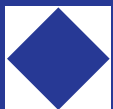


Philipp Heinrichs

Freiheit der Advokatur

Die Singularzulassung beim Bundesgerichtshof
im Wandel der Zeit



Nomos

**Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge**

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Ingo Saenger

Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 64

Philipp Heinrichs

Freiheit der Advokatur

Die Singularzulassung beim Bundesgerichtshof
im Wandel der Zeit



Nomos

Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des
Freundeskreises Rechtswissenschaft, Verein zur Förderung
der juristischen Ausbildung an der Universität Münster e. V.
www.freundeskreis-rechtswissenschaft.de



Erstgutachter: Prof. Dr. Fabian Wittreck
Zweitgutachter: Prof. Dr. Ingo Saenger
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juli 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2021

ISBN 978-3-8487-8579-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2996-3 (ePDF)

D6



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck
und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch
die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Über-
setzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen.

Mein erster Dank gebührt meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Fabian Wittreck, der mir bei der Anfertigung der Dissertation stets motivierend zur Seite stand.

Herrn Professor Dr. Ingo Saenger bin ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet.

Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, die mir in meiner Forschungszeit mit Rat und Tat beiseite standen, bin sehr dankbar.

Ich bedanke mich bei den Kolleginnen und Kollegen der Sozietäten Oppenhoff und Jones Day für unbedingte Unterstützung bei der Anfertigung der Dissertation.

Dem Münsterschen Wingolf danke ich für die stetige Motivation während meines Studiums und für die zahlreichen Diskussionen an der Theke unseres Hauses. Insbesondere möchte ich meinem Bundesbruder Dr. Andreas Rehder, meinem Bundesbruder Gerrit Winterboer und meinem lieben Farbenbruder Sven Botthäuser für die Unterstützung bei der Korrektur dieser Arbeit danken.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern, die mir mein Jurastudium ermöglichten und mir bei der Anfertigung der Dissertation stets den erforderlichen Rückhalt gaben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Köln, im August 2021

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	35
A. Einführung	37
B. Aktuelle Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof	41
C. Der Bundesgerichtshof in Zahlen	45
D. Diskussionsstand in der Anwaltschaft	49
E. Ansichten der Politik und Diskussionsstand innerhalb der Bundesregierung	62
F. Historische Entwicklung des Standesrechts der Anwaltschaft im Hinblick auf die Singularzulassung	70
G. Zulassungsbeschränkungen in anderen Ländern	138
H. Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten	150
I. Regelung der Singularzulassung beim Bundesgerichtshof	160
J. Verfassungsrechtliche Wirksamkeit der gegenwärtigen Regelungen	190
K. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	348
L. Europäische Menschenrechtskonvention	412
M. Gesamtergebnis	418
N. Entwicklungsperspektive und Einschätzung	425
Anlage	431
Quellen und Literaturverzeichnis	487

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	35
A. Einführung	37
I. Fragestellungen und Leitmotive	38
II. Forschungsstand, Quellenlage und Methodik	39
B. Aktuelle Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof	41
I. BGH-Anwälte	42
II. Zulassungsjahr der aktuellen BGH-Anwälte	44
III. Sozietätszugehörigkeit	44
C. Der Bundesgerichtshof in Zahlen	45
I. Senate	45
II. Richterplanstellen	45
III. Eingangszahlen 2019 bei den Zivilsenaten	45
IV. Entwicklung der Eingangszahlen	46
V. Eingänge in der Fachgerichtsbarkeit	47
1. Verwaltungsgerichtsbarkeit	47
2. Finanzgerichtsbarkeit	48
3. Arbeitsgerichtsbarkeit	48
4. Sozialgerichtsbarkeit	48
5. Zusammenfassung	48
D. Diskussionsstand in der Anwaltschaft	49
I. Örtliche Rechtsanwaltskammern	49
1. Rechtsanwaltskammer Düsseldorf	49
2. Rechtsanwaltskammer Berlin	50
a) Diskussion innerhalb der Kammer und Beschlusslage	51
b) Ergebnis und Analyse der Umfrage innerhalb der Berliner Rechtsanwaltskammer	53
3. Rechtsanwaltskammer Hamm	55
II. Bundesrechtsanwaltskammer	55
III. Interview mit Prof. Dr. Römermann	58

Inhaltsverzeichnis

IV. Zusammenfassung der Diskussion	60
E. Ansichten der Politik und Diskussionsstand innerhalb der Bundesregierung	62
I. Position der Mittelstands- und Wirtschaftsunion	62
II. Position der Regierungskoalition	63
III. Position des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	63
IV. Position der Bundesregierung	65
V. Petition – Keine Beschränkungen eine Beschränkungen für die Zulassung von Rechtsanwälten zum Bundesgerichtshof vom 2. Dezember 2011	66
1. Inhalt	66
2. Entscheidung des Deutschen Bundestags vom 21. Februar 2013	67
a) Erzwungener Anwaltswechsel	67
b) Zulassungsverfahren	68
VI. Zusammenfassung	68
F. Historische Entwicklung des Standesrechts der Anwaltschaft im Hinblick auf die Singularzulassung	70
I. Anwaltschaft vor 1871	70
II. Anwaltschaft im Deutschen Reich	71
1. Der Deutsche Anwaltsverein	71
2. Die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878	72
a) Allgemeines	72
b) Singularzulassung beim Reichsgerichtshof	75
aa) Reichstagskommission	75
bb) Gutachten des Reichsoberhandelsgerichts vom 25. März 1878	76
cc) Kritik in der Ersten Lesung, Dritte Sitzung des Reichstages, 12. Februar 1878	77
dd) Zweite Lesung, 46. Sitzung des Reichstages, 11. Mai 1878 und 47. Sitzung des Reichstages, 13. Mai 1878	79
aaa) Singularzulassung im Allgemeinen	79
bbb) Zulassungsentscheidung durch Reichskanzler oder Präsidium des Reichsgerichts	80

