

Übergangsregelung und Rückwirkungsprobleme bei Änderung der FAO

Anerkennungsfähigkeit vor dem 1. Juli 2015 absolvierter Fachanwaltskurse nach Änderung des § 2 Abs. 3 FAO

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

Der Weg zum Fachanwaltstitel kann beschwerlich sein. Weil vor allem das Sammeln der Fälle in vielen Fachanwaltschaften mühsamer geworden ist, können zwischen Abschluss des obligatorischen Fachanwaltslehrgangs und der Antragstellung Jahre liegen. Um den Fachanwalt in spe auf dem Laufenden zu halten, treffen ihn nach dem Lehrgang die Fortbildungspflichten des Fachanwalts. Doch was passiert, wenn sich die Inhalte des Fachanwaltslehrgang vor Antragstellung ändern? Das Thema ist keineswegs fiktiv, wie die Einführung der menschenrechtlichen Bezüge 2015 durch Änderung von § 2 Abs. 3 FAO als Lehrstoff für alle Fachanwaltschaften belegt. Der Autor zeigt, dass die FAO keine eindeutige Antwort hat, die Frage aber unter Rückgriff auf die Grundsätze des allgemeinen Vertrauensschutzes zugunsten der Bewerber gelöst werden muss. Einer Nachschulung bedarf es nicht.

I. Einleitung

§ 2 Abs. 3 der Fachanwaltsordnung (FAO) ist mit Wirkung zum 1. Juli 2015 geändert worden.¹ Seit dem Inkrafttreten der Neufassung des § 2 Abs. 3 FAO müssen die vom Antragsteller für die Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung nachzuweisenden besonderen theoretischen Kenntnisse außer verfassungs- und europarechtlichen auch die menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebiets erfassen. Motiv für die entsprechende Ergänzung der Vorschrift war die erhebliche Relevanz von Instrumenten des internationalen Menschenrechtsschutzes jenseits des Bereichs des Europäischen Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention, die durch Ratifikationsgesetze unmittelbar Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden haben und die mitunter unmittelbar Rechte des Einzelnen begründen.²

Die vor dem 1. Juli 2015 abgeschlossenen Fachanwaltslehrgänge hatten freilich nicht in allen Fällen menschenrechtliche Themen zum Inhalt, so dass die ausgestellten Teilnahmezertifikate oftmals die Behandlung menschenrechtlicher Bezüge nicht ausweisen. Dies hat dazu geführt, dass ein nach Inkrafttreten der Änderung gestellter Antrag auf Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung vom Fachanwaltsausschuss der Rechtsanwaltskammer Berlin abgelehnt worden ist, weil die Anforderungen an den Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse im Sinne von § 4 i. V. m. § 2 Abs. 3 FAO in der seit dem 1. Juli 2015 geltenden Fassung nicht erfüllt seien.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob die Anerkennungsfähigkeit von

vor dem 1. Juli 2015 besuchten Fachanwaltslehrgängen voraussetzt, dass darin auch die menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebiets behandelt worden sind. Dazu wird nach einer eingehenden Skizzierung der Problemstellung und möglicher Lösungsansätze (II.) zunächst geprüft, ob die sich stellende Rechtsfrage durch Auslegung des § 2 Abs. 3 FAO unter Berücksichtigung des systematischen Kontextes der Vorschrift geklärt werden kann (III.). Sodann wird untersucht, welche Schlussfolgerungen sich aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verbot der Rückwirkung von Rechtsnormen ziehen lassen (IV.), bevor schließlich das Ergebnis der Überlegungen zusammengefasst wird (V.).

II. Problemstellung und Lösungsansätze

Der Erwerb eines Fachanwaltstitels setzt außer dem Nachweis besonderer praktischer Erfahrungen den Nachweis besonderer theoretischer Kenntnisse voraus.³ Diese sind gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 FAO in der Regel erworben, wenn „der Antragsteller an einem auf die Fachanwaltsbezeichnung vorbereitenden anwaltspezifischen Lehrgang teilgenommen hat, der alle relevanten Bereiche des Fachgebiets umfasst“.

Zu den danach zu behandelnden Bereichen zählen nach der Änderung des § 2 Abs. 3 FAO auch die menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebiets. Die inhaltliche Erweiterung der nachzuweisenden besonderen theoretischen Kenntnisse um den Gesichtspunkt der menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebietes wirft die Frage auf, wie mit Fachanwaltslehrgängen zu verfahren ist, die vor dem Inkrafttreten des § 2 Abs. 3 FAO n.F. besucht und in denen noch keine menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebiets behandelt worden sind. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung erst nach dem 30. Juni 2015 gestellt worden ist beziehungsweise gestellt wird.

