



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 5/2014 Februar 2014

Zur Verfassungsbeschwerde der Frau J. gegen

- a) das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2.7.2012 – AnwZ (Brfg) 57/11
- b) das Urteil des Anwaltsgerichtshofs des Landes Nordrhein-Westfalen vom 27.7.2011 – 1 AGH 22/11
- c) den Bescheid der Rechtsanwaltskammer Hamm vom 7.4.2010 – FA-VwR

1 BvR 1815/12

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher
RA und Notar Prof. Dr. Wolfgang Kuhla
RA Prof. Dr. Christofer Lenz
RA Dr. Michael Moeskes
RA Prof. Dr. Michael Quaas
RA Dr. Gerhard Strate (Berichterstatter)
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin Eingriffe in die durch Art 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Berufsausübung sowie einen Verstoß gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Das ihr während ihrer Anwaltstätigkeit verliehene Recht, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen, dürfe nicht mit dem (zeitweiligen) Erlöschen der Anwaltszulassung als schlicht „erledigt“ betrachtet werden; ihr zuzumuten, im Falle einer Neuzulassung zur Anwaltschaft die Voraussetzungen für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung neu zu erfüllen, sei – gemessen an Art. 12 Abs. 1 GG – unverhältnismäßig, zumal Rechtsanwälten, deren Zulassung zur Anwaltschaft nicht unterbrochen war, nach der einmaligen Verleihung der Befugnis zur Führung einer Fachanwaltsbezeichnung keinerlei Tätigkeitsnachweise in ihrem Fachgebiet mehr abverlangt werden. Die Beschwerdeführerin sieht hierin – an Art. 3 Abs. 1 GG gemessen – auch eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.

1. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin war seit 2006 als Rechtsanwältin zugelassen. Am 14.7.2009 wurde ihr durch den Vorstand der Rechtsanwaltskammer Hamm die Berechtigung zuerkannt, neben der Berufsbezeichnung als Rechtsanwältin die Bezeichnung „Fachanwältin für Verwaltungsrecht“ zu führen. Nachdem sie ein zwischenzeitlich eingegangenes befristetes Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst in ein unbefristetes umgewandelt hatte, wandte sie sich mit Schreiben vom 28.3.2010 an den Vorstand der Rechtsanwaltskammer und bat um Widerruf der Zulassung gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO. Dies verband sie mit der Bitte um die Zusicherung, bei erneuter Zulassung zur Rechtsanwaltschaft auch die Fachanwaltsbezeichnung wieder führen zu dürfen, sofern sie weiterhin ihrer Fortbildungspflicht nach § 15 der Fachanwaltsordnung (FAO) genüge. Die Rechtsanwaltskammer widerrief sodann am 30.3.2010 die Zulassung der Beschwerdeführerin zur Rechtsanwaltschaft mit Ablauf des 14.4.2010. Mit Bescheid vom 7.4.2010 teilte die Rechtsanwaltskammer mit, dass die erwünschte Zusicherung nicht gegeben werden könne, da eine Rechtsgrundlage für die (Wieder-)Erteilung einer Fachanwaltsbezeichnung nach erneuter Zulassung nicht gegeben sei. Vielmehr werde sie im Falle erneuter Zulassung zur Rechtsanwaltschaft einen neuen Antrag auf Verleihung der Berechtigung zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung stellen müssen. Es heißt in dem Bescheid wörtlich:

„Im Rahmen dieses Antrags kann dann der Erwerb der besonderen theoretischen Kenntnisse nach § 4 FAO durch den von Ihnen in 2006 erfolgreich abgeschlossenen Fachanwaltslehrgang beim DAI geführt werden. Voraussetzung dafür ist, dass Sie weiterhin kalenderjährlich mindestens 10 Zeitstunden Fortbildung nach § 15 FAO im Ausgangszeitpunkt nachweisen können.

Die von Ihnen im Antragszeitpunkt erneut nachzuweisenden besonderen praktischen Erfahrungen sind dann aber anhand einer neuen Fallliste gemäß § 5 FAO beizubringen. Die in dieser Fallliste aufgeführten Fälle müssen von Ihnen persönlich und weisungsfrei innerhalb der letzten drei Jahre vor der Antragstellung bearbeitet worden sein.

