

## Ein Markt für transnational ausgebildete europäische Juristen?

### *Der europäische Binnenmarkt für juristische Dienstleistungen und der Zugang zur nationalen praktischen Anwaltsausbildung mit ausländischem Universitätsabschluss*

Tobias Pinkel\* und Christoph U. Schmid\*\*

#### A. Einleitung

Eine transnationalisierte bzw. europäisierte Juristenausbildung<sup>1</sup> bildet das Gegenstück zu einem europäischen Markt für juristische Dienstleistungen. Dass Dienstleistungen transnational ausgebildeter Juristen auch in der Praxis gebraucht werden,<sup>2</sup> ergibt sich eindrucksvoll aus der Jobsituation der Hanse-Law-School-Absolventen.<sup>3</sup> Diese Erfahrungen beziehen sich jedoch größtenteils auf nichtreglementierte Tätigkeiten z.B. als Unternehmensjuristen, Juristen in internationalen Organisationen und Anstellungen bei Großkanzleien, ohne die Möglichkeit vor Gericht aufzutreten oder mittelfristig Partner zu werden.<sup>4</sup>

Aber auch in den reglementierten Berufen besteht die Notwendigkeit, dass in einigen Bereichen Juristen tätig werden, die ihren Blick über das nationale Recht hinaus richten, ja sogar schwerpunktmäßig in einer anderen Rechtsordnung zu Hause sind. Entsprechend stellt sich die Frage nach den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausübung solcher

\* Tobias Pinkel, LL.M., LL.B. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität Bremen bei Christoph U. Schmid sowie Wissenschaftlicher Koordinator der Hanse Law School Bremen. Der besondere Dank des Autors gilt Prof. Dr. Josef Falke für seine hilfreichen Anmerkungen zu einer früheren Fassung dieses Artikels.

\*\* Prof. Dr. Christoph U. Schmid, PhD ist Professor für Europäisches Privat-, Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrecht an der Universität Bremen und Mitglied des Direktoriums des Zentrums für Europäische Rechtspolitik.

<sup>1</sup> Zur Entwicklung der Inter- bzw. Transnationalisierung der Juristenausbildung im Allgemeinen vgl. auch z.B. Chiesa, Nadia; de Luca, Adam und Maheandiran, Bernadette (Hrsg.), 'Following the Call of Wild: The Promises and Perils of Transnationalizing Legal Education', *German Law Journal* 2009, 629-1168 (Special Double Issue Vol. 10 No. 06/07). Online verfügbar unter <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1133>; International Association of Law Schools (Hrsg.), *Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems – Le Centre Shearaton Montreal May 30, 2008 – Zusammenstellung der Konferenzpapiere* (IALS, Montreal Canada, 2008). Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/MasterBookletMontreal.pdf>.

Zu verschiedenen Modellen einer post-nationalen, europäisierten Juristenausbildung vgl. z.B. Akkermans, Bram, 'Challenges in Legal Education and the Development of New European Private Law', *German Law Journal* 2009, 803-814.

<sup>2</sup> Vgl. zum Bedarf von transnationalen Rechtsanwältinnen und einer europäisierten Juristenausbildung auch Katsirea, Irini und Ruff, Anne, 'Free movement of law students and lawyers in the EU: a comparison of English, German and Greek legislation', *International Journal of the Legal Profession* 2005, 367-406.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu z.B. Weber, Franziska, 'Hanse Law School – A Promising Example of Transnational Legal Education? An Alumna's Perspective', *German Law Journal* 2009, 969 (976-977). Online verfügbar unter [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No07/PDF\\_Vol\\_10\\_No\\_07\\_SI\\_969-980\\_Weber.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No07/PDF_Vol_10_No_07_SI_969-980_Weber.pdf).

<sup>4</sup> Es gibt aber auch schon HLS-Absolventen, die sich u.a. in den Niederlanden sowie in Spanien, England oder Deutschland als Rechtsanwältinnen qualifiziert haben oder gerade die praktische Ausbildungsstufe in den betreffenden Ländern durchlaufen. Auch für diese ist von Bedeutung, welche beruflichen Möglichkeiten sie auf dem europäischen Rechtsdienstleistungsmarkt haben.

Berufstätigkeiten in Europa. Europäische Zulassungswege zu den reglementierten juristischen Berufen sind in Deutschland von besonders großer Bedeutung, da nach den nationalen Vorschriften die Zulassung zu diesen Berufen – also insbesondere zur Anwaltschaft und zum Notariat – grundsätzlich von der Befähigung zum Richteramt abhängt,<sup>5</sup> die nach § 5 Deutsches Richtergesetz (DRiG)<sup>6</sup> nur derjenige erhält, der „ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt“. Diese Zulassungsvoraussetzung ist deshalb für im Ausland qualifizierte Juristen im Vergleich zu Zulassungsprüfungen von Standesorganisationen deutlich schwerer zu erfüllen.

Das Hauptaugenmerk soll in dieser Arbeit auf dem Beruf des Rechtsanwalts liegen, da hier die Notwendigkeit der Transnationalisierung des Dienstleistungsangebots besonders offensichtlich und die Europäisierung des Marktes sehr weit fortgeschritten ist. Es wird jedoch auch auf die Zugangsvoraussetzungen zum Notariat und cursorisch zum Richteramt eingegangen, da es für diese Tätigkeiten (zumindest zum Teil) ebenso hilfreich wäre, wenn sie von (wirklich) europäisch ausgebildeten Juristen ausgeübt würden.

Im Einzelnen wendet sich der Artikel als erstes der europaweiten Dienstleistungserbringung und Niederlassung eines bereits in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union niedergelassenen Rechtsanwaltes (europäischer Rechtsanwalt) zu (B.). Dabei wird zunächst auf die unionsrechtlichen Grundlagen (B.I.) und sodann auf die nationalen Umsetzungsregelungen im deutschen Recht (B.II.) eingegangen. Diese Fragen sind auch für Hanse-Law-School-Alumni von großer Bedeutung, da diese die Zulassung zum niederländischen Anwaltsreferendariat (*advocaat-stagiair*) durch einen niederländisch-deutschen Master-Doppelabschluss erlangen können, der bei einer entsprechenden Wahl von Kursen zum niederländischen Recht im Bachelor- und Master-Studium auch den *effectus civilis* umfasst.<sup>7</sup> Im Anschluss wird die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit von Notaren (C.I.) und cursorisch die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsanwälten, Generalanwälten und Richtern (C.II.) behandelt. Insbesondere die Situation von Notaren ist dabei von großer Bedeutung, da der EuGH kürzlich entschieden hat, dass Notare nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Bereichsausnahme für die Dienst- und Niederlassungsfreiheit (Art. 51 AEUV; ex Art. 45 EG) teilnehmen und damit die Grundfreiheiten auch auf Notare Anwendung finden.<sup>8</sup> Was dies indes für die nationalen Notariatsverfassungen bedeutet, ist noch eingehender zu klären.

Nicht alle Studenten wollen aber den Weg bis zur Vollqualifikation als Rechtsanwalt bzw. Notar in den Niederlanden – oder auch einem anderen EU-Mitgliedstaat – beschreiten. Viele wollen auch ohne eine praktische Berufsausbildung im Ausland die Qualifikation für reglementierte Berufe in Deutschland erreichen. Deshalb ist auch die Frage zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen Absolventen einer ausländischen Universität, zu denen

---

<sup>5</sup> So z.B. für Anwälte § 4 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO): „Zur Rechtsanwaltschaft kann nur zugelassen werden, wer die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz erlangt hat oder die Eingliederungsvoraussetzungen nach dem Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000 (BGBl. I S. 182) erfüllt oder die Eignungsprüfung nach diesem Gesetz bestanden hat.“

<sup>6</sup> Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S. 713), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu auch Götz, Frank; Kramer, Hartwin und Schwithal, Tim Torsten, ‚Pluralität in der Juristenausbildung: Kooperation und Konkurrenz‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2011, in diesem Heft unter B. XII.; Weber, Franziska, ‚Hanse Law School – A Promising Example of Transnational Legal Education? An Alumna’s Perspective‘, *German Law Journal* 2009, 969 (974).

<sup>8</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*).

Hanse-Law-School-Studenten mit einem Master-Doppelabschluss auch in Deutschland gehören, als Referendare zum juristischen Vorbereitungsdienst (Referendariat) zugelassen werden können (D.) und damit nach Abschluss des Zweiten Staatsexamens alle juristischen Berufe in Deutschland ausüben dürfen. Dabei wird erneut zunächst auf die unionsrechtlichen Vorgaben (D.I.) und sodann auf die Umsetzung dieser Vorgaben im deutschen Recht (D.II.) eingegangen. Im Anschluss wird kurz dargelegt, welche Spielräume deutschen Universitäten im Rahmen der teilstaatlichen Ausbildung zukommt, auch im Ausland erbrachte Leistungen anzuerkennen, sodass die Möglichkeit besteht, in kurzer Zeit nach Abschluss des Hanse-Law-School-Bachelors die Erste juristische Prüfung (erstes Staatsexamen) abzulegen (D.III.). Die Arbeit endet mit einer Kritik an der nicht vorhandenen Kohärenz der Regelungen bezüglich des Markts für juristische Dienstleistungen und den dazugehörigen Ausbildungen in der Europäischen Union (E.).

## **B. Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für zugelassene unionseuropäische Rechtsanwälte**

Rechtsanwälte, die zahlenmäßig bedeutsamste reglementierte juristische Berufsgruppe in der EU, sind zugleich die wichtigsten Anbieter von juristischen Dienstleistungen, insbesondere von Rechtsberatung und Parteienvertretungen bei gerichtlichen Prozessen und behördlichen Verfahren. Im internationalen, intraeuropäischen Geschäftsverkehr wird es immer bedeutsamer, dass es im Bereich der Rechtsberatung auch Dienstleister gibt, die sprachlich und rechtlich in mehreren Ländern zu Hause sind und in diesen auch ihre Dienstleistungen – sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich – erbringen dürfen. Ein solches Leistungsangebot wird durch das Unionsrecht ermöglicht, sodass mittlerweile davon gesprochen wird, dass „die nationalen Grenzen für europäische Rechtsanwälte weitgehend beseitigt worden“ sind und „die Integration innerhalb der Europäischen Union trotz sehr unterschiedlicher Teilrechtsordnungen und trotz Fehlens eines einheitlichen Ausbildungssystems erheblich weiter fortgeschritten [ist] als in den sonst so marktfreundlichen USA“<sup>9</sup>. Zwar wird in jüngster Zeit auf Grund der Erfahrungen im Bereich der Finanzmarktkrise im wissenschaftlichen Diskurs immer wieder die Deregulierungspraxis für freie Berufe hinterfragt.<sup>10</sup> Dennoch ist auch zukünftig nicht zu erwarten, dass die Unionsrechtsordnung – und darin insbesondere die EuGH-Rechtsprechung und das Sekundärrecht –<sup>11</sup> in diesem Bereich wieder mehr nationale Regulierungen und damit verbunden eine stärkere Abschottung der nationalen Rechtsberatungsmärkte zulassen wird. Auch die Position der Kommission lässt vielmehr eine weitere unionsrechtlich indizierte Deregulierung erwarten.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Bormann, Jens, ‚Die Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes und Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit‘, *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 2003, 3 (22).

<sup>10</sup> Vgl. z.B. Henssler, Martin, ‚Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2009, 1-8; Kilian, Matthias, ‚Better Regulation: Rethinking deregulation?‘, in: Zeegers, Nicolle E. H. M. und Bröring, Herman E. (Hrsg.), *Professions under Pressure. Lawyers and Doctors between Profit and Public Interest* (Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2008), 29 ff.

<sup>11</sup> So hat z.B. auch der EuGH mit seiner Entscheidung zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare erst vor wenigen Monaten eine weitere Deregulierung der Berufsrechte juristischer Beruf in der EU angestoßen. Hierzu noch ausführlich unter C.I.

<sup>12</sup> So nicht zuletzt auch der erfolgreiche Vorstoß der Kommission, das Berufsrecht der Notare zu deregulieren. Vgl. hierzu z.B. ausführlich Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem

Bereits die in den Gründungsverträgen garantierten Grundfreiheiten, namentlich die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die nach ständiger Rechtsprechung des EuGH direkt anwendbar sind,<sup>13</sup> räumen Rechtsanwältinnen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates ordnungsgemäß zugelassen sind, weitreichende Rechte in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein. Während die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EG) die dauerhafte selbstständige Erwerbstätigkeit eines Unionsbürgers in einem anderen EU-Mitgliedstaat schützt,<sup>14</sup> garantiert die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EG) die grenzüberschreitende Erbringung und den grenzüberschreitenden Empfang von Dienstleistungen ohne ungerechtfertigte Beschränkungen innerhalb der Union.<sup>15</sup> Für Rechtsanwältinnen sind jedoch diese Rechte bereits in den meisten Fällen sekundärrechtlich konkretisiert, was eine Wahrnehmung der entsprechenden Freiheiten erleichtert.

Aber auch das nationale Umsetzungsrecht ist von großer Bedeutung, nicht zuletzt da es Verfahren konkretisiert und mehr Rechtssicherheit schafft und natürlich auch über die unionsrechtlichen Verpflichtungen hinaus ausländischen Rechtsanwältinnen Zugang zum nationalen Dienstleistungsmarkt gewähren darf. Zwar können auch Richtlinien gegenüber dem Staat unmittelbar Anwendung finden, wenn diese nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurden,<sup>16</sup> doch ist eine direkte Anwendung der Richtlinien nur hilfsweise bei unzureichender oder fehlender Umsetzung statthaft. Deshalb soll im Folgenden nach einer Betrachtung der unionseuropäischen Rechtslage (I.) das Umsetzungsrecht am Beispiel Deutschlands (II.) cursorisch dargestellt werden.

---

Hintergrund des Verfahrens *Kommission v. Deutschland* (EuGH C-54/08)<sup>17</sup>, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2009, 129-161. Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art01.pdf>. In diesem Rahmen vgl. auch ZERP u.a., *Conveyancing Services Market, COMP/2006/D3/003, Studie für DG Competition, European Commission* (Europäische Kommission, Brüssel, 2007); dieselben, *Conveyancing Services Market, COMP/2006/D3/003, Country Summaries/ Länderberichte, separater Anhang zur Studie DG Competition, European Commission* (Europäische Kommission, Brüssel, 2007). Online verfügbar unter [http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional\\_services/studies/studies.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html) (im Folgenden: ZERP-Studie).

<sup>13</sup> Vgl. bereits 1962 hat das oberste europäische Gericht in EuGH 26/62 (*Van Gend & Loos/Niederländische Administratie der Belastingen*) allgemein für den EWGV die Möglichkeit der direkten Anwendbarkeit des Vertrages festgestellt. In EuGH 2/74 (*Reyners/Belgium*) hat der EuGH die direkte Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit des Art. 52 EWGV, heute Art. 49 AEUV (ex Art. 43) und in EuGH 33/74 (*Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metallnijverheid*) der Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EWGV, heute Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EG) festgestellt. Vgl. hierzu auch Schneider, Hildegard und Claessens, Sjoerd, *The Recognition of Diplomas and the Free Movement of Professionals in the European Union: Fifty Years of Experiences*, Working Paper zur IALS Konferenz ‚Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems‘ in Montreal, Canada May 30, 2008 (IALS, Montreal, 2008), unter 2. Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/HildegardSchneider.pdf>.

<sup>14</sup> Vgl. Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. (Oxford University Press, Oxford, 2010), 295 ff.

<sup>15</sup> Vgl. ebenda, 356 ff.

<sup>16</sup> So bereits EuGH 148/78 (*Ratti*), Rn. 22/23, auch wenn hier weniger konkret nur verlangt wird, dass eine Verpflichtung, die eine Richtlinie einem Mitgliedstaat auferlegt „unbedingt und hinreichend genau ist“ (Rn. 22). Zur Begründung wird dazu angeführt: „Daher kann ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, den Einzelnen nicht entgegenhalten, dass er – der Staat – die aus dieser Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat“ (Rn. 22/23). Vgl. auch insbesondere EuGH 271/82 (*Auer II*), Rn. 16.

## I. Unionsrechtliche Vorgaben

Regelungen des nationalen Rechts, die die Ausübung der Anwaltstätigkeit unionseuropäischer Rechtsanwälte im Inland beschränken, können mit verschiedenen Regelungen der Gründungsverträge unvereinbar sein. Neben der Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV; ex Art. 43 ff. EG) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV; ex Art. 49 ff. EG) können vor allem das Wettbewerbsrecht der Art. 101 ff. AEUV (ex Art. 81 ff. EG), das Satzungen von Anwaltsvereinigungen wie der Bundesanwaltskammer (BRAK) europarechtlich als Kartellabsprachen qualifiziert,<sup>17</sup> und das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG), das allerdings vom EuGH wegen seiner Subsidiarität<sup>18</sup> und Generalität im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht angewandt wird,<sup>19</sup> zur Unanwendbarkeit nationaler Vorschriften führen. Da im Folgenden allerdings nur auf die grundsätzliche Möglichkeit eingegangen werden soll, in einem anderen europäischen Land als Rechtsanwalt tätig zu werden – und diese Frage auch in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt und durch die Satzung der BRAK nicht prinzipiell beschnitten wird – ist hier nur auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in ihrer primär- als auch sekundärrechtlichen Ausgestaltung einzugehen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art. 45 ff. AEUV (ex Art. 39 ff. EG), die abhängig Beschäftigten unionsweite Mobilität garantieren soll, wird hingegen nicht berücksichtigt, da der Anwaltsberuf nach deutschem Verständnis gemäß § 2 I Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)<sup>20</sup> ein freier Beruf ist und somit gerade kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis für die anwaltliche Zulassung voraussetzt. Dieses Verständnis der Anwaltstätigkeit findet sich auch in den meisten anderen unionseuropäischen Ländern wieder.<sup>21</sup> Eine getrennte Untersuchung der Dienstleistungs- (2.) und Niederlassungsfreiheit (3.) ist indes geboten, da sich die jeweiligen

<sup>17</sup> Zur Problematik des Wettbewerbsrechts vgl. z.B. Römermann, Volker und Wellige, Kristian, ‚Rechtsanwaltskartelle – oder: Anwaltliches Berufsrecht nach den EuGH-Entscheidungen Wouters und Arduino‘, *Betriebs-Berater: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft (BB)* 2002, 622-628; Bormann, Jens, ‚Die Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes und Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit‘, *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 2003, 3 (54-58); Henssler, Martin, ‚Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2009, 1 (2); Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2007, 5 (21). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf5/Vol3No1Art01.pdf>; Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005).

<sup>18</sup> Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG) findet nur „[u]nbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge“ Anwendung.

<sup>19</sup> So verzichtet der Europäische Gerichtshof regelmäßig auf eine Prüfung von Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG) selbst wenn die Vorlagefrage explizit auf diese Vorschrift eingeht, sofern er den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten für eröffnet sieht. Vgl. z.B. EuGH C-313/01 (*Morgenbesser*).

<sup>20</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449) geändert worden ist.

§ 2 (Beruf des Rechtsanwalts) lautet:

„(1) Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus.

(2) Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe.“

<sup>21</sup> Zum Verständnis der Rechtsanwälte in Deutschland (freier Beruf), Frankreich (*profession libérale*) und England (*profession*) sowie zum Bedeutungswandel dieses Berufsstandes in den jeweiligen Ländern in der letzten Zeit vgl. statt vieler nur Bormann, Jens, ‚Die Deregulierung des Rechtsberatungsmarktes und Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit‘, *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 2003, 3 (5-6).

Voraussetzungen für die Ausübung dieser Grundfreiheiten zum Teil erheblich unterscheiden.

Dennoch ist zunächst eine wichtige Gemeinsamkeit zu berücksichtigen. Rechtsanwälte können sich auf beide Grundfreiheiten nur dann stützen, wenn die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) für Tätigkeiten, die „unmittelbar und spezifisch mit der Anwendung öffentlicher Gewalt“<sup>22</sup> verbunden sind, auf sie keine Anwendung findet (1.). Diese Bereichsausnahme für die Niederlassungsfreiheit erstreckt sich nämlich gemäß Art. 62 AEUV (ex Art. 55 EG) auch auf die Dienstleistungsfreiheit.<sup>23</sup>

### 1. Keine Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV auf anwaltliche Tätigkeiten

Bereits 1974 entschied der EuGH in der Rs. *Reyners*<sup>24</sup>, dass die Tätigkeiten von Rechtsanwälten *in toto* nicht „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) verbunden sind. Alle Kerntätigkeiten eines Rechtsanwaltes wurden dabei ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Bereichsausnahme ausgeschlossen. Dies betrifft neben der Rechtsberatung und dem Rechtsbeistand auch die Vertretung eines Mandanten vor Gericht oder in behördlichen Verfahren.<sup>25</sup> Damit begann der Gerichtshof seine – vom Willen der Gründungsväter der EWG klar abweichende –<sup>26</sup> restriktive Auslegung der Bereichsausnahmen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, die er mittlerweile auf eine Vielzahl von

---

<sup>22</sup> Art. 51 AEUV, der Tätigkeit von Privaten vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausnimmt „die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass diese Bereichsausnahme „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ voraussetzt. So der EuGH wörtlich in EuGH 2/74 (*Jean Reyners*), Rn. 44/45 im Fall von Anwälten; EuGH 3/88 (*Kommission/Italien*), Rn. 13 im Bereich von Datenverwaltungssoftware für die öffentliche Verwaltung; C-42/92 (*Adrianus Thijssen*), Rn. 8 im Fall von Wirtschaftsprüfern; EuGH C-114/97 (*Kommission/Spanien*), Rn. 35, EuGH C-355/98 (*Kommission/Belgien*), Rn. 25 sowie EuGH C-283/99 (*Kommission/Italien*), Rn. 20 alle drei Urteile im Bereich von privaten Sicherheitsdiensten; EuGH C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*) 46 für Wirtschaftsprüfer; EuGH C-393/05 (*Kommission/Österreich*), Rn. 36 und EuGH C-404/05 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 27 beide zu privaten Kontrolleuren von Produkten der ökologischen Landwirtschaft; EuGH C-465/05 (*Kommission/Italien*), Rn. 27 und 32 f. im Bereich von privaten Wachdiensten; EuGH C-281/06 (*Hans-Dieter Jundt und Hedwig Jundt*), Rn. 37 im Bereich von nebenberuflichen Tätigkeiten als Lehrkraft, in diesem Fall an einer Universität; EuGH C-160/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 57 und 82 im Bereich von öffentlichen Notfalltransportleistungen und qualifizierten Krankentransportleistungen; EuGH C-345/08 (*Krzysztof Peśła*), Rn. 32 für Referendare im juristischen Vorbereitungsdienst in Deutschland sowie EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 86 für Notare in Deutschland.

Diese Formulierung wurde auch mehrfach von der Europäischen Kommission übernommen. So z.B. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121 vom 29/04/2000, 2-13 (3.1.5).

<sup>23</sup> Ausführlich zur Frage der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme für Rechtsanwälte vgl. auch z.B. Gröger, Johannes, *Zugangsweg zum deutschen Rechtsberatungsmarkt für EG-Staatsangehörige – Eine Untersuchung zur fortschreitenden Liberalisierung grenzüberschreitender anwaltlicher Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 2007), 55 ff.

<sup>24</sup> EuGH 2/74 (*Reyners*).

<sup>25</sup> Vgl. hierzu z.B. auch Fenz, Walter, *Handbuch Europarecht – Band 1: Europäische Grundfreiheiten* (Springer, Berlin u.a., 2004), 750.

<sup>26</sup> Vgl. z.B. Everling, Ulrich, „Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages –“, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim; Möller, Hans und Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), *Eine Ordnung für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben* (Nomos, Baden-Baden, 1987), 111 (117-118).

Fällen ausgedehnt hat.<sup>27</sup> Dabei hat der Gerichtshof regelmäßig verneint, dass eine Tätigkeit eines selbstständigen Dienstleistungsanbieters „unmittelbar und spezifisch mit der Anwendung öffentlicher Gewalt“ verbunden sei.<sup>28</sup>

Vor diesem Hintergrund beendete der EuGH schon früh die in der Literatur geführte Debatte, ob und inwieweit Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege<sup>29</sup> öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) ausüben.<sup>30</sup> Im Ergebnis ist damit klar, dass

<sup>27</sup> In allen in Fn. 22 zitierten Urteilen hat der EuGH verneint, dass die Tätigkeiten unter die Bereichsausnahme der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fallen. Darüber hinaus lehnte der EuGH z.B. in EuGH C-306/89 (*Kommission/Griechenland*) die Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) für vor Gericht auftretende Sachverständige für Verkehrsunfälle, in EuGH C-167/00 (*Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*) für Verbraucherschutzverbände, die zwar Gewerbetreibende wegen der Verwendung missbräuchlicher Klauseln abmahnen können, zur Durchsetzung jedoch auf den Zivilrechtsweg verwiesen sind, in EuGH C-264/03 (*Kommission/Frankreich*) für Baubetreuer von öffentlichen Bauprojekten, die Funktionen des Bauherrn z.T. übernehmen und in EuGH 147/86 (*Kommission/Griechenland*) auch für Privatschulen (*frontistiria*) ab, ohne jedoch auf die Formel „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ wörtlich abzustellen.

<sup>28</sup> Vgl. Henssler, Martin und Kilian, Kilian, ‚Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG‘, *Europarecht (EuR)* 2005, 192 (192 f.). Dass Art. 45 restriktiv auszulegen ist, ergibt sich auch aus der Systematik als Ausnahmetatbestand zur Niederlassungsfreiheit [vgl. z.B. Fischer, Hans Georg und Scheuer, Alexander, in: Lenz, Carl Otto und Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), *EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon*, 5. Aufl. (Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, Köln, 2010), Art. 51 AEUV, Rn. 2; Andresen, Ene, ‚State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?‘, *Juridica International* 2009, 157 (160-161), verfügbar unter [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2009\\_1\\_157.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf); EuGH 2/74 (*Reyners*), Rn. 42 f.] und aus dem Zweck der Vorschrift. So hat die Vorschrift allein die Aufgabe, hoheitliche Gewalt, die in die Hände Privater gelegt wurde, zugezogenen Ausländern aus EU-Staaten vorzuenthalten [Vgl. z.B. Henssler, Martin und Kilian, Matthias, ‚Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG‘, *Europarecht (EuR)* 2005, 192 (194)]. Es muss also ein besonderer Grund vorliegen, warum EU-Ausländer die Aufgabe nicht ausüben sollten, d.h. es muss sich um eine Tätigkeit handeln, die einer besonderen staatsbürgerlichen Loyalität bedarf (Geiger, Rudolf, *EU/EGV – Kurzkomentar*, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2004), Art. 45 EG, Rn. 3). Sind Restriktionen der Dienstleistungsfreiheit aus anderen Gründen sinnvoll, sollte sich die Rechtfertigung nicht sachfremd aus Art. 51 AEUV ergeben. Vielmehr stehen hier die üblichen Kriterien zur Rechtfertigung solcher Beschränkungen zur Verfügung.

Einen anderen Zweck des Art. 51 AEUV sieht hingegen Preuß (Preuß, Nicola, ‚Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung‘, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2005, 291 (305)). Sie geht davon aus, dass die Norm den mitgliedstaatlichen Organisationsbereich vom Binnenmarkt abgrenzen soll. Insofern sei die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme immer dann gegeben, wenn die Aufgabe nach dem Willen der Unionsgründer nicht in den Bereich des Gemeinsamen Marktes fallen sollte. Bei diesem Verständnis sei auch die Anwaltstätigkeit durch die Bereichsausnahme erfasst (vgl. zum Willen der Gründungsväter Everling, Ulrich, ‚Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages –‘, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim; Möller, Hans und Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), *Eine Ordnung für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben* (Nomos, Baden-Baden, 1987), 111 (117-118)). Dies entspricht natürlich nicht der Rechtsprechung des EuGH. Dennoch ist zutreffend, dass nur für die Bereiche der Tätigkeiten, die von dieser Bereichsausnahme erfasst sind, die letztliche Entscheidung, inwieweit Reglementierungen gerechtfertigt sind, alleine den Mitgliedstaaten überlassen blieben. In allen anderen Fällen hat der EuGH, der über den Binnenmarkt wacht, das letzte Wort.

<sup>29</sup> Vgl. für Deutschland hierzu z.B. § 1 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO): ‚Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.‘ Ausführlich zum Spannungsverhältnis des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege (mit öffentlichen Funktionen) und Dienstleister (als reiner Marktteilnehmer) sowie der Entwicklung des deutschen Rechts in dieser Hinsicht vgl. z.B. Ahrens, Hans-Jürgen, ‚Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung – Erfordernis und Grenzen der Staatsintervention aus Gemeinwohlgründen‘, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 2002, 281-320.