Denkbar ist zum einen, dass auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der *Antragstellung* oder zum Zeitpunkt der *Entscheidung über den Antrag* abzustellen ist. Diesen Standpunkt scheint die Rechtsanwaltskammer Berlin eingenommen zu haben, als sie in dem erwähnten Fall einen vor dem 1. Juli 2015 absolvierten Lehrgang mangels Behandlung menschenrechtlicher Bezüge als nicht ausreichend erachtet hat, um eine Fachanwaltsbezeichnung verleihen zu können. Zum anderen könnte aber auch auf diejenigen Anforderungen rekuriert werden, die gegolten haben, als der *Fachanwaltslehrgang absolviert* worden ist. Sofern der Lehrgang im Einklang mit den Anforderungen des § 2 Abs. 3 FAO a.F. abgehalten worden ist, wäre mithin von dessen Anerkennungsfähigkeit auszugehen.

¹ BRAK-Mitt. 2015, 83f.

² Vgl. Scharmer, in: Hartung/ders. (Hrsg.), Berufs- und Fachanwaltsordnung, 6. Auflage 2016, § 2 FAO Rn. 29. Als mögliche menschenrechtliche Rechtsbehelfe kommen dabei insb. die Beschwerdemöglichkeiten bei mehreren UN-Fachausschüssen (u. a. die Beschwerdeverfahren beim Menschenrechtsausschuss des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (HRC) oder beim Ausschuss zur Anti-Folter-Konvention (CAT) in Betracht; vgl. dazu mit weiteren Beispielen Engel, BRAK-Mitt. 2015, 88. Daneben sind die Fachgerichte verpflichtet, das einfache Recht in menschenrechtskonformer Weise auszulegen; vgl. dazu nur BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, und BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011, 2 BvR 882/09.

³ Neben den Fachkenntnissen auf dem jeweiligen Fachgebiet gehört dazu auch die Kenntnis der einschlägigen Nebengebiete (etwa des Bilanzrechts für das Fachgebiet Steuerrecht) und wissenschaftlicher Hilfsdisziplinen (wie z. B. der Kriminologie für das Fachgebiet Strafrecht); vgl. dazu Vossebürger, in: Feuerich/Weyland (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO, 9. Auflage 2016, § 2 FAO Rn. 3.

III. Lösung durch Auslegung der FAO

Nachfolgend wird die Tragfähigkeit beider Lösungsansätze anhand eines systematischen Vergleichs mit § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO (1.) und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Änderung des § 2 Abs. 3 FAO n. F. (2.) untersucht.

1. Günstigerprüfung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO

Eine allgemeine Übergangsregelung im Hinblick auf im Rahmen der Fachanwaltsordnung gestellte Anträge enthält § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO. Ersichtlich nicht einschlägig ist dagegen die Übergangsvorschrift des § 16 Abs. 2 FAO, die ausschließlich Fälle betrifft, in denen ein Fachanwaltslehrgang vor Inkrafttreten der Fachanwaltsordnung oder vor der Einführung einer neuen Fachanwaltsbezeichnung absolviert wurde. In § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO heißt es: „Anträge sind nach dem zum Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Recht zu entscheiden, wenn dies für den Antragsteller günstiger ist.“⁴

Ist die bei Antragstellung geltende Rechtslage für den Antragsteller ungünstiger, gilt demgegenüber das zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag anwendbare Recht.⁵ Die Vorschrift greift dementsprechend in Fällen, in denen der Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung bereits vor dem 1. Juli 2015 gestellt worden ist, nicht aber bei Antragstellung nach dem Inkrafttreten des § 2 Abs. 3 FAO n. F. Denn in der letztgenannten Konstellation fehlt es an einer zwischen Antragstellung und Entscheidung eintretenden Rechtsänderung.

a) Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO spricht für eine enge Auslegung in dem Sinne, dass es stets entweder auf das zur Zeit der Antragstellung oder aber auf das zur Zeit der Entscheidung über den Antrag geltende Recht ankommt. Etwaige vorherige Rechtsänderungen blieben unberücksichtigt. Für den Fall eines nach dem 30. Juni 2015 gestellten Antrags auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung bedeutete dies, dass § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO unanwendbar wäre, so dass § 2 Abs. 3 FAO n. F. zur Anwendung käme und nur Fachanwaltslehrgänge anerkannt werden könnten, in denen menschenrechtliche Bezüge behandelt worden sind.