Die von Ihnen bis zu einem evtl. späteren Antrag auf erneute Zulassung zur Rechtsanwaltschaft abgeleisteten Fortbildungsstunden müssen nach dem Wegfall der Zulas-

sung nicht fortlaufend bei der Rechtsanwaltskammer eingereicht werden, da eine laufende Personalakte über Sie nicht mehr geführt wird. Es reicht dazu aus, dass Sie diese Fortbildungsnachweise selbst verwahren.“

Mit ihrer Klage vor dem Anwaltsgerichtshof hat die Beschwerdeführerin beantragt, den Bescheid der Rechtsanwaltskammer vom 7.4.2010 aufzuheben und festzustellen, dass sie im Falle der erneuten Zulassung zur Rechtsanwaltschaft widerruflich berechtigt sei, die Bezeichnung „Fachanwältin für Verwaltungsrecht“ zu führen, soweit sie in der Zwischenzeit der Fortbildungspflicht gemäß § 15 FAO genügt habe.

Der Anwaltsgerichtshof hat in seinem Urteil vom 27.7.2011¹ das im Falle einer vorbeugenden Feststellungsklage erforderliche qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis für eine alsbaldige Feststellung bejaht. Denn mit einem Abwarten wären für die Beschwerdeführerin Nachteile verbunden, die ihr nicht zuzumuten seien. So sei es wegen der allgemeinen Wertschätzung, die der Gestattung der Führung einer Fachanwaltsbezeichnung sowohl innerhalb der Rechtsanwaltschaft selbst als auch bei den Rechtssuchenden zukommt, für die Beschwerdeführerin von erheblicher Bedeutung, ob sie bei ihren Bemühungen um eine Angestelltentätigkeit in einer Rechtsanwaltskanzlei den potentiellen Arbeitgebern gegenüber für sich damit werben kann, dass sie im Falle einer Wiederezulassung ohne weiteres befugt ist, die Bezeichnung „Fachanwältin für Verwaltungsrecht“ zu führen. Hinzukomme, dass die Beschwerdeführerin ein anzuerkennendes Interesse an der Klärung habe, ob sie dadurch, dass sie laufende Fortbildung nach § 15 FAO betreibt und die hierbei entstehenden Kosten trägt, bereits sämtliche Voraussetzungen für das erneute Führen der Fachanwaltsbezeichnung erfüllt.

Der Anwaltsgerichtshof hielt die Feststellungsklage jedoch für unbegründet und hat sie abgewiesen. Mit dem Widerruf der Zulassung der Beschwerdeführerin zur Rechtsanwaltschaft sei diese erloschen. Damit sei auch die Befugnis entfallen, die ‚Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ oder „Rechtsanwältin“ zu führen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BRAO). Zwar fehle eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Folgen des Zulassungswiderrufs für eine zuvor zuerkannte Berechtigung, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen. Gleichwohl komme es nicht in Betracht, dass die Berechtigung zur Führung einer Fachanwaltsbezeichnung trotz Erlöschens der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft fortbesteht. Nach § 43c Abs. 1 Satz 1 BRAO könne nur einem Rechtsanwalt die Befugnis zur Führung eine Fachanwaltsbezeichnung zuerkannt werden. Konsequenterweise könne ein Nichtrechtsanwalt eine Fachanwaltsbezeichnung nicht führen. Zwar sei ein Widerruf der Gestattung des Führens eine Fachanwaltsbezeichnung nicht ausdrücklich ausgesprochen worden. Die Befugnis zum Führen einer Fachanwaltsbezeichnung sei jedoch untrennbar mit der Zulassung zur Anwaltschaft verbunden. Die Gestattung zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung habe sich „auf andere Weise“ gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG erledigt². Denn diese Gestattung sei durch den Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gegenstandslos geworden und. Die Erledigung führe dazu, dass die Gestattung nicht mehr wirksam ist. Die Annahme, die Gestattung sei durch den Widerruf der Zulassung lediglich ruhend gestellt, sei unzutreffend. Die Beschwerdeführerin sei darauf verwiesen, im Falle einer Neuzulassung zur Anwaltschaft einen – erneuten – Antrag zu stellen, wobei der Erwerb der besonderen praktischen Erfahrungen nach Maßgabe des § 5 FAO zu führen sei.

Der Anwaltsgerichtshof hatte die Berufung im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsache gemäß § 112c Abs. 1 BRAO i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen.

¹ AGH NRW in BRAK-Mitt. 2011, 296 m. zust. Anm. Offermann-Burckart.

² Im Urteil des Anwaltsgerichtshofs versehentlich als § 42 Abs. 2 VwVfG bezeichnet.