<sup>30</sup> So vertrat z.B. Holch noch 1969 die Auffassung, dass Anwälte insoweit sie Funktionen im Gerichtsprozess ausführen, öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 55 EWGV (heute Art. 51 AEUV) ausüben würden. Nur für andere Tätigkeiten, d.h. insbesondere für die Rechtsberatung, sah auch er die Voraussetzungen für die Bereichsausnahme des Art. 55 EWGV als nicht erfüllt an. Andere Autoren differenzierten zwischen den Anwälten in verschiedenen Ländern. Vgl. Holch, Georg, ‚Auf dem Weg zum „europäischen“ Rechtsanwalt?‘, *Neue Juristische Wochenschrift*

sich alle nationale Vorschriften, die einen unionseuropäischen Rechtsanwalt bei der Niederlassung oder Dienstleistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat behindern, an den jeweils einschlägigen Grundfreiheiten messen lassen müssen.

## 2. Die Dienstleistungsfreiheit für zugelassene Rechtsanwälte

Bereits früh hat der EuGH die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EG) entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Verträge vom Diskriminierungsverbot (*Inländerbehandlungsgebot*) zum allgemeinen Beschränkungsverbot ausgebaut<sup>31</sup> und damit einen Weg beschritten, den er bereits kurz zuvor bei der Warenverkehrsfreiheit gegangen war.<sup>32</sup> Hierzu hat der EuGH bereits 1974 in der Rs. *van Binsbergen*<sup>33</sup> ausgeführt, dass nationale Regelungen, die weder direkt noch indirekt diskriminierend sind, dann unionsrechtswidrig seien, wenn sie „in anderer Weise geeignet sind, die *Tätigkeiten des Leistenden* zu unterbinden oder zu *behindern*“,<sup>34</sup> sofern die behindernden nationalen

---

(*NJW*) 1969, 1505 (1507-1508) mit weiteren Nachweisen und einer kurzen Darstellung von anderen in der Literatur vertretenen Meinungen in Fn. 16. Neben den vermittelnden Meinungen wurde aber auch vertreten, dass Anwälte per se mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind. Vgl. z.B. Arnold, Hans, ‚Anwalt und Gemeinsamer Markt‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 1959, 27 (28-29). Als Grund wurde hierzu ausgeführt, dass es bei den Verhandlungen Wille der Mitgliedstaaten gewesen sei, den anwaltlichen Beruf von der Bereichsausnahme zu erfassen (vgl. hierzu auch Everling, Ulrich, ‚Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages –‘, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim; Möller, Hans und Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), *Eine Ordnung für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben* (Nomos, Baden-Baden, 1987), 111 (117-118), derselbe, ‚Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft‘, *Europarecht (EuR)* 1989, 338 (338-339)) und dass die Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege in Deutschland oder die Möglichkeit, Anwälte bei Bedarf als Richter oder Staatsanwälte z.B. in Frankreich zu bestellen bereits als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 55 EWGV (heute Art. 45 AEUV) ausreicht. Auf der anderen Seite, gab es auch Stimmen, z.B. von Möhring, Everling oder Oppermann die davon ausgingen, dass der Anwaltsberuf als Ganzes in den Anwendungsbereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit fällt, auch wenn für die Zulassung vor Gericht nicht von der Möglichkeit einer Diplomanerkennung ausgegangen wurde. Vgl. z.B. Möhring, Philipp, ‚Das EWG-Recht im Aufgabenbereich der deutschen Anwaltschaft‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 1965, 267 (273-273); derselbe, ‚Aktuelle Wirkung des EWG-Vertrages auf das Kartellrecht, das Niederlassungsrecht, den Dienstleistungsverkehr und das Agrarrecht‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1965, 1633 (1639). Als Begründung dafür wird u.a. ins Feld geführt, dass der EWGV – unabhängig von der ursprünglichen Intention der Gründungsväter – nur Tätigkeiten von dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen sehen wollte, die ihrem Wesen nach mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, da die Gründungsverträge eine möglichst umfassende Niederlassungsfreiheit gewähren wollten. So bereits Everling, Ulrich, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt* (Verlag Franz Vahlen, Berlin u.a., 1963), 105-107, mit weiteren Literaturverweisen insbesondere zur Gegenmeinung in Fn. 116 und sich ausdrücklich anschließend Oppermann, Thomas, ‚Die Durchführung der EWG-Niederlassungs- und Dienstleistungsprogramme seit 1961‘, *Der Betriebs-Berater (BB)* 1964, 563 (568).

<sup>31</sup> Vgl. z.B. Schmid, Christoph U., *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union; Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung* (Nomos, Baden-Baden, 2010), 151; Schneider, Hildegard und Claessens, Sjoerd, *The Recognition of Diplomas and the Free Movement of Professionals in the European Union: Fifty Years of Experiences*, Working Paper zur IALS Konferenz ‚Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems‘ in Montreal, Canada May 30, 2008 (IALS, Montreal, 2008), unter 2. Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/HildegardSchneider.pdf>; Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. (Oxford University Press, Oxford, 2010), 377 ff., auch zu früheren Fällen, die bereits den Marktzugang als Ausgangspunkt genommen haben.

<sup>32</sup> So EuGH 8/74 (*Dassonville*). Zum Funktionswandel vgl. auch Schmid, Christoph U., *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union; Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung* (Nomos, Baden-Baden, 2010), 150-152.

<sup>33</sup> EuGH 33/74 (*van Binsbergen*).

<sup>34</sup> EuGH 33/74 (*van Binsbergen*), Rn. 10-12, Hervorhebungen der Verf.



Regelungen nicht durch „das Allgemeininteresse gerechtfertigt[t]“<sup>35</sup> sind.<sup>36</sup> Der Erweiterung des Anwendungsbereiches der Dienstleistungsfreiheit stellte das oberste europäische Gericht damit eine Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten entgegen – genau wie es dies auch, wenn auch erst später, im Bereich der Warenverkehrsfreiheit tat.<sup>37</sup> Allerdings schränkte der Gerichtshof die Rechtfertigungsmöglichkeiten bereits Anfang der 1980-er Jahre wieder stark ein, indem er in der Rs. *Webb*<sup>38</sup> forderte, dass dem Allgemeininteresse, mit dem die behindernde nationale Regelung gerechtfertigt werden soll, „nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist.“<sup>39</sup> Daraus folgt letztlich, dass die Kontrolle der Dienstleistungserbringung durch den Aufnahmemitgliedstaat nur subsidiär zur Herkunftslandkontrolle vorgenommen werden darf und nur insoweit unionsrechtskonform ist, als die jeweiligen Allgemeininteressen durch die Rechtsordnung des Herkunftsmitgliedstaats auch aus unionseuropäischer Sicht noch nicht hinreichend geschützt werden.<sup>40</sup>

Die Prüfung der Rechtfertigung einer nationalen Vorschrift, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit behindert, hat der EuGH in der Rs. *Säger*<sup>41</sup> nochmals als vierstufige Prüfung zusammengefasst:

1. Vorschriften müssen „für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten“<sup>42</sup>, d.h. nicht-diskriminierend sein; diskriminierende Maßnahmen können nur durch die ausdrücklichen Ausnahmen des Art. 52 AEUV (ex Art. 46 EG)<sup>43</sup> gerechtfertigt werden.
2. Die Maßnahmen bzw. Regelungen müssen „durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt“<sup>44</sup> sein (Rechtfertigungsgrund).
3. Zudem können Regelungen „nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist“<sup>45</sup> gerechtfertigt werden.
4. Letztlich müssen Maßnahmen bzw. Regelungen „sachlich geboten sein [...] und dürfen nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen dieser Ziele erforderlich ist“<sup>46</sup> (Proportionalitätsprinzip).<sup>47</sup>

<sup>35</sup> EuGH 33/74 (*van Binsbergen*), Rn. 10-12.

<sup>36</sup> Noch deutlicher wurde der EuGH in der Rs. *Säger/Dennemeyer* (C-76/90). Hier heißt es im ersten Leitsatz: „Artikel 59 EWG-Vertrag verlangt nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten –, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.“

<sup>37</sup> EuGH 120/78 (*Cassis de Dijon*). Hierzu auch Schmid, Christoph U., *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union; Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung* (Nomos, Baden-Baden, 2010), 153-156.

<sup>38</sup> EuGH 279/80 (*Webb*).

<sup>39</sup> EuGH 279/80 (*Webb*), Rn. 17.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu auch EuGH C-272/94 (*Guiot*).

<sup>41</sup> EuGH C-76/90 (*Säger*).

<sup>42</sup> EuGH C-76/90 (*Säger*), Rn. 15.

<sup>43</sup> Das heißt, sie müssen auf Grund des Schutzes der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Dies werden Dienstleistungsbeschränkungen im Bereich der rechtlichen Beratung wohl nie sein.

<sup>44</sup> EuGH C-76/90 (*Säger*), Rn. 15.

<sup>45</sup> Ebenda.

<sup>46</sup> Ebenda.

a. Primärrechtliche Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte

Da bereits sehr früh für Rechtsanwälte eine Dienstleistungsrichtlinie (77/249/EWG)<sup>48</sup> erlassen wurde, hat der EuGH nur sehr wenige Urteile ausschließlich auf die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit gestützt. Zwar hat der Gerichtshof auch Urteile bezüglich der Auslegung einschlägiger Richtlinien ergänzend mit Primärrecht begründet,<sup>49</sup> diese Urteile wären aber ohne die sekundärrechtliche Grundlage in dieser Form nicht vorstellbar oder zumindest sehr unwahrscheinlich gewesen.

Das wohl wichtigste Urteil, das der EuGH bereits vor der Verabschiedung der Richtlinie 77/249/EWG zur Dienstleistungsfreiheit von Rechtsanwälten gefällt hat, war das Urteil in der Rs. *van Binsbergen*.<sup>50</sup> Hier urteilte der Gerichtshof, dass ein ausländischer Anbieter von anwaltlichen Dienstleistungen nicht nur wegen seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch wegen seines Wohnorts nicht diskriminiert werden dürfe. Eine niederländische Regel, wonach Residenzpflicht für Anbieter solcher Dienstleistungen bestand, durfte auf EU-ausländische Rechtsanwälte keine Anwendung finden.<sup>51</sup>

b. Sekundärrechtliche Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte

Bereits 1969 legte die Kommission einen Richtlinienentwurf vor, der darauf abzielte, einen europaweiten Markt für Rechtsberatungsdienstleistungen von europäischen Rechtsanwälten zu eröffnen. Die Kommission scheiterte allerdings mit ihren Plänen am Widerstand der Regierungen Deutschlands und Luxemburgs, die davon ausgingen, dass der EWG-Vertrag auf Rechtsanwälte keine Anwendung fände.<sup>52</sup> Nachdem der EuGH jedoch klargestellt hatte, dass Rechtsanwälte nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) fallen, war der Weg frei, auch sekundärrechtliche Regelungen für einen Gemeinsamen Markt von juristischen Dienstleistungen in Europa aufzustellen.

Dies geschah sodann mit einer sektoralen Dienstleistungsrichtlinie für Rechtsanwälte (77/249/EWG). Diese Richtlinie, die den Rechtsdienstleistungsmarkt in Europa für temporäre Dienstleistungserbringung schon sehr weit öffnete, ist auch bis heute die zentrale Rechtsgrundlage für Rechtsanwälte, die von ihrer unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen wollen. Die Verabschiedung der neueren vertikalen, d.h. sektorübergreifenden Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG hatte hingegen keine weitreichenden Folgen für die europäische Anwaltschaft, da deren zentrale Normen im Geltungsbereich der Richtlinie 77/249/EWG keine Anwendung finden. Dennoch vereinfacht auch die vertikale Dienstleistungsrichtlinie die anwaltliche Dienstleistungserbringung in einzelnen Bereichen, sodass eine kursorische Darstellung der

<sup>47</sup> Hierzu insgesamt ausführlich Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. (Oxford University Press, Oxford, 2010), 380 ff.

<sup>48</sup> Richtlinie des Rats vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (77/249/EWG), ABl. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

<sup>49</sup> So z.B. bei der Aufhebung der nach der Richtlinie durch nationales Recht einföhrbaren Pflicht, dass ausländische Anwälte bei behördlichen oder gerichtlichen Verfahren, auch in Fällen, in denen kein Anwaltszwang besteht, nur im Einvernehmen mit einem nationalen Anwalt handeln dürfen. Vgl. EuGH 427/85 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 15. Hier heißt es: „Soweit das deutsche Durchführungsgesetz diese Verpflichtung durch seine allgemeine Fassung auf diese Rechtsstreitigkeiten erstreckt, verstösst (sic!) es gegen die Richtlinie und gegen die Artikel 59 und 60 EWG-Vertrag.“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>50</sup> EuGH 33/74 (*Van Binsbergen*).

<sup>51</sup> Zu dieser Rs. vgl. auch z.B. Puel, Frédéric, ‚Freizügigkeit der Rechtsanwälte in Europa‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 1998, 31 (32).

<sup>52</sup> Vgl. z.B. Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 27 f.

betreffenden Regelungen in diesem Rahmen ebenfalls erforderlich ist. Zunächst sollen jedoch die Auswirkungen der älteren und bis heute wichtigeren sektoralen Dienstleistungsrichtlinie erörtert werden.

*i. Die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie 77/249/EWG*

Die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie gilt gemäß Art. 1 Abs. 1 „für die in Form der Dienstleistung ausgeübten Tätigkeiten der Rechtsanwälte“, wobei diejenigen als Rechtsanwälte gelten, die nach nationalem Recht berechtigt sind, eine Berufsbezeichnung zu führen, die in einer Liste in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie aufgeführt ist. Dabei handelt es sich in allen Fällen um reglementierte rechtsberatende und/oder prozessvertretende Berufsgruppen.

Für diesen Personenkreis verbrieft sodann Art. 2 der Richtlinie das Recht, ihre anwaltlichen Dienstleistungen in allen Mitgliedstaaten der EU erbringen zu dürfen, schreibt aber im Gegenzug dafür in Art. 3 vor, dass diese dadurch entstehenden europäischen Rechtsanwälte die Berufsbezeichnung ihres Heimatmitgliedstaates führen müssen.

Gemäß Art. 4 Abs. 1 muss der dienstleistungserbringende Rechtsanwalt alle rechtlichen Rahmenbedingungen einhalten, die für einen im Bestimmungsmitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt auch gelten. Lediglich darf nicht von ihm verlangt werden, dass er einen Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat besitzt oder dass er einer dortigen Standesorganisation angehört. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie konstituiert im Übrigen das Prinzip der „doppelten Standesregeln“, das heißt, dass für die Dienstleistungserbringung im Bestimmungsmitgliedstaat sowohl die Standesregeln des Herkunfts- als auch des Bestimmungsmitgliedstaates zu berücksichtigen sind.

Der EuGH scheint diese Regelung allerdings in Konfliktfällen, z.B. bei abweichenden standesrechtlichen Gebührenordnungen, auf das Bestimmungslandprinzip zu verengen, sodass in diesem Fall die Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats Vorrang genießen.<sup>53</sup> Im Allgemeinen ist dies allerdings in der Literatur derzeit noch nicht anerkannt. So werden z.B. vor dem Hintergrund einer konfligierenden Offenbarungs- und Verschwiegenheitspflicht in unterschiedlichen nationalen Berufsrechten drei verschiedene kollisionsrechtliche Modelle diskutiert: die Anwendbarkeit des „strengsten Berufsrechts“, eine Kollisionsregelung die allerdings bei Konflikten zwischen unterschiedlichen Regelungsansätzen wie *in casu* versagt,<sup>54</sup> und schließlich das Herkunftslandprinzip, also

<sup>53</sup> Vgl. EuGH C-289/02 (*AMOK Verlags GmbH/AEtR Gastronomie GmbH*), Rn. 29. Hierzu auch Sturve, Tanja, „Anmerkung zu EuGH, C-289/02, 11.12.2003“, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2004, 162 (163).

<sup>54</sup> Wenn beispielsweise für die gleichen Informationen, die ein Rechtsanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit erhält, in einem Land eine Geheimhaltungspflicht, in einem andern jedoch eine Offenlegungspflicht besteht, so ist keine dieser Vorschriften „strenger“. Vielmehr geht es um unterschiedliche Rationalitäten bzw. Gewichtungen der Interessen der Parteien und der Öffentlichkeit, gewisse Informationen unter Verschluss zu halten bzw. allgemein zugänglich zu machen. Es geht also gerade um einen Konflikt widerstreitender Regelungsansätze und Werteentscheidungen des Gesetzgebers, die sich gegenseitig ausschließen und nicht um die Regelung gleicher Interessen, die „nur“ in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich strikt gehandhabt werden, wie beispielsweise Werbebeschränkungen.

Ebenfalls versagt die kollisionsrechtliche Anknüpfung an die „strengste“ Rechtsordnung bei unterschiedlichen festen Gebührenordnungen – sofern diese für Rechtsanwälte noch zwingend sind. Es ist nicht ersichtlich, ob nun eine höhere oder eine niedrigere zwingend festgelegte Gebühr die „strengere“ Regulierung darstellt.

Letztlich funktioniert die Anwendung des „strengsten Berufsrechts“ also nur in Fällen, in denen die Anwendung der strengeren Regelungen nicht zugleich gegen die berufsrechtlichen Bestimmungen des anderen Landes verstößt, da diese eben tatsächlich nur strenger sind und das danach vorgeschriebene Verhalten zugleich ein zulässiges Verhalten gemäß des Berufsrechts des anderen Staates darstellt. In diesem Fall liegt aber überhaupt keine Kollision vor; der Grundsatz des doppelten Standesrechts kann hier konfliktfrei angewendet werden. Die

der Vorrang des Rechts des Aufnahmemitgliedstaats; letzteres findet die meisten Anhänger in der Literatur.<sup>55</sup>

Weiterhin erlaubt Art. 5 der Richtlinie den Mitgliedstaaten im nationalen Recht vorzusehen, dass ein ausländischer europäischer Rechtsanwalt, sofern er vor Gericht oder einer Behörde auftreten will, dies nur im Einvernehmen mit einem dort ansässigen und nach nationalem Recht zugelassenen Rechtsanwalt (Einvernehmensanwalt) tun darf. Allerdings hat der EuGH Art. 5 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie sehr eng ausgelegt. So kann, sofern im jeweiligen Verfahren kein Anwaltszwang besteht, auch auf einen Einvernehmensanwalt verzichtet werden, wenn der ausländische europäische Rechtsanwalt eine Mandatsvertretung vor einer Behörde oder einem Gericht übernimmt.<sup>56</sup> Zudem darf auch nicht verlangt werden, dass der Einvernehmensanwalt bei Gerichtsverhandlungen stets anwesend ist, oder alle prozessrelevanten Schriftstücke des dienstleistenden Rechtsanwalts abzeichnet.<sup>57</sup> Jener fungiert lediglich als Korrespondenzadresse im Bestimmungsmitgliedstaat und zur Unterstützung des europäischen Rechtsanwalts, wodurch sichergestellt werden soll, dass letzterer von den Gepflogenheiten der jeweiligen Gastrechtsordnungen hinreichend in Kenntnis gesetzt wird.<sup>58</sup>

#### *ii. Die allgemeine Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG*

Mit der Allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG), die bis zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen war, hat sich der europäische Gesetzgeber nun auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit weg von sektorspezifischen Regelungen hin zu einer sektorübergreifenden Richtlinie bewegt.<sup>59</sup> Die Richtlinie ist in fünf Regelungsabschnitte aufgeteilt: Nach den allgemeinen Bestimmungen (Art. 1-4), ist der erste wesentliche Regelungsabschnitt in den Art. 5-13 der Dienstleistungsrichtlinie zu finden. Dieser beinhaltet Vorschriften zum Verwaltungsverfahren, die auch Einfluss auf verfahrensrechtliche Fragen bei der grenzüberschreitenden Anwaltstätigkeit haben können.<sup>60</sup> Der zweite Regelungsblock (Art. 15) schreibt ein „Screening-Verfahren“ vor, wonach Mitgliedstaaten relevante Vorschriften auf ihre Vereinbarkeit mit der

---

Kollisionsregel des „strengsten Berufsrechts“ ist demnach nicht mehr als eine leere Hülle, die lediglich den Grundsatz der Richtlinie wiederholt, im tatsächlichen Konfliktfall aber keine Lösung bietet.

<sup>55</sup> Anstelle vieler vgl. nur Henssler, Martin, ‚Anwaltliche Berufspflichten bei grenzüberschreitender Tätigkeit‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2009, 1556 (1557 f.) m. w. N.

<sup>56</sup> So EuGH 427/85 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 13-15; EuGH C-294/89 (*Kommission/Frankreich*), Rn. 13-20). Vgl. hierzu auch Schweitzer, Michael und Fixson, Oliver, ‚Anmerkungen zu EuGH C-294/89‘, *Juristenzeitung (JZ)* 1993, 252 (253).

<sup>57</sup> So EuGH C-294/89 (*Kommission/Frankreich*), Rn. 21-37. Vgl. hierzu auch Schweitzer, Michael und Fixson, Oliver, ‚Anmerkungen zu EuGH C-294/89‘, *Juristenzeitung (JZ)* 1993, 252 (253 f.).

<sup>58</sup> Ausführlich zu der Dienstleistungsrichtlinie für Anwälte z.B. Gröger, Johannes, *Zugangswege zum deutschen Rechtsberatungsmarkt für EG-Staatsangehörige – Eine Untersuchung zur fortschreitenden Liberalisierung grenzüberschreitender anwaltlicher Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 2007), 69-77; Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts, auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 27-30.

<sup>59</sup> Vgl. Kühling, Jürgen und Müller, Friederike, ‚Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?‘, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRAK-Mitt.)* 2008, 5 (6).

<sup>60</sup> Vgl. Kühling, Jürgen und Müller, Friederike, ‚Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?‘, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRAK-Mitt.)* 2008, 5 (7-8). In diesem Rahmen soll auf diese Vorschriften allerdings nicht genauer eingegangen werden, da sie nicht die grundsätzliche Zulässigkeit von Dienstleistungserbringung im Unionsausland betreffen. Verfahrensrechtliche Belange werden nur im Rahmen der Darstellung des deutschen Umsetzungsgesetzes angeschnitten.

Dienstleistungsfreiheit in der durch die Richtlinie kodifizierten Form überprüfen und der Kommission einen Bericht hierzu übermitteln müssen. Der dritte Regelungsbereich (Art. 16-21) kodifiziert die richterrechtlich entwickelten Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit und entwickelt diese zum Teil weiter. Art. 14 der Dienstleistungsrichtlinie benennt, in einer Art „schwarzen Liste“, Voraussetzungen, die für eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung auf keinen Fall gefordert werden dürfen. Der dritte Regelungsbereich ist damit sowohl Regelungsblock zwei als auch drei zuzuordnen. Der vierte Regelungsbereich (Art. 22-27) enthält Regelungen zur Qualitätssicherung von Dienstleistungen. Bestimmungen zur gegenseitigen Amtshilfe bilden als Regelungsbereich fünf der Dienstleistungsrichtlinie (Art. 28-36) den Abschluss.<sup>61</sup> Die „Screening“-Pflicht des Art. 15 der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie, d.h. die Pflicht, nationales Recht auf seine Europarechtskonformität hin zu prüfen, gilt auch für das Anwaltsberufsrecht.<sup>62</sup> Art. 15 Abs. 2 zählt dabei einzelne Regelungen auf, bei denen zu prüfen ist, ob sie die Vorgaben des Abs. 3 erfüllen. Dazu zählt nach Art. 15 Abs. 2 g) der Dienstleistungsrichtlinie auch die Pflicht des Dienstleistungserbringers zu „der Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen“. Diese Regelungen sollen dann nach Art. 15 Abs. 3 daraufhin überprüft werden ob sie a) nichtdiskriminierend sind, b) durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können und c) verhältnismäßig sind. Dies entspricht auch für den Bereich der Mindestgebühren der heutigen EuGH-Rechtsprechung.<sup>63</sup> Dementsprechend hat zwar Art. 15 der Richtlinie dazu geführt, dass das Rechtsanwaltsberufsrecht in Deutschland untersucht werden musste und Berichte darüber an die Kommission zu übermitteln sind; an der Rechtslage selbst dürfte sich aber für Rechtsanwälte nichts geändert haben. Zudem hat die Frage der Zulässigkeit der Gebührenordnung, wie auch andere in Art. 15 Abs. 2 genannten Bestimmungen, keinen Einfluss auf die Frage, ob man grundsätzlich anwaltliche Dienstleistungen im Bestimmungsmitgliedstaat erbringen darf.

Inhaltlich enthält die Dienstleistungsrichtlinie auch sonst keine fundamentalen Neuerungen für die Erbringung rechtsanwaltlicher Dienstleistungen in Europa. Art. 17 Nr. 4 der Dienstleistungsrichtlinie nimmt nämlich „die Angelegenheiten, die unter die Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte fallen“, vom Anwendungsbereich des Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie (Dienstleistungsfreiheit) und damit dem abgeschwächten Herkunftslandsprinzip, das wohl als Kernbestandteil der Dienstleistungsrichtlinie angesehen werden muss, aus.<sup>64</sup> Damit ist das Herzstück der Richtlinie auf rechtsanwaltliche Tätigkeiten unanwendbar.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu Kühling, Jürgen und Müller, Friederike, „Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?“, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRÄK-Mitt.)* 2008, 5 (6-7).

<sup>62</sup> Zum „Screening“ vgl. z.B. Henssler, Martin, „Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf“, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2009, 1 (3-4).

<sup>63</sup> Vgl. EuGH C- 35/99 (*Arduino*) und EuGH C-94/04 (*Cipolla*).

<sup>64</sup> Vgl. hierzu auch Henssler, Martin, „Die internationale Entwicklung und die Situation der Anwaltschaft als Freier Beruf“, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2009, 1 (3). Des Weiteren macht auch Erwägungsgrund 88 deutlich, dass die Bestimmungen bezüglich der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf Anwälte insgesamt keine Anwendung finden: „Die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit sollten in Fällen, in denen eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht einem bestimmten Beruf vorbehalten ist, keine Anwendung finden, z.B. wenn Rechtsberatung nur von Juristen durchgeführt werden darf.“

Anwendung auch auf Rechtsanwälte findet hingegen Art. 14 der Dienstleistungsrichtlinie. Dieser normiert absolute Regulierungsverbote, wie z.B. ausländische Anbieter unmittelbar diskriminierende Anforderungen im nationalen Recht oder das Verbot der Errichtung von Niederlassungen in mehr als einem Mitgliedstaat. Im Ergebnis wird allerdings keine dieser Regelungen Einfluss auf die Bedingungen haben, unter denen anwaltliche Dienstleistungen in anderen unionseuropäischen Ländern erbracht werden dürfen, da sie entweder schon lange unionsrechtlich selbstverständlich und in den Mitgliedstaaten umgesetzt sind oder für Anwälte schlichtweg keine Bedeutung haben.<sup>65</sup>

Der Einfluss der Richtlinie 2006/123/EG wird weiterhin dadurch geschmälert, dass gemäß Art. 3 der Dienstleistungsrichtlinie alle anderen Unionsrechtsakte, d.h. insbesondere auch sektorspezifische Richtlinien, die Regelungen über die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat enthalten, Vorrang gegenüber der sektorübergreifenden Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG genießen.<sup>66</sup> Der Kommissionsentwurf hatte dagegen noch einen umgekehrten Vorrang vorgesehen.<sup>67</sup>

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass für die Voraussetzungen der Dienstleistungserbringung eines ausländischen europäischen Rechtsanwalts im Inland im Wesentlichen die Anforderungen der Richtlinie 77/249/EWG von Bedeutung sind. Für andere Regelungen des Berufsrechts, insbesondere der Gebührenordnung, den Regelungen zur Sozietätsfähigkeit mit anderen Berufsgruppen und Regulierungen der Werbung<sup>68</sup> (die im Rahmen des vorliegenden Beitrags allerdings nicht untersucht werden), kann die Allgemeine Dienstleistungsrichtlinie jedoch eine geringe Rolle spielen.

### 3. Die Niederlassungsfreiheit der zugelassenen Rechtsanwälte

Spätestens mit den Entscheidungen *Kraus*<sup>69</sup> und *Gebhard*<sup>70</sup> hat der EuGH in den 1990-er Jahren auch die Niederlassungsfreiheit vom Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Beschränkungsverbot weiterentwickelt und so dogmatisch wieder mehr Kohärenz zwischen der Warenverkehrs-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit geschaffen.<sup>71</sup>

Hierbei hat der EuGH das Beschränkungsverbot in der Rs. *Krause* denkbar weit gefasst und jede Regelung als beeinträchtigend qualifiziert, die dazu geeignet ist, die Niederlassungsfreiheit „zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.<sup>72</sup> Im Gegenzug hat der Gerichtshof jedoch auch die Möglichkeit der Rechtfertigung derartiger

<sup>65</sup> Vgl. z.B. Lörcher, Heike, ‚Anwaltliches Berufsrecht und Deregulierung‘, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRAK-Mitt.)* 2008, 1 (4).

