WTO Appellate Body, Göttingen Journal of International Law 7 (2016), S. 309 ff.; eingehend M. *Peil*, Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of the Doctrine by the International Court of Justice, Cambridge Journal of International and Comparative Law 1 (2012), S. 136 ff.

115 S. dazu etwa die Beiträge in A. von Bogdandy/I. Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance, 2012.

116 A. von Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014.

Verantwortlichkeit internationaler Gerichtshöfe und Tribunale – zumindest wenn man sie an klassischen Modellen der demokratischen Legitimation misst – eher als prekär denn als gesichert betrachtet werden muss. Schon deshalb muss der Bestellung der Richter, dem Verfahren ihrer Verantwortlichkeitsabsicherung und ggf. auch der Haftung eine besondere Aufmerksamkeit zukommen. Insoweit ist es hier auch die Aufgabe der Rechtswissenschaft, weitere Überlegungen zu einer »*judicial governance*« auf internationaler Ebene,¹¹⁷ zu (weiteren) Systembildungen in Bezug auf das Verfahrensrecht internationaler Gerichtshöfe und Tribunale als Baustein eines »internationalen Gerichtsverfassungsrechts« sowie zur (weiteren) Prinzipienbildung (Stichworte: »Unabhängigkeit«) anzustellen.

F. Bedeutung des Völkerrechts für staatliche Konzepte einer *judicial accountability*

Das Völkerrecht hat aus verschiedenen Perspektiven eine stetig zunehmende Bedeutung für staatliche (und begrenzt auch supranationale) Konzepte einer *judicial accountability*. Die Einwirkungen auf das staatliche Recht hängen hier zunächst an dem Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht und mit dem jeweils gewählten völkerrechtlichen Instrumentarium zusammen. Man kann auch von einer »abgestuften Typologie der Einwirkung auf das nationale Recht« sprechen.¹¹⁸ So enthalten verschiedene internationale Menschenrechtspakte Verbürgungen, die eine zentrale Rolle für die richterliche Verantwortlichkeit spielen (dazu I.). Darüber hinaus strahlen aber auch die allgemeinen Entwicklungen auf der völkerrechtlichen Ebene auf die Staaten aus (II.).

I. *Judicial accountability* und internationale Menschenrechtsverträge

Insbesondere regionale und internationale Menschenrechtsverbürgungen entfalten eine zunehmende Bedeutung für Fragen der richterlichen Verantwortlichkeit auf der staatlichen Ebene. So enthalten verschiedene Konventionen etwa die Verbürgung von Rechtsmitteln, garantieren ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK)¹¹⁹ bzw. stellen konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung

117 Zur Rolle der nationalen Gerichte in einem solchen Konzept s. C. A. Whytock, *Transnational Judicial Governance*, *St John's Journal of International and Comparative Law* 2 (2012), S. 55 ff.

118 C. Grabenwarter/K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, § 3, Rn. 8 f.

119 S. dazu etwa L. F. Müller, *Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK*, 2015.

von Gerichtsverfahren in den jeweiligen Konventionsstaaten inklusive Anforderungen an Entschädigungsregeln bei judikativen Unrecht.¹²⁰ Es ist sicher nicht übertrieben, wenn man sagt, dass das Thema der »*judicial accountability*« in den letzten Jahren in einem erheblichen Umfang durch diese Verbürungen angestoßen wurde. Insofern folgen aus der Garantie von Menschenrechten auf der internationalen Ebene auch Reformimpulse für die nationale Ebene – Menschenrechte wirken sich so auch strukturell aus.

