

Der verweigerter vorbeugende Rechtsschutz des Anwaltssenats des BGH

Aushöhlung der Rechtsschutzgarantie bei verwaltungsrechtliche Anwaltssachen*

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel

Der belehrende Hinweis hat sich in der Kammerpraxis für die Fälle etabliert, in denen Anwältinnen und Anwälte – häufig für die eigentlich handelnde Sozietät – berufsrechtliche Zweifel im Vorfeld ausräumen wollen. Die Vorteile liegen auf der Hand: Die präventive Klärung erspart der Anwältin oder dem Anwalt Rügen oder gar anwaltsgerichtliche Maßnahmen (wie Geldbußen). Zugleich ist bei verwaltungsrechtlichen Anwaltssachen der Rechtsweg über den AGH bis zum Anwaltssenat des BGH eröffnet. Der Anwaltssenat des BGH hat nun die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kunstvoll ausgehöhlt, in dem er zwischen der missbilligenden Belehrung (Rechtsschutz) und der einfachen Belehrung/dem präventiven Hinweis (praktisch kein Rechtsschutz) differenziert (BGH, AnwBl 2017, 1001). Der Autor ordnet das Urteil in die verwaltungsprozessualen Standardkonstellationen ein und zeigt, dass der Anwaltssenat des BGH tragende Grundsätze des Verwaltungsprozessrechts nicht aufnimmt.

I. Einleitung: Maßstab Art. 19 Abs. 4 GG

Die in § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO enthaltenen Generalklausel, wonach der Anwaltsgerichtshof im ersten Rechtszug über alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nach diesem Gesetz, einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung oder einer Satzung einer der nach diesem Gesetz errichteten Rechtsanwaltskammern, einschließlich der Bundesrechtsanwaltskammer entscheidet, soweit nicht die Streitigkeiten anwaltsgerichtlicher Art oder einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (verwaltungsrechtliche Anwaltssachen), ist strukturell erkennbar § 40 Abs. 1 VwGO nachgebildet, indem zunächst eine sachliche Zuständigkeit für alle entsprechenden öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten begründet und diese dann nur für den Fall des Vorliegens entsprechender abdrängender Sonderzuweisungen eingeschränkt wird. Das ist deshalb bedeutsam, weil die – einen wichtigen Baustein zur Verwirklichung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG darstellende – Vorschrift des § 40 Abs. 1 VwGO darauf abzielte, dass die verwaltungsgerichtliche Kontrolle gegenständlich nicht – insbesondere nicht auf Verwaltungsakte – beschränkt sein, sondern jedwede Formen des Verwaltungshandelns umfassen sollte.¹ Sowohl der Wortlaut des § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO („alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten“), als auch die erkennbare strukturelle Anlehnung an § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO gebietet daher ein Verständnis der Vorschrift, wonach jede Form hoheitlicher Tätigkeit der Rechtsanwaltskammern der gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.

Besondere Fragen stellen sich im Hinblick auf die Staatshaftigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes. Insoweit ist auf eine kürzlich ergangene Entscheidung des BGH² zu verweisen.

II. Der nicht alltägliche Tassen-Schockwerbung-Fall

Dem BGH-Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Rechtsanwalt hatte bei der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer eine Anfrage nach der berufsrechtlichen Zulässigkeit einer von ihm beabsichtigten sogenannten Schockwerbung gestellt. Die Rechtsanwaltskammer erteilte dem Kläger daraufhin zwei belehrende Hinweise, in denen sie ihn aufforderte, die vorgenannte Werbung wegen Unvereinbarkeit mit dem anwaltlichen Berufsrecht und dem Wettbewerbsrecht zu unterlassen. Die vom Rechtsanwalt hiergegen erhobene Klage hatte weder vor dem Anwaltsgerichtshof³ noch vor dem BGH⁴ Erfolg; zudem wurde seine gegen die entsprechenden Entscheidungen erhobene Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.⁵