b) Auf der anderen Seite kommt in der Übergangsregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO jedoch auch ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck, nämlich der Rechtsgrundsatz, dass im Falle zwischenzeitlicher Rechtsänderungen unter Zugrundelegung der für den Antragsteller günstigeren Rechtslage zu entscheiden ist. Dieser allgemeine Rechtsgedanke beansprucht nicht nur dann Geltung, wenn es zwischen Antragstellung und Entscheidung zu einer Rechtsänderung kommt, sondern kann grundsätzlich auch dann zur Anwendung kommen, wenn es schon vor Antragstellung, aber nach Herbeiführung bestimmter Antragsvoraussetzungen zu einer Rechtsänderung kommt. In dieser weiten Auslegung führte § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO dazu, dass es keines Nachweises der Behandlung menschenrechtlicher Bezüge bedürfte, wenn der Fachanwaltslehrgang schon vor dem 1. Juli 2015 absolviert worden ist und die Lehrgangsinhalte den Anforderungen des § 2 Abs. 3 FAO a. F. entsprochen haben.

2. Sinn und Zweck der Änderung des § 2 Abs. 3 FAO n. F.

Aus dem Sinn und Zweck der Änderung des § 2 Abs. 3 FAO n. F. lässt sich nur wenig für die hier zu untersuchende Frage ableiten. Die Erweiterung der nachzuweisenden besonderen theoretischen Kenntnisse um menschenrechtliche Bezüge soll der zunehmenden Bedeutung dieses Rechtsgebiets für den

Rechtsschutz des Einzelnen und die Rechtspflege insgesamt Rechnung tragen. Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer an einer möglichst schnellen Einbeziehung der menschenrechtlichen Bezüge in die Fachanwaltslehrgänge interessiert war. Dies spricht wiederum dafür, den Nachweis besonderer theoretischer Kenntnisse gemäß § 2 Abs. 3 FAO n. F. bereits für alle Anträge auf Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung zu fordern, die nach dem 30. Juni 2015 gestellt worden sind beziehungsweise gestellt werden.

3. Zwischenergebnis

Die Fachanwaltsordnung enthält in Gestalt ihres § 16 Abs. 1 Satz 1 eine einschlägige Übergangsregelung allein im Hinblick auf die Fallgestaltung, dass ein Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung schon vor dem 1. Juli 2015 gestellt worden ist. Im Übrigen fehlt es an einer eindeutigen Regelung zu der Frage, ob § 2 Abs. 3 FAO n. F. auch auf Fälle anwendbar ist, in denen ein Fachanwaltslehrgang vor dem 1. Juli 2015 erfolgreich abgeschlossen worden ist, der Antrag auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung jedoch erst nach dem 30. Juni 2015 gestellt worden ist beziehungsweise gestellt wird.

IV. Allgemeiner Grundsatz des Vertrauensschutzes

Soweit die Fachanwaltsordnung selbst keine eindeutige Aussage trifft, muss bei der Auslegung und Anwendung des § 2 Abs. 3 FAO n. F. auf allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze Bedacht genommen werden.

1. Rechtsänderung in laufenden Antragsverfahren

Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz, nach dem im Laufe eines Antragsverfahrens eintretende Rechtsänderungen nicht zulasten eines Antragstellers berücksichtigt werden dürfen,⁶ führt nicht dazu, dass Fachanwaltslehrgänge, die den Vorgaben des § 2 Abs. 3 FAO a. F. entsprochen haben, auch nach dem 1. Juli 2015 anzuerkennen sind. Denn das Antragsverfahren beginnt erst mit der Antragstellung, nicht bereits mit dem Abschluss des Fachanwaltslehrgangs.

2. Das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot

Fraglich ist, ob sich dem aus Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) folgenden Prinzip der Rechtssicherheit⁷ im Einzelfall entnehmen lässt, dass im Einklang mit § 2 Abs. 3 FAO a. F. durchgeführte Fachanwaltslehrgänge auch nach der Rechtsänderung zum 1. Juli 2015 anerkannt werden müssen. Zwar gewährleistet der Grundsatz der Rechtssicherheit keinen generellen Abwehrensanspruch des Bürgers gegen Veränderungen. Er hat sein Verhalten an den geänderten rechtlichen Vorgaben auszurichten. Das Grundgesetz billigt dem Bürger jedoch unter bestimmten Voraussetzungen Vertrauensschutz zu.⁸ Der Einzelne soll nicht durch die nachträgliche Entwertung von

⁴ Hervorhebungen nur hier.