Der Hebel hinter diesen Garantien ist insbesondere darin zu sehen, dass sich der Einzelne auf sie berufen kann, was freilich im Detail am Rang hängt, den das jeweilige nationale Recht dem Völkerrecht zubilligt. So ist in Deutschland in den letzten Jahren eine intensive Debatte über die Bedeutung der EMRK entstanden, in deren Verlauf das BVerfG mehrfach Stellung zu dieser Frage bezogen hat.¹²¹ Die EMRK genießt hiernach zwar auf der Grundlage eines Transformationsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 GG »nur« einfachen Gesetzesrang,¹²² gleichwohl sind alle staatlichen Institutionen in Deutschland nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ausgerichtet.¹²³

Im Kontext einer *judicial accountability* spielte die EMRK z. B. hinsichtlich der innerstaatlichen Ausgestaltung von Rechtsmitteln (*right to appeal*, s. o.), aber auch auf der Grundlage des Art. 6 EMRK im Falle des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahren eine wichtige Rolle. Allgemeiner steht sie auch dafür, dass es jenseits des ordentlichen Rechtswegs und auch jenseits der Verfassungsgerichtsbarkeit noch eine Kontrollinstanz geben kann, was wiederum Druck auf die nationalen Rechtssysteme ausübt. Schließlich hat kaum ein völkerrechtliches Vertragswerk so stark die Idee der Menschenrechte und ihre Bedeutung auch für die Dritte Gewalt geweckt wie die EMRK.

II. Weitere völkerrechtliche Anknüpfungspunkte

Doch auch jenseits der direkten Prägung staatlichen Rechts durch diverse Menschenrechtspakte gibt es zahlreiche völkerrechtliche Prinzipien, die die staatliche Ebene beeinflussen und z. T. auch zu Änderungsprozessen führen. So hat die Thematik der Staatenverantwortlichkeit in den letzten Jahren insbesondere dazu geführt, auch im innerstaatlichen Bereich Fragen der Verantwortlichkeit stärker in den Blick zu nehmen. Völkerrechtliche Diskurse

120 Vgl. dazu § 10 B. II. 2.

121 BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 – EGMR-Entscheidungen.

122 Kritisch dazu etwa M. Breuer, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?, NVwZ 2005, S. 412 ff.

123 BVerfG v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, Rn. 33 ff. – EGMR-Entscheidungen.

können für die staatliche Ebene auch Vorbildwirkung entfalten. So lässt sich derzeit eine als global einzustufende Debatte über die Bedeutung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit beobachten, die in vielen Staaten eine Vorbildwirkung entfalten könnte.

III. Die Rolle des völkerrechtlichen *soft law*

In den letzten Jahren sind zudem auf der Ebene des Völkerrechts zahlreiche Initiativen zu verzeichnen, die das Thema der »*judicial accountability*« in Form von Mitteilungen, »*Guidelines*« oder Empfehlungen (»*Recommandations*«) für die staatliche und die internationale Ebene parallel voranzutreiben suchen. Als beispielhaft kann hier die Debatte um die richterliche Unabhängigkeit staatlicher und internationaler Richter gelten, als deren Resultat inzwischen ein gutes Dutzend unterschiedlicher Mitteilungen, Erklärungen, Standards und Empfehlungen existieren. Hierbei handelt es sich in nahezu allen Fällen um sog. *soft law*, dessen Rolle im modernen Völkerrecht immer wichtiger wird.¹²⁴ Zwar verursacht die Kategorie des *soft law* auch Schwierigkeiten, denn es ist weder Recht im klassischen Sinne noch ist es in vielen Fällen nur eine »softe Empfehlung«. Die Schwierigkeiten setzen bei Legitimationsfragen an, setzen sich bei der Frage der Bindungswirkung fort und enden noch nicht bei Fragen der Änderbarkeit. Aus einer pragmatischen Perspektive sieht man aber insbesondere am Beispiel der Diskussionen zur Rolle der richterlichen Unabhängigkeit, dass neue Diskurse wie die Frage nach einer *judicial accountability* erheblich durch das *soft law* geprägt werden. Das *soft law* übernimmt so in gewisser Weise die Funktion eines Botenstoffs, der eine Debatte und dann womöglich auch die »Rechtwerdung« anstoßen kann. *Soft law* dient so als »Initiator« bzw. »Katalysator« für neue Entwicklungen.¹²⁵ Bedenkt man, dass die Unabhängigkeitsfrage eng mit der Frage nach Verantwortlichkeiten zusammenhängt, so ist es sicher nur eine Frage der Zeit, bis die entsprechenden Diskussionsstränge noch systematischer miteinander verbunden werden. Zumindest die *Mount Scopus Standards* schlagen diesen Weg bereits ein und beeinflussen die Diskurse sowohl auf der staatlichen als auch auf der internationalen Ebene.