In einem zweiten Anlauf fragte dann eine „Dr. R. Rechtswissenschaftliche Dienstleistungen UG (haftungsbeschränkt)“, deren Geschäftsführer der Rechtsanwalt ist, bei der Rechtsanwaltskammer an, ob Bedenken gegen die Verwendung der oben genannten Bildmotive auf Kaffeetassen zu Werbezwecken unter Hinzufügung der Bezeichnung der erstgenannten Unternehmergesellschaft bestünden. Die Rechtsanwaltskammer antwortete hierauf mit Schreiben vom 1. April 2015, dass der Rechtsanwalt, wenn er die von ihm angekündigte Werbung über die Dr. R. Rechtswissenschaftliche Dienstleistungen UG schalten wolle, eindeutig einen Verstoß gegen § 6 Abs. 3 BORA begehen würde. Denn er würde damit als Rechtsanwalt (in eigener Person) zulassen, dass eine UG für ihn eine höchststrichtrichlerich untersagte Werbung betreibt. Das Schreiben endete mit der Ankündigung, dass dann, wenn der Rechtsanwalt nicht innerhalb einer gesetzten Frist gegenüber der Rechtsanwaltskammer K. erkläre, dass er diese Werbung nicht schalten werden, die Rechtsanwaltskammer den Vorgang unmittelbar an die Generalstaatsanwaltschaft K. zur Prüfung der Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Anschuldungsverfahrens übersenden werde. Der Anwaltsgerichtshof hat die daraufhin vom Rechtsanwalt erhobene Klage als unzulässig abgewiesen, der BGH die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen.

III. Die BGH-Entscheidung

Der Anwaltssenat des BGH hat in dem Urteil die Auffassung vertreten, dass der primär erhobene Antrag auf Feststellung, dass die beabsichtigte Werbemaßnahme durch die „Dr. R. Rechtswissenschaftliche Dienstleistungen UG (haftungsbeschränkt)“ keinen Verstoß des als Geschäftsführer dieser Gesellschaft fungierenden Rechtsanwalts gegen anwaltliches

* Zugleich Besprechung, BGH, Urt. v. 3.7.2017, AnwBl 2017, 1001, Volltext AnwBl Online 2017, 588.

1 Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 32. EL Oktober 2016, § 40, Rn. 4; Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage, § 40 Rn. 34.

2 BGH, Urteil vom 03.07.2017 – AnwZ (Brfg) 45/15 –, AnwBl 2017, 1001 (Volltext AnwBl Online 2017, 588).

3 AGH Hamm, Urteil vom 6. September 2013 – 2 AGH 3/13 –, AnwBl 2013, 935.

4 BGH, Urteil vom 27.10.2014 – AnwZ (Brfg) 67/13 –, AnwBl 2015, 91 f.

5 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.03.2015 – 1 BvR 3362/14 –, AnwBl 2015, 439 f.

Berufsrecht darstelle, vom Anwaltsgerichtshof zu Recht als unstatthaft abgewiesen worden sei.

1. Das Kernargument des BGH: Kein Verwaltungsakt

Hierzu hat der BGH zunächst ausgeführt,

- dass es sich bei dem genannten Schreiben der Rechtsanwaltskammer „nicht um einen Verwaltungsakt (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 35 Satz 1 VwVfG) in Gestalt eines belehrenden Hinweises beziehungsweise einer missbilligenden Belehrung, sondern vielmehr um eine einfache Belehrung beziehungsweise einen präventiven Hinweis“ handele,
- dass solche „einfachen Belehrungen beziehungsweise präventiven Hinweise ... in der Regel nicht geeignet (sind), die Rechte des Rechtsanwalts zu beeinträchtigen, und daher grundsätzlich auch nicht anwaltsgerichtlich anfechtbar“ sind,
- dass als Gesichtspunkte, die im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Auslegung für das Vorliegen eines belehrenden Hinweises beziehungsweise einer missbilligenden Belehrung sprechen, insbesondere maßgeblich seien, ob „der Bescheid der Rechtsanwaltskammer mit einer Entscheidungsformel versehen ist und in dieser – oder sonst im Bescheid – die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens festgestellt und ein konkretes Verbot ausgesprochen wird und der Bescheid insgesamt erkennen lässt, dass die Rechtsanwaltskammer sich bereits auf eine verbindliche Regelung der aufgeworfenen Fragen festgelegt hat“, und
- dass es sich „von diesen Grundsätzen ausgehend ... bei dem im vorliegenden Fall zu beurteilenden Schreiben der Beklagten ... nicht um einen belehrenden Hinweis bzw. eine missbilligende Belehrung, sondern um eine einfache Belehrung beziehungsweise einen präventiven Hinweis“ handele und dass es „damit ... entgegen der Auffassung des Klägers hier an einem Verwaltungsakt (fehlt)“.