⁵ Vgl. Vossebürger, in: Feuerich/Weyland (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, 9. Auflage 2016, § 16 FAO Rn. 1. Diese Regelung ist zwingend, vgl. BGH, BRAK-Mitt. 1998, 153; BRAK-Mitt. 1999, 230 = MDR 1999, 1162 zu § 16 Abs. 1 FAO a. F.

⁶ Vgl. zu diesem Grundsatz Schärmer, in: Hartung/ders. (Hrsg.), Berufs- und Fachanwaltsordnung, 6. Auflage 2016, § 16 FAO Rn. 10.

⁷ Vgl. nur Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 34. Edition Juni 2017, Art. 20 Rn. 181 ff.

⁸ Vgl. Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 34. Edition Juni 2017, Art. 20 Rn. 184 ff.

Rechtspositionen oder plötzliche grundlegende Änderungen rechtlicher Vorgaben „übereilt“ werden, sondern die Möglichkeit haben, sich auf neue Regelungen einzustellen.⁹ Daher folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes für den Gesetzgeber, dass der *Erlass rückwirkender Gesetze nur in Grenzen zulässig* ist.¹⁰ Auch für Satzungsänderungen wie die Änderung des § 2 Abs. 3 FAO durch die Bundesrechtsanwaltskammer, die gemäß § 176 Abs. 1 BRAO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, gilt aufgrund der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nichts anderes.

a) Arten der Rückwirkung

Rechtsprechung und Schrifttum unterscheiden verschiedene Arten von Rückwirkung, wobei der relevante zeitliche Bezugspunkt für die Beurteilung der Rückwirkungsart jeweils die *Verkündung* beziehungsweise Bekanntgabe der neuen Regelung ist.¹¹ Vorliegend wurde die Änderung des § 2 Abs. 3 FAO im April 2015 verkündet,¹² so dass bei der Beurteilung der Rückwirkungsart von diesem Zeitpunkt auszugehen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine *echte Rückwirkung* beziehungsweise *Rückbewirkung von Rechtsfolgen* vor, „wenn das Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift“.¹³

Dies ist der Fall, wenn die Rechtsfolgen für einen vor der Verkündung liegenden Zeitraum eintreten sollen, wenn also der Beginn der Anwendung der Norm auf einen Zeitpunkt festgelegt wird, „der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm durch ihre Verkündung rechtlich existent, d.h. gültig geworden ist“.¹⁴

Eine *unechte Rückwirkung* beziehungsweise *tatbestandliche Rückanknüpfung* besteht demgegenüber, „wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit sogleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet“.¹⁵ Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Norm künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht.¹⁶

b) Einordnung des zu beurteilenden Falles

Die Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Die Abgrenzung hängt von der Formulierung des gesetzlichen Tatbestands ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass „die Zuordnung im Einzelfall eher zwischen Polen auf einer gleitenden Skala zu erfolgen hat“.¹⁷

Vor diesem Hintergrund ist auch die Einordnung der Änderung des § 2 Abs. 3 FAO nicht unproblematisch. Insoweit stellt sich die Frage, ob ein erfolgreich abgeschlossener Fachanwaltslehrgang einen der Vergangenheit angehörenden Tatbestand darstellt, in den nachträglich ändernd eingegriffen wird (dann: echte Rückwirkung), oder ob der Abschluss des Fachanwaltslehrgangs lediglich als Teil eines noch gegenwärtigen Sachverhaltes, nämlich des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens zur Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung anzusehen ist (dann: unechte Rückwirkung).

aa) Für das Vorliegen einer *echten Rückwirkung* spricht, dass mit dem erfolgreichen Abschluss des Fachanwaltslehrgangs bereits eine *materielle Voraussetzung für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung erfüllt* ist. In die gleiche Richtung deutet der Umstand, dass die Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung in einem *mehrstufigen Verfahren* erfolgt, in dem

der Erlass des entsprechenden Bescheides lediglich den letzten Schritt darstellt. Im Einzelnen:

(1) Vor der *Verleihung* der Fachanwaltsbezeichnung ist ein entsprechender *Antrag* zu stellen. Dies kann wiederum erst dann geschehen, wenn zuvor ein *Fachanwaltslehrgang* vollständig absolviert worden ist, der den Anforderungen der §§ 4 Abs. 1, 2 Abs. 3 und 8 bis 14 p FAO entspricht. Der erfolgreiche Besuch eines entsprechenden Fachanwaltslehrgangs stellt sich damit als Antragsvoraussetzung und zugleich als Bedingung für die spätere Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung dar.