ccc) Voraussetzungen der Zulassung	82
ddd) Postulationsbeschränkung	84
c) Simultanzulassung an Landgerichten und Oberlandesgerichten	85
aa) Justizkommission des Reichstages	85
bb) Erste Lesung, Dritte Sitzung des Reichstages, 12. Februar 1878	85
cc) Reichstagskommission	86
dd) Zweite Lesung, 46. Sitzung des Reichstages, 11. Mai 1878 und 47. Sitzung des Reichstages, 13. Mai 1878	87
d) Zusammenfassung des Gesetzgebungsverfahrens	91
e) Bedeutung der Reichsrechtsanwaltsordnung für die Anwaltschaft im Deutschen Reich	92
III. Anwaltschaft in der Weimarer Republik	93
IV. Anwaltschaft während des Nationalsozialismus	93
V. Anwaltschaft beim Reichsgericht	94
1. Zulassungsverfahren	95
2. Diskussionen	96
3. Grundsatz der mündlichen Verhandlung	97
VI. Anwaltschaft unter alliierter Besatzung	98
VII. Anwaltschaft nach Gründung der Bundesrepublik	99
1. Der Weg zur Bundesrechtsanwaltsordnung: „Das neue Grundgesetz der deutschen Anwaltschaft“	99
2. Zulassungsbeschränkung beim Landgericht und beim Oberlandesgericht	101
a) Entwurf der Bundesregierung	101
b) Stellungnahme des Rechtsausschusses	102
c) Diskussion in der 61. Sitzung am 18. Februar 1959	103
d) Diskussion in der 62. Sitzung am 19. Februar 1959	108
e) Diskussion in der 66. Sitzung am 18. Februar 1959	109
f) Einberufung des Vermittlungsausschusses	109
g) Diskussion in der 70. Sitzung am 3. Juni 1959	110
h) Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens	110
3. Die Singularzulassung bei dem Bundesgerichtshof	111
a) Bestrebungen der Anwaltschaft	111
b) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950	111

Inhaltsverzeichnis

c) Gesetzgeberische Begründung	112
d) Stellungnahme des Rechtsausschusses	113
e) Diskussion innerhalb des Bundestages	113
4. Fachanwaltschaften	114
5. Novellierungen der Bundesrechtsanwaltsordnung von 1969 und 1972	114
VIII. Anwaltschaft nach der Wiedervereinigung	115
1. „Bastille-Entscheidung“, Folgediskussionen und Veränderungsdruck	115
2. Fortgeltung des Rechtsanwaltsgesetzes im Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik	116
3. Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte	117
4. Diskussion über die Singularzulassung um 1994	119
a) Öffentliche und fachliche Kritik	119
b) Politische Diskussion	121
c) „Vorschläge zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH“, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1998	121
d) Zusammenfassung	123
5. Fachanwaltschaften	123
6. Erneute Diskussion um 2005 und 2006	126
7. Umfrage 2007	128
8. Schaffung des Rechtsdienstleistungsgesetzes	129
IX. Digitalisierung der Anwaltswelt	130
1. Allgemeines	130
2. Aktueller Stand: Elektronischer Rechtsverkehr	131
a) Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs bei Gerichten	131
b) Besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA)	133
c) Auswirkungen für Anwälte	134
d) Justizinterne Vorgänge	135
3. Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, § 128a ZPO	135
4. Digitalisierung als Chance	137
G. Zulassungsbeschränkungen in anderen Ländern	138
I. Belgien	138

II. Niederlande	138
1. Hoge Raad der Nederlanden	138
2. Überholte „Kassationsbalie“	139
III. Frankreich	140
IV. Österreich	141
1. Keine Beschränkungen für österreichische Rechtsanwälte vor dem Obersten Gerichtshof	141
2. Eingangszahlen und personelle Ausstattung des Obersten Gerichtshofs	141
V. Italien	142
1. Corte Suprema di Cassazione	142
2. Italienische Anwaltschaft	143
3. Auftreten vor den Obersten Gerichten	143
VI. Portugal	144
VII. Griechenland	144
VIII. Großbritannien	145
IX. Vereinigte Staaten von Amerika	146
X. Australien	147
XI. Zusammenfassung und Vergleich	147
1. US-amerikanisches System	147
2. Australisches System	148
3. Europäisches System	148
4. Ergebnis	149
H. Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten	150
I. Regelungen der Bundesrechtsanwaltsordnung bis zum 1. Juli 2002	150
II. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2000	150
1. Sachverhalt	151
2. Entscheidungsgründe	151
a) Eingriff in die Berufsfreiheit	151
b) Rechtfertigung des Eingriffs	151
aa) Gemeinwohlbelange	151
aaa) System der Zivilprozessordnung	152
bbb) Vorteile für die Rechtspflege	152
ccc) Spezialisierung der Anwaltschaft	153
ddd) Verbesserung der forensischen Rechtsberatung und „Vier-Augen-Prinzip“	153