2. Streitgegenstand

Bereits diese Feststellungen müssen erstaunen, da sie auf einer offensichtlichen Verkenntung des Streitgegenstandes beruhen. Denn die langen Ausführungen des BGH dazu,

- dass es sich bei dem Schreiben der Rechtsanwaltskammer vom 1. April 2015 „nicht um einen Verwaltungsakt (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 35 Satz 1 VwVfG) in Gestalt eines belehrenden Hinweises beziehungsweise einer missbilligenden Belehrung, sondern vielmehr um eine einfache Belehrung beziehungsweise einen präventiven Hinweis“ handele, und
- dass solche „einfachen Belehrungen beziehungsweise präventiven Hinweise ... in der Regel nicht geeignet (sind), die Rechte des Rechtsanwalts zu beeinträchtigen, und daher grundsätzlich auch nicht anwaltsgerichtlich anfechtbar (sind)“,

sind hinsichtlich des Hauptantrags völlig entbehrlich, da der Kläger mit diesem – ausweislich des vom BGH selbst wiedergegebenen Wortlauts – nicht mit dem Ziel der *Aufhebung jenes Schreiben angefochten*, sondern vielmehr eine Klage auf *Feststellung des berufsrechtlichen Erlaubtseins* eines konkret bezeichneten beabsichtigten Verhaltens erhoben hat. Ob die Meinungsäußerung der beklagten Behörde, die dem Kläger Anlass zur Erhebung seiner Feststellungsklage Anlass gab, einen Verwaltungsakt darstellt oder nicht, ist aber für die Frage der generellen Statthaftigkeit einer Feststellungsklage der erhobenen Art, also einer solchen nach § 112a Abs. 1 Nr. 1 BRAO in Verbindung mit § 43 Abs. 1 VwGO, ohne jeden Belang und allenfalls im Rahmen der Prüfung der gesonderten Sachentscheidungs voraussetzung des Subsidiaritätsgrundsatzes

von Bedeutung. In letzterer Hinsicht hat der BGH aber – zu Recht – keinerlei Anlass zu näherer Befassung gesehen und sich stattdessen mit der knappen Feststellung begnügt, dass der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht bereits der gesetzliche Vorrang der Gestaltungsklage entgegensteht.

3. Verwaltungsakt – nein oder doch ja?

Angesichts der fehlenden Erheblichkeit der Qualifizierung des Schreibens vom 1. April 2015 für die Entscheidung über die mit dem Hauptantrag verfolgte Feststellungsklage kann zwar eigentlich dahinstehen, ob die Subsumtion des BGH, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 1. April 2015 „... weder in einer – hier nicht vorhandenen – Entscheidungsformel noch in der Begründung ein konkretes Handlungsverbot oder -gebot oder ein konkretes Unterlassungsgebot ausgesprochen hat“, sich noch im Rahmen vertretbarer Rechtsauffassungen hält. Gleichwohl sei angemerkt, dass dies durchaus zweifelhaft erscheinen muss angesichts dessen, dass das besagte Schreiben mit den Worten schließt:

„Wenn Sie also gegenüber der Rechtsanwaltskammer K. nicht erklären, dass Sie diese Werbung nicht schalten werden, wird die Abteilung III der Rechtsanwaltskammer K. den Vorgang unmittelbar an die Generalstaatsanwaltschaft K. zur Prüfung der Einleitung eines anwaltsgerichtlichen Anschuldivungsverfahrens übersenden.
Wir dürfen Sie daher bitten, uns gegenüber bis zum 13.04.2015 zu erklären, dass Sie diese Werbung nicht vornehmen werden.“

a) „Absehen von einer eigenen Entscheidung“

Wenn der BGH meint,

- dass aus „... dem – nach Art einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung formulierten – Bescheid der Beklagten ... deutlich hervor(geht), dass die Beklagte zwar eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Werbemaßnahme vornehmen, nicht jedoch selbst über die Unterlassungspflicht des Klägers befinden, sondern es zunächst diesem überlassen wollte, durch eine von ihr innerhalb einer bestimmten Frist geforderte Abgabe einer Unterlassungserklärung insoweit Klarheit zu schaffen“, und
- dass „... die abschließende Entscheidung und damit die ‚Regelung‘ im vorgenannten Sinne der Generalstaatsanwaltschaft vorbehalten bleiben“ sollte, wobei mit diesem Absehen von einer eigenen Entscheidung über die Unterlassungspflicht „die Beklagte zugleich zum Ausdruck gebracht (hat), dass sie weder den Ausspruch eines belehrenden Hinweises beziehungsweise einer missbilligenden Belehrung noch ein Rügeverfahren nach § 74 BRAO als ausreichend ansieht, sondern eine Befassung der Generalstaatsanwaltschaft mit dem Ziel der Verhängung anwaltsgerichtlicher Maßnahmen für erforderlich hält (§ 120a BRAO)“,

