

**Titel:**

**Ersetzung beim Nachweis praktischer Erfahrungen für die Fachanwaltsbezeichnung**

**Normenketten:**

BRAO § 43c

FAO § 5 Abs. 1 lit. g

**Leitsatz:**

**Die Ersetzung von Verfahren gem. § 5 Abs. 1 lit. g S. 1 Nr. 3 lit. a FAO ist auch durch solche Verfahren möglich, in denen der Antragsteller als nicht vorläufiger Insolvenzverwalter tätig war. (Rn. 11) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Fachanwalt für Insolvenzrecht, Nachweis praktischer Erfahrungen, Ersetzung, vorläufiger Insolvenzverwalter

**Rechtsmittelinstanzen:**

Anwaltsgerichtshof München vom 26.11.2019 – BayAGH III - 4 - 3/19

BGH Karlsruhe, Urteil vom 10.06.2020 – AnwZ (Brfg) 1/20

**Fundstellen:**

BRAK-Mitt 2020, 43

BeckRS 2019, 31616

LSK 2019, 31616

**Tenor**

I. Der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 12.03.2019 - FA/14/2018 I - wird aufgehoben.

II. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Antragsteller die Befugnis zur Führung des Titels „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ zu verleihen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

IV. Die Berufung wird zugelassen.

V. Der Streitwert wird auf € 12.500,00 festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Der Kläger begehrt die von der Beklagten abgelehnte Erlaubnis zum Führen der Bezeichnung „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ im Sinne von § 43 c BRAO.

2

Der Kläger ist seit 2005 ununterbrochen zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Er ist bereits berechtigt, die Bezeichnungen „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ bzw. für „Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ zu führen.

3

Am 14.07.2018 beantragte er, ihm auch die Befugnis zur Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ zu verleihen. Die Beklagte leitete den Antrag am 18.07.2018 an den gemeinsamen Fachprüfungsausschuss für Insolvenzrecht (§ 43 c Abs. 3 BRAO) weiter, der zunächst den Nachweis der erforderlichen theoretischen Kenntnisse im Sinne von § 4 FAO als nachgewiesen erachtete. Der

Fachprüfungsausschuss sah allerdings den Nachweis der gemäß § 5 FAO erforderlichen besonderen praktischen Erfahrungen als nicht geführt an. Insoweit wird auf die auf S. 2 des Ablehnungsbescheides erwähnte Korrespondenz zwischen den Parteien Bezug genommen (Anlage K 1 zur Klageschrift). Danach hat der Kläger als Unterlagen im Sinne von §§ 6 Abs. 3 i.V.m. 14 Nr. 1 und 2 FAO Falllisten mit insgesamt 131 Fällen aus mehreren Rubriken vorgelegt. Der Fachprüfungsausschuss, dessen Votum die Beklagte sich zu Eigen gemacht hat, hat hierzu festgestellt, der Kläger sei im Zeitraum 2014 bis 2018 in mindestens 16 eröffneten Insolvenzverfahren zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Hinzu kämen die IK-Verfahren sowie sonstige Verfahren, insbesondere Zivilprozesse mit insolvenzrechtlichem Einschlag. Der Antragsteller habe danach im Drei-Jahres-Zeitraum (§ 5 Abs. 1 FAO) die von § 5 Abs. 1 g) Nrn. 1 und 2 erforderlichen Fallzahlen erreicht, wobei er ausweislich der Fallliste auch mehr als 7 der von § 14 Nrn. 1, 2 FAO bestimmten Bereiche bearbeitet habe. Er habe ferner nachgewiesen, in mehr als 5 eröffneten Verfahren zum Insolvenzverwalter bestellt worden zu sein (§ 5 Abs. 1 g) Nr. 1 FAO).

**4**

Unstreitig allerdings war der Kläger nicht in zwei „größeren“ Verfahren im Sinne von § 5 Abs. 1 g) Nr. 1, letzter HS. FAO („mehr als fünf Arbeitnehmer“) zum Insolvenzverwalter bestellt worden: Es habe ihm deshalb obliegen, diese beiden Verfahren durch jeweils 6 Verfahren in einer der von § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) vorgesehenen Funktionen zu ersetzen. Hieran scheitere die Zulassung, insbesondere sehe § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) FAO eine Ersetzung durch entsprechende Verfahren als „vorläufiger Insolvenzverwalter“ vor, während der Kläger jedoch zum (endgültigen) Insolvenzverwalter bestellt worden sei. Die Ersetzung sei also nur durch die Bearbeitung von Verfahren als vorläufiger Insolvenzverwalter möglich, nicht jedoch durch die Tätigkeit als Insolvenzverwalter selbst.