Inhaltsverzeichnis

bb) Keine Rechtfertigung durch Gemeinwohlbelange	154
aaa) Historische Entwicklung	154
bbb) Erfahrungen mit der Singularzulassung	155
c) Übergangszeit	156
III. Auswirkungen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	156
1. Änderung der Rechtsprechung	156
2. Rechtslage nach der Entscheidung bis 30. Juni 2002	157
3. Rechtslage nach OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 1. August 2002	157
4. Derzeitige Rechtslage	158
IV. Zusammenfassung	158
I. Regelung der Singularzulassung beim Bundesgerichtshof	160
I. Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	160
II. Funktion des Bundesgerichtshofs	162
III. Zivilprozessrechtsreform 2001	162
1. Referentenentwurf vom 23. Dezember 1999	162
2. Gesetzesentwurf der Regierungskoalition	163
a) Streitwertunabhängige Revision	163
b) Nichtzulassungsbeschwerde	164
3. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses	165
IV. Berufsbild des Rechtsanwalts beim Bundesgerichtshof	165
1. Mandatswechsel	165
2. Mitarbeiterschaft der BGH-Rechtsanwälte	165
V. Anwendung der allgemeinen Vorschriften	166
VI. Voraussetzungen der Zulassung	166
1. Zulassungsverfahren	166
a) Wahlausschuss	167
aa) Zusammensetzung	167
bb) Aufgabe	168
cc) Wahlvorschlagslisten	169
aaa) Prüfungskompetenz der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof und der Bundesrechtsanwaltskammer	169
bbb) Rechtsnatur der Vorschlagslisten	169
ccc) Bindungskraft der Vorschlagslisten	170

ddd) Rechtsschutz bei Ablehnung der Aufnahme in Wahlvorschlagsliste	171
dd) Prüfungskompetenz des Wahlausschusses	172
ee) Entscheidung des Wahlausschusses	173
aaa) Sitzung des Wahlausschusses	173
bbb) Prüfungskompetenz des Wahlausschusses, § 167 BRAO	174
ccc) Tatsachengrundlage der Entscheidung des Wahlausschusses	175
ddd) Rechtsschutz gegen Entscheidung des Wahlausschusses	175
eee) Bindung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	176
ff) Akteneinsichtsrecht	176
2. Entscheidung über den Antrag auf Zulassung durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz	177
a) Prüfungsumfang des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	178
aa) Gesetzliche Voraussetzungen	178
bb) Beurteilungsspielraum des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	179
aaa) Anzahl der Neuzulassungen	179
bbb) Neuzulassung des einzelnen Bewerbers	179
b) Anhörung der Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof	180
c) Entscheidung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	180
aa) Zulassung	180
bb) Aufschiebende Befristung der Zulassung	181
cc) Versagung der Zulassung	181
dd) Rechtsschutz gegen die Versagung	181
3. Zusammenfassung	182
VII. Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof	183
1. Beschränkung der Postulationsfähigkeit	183
2. Sozietätsbeschränkung	184
3. Residenzpflicht	184
4. Bestellung eines Abwicklers und eines Vertreters der Kanzlei	185

Inhaltsverzeichnis

VIII. Rechtsanwaltskammer bei dem Bundesgerichtshof	186
IX. Gesetzgeberische Motive	187
1. Zulassungsverfahren	187
2. Beschränkung der Postulationsfähigkeit	187
3. Sozietätsbeschränkung	188
4. Residenzpflicht	188
X. Regelung des § 78 Abs. 1 S. 3 ZPO u.a.	188
J. Verfassungsrechtliche Wirksamkeit der gegenwärtigen Regelungen	190
I. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	190
1. Normzweck	190
a) Abwehrrecht	190
b) Schutz- und Teilhaberecht	190
2. Schutzbereich der Berufsfreiheit	191
a) Persönlicher Schutzbereich	191
b) Sachlicher Schutzbereich	192
aa) Beruf	192
bb) Berufswahl	192
cc) Berufsausübung	193
dd) Arbeitsplatz	193
ee) Ausbildungsstätte	193
3. Eingriff in die Berufsfreiheit	194
a) Eingriff durch berufsbezogene Regelungen	194
b) Eingriff durch Regelungen mit berufsregelnder Tendenz	194
c) Eingriff durch staatliche Einzelakte	195
d) Sonstige Eingriffsmöglichkeiten	195
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	195
a) Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG	196
aa) Regelung durch Gesetz	196
bb) Regelung aufgrund eines Gesetzes	196
cc) Kollidierendes Verfassungsrecht	197
b) Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffes	197
aa) Legitimer Zweck	198
bb) Geeignetheit	198
cc) Erforderlichkeit	199
dd) Angemessenheit	199
aaa) Berufsausübungsregelung	199
bbb) Subjektive Berufswahlregelung	199