so erscheint dies wenig überzeugend. Schließlich wird auch niemand auf den Gedanken kommen, etwa dann, wenn eine Immissionsschutzbehörde im Aufsichtsverfahren den Betreiber einer ungenehmigten Abfallbehandlungsanlage unter Fristsetzung auffordert, deren Betrieb einzustellen, verbunden mit dem Hinweis, dass anderenfalls die Staatsanwaltschaft über den ungenehmigten Anlagenbetrieb unterrichtet werde, das Vorliegen einer behördlichen Unterlassungsanordnung verneinen, um in einem solchen Schreiben stattdessen ein „Absehen von der eigenen Entscheidung“ der Behörde zu erblicken. Denn hier wie dort soll ja die für den Fall fruchtlosen Fristablaufs angedrohte Einschaltung der Staatsanwaltschaft – wie der BGH insoweit zutreffend feststellt – allein

deshalb erfolgen, weil nur diese dafür zuständig ist, die aus Sicht der Aufsichtsbehörde gebotenen *sanktionsrechtlichen* Maßnahmen in die Wege zu leiten. Hingegen hindert der Umstand, dass die Zuständigkeit für die in Betracht kommenden *sanktionsrechtlichen* Maßnahmen allein bei der Staatsanwaltschaft liegt, in keiner Weise daran, das Schreiben der zuständigen Aufsichtsbehörde, hier also der Rechtsanwaltskammer, in *ordnungsrechtlicher* Hinsicht als Unterlassungsaufforderung zu qualifizieren. Die Verkenning und Verquickung dieser unterschiedlichen Handlungsebenen – einerseits der (verschuldensunabhängigen) aufsichts- und damit ordnungsrechtlichen Überwachung der Erfüllung der den Kammermitgliedern obliegenden Pflichten und andererseits der Veranlassung einer staatsanwaltschaftlichen Prüfung der Einleitung einer (verschuldensabhängigen) anwaltsgerichtlichen Sanktionierung von Pflichtverstößen – muss bei einem obersten Gerichtshof des Bundes schon verwundern.

b) Fehlerhafte Negierung eines Rechtsverhältnisses

Leider gilt dies auch für die folgenden Teile der Begründung. So wird in dem Urteil weiter ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die mit dem Hauptantrag des Klägers verfolgte Feststellungsklage deshalb unstatthaft sei, „... weil es im hier gegebenen Fall einer durch die Rechtsanwaltskammer ausgesprochenen einfachen Belehrung beziehungsweise eines präventiven Hinweises bereits an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis der Parteien fehlt, da bei dieser Art der Wahrnehmung der in § 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO geregelten Aufgaben der Rechtsanwaltskammer der für die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage erforderliche Grad der Konkretisierung beziehungsweise Verdichtung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kammer und dem Rechtsanwalt nicht gegeben ist“. Warum Letzteres generalisierend anzunehmen sein soll, bleibt das Geheimnis des BGH. Denn jedenfalls nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 43 Abs. 1 VwGO sind unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben.⁶ Erforderlich ist weiter, dass das Rechtsverhältnis „in Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits überschaubaren Sachverhalt streitig“ ist.⁷ Schließlich setzt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis voraus, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können.⁸ Diese Voraussetzungen sind aber im Streitfalle ersichtlich gegeben, da zwischen den Beteiligten des Verfahrens in Anwendung einer Rechtsnorm – nämlich § 6 Abs. 3 BORA – auf einen bestimmten bereits überschaubaren Sachverhalt – nämlich die beabsichtigte Werbemaßnahme – streitig war, ob die beklagte Rechtsanwaltskammer vom klagenden Rechtsanwalt eine Unterlassung dieser Maßnahme verlangen konnte. Hängt aber die Bejahung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses allein von der – im Streitfall offensichtlichen – Erfüllung dieser vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Voraussetzungen ab, so bestand keinerlei Anlass, das Vorliegen eines derartigen Rechtsverhältnisses mit der Erwägung in Zweifel zu ziehen, dass bei Wahrnehmung der in § 73 Abs. 2 Nr. 1 BRAO geregelten Aufgaben der Rechtsanwaltskammer der für die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage erforderliche

