

Prof. Dr. Volker Römermann, RA/FAHaGesR/FAInsR/FAArbR\*

# Bestenauslese oder beste Beziehungen? – Zehn Thesen über die Auswahl der BGH-Anwälte

Der Verfasser ist nicht objektiv, sondern Partei. Er hatte im vorangegangenen Wahldurchgang (2006) zur BGH-Anwaltschaft einen unterlegenen Kandidaten anwaltlich vor dem BGH vertreten, dort zahlreiche – aus seiner Sicht skandalöse – Missstände des Wahlverfahrens ermittelt und aufgelistet. Der Verfasser ist der Ansicht, dass weder das Wahlverfahren noch das Verfahren der gerichtlichen Prüfung rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen. Der letzte Wahldurchgang (2013) macht dies weiter augenfällig; der Verfasser hatte sich nun selbst beworben und dadurch weitere eigene Einblicke gewonnen, welche in die nachfolgenden Thesen eingeflossen sind. Dabei ist auch auf die Frage einzugehen, warum der BGH weite Teile seiner Entscheidung vom 2.5.2016 nicht öffentlich macht und auf seiner Webseite nur eine stark gekürzte Fassung präsentiert.

## 1. Der Bedarf für neue Rechtsanwälte wurde in den letzten Jahren – und vermutlich schon immer – deutlich zu niedrig angesetzt

Die Zahl der neuen BGH-Anwälte wird nicht nach verbindlichen Regeln, sondern vom Wahlausschuss bestimmt. Dieser hat 24 Mitglieder, darunter fünf Rechtsanwälte beim BGH, die vorab gefragt werden, wann neue Anwälte gewählt werden sollten – „noch nicht“, so sinngemäß der Tenor der Stellungnahme im hier zu besprechenden Wahldurchgang.

Der Wahlausschuss bestimmt den „Bedarf“ für neue Anwälte, ohne auf statistische Erhebungen über das erforderliche Arbeitsvolumen zurückgreifen zu können. Die Kapazitäten der BGH-Anwälte wurden zu keinem Zeitpunkt erfasst und in ein Verhältnis zur Zahl der Verfahren gesetzt. Es wird insofern allein darauf abgestellt, um wie viel Prozent die Zahl der BGH-Anwälte und/oder der Verfahren im Vergleich zu den Vorjahren gestiegen oder gesunken ist. Da aber kein „Normaljahr“ existiert, helfen diese relativen Betrachtungen nicht. Eine Steigerung um 10% sagt nichts aus, wenn das Vorjahr auch schon kein „kapazitätsentsprechendes“ Maß vorsah.

Die Zahl der „wissenschaftlichen Mitarbeiter“ von BGH-Anwälten war immer wieder Gegenstand von Debatten. Erfasst wurde sie nie. Wenn – wie über einige BGH-Anwälte bekannt wurde – BGH-Anwälte die eigentliche Aktenbearbeitung nahezu vollständig delegieren, können die anwaltlichen Sachbearbeiter eigentlich bei der Bestimmung der angemessenen Zahl der BGH-Anwälte nicht außer Betracht gelassen werden. Gleichwohl wird so verfahren. Der BGH begründet diese Vorgehensweise in seiner Entscheidung vom 2.5.2016 mit dem Hinweis auf eine „normale“ Praxis; auch beim BGH selbst arbeite man mit vielen wissenschaftlichen Mitarbeitern. Das mag sein und würde geradezu dazu einladen, über die „Bestenauslese“ bei der Bestellung von BGH-Richtern und den Einfluss politischer Parteien zu philosophieren. Da diese Frage aber nicht Gegenstand der zehn Thesen ist, sei an dieser

Stelle nur darauf hingewiesen, wie wenig Sinn es ergibt, ein umfangreiches Programm zu installieren, das „die Besten“ hervorbringen soll, während die eigentliche BGH-Anwaltstätigkeit dann aber anderen, vor den Augen der Außenwelt verborgenen Juristen überlassen wird, über deren jeweilige Qualifikation schlicht nichts bekannt ist.

Im letzten Wahldurchgang hat der Wahlausschuss den Bedarf mit acht neuen BGH-Anwälten angenommen. Auf die Frage des Vorsitzenden des Wahlausschusses zu Beginn der entscheidenden Sitzung sollen ausweislich des Protokolls<sup>1</sup> alle 24 Ausschussmitglieder einhellig die Zahl acht benannt haben. Sodann wurde – wie üblich – die doppelte Anzahl von Kandidaten auf eine Liste gesetzt, damit das BMJV daraus dann wieder die Hälfte zulasse (theoretisch soll dem wohl eine eigene Auswahl des BMJV vorausgehen; der Wahlausschuss nummeriert indes die Listen-Kandidaten und das BMJV bestellt in der Praxis die erste Hälfte, wenn nichts dazwischen kommt). Im vorletzten Wahldurchgang hat das Bundesjustizministerium dann allerdings infolge des damaligen Rechtsstreits vor dem BGH alle Listen-Kandidaten zugelassen – nicht nur die Hälfte. Im letzten Wahldurchgang wurden über die ersten acht Kandidaten hinaus noch vier weitere von der Liste zugelassen, nämlich alle, die auf der Liste standen und nach der zunächst ablehnenden Entscheidung des BMJV geklagt hatten (in einem Fall pikanterweise sogar noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist). „Bedarf“ gibt es nach Ansicht des BMJV also immer, wenn einer klagt und auf der Liste steht. Als der Verfasser eine einstweilige Anordnung auf „Freihaltung“ eines „Bedarfsplatzes“ beantragt hatte, wurde der Antrag vom BGH mit der Begründung zurückgewiesen, bei entsprechender Eignung müsse dann eben noch ein Platz geschaffen werden.<sup>2</sup>