Der Bundesgerichtshof hat die Berufung der Beschwerdeführerin gegen das Urteil des Anwaltsgerichtshofs mit Urteil vom 2.7.2012 zurückgewiesen³.

Wie auch aus § 43c Satz 1 BRAO folge, könne die Befugnis zum Führen der Fachanwaltsbezeichnung nur einem Rechtsanwalt verliehen werden und zustehen. Mit dem Erlöschen der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft habe die Verleihung der Befugnis demgemäß keine Rechtsfolgen mehr zeitigen können, womit Erledigung eingetreten sei. Die Beendigung der Wirksamkeit habe dabei keinen rechtsgestaltenden Akt in Form eines Widerrufs der Erlaubnis nach § 43c Abs. 4 BRAO vorausgesetzt. Sie ergebe sich vielmehr aus den über § 32 Abs. 1 Satz 1 BRAO anwendbaren und in § 43 Abs. 2 VwVfG normierten allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Eine erneute Zulassung der Beschwerdeführerin führe nicht zum Wiederaufleben der erledigten Erlaubnis. Vielmehr müsste die Beschwerdeführerin die Erlaubnis nach dem dafür in der FAO vorgeschriebenen Verfahren neu beantragen.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde macht die Beschwerdeführerin vor allem geltend, dass die Auslegung, die der Anwaltsgerichtshof und der Bundesgerichtshof der Erledigungsregelung des § 43 Abs. 2 VwVfG gegeben haben, die Relevanz des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG verkenne. Das zeige sich daran, dass ohne jegliche Auseinandersetzung mit den Auswirkungen auf die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin damit argumentiert werde, wer kein Rechtsanwalt sei, dem könne auch keine Befugnis zum Führen einer Fachanwaltsbezeichnung zustehen. Weder der Umfang des Schutzbereichs der Berufsfreiheit noch die Tatsache, dass mit der „Erledigung“ ein Eingriff in dieselbe einhergehe, sei erkannt worden. Ebenso wenig sei die Verhältnismäßigkeit der vorgenommenen Auslegung in Frage gestellt worden. Die Beschwerdeführerin sieht des Weiteren eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung darin, dass ihr, der einmal schon die Fachanwaltsbezeichnung verliehen war, im Falle einer Neuzulassung zur Rechtsanwaltschaft auferlegt werde, erneut Tätigkeitsnachweise gemäß § 5 FAO vorzulegen, während anderen als Fachanwälten qualifizierten Rechtsanwälten nach der Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung keinerlei Tätigkeitsnachweise mehr abverlangt würden, sofern sie nur weiterhin als Rechtsanwälte zugelassen sind.

2. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Nachdem der Bundesgerichtshof die Berufung gegen das Urteil des Anwaltsgerichtshofs uneingeschränkt für zulässig gehalten und zur Sache entschieden hat, können etwaige Zweifel an der Zulässigkeit der von der Beschwerdeführerin eingereichten vorbeugenden Feststellungsklage nicht mehr auf den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde einwirken. Sie ist zulässig.

Der Bundesrechtsanwaltskammer erscheint sie aufgrund mehrheitlichen Votums des Verfassungsrechtsausschusses auch begründet, soweit der Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin generell zurückgewiesen wurde.

- a) Sieht das Gesetz die staatliche Anerkennung einer beruflichen Qualifikation vor, mit der Vorteile im beruflichen Wettbewerb verbunden sind, so wirkt sich die Verweigerung dieser Anerkennung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Eingriff in die Berufsfreiheit aus⁴. Dies gilt auch, wenn das zusätzliche berufliche Qualitätsmerkmal nicht Art und Umfang der beruflichen Betätigung reglementiert, sondern den Wettbewerb zwischen den Berufsangehörigen und damit deren berufliche Entfaltungsmöglichkeiten beeinflusst⁵.

³ BGH in BRAK-Mitt. 2012, 242f. = AnwBl. 2012, 846.

⁴ BVerfGE 86, 28, 37; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) in BRAK-Mitt. 1998, 145 = MDR 1998, 499, 500 (zu dem damals gültigen Gesetz über Fachanwaltsbezeichnungen).

⁵ BVerfG a.a.O.

Die in § 43c BRAO und in der gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 2 BRAO erlassenen FAO enthaltenen Regelungen zu der Erlangung und dem Erhalt der Befugnis, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen, sind danach dem Recht der Berufsausübung zuzuordnen und an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen⁶.