<sup>66</sup> Vgl. Lemor, Florian, ‚Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf ausgesuchte reglementierte Berufe‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2007, 135 (136).

<sup>67</sup> Vgl. Kühling, Jürgen und Müller, Friederike, ‚Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Deregulierungsschub für das Berufsrecht der Rechtsanwälte oder viel Lärm um nichts?‘, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRAK-Mitt.)* 2008, 5 (5-6).

<sup>68</sup> Vgl. Lörcher, Heike, ‚Anwaltliches Berufsrecht und Deregulierung‘, *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen (BRAK-Mitt.)* 2008, 1 (4-5).

<sup>69</sup> EuGH C-19/92 (*Kraus*).

<sup>70</sup> EuGH C-55/94 (*Gebhard*).

<sup>71</sup> Zu dieser Entwicklung vgl. auch Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. (Oxford University Press, Oxford, 2010), 300 f.

<sup>72</sup> EuGH C-19/92 (*Kraus*), Rn. 32. Wörtlich heißt es: „Daher stehen die Artikel 48 und 52 jeder nationalen Regelung [...] entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“

nichtdiskriminierender behindernder Maßnahmen ausgeweitet und dies in seinem Urteil in der Rs. *Gebhard* wie folgt zusammengefasst:

*Sie [Anm. der Verf.: d.h. die Beschränkungen der Grundfreiheiten] müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.*<sup>73</sup>

a. Primärrechtliche Vorgaben für die Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwälten

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit für in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union zugelassene Rechtsanwälte hat der EuGH zahlreiche Urteile ausschließlich auf Basis der in den Gründungsverträgen garantierten Grundfreiheiten gefällt. Damit wurde die Niederlassungsfreiheit schon durch die Rechtsprechung des EuGH weitreichend ausgeformt, bevor der Unionsgesetzgeber diese Grundfreiheit sekundärrechtlich zu präzisieren begann. Da der Sekundärrechtsgesetzgeber allerdings keinen Einfluss auf die bereits (richterrechtlich) festgesetzten Garantien des Primärrechts nehmen kann, war sein Spielraum zum Teil sehr beschränkt.

*i. Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit*

In der Rs. *Reyners*<sup>74</sup> aus dem Jahre 1974 ging es zunächst um die Frage, ob Jean Reyners, einem Niederländer, nur auf Grund seiner Staatsangehörigkeit die Zulassung als Rechtsanwalt in Belgien verweigert werden durfte. Alle formalen Qualifikationen, die als Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltschaft nach belgischem Recht verlangt wurden, konnte der Kandidat vorweisen. Das belgische Recht sah jedoch zudem einen Staatsbürgervorbehalt für Rechtsanwälte vor, den der Niederländer Reyners naturgemäß nicht erfüllen konnte. Eine solche direkte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit kann nicht durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“<sup>75</sup> gerechtfertigt werden. Sie ist unionsrechtswidrig, sofern die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich Anwendung findet. Da der EuGH, wie bereits oben dargestellt,<sup>76</sup> entschieden hat, dass die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) auf Rechtsanwälte keine Anwendung findet, konnte sich Jean Reyners erfolgreich auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt, der im belgischen Recht vorgeschrieben war, durfte also keine Anwendung finden.

*ii. Anerkennung ausländischer Zwischenqualifikationen bei bestandener Endqualifikation im Inland*

In der Rs. *Thieffry*<sup>77</sup> von 1976 beschäftigte sich der EuGH sodann mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Kandidat, der nicht alle notwendigen formellen Qualifikationen zur Zulassung zur Anwaltschaft im Aufnahmemitgliedstaat, wohl aber in seinem Herkunftsmitgliedstaat erfüllt, auch als Rechtsanwalt in ersterem zuzulassen ist. Konkret ging es dabei um einen belgischen Rechtsanwalt, Jean Thieffry, der in Belgien das rechtswissenschaftliche Studium mit dem Abschluss *Doktor der Rechte* abgeschlossen hatte. Eine französische Universität (Universität Paris I – Panthéon Sorbonne) erkannte

<sup>73</sup> EuGH C-55/94 (*Gebhard*), Rn. 37.

<sup>74</sup> EuGH 2/74 (*Reyners*).

<sup>75</sup> EuGH C-55/94 (*Gebhard*), Rn. 37.

<sup>76</sup> Vgl. bereits B.I.1.

<sup>77</sup> EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*).

diesen Abschluss für akademische Zwecke als mit dem französischen rechtswissenschaftlichen Abschluss *licence en droit* gleichwertig an. Daraufhin wurde er am Institut d'études judiciaires der Universität Paris II zugelassen und schloss dort auch die universitäre französische Anwaltsprüfung nach den Vorschriften des französischen Rechts erfolgreich ab. Dadurch erhielt er das *certificat d'aptitude à la profession d'avocat* (CAPA). Die Zulassung zur Probezeit bei der Anwaltschaft wurde Jean Thieffry dennoch verweigert. Zur Begründung hieß es, dass ihm der neben dem CAPA ebenfalls notwendige französische Universitätsabschluss (*licence en droit* oder *doctorat en droit*) fehle. Unter diesen Umständen hielt der EuGH eine Verweigerung der Zulassung zur Probezeit zur französischen Anwaltschaft für nicht gerechtfertigt – auch weil durch die Anwaltsprüfung bereits ausreichende französische Rechtskenntnisse nachgewiesen wurden –, sodass der Gerichtshof in der Verweigerung der Zulassung zur Probezeit als Rechtsanwalt einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit sah.<sup>78</sup>

Auch wenn es in einer Gesamtschau der Umstände – insbesondere angesichts der Tatsache, dass Jean Thieffry die französische Anwaltsprüfung erfolgreich abgelegt hatte – offensichtlich erscheint, dass eine Verweigerung der Zulassung zur Probezeit bei der Rechtsanwaltschaft in Frankreich die Niederlassungsfreiheit des Klägers im Ausgangsverfahren verletzte, stieß die Argumentation des Gerichtshofs doch auf zum Teil erhebliche Kritik. Diese betraf insbesondere die ausdrückliche Bezugnahme auf die Gleichwertigkeitsanerkennung des belgischen Diploms durch eine französische Universität.<sup>79</sup> Eine akademische Gleichwertigkeitsanerkennung folge jedoch einer anderen Logik als eine berufliche Anerkennung eines Abschlusses. Zudem habe die Union für den Bereich der akademischen Anerkennung keine Kompetenzen.<sup>80</sup>

Diese Kritik in der Literatur erscheint allerdings überzogen. Ihr kann nur insoweit zugestimmt werden, als grundsätzlich zwischen einer akademischen und einer berufsrechtlichen Anerkennung zu unterscheiden ist. Ausdrücklich erkennt aber auch der Gerichtshof den Unterschied zwischen einer „akademischen Anerkennung“ und einer Anerkennung, „die Wirkungen im staatlichen Bereich äußert und im Hinblick auf die Ausübung einer Berufstätigkeit gewährt wird“<sup>81</sup> an, obwohl darauf hingewiesen wird, dass diese Unterscheidung dem Bereich des nationalen Rechts zuzurechnen ist. Zudem stellt der EuGH fest, dass es „sonach Aufgabe der zuständigen innerstaatlichen Stellen“ ist zu entscheiden „ob die von einer Universitätsstelle ausgesprochene Anerkennung über ihre akademische Wirkung hinaus als Nachweis beruflicher Befähigung gelten kann“, solange es kein Verfahren für eine berufsrechtliche Anerkennung gibt.<sup>82</sup> Wenn später erneut auf die akademische Anerkennung Bezug genommen wird, dann nur im Hinblick darauf, dass Jean

<sup>78</sup> Vgl. insbesondere EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*), Rn. 19 und 27. Hier wird insbesondere darauf abgestellt, dass Jean Thieffry „die besondere Prüfung über die Befähigung zu diesem Beruf mit Erfolg abgelegt hat“ (Rn. 27), auch wenn nicht mehr ausdrücklich der Schluss gezogen wird, dass deshalb hinreichende Kenntnisse des französischen Rechts nachgewiesen wurden. Indirekt wird aber argumentiert, dass deshalb eine Verweigerung der Zulassung nicht mehr eine auf Grund einer „im Allgemeininteresse gerechtfertigte[n] Berufsregelung“ (Rn. 15/18) erfolgt (vgl. Rn. 24/26-27).

<sup>79</sup> Vgl. EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*) Rn. 27.

<sup>80</sup> Zur Kritik vgl. auch Schneider, Hildegard und Claessens, Sjoerd, *The Recognition of Diplomas and the Free Movement of Professionals in the European Union: Fifty Years of Experiences*, Working Paper zur IALS Konferenz ‚Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems‘ in Montreal, Canada May 30, 2008 (IALS, Montreal, 2008), unter 2. Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/HildegardSchneider.pdf>.

<sup>81</sup> Vgl. EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*), Rn. 20/23.

<sup>82</sup> Vgl. EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*), Rn. 24/26.



Thieffry „aufgrund dessen die besondere Prüfung über die Befähigung zu diesem Beruf [Anm. der Verf.: also der Rechtsanwaltschaft] mit Erfolg abgelegt hat.“<sup>83</sup>

Dem Gerichtshof ist hier auch insoweit Recht zu geben, dass, wenn nationales Recht einer Stelle die Zuständigkeit zur Anerkennung von Abschlüssen zwecks Zulassung zu einem berufsqualifizierenden Studium, das mit dem CAPA – dem Zeugnis über die Befähigung zum Rechtsanwaltsberuf – endet, zuspricht, diese Anerkennung dann aber als rein akademisch qualifiziert, eine klare Trennung zwischen akademischer und berufsrechtlicher Anerkennung objektiv betrachtet unmöglich wird. Entsprechend sollte der in Rede stehenden Anerkennung eine beschränkte Wirkung bei der Frage der berufsrechtlichen Gleichwertigkeitsanerkennung zukommen.

In der Folgezeit hat der EuGH nicht weiter eine auf akademische Anerkennungen basierende Argumentation verfolgt. Insbesondere wurde niemals auf akademische Anerkennungen von ausländischen Abschlüssen zu Zwecken der Promotion abgestellt. Entsprechend ist dem Gerichtshof nicht vorzuwerfen, dass er in unzulässiger Weise rein akademische Anerkennungen durch Universitäten für die Frage der Anerkennung von berufsqualifizierenden Abschlüssen berücksichtigt habe.

### *iii. Allgemeine Regelungen zur Anerkennung von im unionseuropäischen Ausland erworbener Abschlüsse*

Die Rechtsprechung zur Anerkennung von unionseuropäischen ausländischen berufsqualifizierenden Abschlüssen für Rechtsanwälte wurde in der Rs. *Vlassopoulou*<sup>84</sup> weiterentwickelt und verallgemeinert.<sup>85</sup> In *casu* ging es um eine griechische Juristin, die, nachdem sie sich in Deutschland promoviert hatte, die Zulassung zur deutschen Anwaltschaft beantragte, ohne zuvor die Befähigung zum Richteramt und damit gemäß § 4 BRAO die deutsche Zulassungsvoraussetzung zur Anwaltschaft erworben zu haben. Die hier durch den EuGH aufgestellten allgemeinen Regelungen für die – rein primärrechtliche – Anerkennung von im Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen, hat der Gerichtshof seitdem auch in vielen anderen Bereichen angewendet.

Als Ausgangspunkt stellt der EuGH zunächst fest, dass „nationale Qualifikationsvoraussetzungen, selbst wenn sie ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit angewandt werden, sich dahin auswirken können, daß sie die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in der Ausübung des ihnen durch Artikel 52 EWG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsrechts beeinträchtigen.“ Zum Schutz der Niederlassungsfreiheit hielt es der Gerichtshof deshalb für notwendig, dass „die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten“<sup>86</sup> berücksichtigt werden, und zwar in der Form, dass der Aufnahmemitgliedstaat „die durch diese Diplome bescheinigten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleicht.“<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Vgl. EuGH 71/76 (*Jean Thieffry/Conseil de l'ordre des Avocats*), Rn. 27.

<sup>84</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

<sup>85</sup> Zwischen den beiden genannten Urteilen zur Anerkennung von juristischen Abschlüssen, hatte der EuGH diese Rechtsprechungslinie bereits bei anderen Berufsgruppen weiter ausgebaut. So z.B. im EuGH 11/77 (*Patrick*) im Bereich der Architektur und EuGH 222/86 (*Heylens*) im Bereich von Fußballlehrern. Zu dieser Entwicklung der Rechtsprechung zur Abschlussanerkennung ohne sekundärrechtliche Grundlage vgl. ausführlich z.B. Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 24-33.

<sup>86</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 15.

<sup>87</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 16.

Dabei muss die Feststellung der Gleichwertigkeit objektiv erfolgen, wobei ausschließlich darauf abgestellt werden darf, „welches Maß an Kenntnissen und Fähigkeiten dieses Diplom unter Berücksichtigung von Art und Dauer des Studiums und der praktischen Ausbildung, auf die es sich bezieht, bei seinem Besitzer vermuten lässt“. <sup>88</sup> Unterschieden zwischen den betroffenen nationalen Rechtsordnungen darf dabei allerdings ausdrücklich Rechnung getragen werden. <sup>89</sup>

Nach den Vorgaben des EuGH muss demnach ein ausländischer Abschluss bei festgestellter Gleichwertigkeit automatisch zur Zulassung berechtigen. Kann hingegen die Gleichwertigkeit nicht festgestellt werden, so darf der Mitgliedstaat von dem Betroffenen verlangen, dass er nachweist, dass er die fehlenden Kenntnisse erworben hat; jedoch kann nicht verlangt werden, dass die formalen nationalen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt werden müssen. <sup>90</sup> Stets ist mithin eine einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen.

#### *iv. Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat unter Beibehaltung der Niederlassung im Herkunftsmitgliedstaat*

Eine weitere, wenn auch weniger zentrale, Ausdehnung der Niederlassungsfreiheit für unionseuropäische Rechtsanwälte entwickelte der EuGH schon vor der *Vlassopoulou*-Entscheidung in der Rs. *Klopp* <sup>91</sup>. Dabei ging es um das Problem, dass in vielen Ländern die Möglichkeit, sich als ausländischer europäischer Rechtsanwalt zusätzlich niederzulassen, durch ein Verbot einer Zweigniederlassung oder eine Residenzpflicht am Ort der Zulassung bei Gericht zunichte gemacht wurde. Ein Rechtsanwalt, der z.B. in Deutschland niedergelassen war und auch hier weiter praktizieren wollte, konnte sich also nicht in Luxemburg oder Frankreich zusätzlich niederlassen. *In causa* verweigerte die Pariser Anwaltskammer einem Düsseldorfer Rechtsanwalt die Einrichtung einer Zweigstelle in der französischen Landeshauptstadt. Der EuGH erblickte in diesem Verbot eine indirekte Diskriminierung, die gegen Europarecht verstößt. Freilich griff der EuGH solcherlei Bestimmungen im nationalen Kontext nicht an. Er urteilte lediglich, dass innerhalb des Regelungsbereichs der Gründungsverträge derartige Vorschriften keine Anwendung finden dürften. <sup>92</sup>

#### *v. Heutige Bedeutung der Entscheidungen*

Die Rechtsprechung zur Anerkennung von juristischen Abschlüssen aus anderen Mitgliedstaaten für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft hat bereits seit der Diplomanerkennungsrichtlinie (89/48/EWG), spätestens aber seit Erlass der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie (98/5/EG) <sup>93</sup>, keine große praktische Bedeutung mehr. <sup>94</sup> Der direkten Anwendung der Grundfreiheiten kommt also in erster Linie nur noch eine Auffangfunktion zu, wenn die Richtlinien einmal hinter den Rechten, die bereits

<sup>88</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 17.

<sup>89</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 18.

<sup>90</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 19.

<sup>91</sup> EuGH 107/83 (*Klopp*).

<sup>92</sup> Ausführlich zu *Klopp* vgl. z.B. Everling, Ulrich, „Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft“, *Europarecht (EuR)* 1989, 338 (346-347).

<sup>93</sup> Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.

<sup>94</sup> Zum Verhältnis zwischen primärrechtlichen Ansprüchen und dem Sekundärrecht sowie Fällen, in denen die primärrechtlichen Ansprüche nach wie vor von Bedeutung sind, vgl. noch B.I.3.c.

primärrechtlich garantiert werden, zurückbleiben, oder die Richtlinie sachlich bzw. personal im Gegensatz zu den Grundfreiheiten keine Anwendung findet. Auch wenn das Sekundärrecht national nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde, ist es nicht notwendig, auf die vertraglich gesicherten Grundfreiheiten zurückzugreifen, da sich der Einzelne bei fehlender oder unzureichender Umsetzung von Richtlinienrecht nach Ablauf der Umsetzungsfrist gegenüber dem Staat auch auf dieses unmittelbar berufen kann, sofern die jeweilige Richtlinie „klare, vollständige, genaue und unbedingte Verpflichtungen, die für eine Ermessensausübung keinen Raum lassen“<sup>95</sup>, für die Mitgliedstaaten aufstellt. Die Rechte, die die Richtlinie dem Unionsbürger einräumt, wirken insofern gegenüber dem Mitgliedstaat auch ohne Umsetzung (*vertikale Direktwirkung*).<sup>96</sup>

*b. Sekundärrechtliche Ausformungen der Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwälten*

Als zentrale Maßnahmen zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit ging die Kommission zunächst den Weg, einzelne sektorale Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von berufsbefähigenden Abschlüssen in jeweils einem Berufsfeld zu erlassen.<sup>97</sup> Eine solche sektorale Richtlinie für Rechtsanwälte wurde indes zu jener Zeit nicht verabschiedet. Mit der Diplomanerkennungsrichtlinie 89/48/EWG hatte der europäische Gesetzgeber diesen Weg jedoch verlassen und eine sektorübergreifende Regelung zur Anerkennung von Abschlüssen (Diplomen), die nach einem mindestens dreijährigen Hochschulstudium zur Zulassung zu einem reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat berechtigen, verabschiedet.<sup>98</sup> Damit wurde auch erstmals die Niederlassungsfreiheit des Anwaltsberufs sekundärrechtlich erfasst. Überraschenderweise hat die Kommission diesen Weg für Rechtsanwälte jedoch später wieder verlassen, indem sie eine gesonderte Niederlassungsrichtlinie (98/5/EG) für diesen Berufsstand auf den Weg brachte, die allerdings nicht an die Berufsbefähigung (also das entsprechende „Diplom“), sondern die Zulassung in einem anderen Mitgliedstaat anknüpft. Diese Richtlinie ist nun die wichtigste sekundärrechtliche Grundlage zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwälten und schafft im Vergleich zur Diplomanerkennungsrichtlinie zahlreiche Vereinfachungen, auch wenn der Anwendungsbereich, wie bereits erwähnt, enger gefasst ist. Die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie geht auf einen Entwurf des Rats der europäischen Anwaltschaften (Conseil des Barreaux de l'Union européenne, CCBE), ein übergreifendes Beratungsorgan und Interessenvertretung der nationalen Anwaltschaften, zurück<sup>99</sup> und blieb von Anfang an umstritten. Luxemburg hatte bis zuletzt sogar ihre

<sup>95</sup> Vgl. EuGH 271/82 (*Auer II*), Rn. 16.

<sup>96</sup> So bereits EuGH 148/78 (*Ratti*), Rn. 22/23, auch wenn hier weniger konkret nur verlangt wird, dass eine Verpflichtung, die eine Richtlinie einem Mitgliedstaat auferlegt „unbedingt und hinreichend genau ist“ (Rn. 22). Zur Begründung wird dazu angeführt: „Daher kann ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, den Einzelnen nicht entgegenhalten, dass er – der Staat – die aus dieser Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat“ (Rn. 22/23).

<sup>97</sup> Eine Übersicht hierzu gibt z.B. Stumpf, Cordula, „Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR)* 2006, 99 (102-103).

<sup>98</sup> Zu dieser und den folgenden horizontalen Anerkennungsrichtlinien, die allerdings auf Anwälte keinen Einfluss hatten, vgl. z.B. Stumpf, Cordula, „Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR)* 2006, 99 (103-104).

<sup>99</sup> Zu dem Entwurf und der weiteren Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren vgl. z.B. Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 38-44; Wackie Eysten, Piet A., „The Legal Profession in Europe – officium nobile et mobile“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 1993, 721-725.

Primärrechtsmäßigkeit in Zweifel gezogen, scheiterte jedoch vor dem EuGH<sup>100</sup> mit einer Klage.<sup>101</sup>

Der nächste wichtige Schritt zur sekundärrechtlichen Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit im Allgemeinen war die Berufsanerkennungsrichtlinie (2005/36/EG). Diese ersetzte die Diplomanerknennungsrichtlinie sowie zwei weitere allgemeine Anerkennungsrichtlinien für Berufsbefähigungsnachweise unterhalb des Niveaus eines mindestens dreijährigen Hochschulstudiums (Diploms)<sup>102</sup> sowie zwölf ältere sektorale Anerkennungsrichtlinien.<sup>103</sup> Die Niederlassungsrichtlinie für Anwälte blieb von der neuen Regelung jedoch unberührt. Die Frage der Anerkennung von Berufsqualifikationen von Rechtsanwälten zur sofortigen Niederlassung unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats soll jedoch (auch) von der Berufsanerkennungsrichtlinie erfasst werden.<sup>104</sup> Diese Regelungen sind vor allem dann von Bedeutung, wenn zwar die notwendigen Qualifikationen zur Niederlassung als Rechtsanwalt im Herkunftsmitgliedstaat erworben wurden, der Kandidat aber in diesem Staat nicht als Rechtsanwalt zugelassen ist.

#### *i. Diplomanerknennungsrichtlinie 89/48/EWG*

Die Diplomanerknennungsrichtlinie stellte Regelungen für die Anerkennung von Diplomen auf, die zur Zulassung zu einem reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat berechtigten. Hiermit wurde erstmalig auch die dauerhafte Niederlassung europäischer Rechtsanwälte sekundärrechtlich erfasst. Erste Voraussetzung für die Anerkennung eines Diploms nach der Diplomanerknennungsrichtlinie war, dass der Antragsteller alle Voraussetzungen erfüllte, die für die Aufnahme der beruflichen Tätigkeit im Heimatland festgelegt waren. Zudem wurde für die Anerkennung vorausgesetzt, dass der Kandidat ein mindestens dreijähriges Hochschulstudium absolviert hatte, was allerdings im Falle der Qualifikation für die Zulassung zur Anwaltschaft in allen Mitgliedstaaten ohne weiteres erfüllt wurde. Sodann hatte der Aufnahmemitgliedstaat im Falle der Anerkennung eines Abschlusses im juristischen Bereich verschiedene Möglichkeiten, weitere Voraussetzungen für die Anerkennung des Abschlusses festzulegen. Das nationale Recht durfte demnach für die

<sup>100</sup> EuGH C-168/98 (*Luxemburg*).

<sup>101</sup> Ausführlich dazu Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 33-35.

<sup>102</sup> Vgl. Richtlinie 92/51/EWG vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG und Richtlinie 1999/42/EG vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise.

<sup>103</sup> Siehe im Einzelnen Art. 62 der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu z.B. Dujmovits, Elisabeth, „Recht der freien Berufe“, in: Holoubek, Michael und Potacs, Michael (Hrsg.), *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts – Band I*, 2. Aufl. (Springer, Wien u.a., 2007), 397 (420-421). Erwägungsgrund 42 Richtlinie 2005/36/EG: „Diese Richtlinie berührt nicht die Anwendung der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte oder der Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde. Die Anerkennung der Berufsqualifikationen von Anwälten zum Zwecke der umgehenden Niederlassung unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmemitgliedstaats sollte von dieser Richtlinie abgedeckt werden.“

Niederlassung als nationaler Rechtsanwalt unter dem Titel des Aufnahmemitgliedstaats entweder einen Anpassungslehrgang<sup>105</sup> oder eine Eignungsprüfung fordern.<sup>106</sup>

Das Recht der Mitgliedstaaten einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung zu verlangen, wurde allerdings durch Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2001/19/EG<sup>107</sup> bereits wieder leicht beschränkt. Diese fügte in Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b Diplomanerkennungsrichtlinie folgende Regelung ein: „Beabsichtigt der Aufnahmemitgliedstaat, vom Antragsteller zu verlangen, dass er einen Anpassungslehrgang absolviert oder eine Eignungsprüfung ablegt, so muss er zuvor überprüfen, ob die vom Antragsteller während seiner Berufserfahrung erworbenen Kenntnisse [...] die Unterschiede in den Ausbildungen] ganz oder teilweise abdecken.“ Inhaltlich führte diese Regelung indes zu keiner Änderung, reicht die Pflicht zur Anerkennung von erworbenen Rechtskenntnissen nach der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung, doch bereits weiter.

Schon 1998 verlor die Diplomanerkennungsrichtlinie allerdings für den Beruf des Rechtsanwaltes ihre wesentliche Bedeutung, da mit der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG einfachere Regelungen für die Niederlassung von europäischen Rechtsanwälten geschaffen wurden, auch wenn der Anwendungsbereich der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie geringfügig enger ist. Zudem wurde die Diplomanerkennungsrichtlinie durch Art. 62 der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG mit Wirkung zum 20. Oktober 2007 aufgehoben. Durch die Integration der Diplomanerkennungsrichtlinie in der neuen Berufsanerkennungsrichtlinie hat sich allerdings für den Bereich der Anerkennung von rechtswissenschaftlichen Diplomen nichts Wesentliches geändert.

#### ii. Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG

Für die rechtsanwaltliche Niederlassungsfreiheit ist Richtlinie 2005/36/EG im Wesentlichen dann von Bedeutung, wenn der Kandidat vor seiner Niederlassung eine Gleichstellung seines Abschlusses erreichen will, um von Anfang an unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates aufzutreten. Voraussetzung für die Anerkennung eines EU-ausländischen Diploms ist nach Art. 13 der Berufsanerkennungsrichtlinie lediglich, dass der Kandidat in seinem Herkunftsland die Qualifikationen besitzt, um sich als Rechtsanwalt niederzulassen. Für einen deutschen Juristen, der sich im unionseuropäischen Ausland niederlassen will, bedeutet dies, dass er lediglich die

<sup>105</sup> Von dieser Möglichkeit hat allerdings für Rechtsanwälte nur Dänemark Gebrauch gemacht. Alle anderen Mitgliedstaaten verlangen von den Kandidaten eine Eingangsprüfung. Vgl. Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 31 Fn. 53.

<sup>106</sup> Vgl. zur Diplomanerkennungsrichtlinie und insbesondere zu ihrer Bedeutung für die Anerkennung von ausländischen Anwaltszulassungen ausführlich z.B. Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 34-38. Deckert, Martina R., ‚Rechtsanwälte im europäischen Binnenmarkt‘, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR)* 1997, 142 (146-147); Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 30 f.

<sup>107</sup> Richtlinie vom 14. Mai 2001 zur Änderung der Richtlinien 89/48/EWG und 92/51/EWG des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise und der Richtlinien 77/452/EWG, 77/453/EWG, 78/686/EWG, 78/687/EWG, 78/1026/EWG, 78/1027/EWG, 80/154/EWG, 80/155/EWG, 85/384/EWG, 85/432/EWG, 85/433/EWG und 93/16/EWG des Rates über die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, des Zahnarztes, des Tierarztes, der Hebamme, des Architekten, des Apothekers und des Arztes.