Im Ergebnis gilt: Die 24 Mitglieder des Wahlausschusses sind sich alle ganz sicher, dass der „Bedarf“ bei acht Anwälten lag, aber das ist nicht nachvollziehbar, nicht begründbar und außerhalb des Wahlausschusses glaubt jedenfalls auch das BMJV nicht an diese Zahl.

## 2. Die Zusammensetzung des Wahlausschusses ist bei einer Bestenauslese kontraproduktiv

Der Wahlausschuss besteht aus 24 Personen, darunter fünf BGH-Anwälten. Deren Neigung, auf Lebenszeit starke Konkurrenten hinzuzubekommen, kann strukturell nur gering ausfallen – solange man nicht masochistische oder gar suizidale Tendenzen unterstellen will. Neben sechs Mitgliedern des BRAK-Präsidiums sind sodann der BGH-Präsi-

\* Der Autor ist Kläger in dem Wahlanfechtungsverfahren zur Wahl 2013, entschieden durch den BGH am 2.5.2016 – AnwZ 1/14, abrufbar unter [www.betriebs-berater.de BB-Online2016-2051-1](http://www.betriebs-berater.de BB-Online2016-2051-1).

1 Veröffentlicht nur bei <https://www.roemermann.com/images/downloads/Protokoll-vom-29.07.2013.pdf>.

2 BGH, Beschl. v. 11.10.2013 – AnwZ 2/13, abrufbar unter [www.betriebs-berater.de BB-Online BB2016-2051-2](http://www.betriebs-berater.de BB-Online BB2016-2051-2).

dent und 12 Vorsitzende der Zivilsenate des BGH im Wahlausschuss vertreten. Die BGH-Richter sind mit den aktuellen BGH-Anwälten natürlich bestens bekannt, aber auch mit manchen ihrer Zuarbeiter, die beispielsweise als Vertreter des BGH-Anwalts durchaus in mündlichen Verhandlungen Präsenz zeigen. Es liegt nicht nur nahe, sondern ist in Form von „Empfehlungsschreiben“ (z. B. Rn. 83, 93) auch dokumentiert, dass die BGH-Anwälte diese persönliche Nähe bewusst und intensiv nutzen, um „ihre“ jeweiligen Kandidaten „durchzubringen“. Der BGH hält es in seiner Entscheidung vom 2.5.2016 für völlig unbedenklich, dass persönliche Erfahrungen mit den Kandidaten in die Beurteilung einfließen, und sieht auch keine Chancenungleichheit darin, dass andere als die Mitarbeiter von BGH-Anwälten strukturell eher keine Möglichkeit haben, die BGH-Richter durch ihren Auftritt zu beeindrucken (Rn. 56). Von einem „Closed Shop“ könne keine Rede sein, denn von den 16 Listen-Kandidaten seien doch „nur“ sechs aktive und ein ehemaliger Mitarbeiter von BGH-Anwälten (Rn. 57). Sieben von 16 also, oder anders gewendet: Die Tür steht etwas auf und wer ein BGH-Anwalts-Ticket hat, kommt über die fast lane vorrangig vor den potenziell 160 000 bundesweiten Bewerbern hinein.

### 3. Karlsruher Anwälte hatten schon immer mit Abstand die besten Chancen

Die letzten Wahldurchgänge waren stets durch eine erkennbare Dominanz Karlsruher Neuanwälte geprägt. Das ist nicht allein dadurch zu erklären, dass der „juristische Genius“ durch die Sonne Karlsruhes im dortigen Lande besonders erblüht, sondern hinzu kommen zwei Umstände: Zum einen handelt es sich überwiegend um ehemalige Mitarbeiter von BGH-Anwälten, die von der BGH-Anwaltschaft durch das Verfahren gebracht werden. Zum anderen verzichtet die Rechtsanwaltskammer Karlsruhe im Gegensatz zu den anderen Kammern ganz offen auf eine Vorauswahl. So schlug sie für die Wahl 2013 gleich alle fünf in Karlsruhe gemeldeten Bewerber vor. Im Rest der Republik bewerben sich die Kandidaten zunächst bei ihrer örtlichen Rechtsanwaltskammer, welche aus diesen Bewerbungen die geeigneten Kandidaten auswählt und der Bundesrechtsanwaltskammer vorschlägt. Diese reicht die Vorschläge dann an den Wahlausschuss weiter. Bei der Rechtsanwaltskammer Hamburg etwa wurden nur drei Kandidaten an die BRAK weitergegeben. Der BGH hält dies am 2.5.2016 alles für unproblematisch (Rn. 58), schließlich sei durch die LetztAuswahl der BRAK bundesweit die Teilnahmemöglichkeit gewährleistet – was indes an der unterschiedlichen vorherigen Filterung auf Ebene der örtlichen Kammern nichts ändert.