Die Führung einer Fachanwaltsbezeichnung betrifft nicht den „Status“ eines Rechtsanwalts⁷. Sie beschränkt ihn – anders als beim Facharzt – nicht auf eine Tätigkeit innerhalb des sich aus der Bezeichnung ergebenden Spezialgebiets; er ist weiterhin frei, in allen Rechtsangelegenheiten als unabhängiger Berater und Vertreter tätig zu werden (§ 3 Abs. 1 BRAO)⁸. Dennoch: Hat der Rechtsanwalt in einem förmlichen Verfahren durch die Rechtsanwaltskammer die Anerkennung einer besonderen Qualifikation erfahren, so ist deren Entzug – durch Widerruf oder Rücknahme gemäß § 25 FAO – ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung. Derartige Eingriffe dürfen nicht weiter gehen, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen es erfordern. Erforderlich ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt⁹.

Dies gilt nicht nur bei der unmittelbaren Beurteilung behördlichen Eingriffshandelns, sondern auch bei der Beantwortung der Frage, ob die gerichtliche Überprüfung des Eingriffshandelns sich von dem Gebot möglicher Schonung des Grundrechtsträgers hat leiten lassen. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die vom Anwaltsgerichtshof und (noch entschiedener) vom Bundesgerichtshof (als gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG eingetreten) behauptete „Erledigung“ der Fachanwaltsverleihung infolge des Erlöschens der Anwaltszulassung ohne Entscheidungsalternative war. Hierzu im Einzelnen:

- b) Gemäß § 43c BRAO kann einem Rechtsanwalt, der besondere Kenntnisse und Erfahrungen in einem Rechtsgebiet erworben hat, welches als Fachanwaltsgebiet durch § 43c Abs. 1 Satz 2 bzw. die auf § 59b Abs. 2 Nr. 2 BRAO gestützte Berufsordnung (FAO) anerkannt ist, durch den Vorstand der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer die Befugnis verliehen werden, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen. Der Verleihung geht ein förmliches Prüfverfahren durch einen vom Vorstand ernannten Ausschuss voraus. Zu prüfen sind hierbei die vorgelegten Nachweise, nicht der Rechtsanwalt selbst¹⁰. Dem Ausschuss steht nicht das Recht zu, die fachliche Qualifikation eines Bewerbers, der die den Anforderungen nach §§ 4 bis 6 FAO entsprechenden Nachweise vorgelegt hat, materiell zu überprüfen¹¹.

Über den Antrag des Rechtsanwalts hat der Vorstand der Rechtsanwaltskammer zu befinden (§ 43c Abs. 2 BRAO). Dem Ausschuss ist hierbei die Aufgabe übertragen, die Entschließung der Kammer vorzubereiten. Dessen Prüfung bildet lediglich ein vorgeschaltetes Verfahren, das mit einer Stellungnahme zum Gesuch des Bewerbers abzuschließen ist (§ 24 Abs. 9 und 10 FAO)¹².

Die Entscheidung über die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung ist in der FAO selbst nicht geregelt. Alleinige Rechtsgrundlage des Verleihungsakts selbst ist ausschließlich § 43c Abs. 2 i.V.m. § 43c Abs. 1 Satz 1 BRAO¹³. Bei der Verleihung handelt es sich um einen (begünstigenden) Verwaltungsakt¹⁴. Dieser enthält zwei Komponenten: zum einen die Feststellung, dass der Bewerber in einem förmlichen Verfahren den Nachweis erbracht hat, als Rechtsanwalt „besondere Kenntnisse und Erfahrungen in einem Rechtsgebiet erworben“ zu haben, zum anderen die Gestattung, eine auf dieses Rechtsgebiet bezogene Fachanwaltsbezeichnung zu führen. Der Verwaltungsakt,

⁶ BVerfGE 57, 121, 130/131; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats) in MDR 1998, 499, 500.

⁷ BVerfGE 57, 121, 132.

⁸ BVerfG a.a.O. 130/131.

⁹ BVerfGE 80, 1, 30 m.w. Nachw.

¹⁰ BGH in NJW 2007, 2125, 2126; Zimmerling/Brehm, AnwBl.1998, 119, 120.

¹¹ BGH in NJW 2003, 741, 742; BGH 2007, 2125, 2126.

¹² BGH in NJW 2000, 3648.

¹³ Vgl. Quaas in Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, Köln 2010, Rdnr. 12 zu § 1 FAO.