ccc) Objektive Berufswahlregelung	200
II. Recht des Rechtsuchenden auf die freie Wahl des Anwaltes	200
1. Verfassungsrechtliche Herleitung	200
a) Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 103 Abs. 1 GG	200
b) Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG	201
c) Ergebnis	201
2. Schutzbereich der freien Wahl des Anwaltes	203
3. Eingriff	203
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	203
III. Wahl- und Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG	204
1. Berechtigte	204
2. Verpflichtete	204
3. Ungleichbehandlung von Gleichem/Gleichbehandlung von Ungleichem	204
4. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	205
a) Rechtfertigungsmaßstab	205
b) Sachlicher Differenzierungsgrund	206
c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	206
5. Rechtsfolge bei Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	206
IV. Verfassungsmäßigkeit der besonderen Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Berufsfreiheit	207
1. Schutzbereich	207
2. Eingriff	208
a) Rechtsprechung	208
b) Literatur	209
c) Auswertung	209
aa) Berufsbild der BGH-Anwaltschaft	209
bb) Berufsausübungsregel	211
aaa) Berufswahlregelnde Tendenzen	211
(1) Grundlegende Lebensentscheidung	211
(2) Zulassungskontingentierung	212
bbb) Ergebnis	212
d) Umfang des Eingriffs	212
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	214
a) Legitimer Zweck	214
aa) Argumentation des Bundesverfassungsgerichts	214
bb) Kritik	215
aaa) Schutz vor Konkurrenz	215

Inhaltsverzeichnis

bbb) Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege	215
(1) Doppelfunktion	216
(a) Funktion im rechtsstaatlichen System	216
(b) Interessenvertreter	216
(c) Ergebnis	218
(2) Unabhängigkeit	218
(3) Ergebnis	219
b) Geeignetheit	220
aa) Argumentation des Bundesverfassungsgerichts	220
bb) Kritik	220
c) Erforderlichkeit	221
aa) Argumentation des Bundesverfassungsgerichts	222
aaa) Keine Beschränkung an anderen Obersten Bundesgerichten	222
bbb) Fachanwaltschaft für Revisionsrecht	222
ccc) Eignungsprüfung	223
bb) Kritik	223
aaa) Keine Beschränkung an anderen Obersten Bundesgerichten	223
bbb) Fachanwaltschaften	223
ccc) Eignungsprüfung	224
cc) Ergebnis	225
d) Angemessenheit	225
aa) Prüfungsmaßstab	225
bb) Gemeinwohlbelang	225
aaa) Argumente des Bundesverfassungsgerichts	226
(1) Geringe Auswirkungen der Zulassungsbeschränkung	226
(2) Förderung und Verbesserung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	226
(3) Filterfunktion	227
(4) Vier-Augen-Prinzip	228
(5) Geringe wirtschaftliche Bedeutung	228
(6) Bedeutung der Zivilgerichtsbarkeit innerhalb der Gesamtrechtsordnung	228
(7) Zivilrechtsreform 2001	229

(a) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Oktober 2002	230
(b) Mangelnde Analyse	230
(c) Schlussfolgerung	231
(8) Keine Übertragbarkeit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit von § 25 BRAO a.F.	232
(a) Keine regionalen Unterschiede	232
(b) Unterschiede in den Gerichtszweigen nicht Gegenstand der Argumentation	232
(c) Keine Mischsozietäten	233
(d) Einheit aus Postulationsfähigkeit und Lokalisation	233
(e) Europarechtliche Unterschiede	234
(9) Tradition	235
bbb) Kritik	235
(1) Keine besondere Filterfunktion der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof	235
(2) Vier-Augen-Prinzip	236
(3) Vorangehende Spezialisierung der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof	237
(4) Wandel in der Anwaltswelt	239
(5) „Einzelanwalt“	240
(6) Revisionsabweisungsquoten	241
(7) Keine besondere Anwaltschaft bei anderen Obersten Bundesgerichten	242
(8) Ausnahmen von der Postulationsfähigkeit	242
(a) Anerkenntnis	242
(b) Wiederaufnahme des Verfahrens bei Unterbrechung des Verfahrens durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Tod einer Partei	243
(c) Klagerücknahme	243

Inhaltsverzeichnis

(d) Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung	244
(e) Schlussfolgerung	245
(9) Sonderregelungen im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	245
(10) Sonderregelungen im Patentgesetz	245
(a) § 102 Abs. 5 PatG	246
(b) § 113 PatG	246
(c) § 122 PatG	247
(d) Ergebnis	247
cc) Unbeachtliches Motiv: „Rutsch-Klausel“	247
aaa) Hintergrund der „Rutsch-Klausel“	247
bbb) Ignoranz der „Rutsch-Klausel“	249
ccc) Position der Bundesregierung	250
ddd) Anwendung der „Rutsch-Klausel“ als zwingende Folge der Abschaffung der Singularzulassung	251
e) Ergebnis	252
V. Verfassungsmäßigkeit der besonderen Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof im Hinblick auf die freie Anwaltswahl	252
1. Schutzbereich	252
2. Eingriff	253
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	253
a) Legitimer Zweck	254
b) Geeignetheit	254
c) Erforderlichkeit	254
d) Angemessenheit	254
aa) Ausgeprägtes Vertrauensverhältnis	255
bb) Erneute Tätigkeitsaufnahme nach dritter Instanz	255
cc) Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege	255
dd) Filterfunktion durch Instanzanwalt	256
e) Ergebnis	256
VI. Verfassungsmäßigkeit des Auswahlverfahrens im Hinblick auf die Berufsfreiheit	256
1. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2017	256