### 4. Persönliche Vorstellungsgespräche der Kandidaten haben eine Bedeutung, aber niemand weiß, welche

Jeder Kandidat hatte die Möglichkeit, mit dem Vorsitzenden des Wahlausschusses, also dem BGH-Präsidenten, im Beisein des Vizepräsidenten und einer mit den Formalia des Wahlverfahrens betrauten Richterin ein Vorstellungsgespräch zu führen. Dieses Gespräch wurde mit 20 Minuten angekündigt, dauerte aber zum Teil (etwa bei dem Kläger) 45 Minuten. Dabei wurden der Werdegang, aber auch inhaltliche Fragen zur BGH-Anwaltschaft erörtert. Aufzeichnungen über diese Gespräche finden sich in der Akte des Wahlausschusses nicht. Die Vorstellung der Kandidaten spielte sich

offiziell ganz außerhalb des Wahlvorganges ab, es gibt keinerlei Hinweise auf eine Beurteilung durch den Vorsitzenden oder sonstige Wirkungen, etwa auf die Auswahl der zur Wahl stehenden Kandidaten (dazu noch sogleich). Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der Vorsitzende des Wahlausschusses die Vorstellungsgespräche im Vorfeld der Wahl mit irgendeiner spezifischen Absicht geführt und dass die Ergebnisse irgendwie Eingang in die weitere Wahl gefunden haben. Aber darüber soll nach außen nichts weiter bekannt werden. Die Rüge des Klägers, dass der Vorsitzende offenbar nach Vorabgesprächen mit einzelnen oder allen Mitgliedern des Wahlausschusses und objektiv willkürlich Kandidaten zur Wahl gestellt hat – oder eben nicht –, ist „dem Senat nicht verständlich“ (Rn. 47).

### 5. Nett zu lesen, aber nicht eingehalten: die „offiziellen“ Kriterien

Offiziell genannt werden drei Kriterien, die sich durchaus hören lassen: Wissenschaftliche Befähigung, forensische Erfahrung in der gesamten Breite des Zivilrechts und gesicherte Altersstruktur. Im Folgenden wird der Frage nachzugehen sein, inwieweit der BGH diese Kriterien dann in der Praxis tatsächlich anzuwenden bereit ist – bei näherem Hinsehen ein ernüchterndes Ergebnis.

#### a) Wesentliche Entscheidungsgründe werden nicht offiziell veröffentlicht

Inwieweit die Kriterien in den konkreten Anwendungsfällen der Kandidaten des Jahres 2013 tatsächlich Berücksichtigung gefunden haben, ist für Außenstehende nicht mehr nachvollziehbar, sind doch die Einzelbeurteilungen des BGH ihren Augen entzogen, oder besser: fast entzogen. Der BGH selbst veröffentlicht seine Entscheidung vom 2.5.2016 nämlich nur auszugsweise. Auf S. 40 der im Internet zu findenden Entscheidung<sup>3</sup> steht bei den Randnummern 81 bis 97 nichts als „(1)–(16) ...“. Der dortige Originaltext kann derzeit nur an einer Stelle nachgelesen werden, nämlich in der Internet-Dokumentation des Verfassers.<sup>4</sup> Dort ist das Urteil dann auch nicht – wie in der offiziellen Datenbank – 53 Seiten stark, sondern 75. Was steht nun Geheimnisvolles auf den immerhin 22 „verdeckten“ Urteilsseiten? Dort geht es um die Qualifikation der einzelnen Listen-Kandidaten. Der BGH setzt sich auch mit vom Kläger aufgezeigten kritischen Aspekten auseinander und wollte offenbar vermeiden, dass Näheres über vorhandene oder fehlende Kompetenzen der vom Wahlausschuss auf die Liste gesetzten Kandidaten publik wird. Soweit dafür der „Datenschutz“ bemüht würde (der BGH begründet die Auslassung indes nicht), überzeugte das kaum, schließlich geht es nicht um private Angelegenheiten, sondern um Merkmale der beruflichen Eignung für eine herausgehobene Anwaltsposition. Deren Veröffentlichung sollte doch eigentlich einen geradezu werbenden Charakter haben, jedenfalls wenn die Tatsachen dafür etwas hergäben. Namen können geschwärzt werden. Aus der Entscheidung über eine Konkurrentenklage den gesamten Vergleich eben dieser Wettbewerber herauszunehmen, führt aber doch dazu, dass die tragenden Gründe überhaupt nicht mehr nachvollzogen werden können, ein mit der Öffentlichkeit des Verfahrens unvereinbares Ergebnis.<sup>5</sup>

3 Abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016-5-2&nr=74761&pos=2&anz=4>.

4 Abrufbar unter [https://www.roemermann.com/images/downloads/20160502\\_BGH-Urteil\\_AnwZ\\_1\\_14.pdf](https://www.roemermann.com/images/downloads/20160502_BGH-Urteil_AnwZ_1_14.pdf).