**5**

Daran änderten auch die vom Kläger zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen nichts, vor allem seien die Kompensationsmöglichkeiten in § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 abschließend geregelt und komme eine Überschreitung des Wortlautes nicht in Betracht.

**6**

Hiergegen wendet sich der Kläger im Wesentlichen mit dem Argument, wenn eine Ersetzungsmöglichkeit durch entsprechende Verfahren als vorläufiger Insolvenzverwalter möglich sei, dann müsse dies für Verfahren als (endgültiger) Insolvenzverwalter erst recht gelten. Soweit die Rechtsprechung beispielsweise eine Tätigkeit als „Treuhandler“ nicht habe genügen lassen, sei dies hier nicht relevant. Der BGH habe bei seinen diesbezüglichen Ausführungen nicht unterschieden zwischen vorläufigem und (anderem) Insolvenzverwalter - auch wenn im Wortlaut von § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) FAO der Begriff „vorläufig“ nicht in Klammern gesetzt sei. Die Tätigkeit als Insolvenzverwalter in Unternehmensinsolvenzverfahren sei vielmehr gewissermaßen die „Königstätigkeit“, mit der eine Ersetzung erst recht möglich sein müsse. Es sei ferner verfehlt, etwa auf einen anderen „Blickwinkel“ des vorläufigen Insolvenzverwalters gegenüber dem (regulären) abzustellen, andernfalls der Verordnungsgeber nämlich auch den Nachweis der Bearbeitung von Verfahren als vorläufiger Insolvenzverwalter vorgesehen hätte.

**7**

Der Kläger beantragt daher,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 12.03.2019 dazu zu verpflichten, dem Kläger die Befugnis zur Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Insolvenzrecht“ zu erteilen.

**8**

Die Beklagte beantragt

Abweisung der Klage.

**9**

Dem Kläger sei zwar der Nachweis der erforderlichen theoretischen Kenntnisse gelungen. Es fehle indes an dem Beleg der besonderen praktischen Erfahrungen, weil der Kläger nicht nachweisen könne, zwei Verfahren im Sinne von § 5 Abs. 1 g) Nr. 1 FAO mit mehr als 5 Arbeitnehmern als Insolvenzverwalter betreut zu haben. Die von dem Kläger begehrte Ersetzung sei hier nicht möglich: Die - verfassungsgemäßen - Ersetzungsvarianten könnten nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgelegt werden. Auch die vom Kläger herangezogene Rechtsprechung befasse sich mit Ersetzungsmöglichkeiten

beispielsweise als „Vertreter des Schuldners“, nicht aber mit einer Ersetzung der vorgesehenen Ersetzungsmöglichkeiten durch andere Fallgestaltungen.

## 10

Im Übrigen wird auf das Protokoll der Sitzung vom 25.11.2019 Bezug genommen.

## II.

### 11

Die gemäß § 112 c BRAO i.V.m. §§ 74 ff., 81 ff., 113 Abs. 5 VwGO zulässige Verpflichtungsklage hat in der Sache Erfolg; nach Auffassung des Senates ist § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) FAO dahin auszulegen, dass die darin vorgesehene Ersetzung auch durch 6 Verfahren möglich ist, bei denen ein Antragsteller als Insolvenzverwalter - und nicht lediglich als vorläufiger Insolvenzverwalter - tätig war.

### 12

1. Die Bezeichnung „Fachanwalt“ erweckt bei den Rechtssuchenden die Erwartung besonderer, in einem formalisierten Verfahren nachgewiesener, sowohl theoretischer wie auch praktischer Fachkenntnisse. Durch die strengen gesetzlichen und satzungsrechtlichen Vorgaben zum Erwerb dieser Bezeichnung wird das im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege liegende Vertrauen der Öffentlichkeit in eine besondere Qualifikation geschützt (vgl. zuletzt etwa BGH, Beschl. v. 11.06.2019 - AnwZ (B) 74/18 Tz 11; Urt. v. 20.03.2017 - AnwZ (B) 11/16 Tz 22). Die Fachanwaltsbezeichnung weist auf - durch nachdrückliche und umfassende Einarbeitung in das betreffende Rechtsgebiet erworbene - Spezialkenntnisse hin, wie sie in einer „Allgemeinpraxis“ nicht vorhanden sind (BGH, Beschl. v. 18.01.2016 - AnwZ (B) 42/15 Tz 18).