¹⁴ Quaas a.a.O. Rdnr. 29 zu § 43c BRAO.

der gegenüber dem Bewerber ergeht, ist also hinsichtlich seines Regelungsgehalts zweiteilig: er ist sowohl ein feststellender als auch ein gestattender Verwaltungsakt¹⁵, wobei die zweite Entscheidungskomponente aus der ersten folgt.

Diesen zweiteiligen Charakter verliert die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung nicht dadurch, dass die Entschließung des Vorstandes in der Praxis der Anwaltskammern sich häufig nur auf den schlichten Ausspruch erstreckt, dass dem Bewerber die Befugnis verliehen werde, künftig die Fachanwaltsbezeichnung zu führen¹⁶.

Kenntnisse können verblassen, Erfahrungen „altern“¹⁷. Hinsichtlich der mit der Verleihung getroffenen Feststellung, der Rechtsanwalt habe „besondere Kenntnisse und Erfahrungen erworben“ (und nachgewiesen), ist die FAO hinsichtlich ihrer fortdauernden Richtigkeitsgewähr großzügig. Lediglich die „besonderen Kenntnisse“ sollen auf einem stabilen Niveau gehalten werden, wobei als Nachweis die Bescheinigung über die jährliche Teilnahme an einer zehnstündigen (demnächst 15stündigen) Fortbildungsveranstaltung (oder eine Fachpublikation auf dem betroffenen Rechtsgebiet) ausreicht (§ 15 FAO). Demgegenüber ist die Feststellungswirkung der Verleihung hinsichtlich des weiteren Merkmals des Erwerbs „besonderer Erfahrungen“ weiterreichend: sie sind schon durch den Verleihungsakt endgültig und dauerhaft nachgewiesen. Ob der Fachanwalt in dem Rechtsgebiet, für das ihm die Fachanwaltsbezeichnung verliehen worden ist, überhaupt weiterhin beratend und vertretend aktiv ist, wird nicht überprüft.

c) Dass dem Verleihungsakt zwei Entscheidungskomponenten innewohnen, nämlich

- die faktisch endgültige Feststellung, dass der Bewerber während seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt sich besondere Kenntnisse und Erfahrungen in einem Rechtsgebiet erworben und diese in einem förmlichen Verfahren nachgewiesen hat,
- und die Gestattung, eine auf dieses Fachgebiet bezogene Fachanwaltsbezeichnung zu führen,

wird in der Auslegung, die der Anwaltsgerichtshof und der Bundesgerichtshof dem § 43 Abs. 2 VwVfG zukommen lassen, nicht genügend beachtet. Diese Vorschrift hat den folgenden Wortlaut:

„Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.“

Es bedarf stets einer genauen Bestimmung, welchen Umfang der Wirksamkeitsverlust eines Verwaltungsaktes bei seiner Rücknahme, seinem Widerruf, seiner Aufhebung oder seiner anderweitigen Erledigung hat. Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, soweit er nicht aufgehoben oder anderweitig erledigt ist. Es kommt also auch eine teilweise Aufhebung (oder anderweitige Erledigung) in Betracht (vgl. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG; ähnlich § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)¹⁸. Der nicht aufge-

¹⁵ Zu diesen Unterscheidungen vgl. Hennecke in Knack, VwVfG, 7. Aufl., Rdnr. 89f. zu § 35.

¹⁶ Die Verleihungsurkunde der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer z.B. enthält beide Entscheidungskomponenten: „Der Vorstand der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer gestattet Herrn Rechtsanwalt/Frau Rechtsanwältin ... aufgrund der nachgewiesenen besonderen theoretischen Kenntnisse und praktischen Erfahrungen die Bezeichnung Fachanwalt/Fachanwältin für ... zu führen.“ Zum Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes, der sich implizit auf eine weitere Regelung miterstreckt vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., Rdnr. 78 zu § 35.

¹⁷ So die treffende Formulierung des BGH in NJW 2005, 1943, 1944.

¹⁸ Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.) VwVfG, 8. Aufl., Rdnr. 192 zu § 43.

hobene Teil bleibt wirksam. Zulässig ist die teilweise Aufhebung jedoch nur, wenn der Verwaltungsakt teilbar ist, sein abtrennbarer Teil als selbständiger Verwaltungsakt bestehen bleiben kann, ohne dass er zum aliud wird¹⁹.