5 Dazu BVerfG, Beschl. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, auch unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 EMRK.

**b) Das Kriterium der „gesicherten Altersstruktur“**

Es gibt Rechtsanwälte in fortgeschrittenem Alter, die eine hervorragende Leistung erbringen. Bei generell-abstrakter Betrachtung ist aber davon auszugehen, dass die Leistungsfähigkeit eher nachlässt, so der BGH in seinem Beschluss vom 5.12.2006.<sup>6</sup> Wenn ein Anwalt noch beim BGH zugelassen, dort in Wirklichkeit aber praktisch nicht mehr tätig ist, sondern alles bis hin zur Terminswahrnehmung „als Vertreter“ an seine Mitarbeiter delegiert, spricht man in Karlsruhe von „de-facto-Vakanz“. Von 37 BGH-Anwälten waren im Jahre 2013 22 über 60, 16 hiervon über 65 Jahre alt.

Im Wahlverfahren 2013 gab es jüngere und ältere Kandidaten. Bei den Jüngeren soll insbesondere die Mitarbeit bei einem BGH-Anwalt das Alter kompensieren. Bei einem älteren Kandidaten heißt es, wie in der mündlichen Verhandlung erwähnt wurde, seine kleinen Kinder hielten ihn „außerordentlich rege“. Der BGH meint nun am 2.5.2016, das Alter sei doch gar kein eigenständiges Kriterium (Rn. 73). Ein Kriterium also, das es zwar gibt, aber irgendwie auch nicht – und wo es relevant werden könnte, wird es argumentativ „neutralisiert“.

**c) Das Kriterium der „forensischen Erfahrung in der gesamten Breite des Zivilrechts“**

Es gibt, formal gesehen, nur einen echten Nachweis forensischer Erfahrung: Den Fachanwaltstitel. Nur diese Bezeichnung wird verliehen, nachdem die Rechtsanwaltskammer konkret geprüft hat, ob, wie oft, in welchen Prozessen der Rechtsanwalt tatsächlich bei Gericht aktiv war. Elf von 16 Listen-Kandidaten haben keinen Fachanwaltstitel aufzuweisen, vier einen und einer zwei. Der Kläger allein verfügt über drei Fachanwaltsbezeichnungen.

Die „Breite des Zivilrechts“ scheint in den Darlegungen früherer Sentenzen auch des BGH zum erforderlichen Erfahrungsschatz von BGH-Anwälten immer wieder auf. Nicht so im Jahre 2016. Es komme doch nur darauf an, meint der Anwaltsenat nun, dass sich der spezialisierte Kandidat in „alles“ einarbeiten könne (Rn. 77). Jetzt wird es sogar zum Gütesiegel erhoben, wenn der Kandidat Spezialist und somit gerade nicht „in der ganzen Breite“ tätig gewesen sei (Rn. 78). Das Kriterium der „Breite“ wird damit nicht nur entleert, sondern geradezu in sein Gegenteil verkehrt.

Die Mitarbeiter von BGH-Anwälten lassen typischerweise jeden Nachweis forensischer Erfahrung vermissen, haben sie doch in der Regel lediglich zugearbeitet und sind vielleicht gelegentlich als Vertreter aufgetreten. Macht nichts, ein Anstellungsverhältnis bei BGH-Anwälten substituiert nach Ansicht des BGH die fehlende Gerichtserfahrung ohne weiteres (z. B. Rn. 82, 83). Da schadet es auch nichts, wenn man den Anwaltsberuf zwischendurch an den Nagel hängt, um „zur See zu fahren“ (Rn. 86).

Im Ergebnis spielt das Kriterium der „Erfahrung“ bei den Gerichten nur dort eine Rolle, wo es „passt“, und wird im Übrigen ersetzt, zum Beispiel durch nette Empfehlungsschreiben (dazu sogleich).

**d) Das Kriterium der „wissenschaftlichen Befähigung“**

BGH-Anwälte können die Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof maßgeblich prägen. Ihre Überlegungen fließen – je nach Offenheit der Senate – manchmal mehr, manchmal weniger in die Entscheidungen ein. Daher ist es gut, vielleicht sogar erforderlich, wenn diese besondere Anwaltschaft in der mündlichen Verhandlung argumentativ „auf Augenhöhe“ mit den Richtern mithalten kann.