### 13

2. Auch bei Berücksichtigung dieser Anforderungen sieht der Senat hier, insbesondere mit Blick auf Sinn und Zweck der Ersetzungsbefugnisse sowie verfassungsrechtlicher Bestimmungen (Art. 3, 12 GG), eine Versagung der Zulassung als rechtswidrig an.

### 14

Der Kläger wurde - unstreitig - in mindestens 16 eröffneten Insolvenzverfahren zum Insolvenzverwalter bestellt, ohne allerdings belegen zu können, dass bei zwei dieser Verfahren der Schuldner mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt hat (§ 5 Abs. 1 g) Nr. 1 FAO).

### 15

§ 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) FAO sieht eine Ersetzung dieser beiden Verfahren durch 6 Verfahren u.a. als „vorläufiger Insolvenzverwalter“ vor. Der Begriff „vorläufig“ ist dabei nicht in Klammern gesetzt, weshalb bei strengem Abstellen auf den Wortlaut eine Ersetzung durch 6 Verfahren als - nicht „vorläufiger“ - Insolvenzverwalter offensichtlich nicht vorgesehen ist.

### 16

a. Nach Ansicht des Senates besteht die Ersetzungsmöglichkeit indes auch dann, wenn die Verfahren als (nicht vorläufiger) Insolvenzverwalter betreut wurden:

### 17

Ausweislich des Protokolles der Satzungsversammlung zur FAO vom 21.11.2016 (3. Sitzung der 6. SV) wurde dort erwogen, allen Tätigkeiten, die ersetzenden Charakter nach § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) FAO hätten, sei gemeinsam, dass sie dem Amt eines Insolvenzverwalters nicht vollständig gleichzusetzen seien. Der Begriff „vorläufig“ wird hier ebenso wenig verwendet wie in dem von den Parteien bereits mehrfach zitierten Beschluss des BGH vom 16.04.2007 - AnwZ (B) 31/06, = NJW 07, 2125, vgl. dort Tz 8, 10, 15. Weder die Satzungsversammlung noch der BGH machen offensichtlich einen Unterschied zwischen vorläufigem und (endgültigem) Insolvenzverwalter.

### 18

b. Dies erscheint auch sinnvoll, denn das zentrale Anliegen der Ersetzungsbestimmungen nach der genannten Vorschrift besteht offensichtlich darin, Antragstellern, die von einem Gericht bislang nicht zu Insolvenzverwaltern bestellt wurden, ebenfalls die Chance zu geben, die entsprechende Fachanwaltsbezeichnung erreichen zu können. Die Ersetzungsmöglichkeiten im Sinne von § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 FAO gehen nämlich davon aus, dass ein Bewerber selbst keinen Einfluss darauf hat, ob er vom Gericht zum Insolvenzverwalter bestellt wird, weshalb es häufig schwierig sein wird, dennoch entsprechende Kenntnisse nachzuweisen; teilweise wird in der Literatur insoweit von einem „closed shop“ gesprochen (s.

hierzu Hartung/Scharmer, BRAO/FAO, 6. Auflage., § 5 FAO Rn. 173; Feuerich/Weyland-Vossebürger, BRAO, 9. Aufl., § 5 FAO Rn. 48; Henssler/Prütting-Offermann-Burckhart, BRAO, 5. Aufl., § 5 FAO Rn. 125).

## 19

Demgemäß hatte der Satzungsgeber den - hier gegebenen - Fall, wonach ein Bewerber bereits häufig zum Insolvenzverwalter bestellt war, nicht im Blick.

## 20

c. Was das von einem Fachanwalt für Insolvenzrecht zu verlangende „praktische Geschick“ bzw. die „Selbständigkeit und Unabhängigkeit“ anbelangt (BGH, Beschl. v. 16.04.2007, a.a.O., Tz 6), sieht der Senat jedoch keinen entscheidenden Unterschied zwischen einem vorläufigen Insolvenzverwalter und einem Insolvenzverwalter: Zwar mag bei dem vorläufigen Insolvenzverwalter der Schwerpunkt der Tätigkeit grundsätzlich wohl eher im Bereich der Vermögenssicherung liegen, während es beim „endgültigen“ gerade auch um die Verwertung gehen wird. Dennoch erscheint maßgeblich, dass gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO wesentliche Vorschriften für den Insolvenzverwalter auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter gelten. Davon abgesehen ist auch kein wesentlicher Unterschied in Bezug auf die für eine Ersetzungsbefugnis erforderlichen Fähigkeiten erkennbar, insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter ein Mehr an Verantwortung, Befugnissen oder Handlungsmöglichkeiten hätte - vielmehr dürfte eher das Gegenteil der Fall sein, weshalb der „Erst-recht-Schluss“ des Klägers naheliegend erscheint; dies muss in jedem Falle dann gelten, wenn es sich bei den Verfahren, mit denen eine Ersetzung erfolgen soll - wie hier - um solche einer Unternehmensinsolvenz handelt. Diese sind nach Einschätzung des Senates im Hinblick auf die Aufgabenwahrnehmung durch den Insolvenzverwalter in aller Regel anspruchsvoller.