Befähigung zum Richteramt besitzen muss. Ob er aber tatsächlich als Rechtsanwalt zugelassen ist oder nicht, spielt für die Anerkennung seiner Qualifikation nach der Berufsanerkennungsrichtlinie keine Rolle. Nicht ausreichend ist hingegen, wenn der Kandidat nur die Zulassungsvoraussetzungen zur praktischen Juristen- oder Anwaltsausbildung besitzt.<sup>108</sup>

Abweichend von der Auffassung des BGH<sup>109</sup> ist in diesen Fällen aber die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG auch auf Rechtsanwälte anwendbar. Zwar ist richtig, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie das spezifische Sekundärrecht für Rechtsanwälte unberührt lässt, dennoch bleibt Raum für ihre Anwendung. Nach Art. 1 Abs. 3 der Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte (98/5/EG) hat diese nämlich andere Anwendungsvoraussetzungen als die Berufsanerkennungsrichtlinie:

*Diese Richtlinie gilt sowohl für selbständige als auch für abhängig beschäftigte Rechtsanwälte, die im Herkunftsstaat und vorbehaltlich des Artikels 8 im Aufnahmestaat eine Rechtsanwaltsstätigkeit ausüben.*

Die Richtlinie 98/5/EG behandelt demnach gar nicht die Anerkennung von Berufsqualifikationen, auf die allerdings Art. 2 Abs. 3 Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG ausschließlich abstellt. Voraussetzung der Anwendung von Richtlinie 98/5/EG ist vielmehr die Zulassung als Rechtsanwalt in einem anderen Mitgliedstaat der EU.<sup>110</sup> Nur wenn eine gesonderte Richtlinie erlassen wurde, die speziell die Anerkennung von Berufsqualifikationen regelt, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG ausgeschlossen. Dies ist hier allerdings nicht geschehen. Auch macht Erwägungsgrund 42 der Berufsanerkennungsrichtlinie, in dem ausdrücklich auf die Richtlinien 77/249/EWG und 98/4/EG Bezug genommen wurde, unzweifelhaft deutlich, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie auch auf Rechtsanwälte Anwendung finden kann, sofern die vorstehenden Richtlinien davon nicht berührt, d.h. abgeändert werden. Hier heißt es:

*[...] Diese Richtlinie **berührt nicht** die Anwendung der **Richtlinie 77/249/EWG** des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte oder der **Richtlinie 98/5/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde. Die **Anerkennung der Berufsqualifikationen von Anwälten** zum Zwecke der umgehenden Niederlassung unter der Berufsbezeichnung des Aufnahmemitgliedstaats **sollte von dieser Richtlinie abgedeckt werden.**<sup>111</sup>*

Der Senat für Anwaltssachen des BGH hat hier die Rechtslage in seinem Beschluss vom 16.3.2009<sup>112</sup> grob verkannt. Die Entscheidung ist damit evident europarechtswidrig und führt in Fällen, in denen eine Anwendung der Richtlinie zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, sodass dem Rechtssuchenden ein Schaden entstanden ist, zur Staatshaftung für gerichtliche Verstöße gegen Unionsrecht.<sup>113</sup> Der BGH-Beschluss ist umso erstaunlicher, als die Richter ausdrücklich auf den vorbezeichneten Erwägungsgrund Bezug nahmen, auf den letzten Satz desselben aber nicht eingingen.

<sup>108</sup> Vgl. EuGH C-313/01 (*Morgenbesser*) sowie EuGH C-345/08 (*Pešla*).

<sup>109</sup> BGH NJW 2009, 1822-1824.

<sup>110</sup> Ausführlich zu dieser Richtlinie im nächsten Abschnitt.

<sup>111</sup> Hervorhebungen der Verf.

<sup>112</sup> BGH NJW 2009, 1822-1824, Rn. 12.

<sup>113</sup> Zur Staatshaftung wegen judikativen Unrechts wegen offenkundiger Unionsrechtsverstöße vgl. EuGH C-224/01 (*Köbler*). Siehe hierzu auch Frenz, Walter, *Handbuch Europarecht: Wirkungen und Rechtsschutz* (Springer, Berlin u.a., 2010), Rn. 2099 ff.

Richtigerweise ist also davon auszugehen, dass die Berufsanerkenntnisrichtlinie, wenn auch nur für einen sehr engen Bereich, auch für die Zulassung von ausländischen Rechtsanwälten von Bedeutung sein kann. Nach wie vor steht es aber Mitgliedstaaten „bei Berufen, deren Ausübung eine genaue Kenntnis des einzelstaatlichen Rechts erfordert und bei denen Beratung und/oder Beistand in Bezug auf das einzelstaatliche Recht ein wesentlicher und beständiger Teil der Berufsausübung ist“, nach Art. 14 Abs. 3 Berufsanerkenntnisrichtlinie in diesem Rahmen frei, „entweder einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung“ vorzuschreiben. Weiterhin besteht, nunmehr nach Art. 14 Abs. 5 Berufsanerkenntnisrichtlinie, die Pflicht für den Aufnahmemitgliedstaat zu überprüfen, ob der Kandidat „im Rahmen seiner Berufspraxis“ bereits ausreichende Rechtskenntnisse im Recht des Aufnahmemitgliedstaats erworben hat und ggf. auf weitere Anpassungsmaßnahmen in Form eines Lehrgangs oder einer Prüfung zu verzichten. Da diese Voraussetzungen bereits aus der Diplomanerkenntnisrichtlinie in ähnlicher Form bekannt waren, hat sich auch an deren Umsetzung nicht viel geändert. Nach wie vor verlangen in der Praxis auch fast alle Mitgliedstaaten eine solche Eignungsprüfung.

Welche praktische Relevanz die Eignungsprüfung, die auch im Rahmen der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie (98/5/EG) abgelegt werden kann, allerdings in den einzelnen Mitgliedstaaten hat, ist sehr unterschiedlich. Zum einen variiert die Zahl derer, die eine Gleichstellung ihrer beruflichen Qualifikationen durch das Ablegen einer Eignungsprüfung anstreben, sehr stark, zum anderen ist aber auch die prozentuale Chance, diese Prüfung zu bestehen, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat uneinheitlich. Während man z.B. in Deutschland statistisch gesehen eine sehr gute Chance hat, die Prüfung erfolgreich abzulegen, liegt die Wahrscheinlichkeit hierfür in Frankreich oder England um ein Vielfaches niedriger.<sup>114</sup>

### *iii. Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG*

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwälten ist sekundärrechtlich *de lege lata* die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie 98/5/EG der mit Abstand bedeutsamste Rechtsakt. Dieser enthält zunächst Regelungen für die Niederlassung eines europäischen Rechtsanwaltes im Aufnahmemitgliedstaat ohne weitere Prüfungen oder Lehrgänge unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes. Außerdem sieht die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie drei verschiedene Wege vor, um eine sogenannte Vollintegration als Rechtsanwalt im Aufnahmemitgliedstaat zu erreichen. Nach der Vollintegration ist ein europäischer Rechtsanwalt auch berechtigt, die Berufsbezeichnung eines Rechtsanwaltes des Aufnahmemitgliedstaats zu führen.

#### aa) Anwendungsvoraussetzungen der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie

Anders als bei der Berufsanerkenntnisrichtlinie, die auf die Anerkennung von berufsqualifizierenden Diplomen abstellt, setzt die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie allerdings voraus, dass der Betroffene berechtigt ist, eine in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie aufgeführte Berufsbezeichnung zu führen – d.h. er muss in einem Mitgliedstaat der EU, der EWR oder der Schweiz nach den Voraussetzungen des dortigen nationalen Rechts als Rechtsanwalt zugelassen sein (europäischer Rechtsanwalt).

Das Recht auf Ausübung der Niederlassungsfreiheit ist damit unmittelbar mit der Berufsausübung als europäischer Rechtsanwalt im Herkunftsmitgliedstaat verbunden. Dementsprechend führt nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie der Entzug der Zulassung im

<sup>114</sup> Vgl. Hellwig, Hans-Jürgen, ‚Niederlassungsrichtlinie‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 1997, 556 (557).

Herkunftsmitgliedstaat auch automatisch zum Ende der Tätigkeitsberechtigung im Aufnahmemitgliedstaat, jedenfalls solange der europäische Rechtsanwalt im Aufnahmemitgliedstaat noch keine Vollintegration erreicht hat und damit noch nicht berechtigt ist, auch die Berufsbezeichnung für Rechtsanwälte im Aufnahmemitgliedstaat zu führen.

bb) Ausübung der Niederlassungsfreiheit unter Berufsbezeichnung des Herkunftslandes

Europäische Rechtsanwälte haben nach Art. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie grundsätzlich das Recht, alle anwaltlichen Tätigkeiten unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes auszuüben (Art. 4 der Richtlinie), die einem Rechtsanwalt im Aufnahmemitgliedstaat erlaubt sind. Sollte Rechtsanwälten im Aufnahmemitgliedstaat allerdings die Abfassung von „notariellen“ Urkunden<sup>115</sup> gestattet sein, so gilt dieses Recht nach Art. 5 Abs. 2 nicht für europäische Rechtsanwälte. Zudem kann der Aufnahmemitgliedstaat europäische Rechtsanwälte, die unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes auftreten,<sup>116</sup> bei Ausübung von Tätigkeiten, die mit der Vertretung von Mandanten vor Gerichten oder Behörden, bei denen Anwaltszwang besteht,<sup>117</sup> verbunden sind, verpflichten, dies im Einvernehmen mit einem dort zugelassenen Rechtsanwalt zu tun.

Bevor eine dauerhafte Niederlassung als Rechtsanwalt unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes im Aufnahmestaat zulässig ist, muss der europäische Rechtsanwalt die in Art. 3 der Niederlassungsrichtlinie für Anwälte kodifizierten Voraussetzungen erfüllen, d.h. ihn trifft die Pflicht, sich im Aufnahmestaat „bei der zuständigen Stelle dieses Mitgliedstaats eintragen zu lassen“. Durch diese Bestimmung wird nach der Rechtsprechung des EuGH eine „vollständige Harmonisierung der Voraussetzungen für die Ausübung des mit dieser Richtlinie verliehenen Rechts vorgenommen“<sup>118</sup>. Damit sind die materiellen Voraussetzungen für die Zulassung als europäischer Rechtsanwalt unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes im Aufnahmemitgliedstaat in der Anwaltsniederlassungsrichtlinie abschließend geregelt. Demzufolge dürfen die zuständigen Stellen im Aufnahmemitgliedstaat lediglich eine Bescheinigung über die Zulassung als Rechtsanwalt im Herkunftsmitgliedstaat und die Staatsangehörigkeit als Unionsbürger, oder Staatsbürger des EWR bzw. der Schweiz verlangen,<sup>119</sup> was nach Art. 3 Abs. 2 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie ausdrücklich gestattet ist. Weitere Zulassungsvoraussetzungen, wie zum Beispiel ein Sprachtest,<sup>120</sup> sind hingegen unionsrechtswidrig.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> Art. 5 Abs. 2 formuliert: „Mitgliedstaaten, die in ihrem Gebiet einer bestimmten Gruppe von Rechtsanwälten die Abfassung von Urkunden gestatten, mit denen das Recht auf Verwaltung des Vermögens verstorbener Personen verliehen oder Rechte an Grundstücken begründet oder übertragen werden und die in anderen Mitgliedstaaten anderen Berufen als dem des Rechtsanwalts vorbehalten sind, können den unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung tätigen Rechtsanwalt aus einem dieser anderen Mitgliedstaaten von diesen Tätigkeiten ausschließen.“

<sup>116</sup> Vergleichbare Regelungen gelten auch im Bereich der sekundärrechtlichen Regelungen zur Dienstleistungsfreiheit von Rechtsanwälten. Hierzu und zur Einschränkung dieser Pflicht durch den EuGH bereits B.I.2.b.i.

<sup>117</sup> So EuGH 427/85 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 13-15; EuGH C-294/89 (*Kommission/Frankreich*), Rn. 13-20).

<sup>118</sup> EuGH C-193/05 (*Kommission/Luxemburg*), Rn. 36.

<sup>119</sup> So auch EuGH C-193/05 (*Kommission/Luxemburg*), Rn. 37.

<sup>120</sup> Insgesamt hat der EuGH auch für andere Berufsgruppen und nur an den primärrechtlichen Grundfreiheiten orientiert eine Rechtsprechung entwickelt, die als eine Beschränkung der Möglichkeit Sprachtests zur Folge hat. Hierbei verlangt der EuGH stets, dass die Sprachvoraussetzungen, die als Einstellungs- Niederlassungs- oder



Nach Art. 6 und 7 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie muss der europäische Rechtsanwalt, der unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes tätig wird, sowohl die Berufs- und Standesregeln des Herkunfts-, als auch des Aufnahmemitgliedstaats beachten. Es ist wohl davon auszugehen, dass im Falle der Kollision (wie z.B. bei abweichenden Gebührenordnungen) die Rechtsprechung des EuGH für die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie<sup>122</sup> auch auf die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie übertragen werden kann, sodass wahrscheinlich das Recht des Aufnahmestaats in diesem Fall Vorrang genießt.

Weiterhin stellt Art. 8 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie klar, dass ein europäischer Rechtsanwalt, der unter Herkunftslandbezeichnung im Aufnahmemitgliedstaat tätig wird, auch abhängig beschäftigt sein darf, sofern und soweit dies nach den Regeln des Aufnahmemitgliedstaats für heimische Rechtsanwälte zulässig ist.

#### cc) Vollintegration eines europäischen Rechtsanwalts

Desweiteren haben europäische Rechtsanwälte nach Art. 10 der Richtlinie die Möglichkeit, eine Gleichstellung mit Rechtsanwälten des Aufnahmemitgliedstaats zu erreichen (Vollintegration). In diesem Fall haben europäische Rechtsanwälte nach Art. 10 Abs. 6 der Richtlinie das Recht, sowohl die Berufsbezeichnung für Rechtsanwälte des Herkunfts- als auch des Aufnahmemitgliedstaats zu führen. Hierfür sieht die Richtlinie drei Wege vor:<sup>123</sup>

Zunächst besteht die Möglichkeit, „eine mindestens dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit im Aufnahmestaat im Recht dieses Mitgliedstaats, einschließlich des Gemeinschaftsrechts“ „ohne Unterbrechungen“, wobei „Unterbrechungen aufgrund von Ereignissen des täglichen Lebens“ außer Acht zu lassen sind, nachzuweisen, was im Erfolgsfall automatisch zur Vollintegration führt (Art. 10 Abs. 1).

Ist dieser Nachweis nicht möglich, so bleibt noch immer die Möglichkeit, eine Gleichstellung der Diplome im Sinne der Berufsanerkennungsrichtlinie zu beantragen und in diesem Rahmen in der Regel eine Eingangsprüfung abzulegen und hierdurch die Vollintegration zu erreichen (Art. 10 Abs. 2). Letztlich ermöglicht es Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie unter besonderen Umständen auch, eine Gleichstellung mit Anwälten des Aufnahmemitgliedstaates zu erreichen, wenn der europäische Rechtsanwalt nur weniger als drei Jahre effektiv im Recht des Aufnahmemitgliedstaates gearbeitet hat. Hierbei wird im Sinne der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung<sup>124</sup> eine Gesamtbeschau der Fähigkeiten und Kenntnisse des Kandidaten vorgenommen. Allerdings setzt auch diese Vorschrift voraus, dass der Rechtsanwalt mindestens drei Jahre im Aufnahmemitgliedstaat juristisch tätig war,

---

Dienstleistungserbringsvoraussetzungen aufgestellt werden, im Sinne der *Gebhard*-Kriterien gerechtfertigt sind. Vgl. ausführlich dazu z.B. Schneider, Hildegard und Claessens, Sjoerd, *The Recognition of Diplomas and the Free Movement of Professionals in the European Union: Fifty Years of Experiences*, Working Paper zur IALS Konferenz ‚Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems‘ in Montreal, Canada May 30, 2008 (IALS, Montreal, 2008), unter 3. Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/HildegardSchneider.pdf>.

<sup>121</sup> Vgl. EuGH C-193/05 (Kommission/Luxemburg), Rn. 40.

<sup>122</sup> Vgl. hierzu und zu dem Meinungsstreit, ob eine solche Kollisionsregelung im Allgemeinen tatsächlich besteht, bereits B.I.2.b.i.

<sup>123</sup> Ausführlich hierzu vgl. z.B. Ewig, Eugen, ‚Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für Rechtsanwälte in der EU und im EWR‘, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1999, 248 (251-253); Henssler, Martin, ‚Der lange Weg zur EU-Niederlassungsrichtlinie für die Anwaltschaft‘, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 1999, 689 (700-705); Sobotta, Christoph und Kleinschnittger, Christoph, ‚Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 1998 (647-649).

<sup>124</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

auch wenn es dann ausreicht, dass er nicht innerhalb der gesamten Zeit mit dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates gearbeitet hatte, sondern z.B. zeitweise nur Rechtsberatungsdienstleistungen zum ausländischen Recht erbracht hat. Damit bleibt auch diese Regelung deutlich hinter dem Urteil in der Rs. *Vlassopoulou* zurück. Zur Überprüfung der Befähigungen des europäischen Rechtsanwalts führt die zuständige Stelle des Mitgliedstaates ein Gespräch mit dem Kandidaten durch.

Nach erfolgreicher Vollintegration eines europäischen Rechtsanwalts treffen diesen alle Rechte und Pflichten eines inländischen Kollegen, es ist also bei seiner Dienstleistungserbringung nur noch auf das Berufs- und Standesrecht des Aufnahmemitgliedstaates abzustellen. Auch die Pflicht zur Einschaltung eines Einvernehmensanwalts bei Tätigkeiten vor Gerichten und Behörden mit Anwaltszwang entfällt.

#### 4. Verhältnis Primär- und Sekundärrecht

Zuletzt stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung, die sich ausschließlich auf das Primärrecht stützt, und hier insbesondere die Rs. *Vlassopoulou*<sup>125</sup>, auch nach der Verabschiedung der sekundärrechtlichen Konkretisierungen der Grundfreiheiten noch Gültigkeit besitzt. Der potentielle direkte Anwendungsbereich des Primärrechts ist indes denkbar klein. Da die Qualifikationen von in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwälten zu Zwecken der Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat – zumindest unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsmitgliedstaates – auf Grund von Sekundärrecht automatisch in jedem Fall anerkannt werden, ergibt sich in derart gelagerten Situationen fast nie die Notwendigkeit, auf die Grundsätze des *Vlassopoulou*-Urteils Bezug zu nehmen. Anders sieht es jedoch aus, wenn ein Kandidat nur alle Qualifikationen besitzt, die ihn zur Zulassung als Rechtsanwalt in einem Mitgliedstaat berechtigen, er aber bislang in keinem Mitgliedstaat der Union eine Zulassung beantragt hat. In diesen Fällen kann sich der Kandidat im Bereich des Sekundärrechts ausschließlich auf die Berufsanerkennungsrichtlinie berufen. Für die Gleichstellung eines juristischen Abschlusses sieht die Berufsanerkennungsrichtlinie wie erwähnt jedoch grundsätzlich die Möglichkeit vor, dass der Aufnahmemitgliedstaat stets eine Eignungsprüfung vor der Anerkennung verlangen kann – wovon auch fast alle Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht haben.<sup>126</sup> Nach Art. 14 Abs. 5 Berufsanerkennungsrichtlinie ist diese Möglichkeit den Mitgliedstaaten lediglich verwehrt, wenn der Kandidat „im Rahmen seiner Berufspraxis“ bereits hinreichende Kenntnisse im Recht des Aufnahmemitgliedstaats erworben hat. Kann in solchen Fällen der vollqualifizierte, aber noch nirgends zugelassene europäische Rechtsanwalt nun Kenntnisse in der Rechtsordnung des Aufnahmemitgliedstaates nachweisen, die mit den Kenntnissen, die durch die Qualifikation im Herkunftsmitgliedstaat nachgewiesen werden sollen, vergleichbar sind, hat er diese aber auf andere Weise als durch Berufspraxis erworben – also z.B. im Rahmen einer wissenschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat oder durch ein weiterführendes

<sup>125</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

<sup>126</sup> Alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks, das einen Anpassungslehrgang vorsieht, verlangen von den als Rechtsanwalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat qualifizierten Kandidaten eine Eingangsprüfung zur Anerkennung der Diplome im Sinne der Berufsanerkennungsrichtlinie. Vgl. Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 31 Fn. 53.

Studium – so sind für diesen die Regelungen der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung vorteilhafter als das Sekundärrecht. In der Literatur ist strittig, ob dann die Grundfreiheiten unmittelbar weiterhin angewendet werden können, oder ob diese durch das Sekundärrecht erschöpfend präzisiert wurden, sodass nur noch das Richtlinienrecht anzuwenden ist.<sup>127</sup> Zugegebenermaßen ist der *in casu* relevante Anwendungsbereich denkbar klein, sodass er in der Praxis kaum erheblich werden dürfte und bislang in der EuGH-Rechtsprechung auch keine Rolle gespielt hat.

Der EuGH hat sich allerdings bereits in zwei Urteilen dazu geäußert, ob die *Vlassopoulou*-Rechtsprechung grundsätzlich auch nach der Verabschiedung von Sekundärrecht für die Anerkennung von Abschlüssen in dem jeweils in Rede stehenden Beruf weiterhin Bedeutung haben kann. Die Urteile bezogen sich jedoch nicht auf Rechtsanwälte, sondern auf die Niederlassungsfreiheit von Ärzten. Hier entschied der EuGH, dass durch das Sekundärrecht nur weiterreichende Freizügigkeitsrechte verliehen werden können, die bereits von den Grundfreiheiten unmittelbar garantierten Ansprüche jedoch nicht geschmälert werden.<sup>128</sup> *In concreto* ging es dabei allerdings nicht um die Möglichkeit einer Gleichwertigkeitsfeststellung auch ohne Eignungsprüfung, sondern um Konstellationen, in denen die Richtlinie keine Möglichkeit zur Gleichwertigkeitsanerkennung bot. Dies war beispielsweise in der Rs. *Hocsman*<sup>129</sup> der Fall, da ein Teil der formalen Ausbildung außerhalb der Union absolviert wurde.<sup>130</sup> *In casu* war also der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet, sodass ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten weiterhin statthaft war.

In diesem Zusammenhang könnte man nun die Frage stellen, ob nicht in Fällen, in denen eine Richtlinie tatsächlich einschlägig ist und eine Anerkennungsmöglichkeit eröffnet, doch von einer Konkretisierung der Grundfreiheiten ausgegangen werden kann, sodass eine Zulassung ohne Eignungsprüfung europarechtlich nicht mehr zwingend wäre. Hiermit würde auch dem Problem Rechnung getragen, dass eine einzelfallbezogene Prüfung der Rechtskenntnisse jedes unionseuropäischen Kandidaten einen hohen Aufwand darstellt. Zudem ist eine solche Prüfung weniger objektiv und damit letztlich auch weniger gerecht als eine für jeden Kandidaten gleichermaßen geltende Eignungsprüfung. Diese Position verkennt indes, dass das Primärrecht höherrangig als das Sekundärrecht ist. Auch hat der EuGH in der Rs. *Hocsman* die Pflicht zur weiteren Anwendung der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung ganz allgemein formuliert und nicht auf Fälle, in denen der Anwendungsbereich einer Richtlinie nicht eröffnet ist, beschränkt:

*Zwar ist dieser Grundsatz in Rechtssachen herangezogen worden, die Berufe betrafen, deren Ausübung seinerzeit nicht durch Harmonisierungs- oder Koordinierungsmaßnahmen geregelt war, doch kann ihm nicht dadurch ein Teil seiner rechtlichen Bedeutung genommen werden, dass Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung von Diplomen erlassen werden.*<sup>131</sup>

<sup>127</sup> Eine ausführliche Darstellung dieses Meinungsstreits findet sich bei Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 47-53 und 60-78 mit eigener Wertung und verschiedenen Lösungsansätzen. Vgl. auch z.B. Henssler, Martin, 'Der lange Weg zur EU-Niederlassungsrichtlinie für die Anwaltschaft', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 1999, 689 (705).

<sup>128</sup> Vgl. EuGH C-238/98 (*Hocsman*), Rn. 23 und 31 sowie EuGH C-232/99 (*Kommission/Spanien*), Rn. 21 ff.

<sup>129</sup> EuGH C-238/98 (*Hocsman*).

<sup>130</sup> Vergleichbare Situationen sind auch bei Juristen vorstellbar, wenn z.B. eine englische Qualifikation auf einem Studium, das überwiegend in den USA absolviert wurde, basiert.

<sup>131</sup> EuGH C-238/98 (*Hocsman*), Rn. 31.

Zwar hat der EuGH in jüngerer Rechtsprechung angedeutet, dass europäisches Primärrecht, zumindest soweit es sich um Prinzipien des Unionsrechts<sup>132</sup> handelt, durch Sekundärrecht konkretisiert werden kann, sodass in diesen Fällen das Sekundärrecht Einfluss auf den Inhalt des Primärrechts nimmt,<sup>133</sup> dies ist allerdings kein allgemeiner Grundsatz und scheint keine Anwendung zu finden, wenn Grundfreiheiten durch die ausschließliche Anwendung von Sekundärrecht beschränkt würden. Zwar ist auch aus demokratietheoretischer Perspektive bedauerlich,<sup>134</sup> dass Urteile, die so konkrete Handlungsanweisungen wie die Rs. *Vlassopoulou* vorschreiben, durch politische Akteure quasi unveränderlich sind, da lediglich der europäische Primärrechtsgesetzgeber ihren Inhalt revidieren könnte, dies entspricht aber der derzeitigen Rechtslage.

Dementsprechend besteht neben den sekundärrechtlichen Möglichkeiten zur Ausübung der Niederlassungsfreiheit auch weiterhin Anspruch auf eine einzelfallbezogene Gleichwertigkeitsprüfung in Fällen, in denen ein Kandidat in einem Mitgliedstaat vollständig als Rechtsanwalt qualifiziert ist, in diesem Mitgliedstaat allerdings keine Zulassung zur Anwaltschaft besitzt und mit seinen Qualifikationen nun Zulassung zur Anwaltschaft in einem anderen Mitgliedstaat begehrt. Auch könnte ein Anspruch auf unmittelbare Berechtigung zur Führung der Berufsbezeichnung für Rechtsanwälte im Aufnahmemitgliedstaat bestehen, wenn ein europäischer Rechtsanwalt die Voraussetzungen der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung erfüllt, jedoch nach den Voraussetzungen der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie noch keine Vollintegration erreicht hat.

#### 5. Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die Dienstleistungsfreiheit mit den oben skizzierten Regelungen weiterreichend ist als die Niederlassungsfreiheit und dass die Beschränkung der durch sie verliehenen Rechte einer weiterreichenden Rechtfertigung bedarf, als dies bei der Niederlassungsfreiheit der Fall ist. Deshalb wird eine genaue Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten notwendig, zumal eine parallele Anwendung nicht in Frage kommt, weil die Niederlassungsfreiheit gegenüber der Dienstleistungsfreiheit auf Grund der Gesetzessystematik einen grundsätzlichen Vorrang genießt.<sup>135</sup> Auch in den

<sup>132</sup> In casu ging es um das Prinzip des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters.

<sup>133</sup> Vgl. EuGH C-555/07 (*Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*), Rn. 51. Hier ist die Rede von dem „Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78“ das in seiner konkretisierten Form zur Unanwendbarkeit von nationalem Recht zwischen Privaten führt und damit über den Umweg der Konkretisierung des Primärrechts eine Richtlinie Direktwirkung zwischen Privaten verleiht. Dogmatisch überzeugt dieses Urteil – und insbesondere die in *Mangold* (C-144/04) bereits begonnene Entwicklung des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters – jedoch überhaupt nicht.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu Wagner, Jana, *Demokratische Legitimation von Richterrecht am Beispiel des EuGH* (Grin, München, 2010), insbesondere 15 ff. Knapp dazu auch bereits Pinkel, Tobias, ‚Krzysztof Peśla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (97 f.). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

<sup>135</sup> Vgl. z.B. Deckert, Martina R., ‚EG-Binnenmarkt für rechtsberatende Berufe‘, *Internationales Steuerrecht (ISTR)* 1998, 121 (122); Eichele, Wolfgang, *Auswirkungen des Europarechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts auf das deutsche Anwaltsberufsrecht* (Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2005), 26. Anders jedoch z.B. Frenz, Walter, ‚Grundfragen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im neuen Gewand‘, *Das Gewerbearchiv (GewArch)* 2007, 98-108 unter I.3.b); derselbe, *Handbuch Europarecht – Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, 1. Aufl. (Springer, Berlin u.a., 2004), Rn. 1856-1857, der von einer kumulativen Anwendungsmöglichkeit der beiden Grundfreiheiten ausgeht. Diese leitet er aus dem *in dubio pro libertate*-

Erwägungsgründen der Richtlinien zur sekundärrechtlichen Ausformung der Grundfreiheiten für Rechtsanwälte wird regelmäßig eine genaue Abgrenzung zwischen Dienst- und Niederlassungsfreiheit angemahnt.<sup>136</sup>

Der EuGH hat mehrfach Kriterien für die Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten aufgestellt und diese in der Rs. *Gebhard*<sup>137</sup> konkretisiert und zusammengefasst. Auch sekundärrechtlich finden sich die in der Rechtsprechung verankerten Abgrenzungskriterien der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wieder. Beispiele dafür liefern Erwägungsgrund 77<sup>138</sup> der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG und – wenn auch etwas knapper gefasst – Art. 5 Abs. 2 Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG.<sup>139</sup>

Zur Abgrenzung zwischen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ist prinzipiell auf den vorübergehenden Charakter der Dienstleistungserbringung abzustellen. Ist dieser gegeben, wird nicht von einer Niederlassung im Bestimmungsland ausgegangen, sondern findet nur die Dienstleistungsfreiheit Anwendung. Um zu ermitteln, ob der vorübergehende Charakter gegeben ist, muss eine Prüfung des Einzelfalls vorgenommen werden. Dabei sind insbesondere Dauer, Häufigkeit, Regelmäßigkeit der Wiederkehr und Kontinuität der Dienstleistungserbringung zu berücksichtigen. Gleichzeitig kann auch eine Rolle spielen, ob der Dienstleistungserbringer im Bestimmungsland eine feste Einrichtung unterhält. Der EuGH hat jedoch klargestellt, dass auch die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit „nicht die Möglichkeit für den Dienstleistungserbringer im Sinne des Vertrages“ ausschließt „sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist.“<sup>140</sup> Dadurch wird der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit relativ weit gefasst.<sup>141</sup>

---

Grundsatz der unionsrechtlichen Grundfreiheit her – hier ist bereits fraglich, ob ein solcher wirklich existiert. Zudem ist er der Auffassung, dass die Formulierung „[u]nbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit“ in Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EGV) für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit nicht notwendigerweise einen Vorrang der Niederlassungsfreiheit postuliere, sondern lediglich bedeute, dass die Niederlassungsfreiheit immer Anwendung fände sofern ihr Geltungsbereich eröffnet sei, auch wenn der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gleichzeitig eröffnet sein sollte. Letztlich kann aber die Frage des Vorrangs dahin gestellt bleiben, wenn eine genaue Abgrenzung der beiden vertraglichen Grundfreiheiten nach der Rechtsprechung des EuGH und den sekundärrechtlichen Vorschriften möglich ist.