Wurde der Fachanwaltslehrgang vor dem 1. Juli 2015 mit Erfolg abgeschlossen, so waren insoweit die *sachlichen Voraussetzungen für die spätere Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung bereits erfüllt*. In diesen bereits erworbenen „Besitzstand“ wird nachträglich ändernd eingegriffen, wenn der Fachanwaltskurs unter Hinweis auf § 2 Abs. 3 FAO n. F. als nicht den (aktuellen) Vorgaben der Fachanwaltsordnung entsprechend eingestuft und damit entwertet wird. Insoweit erscheint ein vor der Verkündung der Rechtsänderung im April 2015 mit Erfolg absolvierter Fachanwaltslehrgang als *bereits abgeschlossener, der Vergangenheit angehörender Sachverhalt*. Danach sprechen gewichtige Gründe dafür, im Falle einer Erstreckung des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 3 FAO n. F. auf vor seiner Verkündung abgeschlossene Fachanwaltslehrgänge von einem Fall der echten Rückwirkung auszugehen.

(2) Bestätigt wird diese Rechtsauffassung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Aus dieser ergibt sich bezüglich der Frage, welche Art von Rückwirkung vorliegt, wenn im Zeitpunkt der Verkündung einer neuen Norm bereits die materiellen Anspruchsvoraussetzungen der bisher geltenden Norm erfüllt sind, Folgendes:

„Bei Rechtssätzen, die Rechtsansprüche einräumen, bedeutet dabei ‚abgewinkelter Tatbestand‘ nicht ‚zuerkannt durch Bescheid‘, da es nur auf die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und nicht auf die behördlichen Vollzugsakte ankommen kann. Um bei Anspruchsnormen von ‚echter Rückwirkung‘ sprechen zu können, genügt es, dass der Gesetzgeber in Sachverhalte eingreift, die vor der Gesetzesverkündung abgeschlossen waren und die die Voraussetzungen des bisher geltenden Anspruchstatbestands erfüllten“.¹⁸

Genau eine solche Konstellation ist gegeben, wenn der betroffene Rechtsanwalt vor der Verkündung des § 2 Abs. 3 FAO n. F. einen den Anforderungen der §§ 4 Abs. 1, 2 Abs. 3 und 8 bis 14 p FAO a. F. entsprechenden Fachanwaltslehrgang erfolgreich abgeschlossen hat. Denn insoweit waren unter der Geltung des bisherigen Rechts die *sachlichen Anspruchsvoraussetzungen für die Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung bereits erfüllt*. Auf den Umstand, dass eine Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung aufgrund des Zeitpunkts der Antragstellung oder sonstiger Umstände erst nach Inkrafttreten des § 2

⁹ So Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage 2010, Art. 20 Rn. 293.

¹⁰ Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 20 VII Rn. 72.

¹¹ Vgl. BVerfGE 72, 200 (242); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Auflage 2016, Art. 20 Rn. 97.

¹² Vgl. BRAK-Mitt. 2015, 84.

¹³ So BVerfGE 30, 367 (386).

¹⁴ So BVerfGE 72, 200 (241); 97, 67 (78); 114, 258 (300); 127, 1 (16 f.).

¹⁵ So BVerfGE 95, 64 (86).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 72, 200 (242); 97, 67 (78); 114, 258 (300).

¹⁷ So Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung 2017, Art. 20 VII Rn. 77.

¹⁸ So BVerfGE 30, 367 (386 f.); Hervorhebungen nur hier.

Abs. 3 FAO n.F. erfolgen kann, kommt es demgegenüber nach den insoweit eindeutigen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts nicht an.¹⁹