Hinsichtlich der Verleihung der Befugnis zur Führung einer Fachanwaltsbezeichnung bedeutet dies: Die in ihr enthaltene Gestattung, eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen, ist untrennbar mit der Befugnis verbunden, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ oder „Rechtsanwältin“ zu führen. Mit der Aufhebung der Anwaltszulassung (durch Rücknahme oder Widerruf) endet gemäß § 17 BRAO und gemäß § 32 Satz 1 BRAO i.V.m. § 43 Abs. 2 VwVfG auch die Befugnis des Rechtsanwalts, sich als Fachanwalt zu bezeichnen.

Anders verhält es sich mit der in dem Verleihungsakt enthaltenen Feststellung, der Bewerber habe zum Zeitpunkt der Verleihung in einem förmlichen Verfahren den Nachweis geführt, dass er als Rechtsanwalt besondere Kenntnisse und Erfahrungen erworben habe. Diese Feststellung bleibt auf den Zeitpunkt der Verleihung bezogen richtig, auch wenn der Bewerber nach der Verleihung die Zulassung als Rechtsanwalt verliert (und damit auch der Befugnis verlustig geht, sich als Fachanwalt zu bezeichnen). Es ist – gemessen an dem aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Gebot möglichst schonender Handhabung von Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung – nicht erforderlich, dieser während der Berufsausübung als Rechtsanwalt verliehenen Anerkennung einer besonderen Qualifikation jegliche Feststellungswirkung²⁰ bei zukünftigen Entscheidungen (im Falle einer angestrebten oder beantragten Neuzulassung zur Rechtsanwaltschaft) abzusprechen.

Dies scheint auch der für die Beschwerdeführerin zuständigen Anwaltskammer fühlbar geworden zu sein. Das zeigt sich daran, dass der Beschwerdeführerin in dem Bescheid vom 7.4.2010 in Aussicht gestellt wird, man werde im Falle einer Neuzulassung als Rechtsanwältin auf den erneuten Nachweis des Erwerbs besonderer theoretischer Kenntnisse verzichten, sollte sie Nachweise über den kalenderjährlich erfolgten Besuch von mindestens zehnstündigen Fortbildungsveranstaltungen vorlegen können. Lediglich den Nachweis besonderer Erfahrungen werde sie durch eine Liste der von ihr in den letzten drei Jahren frisch bearbeiteten Fälle gemäß § 5 FAO erbringen müssen.

§§ 4 und 5 FAO stellen an den Nachweis des Erwerbs besonderer theoretischer Kenntnisse und Erfahrungen in einem Fachgebiet relativ hohe Anforderungen. Hinsichtlich des Nachweises ihrer Fortdauer hingegen begnügt die FAO sich mit einem minimalistischen Konzept. Die Fortdauer der Feststellungswirkung des Verleihungsakts in die Zukunft hinein ist bei durchgängig zugelassenen Rechtsanwälten hinsichtlich der „besonderen theoretischen Kenntnisse“ lediglich an einen dünnen Faden gebunden, nämlich den jährlichen kurzzeitigen Besuch von Fortbildungsveranstaltungen in dem Fachgebiet. Der Fortbestand der „besonderen Erfahrungen“ wird bei weiterhin zugelassenen Rechtsanwälten ohne jede Überprüfung unterstellt. Es ist angesichts der geringen Anforderungen, die die FAO an die Fortdauer der einmal erworbenen Qualifikation stellt, nicht einzusehen, dass ehemalige Rechtsanwälte, die während ihrer Berufstätigkeit den hohen Nachweisanforderungen an den Erwerb besonderer theoretischer Kenntnisse und Erfahrungen genügt haben, im Falle einer Neuzulassung an der Feststellungswirkung der ihnen früher zuerkannten besonderen Qualifikation nicht weiterhin teilhaben sollten.

¹⁹ Sachs a.a.O.

²⁰ Üblicherweise wird den Begründungselementen eines Verwaltungsaktes eine „Feststellungswirkung“ nur dann zugesprochen, wenn diese auf eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung zurückgeht (BVerwG in NVwZ 1987, 496, 497). Die in dem Verleihungsakt enthaltene Feststellung, der Bewerber habe während seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt in einem förmlichen Verfahren besondere Kenntnisse und Erfahrungen nachgewiesen, beruht auf §§ 43c, 59b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b BRAO sowie den Bestimmungen der FAO. Sie wird – auf den Zeitpunkt der Verleihung bezogen – nicht dadurch falsch, dass nach dem Erlöschen der Anwaltszulassung der ehemalige Anwalt weder als Rechtsanwalt noch als Fachanwalt auftreten darf.