Grad der Konkretisierung beziehungsweise Verdichtung des Rechtsverhältnisses zwischen der Kammer und dem Rechtsanwalt grundsätzlich nicht gegeben sein könne.

c) Entgegenstehende Rechtsprechung

Zudem ist bemerkenswert, dass es der BGH unterlassen hat, sich mit insoweit entgegenstehender instanzgerichtlicher Rechtsprechung auseinanderzusetzen. Ich erinnere mich noch an eine Vertretung eines Kollegen in einem prozessual ähnlich gelagerten Fall, der letztlich zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Führung der Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“⁹ führte. Mein Mandant hatte – vor Einführung des Fachanwalts für Verkehrsrecht – der für ihn zuständigen Rechtsanwaltskammer mitgeteilt, dass er sich ab sofort als „Spezialist für Verkehrsrecht“ bezeichnen werde. Diese antwortete, dass er die Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“ nicht auf seinem Briefpapier führen dürfe. Daraufhin kam es zu einer Anrufung des Anwaltsgerichtshofs unter zwar u.a. mit dem Antrag, festzustellen, dass der Antragsteller berechtigt ist, die Bezeichnung „Spezialist für Verkehrsrecht“ auch auf seinen Briefköpfen, Visitenkarten, Kanzleischildern oder in Anzeigen zu verwenden. Obwohl das Schreiben der Rechtsanwaltskammer ausdrücklich als Belehrung gem. § 73 Abs. 2 Ziff. 1 BRAO abgefasst war, hat der Anwaltsgerichtshof den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zutreffend für statthaft gehalten. Hierzu führte er zunächst aus, dass zwar mit einer solchen Belehrung in der Regel nicht in die Rechte des betroffenen Rechtsanwaltes eingegriffen werde und dass grundsätzlich die Beratungs- und Belehrungstätigkeit der Antragsgegnerin anwaltsgerichtlich nicht anfechtbar sei.

Sodann folgt die Feststellung: „Ein Rechtsmittel ist jedoch dann zulässig, wenn die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG dies erfordert. Daher ist in analoger Anwendung des § 223 BRAO eine Äußerung eines Kammervorstandes anfechtbar, wenn dem betroffenen Rechtsanwalt erhebliche künftige Nachteile entstünden, falls er der Belehrung Folge leistet (...).“¹⁰ Dass zwischen den Nachteilen, die bei Unterlassung jener Werbemaßnahme dem damaligen Antragsteller schwerwiegendere Nachteile gedroht hätten, als dem Kläger in dem vom BGH entschiedenen Verfahren im Falle der Unterlassung der von ihm geplanten Werbeaktion, wird sich schwerlich begründen lassen. Angesichts dessen hätte es sich aber aufdrängen müssen, näher zu begründen, warum die im erstgenannten Verfahren vom Anwaltsgerichtshof für die Zulässigkeit der dort ebenfalls erhobenen Feststellungsklage angeführten Gründe in dem vom BGH entschiedenen Fall nicht greifen sollen. Noch bedenkllicher als das Absehen von einer Auseinandersetzung mit jenem Judikat ist aber der Umstand, dass es der BGH unterlassen hat, zur Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Prozessrechts auch nur ansatzweise Art. 19 Abs. 4 GG in den Blick zu nehmen und als Maßstabnorm heranzuziehen.

⁶ Vgl. etwa BVerwG, Urteile vom 23.01.1992 – 3 C 50.89 – BVerwGE 89, 327, 329f.; vom 26.01.1996 – 8 C 19.94 – BVerwGE 100, 262, 264 und vom 20.11.2003 – 3 C 44.02 – Buchholz 418.32 AMG Nr. 37.

⁷ BVerwG, Urteile vom 13.10.1971 – 6 C 57.66 – Buchholz 232 § 123 BBG Nr. 8 und vom 30.05.1985 – 3 C 53.84 – Buchholz 418.32 AMG Nr. 13 sowie vom 28.01.2010 – 8 C 38.09 – Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 149; Beschluss vom 12.11.1987 – 3 B 20.87 – Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 97.

⁸ BVerwG, Urteile vom 28.01.2010 – 8 C 38.09 – Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 149 und vom 16.04.2015 – 4 CN 2/14.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 28.07.2004 – 1 BvR 159/04 –, AnwBl 2004, 586ff.