(3) Eine andere rechtliche Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die im Rahmen eines vor Verkündung des § 2 Abs. 3 FAO n.F. durchgeführten Fachanwaltslehrgangs außer Betracht gebliebenen menschenrechtlichen Bezüge des Fachgebiets später im Rahmen einer „Nachschulung“ thematisiert werden könnten. Dies gilt aus verschiedenen Gründen: Die notwendige Dauer einer entsprechenden Nachschulung wäre mangels normativer Vorgaben völlig unklar. § 2 Abs. 3 FAO n.F. selbst lässt offen, in welchem Umfang die besonderen theoretischen Kenntnisse die menschenrechtlichen Bezüge des Fachgebiets erfassen müssen, um anerkanntsfähig zu sein. Hinzu kommt, dass es an einer Regelung zur Dauer etwaiger Nachschulungen fehlt. In jedem Fall ändert die – praktisch ohnehin nicht bestehende – Möglichkeit einer Nachschulung nichts am tatbestandlichen Vorliegen einer echten Rückwirkung. Denn letztere wird nicht dadurch beseitigt, dass dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben wird, den bereits eingetretenen nachteiligen Effekt der Rechtsnorm durch ein späteres Verhalten zu kompensieren. Eine entsprechende Möglichkeit könnte allenfalls für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer echten Rückwirkung von Belang sein, nicht aber auf der hier interessierenden tatbestandlichen Ebene.

bb) Eine *unechte Rückwirkung* könnte demgegenüber nur dann bejaht werden, wenn der Fokus – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – auf das *Verfahren zur Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung* gerichtet würde. Bei Zugrundelegung dieses Blickwinkels ist der Sachverhalt „Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung“ gerade erst dann abgeschlossen, wenn die Rechtsanwaltskammer eine entsprechende Entscheidung getroffen hat. Solange dies nicht der Fall ist und möglicherweise noch nicht einmal ein entsprechender Antrag vorliegt, wäre ein noch nicht abgeschlossener Sachverhalt gegeben, auf den lediglich mit Wirkung für die Zukunft eingewirkt würde.

3. Unzulässigkeit einer echten Rückwirkung

Sofern mit der hier vertretenen Rechtsauffassung vom Vorliegen einer echten Rückwirkung ausgegangen wird, ist bei der Anwendung der Fachanwaltsordnung zu berücksichtigen, dass eine echte Rückwirkung *grundsätzlich unzulässig* ist.²⁰ Eine Ausnahme kann nur vorliegen, wenn kein schutzwürdiges Vertrauen vorliegt oder die öffentlichen Interessen dieses Vertrauen überwiegen.²¹ Bezüglich der nur ausnahmsweise zu bejahenden Zulässigkeit echt zurückwirkender Normen haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet.²²

a) Gestörte Vertrauensgrundlage erst ab April 2015

Der Vertrauensschutz entfällt insbesondere dann, wenn der Betroffene zu dem Zeitpunkt, auf den die Rechtsänderung zurückwirkt, schon *mit einer Neuregelung rechnen* musste.²³ Dies war hier – soweit ersichtlich – frühestens zum Zeitpunkt des Beschlusses der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer am 10./11. November 2014²⁴ und spätestens mit der Verkündung des neu gefassten § 2 Abs. 3 FAO im April 2015²⁵ der Fall.²⁶ Bezüglich der vor den genannten Zeitpunkten vollständig abgeschlossenen Fachanwaltslehrgänge bestand daher ein berechtigtes Vertrauen der Lehrgangsteilnehmer darauf, dass keine menschenrechtlichen Bezüge im Sinne von § 2 Abs. 3 FAO n.F. behandelt werden mussten.

b) Kein Überwiegen öffentlicher Belange

Auch eine Ausnahme unter dem Gesichtspunkt eines Überwiegens öffentlicher Interessen kommt vorliegend nicht in Betracht. Dies beruht zum einen darauf, dass eine echte Rückwirkung allenfalls mit Blick auf „zwingende Belange des Gemeinwohls“²⁷ in Betracht kommt, was regelmäßig nur „zum Schutz höchster Verfassungsgüter“²⁸ denkbar ist. Dass vorliegend derartige Schutzgüter eine echte Rückwirkung des § 2 Abs. 3 FAO n.F. gebieten könnten, ist nicht ansatzweise ersichtlich. Zum anderen wird das Gewicht der echten Rückwirkung im Einzelfall auch nicht durch die Möglichkeit einer „Nachschulung“ so stark relativiert, dass ausnahmsweise von deren Zulässigkeit auszugehen ist.²⁹

4. Unzulässigkeit einer unechten Rückwirkung

Falls entgegen der hier vertretenen Auffassung lediglich ein Fall der unechten Rückwirkung zu bejahen sein sollte, könnte ebenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes vorliegen.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit der unechten Rückwirkung