124 Eingehend dazu etwa D. Shelton (Hrsg.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, 2000; M. Knauff, *Der Regelungsverband: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010, S. 257 ff.; J. Klabbers, *International Law*, 3. Aufl. 2021, S. 41 f.; kritisch W. Graf Vitzthum, in: ders./A. Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, 1. Abschnitt, Rn. 152 zur Rechtsquelleneigenschaft des *soft law*.

125 So die Akzentsetzung bei A. von Arnould, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2024, Rn. 280.

G. Exkurs: Internationale Schiedsgerichte und »Judicial Accountability«

Die Frage nach Verantwortlichkeiten stellt sich auch für Mitglieder internationaler Handelsschiedsgerichte bzw. im Rahmen der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.¹²⁶ Zwar sind die Verantwortlichkeitsstrukturen bei Schiedsgerichten schon strukturell anders angelegt als bei internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen, was schon auf die überragende Bedeutung der Parteienautonomie in Schiedsverfahren zurückzuführen ist.¹²⁷ Die Probleme sind aber auch in diesem Kontext sehr ähnlich: Wie lässt sich einerseits die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter sicherstellen und andererseits ihre Verantwortlichkeit? Gibt es hier völkerrechtlich vorgegebene Standards im Sinne einer *accountability*-Struktur? Und wie wirkt sich das Prinzip der Parteienautonomie in diesem Kontext aus?

Ähnlich wie bei internationalen Gerichtshöfen und Tribunalen steht auch in Bezug auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit die Debatte über Verantwortlichkeiten erst am Anfang.¹²⁸ In den letzten Jahren haben sich die entsprechenden Diskussionen insbesondere auf Fragen der Transparenz,¹²⁹ die Rolle der Grundrechte und allgemein die (demokratische) Legitimation¹³⁰ der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit konzentriert, nicht aber auf die allgemeinen Strukturen der Verantwortlichkeit.

Es liegt aber auf der Hand, dass die Verfahren der Auswahl der Schiedsrichter, die Sicherung ihrer Unabhängigkeit und ihrer Qualifikation, der Verfahrensgang, Rechtsmittel sowie Fragen der Transparenz besondere Bedeutung haben müssen, soweit Verantwortlichkeitsstrukturen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit erarbeitet werden sollen. Hierbei spielen die Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen der Schiedsgerichtsbarkeit

-
- 126 F. Francioni, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, EJIL 20 (2009), S. 729 ff.; A. van Aaken, Control Mechanisms in International Investment Law, in: Z. Douglas/J. Paulwelyn/J. E. Vinuales (Hrsg.), The Foundations of International Investment Law, 2014, S. 409 ff.; N. Andrews, Improving Arbitration: Responsibilities and Rights (The Roebuck Lecture 2017), Arbitration (The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management) 83 (2017), S. 330 ff.
 - 127 S. dazu S.-I. Horst, Das Spannungsverhältnis zwischen Schiedsrichter und Parteivertreter in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2017, S. 7 ff.
 - 128 S. aber F. Gilles Sourgens, ICSID Arbitration and the Importance of Public Accountability of a Private Judicature – A Roman Law Perspective, International Community Law Review 9 (2007), S. 59 ff.; G. Kaufmann-Kohler, Accountability in International Investment Arbitration, Cahiers de l'arbitrage/Paris J. Int'l Arb. 2016 (3), S. 511 ff.; D. P. Fernández Arroyo, The Legitimacy and Public Accountability of Global Litigation: The Particular Case of Transnational Arbitration, in: H.-W. Micklitz/A. Wechsler (Hrsg.), The Transformation of Enforcement, 2016, S. 355 ff.
 - 129 S. etwa D. Horodyski, Democratic Deficit of Investment Arbitration in the Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency, US-China Law Journal 13 (2016), S. 160 ff.
 - 130 J. Hueckel, Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements, Emory L.J. 61 (2012), S. 601 ff.