<sup>136</sup> Vgl. z.B. Erwägungsgrund 77 Richtlinie 2006/123/EG oder Erwägungsgrund 5 Richtlinie 2005/35/EG.

<sup>137</sup> EuGH C-55/94 (*Gebhard*), Rn. 27: „Wie der Generalanwalt hervorgehoben hat, ist der **vorübergehende Charakter** der fraglichen Tätigkeiten nicht nur unter Berücksichtigung der **Dauer der Leistung**, sondern auch ihrer **Häufigkeit, regelmässigen (sic!) Wiederkehr** oder **Kontinuität** zu beurteilen. [...]“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>138</sup> „[...] Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs sollte der **vorübergehende Charakter** der betreffenden Tätigkeiten nicht nur unter Berücksichtigung der **Dauer** der Erbringung der Leistung, sondern auch ihrer **Häufigkeit**, ihrer **regelmäßigen Wiederkehr** oder ihrer Kontinuität beurteilt werden.“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>139</sup> „[...] Der vorübergehende und gelegentliche Charakter der Erbringung von Dienstleistungen wird im Einzelfall beurteilt, **insbesondere anhand der Dauer, der Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr und der Kontinuität** der Dienstleistung.“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>140</sup> EuGH C-55/94 (*Gebhard*), Rn. 27. Fast wortgleich auch Erwägungsgrund 77 Richtlinie 2006/123/EG.

<sup>141</sup> Ausführlich zu der Abgrenzung vgl. z.B. Frenz, Walter, „Grundfragen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im neuen Gewande“, *Das Gewerbearchiv (GewArch)* 2007, 98-108 unter I.

## II. Umsetzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte im deutschen Recht

Die freie Erbringung von Rechtsberatungsdienstleistungen durch unionseuropäische Rechtsanwälte sowie durch Rechtsanwälte aus EWR-Staaten und der Schweiz in Deutschland sowie deren Niederlassung ist seit dem 14. März 2000 einheitlich durch das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)<sup>142</sup> geregelt. Das Gesetz setzt nicht nur die Richtlinie 98/5/EG um, sondern fasst auch frühere Umsetzungsgesetze älterer Richtlinien zusammen.<sup>143</sup> Bedeutende Umsetzungsmängel der oben dargestellten sekundärrechtlichen Vorgaben sind – soweit – nicht ersichtlich, sodass es in Deutschland in der Regel ausreicht, die nationalen Vorschriften des EuRAG zur Anwendung zu bringen;<sup>144</sup> selbstverständlich sind diese stets richtlinienkonform und im Lichte des Primärrechts auszulegen. Im nationalen Recht nicht vollständig geregelt sind jedoch die Fälle, in denen die *Vlassopoulou*-Rechtsprechung noch von Relevanz ist. Hier ist unmittelbar auf das Unionsprimärrecht zurückzugreifen. Allerdings ist vorstellbar, die Regelungen zur Umsetzung von Art. 14 Abs. 5 Berufsanerkennungsrichtlinie entsprechend primärrechtskonform auszulegen oder in Analogie anzuwenden, sodass verfahrensrechtlich hinreichende Klarheit besteht, damit die Anwendung der europäischen Grundfreiheiten nicht ins Leere läuft.

### 1. Struktur des Umsetzungsgesetzes

Das EuRAG ist in acht Teile aufgeteilt. Die wesentlichen materiellen Regelungen finden sich dabei in den Teilen 2-5 EuRAG. Teil 1 EuRAG beschäftigt sich lediglich mit dem persönlichen Anwendungsbereich, die Teile 6-8 EuRAG enthalten ausschließlich Schlussbestimmungen im weiteren Sinne.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000 (BGBl. I S. 182, 1349), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2449) geändert worden ist.

<sup>143</sup> Zu den früheren Umsetzungsgesetzen, insbesondere dem Gesetz über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (RAEigG) vom 6. Juli 1990 BGBl. I S. 1349 zur Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie vgl. z.B. Feuerich, Wilhelm, ‚Die Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie durch das Eignungsprüfungsgesetz für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1991, 1144-1151; Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 80-38 und dem Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte vom 16. August 1980 (BGBl. I S. 1453) – Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RADG) vgl. z.B. Mümmeler, Alfred, ‚Gesetz zur Durchführung der Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte‘, *Das Juristische Büro (JurBüro)* 1981, 1295-1300; Kunz, Christian, *Die Europäisierung des Berufsrechts der Rechtsanwälte – Rechtsfragen der Zulassung von EG-Anwälten bei grenzüberschreitender Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 85-86. Insgesamt dazu auch z.B. Rabe, Hans-Jürgen, ‚Internationales Anwaltsrecht – Dienstleistung und Niederlassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1987, 2185-2193.

<sup>144</sup> Vgl. hierzu ausführlich z.B. Gröger, Johannes, *Zugangswege zum deutschen Rechtsberatungsmarkt für EG-Staatsangehörige – Eine Untersuchung zur fortschreitenden Liberalisierung grenzüberschreitender anwaltlicher Berufsausübung* (Nomos, Baden-Baden, 2007), 20 f.

<sup>145</sup> Hierbei handelt es sich u.a. um Fragen des Rechtswegs sowie allgemeine Verwaltungsvorschriften die für Durchführung der Bestimmungen des Gesetzes (Titel 6), die Möglichkeit Befugnisse der Länder auf die Kammern zu übertragen und die Ermächtigung des Bundesministeriums für Justiz zur Anpassung des Anwendungsbereichs für ausländische Anwälte neuer EU-Mitgliedstaaten oder geänderte Berufsbezeichnungen und zur Konkretisierung des Prüfungsverfahrens der Eignungsprüfung durch Rechtsverordnungen (Titel 7) sowie um Übergangs und Schlussbestimmung im engeren Sinne (Titel 8).

Die Teile 2-4 EuRAG dienen der Umsetzung der Bestimmungen der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie, Teil 5 EuRAG setzt die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie um. Teil 4 EuRAG, der die Eignungsprüfung für ausländische Rechtsanwälte regelt, wird zugleich auch zur Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie benötigt.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie

Nach § 1 EuRAG regelt das Gesetz die Berufsausübung und Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von „europäischen Rechtsanwälten“. Unter dem Begriff „europäischer Rechtsanwalt“, der lediglich zur Vereinfachung der Gesetzessprache dient und deshalb gemäß § 5 Abs. 2 EuRAG nicht als Berufsbezeichnung oder zu Werbezwecken geführt werden darf, werden alle Rechtsanwälte zusammengefasst, die berechtigt sind, eine in einer Anlage zum Gesetz aufgeführten Berufsbezeichnung in einem dort ausgewiesenen Mitgliedstaat zu führen, und die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR besitzen bzw. Schweizer sind. Die Liste der Berufsbezeichnungen entspricht dabei den entsprechenden Richtlinien und kann per Verordnung des Bundesministeriums der Justiz gemäß § 40 Abs. 1 EuRAG jederzeit einfach aktualisiert werden. Auf Grund der Klarheit der europarechtlichen Vorgaben kann sich auch stets ein deutscher Staatsbürger, der europäischer Rechtsanwalt im Sinne des § 1 EuRAG ist, auf dieses Gesetz berufen und das selbst dann, wenn er die Erste juristische Prüfung oder die Zweite Staatsprüfung endgültig nicht bestanden hat. Es ist unionsrechtswidrig und damit unzulässig, in einer solchen Situation von einer rechtsmissbräuchlichen Anwendung der europäischen Grundfreiheiten auszugehen.<sup>146</sup>

Diese Bestimmung zum Anwendungsbereich des EuRAG, die tatsächlich durch die Schaffung des Begriffs des europäischen Rechtsanwalts die Gesetzessprache vereinfacht, ist indes missverständlich. Zwar ist richtig, dass sich die Rechtsanwaltsniederlassungs- und Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie nur auf europäische Rechtsanwälte im Sinne des § 1 EuRAG beziehen, allerdings ist der Anwendungsbereich der Berufsanerkennungsrichtlinie weiter gefasst. Entsprechend hat auch Teil 4 EuRAG, der die Eignungsprüfung für europäische Rechtsanwälte regelt und damit nicht nur die zweite Möglichkeit der „Eingliederung“ eines europäischen Rechtsanwalts gemäß Art. 10 Abs. 2 Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie, sondern auch Art. 13 Berufsanerkennungsrichtlinie umsetzt, einen weiteren Anwendungsbereich als denjenigen, den das Gesetz eigentlich gemäß § 1 EuRAG für sich selbst vorsieht. So wird in Teil 4 EuRAG nicht auf europäische Rechtsanwälte abgestellt, sondern auf Personen, die eine Qualifikation erworben haben, die ihnen unmittelbar den Zugang zum Beruf eines europäischen Rechtsanwalts eröffnet. Für die Teile 2-3 sowie 5 EuRAG gilt allerdings tatsächlich der in § 1 EuRAG geregelte persönliche Anwendungsbereich.

Die derzeit noch geltende Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des EuRAG auf Staatsbürger der EU, des EWR oder der Schweiz wird von der Bundesregierung allerdings als „nicht mehr sachgerecht“<sup>147</sup> angesehen, wenn ein Drittstaatsangehöriger über dieselben Qualifikationen wie ein Unionsbürger verfügt.

<sup>146</sup> Ausführlich hierzu auch Franz, Kurt, „Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte“, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (990).

<sup>147</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260 vom 22.06.2011, 41.

Deshalb wird durch Art. 9 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011<sup>148</sup> die persönliche Anwendbarkeit des EuRAG auf „natürliche Personen, die berechtigt sind, als Rechtsanwalt unter einer der in der Anlage zu dieser Vorschrift genannten Berufsbezeichnungen selbständig tätig zu sein (europäische Rechtsanwälte)“ zum 1. April 2012 erweitert. Diese Änderungen sollen indes nur die bestehenden Regelungen der Anerkennung auf Staatsangehörige von Drittstaaten erweitern. Eine Vereinfachung der Anerkennungsverfahren darüber hinaus findet auf Grund der Besonderheiten juristischer Berufe nicht statt. Insbesondere können auch zukünftig juristische Abschlüsse aus Drittstaaten – wie beispielsweise den USA – nicht anerkannt werden.<sup>149</sup> Dennoch stellt diese Änderung eine erhebliche Erweiterung der Freizügigkeitsrechte gegenüber den unionsrechtlichen Ansprüchen dar.

### 3. Berufsausübung unter herkunftsstaatlicher Berufsbezeichnung<sup>150</sup>

Als erstes wird in Teil 2 EuRAG die Niederlassung eines europäischen Rechtsanwalts unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsmitgliedstaats (§ 5 EuRAG), d.h. des Landes, in dem der europäische Rechtsanwalt qualifiziert und bereits zugelassen ist, geregelt. Dafür wird lediglich vorausgesetzt, dass der europäische Rechtsanwalt auf Antrag in die für den Ort seiner Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer aufgenommen wurde (§ 2 Abs. 1 EuRAG). Dies setzt wiederum voraus, dass der Antragsteller bei der zuständigen Stelle des Herkunftsmitgliedstaates als Rechtsanwalt eingetragen ist (§ 2 Abs. 2 EuRAG).

Der Antrag auf Aufnahme ist gemäß § 3 Abs. 1 EuRAG an die Rechtsanwaltskammer zu richten und mit den Nachweisen zu versehen, dass der Antragsteller die Voraussetzungen des persönlichen Anwendungsbereichs der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie erfüllt, also eine entsprechende Staatsangehörigkeit besitzt und europäischer Rechtsanwalt ist (§ 3 Abs. 2 EuRAG). Auf den Nachweis der Staatsangehörigkeit kann ab dem 1. April 2012 verzichtet werden.<sup>151</sup> Ab diesem Zeitpunkt wird entsprechend nur noch – insoweit inhaltlich unverändert – ein Nachweis über die Zulassung als europäischer Anwalt verlangt. Da der in Deutschland tätige europäische Rechtsanwalt auch die berufsrechtlichen Bestimmungen der Bundesrepublik zu erfüllen hat, erfolgt die Entscheidung über den Antrag sowie über einen möglichen Widerruf durch analoge Anwendung der relevanten Bestimmungen<sup>152</sup> der BRAO (§ 4 Abs. 1 EuRAG). Damit finden auch die

<sup>148</sup> BGBl. I S. 2515.

<sup>149</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260 vom 22.06.2011, 40 f. und 58.

<sup>150</sup> Ausführlich dazu Franz, Kurt, ‚Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (990 ff.); Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 16 ff. Auf Verweise im Einzelnen wird z.T. aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

<sup>151</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260 vom 22.06.2011, 58.

<sup>152</sup> Also des zweiten Teils der Bundesrechtsanwaltsordnung (Die Zulassung des Rechtsanwalts) mit Ausnahme der Regelungen in § 4, der die Befähigung zum Richteramt als Zulassungsvoraussetzung zur Anwaltschaft vorschreibt, § 5, der die bundesweite Freizügigkeit von Rechtsanwälten regelt, § 6 Abs. 1, über das Verfahren zur Zulassung zur Anwaltschaft auf Antrag und § 12 Abs. 4, der zugelassenen Rechtsanwälten das Recht zubilligt, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ oder „Rechtsanwältin“ zu führen und die entsprechend auf nicht vollintegrierte europäische Rechtsanwälte nicht angewendet werden könne.



Versagungsgründe für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft für Inhaber der Befähigung zum Richteramt nach § 7 BRAO auf europäische Rechtsanwälte Anwendung. Des Weiteren erfolgt ein Widerruf gemäß § 4 Abs. 2 EuRAG, wenn die Berechtigung zur Führung der Berufsbezeichnung im Herkunftsmitgliedstaat nicht mehr besteht.

Die beruflichen Rechte und Pflichten eines europäischen nicht eingegliederten Rechtsanwalts sind in den §§ 5-8 geregelt, die im Wesentlichen auf die BRAO verweisen und deren entsprechende Anwendung verfügen. Gesonderte Bestimmungen regeln die zu führende Berufsbezeichnung des Herkunftsmitgliedstaates (§ 5 EuRAG), eine jährliche Nachweispflicht gegenüber der Rechtsanwaltskammer über die Zulassung im Herkunftsmitgliedstaat (§ 6 Abs. 2 EuRAG), die unmittelbare Erstreckung der Zulassungsentziehung im Herkunftsmitgliedstaat auf die Tätigkeiten in Deutschland (§ 6 Abs. 4 EuRAG), besondere Regelungen über die Berufshaftpflichtversicherung (§ 7 EuRAG) und besondere Regelungen sowie Informationspflichten für europäische Rechtsanwälte, die im Herkunftsmitgliedstaat einer Sozietät angehören (§ 8 EuRAG).

Abschließend regeln die §§ 9 f. EuRAG Verfahren bezüglich möglicher berufsrechtlicher Maßnahmen und der Zusammenarbeit der zuständigen Stellen des Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaates in entsprechenden Fällen.

#### 4. Eingliederung ohne Eignungsprüfung<sup>153</sup>

Wie die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie sieht auch das EuRAG zwei Wege der Eingliederung ohne Eignungsprüfung vor. Zunächst regeln die §§ 11 f. EuRAG die Eingliederung nach dreijähriger Tätigkeit im deutschen Recht. Sodann wenden sich die §§ 13-15 EuRAG der Eingliederung nach dreijähriger Niederlassung in Deutschland ohne erfolgreichen Nachweis der Tätigkeit im deutschen Recht während der gesamten Zeit der Niederlassung zu. Für eingegliederte europäische Rechtsanwälte sind schließlich die §§ 6-36 BRAO maßgeblich.

##### a. Eingliederung nach dreijähriger Tätigkeit in Deutschland zum deutschen Recht

Die §§ 11 f. EuRAG setzten die Möglichkeit der Eingliederung nach Art. 10 Abs. 1 Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie um. Die Voraussetzungen der Richtlinie werden dabei zunächst überwiegend wortgleich übernommen.<sup>154</sup> Die Auslegung dieser Bestimmungen erfolgt damit stets autonom unter Berücksichtigung der relevanten EuGH-Rechtsprechung,<sup>155</sup> da die Auslegung des nationalen Rechts nicht die durch die Richtlinie garantierten Rechte beschränken, wohl aber ausdehnen darf. Eine für den europäischen Rechtsanwalt günstigere Auslegung im nationalen Recht ist entsprechend unionsrechtlich unproblematisch.

Zudem konkretisiert § 11 Abs. 2 EuRAG, was unter „Unterbrechungen aufgrund von Ereignissen des täglichen Lebens“ im Sinne von Art. 10 Abs. 1

<sup>153</sup> Ausführlich dazu Franz, Kurt, ‚Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (995 ff.); Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 36 ff. Auf Verweise im Einzelnen wird z.T. aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

<sup>154</sup> Zur Richtlinie bereits B.I.3.b.iii.cc).

<sup>155</sup> So bereits allgemein zur autonomen Auslegung des Unionsrechts EuGH Rs. 75-63 (*Frau M. K. H. Unger, Ehefrau des Herrn R. Hoekstra/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*).

Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie zu verstehen ist.<sup>156</sup> Hiernach sind Unterbrechungen, die nicht länger als drei Wochen dauern, in der Regel als auf Grund von Ereignissen des täglichen Lebens entstandene Unterbrechungen anzusehen. Bei längeren Unterbrechungen sind die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundes, der Dauer und der Häufigkeit der Unterbrechungen maßgeblich. Diese Konkretisierung ist nur insoweit anwendbar, als sie die durch die Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie verliehenen Rechte nicht beschränkt.<sup>157</sup>

Zudem erweitert § 11 Abs. 3 EuRAG die Möglichkeiten der Eingliederung eines europäischen Rechtsanwalts gegenüber den Ansprüchen aus der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie in Fällen, in denen er seine Tätigkeit aus anderen Gründen unterbrochen hat. Hiernach ist einem Eingliederungsantrag dennoch stattzugeben, wenn bei Außerachtlassung der Unterbrechungszeiten der europäische Rechtsanwalt insgesamt mindestens drei Jahre auf dem Gebiet des deutschen Rechts tätig war und die Unterbrechung „einer Beurteilung der Tätigkeit als effektiv und regelmäßig nicht entgegensteht“. Diese Regelung erscheint zweckgemäß. Wann eine Tätigkeit nicht mehr als effektiv und regelmäßig beurteilt werden kann, ist rein nach dem nationalen Methodenkanon für die Auslegung zu bestimmen, da es sich bei dieser Regelung um eine vom deutschen Gesetzgeber geschaffene Erleichterung der Eingliederung von europäischen Rechtsanwälten handelt, die ihren Ursprung nicht im Europarecht findet.

Letztlich konkretisiert § 12 EuRAG, welche „zweckdienlichen Informationen und Dokumente“<sup>158</sup> der europäische Rechtsanwalt zum Nachweis seiner Tätigkeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts der Rechtsanwaltskammer vorzulegen hat. So sind insbesondere „Falllisten vorzulegen, die regelmäßig folgende Angaben enthalten müssen: Aktenzeichen, Gegenstand, Zeitraum, Art und Umfang der Tätigkeit, Sachstand.“ (§ 12 Abs. 2 EuRAG). Dieses Erfordernis ist unionsrechtskonform, da es die Richtlinienvorgaben sinnvoll konkretisiert, aber nicht über sie hinausgeht.

#### b. Eingliederung nach sonstiger dreijähriger Tätigkeit in Deutschland

Bezüglich der Eingliederung eines europäischen Rechtsanwalts, der zwar drei Jahre in Deutschland tätig war, nicht aber innerhalb der gesamten Zeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts gearbeitet hat, übernimmt das EuRAG in den §§ 13-15 fast wörtlich die Regelungen des Art. 10 Abs. 3 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie.<sup>159</sup>

Die zuständige nationale Stelle sowohl für den Eingliederungsantrag (§ 13 EuRAG) als auch für das Eignungsgespräch (§ 15 EuRAG) ist die Rechtsanwaltskammer, in der der europäische Rechtsanwalt bereits nach § 2 EuRAG aufgenommen wurde. Für den Nachweis seiner Tätigkeiten als Rechtsanwalt im Bereich des deutschen Rechts – die nach den Gesetzgebungsmaterialien in der Regel zumindest 18 Monate gedauert haben

<sup>156</sup> Dies sollte der Verfahrensvereinfachung dienen. Vgl. Franz, Kurt, ‚Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (995). Siehe auch Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte, BT-Drs. 14/2269 vom 01.12.1999, 29 f.

<sup>157</sup> Ausführlich zu der europarechtlichen Auslegung auch Franz, Kurt, ‚Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (995).

<sup>158</sup> Art. 10 Abs. 1 Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie.

<sup>159</sup> So auch Franz, Kurt, ‚Neues Niederlassungsrecht für europäische Rechtsanwälte‘, *Betriebs-Berater (BB)* 2000, 989 (996 f.).

Zum Inhalt von Art. 10 Abs. 3 Anwaltsniederlassungsrichtlinie vgl. bereits B.I.3.b.iii.cc).

sollten –<sup>160</sup> gelten die Regelungen des § 12 EuRAG entsprechend. Der Gesetzgeberwille muss jedoch gegenüber einer unionsrechtskonformen Auslegung im Sinne der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung zurücktreten. So muss in Ausnahmefällen, z.B. wenn der europäische Rechtsanwalt im großen Umfang im akademischen Kontext das deutsche Recht bearbeitet hat, aber nur wenige Monate praktisch in diesem Bereich tätig war, eine Eingliederung auch möglich bleiben.

#### 5. Eignungsprüfung<sup>161</sup>

Die Eignungsprüfung für Rechtsanwälte, die in den §§ 16-24 EuRAG geregelt wird und durch die Rechtsanwaltsseignungsprüfungsverordnung (RAEigPrV) eine weitere Konkretisierung erfährt, dient gleichzeitig der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie für Rechtsanwälte und der Umsetzung von Art. 10 Abs. 2 der Rechtsanwaltsniederlassungsrichtlinie. Zunächst definiert § 16 Abs. 1 EuRAG die Voraussetzungen für die Zulassung zur Eignungsprüfung. Danach ist zulassungsberechtigt, wer die Voraussetzungen zur Zulassung als europäischer Rechtsanwalt in Sinne des § 1 EuRAG erfüllt und Staatsbürger eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR bzw. Schweizer ist. Wie auch nach der Berufsanerkennungsrichtlinie kommt es indes nicht darauf an, ob der Kandidat auch tatsächlich den Beruf des europäischen Rechtsanwalts in einem der entsprechenden Staaten ausübt. Ab dem 1. April 2012 ist ferner die Staatsangehörigkeit des Kandidaten gemäß Art. 9 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011<sup>162</sup> nicht mehr zu berücksichtigen, sodass auch Drittstaatsangehörige die Eignungsprüfung ablegen können.<sup>163</sup> Ab diesem Zeitpunkt kann also jede natürliche Person, die die entsprechenden Qualifikationen besitzt, an der Eignungsprüfung teilnehmen.

Eine Einschränkung gilt lediglich für diejenigen, die ihre Berufsausbildung zur europäischen Anwaltschaft überwiegend außerhalb der EU, des EWR oder der Schweiz absolviert haben. Zu denken ist insbesondere an die Fälle, in denen ein Kandidat nach einem überwiegend in den USA absolvierten Studium die Zulassung in England erhält. Dieser kann sich gemäß § 16 Abs. 2 nur zur Eignungsprüfung anmelden, wenn er eine „tatsächliche und regelmäßige“ Ausübung des Berufs des europäischen Anwalts für mindestens drei Jahre nachweist.

Um den Inhalt der Eignungsprüfung zu konkretisieren, die sich nur auf Inhalte beziehen darf, die zur Ausübung des Anwaltsberufs notwendig sind, regelt § 17 EuRAG den Zweck der Eignungsprüfung. Dieser wiederholt weitgehend wortgleich die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 1 Buchstabe h Berufsanerkennungsrichtlinie.

Konkret sind Prüfungsinhalte nach § 20 EuRAG das Zivilrecht, das rechtsanwaltliche Berufsrecht sowie zwei Wahlfächer aus den Fächern Handelsrecht, Arbeitsrecht, weitere

<sup>160</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte, BT-Drs. 14/2269 vom 01.12.1999, 30.

<sup>161</sup> Ausführlich zur Eignungsprüfung nach dem EuRAG vgl. Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 47 ff. Auf Verweise im Einzelnen wird z.T. aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

<sup>162</sup> BGBl. I S. 2515.

<sup>163</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260 vom 22.06.2011, 58.

Bereiche des Zivilrechts, Öffentliches Recht oder Strafrecht, wobei von den beiden letzteren ein Fach gewählt werden muss. Die Prüfungsinhalte werden durch § 6 RAEigPrV konkretisiert. Das Pflichtfach Zivilrecht umfasst gemäß § 6 Abs. 1 RAEigPrV ausschließlich den Allgemeinen Teil des BGB, das Schuld- und Sachenrecht einschließlich einschlägiger Nebengesetze und das dazugehörige Prozessrecht einschließlich von Grundzügen des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts. Das Wahlpflichtfach Zivilrecht umfasst gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 3 das Familien- und Erbrecht. Auch die Inhalte der anderen Wahlpflichtfächer werden weiter konkretisiert.

Der Antrag auf Zulassung, der an das Prüfungsamt zu richten ist, umfasst einen eigenhändig geschriebenen Lebenslauf, einen Nachweis der Qualifikation als europäischer Rechtsanwalt, den Nachweis, dass die Voraussetzungen nach § 16 Abs. 2 EuRAG erfüllt sind, den Nachweis der Staatsangehörigkeit, die Bestimmung der Wahlfächer, eine Versicherung, dass nicht gleichzeitig bei einem anderen Prüfungsamt eine Zulassung zur Eignungsprüfung beantragt wurde, und eine Erklärung über vergangene erfolglose Prüfungsversuche (§ 3 Abs. 2 RAEigPrV). Der Nachweis der Staatsangehörigkeit entfällt indes ab dem 1. April 2012 gemäß Art. 10 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011<sup>164</sup>, da ab diesem Zeitpunkt jede natürliche Person antragsberechtigt ist.

Die Eignungsprüfung zur Zulassung als Rechtsanwalt umfasst zwei schriftliche Aufsichtsarbeiten mit einer Bearbeitungszeit von jeweils fünf Stunden (§ 7 Abs. 1 RAEigPrV) und einen mündlichen Teil, der aus einem Kurzvortrag von zehn Minuten und einem Prüfungsgespräch von ca. fünfundvierzig Minuten besteht (§ 7 Abs. 2 RAEigPrV), wobei die gesamte Prüfung in deutscher Sprache abzulegen ist (§ 21 Abs. 1 EuRAG). Der schriftliche Prüfungsteil ist zunächst abzulegen und umfasst das Zivilrecht und eines der vom Prüfling gewählten Wahlfächer (§ 21 Abs. 2 EuRAG). Zum mündlichen Teil wird zugelassen, wer mindestens eine der schriftlichen Prüfungsleistungen bestanden hat. Dieser umfasst die übrigen Prüfungsfächer und, sofern eine schriftliche Aufsichtsarbeit nicht bestanden wurde, auch diese Inhalte (§ 21 Abs. 4 EuRAG).

Nach absolvierter Prüfung entscheidet die Prüfungskommission „auf Grund des Gesamteindrucks der in der schriftlichen und mündlichen Prüfung erbrachten Leistungen mit Mehrheit“, „ob der Antragsteller die für die Ausübung des Berufs eines Rechtsanwalts in der Bundesrepublik Deutschland erforderlichen Kenntnisse hat“ (§ 11 RAEigPrV).