Während eine echte Rückwirkung prinzipiell verfassungswidrig ist, wird eine unechte Rückwirkung als *grundsätzlich zulässig* angesehen.³⁰ Grenzen der unechten Rückwirkung ergeben sich jedoch aus dem *Prinzip des Vertrauensschutzes* und zugleich aus dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Maßstab für die Zulässigkeit der unechten Rückwirkung ist eine *Abwägung* der schutzwürdigen Interessen der durch die Rückwirkung Betroffenen einerseits und des öffentlichen Interesses an der gesetzlichen Neuregelung andererseits.³¹ Zu berücksichtigen ist insbesondere der Wert der im Vertrauen auf die ursprüngliche Regelung getroffenen Dispositionen. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit kann der *Erllass einer Übergangsregelung* geboten sein.³²

¹⁹ Vgl. BVerfGE 30, 367 (386f.).

²⁰ Vgl. BVerfGE 95, 64 (86); 101, 239 (263); 109, 133 (181).

²¹ Vgl. BVerfGE 72, 200 (258); 97, 67 (79f.); *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK Grundgesetz, 34. Edition Juni 2017, Art. 20 Rn. 186. Vgl. dazu, dass ein Überwiegen des öffentlichen Interesses nur aus „zwingenden Gründe des gemeinen Wohls“ in Betracht kommt, BVerfGE 13, 261 (272); 30, 367 (390f.); 72, 200 (258).

²² Vgl. BVerfGE 72, 200 (258ff.); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Auflage 2016, Art. 20 Rn. 101ff. m. w. N.

²³ Vgl. BVerfGE 37, 363 (397f.); 45, 142 (173f.); 88, 384 (404); 126, 369 (393f.).

²⁴ Vgl. dazu, dass es bei Gesetzen auf den Tag der Beschlussfassung des Bundestages ankommt, BVerfGE 13, 206 (213); 126, 369 (396); st. Rsp. Für Satzungen gilt das gleiche, solange auch sie öffentlich beschlossen werden, vgl. BVerwG, Urteil vom 26.2.2003 – 9 CN 2.02, Rn. 16; dies ist bei Änderungen der Fachanwaltsordnung der Fall, weil die Sitzungen der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer gemäß § 6 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Satzungsversammlung öffentlich sind.

²⁵ BRAK-Mitt. 2015, 83f.

²⁶ Für ein Abstellen auf das Verkündungsdatum spricht, dass Sitzungen der Satzungsversammlung keine vergleichbare Publizität erreichen wie Sitzungen des Bundestages. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass in den vorangegangenen Ausgaben der BRAK-Mitteilungen 6/2014 und 1/2015 nicht auf den in Rede stehenden Beschluss der Satzungsversammlung hingewiesen wurde; eine bleibläufige Erwähnung erfolgte demgegenüber auf Seite 6 des BRAK-Magazins 6/2014. Außerdem hatte dem Inkrafttreten der Satzungsänderung eine Rechtmäßigkeitsbestätigung durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorauszugehen, die erst am 4.3.2015 erfolgte, vgl. <http://www.brak.de>, abrufbar am 29.9.2017.

²⁷ So BVerfGE 131, 20 (39) m. w. N.

²⁸ So BVerfGE 129, 37, (46).

²⁹ Dazu im Einzelnen oben unter Gliederungspunkt IV. 2. b) aa) (3).

³⁰ Vgl. BVerfGE 30, 392 (402f.); 95, 64 (86); 103, 197 (288f.); so auch *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Auflage 2016, Art. 20 Rn. 104.

³¹ Vgl. dazu *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, Art. 20 Rn. 296.

³² Vgl. BVerfGE 67, 1 (15).

b) Überwiegen des schutzwürdigen Vertrauens der Lehrgangsteilnehmer

Im Rahmen der danach vorzunehmenden Abwägung ist auf der einen Seite das schützenswerte Vertrauen des Teilnehmers eines bereits erfolgreich abgeschlossenen Fachanwaltslehrgangs auf Fortbestand der seinerzeit gegebenen Anerkennungsfähigkeit des Lehrgangs zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite steht das Interesse an der schnellstmöglichen Einbeziehung der menschenrechtlichen Bezüge des jeweiligen Fachgebiets in die nachzuweisenden besonderen theoretischen Kenntnisse, um die Qualität der Fachanwaltschaften weiter zu steigern.