2. Gestaltung des Auswahlverfahrens	258
a) Auswahlverfahren bei Bundesrichtern nach dem Richterwahlgesetz	258
aa) Vorschlagsrecht	258
bb) Zusammensetzung des Richterwahlausschusses	259
cc) Pflichten der Mitglieder des Richterwahlausschusses	260
dd) Prüfungskompetenz des Ausschusses	260
ee) Beteiligung der Bundesgerichte	262
ff) Wahl	262
gg) Entscheidung des Bundesministers und Ernennung durch den Bundespräsidenten	263
b) Kritik	263
aa) Intransparente Ausgestaltung	263
bb) Parteipolitische Einflussnahme	264
c) Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG	265
d) Vergleich zum anwaltlichen Verfahren	266
e) Ergebnis	267
3. Stufung des Verfahrens	267
4. Wahl der Bewerber durch den Wahlausschuss	268
a) Niederschrift der Sitzung des Wahlausschusses am 29. Juli 2013	268
b) Mangelnde Einhaltung der Wahlrechtsgrundsätze	270
aa) Anwendbarkeit der Wahlrechtsgrundsätze	270
bb) Gebotenes Verfahren	271
cc) Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze	272
aaa) Gleichheit der Wahl	272
bbb) Geheime Wahl	273
ccc) Freiheit der Wahl	273
c) Verstoß gegen Berufsfreiheit	274
5. Entscheidungskompetenz des Bundesgerichtshofs und Rechtsschutz durch den Bundesgerichtshof als Befangenheitsmerkmal?	274
a) Rechtsschutzmöglichkeiten und Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs	274
aa) Stufe: Vorschlagsliste der örtlichen Rechtsanwaltskammer, § 166 Abs. 2 Nr. 1 BRAO	275

Inhaltsverzeichnis

bb)	Stufe: Wahlvorschlagsliste der Bundesrechtsanwaltskammer und der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof, § 166 Abs. 2 Nr. 1, 2 BRAO	275
cc)	Stufe: Entscheidung des Wahlausschusses, § 168 BRAO	275
dd)	Stufe: Entscheidung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, § 170 Abs. 1 BRAO	276
b)	Geschäftsverteilungsplan	277
c)	Zwischenergebnis	277
aa)	Ausschluss und Ablehnung von Gerichtspersonen innerhalb des Rechtsschutzverfahrens	277
aaa)	Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes, § 41 ZPO	278
	(1) Ausschluss kraft Parteieigenschaft, § 41 Nr. 1 ZPO	278
	(2) Ausschluss kraft Zeugen- und Sachverständigeneigenschaft, § 41 Nr. 5 ZPO	279
	(3) Ausschluss aufgrund richterlicher Vorbefassung, § 41 Nr. 6 ZPO	280
bbb)	Ablehnung des Richters, § 42 ZPO	280
bb)	Konsequenz	281
aaa)	Herleitung der Befangenheitsregelungen aus dem Grundgesetz	281
bbb)	Verfassungswidrigkeit der § 106 Abs. 2 BRAO und § 165 Abs. 2 BRAO	282
	(1) Schutzbereich des Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG	282
	(2) Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 GG	283
	(3) Praktische Konkordanz	283
	(4) Eingriff in den Schutzbereich	283
	(5) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	284
6.	Zusammensetzung des Wahlausschusses als Interessenkonflikt	284
a)	Interessenkonflikt: richterliche Mitglieder des Wahlausschusses	285

b) Interessenkonflikt: anwaltliche Mitglieder des Wahlausschusses	285
aa) Anwendbare Vorschriften	285
bb) Ausschluss von Personen	286
cc) Besorgnis der Befangenheit	287
dd) Zusammenfassung	288
7. Auswahlmaßstäbe für das Wahlverfahren	289
a) Ansatzpunkte für Auswahlkriterien, Kommissionsbericht „Vorschläge zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem BGH“, Bundesministerium der Justiz, 1998	290
aa) Vorgeschlagene Auswahlkriterien	291
bb) Bewertung der vorgeschlagenen Auswahlkriterien	291
cc) Zusammenfassung	292
b) Mangelnde gesetzliche Grundlage	292
aa) Differenzierung: Eignungsanforderungen und Auswahlgesichtspunkte	293
bb) Mangelnde Auswahlgesichtspunkte	293
cc) Rechtsprechung zu Auswahlkriterien des Wahlausschusses	294
dd) Ausgleich der mangelnden Auswahlgesichtspunkte durch den Wahlausschuss	295
c) Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG	296
aa) Anwendbarkeit	296
bb) Entsprechende Anwendung	297
aaa) Konsequenz einer entsprechenden Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG	298
bbb) Eignung, Befähigung, fachliche Leistung	298
(1) Eignung	299
(2) Befähigung	299
(3) Fachliche Leistung	300
(4) Beurteilungsmaßstab	301
ccc) Verbleibender Beurteilungsspielraum	301
cc) Ergebnis	302
d) Bestimmtheitsgebot	303
aa) Kriterien zur Bestimmung des Bestimmtheitsgrades	303