¹⁰ AGH Celle, Beschluss vom 27.10.2003 – AGH 4/03 –, NJW 2004, 1536f.

4. Vorbeugende Feststellungsklage

Das wird auch im Folgenden deutlich. Hier stellt der BGH zunächst unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG zutreffend fest,

- dass eine vorbeugende Feststellungsklage – wie die anhängige – nur zulässig ist, wenn ein spezielles, besonders schützenswertes, gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Interesse besteht, und
- dass dieses (nur) gegeben ist, wenn der Betroffene nicht in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz gegen die befürchtete Beeinträchtigung verwiesen werden kann, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz mit für den Kläger unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre.

Sodann heißt es in der Entscheidung, dass es dem Kläger dann, wenn er trotz der im vorangegangenen Verfahren erfolgten höchstrichterlichen Klärung „... an seiner gegenteiligen Rechtsauffassung und an der geplanten Werbemaßnahme festhält, ohne Weiteres zuzumuten (ist), insbesondere die Entschließung der Generalstaatsanwaltschaft zur Frage einer möglichen anwaltsgerichtlichen Anschuldigung abzuwarten“, und dass zudem „... für den Kläger, worauf der Anwaltsgerichtshof ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, die Möglichkeit (besteht), von sich aus bei der Generalstaatsanwaltschaft ein so genanntes Selbstreinigungsverfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 1 BRAO zu beantragen ...“.

Damit werden aber die Anforderungen an die Voraussetzungen für die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes in einer mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbaren Weise überspannt. Insoweit sei statt vieler Worte auf das BVerfG verwiesen, dass hierzu festgestellt hat, dass

„... einem Betroffenen nicht zuzumuten (ist), die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen. Der Betroffene hat vielmehr ein schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als ‚fachspezifischere‘ Rechtschutzform einzuschlagen, insbesondere wenn dem Betroffenen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren droht.“

Dies entspricht auch der seit langem gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹¹, das diese Feststellung erst kürzlich noch einmal ausdrücklich wiederholt hat.¹² Ist die Schwelle der Zumutbarkeit aber bereits dann überschritten, wenn dem Betroffenen – nur – ein Ordnungswidrigkeitenverfahren droht, so muss dies erst recht dann gelten, wenn er Gefahr laufen würde, sich durch das von ihm beabsichtigte Verhalten gegebenenfalls sehr viel schwerwiegendere berufsrechtliche Konsequenzen einzuhandeln, was auch bei Durchführung des sogenannten Selbstreinigungsverfahrens nach § 123 BRAO der Fall wäre. Mithin hätten bei der gegebenen Ausgangslage die besonderen Voraussetzungen der Statthaftigkeit vorbeugenden Feststellungsrechtsschutzes nicht verneint werden dürfen.

IV. Fazit

Die Gerichtsverfahren in verwaltungsrechtlichen Anwaltsachen unterliegen seit der 2009 erfolgten Novellierung des Prozessrechts im Grundsatz der VwGO. Die Kernvorschrift des § 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO stellte einen überfälligen und notwendigen Schritt dar, um den sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anforderungen an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch in diesem Rechtsbereich genügen zu können. Der Anwaltssenat des BGH hat mit dem hier besprochenen Urteil aber gezeigt, dass er auch fast zehn Jahre nach der Reform nicht bereit ist, die Grundsätze des modernen Verwaltungsrechtsschutzes aufzunehmen. Das dient weder der Einheitlichkeit der Rechtsprechung noch sucht er den fachlichen Diskurs mit dem Bundesverwaltungsgericht zur Weiterentwicklung des Rechts. Noch bedenklicher ist aber, dass Lücken im Rechtsschutz gegen behelrende Schreiben der Rechtsanwaltskammer an ihre Mitglieder aufturn.



Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel

Der Autor ist Rechtsanwalt, war von 2009 bis 2015 Präsident des Deutschen Anwaltvereins und ist seit 2017 Präsident des Bundesverbandes der Freien Berufe. Er ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Honorarprofessor an der Universität Kiel.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

11 BVerwG, Urteil vom 17.01.1972 – I C 33.68 –, BVerwGE 39, 247, 248f.

12 BVerwG, Urteil vom 23.06.2016 – 2 C 18/15 –, NVwZ-RR 2016, S. 907, 902.