Der Nachweis einer „wissenschaftlichen Befähigung“ ist vergleichsweise einfach zu führen, da es hierfür klassische Indikatoren gibt: Gefestigte Verbindung zu einer anerkannten Universität etwa (in Ausnahmefällen durch eine Honorarprofessur bestätigt), Dissertation (und deren Note), Veröffentlichungen nach Alter, Zahl, Inhalt und Ort. Der BGH stellt auf derartige objektivierbare Indizien indes nicht ab. Eine vorhandene oder fehlende Promotion, Veröffentlichungen usw. besagen nichts (Rn. 74). Soweit Kandidaten noch Zeugnisse über ihre Referendarstationen vorlegen, findet der BGH das ganz in Ordnung (z. B. Rn. 81, 86). Der auf Platz 2 gewählte Kandidat hatte wissenschaftlich außer der Ankündigung, bis Ende 2012 promoviert zu haben, nichts aufzubieten (per heute ist die Promotion ausweislich der Kanzleihomepage noch nicht abgeschlossen), was den Senat nicht weiter stört, hätte er doch als Vertreter seines Arbeitgeber-BGH-Anwalts „wissenschaftliche Kompetenz“ gezeigt. Kandidat Nr. 3 hatte immerhin bei früherer Lehrstuhlmitarbeit in seiner Jugend ein paar strafrechtliche (!) Ausarbeitungen veröffentlicht (Rn. 83). Ein anderer Kandidat war 1984 als Mitarbeiter an einem anderen Lehrstuhl tätig, was dem BGH als Nachweis der wissenschaftlichen Befähigung auch noch nach 30 Jahren reicht (Rn. 89). Wo nötig, schrieb der Arbeitgeber-BGH-Anwalt gleich noch selbst ein Belobigungsschreiben über den eigenen Mitarbeiter (z. B. Rn. 93, 96). Auch wenn es dem Kandidaten nach vielen Jahren nicht gelungen war, zu promovieren, und er nach dem Scheitern seiner Hochschulkarriere bei einem BGH-Anwalt Anstellung fand, hindert das seine „wissenschaftliche Befähigung“ nicht. „Man kennt ihn hier“, heißt es sinngemäß (siehe [https://www.roermann.com/images/downloads/20160502\\_BGH-Urteil\\_AnwZ\\_1\\_14.pdf](https://www.roermann.com/images/downloads/20160502_BGH-Urteil_AnwZ_1_14.pdf)): „...“, dass die richterlichen Mitglieder des Wahlausschusses ... aufgrund der langjährigen Vertreterstätigkeit des Bewerbers über eigene unmittelbare Erkenntnisse zu dessen Leistungsstand verfügen“) zu Kandidat Nr. 14 (Rn. 94), und das ist Qualitätsnachweis genug.

**6. Bewertungsskala**

Die Berichterstatter sollen die Fähigkeiten der Bewerber nicht nur – wie zuvor dargestellt – überprüfen, sondern auch mit einer Note bewerten: In der Vorbesprechung des Ausschusses am 10.11.2012 ist zur weiteren Vorgehensweise bei den Berichterstattungen u. a. erörtert worden, dass der bewertende Teil des jeweiligen Votums „mit einer zusammenfassenden Stellungnahme zur fachlichen und persönlichen Eignung („nicht geeignet“, „geeignet“ oder „sehr gut geeignet“) abgeschlossen werden sollte“:<sup>7</sup> eine entsprechende Formulierung findet sich auch im Schreiben des Präsidenten als Vorsitzenden des Ausschusses an die Berichterstatter vom 22.11.2012.

Die Berichterstatter haben sich jedoch in ihren Gutachten selbstständig Noten ausgedacht und verschiedene Gesamtnoten von „gut geeignet“ und „uneingeschränkt geeignet“ über „zweifelsfrei geeignet“ und „hervorragend geeignet“ bis hin zu „sehr gut geeignet“ und „besonders geeignet“ sowie „insgesamt bejaht“ vergeben. Solche Bewertungen sind nicht rein willkürlich, sie sind vor allem nicht vergleichbar; ist jetzt „hervorragend geeignet“ besser als „bestens geeignet“, ist „insgesamt bejaht“ gerade noch eine vier minus oder doch schon eine zwei? Niemand weiß es; wie sollen also die Mitglieder des Wahlausschusses

<sup>6</sup> BGH, 5.12.2006 – AnwZ 2/06, Rn. 20, NJW 2007, 1136, ZIP 2007, 450.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, 2.5.2016 – AnwZ 1/14, Rn. 54.

schusses, welche den Bewerber nur aufgrund der Voten der Gutachter kennen, hier eine sachgerechte Gewichtung vornehmen?

Ebenso wie der Schüler in der Schule keine Abweichung von den Noten 1 bis 6, der Student der Rechtswissenschaften von den Punkten 0 bis 18, der Doktorand von den Bewertungen „summa cum laude“ bis „insufficienter“ erhält, können die Bewerber (lediglich) die Beurteilungen „nicht geeignet“, „geeignet“ und „sehr gut geeignet“ erhalten; abweichende Bewertungen sind bei entsprechender Verfahrensvorgabe ebenso unzulässig wie abweichende Benotungen in der Schule oder im Studium.