Auch wenn die menschenrechtlichen Bezüge grundsätzlich von zunehmender Bedeutung sein werden und ihnen erhebliche Bedeutung für den Rechtsschutz des Einzelnen und die Rechtspflege insgesamt zukommen mag³³, überwiegt dieser Gesichtspunkt nicht gegenüber dem Vertrauen der Teilnehmer auf die fortdauernde Anerkennungsfähigkeit eines bereits erfolgreich abgeschlossenen und seinerzeit rechtskonformen Fachanwaltslehrgangs. Eine andere Sichtweise ließe den mit dem Besuch eines Fachanwaltslehrgangs verbundenen erheblichen *zeitlichen und finanziellen Aufwand* außer Acht. Angesichts der durch den Fachanwaltslehrgang anfallenden Kosten (Lehrgangsgebühr, Ausfall eigenen Umsatzes) muss der Antragsteller berechtigterweise auf den Fortbestand der zur Zeit des Besuchs des Lehrgangs geltenden Anforderungen vertrauen können. Dies gilt umso mehr, als der *Lehrgang zwingend* vor der Beantragung der Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung zu absolvieren ist, worauf der Antragsteller *keinen Einfluss* nehmen kann. Auch der Verweis auf die Möglichkeit einer „Nachschulung“ ändert daran aus den bereits dargelegten Gründen nichts.³⁴ Vor diesem Hintergrund hätte es des Erlasses einer *angemessenen Übergangsregelung* bedurft. Die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer hat es jedoch *versäumt*, eine Übergangsregelung für den Fall zu schaffen, dass sich das geltende Recht zwischen dem Besuch eines Fachanwaltslehrgangs und der Stellung des Antrags auf Verleihung einer Fachanwaltsbezeichnung ändert.

5. Verfassungskonforme Auslegung

Zur Vermeidung eines Verfassungsverstoßes ist § 2 Abs. 3 FAO n.F. verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch Fachanwaltskurse, die vor April 2015 erfolgreich abgeschlossen worden sind und die inhaltlich den Vorgaben des § 2 Abs. 3 FAO a.F. entsprechen, anererkennungsfähig sind. Zwar findet das Rechtsinstitut der verfassungskonformen Auslegung seine Grenzen in dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen, wie er im Gesetzwortlaut zum Ausdruck kommt.³⁵

Wie vorstehend ausgeführt³⁶, lässt § 2 Abs. 3 FAO n.F. aber gerade keinen Schluss auf einen dem hier vertretenen Normverständnis entgegenstehenden Willen des Normgebers zu. § 2 Abs. 3 FAO n.F. ist daher im Einklang mit dem in § 16 Abs. 1 Satz 1 FAO zum Ausdruck kommenden *allgemeinen Rechtsgrundsatz*³⁷ dahin auslegen, dass nach der *für den Antragsteller günstigeren Rechtslage* zu entscheiden ist. Fach-

anwaltslehrgänge, die den Vorgaben des § 2 Abs. 3 FAO a.F. entsprechen und vor der Verkündung der Rechtsänderung im April 2015 erfolgreich abgeschlossen worden sind, müssen trotz Antragstellung nach dem 1. Juli 2015 anerkannt werden. Nach der Verkündung des § 2 Abs. 3 FAO n.F. abgeschlossene Lehrgänge müssen demgegenüber menschenrechtliche Bezüge behandelt haben beziehungsweise behandeln, um anererkennungsfähig zu sein.

V. Ergebnis

§ 2 Abs. 3 FAO n.F. verstößt gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes, soweit die Vorschrift auch auf Fälle angewendet wird, in denen ein Fachanwaltslehrgang schon vor der Verkündung der Rechtsänderung im April 2015 erfolgreich abgeschlossen worden ist. § 2 Abs. 3 FAO n.F. ist daher verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch Fachanwaltskurse, die vor der Verkündung des § 2 Abs. 3 FAO n.F. im April 2015 erfolgreich beendet worden sind und die inhaltlich den Vorgaben des § 2 Abs. 3 FAO a.F. entsprechen, anererkennungsfähig sind.

³³ Siehe oben Fn. 2.

³⁴ Siehe dazu im Einzelnen oben unter Gliederungspunkt IV. 2. b) aa) (3).

³⁵ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 50. Ergänzungslieferung 2017, § 31 Rn. 265.

³⁶ Siehe oben unter Gliederungspunkt III. 3.

³⁷ Siehe oben unter Gliederungspunkt III. 1. b).



Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

Der Autor ist Rechtsanwalt und außerplanmäßiger Professor an der Universität Göttingen. Er ist Mitglied im Verfassungsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins und Präsident des AGH Hamburg. Er ist Partner der Sozietät Graf von Westphalen.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.