Als Prüfungsamt fungiert das Prüfungsamt, das für die Zweite juristische Staatsprüfung zuständig ist, die Zuständigkeit kann aber gemäß § 13a RAEigPrV auf die Rechtsanwaltskammer übertragen werden; die Prüfungskommission besteht aus mindestens drei Prüfern, wobei die Aufsichtsarbeiten auch durch zwei Prüfer bewertet werden können, die nicht der Prüfungskommission angehören müssen. Die detaillierten Regelungen zum Prüfungsamt und zur Prüfungskommission sind in § 18 EuRAG i.V.m. §§ 1 f. und 8 ff. RAEigPrV enthalten.

Gemäß § 24 EuRAG i.V.m. § 12 RAEigPrV kann eine nicht bestandene Prüfung nur zwei Mal wiederholt werden. Dies soll sicherstellen, dass die Prüfungsämter nicht mit aussichtslosen Kandidaten unangemessen belastet werden.<sup>165</sup> Europarechtlich ist diese Regelung indes bedenklich. Zum einen regelt die Berufsanerkennungsrichtlinie nicht

<sup>164</sup> BGBl. I S. 2515.

<sup>165</sup> Vgl. Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 54 f.

ausdrücklich eine Möglichkeit, die Versuchszahl zu beschränken. Zum anderen muss es wohl im Sinne der *Vlassopoulou*<sup>166</sup>-Rechtsprechung stets noch möglich bleiben, eine Gleichstellung zu erlangen. Es würde nämlich dem Sinn dieser Rechtsprechung entgegenstehen, wenn der Nachweis über erlangte gleichwertige Rechtskenntnisse dann nur noch auf anderem Wege statthaft wäre. Außerdem ist diese Beschränkung unnötig. Eine besondere Belastung der Prüfungsämter steht nicht zu befürchten. Die meisten Kandidaten werden ohnehin als europäische Rechtsanwälte niedergelassen sein. Üben diese für drei Jahre ihren Beruf in Deutschland aus, erreichen sie bereits ohne Eignungsprüfung die Vollintegration. Dass ein Kandidat innerhalb dieser drei Jahre mehr als drei Mal an einer Prüfung erfolglos teilnimmt, wird sicherlich eine absolute Ausnahme bleiben. Letztlich regelt § 5 RAEigPrV in Umsetzung von Art. 14 Abs. 5 Berufsamerkennungsrichtlinie die Möglichkeit, auch ohne Eignungsprüfung eine Gleichstellung zu erwirken.

*<sup>1</sup>Das Prüfungsamt erlässt dem Antragsteller auf Antrag ganz oder teilweise Prüfungsleistungen, wenn er nachweist, dass er in seiner bisherigen Ausbildung oder durch anschließende Berufsausübung in einem Prüfungsgebiet die für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in Deutschland erforderlichen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Kenntnisse im deutschen Recht erworben hat. <sup>2</sup>Ausbildungsinhalte sind durch ein Prüfungszeugnis, Berufserfahrung ist entsprechend § 12 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland nachzuweisen.*

Diese Regelung kommt der *Vlassopoulou*<sup>167</sup>-Rechtsprechung insoweit näher, als sie neben der Berufspraxis, auf die ausschließlich in Art. 14 Abs. 5 Berufsamerkennungsrichtlinie abgestellt wird, auch die „bisherige Ausbildung“ berücksichtigt. Ob allerdings alle Kenntnisse, die insbesondere „im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Erfahrung erworben“<sup>168</sup> wurden, hinreichend berücksichtigt werden, bleibt offen. Zudem legt die bislang zu § 5 RAEigPrV ergangene Rechtsprechung den Verdacht nahe<sup>169</sup>, dass bei der Auslegung ausschließlich auf die Richtlinienkonformität abgestellt wird. Dass allerdings das Primärrecht nicht das Vorliegen eines Diploms im Sinne der Berufsamerkennungsrichtlinie, das überwiegend in der EU abgelegt wurde, voraussetzt, scheint keine hinreichende Berücksichtigung zu finden.

#### 6. Dienstleistungserbringung<sup>170</sup>

Mit den §§ 25-34a EuRAG wird die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie (77/249/EWG), die zuvor durch das Durchführungsgesetz zur Richtlinie aus dem Jahre 1980<sup>171</sup> umgesetzt wurde, einheitlich im EuRAG verankert. Die Bestimmungen finden gemäß § 25 Abs. 1 Anwendung auf europäische Rechtsanwälte, die Dienstleistungen im Sinne des Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EG) in Deutschland erbringen wollen und sich dabei auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EG) sowie die dazu erlassenen

<sup>166</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

<sup>167</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

<sup>168</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*), Rn. 20. Hervorhebungen der Verf.

<sup>169</sup> Vgl. AnwGH Naumberg, *NJW* 2006, 3725.

<sup>170</sup> Ausführlich zum dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt nach dem EuRAG vgl. Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 55 ff. Auf Verweise im Einzelnen wird z.T. aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

<sup>171</sup> BGBl. I, S. 1453.

sekundärrechtlichen Vereinfachungen berufen. Wegen der Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit finden sie keine Anwendung, wenn die Tätigkeit des europäischen Rechtsanwalts unter die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EG) fällt.<sup>172</sup> Ein europäischer Rechtsanwalt, der in diesem Sinne Dienstleistungen in Deutschland anbietet, wird als „dienstleistender europäischer Rechtsanwalt“ qualifiziert – eine Bezeichnung, die ausschließlich der Vereinfachung der Gesetzessprache dient und genau wie die Bezeichnung „europäischer Anwalt“ weder als Berufsbezeichnung noch zu Werbezwecken verwendet werden darf.<sup>173</sup>

Der persönliche Anwendungsbereich für den dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt wird durch den Anwendungsbereich des EuRAG gemäß § 1 EuRAG bestimmt, sodass die gleichen, oben bereits beschriebenen Regelungen wie für die Errichtung einer Niederlassung in Deutschland gelten; desgleichen ist auch hier ab dem 1. April 2012 nicht mehr auf die Staatsangehörigkeit, sondern nur noch auf die Qualifikation als Rechtsanwalt in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR bzw. der Schweiz abzustellen.<sup>174</sup>

Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt muss sich vor Erbringung seiner Dienstleistungen weder in ein Register eintragen noch irgendwelche Nachweise erbringen; die zuständige Rechtsanwaltskammer (§ 32 Abs. 4 EuRAG) kann aber verlangen, dass ein Nachweis vorgelegt wird, dass der dienstleistende europäische Rechtsanwalt berechtigt ist, seinen Rechtsanwaltsberuf im Herkunftsmitgliedstaat auszuüben. Regelungen über die Sprache des Nachweises sind, anders als im Rahmen der Niederlassungsfreiheit, im EuRAG nicht zu finden. Da Deutsch jedoch nach § 25 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) Verfahrenssprache vor deutschen Gerichten ist, empfiehlt es sich – auch vor dem Hintergrund einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung –, eine beglaubigte Übersetzung (mit) einzureichen.<sup>175</sup>

Die für die Aufsicht von dienstleistenden europäischen Rechtsanwälten zuständige Rechtsanwaltskammer bestimmt sich nach dem Herkunftsmitgliedstaat des Rechtsanwalts und ist unabhängig davon, wo dieser seine Dienstleistungen in Deutschland anbietet. So ist für niederländische dienstleistende europäische Rechtsanwälte beispielsweise bundeseinheitlich die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf und für englische die Hanseatische Rechtsanwaltskammer Hamburg zuständig (§ 32 Abs. 4 EuRAG).

Grundsätzlich gilt für die Dienstleistungserbringung das Prinzip der doppelten Standesregelungen. Danach muss neben dem Berufs- und Standesrecht des Herkunftsmitgliedstaates, das uneingeschränkt weiterhin Gültigkeit besitzt, auch das deutsche Berufsrecht berücksichtigt werden, „soweit dies nicht die Zugehörigkeit zu einer Rechtsanwaltskammer, sowie die Kanzlei“ betrifft (§ 26 Abs. 1 EuRAG). Handelt es sich bei der Dienstleistung indes nicht um eine Tätigkeit, die „im Zusammenhang mit der Vertretung oder Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden“ steht, so sind die beruflichen Rechte und Pflichten, die das deutsche Berufsrecht Rechtsanwälten auferlegt, insbesondere nur insoweit zu beachten, als dies erforderlich ist,

<sup>172</sup> Zu dieser Abgrenzung bereits unter B. I. 5.

<sup>173</sup> Vgl. Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 59 f.

<sup>174</sup> Vgl. Art. 9 Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011, BGBl. I S. 2515.

<sup>175</sup> Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 60.

„um eine ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeiten des Rechtsanwalts sowie die Wahrung des Ansehens und des Vertrauens zu gewährleisten, welche die Stellung eines Rechtsanwalts“ mit sich bringt (§ 27 Abs. 2 EuRAG).

Wegen des Grundsatzes der Berücksichtigung des doppelten Berufsrechts dürfen darüber hinaus dienstleistende europäische Rechtsanwälte in Deutschland nicht auftreten, die aus persönlichen Gründen nach § 70 StGB, § 132a StPO oder BRAO nicht als Anwälte tätig werden dürften (§ 25 Abs. 2 EuRAG).

Tritt ein dienstleistender europäischer Rechtsanwalt in einem Verfahren auf, in dem Anwaltszwang besteht, so ist dies nur unter Zuziehung eines Einvernehmensanwalts zulässig, der in dem fraglichen Verfahren vertretungsberechtigt wäre (§ 28 Abs. 1 EuRAG). Ein Nachweis des Einvernehmens ist bei Gericht oder der Behörde, bei der das Verfahren stattfindet, schriftlich einzureichen. Die Vertretungsberechtigung endet, wenn das Einvernehmen schriftlich widerrufen wird (§ 29 EuRAG). Der Einvernehmensanwalt fungiert gleichzeitig als Zustellungsbevollmächtigter (§ 31 Abs. 2 EuRAG), solange und sofern kein anderer Zustellungsbevollmächtigter bestimmt wird, der in Deutschland wohnt oder einen Geschäftsraum in Deutschland hat (§ 31 Abs. 1 EuRAG).

Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 EuRAG sind dienstleistende europäische Rechtsanwälte, wie auch die meisten deutschen Rechtsanwälte, vor dem Bundesgerichtshof nicht vertretungsberechtigt. Dennoch besteht gemäß § 28 Abs. 4 EuRAG i.V.m. § 52 Abs. 2 BRAO die Möglichkeit, ihnen die Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof (BGH) zu überlassen.<sup>176</sup> Diese Beschränkungen sind europarechtlich unproblematisch.<sup>177</sup> Denn deren *ratio legis*, wonach vor dem BGH nur Rechtsanwälte mit besonderer Berufserfahrung tätig werden dürfen, die im Rahmen einer Auswahl für einer spezialisierten Rechtsanwaltschaft zu bestimmen sind, erkennt der EuGH an und hält das damit verbundene Vertretungsverbot dienstleistender europäischer Rechtsanwälte für gerechtfertigt.

Weiterhin sind die Beteiligungspflicht des Einvernehmensanwalts in Fällen, in denen der dienstleistende europäische Rechtsanwalt mit einem Mandanten in Kontakt tritt, der im Rahmen eines Strafverfahrens inhaftiert wurde, deutlich ausgeweitet (§ 30 EuRAG). Diese aus dem Wortlaut der Anwaltsdienstleistungsrichtlinie nicht hervorgehenden Erweiterungen der Beteiligungspflichten des Einvernehmensanwalts sind europarechtlich ebenfalls unbedenklich.<sup>178</sup> Der EuGH hat nämlich unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit entsprechende Regelungen ausdrücklich legitimiert.<sup>179</sup>

Im Einzelnen schreibt zunächst § 30 Abs. 1 EuRAG vor, dass der dienstleistende europäische Rechtsanwalt seinen inhaftierten Mandanten nur in Begleitung seines Einvernehmensanwalts besuchen darf. Ebenso ist alle schriftliche Korrespondenz des dienstleistenden europäischen Anwalts mit seinem Mandanten über den Einvernehmensanwalt abzuwickeln.

<sup>176</sup> Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 61 f.

<sup>177</sup> Vgl. EuGH 427/85 (*Kommission/Deutschland*), insbesondere Rn. 44.

<sup>178</sup> Vgl. EuGH 427/84 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 31.

<sup>179</sup> Vgl. hierzu auch Klein, Andreas; Ott, Eberhard und Zerdick, Thomas, *Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland – Kurz-Kompendium zum Europäischen Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG)* (Richard Boorberg Verlag, Stuttgart u.a., 2002), 64.

Im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens hat die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht allerdings die Möglichkeit, die Beschränkungen des dienstleistenden europäischen Rechtsanwalts nach § 30 Abs. 1 EuRAG aufzuheben (§ 30 Abs. 2 EuRAG).

Beherrscht der deutsche Einvernehmensanwalt nicht die Sprache, in der der dienstleistende europäische Rechtsanwalt mit seinem Mandanten verkehrt, so impliziert § 30 Abs. 1 EuRAG nach deutscher Rechtsprechung die Pflicht, einen Dolmetscher hinzuzuziehen.<sup>180</sup>

Abschließend werden in §§ 33-34a EuRAG Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit sowie Sanktionsmöglichkeiten bei Verletzungen des deutschen Berufs- und Standesrechts durch den dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt geregelt.

### **C. Die Grundfreiheiten und weitere reglementierte juristische Berufe**

Auch in anderen reglementierten Berufen ist es in einer europäisierten und globalisierten Welt oftmals hilfreich, wenn sie zumindest zum Teil von transnational orientierten Juristen ausgeübt werden. Dies gilt sowohl für den Bereich der vorsorgenden Rechtspflege, d.h. für Notare, als auch für den Bereich der nachsorgenden Rechtspflege, d.h. insbesondere für Richter und – sofern im nationalen Rechtssystem anders als in Deutschland vorhanden – Generalanwälte. Entsprechend ist kursorisch darzustellen, ob das Unionsrecht zur Europäisierung dieser Berufsgruppen beiträgt, oder ob es ausschließlich den Mitgliedstaaten der Union überlassen bleibt, diese nach eigenem Ermessen voranzutreiben. Dabei zeigt sich, dass das Unionsrecht in Zukunft großen Einfluss auf die vorsorgende Rechtspflege nehmen wird (I.), wohingegen die Regelung und damit verbunden auch eine potentielle europäisierte Ausrichtung der nachsorgenden Rechtspflege im Hoheitsbereich der Nationalstaaten verbleibt (II.).

#### **I. Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der Notare**

Notare, besonders in Ländern, die der Tradition des lateinischen Notariats folgen, erbringen wichtige Dienstleistungen für das Privat- und Wirtschaftsleben.<sup>181</sup> Hierzu zählen dem Notarzwang unterliegende Tätigkeiten im Bereich des Gesellschafts- und Immobilienrechts, die auch für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr in Europa von großer Bedeutung sind. Genauso kommt Notaren im Bereich des Familien- und Erbrechts eine große Bedeutung zu. In einem weiter zusammenwachsenden Europa haben notarielle Dienstleistungen immer häufiger grenzüberschreitende Bezüge – beispielsweise wenn ein Unternehmen nach ausländischem Recht gegründet, ein im unionseuropäischen Ausland belegenes Grundstück zur Kreditsicherung beliehen oder verkauft, ein Ehevertrag zwischen Unionsbürgern verschiedener Mitgliedstaaten geschlossen oder ein Testament eines Unionsbürgers aus einem anderen Mitgliedstaat verfasst werden soll, etwa weil dieser im Alter seinen ständigen Aufenthaltsort in einen südlicheren Mitgliedstaat verlegt hat. Vor diesem Hintergrund ist es hilfreich, auch im Notariat transnational orientierte Juristen anzutreffen.

---

<sup>180</sup> Vgl. KG Berlin, *NStZ* 2002, 52 f.

<sup>181</sup> Zu dem System des lateinischen Notars im Allgemeinen und seiner Ausgestaltung in Europa vgl. z.B. Zum System des lateinischen Notariats im Allgemeinen vgl. z.B. Schmid, Christoph U., „Legal services in conveyancing: A European comparison“, in: Bakardjieva Engelbrekt, Antonina und Nergelius, Joakim (Hrsg.), *New Directions in Comparative Law* (Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos u.a., 2010), 185 (194 f.).



## 1. Notare und Unionsprimärrecht

Notare, die der Tradition des lateinischen Notariats folgen, sind ebenso wie Rechtsanwälte Freiberufler. Sie erfüllen nach den Vorstellungen des deutschen Rechts – wie auch des nationalen Rechts vieler anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union – aber eine Doppelfunktion und nehmen gleichzeitig ein öffentliches Amt wahr.<sup>182</sup> Europarechtlich ist jedoch klar, dass notarielle Dienstleistungen als selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren sind.<sup>183</sup> Inhaltlich ist dementsprechend der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch grundsätzlich eröffnet.<sup>184</sup>

*a. Keine Anwendbarkeit der Bereichsausnahme für Träger öffentlicher Gewalt*

Lange wurde jedoch diskutiert, ob das Notariat wegen der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) für Tätigkeiten, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, von dem Anwendungsbereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit *in toto* ausgenommen ist. Hierfür wäre es notwendig gewesen, die prägenden Tätigkeiten des Notariats<sup>185</sup> als „unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt“<sup>186</sup> verbunden anzusehen. In der Literatur wurden diesbezüglich verschiedene Positionen vertreten.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> Vgl. für Deutschland z.B. Ott, Claus, *Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung – Eine rechtsökonomische Untersuchung*, German Working Papers in Law and Economics 2001/7, 6 ff., der jedoch von einer Erosion des Amtsverständnis' ausgeht. Zur deutschen Notariatsverfassung im europarechtlichen Kontext vgl. auch Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, 'Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz', *Hanse Law Review* 2007, 5 (6 ff.). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf5/Vol3No1Art01.pdf>.

<sup>183</sup> So hat der EuGH im Rahmen der Mehrwertsteuerrechtlichen Bewertung von notariellen Dienstleistungen entschieden. Zur wirtschaftlichen Tätigkeit vgl. EuGH 235/85 (*Kommission/Niederlande*), Rn. 7-9, zur Selbständigkeit vgl. EuGH 235/85 (*Kommission/Niederlande*), Rn. 14-15. Zwar müssen Begriffe in der unionseuropäischen Rechtsordnung keiner einheitlichen Auslegung unterliegen, die vom EuGH angeführten Argumente sind aber überwiegend auch für den Bereich der Grundfreiheiten gültig.

<sup>184</sup> Vgl. z.B. Hirsch, Günter, 'Die Europäisierung der freien Berufe', *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2000, 729 (734-736).

<sup>185</sup> Sind nicht die prägenden Tätigkeiten des Notariats, sondern nur einzelne Aufgaben mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, so würde die Bereichsausnahme nur für diese Tätigkeiten, nicht aber für das Berufsbild als Ganzes gelten. Da nunmehr aber der EuGH entschieden hat, dass Notare sich insgesamt nicht auf die Bereichsausnahme berufen können, ist für diesen Bereich die vorgenannte Differenzierung irrelevant geworden.

<sup>186</sup> Ausführlich hierzu bereits Fn. 22.

<sup>187</sup> Eher oder klar für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme z.B. Preuß, Nicola, 'Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2005, 291-321; Fuchs, Marie-Christine, 'Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf', *Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS)* 2008, 143-205. So auch Zypries, Brigitte, *Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt*, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat 'Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft' am 6. März 2009. Online verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

Eher oder klar gegen die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme z.B. Heinz, Volker G., *Der deutsche Notar als kleinterritorialer Dienstleister – Opfer der Globalisierung und der EU-Kommission? Eine Entgegnung*, ZNotP 2002, 258-261, Arbeitspapier im Eigenverlag. Online verfügbar unter [http://www.anwalts-notariat.de/Aktuell/Der dt Notar als kleinterr Dienstl opfer.pdf.pdf](http://www.anwalts-notariat.de/Aktuell/Der_dt_Notar_als_kleinterr_Dienstl_opfer.pdf.pdf), ders., *Auf dem Weg zum Europäischen Notariat? – Vortrag auf dem 58. Deutschen Anwaltstag in Mannheim am 17.05.2007*, Vortragsmanuskript. Online verfügbar unter [http://www.notaries.org.uk/eu-notariat/files/page75\\_2.pdf](http://www.notaries.org.uk/eu-notariat/files/page75_2.pdf); Schiller, Gernot, 'Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?', *Europarecht (EuR)* 2004, 27-51; Schill, Stephan, 'Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit', *Neue Juristische*

Zur Klärung dieser Frage hatte die Europäische Kommission u.a. gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren<sup>188</sup> wegen des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes<sup>189</sup> für Notare eingeleitet.<sup>190</sup> Der EuGH hat nun klargestellt, dass Notare nicht unter die Bereichsausnahme fallen, obwohl der Generalanwalt zunächst eine vermittelnde Position eingenommen hatte.

*i. Schlussantrag des Generalanwalts in EuGH C-54/08*

In Literatur und Rechtsprechung wird fast einhellig die Meinung vertreten, dass im Falle der Qualifikation einer Tätigkeit als unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden die Anwendbarkeit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zumindest für diese spezielle Tätigkeit *per se* und *in toto* ausgeschlossen ist. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón ging in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 jedoch einen anderen Weg. In seinen Ausführungen dehnt er die bislang sehr restriktiv gehandhabte Bereichsausnahme deutlich aus, stellt sie im Gegenzug allerdings als „negativen Anwendungsbereich“ der Grundfreiheiten unter einen Proportionalitätsvorbehalt, dem zufolge die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Maß der

---

*Wochenschrift (NJW)* 2007, 2014-2018; Haeder, Stefan, „Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?“, *Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS)* 2007, 117-150; Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission ./. Deutschland (EuGH C-54/08)“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2009, 129-161. Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art01.pdf>.

<sup>188</sup> Schon am 12. Oktober 2006 hat die Kommission die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG gegen Deutschland und 15 weitere EG-Mitgliedstaaten beschritten, indem sie eine „Begründete Stellungnahme“ verschickt hat. Dabei hat sich die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen von 1999 und 2000 auf die Position gestellt, dass der Staatsbürgervorbehalt europarechtskonform sei, da die Tätigkeit der Notare durchweg hoheitlichen Charakter besitze. Am 12. Februar 2008 hat die Kommission Klage vor dem EuGH im einzelnen gegen Deutschland (C-54/08), Österreich (C-53/08), Luxemburg (C-51/08) sowie Frankreich (C-50/08) und bereits am 11. Februar gegen Belgien (C-47/08) eingereicht. Am 18. Februar folgte eine Klage gegen Griechenland (C-61/08). Am 29. Januar 2009 beschloss die Kommission auch Klage gegen die Niederlande (C-157/09) zu erheben, die zunächst zugesichert hatten, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare aufzuheben, dieser Zusicherung aber bislang nicht gefolgt sind. Ferner hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen alle neuen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Zyperns, da in Zypern diese Bedingung nicht gilt, eingeleitet. Vgl. KOM IP/09/152 „Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare: Kommission verklagt Niederlande vor dem Europäischen Gerichtshof, um dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz Geltung zu verschaffen“ vom 29. Januar 2009; *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, *Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa*, Nr. 51/06, S. 1.

Gegen Portugal, das bereits 1997 formell den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare aufgegeben hatte, wurde zunächst am 12. Februar 2008 im Rahmen der anderen Verfahren ein Vertragsverletzungsverfahren wegen anderer Zulassungsbeschränkungen für Notare aus europäischen Drittstaaten angestrengt (C-52/08). Allerdings haben die portugiesischen Behörden unter Bezugnahme auf die Verfassung bislang verweigert, Nicht-Portugiesen als Notare zu bestellen. Deshalb hat die Kommission beschlossen, die Klage auch gegen den faktischen Staatsangehörigkeitsvorbehalt zu erweitern. Vgl. KOM IP/09/280 „Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare: Kommission trifft Maßnahmen zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Portugal“ vom 19. Februar 2009.

<sup>189</sup> Nach dieser Vorstellung dürfen nur eigene Staatsangehörige das Amt des Notariats ausüben. Andere Unionsbürger sind nach dieser Regelung *per se* nicht als Notare zuzulassen, auch wenn sie alle dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllen.

<sup>190</sup> Hierzu ausführlich auch Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission ./. Deutschland (EuGH C-54/08)“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2009, 129-161. Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art01.pdf>.

ausgeübten öffentlichen Gewalt durch den Privaten und dem Maß der Restriktion der Grundfreiheiten durch die Regelung des Mitgliedstaates zu prüfen ist.<sup>191</sup>

Nach diesen Vorstellungen müsste jede Regelung der nationalen Notariatsverfassungen, die die Grundfreiheiten beschränkt, einen zweistufigen unionsrechtlichen Proportionalitätstest durchlaufen und wäre immer dann als unionsrechtskonform zu qualifizieren, wenn sie auch nur eine der beiden Stufen der Proportionalitätsprüfungen besteht. Zunächst könnte sich eine die Grundfreiheiten beschränkende Regelung demnach zum Maß der ausgeübten öffentlichen Gewalt als verhältnismäßig erweisen. Ist dies der Fall, so wäre die Regelung europarechtskonform.<sup>192</sup>

Das bedeutet allerdings nicht, dass – hätte sich der Gerichtshof dieser Position angeschlossen – davon auszugehen gewesen wäre, dass mit Ausnahme des für die Notariatsverfassung nicht sonderlich bedeutsamen Staatsangehörigkeitsvorbehalts die meisten berufsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten weiterhin in grenzüberschreitenden Situationen unionsrechtlich zulässig geblieben wären. Ausdrücklich verweist der Schlussantrag nämlich darauf, dass der Umstand, dass das „Notariat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, nicht [bedeutet], dass damit die Diskussion über die Auswirkungen von Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG auf die notariellen Tätigkeiten“<sup>193</sup> beendet wäre. Jedoch seien die sonstigen, wohl vorhandenen Auswirkungen der Grundfreiheiten nicht Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens.

Nach der Konstruktion des Generalanwalts müsste für diese indes Folgendes gelten: Wäre im konkreten Fall eine mitgliedstaatliche Regelung nicht im Verhältnis zu dem Maß der Ausübung öffentlicher Gewalt im konkreten Fall gerechtfertigt, wäre nach den Vorstellungen des Generalanwalts eine zweite Proportionalitätsprüfung vorzunehmen. Es könnte nämlich sein, dass, wie oben bereits beschrieben,<sup>194</sup> eine Regelung gerechtfertigt ist, weil sie nicht diskriminierend ist, sich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen lässt und im Verhältnis zu den verfolgten Zielen auch proportional ist.

Diese doppelte Proportionalitätsprüfung überzeugt allerdings nicht. Sie hätte nicht nur mittelfristig zu Rechtsunsicherheit geführt, da es zur ersten Stufe dieser Proportionalitätsprüfung noch keine Rechtsprechung gibt, sondern das Recht der Grundfreiheiten auch ohne erkennbaren Nutzen verkompliziert. Denn dem Interesse des Mitgliedstaates an der Regulierung von Berufen, die im geringen Maße mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, wird schon im Rahmen der regulären Prüfung der Rechtfertigungsfähigkeit von mitgliedstaatlichen Regulierungen Rechnung getragen.

---

<sup>191</sup> Vgl. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der verbundenen Rs. C-47/08 Europäische Kommission gegen Königreich Belgien; Rs. C-50/08, Europäische Kommission gegen Französische Republik; Rs. C-51/08 Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg; Rs. C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Rs. C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rn. 75 ff.; Siehe auch den Schlussantrag des selben Generalanwalts vom selben Tag in der Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Rn. 28 ff.

<sup>192</sup> Zu dieser Proportionalitätsprüfung vgl. auch Bröhmer, Jürgen, in: Calliess, Christian und Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV – Kommentar*, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2011), Art. 51 AEU, Rn. 3; Heinz, Volker G., ‚Notariat: Ist das Ende der kleinterritorialen Fußfesseln in Sicht?‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2010, 858; Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2928).

<sup>193</sup> Vgl. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Portugiesische Republik, Rn. 54.

<sup>194</sup> Vgl. hierzu bereits B.I.3.