## 7. Der Wahlgang wird von evidenten Verstößen gegen rechtsstaatliche Prinzipien geprägt

### a) Mitwirkende

Zur Mitwirkung berufen sind nach § 165 Abs. 1 BRAO der Präsident und die Senatspräsidenten der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes sowie die Mitglieder des Präsidiums der Bundesrechtsanwaltskammer und des Präsidiums der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof.

Mit einem der BGH-Anwälte, welcher Mitglied des Wahlausschusses war, setzt sich der BGH in seiner Entscheidung vom 2.5.2016 näher auseinander. Er hatte daran mitgewirkt, einen seiner angestellten Anwälte (seit dessen BGH-Zulassung Sozius) zum BGH-Anwalt wählen zu lassen. Der BGH lässt „dahinstehen“, ob das verfahrensfehlerhaft war. Denn jedenfalls habe sich die Entscheidung nicht zu Lasten des Klägers ausgewirkt, da der ggfs. „falsch“ Gewählte eine Menge Stimmen erhalten habe, der Kläger demgegenüber keine (offenbar hängt die Relevanz von Fehlern für den BGH von der Zahl der Stimmen ab, unabhängig davon, wie diese zustande gekommen sind; das System bestätigt sich selbst). Ferner hatte der BGH-Anwalt im Wahlausschuss Vorkontakte zu einem anderen Kandidaten, die zwar in einem Gutachten erwähnt, aber nicht weiter aufgeklärt wurden.

### b) Wahlablauf

Eine Wahl unter 34 Kandidaten stellt sich mancher klassisch so vor, dass debattiert und auf einem Zettel mit 34 Namen durch Ankreuzen der (z. B. 16) Favoriten gewählt wird. Tatsächlich ist der Verlauf wie folgt: In einer nicht dokumentierten „Aussprache“ einigt man sich auf die Kandidaten, die gewählt werden sollen, und ruft dann diese 16 Kandidaten auf. In den Wahldurchgängen des Wahlausschusses wurden insgesamt 17 (von 34) Namen erwähnt; einer davon nur im letzten, aussichtslosen Wahldurchgang. De facto hatte man 16 Personen ins Auge gefasst. Die wurden vom Vorsitzenden einzeln zur Wahl gestellt. Bei dem jeweiligen Wahldurchgang finden sich nur sehr vereinzelt Gegenstimmen. Diese lauten nicht auf „Nein“ oder „Enthaltung“ – wie zu erwarten wäre –, sondern auf andere Personen. Wurde also „Müller“ aufgerufen, so votierten 23 Mitglieder für „Müller“ und einer für „Meier“. Das soll, so ließ der Wahlausschuss im Prozess ernsthaft vortragen, die Chance der nicht im Wahldurchgang aufgerufenen Kandidaten bedeuten, dass auch ihr Name genannt werde. Wie groß die Chancen eines *nicht* aufgerufenen Kandidaten tatsächlich sein sollen, „genannt“ zu werden, und dann auch noch von der Mehrheit der Ausschussmitglieder, darüber schweigt der Wahlausschuss.

In Wahldurchgang Nr. 16 wurde sogar noch eine Stimme für den schon bei Nr. 13 gewählten Kandidaten abgegeben. Das ist so, als

wenn im Kaninchenzüchterverein der Vorsitzende schon gewählt wurde und in der nächsten Runde, wenn der Schatzmeister gewählt wird, wieder eine Stimme für den schon gewählten Vorsitzenden abgegeben wird. Im Kaninchenzüchterverein würde der Wahlleiter vermutlich auf die Unwirksamkeit der Stimmabgabe hinweisen und das Vereinsmitglied hätte sich kleinlaut entschuldigt. Nicht so beim BGH: Die „wenig sinnvolle“ Stimme wird schlicht zu Protokoll genommen. Alles normal in Karlsruhe.

Zuweilen ist die Rede von einer „geheimen Wahl“ mit „Stimmzetteln“. Derartige Zettel finden sich in der Wahlakte aber nicht. Wurden Zettel ausgefüllt und sogleich vernichtet? Gab es keine Aufzeichnungen über die Stimmzählung? Vieles bleibt im Dunkeln bei dieser Wahl.

## 8. Akteneinsicht wird nur lückenhaft geboten, und selbst das nur nach langem Kampf

Wer als abgelehnter Bewerber um Akteneinsicht bittet, um zu erfahren, wer denn gewählt und ob der postulierten Bestenauslese Genüge getan wurde, bekommt vom Wahlausschuss etwas zugesandt: Die eigene (!) Bewerbung in Kopie (frei nach *zu Gutenberg*: „schön, das selbst Geschriebene mal wieder zu lesen“), ein – nichtssagendes – Protokoll der Wahl und die zwei Voten der Berichterstatter, aber dort nur den deskriptiven Teil („Der Kandidat ist geboren, hat eine Schule besucht und Jura studiert“), während die votierenden Teile, also die Beurteilung selbst, abgedeckt sind.