eine besondere Rolle. Der Ruf nach Legitimation und Transparenz ist – fast schon naturgegeben – besonders deutlich zu vernehmen, soweit es um Investor-Staat-Streitigkeiten geht, in deren Rahmen sich private Unternehmen und Staaten gegenüberstehen. Das Völkerrecht kennt zwar inzwischen gewisse Transparenz-Standards.¹³¹ Hier ist etwa auf die neue *Mauritius Convention* zu verweisen.¹³² Zu beachten ist aber, dass die Entwicklung von robusteren Verantwortlichkeitsstrukturen für internationale Schiedsgerichte mitunter auch kritisch gesehen wird. Soweit man etwa der Ansicht ist, dass nur Schieds- und *ad hoc*-Gerichte den Interessen der Staaten an Streitschlichtung gerecht werden, nicht aber institutionalisierte Gerichtshöfe, muss man den Forderungen nach klaren Verantwortlichkeitsstrukturen für die Schiedsgerichtsbarkeit kritisch gegenüberstehen, führen sie doch nur zu einer Stärkung der Legitimation jenseits des reinen Parteiwillens.¹³³

H. Wechselseitige Verantwortlichkeitssicherung internationaler Gerichtshöfe

Schließlich ist noch auf eine weitere wichtige Dimension der Verantwortlichkeitsdebatte hinzuweisen: die wechselseitige Verantwortlichkeitssicherung zwischen internationalen Gerichten und Tribunalen. Diese Form der Verantwortlichkeitssicherung verkörpert die andere Seite der Medaille, soweit von Jurisdiktionskonflikten¹³⁴ und der Proliferation internationaler Gerichte die Rede ist. Während aber diese Phänomene zumeist als problematisch wahrgenommen werden, wird der Aspekt der Verantwortlichkeitssicherung durch wechselseitige (Rechts-)Kontrolle kaum thematisiert.

Theoretisch kann man dieses Phänomen der wechselseitigen Kontrolle freilich unterschiedlich deuten. Man mag es als Ausdruck eines Wettbewerbs der (völkerrechtlichen) Rechtsordnungen ansehen, aber auch als Bedrohung der Autonomie von völkerrechtlichen Spezialregimen. Verbunden mit einer solchen Kontrolle sind sicher auch Irritationen von (sektoriell ausgerichteten)

131 Allgemein dazu A. Bianchi/Anne Peters (Hrsg.), *Transparency in International Law*, 2013; s. auch M. Krajewski, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2001, S. 261 ff.; s. zur Transparenz im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit s. etwa M. Scherer/M. Gehring/D. Euler, *Transparency in International Investment Arbitration*, 2015.

132 United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State von 2014 (»Mauritius Convention on Transparency«).

133 E. Posner/J. C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, *California Law Review* 93 (2005), S. 1 ff., die die Einrichtung ständiger Gerichtshöfe kritisch sehen, dagegen L. R. Helfer/A.-M. Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, *California Law Review* 93 (2005), S. 901 ff.

134 H. Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008.

Organisations- und Institutionengefügen. Es mögen menschenrechtliche Verbürgungen eine wechselseitige Sicherung von Grund- und Menschenrechtsgarantien einfordern, wie sich auch die Frage stellt, an *welches* Völkerrecht internationale Gerichte und Tribunale eigentlich gebunden sind.

Der Aufschwung der internationalen Gerichtsbarkeit hat jedenfalls dazu geführt, dass sich internationale und supranationale Gerichte und Tribunale koordinieren und ggf. auch kontrollieren müssen. Während die Koordination durch verschiedene Grundsätze, die sowohl im Völkerrecht als auch im staatlichen Recht beheimatet sind, ermöglicht werden soll (einerseits Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit, andererseits *Comity*¹³⁵), muss die Kontrolle nach Maßgabe der jeweiligen Zuständigkeiten und Befugnisse erfolgen.