Insbesondere der Rechtfertigungsgrund einer „geordneten Rechtspflege“<sup>195</sup> und der nunmehr eingeführte Rechtfertigungsgrund „die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten“<sup>196</sup> scheinen in diesem Bereich geeignet zu sein, um die konfligierenden Interessen auszugleichen. Deswegen hat der Gerichtshof diese neuartige Proportionalitätsprüfung für die Bereichsausnahme mit Recht nicht übernommen.<sup>197</sup>

Zutreffend wird überdies in der Literatur mitunter darauf verwiesen, dass die Bereichsausnahme auch schon nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs unter einem Proportionalitätsvorbehalt steht.<sup>198</sup> Indes ist die Konzeption dieser Proportionalitätsprüfung des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) eine völlig andere. Dem EuGH zufolge ist nämlich die Bereichsausnahme insgesamt nicht anwendbar, wenn dies im Verhältnis zum Interesse des Mitgliedstaats, die betreffende Tätigkeit seinen Staatsbürgern vorzubehalten, als unverhältnismäßig erscheint.<sup>199</sup>

*i. EuGH-Urteil: Notare üben keine öffentliche Gewalt aus*

Anders als vom Generalanwalt vorgeschlagen, entschied der EuGH, wie bereits erwähnt, dass die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) insgesamt auf Notare nicht anwendbar sei. Hierzu führte der Gerichtshof aus, dass keine der typischen notariellen Tätigkeiten, auch nicht die Erstellung vollstreckbarer Urkunden,<sup>200</sup> mit einer „unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“<sup>201</sup> sei. Dies wäre aber nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) gewesen.<sup>202</sup> Gleichzeitig konkretisierte der EuGH die Voraussetzungen des Begriffes „öffentlicher Gewalt“ in Anlehnung an den Schlussantrag des Generalanwalts Mayras in der Rs. *Reyners*, wonach unter öffentlicher Gewalt in diesem Sinne das Vorliegen von „Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen“ zu verstehen ist.<sup>203</sup> Damit eine Tätigkeit nunmehr als Tätigkeit, die an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt, qualifiziert werden kann, muss sie entweder:

<sup>195</sup> EuGH verbundene Rs. C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*), Rn. 64.

<sup>196</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 96. Siehe zu diesem Rechtfertigungsgrund als „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ auch Rn. 98.

<sup>197</sup> So hat z.B. bereits Bröhmer, Jürgen, in: Calliess, Christian und Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV – Kommentar*, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2011), Art. 51 AEUV, Rn. 3 den Schlussantrag kritisiert und eine konsequente Entscheidung im Sinne der nun ergangenen EuGH-Rechtsprechung gefordert.

<sup>198</sup> Vgl. z.B. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, „Deutschenotar ist abgestempelt!“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1245 f.).

<sup>199</sup> Hierzu bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission ./ Deutschland (EuGH C-54/08)“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2009, 129 (137 f.). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art01.pdf>.

<sup>200</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 105.

<sup>201</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 93.

<sup>202</sup> Dazu auch Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission ./ Deutschland (EuGH C-54/08)“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2009, 129 (136-138 f.). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art01.pdf>.

<sup>203</sup> GA Mayras im Schlussantrag zu EuGH 2/74 (*Reyners*) folgende Definition geliefert: „Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.“

- a) eine Behörde oder ein Gericht binden oder
- b) die „Ausübung von Entscheidungsbefugnissen“,
- c) „Zwangsbefugnissen“ oder
- d) „den Einsatz von Zwangsmitteln“ umfassen.<sup>204</sup>

Zum Teil wird jedoch in der Literatur vertreten, dass die vom Gerichtshof nun aufgestellten Kriterien lediglich einen exemplarischen Katalog hinreichender Kriterien darstellen würden, die immer für die Qualifikation einer Tätigkeit als unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ausreichen.<sup>205</sup> Als Begründung wird dazu auf den Wortlaut der unterschiedlichen Sprachfassungen des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG)<sup>206</sup> und auf frühere Rechtsprechung, die einen weiteren Anwendungsbereich implizieren könnte, verwiesen.<sup>207</sup> Diese Interpretation widerspricht aber dem Wortlaut des aktuellen Urteils<sup>208</sup> und ist deswegen abzulehnen.

In Anwendung seiner zuvor aufgestellten Kriterien stellt der Gerichtshof fest, dass die Erstellung notarieller Urkunden jedoch stets erfordere, „dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zu Stande gekommen ist“<sup>209</sup>, der Notar also nicht gegen den Willen der Parteien aktiv werden oder Verträge einseitig ändern könne. Gleiches gelte für die Vollstreckbarkeitsklärung einer Urkunde im Sinne des § 794 I Nr. 5 ZPO, da diese die freiwillige Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung voraussetze.<sup>210</sup> Entsprechend kommt dem Notar in beiden Fällen weder ein eigener Entscheidungsspielraum zu, noch kann er von Zwangsbefugnissen oder -mitteln Gebrauch machen.

Bezüglich der besonderen Beweiskraft einer notariellen Urkunde stellte der Gerichtshof fest, dass ein nationales Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht uneingeschränkt an diese gebunden sei.<sup>211</sup> Entsprechend qualifizierte der EuGH die Beurkundungstätigkeit als eine Tätigkeit, die „die Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse [der] Behörden oder Gerichte unberührt“<sup>212</sup> lasse. Daher sei diese

<sup>204</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 87.

<sup>205</sup> So z.B. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 143 (1244).

<sup>206</sup> So impliziert der englische Begriff „public authority“ oder der französische Begriff „autorité publique“ auch Anwendungsfälle, die nicht die Ausübung von Zwangsbefugnissen umfassen. Vgl. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 143 (1244).

<sup>207</sup> So Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1244). Nach der hier vertretenen Auffassung verlangt Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) lediglich eine nach außen verpflichtende Entscheidung, die den Bürger oder Staat binde und diese Entscheidung nicht ohne „rechtsförmliches Verfahren“ abgeändert werden kann oder ihre Wirksamkeit nicht unter einer auflösenden Bedingung steht.

<sup>208</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 87: „Dabei hat der Gerichtshof ausgeführt, **dass von der in Art. 45 Abs. 1 EG vorgesehenen Ausnahmeregelung bestimmte Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten** für die Ausübung öffentlicher Gewalt **ausgenommen sind** [...] **oder auch bestimmte Tätigkeiten, die nicht die Ausübung von Entscheidungsbefugnissen** (vgl. in diesem Sinne Urteile Thijssen, Randnrn. 21 und 22, vom 29. November 2007, Kommission/Österreich, Randnrn. 36 und 42, Kommission/Deutschland, Randnrn. 38 und 44, sowie Kommission/Portugal, Randnrn. 36 und 41) **oder Zwangsbefugnissen** (vgl. in diesem Sinne u.a. Urteil Kommission/Spanien, Randnr. 37) **oder den Einsatz von Zwangsmitteln** (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. September 2003, Anker u.a., C-47/02, Slg. 2003, I-10447, Randnr. 61, sowie Urteil Kommission/Portugal, Randnr. 44) **umfassen**.“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>209</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 91.

<sup>210</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 105.

<sup>211</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 101 ff., insb. 103.

<sup>212</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 84.

Tätigkeit nach ständiger Rechtsprechung<sup>213</sup> nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, sodass auch die Beweisfunktion einer öffentlichen Urkunde nicht zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme für die Tätigkeit der Beurkundung eines Notars führen könne.<sup>214</sup>

Ebenso verhalte es sich mit Transaktionen, die zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedürften – insbesondere Verträge über den Erwerb und die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück und über die Übertragung des gegenwärtigen Vermögens, Schenkungsversprechen, Ehe-, Erb- oder Pflichtteilsverzichtsverträge sowie Tätigkeiten des Notars im Bereich des Gesellschaftsrechts. Wie bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung können *in casu* keine rechtlichen Wirkungen ohne den Willen der Parteien erzeugt werden,<sup>215</sup> sodass der Notar weder Zwangsbefugnisse ausüben könne noch eine eigene Entscheidungsgewalt besitze.<sup>216</sup>

Auch der spezielle Status der Notare begründe nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt, da es im Rahmen des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) primär auf die ausgeübten Tätigkeiten ankomme. Überdies seien Notare frei wählbar und übten trotz der gesetzlichen Gebührenfestlegung und örtlichen Zuständigkeitsbeschränkungen ihren Beruf unter Wettbewerbsbedingungen aus, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch sei.<sup>217</sup>

Das vom EuGH vertretene Verständnis von Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) ist in der Literatur auf eine geteilte Resonanz gestoßen. Kritisch wurde angemerkt, dass der Notar durchaus Sonderrechte und Amtsautorität ausübe, was unter anderem am Notarzwang für die Wirksamkeit bestimmter Transaktionen, an der besonderen Beweiskraft notarieller Urkunden, die öffentliche Spruchkörper beschränkt binde, oder an der Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden zu sehen sei. Solche Sonderrechte sollten dieser Meinung zufolge zur Begründung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) ausreichen.<sup>218</sup> Auch wurde vorgetragen, dass sich öffentliche Gewalt im modernen Rechtsstaat gerade nicht mehr überwiegend durch Zwangsmaßnahmen, sondern auch in „präventiven Rechtspflegeakten staatlicher Stellen“ manifestiere, was sich auch im *acquis communautaire* zeige und entsprechend im Rahmen von Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) zu berücksichtigen gewesen wäre.<sup>219</sup> An anderer Stelle wurde die strikte Auslegung der Bereichsausnahme als „vorhersehbar“<sup>220</sup> und als „Meilenstein auf dem Weg hin zur Öffnung des europäischen Markts notarieller Dienstleistungen“<sup>221</sup> oder gar als „eine

<sup>213</sup> So bereits EuGH 2/74 (*Reyners*), Rn. 51 und 53

<sup>214</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 103 f.

<sup>215</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 106.

<sup>216</sup> Vgl. Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2928 f.).

<sup>217</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 109 ff.

<sup>218</sup> Vgl. z.B. So Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschenotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1245).

<sup>219</sup> Vgl. Diehn, Thomas, ‚EuGH: Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare – Anmerkung zu C-54/08, EuZW 2011, 468 – ‚Kommission/Bundesrepublik Deutschland‘, *LMK* 2011, 320442.

Ebenfalls sehr kritisch – wenn auch z.T. mit anderen oder ohne Begründungen – z.B. auch Volmer, Michael, ‚Zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt in § 5 BNotO – Anmerkung zum Urteil des EuGH, Az. C-54/08‘, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR)* 2011, 703; Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – „Judicial Self-Restrain“ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

<sup>220</sup> Ritter, Thomas, ‚Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2001 – C-54/08‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 707 (708).

<sup>221</sup> Ritter, Thomas, ‚Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2001 – C-54/08‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 707 (710).

schwere juristische Niederlage der jahrzehntealten Allianz aus Nur-Notariat, der von diesem beherrschten Bundesnotarkammer und dem ihm rechtspolitisch meist getreu folgenden Bundesjustizministerium<sup>222</sup> gefeiert.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es zwar richtig, dass die faktische Verengung des Begriffs der „öffentlichen Gewalt“ auf die Ausübung von Zwangsbefugnissen einerseits den gegenläufigen Charakter moderner Staatsgewalt in Europa, bei der Zwang – glücklicherweise – keine Hauptrolle mehr spielt, ignoriert. Andererseits wäre der pauschale Anwendungsausschluss der Grundfreiheiten auf jegliche staatliche Gewalt nach Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) im integrierten Europa ebenso wenig zielführend und zeitgemäß.<sup>223</sup> Insofern erscheint die Entscheidung des EuGH als durchaus angemessen, auch wenn die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) nun gegenüber dem Willen der Gründungsväter<sup>224</sup> eine völlig neue Bedeutung erlangt und sie nur noch in absoluten Ausnahmefällen – z.B. im Falle einer Privatisierung des Zwangsvollstreckungswesens – angewendet werden kann.

#### *b. Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit*

Wie bereits in der Rs. *Reyners*<sup>225</sup> für Rechtsanwälte entschied der EuGH in der Rs. *Kommission/Deutschland* (C-54/08) nun ganz klar, dass einem unionseuropäischen Kandidaten die Zulassung als Notar nicht allein deswegen verwehrt werden darf, weil er nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Diskriminierungen wegen der Staatsbürgerschaft können – die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit einmal vorausgesetzt – nur auf Grund von Art. 52 Abs. 1 AEUV und damit zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden. Dass eine Rechtfertigung auf dieser Basis indes ausscheidet, war *a priori* unbestritten.<sup>226</sup>

Diese Entscheidung besagt aber zunächst nur, dass einem Unionsbürger, der nach nationalem Recht des Aufnahmemitgliedstaates – *in casu* also nach deutschem Recht – im Besitz aller geforderten Qualifikationen ist, der Zugang zum Notariat nicht verweigert werden kann. Mithin statuiert sie ausdrücklich nur die Unionsrechtswidrigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts nach § 5 BNotO<sup>227</sup> a.F.<sup>228</sup>, betrifft aber die sonstigen berufsrechtlichen Zugangsregelungen des Notariats nicht.<sup>229</sup>

<sup>222</sup> Heinz, Volker G., ‚Notariatsverfassung europafest machen: Wehe den Besiegten? – Europäische Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten auf für (Anwalts-) und (Nur-)Notare‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2011, 664.

<sup>223</sup> So bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2929).

<sup>224</sup> Zum Willen der Gründungsväter vgl. z.B. Everling, Ulrich, ‚Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages –‘, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim; Möller, Hans und Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), *Eine Ordnung für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben* (Nomos, Baden-Baden, 1987), 111 (117-118).

<sup>225</sup> EuGH 2/74 (*Reyners*).

<sup>226</sup> Vgl. z.B. Lorz, Alexander Ralph, ‚Kein Grund Zur Sorge – Grund zur Entwarnung? – Anmerkung zum Ur. Des EuGH v. 24.5.2011 zur Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Notare, DNotZ 2011, 462‘ *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2011, 491 (493).

<sup>227</sup> Bundesnotarordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2515) geändert worden ist.

<sup>228</sup> § 5 BNotO a.F.: ‚Zum Notar darf nur ein deutscher Staatsangehöriger bestellt werden, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richterergesetz erlangt hat.‘

<sup>229</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 74 f.

*c. Primärrechtliche Niederlassungsfreiheit für Notare*

Da nunmehr klar ist, dass die unionseuropäischen Grundfreiheiten auf Notare in Deutschland Anwendung finden, steht von jetzt an auch die gesamte Notariatsverfassung auf ihrem Prüfstand.<sup>230</sup> Deswegen kann die Rechtsprechung, die der EuGH zur Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit für die Rechtsanwaltschaft entwickelt hat, prinzipiell auch auf das Notariat übertragen werden.<sup>231</sup> Zu denken ist dabei insbesondere an das EuGH-Urteil in der Rs. *Vlassopoulou*<sup>232</sup>, das eine Gleichwertigkeitsprüfung und ggf. auch eine Anerkennung ausländischer Abschlüsse bei fundierten Rechtskenntnissen der Rechtsordnung des Aufnahmemitgliedstaates bereits primärrechtlich vorschreibt.<sup>233</sup> Es scheint aber auch wahrscheinlich, dass sich die Entscheidung zur rechtsanwaltlichen Niederlassungsfreiheit in der Rs. *Klopp*<sup>234</sup> auf Notare übertragen lässt, wonach das Verbot einer Zweigniederlassung im grenzüberschreitenden Kontext unzulässig ist.<sup>235</sup>

---

Zur deutschen Notariatsverfassung und den unterschiedlichen Bestellungsbedingungen der Anwalts-, Amts- und Nur-Notare vgl. bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2007, 5 (6-10).

<sup>230</sup> Vgl. z.B. Ritter, Thomas, ‚Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2001 – C-54/08‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 707 (708); Brand, Torsten, ‚EuGH öffnet EU-Ausländern den Weg zum Notariat‘, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 2011, 237; Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (354).

<sup>231</sup> Anders hingegen z.B. Lorz, Alexander Ralph, ‚Kein Grund Zur Sorge – Grund zur Entwarnung? – Anmerkung zum Ur. Des EuGH v. 24.5.2011 zur Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Notare, DNotZ 2011, 462‘, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2011, 491 (494); Diehn, Thomas, ‚EuGH: Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare – Anmerkung zu C-54/08, EuZW 2011, 468 – „Kommission/Bundesrepublik Deutschland“‘, *LMK* 2011, 320442; Fuchs, Marie-Christine, ‚Anmerkungen zu EuGH C-54/08, EuZW 2011,468‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 475 (475 f.); Bundesnotarkammer, *EuGH: Notariatsverfassungen gerechtfertigt – Staatsangehörigkeitserfordernis diskriminierend*, Pressemitteilung vom 24.05.2011. Online verfügbar unter [http://www.bnotk.de/downloads/Pressemitteilungen/2011/pm\\_bnotk\\_110524.pdf](http://www.bnotk.de/downloads/Pressemitteilungen/2011/pm_bnotk_110524.pdf); Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – „Judicial Self-Restrain“ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

Diese Meinungen gehen fälschlicherweise davon aus, dass der EuGH mit seinen Ausführungen zum Streitgegenstand (EuGH C-54/08, Rn. 73 ff.) und der grundsätzlichen Möglichkeit Beschränkungen der Grundfreiheiten mit zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zu rechtfertigen (EuGH C-54/08, Rn. 98) bereits präjudiziert habe, dass die deutsche Notariatsverfassung *in toto* unionsrechtskonform sei und zum Teil sogar annimmt, dass eine Anerkennung ausländischer Universitätsabschlüsse *per se* nicht geboten wäre.

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass die Ausführungen zum Streitgegenstand eben nur prozessrechtlicher Natur sind und darlegen, worauf sich die rechtlich verbindlichen Teile des Urteils beziehen (vgl. in diesem Sinne auch Ritter, Thomas, ‚Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2001 – C-54/08‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 707 (708)) und die Ausführungen zur möglichen Rechtfertigung von Beschränkungen darauf abzielen, die Argumentation der Bundesregierung, dass Notare öffentliche Gewalt ausübten, weil sie „im Allgemeininteresse liegenden Ziels“ verfolgten, richtig einzuordnen. Das Ergebnis der unionsrechtlichen Prüfung bleibt hingegen offen (Vgl. auch Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (355)). Zugleich machen diese Ausführungen sogar deutlich, dass die in Rn. 98 aufgezählten Einschränkungen auf dem unionsrechtlichen Prüfstand stehen, da sie nur zulässig seien „soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind“. Vgl. dazu auch Ritter, Thomas, ‚Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung – Das Urteil des EuGH vom 24.5.2001 – C-54/08‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 707 (709).

<sup>232</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

<sup>233</sup> Vgl. hierzu bereits B.I.3.a.iii.

<sup>234</sup> EuGH 107/83 (*Klopp*).

<sup>235</sup> Zu dieser Rechtsprechung vgl. bereits B.I.3.a.iv.



Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege eine deutlich zentralere und selbstständigere Rolle einnimmt, als dies der Rechtsanwalt im Bereich der vor- und nachsorgenden Rechtspflege tut. Beachtet man zudem, dass der EuGH in der Rs. *Cipolla* die Sicherstellung „einer geordneten Rechtspflege“<sup>236</sup> und nunmehr auch die „Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen“<sup>237</sup> als Rechtfertigung im Sinne der „zwingende[n] Gründe des Allgemeininteresses“ anerkannt hat, ist durchaus vorstellbar, dass deutlich weiterreichende Beschränkungen der Grundfreiheiten durch die nationalen Notariatsverfassungen in Abwesenheit von unionseuropäischen sekundärrechtlichen Harmonisierungsvorschriften als europarechtskonform gelten könnten. Dies gilt insbesondere für wichtige berufsrechtliche Regelungen und Zulassungsvoraussetzungen für Notare, wie die feste Gebührenordnung und den Notarzwang,<sup>238</sup> die den Zugang zum Notariat in einem anderen Mitgliedstaat erschweren können. Ein völliger Abgesang auf das lateinische Notariat wäre also aller Voraussicht nach verfrüht.

Dennoch ist es auch für Notare schwer vorstellbar, dass ein im Ausland erworbenes Diplom niemals in Deutschland anzuerkennen ist und somit niemals Notare zuzulassen sind, die nicht die Befähigung zum Richteramt erworben haben.<sup>239</sup> Bei entsprechend fundierten deutschen Sprachkenntnissen und Kenntnissen in den relevanten Bereichen des deutschen Rechts scheint es schwerlich vorstellbar, dass „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ einer Anerkennung der Qualifikationen eines im unionseuropäischen Ausland qualifizierten Notars im Sinne der *Vlassopoulou*-Rechtsprechung entgegenstehen. Auch der *numerus clausus* der Notare, auf den das lateinische Notariat in den Niederlanden ohne große Probleme verzichtet hat, erscheint schwerlich rechtfertigungsfähig, kann aber natürlich aus unionsrechtlicher Sicht in rein nationalen Kontexten weiterhin angewendet werden. Ebenso scheint es nicht *per se* erforderlich, dass Notare niemals an zwei Orten niedergelassen sein können. Insoweit könnte vielmehr die für Rechtsanwälte entwickelte Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit auch auf Notare erstreckt werden. Für einen im Ausland qualifizierten und zugelassenen Notar dürfte also der Umzug nach Deutschland nicht mehr grundsätzlich mit einem zwingenden Berufswechsel verbunden sein.

#### d. Notarielle Dienstleistungsfreiheit

Zwar wird zum Teil in der Literatur vertreten, dass Notare keine landesübergreifenden Dienstleistungen erbringen können, da die Beurkundungstätigkeit aus nationaler Sicht mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sei und somit der völkerrechtliche Territorialitätsgrundsatz zur Unwirksamkeit exterritorialer Urkunden führe,<sup>240</sup> jedoch stellt auch diese Qualifikation der notariellen Tätigkeit nach nationalem Recht eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, die im Anwendungsbereich der

<sup>236</sup> EuGH verbundene Rs. C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*), Rn. 64.

<sup>237</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 98.

<sup>238</sup> Vgl. hierzu Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2930).

<sup>239</sup> So auch Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschenotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1246).

<sup>240</sup> Vgl. z.B. Fuchs, Marie-Christine, ‚Anmerkungen zu EuGH C-54/08, EuZW 2011,468‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 475 (476); Diehn, Thomas, ‚EuGH: Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare – Anmerkung zu C-54/08, EuZW 2011, 468 – ‚Kommission/Bundesrepublik Deutschland‘‘, *LMK* 2011, 320442; Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – ‚Judicial Self-Restrain‘ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

Grundfreiheiten wegen der gegenläufigen unionsrechtlicher Qualifikation der notariellen Tätigkeit als „Dienstleistung“ nicht angewendet werden darf. Entsprechend sind auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig.

Allerdings ist es richtig, dass notarielle Tätigkeiten meist fundierte Kenntnisse im Recht des Landes voraussetzen, nach dessen Recht eine Urkunde erstellt werden soll. Entsprechend ist eine starke Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit – auch auf Grund der besonderen Bedeutung der hohen Qualität der vorsorgenden Rechtspflege – bei nicht nachgewiesenen fundierten Rechtskenntnissen durchaus angebracht.<sup>241</sup> Was dies nun im Einzelnen bedeutet, ist sicherlich schwer vorauszusagen. Einige nationale Beschränkungen erscheinen unionsrechtlich indes schwerlich rechtfertigbar.

So dürften einer Erstellung von Urkunden nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaats niemals „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ entgegenstehen, die nicht auf weniger grundfreiheitsbeschränkende Weise gewahrt werden können. Möchte also ein deutscher Notar in den Niederlanden oder Frankreich ein deutsches Testament errichten, die Gründung einer Gesellschaft nach deutschem Recht beurkunden bzw. den Verkauf oder die Beleihung eines in Deutschland belegenden Grundstückes abwickeln, so dürfte schwerlich das Erfordernis der Sicherstellung „einer geordneten Rechtspflege“<sup>242</sup> und die „Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen“<sup>243</sup> ein Verbot dieser Dienstleistungserbringung im unionseuropäischen Ausland erfordern.<sup>244</sup> Außer Frage steht überdies, dass auch ein Bedürfnis für solche Dienstleistungen besteht. So kann es erheblich einfacher sein, dass ein deutscher Notar zu einer Gesellschaftsgründung nach deutschem Recht ins Ausland reist, anstatt alle an der Gründung Beteiligten nach Deutschland zu bestellen. Gleiches gilt für eine Grundstücksübertragung, insbesondere wenn an dieser eine Vielzahl von Eigentümern beteiligt sind.<sup>245</sup> Auch wäre vorstellbar, dass eine Gruppe von in Mallorca lebenden Rentnern zwecks Testamentserrichtung ein Interesse daran hat, von einem deutschen Notar am Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts aufgesucht zu werden.

Ähnlich dürfte es sich bei von ausländischen Notaren im Inland erstellten Urkunden verhalten. Zwar müssten solche nicht *per se* inländischen Urkunden gleichgestellt werden, doch wird es sicherlich Fälle geben, in denen eine Verweigerung der Anerkennung nicht mit der Dienstleistungsfreiheit im Einklang steht. Dies gilt insbesondere dann, wenn für einen vergleichbaren Fall im Ausland erstellte Urkunden anerkannt würden. So ist gemäß der Sonderanknüpfung des Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 EGBG ein in den Niederlanden durch einen niederländischen Notar errichtetes Testament formgültig, und zwar unabhängig von dem nach Art. 25 EGBGB anwendbaren Erbstatut. Es erscheint vor diesem Hintergrund nur schwerlich vorstellbar, dass die Verweigerung der Anerkennung eines durch einen niederländischen Notar in Deutschland erstellten Testaments auf Grund zwingender Interessen des Allgemeinwohls erforderlich ist und entsprechend dem unionsrechtlichen

<sup>241</sup> In diese Richtung auch z.B. Fuchs, Marie-Christine, ‚Anmerkungen zu EuGH C-54/08, EuZW 2011,468‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 475 (476).

<sup>242</sup> EuGH verbundene Rs. C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*), Rn. 64.

<sup>243</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 98.

<sup>244</sup> So bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2930); Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (358 f.).

<sup>245</sup> Vgl. Heinz, Volker G., ‚Beurkundungen deutscher Notare im EU-Ausland – ist das Ende der kleinterritorialen Fußfessel (Amtsbezirk) in Sicht?‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2010, 858.

Verhältnismäßigkeitsgebot standhalten könnte.<sup>246</sup> Um Klarheit über den genauen Umfang der notariellen Dienstleistungsfreiheit zu erlangen, bedarf es indes der weiteren sekundärrechtlichen oder richterrechtlichen Konkretisierung.

## 2. Notare und Sekundärrecht

Sekundärrechtlich gibt es für den Bereich der Notare keinerlei sektorspezifische Richtlinie (a.). Auch der Anwendungsbereich der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG ist nicht eröffnet (b.). Hingegen scheint die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG nach dem bereits besprochenen EuGH-Urteil *Kommission/Deutschland* (C-54/08) für den Beruf des Notars grundsätzlich einschlägig zu sein (c.).

### a. Keine Anwendung sektorspezifischer Richtlinien

Für den Bereich der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit gibt es verständlicherweise keine sektorspezifische Regelung für Notare. Die Richtlinien für Rechtsanwälte können nicht auf Notare erstreckt werden.<sup>247</sup> Ihr Anwendungsbereich ist auf Personen beschränkt, die berechtigt sind, im Herkunftsmitgliedstaat anwaltliche Berufsbezeichnungen zu tragen. Notare fallen demnach nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich der entsprechenden Richtlinien.

### b. Keine Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG

Auch die allgemeine Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG findet auf Notare keine Anwendung. Diese schließt nämlich von ihrem Anwendungsbereich nicht nur „Tätigkeiten, die im Sinne des Artikels 45 des Vertrags [Anm. der Verf.: jetzt Art. 51 AEUV] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“ (Art. 2 Abs. 2 i), sondern auch „Tätigkeiten von Notaren und Gerichtsvollziehern, die durch staatliche Stellen bestellt werden“ (Art. 2 Abs. 2 l),<sup>248</sup> aus.<sup>249</sup>

### c. Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG

Der EuGH scheint dagegen die Position zu vertreten, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie auf Notare Anwendung findet, obwohl er zugleich die Rüge der Kommission wegen Nichtumsetzung der Richtlinie als unbegründet zurückwies.<sup>250</sup> In Rede steht die Auslegung der Bedeutung des Erwägungsgrunds 41 zur Berufsanerkennungsrichtlinie. Hier heißt es: „Diese Richtlinie berührt nicht die Anwendung des Artikels 39 Absatz 4 und des Artikels 45 des Vertrags, insbesondere auf Notare (sic!).“

Dieser Erwägungsgrund könnte dahingehend ausgelegt werden, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) auf Notare Anwendung findet. Durch die gegenteilige Entscheidung des EuGH stellt Erwägungsgrund 41 nunmehr

<sup>246</sup> So bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2930).

<sup>247</sup> Vgl. auch z.B. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1246).

<sup>248</sup> Auch hiermit ist belegt, dass der europäische Gesetzgeber bereits 2006 in Zweifel gezogen hat, dass der Notar öffentliche Gewalt i.S.d. Bereichsausnahme ausübt. Anderenfalls wäre diese „Doppelregelung“ entbehrlich gewesen.

<sup>249</sup> Ausführlich dazu Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (356).