Im gerichtlichen Verfahren hat der BGH dann die nunmehrige Vorsitzende des Wahlausschusses, also die BGH-Präsidentin und „geborene“ Vorsitzende des anfragenden Senats, gefragt, ob sie die Akten „freiwillig“ herausgebe. Diese Anfrage wurde abgelehnt unter Hinweis darauf, das habe man auch sonst nicht gemacht. Der Anwaltsenat hat daraufhin die gewählten Kandidaten danach befragt, ob sie mit der Herausgabe ihrer Bewerbungsunterlagen einverstanden seien. Viele lehnten das ab, u. a. da es doch „senatsbekannt“ sei, dass der Kandidat *Römermann* alle Dokumente auf seiner Kanzleihomepage der Öffentlichkeit zur Verfügung stelle.<sup>8</sup>

Schließlich hat sich der Senat zur Gewährung der Akteneinsicht entschlossen, allerdings waren zahlreiche Seiten geschwärzt, abgedeckt, „ausgeheftet“. Auf Rüge im Prozess hat der Senat dann ein „in-camera-Verfahren“ angekündigt. Das ist ein verwaltungsrechtliches Spezialverfahren, das typischerweise zum Schutz ganz besonderer, übergeordneter Interessen des Staatsschutzes (Geheimnisse der Bundesrepublik Deutschland) oder vereinzelt von Personen durchgeführt wird und darin besteht, dass im Gerichtsverfahren ausschließlich die Richter vollständige Einsicht in Verwaltungsakten erhalten, nicht aber die Prozessbeteiligten. Als der Kläger damit argumentierte, dass diese Voraussetzungen nicht vorlägen und das in-camera-Verfahren nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>9</sup> für Bewerbungsunterlagen, die ein Kandidat freiwillig und bewusst zur Verfügung gestellt hätte, ohnehin keine Anwendung fände, besann sich der BGH auf eine andere Begründung: Es sei nun kein in-camera-Verfahren, sondern ein Verfahren in Anlehnung an das in-camera-Verfahren. Das Ergebnis bleibt gleich: Der Kläger weiß bis heute nicht, welche Inhalte der Akte unterdrückt wurden und warum.

<sup>8</sup> Die Korrespondenz ist nur nachzulesen bei <https://www.roemermann.com/images/downloads/Vertraulichkeit.pdf>.

<sup>9</sup> BVerwG, 4.8.1975 – VI C 30.72, NJW 1976, 204, 205.

## 9. Die gerichtliche Überprüfung der Wahl spottet jedem rechtsstaatlichen Prinzip Hohn

Wer ist eigentlich zuständig für die gerichtliche Überprüfung der Wahl der BGH-Anwälte? Das Gesetz sagt: Wenn das BMJV für den Verwaltungsakt zuständig ist, soll es der BGH prüfen. Ansonsten bleibt es bei den allgemeinen Regeln. Im Wahlverfahren werden nur die Akten von Bewerbern vom Wahlausschuss an das BMJV weitergereicht, welche auf die „Liste“ genommen wurden, hier also 16 von 34. Die übrigen Kandidaten bekommen vom Wahlausschuss eine Mitteilung über die Ablehnung und anschließend verbleiben diese Akten beim Wahlausschuss. Das BMJV erfährt von der Existenz dieser Kandidaten nichts und hat mit ihnen nicht das Geringste zu tun, jedenfalls nach der Handhabung seit Bestehen des BGH (man hätte erwägen können, alle Akten weiterzureichen und das BMJV hätte ein Ablehnungsschreiben verfasst; so wurde es aber wohl noch nie gemacht). Wenn das BMJV von den abgelehnten Kandidaten überhaupt nichts erfährt, sie nicht beurteilt, nichts entscheidet, und das nicht zufällig, sondern strukturell aufgrund jahrzehntelanger Übung, dann lässt sich eine „Zuständigkeit“ des BMJV insoweit nicht begründen. Ergänzend wurde damit argumentiert, dass die Zusammensetzung des Senatssens ein rechtsstaatliches Verfahren nicht zulasse. Man muss sich vor Augen halten: Der Vorsitzende des beklagten Wahlausschusses ist Vorsitzender des Senatssens und Präsident des BGH. Es richten „einfache BGH-Richter“ über Gewinnen oder Unterliegen des Beklagten, der sich zusammensetzt aus ihrem Dienstherrn, ihrem Vorsitzenden im Senatssens und ihren Vorsitzenden in den jeweils anderen Senaten (einzelne Mitglieder des Senatssens sind jeweils noch in Zivilsenaten tätig). Die beiden anwaltlichen Mitglieder des Senatssens werden von der BRAK benannt, die wiederum prominent (immerhin mit sechs Personen) im Wahlausschuss vertreten ist. Eine im Übrigen unbekannte personelle Verflechtung: Würde man die Mitglieder des Wahlausschusses und die Richter in einem Raum versammeln, so hätte man eine Art „außerordentlichen Senat des BGH“.