Aus der Perspektive einer *judicial accountability* kann die (wechselseitige) Kontrolle dazu führen, dass die Bindung an bestimmte (sektorielle) Regime des Völkerrechts sichergestellt wird, etwa im Verhältnis von EGMR und EuGH. Hiermit ist womöglich auch eine Sensibilisierung für Lücken bzw. neue Entwicklungen verbunden. So wird der nach wie vor zu verfolgende Beitritt der EU zur EMRK (Art. 6 Abs. 2 EUV) u. a. damit begründet, dass so auch eine menschenrechtliche Überprüfung in Regionen des Unionsrechts ermöglicht würde, die der Jurisdiktion des EuGH entzogen ist, wie z. B. die GASP (s. etwa Art. 275 AEUV).¹³⁶ Umgekehrt kann man natürlich auch sagen, dass im Falle einer solchen Kontrolle immer Bereichslogiken aufeinander treffen, die letztlich Ausdruck der Fragmentierung des Völkerrechts sind und die Frage nach »Leitordnungen« aufwerfen.¹³⁷

Freilich sind die entsprechenden Debatten sehr grundsätzlicher Natur, wenn man bedenkt, dass die Fälle, in denen es zu wechselseitigen Kontrollen kam, eher selten sind.¹³⁸ Auch im berühmten *Mox-Plant*-Fall kam es aufgrund der Anwendung des *Comity*-Prinzips¹³⁹ zu keinen echten Konflikten. Insoweit handelt es sich bei den »Jurisdiktionskonflikten« häufig um eher

135 Dazu etwa Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 2003, S. 278 ff.; M. Nunner, *Kooperation internationaler Gerichte*, 2009, S. 144 ff.

136 Dazu J. P. Terbechte, *Kohärenz und Autonomie – Die Unionsgrundrechte nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, in: J. Iliopoulos-Strangas/V. Pereira da Silva/M. Potacs (Hrsg.), *Die Grundrechte in Europa vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK*, 2013, S. 23 ff.

137 Dazu N. Matz-Lück, *Promoting the Unity of International Law: Standard-Setting by International Tribunals*, in: D. König/P.-T. Stoll/V. Röben/dies. (Hrsg.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform?*, 2007, S. 99 ff.

138 S. dazu etwa T. Treves, *Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 31 (1999), S. 809 ff.; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 2003; K. Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions*, *Max Planck UNYB* 5 (2003), S. 67 ff.; H. Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008.

139 Eingehend dazu M. Nunner, *Kooperation internationaler Gerichte*, 2009, S. 180 f.

theoretische Konflikte als um tatsächliche. Die wechselseitige Kontrolle mag so eher ein präventives Instrument sein, schon das Wissen um die Möglichkeit eines Konflikts wird viele Gerichte dazu veranlassen, alle möglichen Dimensionen und einzubeziehenden Rechtsebenen zu berücksichtigen.

I. Fazit

Zwar gibt es bislang kein völkerrechtlich abgesichertes Prinzip einer »*judicial accountability*«, gleichwohl zeichnet sich in den letzten Jahren immer deutlicher ab, dass Fragen der Verantwortlichkeiten internationaler Gerichtshöfe und Tribunale einen wichtigen Diskussionsstrang im Rahmen der Emergenz einer »*global judiciary*« verkörpern. Während Bestimmungen über die Bestellung, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit sowie Unvereinbarkeiten im Amt und die Abberufung internationaler Richter in nahezu allen Gerichtsstatuten verankert sind, fehlen in der Regel Bestimmungen über die Haftung oder berufliche Unvereinbarkeiten nach dem Ausscheiden aus dem Amt. Zu beobachten ist aber auch, dass erste Initiativen auf internationaler Ebene zu verzeichnen sind, die derartige Instrumente entwickeln (z. B. die »*Mount Scopus Standards*«). Gerade neuere Gerichtsstatuten wie das Römische Statut können hier eine Vorbildwirkung entfalten.