Wenn der Verleihung der Befugnis zum Führen der Fachanwaltsbezeichnung eine teilbare Wirksamkeit zukommt, so dass mit dem Erlöschen der Anwaltszulassung zwar die Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung entfällt, nicht jedoch die mit dem Verleihungsakt verbundene Feststellung besonderer theoretischer Kenntnisse und Erfahrungen in einem Fachgebiet, stände dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer – um dem Gebot möglichst schonender Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung zu genügen – die Möglichkeit offen, die Aufhebung der Anwaltszulassung mit dem Widerruf der Gestattung zur Führung einer Fachanwaltsbezeichnung zu verbinden²¹. Der Widerruf der Erlaubnis könnte alsdann gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG mit der Bedingung versehen werden, dass die Befugnis zur Führung einer Fachanwaltsbezeichnung im Falle einer Neuzulassung zur Rechtsanwaltschaft wieder auflebt, sofern der neu zugelassene Rechtsanwalt nachweist, dass er in den Zeiten seiner Nichtzulassung weiterhin jährlich entsprechend § 15 FAO in seinem Fachgebiet sich fortgebildet hat.

Die Beschwerdeführerin hatte mit ihrem Feststellungsantrag keine zeitliche Grenze genannt, bis zu der ein Wiederaufleben ihrer früheren praktischen Erfahrungen zulässig und geboten sein soll, sondern Feststellung „auf Lebenszeit“ begehrt. Eine derart unbegrenzte Feststellungswirkung ist verfassungsrechtlich jedoch nicht geboten, weil praktische Erfahrungen verblassen und „altern“, wenn der Beruf nicht mehr ausgeübt wird und keine neuen praktischen Erfahrungen die früheren auffrischen können. Anders als bei berufsqualifizierenden Abschlüssen nach Prüfung und mit Zeugnis, die als Berufszugangsvoraussetzung häufig²² kein „Verfallsdatum“ haben, beruht die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung nicht auf einer Ausbildung und inhaltlichen Prüfung, sondern auf der Vorlage von Nachweisen der Antragsteller über selbst erarbeitete praktische Erfahrungen und theoretische Kenntnisse, die nicht inhaltlich auf Qualität überprüft werden (können). Deshalb stellen § 43b BRAO und die FAO auf die zeitliche Nähe der Nachweise zur Antragstellung ab. Die Kenntnisse und Erfahrungen sollen „frisch“ sein, um etwaige Qualitätsdefizite, die das Nachweisverfahren nicht ganz verhindern kann, jedenfalls zu minimieren.

Um den Bedenken des BGH gegen ein „automatisches Wiederaufleben der Erlaubnis nach einem jahre- oder gar jahrzehntelangen Ruhen der anwaltlichen Tätigkeit“²³ Rechnung zu tragen, könnte der Widerruf neben einer Bedingung der genannten Art zusätzlich eine Befristung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG enthalten, wobei die Befristung einen überschaubaren Zeitraum umspannen sollte. Sie könnte sich beispielsweise an der Regelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 FAO (für Verlängerungen des zum Nachweis praktischer Kenntnisse vorgesehenen Zeitraumes) orientieren. Ebenso wie in § 3 FAO lässt der Satzungsgeber hier erkennen, dass eine bis zu 3-jährige Unterbrechung die Nachweisgeeignetheit früherer praktischer Erfahrungen nicht beeinträchtigt.²⁴

²¹ Der Bundesgerichtshof (in BRAK-Mitt. 2012, 242 = AnwBl. 2012, 846) sieht die Wirksamkeit des Verleihungsaktes als in Gänze beseitigt, sobald die Zulassung zur Anwaltschaft erloschen ist; die Beendigung der Wirksamkeit setze dabei keinen rechtsgestaltenden Akt in Form eines Widerrufs der Erlaubnis nach § 43c Abs. 4 BRAO voraus. Er beruft sich hierbei auf eine Entscheidung des BVerwG vom 19.4.2011 (BVerwGE 139, 337, 341), in welcher es um die Frage ging, ob der Regelungszweck der einem Ausländer erteilten Aufenthaltsberechtigung durch seine anschließende Einbürgerung gänzlich entfällt. Das hatte das Bundesverwaltungsgericht zu Recht bejaht. Die Verleihung der Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung verliert – wie dargelegt – durch das Ende der Anwaltszulassung jedoch nicht automatisch ihre Feststellungswirkung hinsichtlich der Anerkennung der während der Zeit der Anwaltszulassung erworbenen besonderen theoretischen Kenntnisse und Erfahrung in einem Fachgebiet. Das wird in dem Urteil des BGH nicht bedacht. Um die Rechtswirkungen des Erlöschens der Anwaltszulassung auf die Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung exakt zu bestimmen, ist deren Wegfall förmlich durch Widerruf auszusprechen (vgl. auch Quaas in Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht, Rdnr. 49 zu § 43c BRAO).