Das VG Karlsruhe ließ sich von dieser Überlegung ebenso wenig beeindruckt wie anschließend der VG Baden-Württemberg und das BVerfG. „Haben Sie denn Anhaltspunkte für eine Befangenheit?“, wurde jeweils sinngemäß gefragt. Nein, außer der Tatsache der dienstlichen unmittelbaren Verquickung und der Überordnung der Beklagtenvertreter über die Richter gab es nichts Weiteres. Das reichte den Gerichten nicht, um Probleme zu sehen.

Interessanter Weise erging kürzlich eine Entscheidung des VG Hannover,<sup>10</sup> die ein im Ansatz vergleichbares Problem behandelt und zum gegenteiligen Ergebnis wie das VG Karlsruhe gelangt. Einem ehemaligen Richter des AG Burgwedel wurde durch den Präsidenten des LG Hannover verboten, als Rechtsanwalt vor diesem Gericht aufzutreten. Ein solches Auftreten beeinträchtigt dienstliche Interessen. Das sah das VG Hannover auch so: Das Auftreten des Richters vor dem Gericht seiner früheren Dienstausbildung sei geeignet, aus Sicht eines Bürgers den Anschein zu erwecken, dass durch die persönlichen Beziehungen zu aktiven Richtern und nichtrichterlichen Dienstkräften dieses Gerichts eine dort anhängige Rechtssache in einer nicht sachgerechten Weise gefördert werden könnte und dass er kollegiale Kontakte zu noch aktiven Bediensteten seiner früheren Dienststelle nutze. Dies würde das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität

der Justiz erschüttern. Es sei auch nicht auszuschließen, dass sich Mitarbeiter des Amtsgerichts, die viele Jahre mit dem Ex-Richter zusammengearbeitet hätten, einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt sähen, wenn dieser nun auf Anwaltsseite vor dem AG auftrete. Das VG Karlsruhe hat kein Problem mit der „Integrität der Justiz“, wobei es in dem Fall nicht um einen gewöhnlichen Ex-Richter ging, sondern um den amtierenden Gerichtspräsidenten und Senatsvorsitzenden.

Was wird überprüft? „Die Bestenauslese“, so scheint es bei der Lektüre mancher Urteilspassagen (z. B. Rn. 68). Dann wiederum heißt es, „im Kern“ sei die Beurteilung des Wahlausschusses der richterlichen Überprüfung „nicht zugänglich“ (Rn. 69). In der mündlichen Verhandlung ging es dem Berichterstatter um die „Bedarfsanalyse“ und das „Wahlverfahren“. Ein Vergleich der Kandidaten erschiene in der Verhandlung verzichtbar. Im Urteil vom 2.5.2016 werden dann die Kandidaten aufgezählt, einzelne Vorzüge werden hervorgehoben. Einen Vergleich sucht man vergebens.

Wer von „Bestenauslese“ spricht, kommt um diesen Vergleich indes nicht herum. „Gefälligkeitsschreiben des Professors von 1984“ steht dann gegen „Promotion summa cum laude“, „Gefälligkeitsschreiben des Arbeitgeber-BGH-Anwalts“ gegen drei Fachanwaltstitel, „Agilität aufgrund junger Kinder“ gegen echtes Alter. Der BGH schreibt, der Kläger halte sich wohl für den „Besten“, und lässt diese Aussage im Raum stehen (Rn. 99). Genau das hätte der Senat m. E. anhand objektiver Kriterien überprüfen müssen, wenn es um eine „Bestenauslese“ gegangen wäre; in Rn. 100 führt der BGH dagegen aus: ... es sei nicht Aufgabe des Senats, die sachliche Richtigkeit der Stimmabgabe zu prüfen.

## 10. Wie geht es weiter?

Das System, wie es derzeit gelebt wird, ist schlichtweg inakzeptabel. Aber wird es daraufhin angepasst, wird sich ein Gericht dagegen aussprechen? Auf der Karlsruher Gerichtsbarkeit ruht wenig Hoffnung. Der Kläger hat selbstverständlich Verfassungsbeschwerde eingelegt.<sup>11</sup> Danach bleibt ggfs. der Weg zum EGMR, zum ersten Mal einem Gericht außerhalb Karlsruhes.

Aber es gibt auch schon in zumindest einer Anwaltskammer Initiativen für eine politische, d. h. gesetzgeberische Lösung. Dabei wird sich zeigen, ob eine neu verfasste BGH-Anwaltschaft bestehen bleibt und ein ganz neu strukturiertes Verfahren für eine echte Qualitätsprüfung sorgt, oder ob die Abschaffung der BGH-Anwaltschaft die einzig mögliche Maßnahme darstellt.

**Prof. Dr. Volker Römermann**, Vorstand der Römermann Rechtsanwälte AG, Hamburg/Hannover/Berlin, FAInsR/FAHAGesR/FAArbR, Geschäftsführer der Römermann Insolvenzverwalter GmbH, Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin, Vorsitzender des Vorstands des Instituts für Insolvenzrecht e. V.



<sup>10</sup> VG Hannover, Beschl. v. 26.7.2016 – 2 B 3650/16.

<sup>11</sup> Nachzulesen unter <https://www.roermann.com/images/downloads/Verfassungsbeschwerde-vom-16.06.16.pdf>