## 21

Hätte der Satzungsgeber einen wesentlichen Unterschied gesehen zwischen den Tätigkeiten des vorläufigen und des „normalen“ Verwalters, dann hätte er wohl auch eine Fallbearbeitung als vorläufiger Verwalter als zwingend erforderlich vorgesehen, also in die Nr. 1. des § 5 Abs. 1 g) aufgenommen - und den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht lediglich im Rahmen der Ersetzungsmöglichkeiten erwähnt.

## 22

Dies gilt umso mehr, wenn man die Unterscheidung zwischen „starkem“ und „schwachem“ vorläufigen Insolvenzverwalter bedenkt (s. etwa Kayser/Thole-Rüntz/Laroche, InsO, 9. Aufl., § 22 Rn. 4, 8 ff., 47 ff.). Der Wortlaut der Ersetzungsbefugnis in § 5 FAO spricht lediglich vom „vorläufigen“ Insolvenzverwalter, so dass auch der „schwache“ (vorläufige) Verwalter erfasst wird. Zumal mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz wäre es für den Senat jedoch nicht verständlich, die von § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a) vorgesehene Ersetzung mit Verfahren eines „schwachen“ Insolvenzverwalters zuzulassen, eine Ersetzung mit Verfahren, bei denen der Bewerber gewissermaßen unbeschränkter, also weder „schwacher“ noch vorläufiger Insolvenzverwalter war, jedoch nicht. In Bezug auf die Ersetzungsmöglichkeiten besteht demnach kein relevanter Unterschied zwischen einem vorläufigen und einem (normalen) Insolvenzverwalter - auch, wenn das Adjektiv „vorläufig“ hierzu gedanklich in Klammern zu setzen ist.

## 23

d. Schließlich ist auch in § 5 Abs. 1 g) letzter Satz (nach Nr. 4) FAO nur von der Gleichstellung mit dem „Insolvenzverwalter“ die Rede; an dieser Stelle unterscheidet mithin (auch) der Satzungsgeber nicht zwischen vorläufigem und endgültigem Insolvenzverwalter.

## 24

e. ...

## 25

3. Hieraus folgt: Nachdem der Kläger insgesamt 16 Verfahren als Insolvenzverwalter bearbeitet hat, kann er rechnerisch die beiden fehlenden (mehr als 5 Arbeitnehmer) durch jeweils 6 („kleinere“) Verfahren ersetzen, so dass dem Erfordernis von § 5 Abs. 1 g) Nr. 1 FAO entsprochen werden kann (3 plus 2 mal 6 Verfahren - zu werten als 5 Verfahren). Dem Erfordernis von Nr. 2 dieser Bestimmung wird ebenfalls entsprochen, wobei sich aus den - sorgfältig geführten - Falllisten auch für den Senat die erforderliche Anzahl ergibt (die im Übrigen auch unstreitig ist).

## 26

4. Die - in dem Ergänzungsurteil enthaltene - Kostenentscheidung beruht auf §§ 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, 154 Abs. 1 VwGO (siehe zur Ergänzung Kopp-Schenke, VwGO, 25. Aufl., § 161 Rn. 4, § 120 Rn. 1, 5); der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 112 c Abs. 1 Satz 1 BRAO, 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO, wobei sich die vorläufige Vollstreckbarkeit wegen § 167 Abs. 2 VwGO nur auf den Kostenpunkt bezieht.

## **27**

5. Auch wenn die vorliegende Konstellation eher selten sein mag, lässt der Senat dennoch gemäß § 112 e BRAO die Berufung zum Bundesgerichtshof zu, um die Möglichkeit einer Klärung der aufgeworfenen Rechtsfrage zu geben (Ist die Ersetzung im Sinne von § 5 Abs. 1 g) Nr. 3 a FAO auch mit solchen Verfahren möglich, in denen der Bewerber als - nicht nur vorläufiger - Insolvenzverwalter eingesetzt war ?).