²² Anders etwa die zeitliche Beschränkung der Gültigkeit von LKW- und Omnibusfahrerlaubnissen nach § 23 FeV.

²³ BGH a.a.O.

²⁴ Allerdings ist dieser Zeitraum bei der am 14.04.2010 aus der Anwaltschaft ausgeschiedenen Beschwerdeführerin mittlerweile verstrichen.

Eine erst nach Jahrzehnten erfolgende Rückkehr ehemaliger Fachanwälte in den Anwaltsberuf dürfte in der Praxis ohnehin kaum zu erwarten sein. Wer seinen Weg gemacht hat, braucht keinen neuen einzuschlagen. Im Vordergrund stehen – wie hier – die Probleme junger Juristen, die noch um eine Orientierung kämpfen und hierbei zeitweilig die Berufsfelder wechseln. Deren Weg in eine qualifizierte Berufsausübung sollte unter voller Beachtung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht ohne Not erschwert werden.

3. Zur Frage 6 b)

Auch der Bundesrechtsanwaltskammer sind keine Fachanwältinnen und Fachanwälte bekannt, die den Titel weiterhin führen, ohne nennenswert auf dem Gebiet ihrer Fachanwaltsbezeichnung zu praktizieren.

§ 43c Abs. 4 Satz 2 BRAO erlaubt einen Ermessenswiderruf der Fachanwaltsbezeichnung nur bei Unterlassen einer in der Fachanwaltsordnung vorgeschriebenen Fortbildung. Der Begriff Fortbildung ist der gleiche wie in § 43a Abs. 6 BRAO, der nach allgemeinem Verständnis nur die theoretische Fortbildung meint, da der Begriff der Fortbildung nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht vergangene praktische Erfahrungen umfasst, sondern nur die Aneignung neuerer Erkenntnisse aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre. Mangels Ermächtigungsgrundlage in der BRAO konnte die Satzungsversammlung keine Möglichkeit der Überprüfung auf fortlaufende kontinuierliche praktische Erfahrungen schaffen.

Die Satzungsversammlung sah aber auch keinen Handlungsbedarf, beim Gesetzgeber eine solche Kompetenz einzufordern, weil sie bei typisierender Betrachtungsweise davon ausging, dass Fachanwältinnen und Fachanwälte in ihrem Fachgebiet auch weiterhin praktisch tätig sein werden. Der Erwerb einer Fachanwaltsbezeichnung wird nicht nur wegen des statistisch gesehen höheren Einkommens im Vergleich zu Rechtsanwälten ohne Fachanwaltsbezeichnung angestrebt, sondern auch aus Neigung und Vorliebe für ein Rechtsgebiet. Diese Interessenkombination führt typischerweise dazu, dass Fachanwälte auch weiterhin auf ihren Rechtsgebieten tätig bleiben. Ein Fachanwalt, der gar nicht mehr auf seinem Fachgebiet tätig ist, dürfte daher die Ausnahme sein, zumal die Investition von Zeit und Geld in eine demnächst 15-stündige Fortbildung in einem nicht mehr bearbeiteten Rechtsgebiet dann nutzlos ist.

Ein Fachanwalt, der nicht mehr auf dem Rechtsgebiet seiner Fachanwaltsbezeichnung tätig ist, kann auch nicht ohne Weiteres mit aus der Anwaltschaft ausgeschiedenen Personen verglichen werden, denn er ist weiterhin – wenn auch auf anderen Gebieten – anwaltlich tätig und täglich mit der anwaltlichen Denk- und Arbeitsweise befasst. Ob eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst anwaltsähnlich sein kann und deshalb frühere praktische Erfahrungen aus dem Anwaltsberuf über drei Jahre nach dem Ausscheiden hinaus zu prolongieren vermag, ist nicht zu entscheiden, da hierzu nichts vorgetragen ist.