Inhaltsverzeichnis

bb) Anforderungen an die Bestimmtheit	304
aaa) Eingriffsintensität	304
bbb) Eigenart des Regelungsgegenstandes	305
(1) Dynamik	305
(2) Vielgestaltigkeit	306
cc) Ergebnis	306
e) Mangelnde Befassung	307
f) Gesamtergebnis	308
8. Bestimmung der Anzahl der Vorschläge,	
§ 168 Abs. 2 BRAO	308
a) Verfahren innerhalb des Wahlausschusses zur Bestimmung des Bedarfs der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof	308
b) Meinungsstand in der Literatur	308
c) Kommissionsbericht zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof	310
d) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	311
e) Bewertung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	312
aa) Bedarfsprüfung	312
bb) Keine Vergleichbarkeit von § 168 Abs. 2 BRAO zu § 4 BNotO	312
cc) Ausgleich des Bestimmtheitsmangels durch den Wahlausschuss zweifelhaft	313
f) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	314
aa) Schutzbereich	314
bb) Eingriff	314
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	315
aaa) Legitimer Zweck	315
bbb) Geeignetheit	315
ccc) Erforderlichkeit	315
ddd) Angemessenheit	316
(1) Prüfungsmaßstab	316
(2) Subsumtion	316
dd) Ergebnis	317
g) Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG	318
aa) Anforderungen des Bestimmtheitsgebots aus Art. 20 Abs. 3 GG	318

bb) Übertragung auf die Bedarfsprüfung des § 168 Abs. 2 BRAO	319
aaa) Gründe für ein geringes Maß an Bestimmtheit	319
bbb) Gründe für ein hohes Maß an Bestimmtheit	320
ccc) Ergebnis	320
cc) Keine Kriterien für die Einleitung des Verfahrens	322
aaa) Praxis	322
bbb) Bedarfsbestimmung	322
ccc) Bestimmtheitsgebot	323
ddd) Ergebnis	324
9. Reform des Wahlverfahrens zu einer Fachanwaltschaft	324
VII. Verfassungsmäßigkeit des Auswahlverfahrens im Hinblick auf die Chancengleichheit	325
1. Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG	325
2. Ungleichbehandlung	325
a) Ungleichbehandlung aufgrund mangelnder gesetzlicher Kriterien	326
b) Ungleichbehandlung aufgrund Mitwirkung von Rechtsanwälten	326
c) Ungleichbehandlung aufgrund Verstoßes gegen Wahlrechtsgrundsätze	327
3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	328
4. Ergebnis	328
VIII. Verfassungsgemäßheit der Beschränkung der Postulationsfähigkeit nach § 172 BRAO im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	328
1. Schutzbereich	329
2. Eingriff	329
a) Eigenständiger Beruf	329
b) Berufsausübungsregelung	329
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	330
a) Legitimer Zweck	330
b) Geeignetheit	330
c) Erforderlichkeit	331
d) Angemessenheit	331
aa) Ausnahme	331
bb) „Ersprößliches Zusammenwirken“	332

Inhaltsverzeichnis

cc) Vertrautheit mit Rechtsanschauungen des Bundesgerichtshofs	332
aaa) Wandel der Recherche-Möglichkeiten	332
bbb) Problem der parallelen Tätigkeit vor anderen Gerichten	333
dd) Sachgemäße Beratung des Mandanten	333
ee) Entlastung des Bundesgerichtshofs durch vorbeugende Beratung	334
ff) Ergebnis	334
IX. Verfassungsmäßigkeit der Sozietätsbeschränkung,	
§ 172a BRAO	335
1. Schutzbereich	335
2. Eingriff	335
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	335
a) Legitimer Zweck	335
b) Geeignetheit	336
c) Erforderlichkeit	336
d) Angemessenheit	336
aa) BGH-Anwalt als Einzelanwalt	337
bb) Großpraxen	337
cc) Sozietät von zwei BGH-Anwälten	338
dd) Synergieeffekte bei Soziierung mit Instanzanwälten	338
e) Ergebnis	339
X. Verfassungsmäßigkeit der Residenzpflicht, § 172b BRAO	340
1. Schutzbereich	340
2. Eingriff	340
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	341
a) Legitimer Zweck	341
b) Geeignetheit	341
c) Erforderlichkeit	341
d) Angemessenheit	341
aa) Gesetzlicher Ausnahmetatbestand, § 29 BRAO	342
bb) „Gedeihliches Zusammenwirken“	342
cc) Räumliche Nähe	343
dd) Bibliothek des Bundesgerichtshofs	345
ee) Residenzpflicht als Folge der Zulassungsbeschränkung	346
4. Ergebnis	346

K. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	348
I. Grundlegendes	348
1. Geltung des Unionsrechts	348
2. Rechtsakte der Europäischen Union	350
3. System der Grundfreiheiten	351
II. Entwicklung einer europäischen Anwaltschaft	352
III. Europäischer Rechtsrahmen für anwaltliche Tätigkeiten	352
1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49-54 AEUV	352
a) Anwendungsbereich	352
b) Eingriff	353
aa) Diskriminierungsverbot	354
bb) Beschränkungsverbot	355
c) Rechtfertigung	355
aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	355
bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	356
cc) Verhältnismäßigkeit	357
2. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV	358
a) Anwendungsbereich	358
b) Eingriff	360
aa) Diskriminierungsverbot	360
bb) Beschränkungsverbot	360
c) Rechtfertigung	361
aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	361
bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	361
cc) Verhältnismäßigkeit	362
3. Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte	362
4. Richtlinie 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde	363
5. Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, sogenannte Dienstleistungsrichtlinie	365
a) Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer (Art. 9-15 RiLi 2006/123/EG)	365
b) Dienstleistungsfreiheit (Art. 16-21 RiLi 2006/123/EG)	365

Inhaltsverzeichnis

6. Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)	366
a) Zulassung zur deutschen Anwaltschaft nach dreijähriger Tätigkeit	366
b) Zulassung zur deutschen Anwaltschaft nach kürzerer Tätigkeit	367
c) Feststellung der gleichwertigen Berufsqualifikation	367
d) Vorübergehende Dienstleistung	368
IV. Möglichkeiten des Zugangs europäischer Anwälte zur BGH-Anwaltschaft	368
1. Keine Möglichkeit des Zugangs für niedergelassene europäische Anwälte, § 6 Abs. 1 EuRAG	369
2. Keine Möglichkeit des Zuganges für vorübergehend tätige europäische Anwälte, § 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG	369
3. Möglichkeit des Zuganges für eingegliederte europäische Rechtsanwälte oder europäische Rechtsanwälte mit Eignungsprüfung	369
V. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs zur unionsrechtlichen Vereinbarkeit der Singulartzulassung	370
VI. Vereinbarkeit des § 6 Abs. 1 EuRAG und des § 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG mit der Richtlinie 98/5/EG	371
1. Anwendungsbereich	371
2. Eröffnung des Anwendungsbereichs	372
3. Rechtfertigung	372
a) Allgemeininteresse: Funktionsfähigkeit der Rechtspflege	372
b) Vereinbarkeit von § 6 Abs. 1 EuRAG und § 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG mit Art. 5 Abs. 3 S. 2 RiLi 98/5/EG	372
aa) Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 2 RiLi 98/5/EG	372
bb) Sinn und Zweck	373
cc) Auslegung im Lichte der Niederlassungsfreiheit	373
aaa) Benachteiligung der europäischen Rechtsanwälte	374
bbb) Rechtfertigung der Benachteiligung	374
(1) Unterschiedliche Rechtssysteme der Europäischen Union	375
(2) Harmonisierungsgrad	375

(3) Qualifikationsvoraussetzungen in anderen Mitgliedstaaten	375
(4) Ergebnis	376
dd) § 52 Abs. 2 BRAO a.F.	376
VII. Vereinbarkeit des § 6 Abs. 1 EuRAG und des § 27 Abs. 1 S. 2 EuRAG mit der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt	376
1. Anwendungsbereich	376
2. Richtlinienkonformität	377
a) Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer, Art. 9 ff. RiLi 2006/123/EG	377
b) Dienstleistungsfreiheit, Art. 16 ff. RiLi 2006/123/EG	377
c) Ergebnis	378
VIII. Vereinbarkeit der §§ 11 ff., 16 ff. EuRAG i.V.m. §§ 164 ff. BRAO mit der Niederlassungsfreiheit	378
1. Institut der besonderen Anwaltschaft	378
a) Anwendungsbereich	379
b) Eingriff	379
c) Rechtfertigung	380
aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	380
bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	381
aaa) Eignung	381
bbb) Erforderlichkeit	382
(1) Fallgruppe: subjektive Vorbehalte	383
(2) Fallgruppe: länderspezifische Bezüge	383
ccc) Angemessenheit	384
(1) Rechtfertigung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG	384
(2) Geltung	384
d) Ergebnis	385
2. Wahlverfahren	386
a) Gestuftes Wahlverfahren	386
aa) Europarechtliche Wirksamkeit der gesetzlichen Auswahlkriterien	386
aaa) RiLi 2000/78/EG	386
(1) Anwendungsbereich der RiLi 2000/78/EG	387
(2) § 166 Abs. 3 BRAO	387
(a) Diskriminierung	388