Darüber hinaus fehlen Hinweise in den jeweiligen völkerrechtlichen Verträgen bzw. Gerichtsstatuten auf die demokratische Verantwortlichkeit der »*global judiciary*« nahezu vollständig – eine Ausnahme bildet hier insbesondere die EMRK, in deren Rahmen die parlamentarische Versammlung des Europarats der Bestellung der Richter zustimmen muss.¹⁴⁰ Einen Durchgriff des Völkerrechts auf die nationalen Modi, *wer* für die Richterämter vorgeschlagen wird, gibt es allerdings nicht.

Entsprechend der allgemeinen Entwicklung auf der völkerrechtlichen Ebene spielen Fragen der Öffentlichkeit und Transparenz gerade in den letzten Jahren eine immer wichtigere Rolle und sind geradezu grundlegend für weitere Strukturbildungen rund um die Fragen der Verantwortlichkeit internationaler Richter.¹⁴¹

Angesichts dieser Entwicklungen dürfen die Diskussionen über die Rolle von internationalen Schiedsgerichten als geradezu paradigmatisch für die

140 E. Benvenisti, Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts, EJIL 4 (1993), S. 159 ff.; J. Klabbers, International Law, 3. Aufl. 2021, S. 341 ff.

141 Dazu T. Neumann/B. Simma, Transparency in International Adjudication, in: A. Biachini/A. Peters (Hrsg.), Transparency in International Law, 2013, S. 436 ff.

gesamte Entwicklung gelten. Ob sich Schiedsgerichte aber in die gängigen Legitimationsmuster einfügen lassen, ist ungewiss. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird bislang durch andere Verfahrensmaximen geleitet als staatliche oder auch internationale Gerichte. Ihre Daseinsberechtigung liegt geradezu in ihrer Unterscheidung von den traditionellen staatlichen Gerichten.¹⁴² Ob vor diesem Hintergrund ein einheitliches Konzept einer *judicial accountability* im Völkerrecht entwickelt werden kann, ist unwahrscheinlich. Der Begriff wird in der völkerrechtlichen Debatte gleichwohl an Bedeutung zunehmen, und auch der Platz einer möglichen Haftung für Fehlentscheidungen – ob sie nun von internationalen Gerichtshöfen oder Schiedsgerichten ausgehen, ist hierbei zweitrangig – wird in diesem Zusammenhang auf Interesse stoßen.

J. Annex: Übersicht

Die Übersicht zeigt noch einmal am Beispiel des IGH-Statuts, des Römischen Statuts, des Statuts des Internationalen Seegerichtshofs, des DSU und der EMRK die typischen Verantwortlichkeitsinstrumente, die häufig in internationalen Gerichtsstatuten verankert sind.

	IGH-Statut	Rom-Statut	Statut SeeGH	DSU	EMRK
Unabhängigkeit	Art. 2	Art. 40 (1)	Art. 2 (1)	Art. 8 (2)	Art. 21
Unparteilichkeit		Art. 41 (2) a	Art. 2 (1)		Art. 21
Qualifikationen	Art. 2	Art. 36	Art. 2 (1)	Art. 8	Art. 21 (1)
Wahl/Bestellung	Art. 4 ff.	Art. 36 (5)	Art. 4		Art. 22
Befangenheit	Art. 24	Art. 41	Art. 8		
Inkompatibilitäten	Art. 16	Art. 40 (2)	Art. 7		Art. 21 (4)
Dienstaufsicht		Art. 47			
Amtsenthörung	Art. 18	Art. 46			
Rechtsmittel	–	Art. 81 ff.	–	Art. 17	Art. 43
Ethikleitlinien	–	–	–	–	–
Begründungspflichten	Art. 56	Art. 74 (5)	Art. 30 (1)		Art. 45 (1)
Medienöffentlichkeit			Art. 30 (4)	Art. 14	Art. 40
Verfahrensöffentlichkeit	Art. 45 f.	Art. 74 (5)		Art. 14	Art. 40

142 Eingehend zu den Vor- und Nachteilen von Schiedsvereinbarungen etwa R. A. Schütze/R. C. Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 14 ff.