Inhaltsverzeichnis

(b) Rechtfertigung der Diskriminierung nach Art. 6 RiLi 2000/78/EG	388
bbb) Ergebnis	389
(1) Änderungen zu § 65 Nr. 3 BRAO (a.F.)	389
(2) Kommissionsempfehlung	389
(3) Europarechtskonforme Auslegung	390
(4) Unmittelbare Anwendbarkeit der RiLi 2000/78/EG	390
(a) Umsetzungsfrist	391
(b) Inhaltlich konkrete und genaue Bestimmung	391
(c) Unbedingtheit	391
(5) Ergebnis	391
bb) Europarechtliche Grundsätze für Auswahlkriterien in Anlehnung an Art. 10 Abs. 2 d g RiLi 2006/123/EG	392
aaa) Klar und unzweideutig	392
bbb) Objektiv	392
ccc) Im Voraus bekannt	392
ddd) Transparent und zugänglich	393
cc) Übertragung auf das Wahlverfahren	393
aaa) Klar und unzweideutig	393
bbb) Objektiv	394
ccc) Im Voraus bekannt	394
ddd) Transparent und zugänglich	394
dd) Ergebnis	395
b) Bedarfsprüfung des § 168 Abs. 2 BRAO	395
aa) Transparenz	396
bb) Objektivität	397
cc) Angemessenheit	397
dd) Ausgleich durch Wahlausschuss	397
ee) Ergebnis	398
3. Soziiierungsbeschränkung des § 172a BRAO	398
a) Eignung	399
b) Erforderlichkeit	399
c) Angemessenheit	400
d) Ergebnis	400
4. Residenzpflicht des § 172b BRAO	400
a) Eignung	401

b) Erforderlichkeit	401
c) Angemessenheit	401
d) Ergebnis	402
IX. Vereinbarkeit des §§ 11 ff., 16 ff. EuRAG i.V.m.	
§§ 164 ff. BRAO mit der Dienstleistungsfreiheit	402
1. Institut der besonderen Anwaltschaft	402
a) Anwendungsbereich	402
b) Eingriff	403
aa) Diskriminierung	404
bb) Beschränkung	404
c) Rechtfertigung	404
aa) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	404
bb) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	404
d) Ergebnis	405
2. Wahlverfahren, Soziiierungsbeschränkung, Residenzpflicht	405
X. Vereinbarkeit der §§ 164 ff. BRAO mit der Niederlassungsfreiheit	405
1. Institut der besonderen Anwaltschaft	406
a) Richtlinie 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde	406
b) Niederlassungsfreiheit, Art. 49-54 AEUV	406
2. Wahlverfahren, Residenzpflicht, Soziiierungsverbot	407
XI. Vereinbarkeit der §§ 164 ff. BRAO mit der Dienstleistungsfreiheit	407
XII. Folgen der europarechtswidrigen Ausgestaltung/prozessuale Durchsetzung	407
1. Nichtigkeitsklage, Art. 263 AEUV	408
2. Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258, 259 AEUV	408
3. Vorabentscheidungsverfahren, Art. 267 AEUV	408
a) Zulässigkeit	409
aa) Zuständiges Gericht	409
bb) Vorlageberechtigung	409
cc) Vorlagegegenstand und Vorlagefrage	409
dd) Entscheidungserheblichkeit	410
ee) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	410
b) Begründetheit	410
4. Sonderfall „acte claire“	410

Inhaltsverzeichnis

L. Europäische Menschenrechtskonvention	412
I. Rechtlicher Status der Europäischen Menschenrechtskonvention	412
II. Art. 6 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren	412
1. Anwendungsbereich	412
2. Rechte des Art. 6 EMRK	413
III. Vereinbarkeit der §§ 164 ff. BRAO mit Art. 6 EMRK	414
1. Prüfungsansatz	414
2. Recht auf ein faires Verfahren	414
3. Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichtshofs	415
4. Bewertung	415
a) Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten	415
b) Ausnahmen von der Postulationsfähigkeit zugelassen	416
c) Keine primäre Verfahrensvorschrift	416
d) Kenntnis im Vorfeld des Verfahrens	416
e) Abstrakt-genereller Charakter	417
5. Ergebnis	417
M. Gesamtergebnis	418
I. Verfassungswidrigkeit der Singularzulassung	418
II. Verfassungswidrigkeit des Auswahlverfahrens	419
1. Auswahlkriterien	419
2. Bedarfsprüfung, § 168 Abs. 2 BRAO	420
3. Wahlverfahren	421
III. Verfassungswidrigkeit der Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs für die Rechtsschutzmöglichkeiten	421
IV. Verfassungswidrigkeit der Sozietätsbeschränkung und der Residenzpflicht	422
1. Sozietätsbeschränkung	422
2. Residenzpflicht	422
V. Europarechtswidrigkeit der Singularzulassung	423
VI. Europarechtswidrigkeit des Wahlverfahrens §§ 164 ff. BRAO	423
1. Mangel an Transparenz	423
2. Altersdiskriminierung in § 166 Abs. 3 BRAO	423
VII. Europarechtswidrigkeit der Residenzpflicht des § 172 b BRAO	424

N. Entwicklungsperspektive und Einschätzung	425
I. Überlastung der Justiz	425
II. Belastung des Bundesgerichtshofs	425
III. Diskussionen innerhalb der Anwaltschaft	426
IV. Digitalisierung als Modernisierungsmotor	427
V. Politische Zielsetzung	427
VI. Hürde des Vertragsverletzungsverfahrens und des Vorabentscheidungsverfahrens bezüglich der europarechtswidrigen Ausgestaltung	428
VII. Abschließende Einschätzung	428
Anlage	431
Quellen und Literaturverzeichnis	487

Abkürzungsverzeichnis

Wegen der sparsam verwandten Abkürzungen wird, soweit sie nicht aus dem Quellen- und Literaturverzeichnis verständlich sind, auf *Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018, verwiesen.

CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich Soziale Union in Bayern
MIT	Mittelstands- und Wirtschaftsunion
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