<sup>250</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 135 ff.

schlichtweg eine falsche Rechtsbehauptung dar. Dass „insbesondere Notare“ unter die Bereichsausnahme fallen, ist demnach unzutreffend. Dennoch könnte man aus dem Erwägungsgrund den Willen des Gesetzgebers ableiten, dass Notare nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollten.<sup>251</sup> Dementsprechend wäre der Erwägungsgrund dahingehend umzudeuten, dass neben Tätigkeiten, die unter Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) fallen, auch notarielle Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sein sollen.

Der Gerichtshof vertritt indes eine andere Position. Nach seiner Meinung habe der „Unionsgesetzgeber [Anm. der Verf.: mit Erwägungsgrund 41] aber nicht zur Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 1 EG [Anm. der Verf.: heute Art. 51 AEUV] und damit der Richtlinie 2005/36 auf die Tätigkeiten des Notars Stellung genommen“<sup>252</sup>.

Dennoch weist der EuGH die Rüge der Kommission gegen die Nichtumsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie für Notare durch die Bundesrepublik als unbegründet zurück. Die Begründung hierfür ist indes kurz und nebulös:

*Insoweit erscheint es angesichts der besonderen Umstände, die den Rechtsetzungsprozess begleiteten, sowie der daraus nach dem oben wiedergegebenen normativen Zusammenhang resultierenden Ungewissheit nicht möglich, festzustellen, dass bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist eine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten bestand, die Richtlinien 89/48 und 2005/36 in Bezug auf den Beruf des Notars umzusetzen.*<sup>253</sup>

Der EuGH scheint mit den vorstehenden Ausführungen dogmatisches Neuland betreten zu wollen. Bisher wurde stets vertreten, dass für die Begründetheit einer Klage im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV (ex Art. 226 EG) nur auf die objektive Rechtslage abzustellen ist. Ein Mitgliedstaat konnte sich nur auf drei Wegen gegen eine Verurteilung erwehren. Er konnte demnach lediglich vortragen, dass (1.) der Tatsachenvortrag der Kommission unzutreffend sei, (2.) sein Handeln objektiv den Erfordernissen des Unionsrechts entspreche oder (3.) rechtmäßiges (Alternativ-)Verhalten objektiv unmöglich sei. Nun scheint der Gerichtshof eine weitere Verteidigungsmöglichkeit für Mitgliedstaaten im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens eröffnet zu haben: den Einwand der objektiven Unklarheit bzw. Unerkennbarkeit der Rechtslage.<sup>254</sup> Über die Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie zum heutigen Zeitpunkt lassen sich hieraus jedoch keine unbedingten Schlüsse ziehen.

Auch der Schlussantrag des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón trägt wenig zur Konkretisierung des Urteils bei. Der Generalanwalt ging nämlich davon aus, dass Notare öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) ausüben<sup>255</sup> und begründete seine Ablehnung der Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie allein mit dieser Tatsache

<sup>251</sup> Vgl. z.B. Görk, Stefan, in: Schipel, Helmut und Bracker, Ulrich (Hrsg.), *Bundesnotarordnung – Kommentar*, 9. Auf. (Verlag Franz Vahlen, München, 2011), § 5 BNotO, Rn. 5.

<sup>252</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 140.

<sup>253</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 142.

<sup>254</sup> Vgl. so bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung“, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2929).

<sup>255</sup> Vgl. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der verbundenen Rs. C-47/08 Europäische Kommission gegen Königreich Belgien; Rs. C-50/08, Europäische Kommission gegen Französische Republik; Rs. C-51/08 Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg; Rs. C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Rs. C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rn. 121.

unter Verweis auf deren Erwägungsgrund 41.<sup>256</sup> Da der EuGH jedoch klargestellt hat, dass Notare nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehmen, kann dieser Begründungsansatz keine Gültigkeit mehr besitzen. Allerdings stellte Pedro Cruz Villalón fest, „dass die Antwort auf die Frage, ob der Notarberuf unter Art. 45 Abs. 1 EG fällt, die Antwort auf die Frage nach sich zieht, ob die Richtlinie auf diesen Beruf anwendbar ist.“<sup>257</sup> Folgte man dieser Begründung, so wäre nunmehr klar, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie auch auf den Beruf des Notars Anwendung findet. Die in der Literatur zum Teil vertretenen Auffassungen, der EuGH habe entschieden, dass die Berufsanerkennungsrichtlinie aufgrund des Willens des Unionsgesetzgebers,<sup>258</sup> den Erwägungsgründen der Richtlinie,<sup>259</sup> der Unklarheit des Sekundärrechts<sup>260</sup> oder den besonderen Umständen, die den Rechtssetzungsprozess begleitet haben,<sup>261</sup> auch heute noch nicht anwendbar sei, lassen sich dem Wortlaut des Urteils nicht entnehmen. Schon überzeugender ist hingegen die Position, der EuGH habe in seinem Urteil noch keine Stellung dazu bezogen, ob die Berufsanerkennungsrichtlinie auf Notare anwendbar sei.<sup>262</sup> In der Tat ist richtig, dass der EuGH sich ausdrücklich dazu nicht geäußert hat.<sup>263</sup> Allerdings muss auch festgestellt werden, dass der EuGH das einzige ernstzunehmende Argument gegen die Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie – nämlich eine entsprechende Auslegung von Erwägungsgrund 41 – als unzutreffend zurückgewiesen hat.<sup>264</sup> Weder aus den Erwägungsgründen noch aus dem Text der Richtlinie ergeben sich

<sup>256</sup> Vgl. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der verbundenen Rs. C-47/08 Europäische Kommission gegen Königreich Belgien; Rs. C-50/08, Europäische Kommission gegen Französische Republik; Rs. C-51/08 Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg; Rs. C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Rs. C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rn. 150.

<sup>257</sup> Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der verbundenen Rs. C-47/08 Europäische Kommission gegen Königreich Belgien; Rs. C-50/08, Europäische Kommission gegen Französische Republik; Rs. C-51/08 Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg; Rs. C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Rs. C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rn. 150.

<sup>258</sup> So z.B. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1246); Diehn, Thomas, ‚EuGH: Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare – Anmerkung zu C-54/08, EuZW 2011, 468 – ‚Kommission/Bundesrepublik Deutschland‘, *LMK* 2011, 320442; Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – ‚Judicial Self-Restrain‘ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

<sup>259</sup> Vgl. z.B. Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – ‚Judicial Self-Restrain‘ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

<sup>260</sup> So scheint Heinz, Volker G., ‚Notariatsverfassung europafest machen: Wehe den Besiegten? – Europäische Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten auf für (Anwalts-) und (Nur-)Notare‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2011, 664 zu implizieren.

<sup>261</sup> Vgl. z.B. Fuchs, Marie-Christine, ‚Anmerkungen zu EuGH C-54/08, EuZW 2011, 468‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2011, 475 (475).

<sup>262</sup> So z.B. Lorz, Alexander Ralph, ‚Kein Grund Zur Sorge – Grund zur Entwarnung? – Anmerkung zum Urt. Des EuGH v. 24.5.2011 zur Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Notare, DNotZ 2011, 462‘ *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2011, 491 (496 f.); Altmeier, Franz Peter, ‚EuGH öffnet Notariat für alle EU-Bürger – Lex europae gilt auch im deutschen Notarrecht‘, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 2011, 573.

<sup>263</sup> Vgl. Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (356 f.).

<sup>264</sup> Vgl. EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 141.

jedoch weitere Anhaltspunkte, die gegen eine Anwendung der Berufsanerkennungsrichtlinie auf den Beruf des Notars sprechen.<sup>265</sup>

Für die Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie spricht des Weiteren, dass der Gerichtshof – wie bereits ganz ausdrücklich der Generalanwalt in seinem Schlussantrag –<sup>266</sup> offensichtlich die Frage der Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie mit der Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) für Notare verknüpfte.<sup>267</sup> Dem EuGH zufolge hat der Unionsgesetzgeber mit Erwägungsgrund 41 der Berufsanerkennungsrichtlinie keine Entscheidung über die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme „und damit der Richtlinie 2005/36 auf die Tätigkeiten des Notars“<sup>268</sup> getroffen. Dieser – sprachlich vielleicht nicht zwingende – Zusammenhang zwischen der Ausübung öffentlicher Gewalt und der Anwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie wird jedoch in anderen Sprachfassungen ganz deutlich.<sup>269</sup> Da nunmehr klar ist, dass die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) keine Anwendung findet, kann bereits daraus geschlossen werden, dass nach Ansicht des EuGH auch die Berufsanerkennungsrichtlinie auf Notare anzuwenden ist.

Die teils gegenteilig gedeuteten,<sup>270</sup> in der Tat stellenweise missverständlichen Ausführungen zum Gesetzgebungsverfahren der Berufsanerkennungsrichtlinie unterstützen ebenfalls die Ansicht, dass die Richtlinie auf den Notarberuf Anwendung findet. Dem Gerichtshof zufolge „bestätigt insbesondere die Entstehungsgeschichte der letztgenannten Richtlinie“<sup>271</sup> die zuvor gemachten Ausführungen über die Auslegung des 41. Erwägungsgrunds und der Verknüpfung ihrer Anwendbarkeit mit der Frage der Einschlägigkeit der Bereichsausnahme.

Zudem formulierte der EuGH die Feststellung, dass die Bundesrepublik ihre Umsetzungspflicht nicht verletzt habe, vollständig im Präteritum und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Frist für die begründete Stellungnahme. Dies lässt eine Änderung bezüglich des Bestehens einer Umsetzungspflicht zum heutigen Zeitpunkt zumindest möglich, wenn nicht – angesichts der unterlassenen Verwendung des sonst üblichen Präsens – sogar wahrscheinlich erscheinen.<sup>272</sup>

<sup>265</sup> So schon Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2929).

<sup>266</sup> Vgl. Generalanwalt Pedro Cruz Villalón in seinem Schlussantrag vom 14. September 2010 in der verbundenen Rs. C-47/08 Europäische Kommission gegen Königreich Belgien; Rs. C-50/08, Europäische Kommission gegen Französische Republik; Rs. C-51/08 Europäische Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg; Rs. C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Rs. C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Rs. C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rn. 150.

<sup>267</sup> Vgl. Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (357).

<sup>268</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 140. Hervorhebungen der Verf.

<sup>269</sup> So z.B. im Englischen (EuGH C-54/08, Rn. 140): „By expressing that reservation the European Union legislature **did not adopt a position on** the applicability of the first paragraph of **Article 45 EC, and hence of Directive 2005/36**, to the activities of notaries.“ Hervorhebungen der Verf.

<sup>270</sup> So z.B. Korte, Stefan und Steiger, Dominik, ‚Deutschennotar ist abgestempelt!‘, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 1243 (1246); Diehn, Thomas, ‚EuGH: Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare – Anmerkung zu C-54/08, EuZW 2011, 468 – ‚Kommission/Bundesrepublik Deutschland‘‘, *LMK* 2011, 320442; Bormann, Jens, ‚Der EuGH und das Notariat – ‚Judicial Self-Restrain‘ mit zu hinterfragender Begründung‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, Heft 6, ‚Die erste Seite‘.

<sup>271</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*), Rn. 141.

<sup>272</sup> Vgl. Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (357).

Nach allem ist also davon auszugehen, dass die Berufsanerkenntnisrichtlinie für den Beruf des Notars von nun an Anwendung findet, wenn auch diese Erkenntnis aufgrund der nebulösen Ausführungen des EuGH rechtspolitisch motivierte Zweifler wohl kaum überzeugen wird. Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gerichtshof schon bald erneut zu der Frage äußern kann und eine eindeutigere Position bezieht.

Eine Anwendbarkeit der Berufsanerkenntnisrichtlinie wiederum hat weitreichende Folgen für die Ausübung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit von europäischen Notaren. Diese ist dann – selbst wenn die Umsetzungsfrist wegen der objektiv zweifelhaften Rechtslage *praeter legem* verlängert werden sollte –<sup>273</sup> spätestens nach Ablauf der verlängerten angemessenen Frist auch ohne Umsetzung durch die Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden.

Dies bedeutet zunächst, dass unionseuropäische Diplome, die in einem Mitgliedstaat der Union den unmittelbaren Zugang zum Notariat eröffnen, unionsweit anzuerkennen sind. Zwar erlaubt Art. 14 Berufsanerkenntnisrichtlinie den Mitgliedstaaten im nationalen Recht eine Eignungsprüfung oder einen maximal dreijährigen Anpassungslehrgang vorzusehen; in Ermangelung einer solchen Regelung – wie z.B. derzeit im deutschen Recht – wären aber im Zweifel unionseuropäische Diplome ohne weitere Prüfung automatisch anzuerkennen.<sup>274</sup> Insoweit wäre es wünschenswert, wenn die Bundesregierung unverzüglich eine Gesetzesvorlage zur Anerkennung von Notariatsdiplomen vorlegte. Für die Anerkennung solcher Abschlüsse sollte dabei auch eine Eignungsprüfung eingeführt werden. Auf Grund der Besonderheiten des Notariatswesens – wie der Dienstgewährungspflicht und der besonderen Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege – sollten an diese Eignungsprüfung durchweg höhere Anforderungen gestellt werden, als dies für die Eingliederung europäischer Rechtsanwälte im Rahmen des EuRAG vorgesehen ist.<sup>275</sup> Handelt der Bundesgesetzgeber hingegen nicht schnell, besteht die Gefahr, dass wir in Deutschland bald mit Notaren konfrontiert sind, die keine hinreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache und des deutschen Rechts besitzen. Diese Situation würde das hohe Ansehen des deutschen Notariats gefährden und wäre weder volkswirtschaftlichen sinnvoll noch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes vertretbar.

Auch für die vorübergehende Dienstleistungserbringung halten Art. 5 ff. der Berufsanerkenntnisrichtlinie Regelungen vor. Demnach sind europäische Notare grundsätzlich berechtigt, grenzüberschreitend Dienstleistungen zu erbringen, können aber gegenüber dem Aufnahmemitgliedstaat verschiedene Nachweis- und Informationspflichten haben.<sup>276</sup> Inwieweit in diesem Rahmen erstellte Urkunden als ausländische oder inländische Urkunden zu betrachten sind, bedarf noch einer weiteren Konkretisierung durch die Rechtsprechung. Zwar würde eine Zuordnung der Urkunden zum Herkunftsmitgliedstaat den Gedanken der freien Dienstleistungserbringung erheblich beschränken und damit auch dem Geiste der Berufsanerkenntnisrichtlinie grundsätzlich widersprechen. Dennoch ist auch hier die besondere Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege zu berücksichtigen, die durch einen fast völlig freien europäischen

<sup>273</sup> Diesen Vorschlag machen bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2929).

<sup>274</sup> Vgl. Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, ‚Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2929).

<sup>275</sup> So z.B. Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (357 f.).

<sup>276</sup> Vgl. Pohl, Kay-Thomas, ‚Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa – Anmerkung zu dem EuGH-Urteil Rs. C-47/08 und andere‘, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2011, 353 (358).

Dienstleistungsmarkt für notarielle Dienstleistungen ohne umfassende Kontrollbefugnisse des Aufnahmemitgliedstaates erheblich gefährdet werden könnte.

### 3. Umsetzung in Deutschland

Der Bundesgesetzgeber hat im Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011<sup>277</sup> in Art. 15 den nach der EuGH-Entscheidung in der Rs. *Kommission/Deutschland* (C-54/08) bereits unanwendbaren Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 BNotO mit Wirkung zum 13.12.2011 für Notare aufgehoben. Im Gegensatz zur EuGH-Rechtsprechung hebt § 5 BNotO n.F.<sup>278</sup> nunmehr den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für alle Nichtdeutschen auf, sodass seit dem 13.12.2011 nicht nur Unionsbürger, sondern auch andere Drittstaatsangehörige, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, in Deutschland zum Notar bestellt werden können.

Ansonsten scheint sich der Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung (18. Ausschuss) des Bundestags<sup>279</sup> allerdings der zuvor schon vom Bundesministerium der Justiz<sup>280</sup> eingenommenen verfehlten Position angeschlossen zu haben, dass das genannte EuGH-Urteil darüber hinaus keine Änderungen des deutschen notariellen Berufsrechts erfordere. Europäische Notare, die in naher Zukunft von ihren unionseuropäischen Grundfreiheiten Gebrauch machen wollen, müssen sich also vorerst unmittelbar auf das einschlägige Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union beziehen, das vollumfänglich unmittelbar Anwendung findet. Verfahrensrechtliche Fragen und die Frage nach der zuständigen Stelle für Anerkennungsanträge bleiben indes bis auf Weiteres unbeantwortet, was die faktische Ausübung der europäischen Grundfreiheiten erheblich erschweren dürfte. Mit langwierigen Gerichtsprozessen ist zu rechnen, einschließlich von Staatshaftungsansprüchen gegen die Bundesrepublik wegen qualifizierter Verstöße gegen Unionsrecht.

## II. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Richtern, General- und Staatsanwälten

Auch im Bereich der Rechtsprechung nimmt die Bedeutung der Europäisierung des Rechts zu. Zum einen macht das europäische Mehrebenensystem ein neues Verständnis der Rechtsordnungen notwendig, wobei auch die Rechtsvergleichung als richterliche

<sup>277</sup> BGBl. I S. 2515.

<sup>278</sup> „Zum Notar darf nur bestellt werden, wer die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richterergesetz erlangt hat.“

<sup>279</sup> So heißt es „Mit der Änderung durch Buchstabe a [Anm. der Verf.: wodurch der Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 BNotO nunmehr aufgehoben wird] wird das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. Mai 2011 in der Rs. C-54/08 umgesetzt.“ *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung (18. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 17/6260 – und anderem*, BT-Drs. 17/7218 vom 28.09.2011, 49.

<sup>280</sup> Unter völliger Verkenntnis des EuGH-Urteils schreibt das BMJ: „Eine Anerkennung von Qualifikationen aus anderen EU-Mitgliedstaaten haben die Richter nicht angeordnet. Der EuGH folgt in diesem Punkt nicht der Argumentation der Europäischen Kommission, die eine Verurteilung Deutschlands wegen Nichtumsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie beantragt hatte.“ Bundesministerium der Justiz, *EU-Bürger können künftig deutsche Notarausbildung durchlaufen*, Nachricht vom 24.05.2011. Online verfügbar unter [http://www.bmj.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2011/20110524\\_EUGH\\_Notarausbildung.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2011/20110524_EUGH_Notarausbildung.html). Vgl. teils fast wortgleich die ebenso unrichtige Argumentation der Bundesnotarkammer, *EuGH: Notariatsverfassungen gerechtfertigt – Staatsangehörigkeitserfordernis diskriminierend*, Pressemitteilung vom 24.05.2011. Online verfügbar unter [http://www.bnotk.de/downloads/Pressemitteilungen/2011/pm\\_bnotk\\_110524.pdf](http://www.bnotk.de/downloads/Pressemitteilungen/2011/pm_bnotk_110524.pdf).



Auslegungsmethode an Bedeutung gewinnen kann; zum anderen ist für die zunehmende Internationalisierung des Geschäftsverkehrs eine daran angepasste Judikative ein nicht zu unterschätzender Standortvorteil.<sup>281</sup> Gerade für internationale Handelssachen wäre also ein neues Richterverständnis durchaus angebracht. Dass dies auch die deutsche Gesetzgebung erkannt hat, zeigt sich eindrucksvoll an einer Gesetzesinitiative, mit der es den Ländern überlassen werden soll, auch Englisch als Gerichtssprache für internationale Handelssachen einzuführen.<sup>282</sup>

Vor diesem Hintergrund wäre es auch hilfreich, wenn Richter vermehrt transnational und europäisch ausgebildet würden. Entsprechend stellt sich auch die Frage, ob europäische Regelungen dies befördern könnten. Hier käme vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art. 45 ff. AEUV (ex Art. 39 ff. EG) in Betracht, da es sich bei Richtern – aber auch bei Generalanwälten und Staatsanwälten – um abhängig Beschäftigte handelt, die zunächst einmal unter den weiten Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts fallen. Allerdings steht gemeinhin außer Frage, dass die Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Abs. 4 AEUV (ex Art. 39 Abs. 4 EG) für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung sowohl für Richter als auch Staatsanwälte Anwendung findet,<sup>283</sup> also beide Berufsgruppen nicht der regulativen Einwirkung der Grundfreiheiten ausgesetzt sind.

<sup>281</sup> Zur Globalisierung des Rechtsprechungsmarkts insbesondere im Bezug auf Deutschland vgl. z.B. Calliess, Graf-Peter und Hoffmann, Hermann B., „Judicial Services for Global Commerce – Made in Germany?“, *German Law Journal (GLJ)* 2009, 115-122.

<sup>282</sup> Zum Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), vgl. BR-Drs. 42/10 vom 27.01.10. Siehe hierzu auch Bundesrat, Auch Englisch soll zulässige Gerichtssprache sein, Pressemitteilung 62 | 2010 vom 07.05.10. Online verfügbar unter [http://www.bundesrat.de/nn\\_8538/DE/presse/pm/2010/062-2010.html?\\_nnn=true](http://www.bundesrat.de/nn_8538/DE/presse/pm/2010/062-2010.html?_nnn=true).

Auch die BRAK unterstützt diese Initiative. Vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), BRAK-Stellungnahme-Nr. 22/2010 vom August 2010. Online verfügbar unter <http://brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2010/Stn22.pdf>. Auch der Deutsche Anwaltverein unterstützt die Initiative. Vgl. hierzu auch Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss für internationalen Rechtsverkehr zum Bundesrats-Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (BR-Drs. 042/10) – Antrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Hamburg, Hessen und Niedersachsen, Stellungnahme Nr. 46/2010 vom August 2010. Online verfügbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN46.pdf>. Der BGH-Präsident Klaus Tolksdorf bewertet diese Initiative hingegen kritisch. Vgl. hierzu z.B. BGH-Präsident skeptisch gegenüber Englisch als Gerichtssprache, *business-wissen.de* vom 15.02.2010. Online verfügbar unter <http://www.business-wissen.de/nachrichten/bgh-praesident-skeptisch-gegenueber-englisch-als-gerichtssprache>. Zum weiteren Verlauf der Gesetzesinitiative, vgl. auch BT-Drs. 17/2163 vom 16.06.2010.

Am 29.09.2011 wurde die Gesetzesinitiative erstmalig im Bundestag beraten. Vgl. Redaktion beck-aktuell, „Gesetzesinitiative: Englisch als weitere Gerichtssprache“, *becklink* 1016367. Am 09.11.2011 fand im Bundestagsrechtsausschuss eine Expertenanhörung zu dem Gesetzentwurf statt. Die meisten Experten unterstützen den Entwurf, es gab aber auch scharfe Kritik. So kritisierte z.B. Wolfgang Ball, dass der Entwurf für englischsprachige Parteien keinen großen Mehrwert schaffe, da mindestens die dritte Instanz (also der Bundesgerichtshof) nachwievor nur Deutsch als Verfahrenssprache zulasse. Vgl. Redaktion beck-aktuell, „Experten befürworten mehrheitlich englischsprachige Kammern für internationale Handelssachen“, *becklink* 1017091. Diesem Argument folgend, wäre es also unwahrscheinlich, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit spürbar an Attraktivität gewinnt. Dies spricht aber nicht gegen das Erfordernis, das deutsche Justizwesen im Bereich des Handelsrechts zu internationalisieren, sondern besagt lediglich, dass der aktuelle Entwurf nur als erster Schritt verstanden werden kann.

<sup>283</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gilt die Bereichsausnahme zumindest für denjenigen, der mit einer gewissen Regelmäßigkeit sowohl a) an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse teilnimmt als auch b) allgemeine Belange des Staates wahrt. Vgl. hierzu z.B. Scheuer, Alexander und Weerth, Carsten, in: Lenz, Carl Otto und Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), *EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon*, 5. Aufl. (Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, Köln, 2010) Art. 45 AEUV, Rn. 84. Dass ein Staatsanwalt oder Richter

Nicht ganz so eindeutig erscheint die Rechtslage für Generalanwälte. Diese, dem deutschen Leser in erster Linie vom EuGH bekannten Gerichtsmitarbeiter, erstellen typischerweise an obersten Gerichtshöfen einiger Mitgliedstaaten, wie z.B. dem Hoge Raad (HR) in den Niederlanden oder dem Cour de Cassation in Frankreich ein Rechtsgutachten zu den im Fall aufgeworfenen Fragen, bevor die Richter darüber urteilen. Die Richter sind aber in keiner Weise an die Rechtsauffassung der Generalanwälte gebunden. Klar ist auch hier, dass Generalanwälte allgemeine Belange wahren und in besonderer Weise an der Rechtspflege teilhaben. Ihre Gutachten sind für die Rechtsfortbildung in den entsprechenden Ländern von großer Bedeutung. Entsprechend dürfte auch angenommen werden, dass sie hoheitliche Befugnisse ausüben. Somit finden auch auf sie die europäischen Grundfreiheiten keine Anwendung.

Wenn nach allem auch davon auszugehen ist, dass europarechtlich keine Pflicht dazu besteht, eine gewisse Freizügigkeit von Richtern, Generalanwälten und Staatsanwälten zu ermöglichen, stellt sich nationalrechtlich dennoch die Frage, ob es nicht sinnvoll wäre, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt dieser Berufe für Unionsbürger aufzuheben. Hieran schließt sich die Diskussion an, ob eine solche Lockerung überhaupt verfassungsrechtlich erlaubt wäre; gemäß Art. 20 Abs. 2 GG geht nämlich alle Staatsgewalt vom (deutschen) Volk aus, was in den Augen mancher voraussetzt, dass die Organe der Rechtsprechung zugleich dem Volk angehören müssen, in dessen Namen sie Recht sprechen, es also notwendig ist, dass alle Richter deutsche Staatsangehörige sind.<sup>284</sup> Hiervon sollte aber in Zeiten einer immer weiter zusammenwachsenden Union mit Unionsbürgerschaft, kommunalem Wahlrecht für ausländische Unionsbürger und direkter Rechtsbetroffenheit der Individuen von Entscheidungen europäischer Gerichte wohl nicht mehr die Rede sein. Es wäre also wünschenswert, wenn sich hier der deutsche Gesetzgeber offen zeigte.

Letztlich sollte aber für Kernfragen des Richteramts, insbesondere die inhaltlichen Qualifikationsvoraussetzungen, das nationale Recht allein kompetent sein, sodass auch das Erfordernis einer Staatsprüfung weiterhin legitim ist. Marktfreiheitsrechten in solch zentralen Bereichen des Rechtswesens eine entscheidende Rolle zuzusprechen, erschiene dagegen deplatziert. Unionsbürgerschaftsrechte sollten hingegen eine angemessene Rolle spielen dürfen. Es wäre deswegen zweckwidrig, Unionsbürgern zwar ein kommunales Wahlrecht zuzubilligen, bei Vorliegen entsprechender Qualifikationen, d.h. bestandener Zweiter Staatsprüfung, aber den Zugang zur Richterschaft nur auf Grund der Nationalität zu verweigern.

Dementsprechend stellt sich hier die Frage, wie im Rahmen eines transnationalen, europäisch ausgerichteten Jurastudiums die Zweite Staatsprüfung abgelegt werden kann, damit die Absolventen auch die Befähigung zum Richteramt erwerben können und umgekehrt Gerichte Richter rekrutieren können, die zur rechtsvergleichenden und europäischen Auslegung befähigt sind und das Europarecht – auch methodisch – beherrschen.

---

eindeutig hoheitliche Befugnisse inne hat und diese auch regelmäßig in der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates ausübt, dürfte außer Frage stehen.

<sup>284</sup> Ausführlich zu dieser Diskussion, wenn auch im Bezug auf ehrenamtliche Richter vgl. Jutzi, Siegfried, ‚Zulassung von Ausländern als ehrenamtliche Richter‘, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 1997, 377-380, der aus Art. 20 Abs. 2 GG herleitet, dass die Staatsgewalt nur dann vom Volk ausgehe, wenn sie von Angehörigen des deutschen Volkes ausgeübt wird und deshalb der Zulassung von Ausländern zum Richteramt kritisch gegenübersteht. Die entgegengesetzte Position vertritt hingegen – im gleichen Kontext – Röper, Erich, ‚Anspruch der Unionsbürger auf das Amt des ehrenamtlichen Richters‘, *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 1998, 195-202, der eher auf die Verwirklichung des Demokratieprinzips als Legitimierung der richterlichen Macht Bezug nimmt.

## D. Wege zum deutschen Volljuristen ohne Erste juristische Prüfung (Erstes Staatsexamen)

Das deutsche Recht kennt seit langem mehrere Möglichkeiten, die Befähigung zum Richteramt auch ohne Erste juristische Prüfung zu erwerben. Zunächst bestimmt § 7 DRiG, dass derjenige, der „ordentliche[r] Professor der Rechte an einer Universität“<sup>285</sup> in Deutschland ist, automatisch die Befähigung zum Richteramt erhält, auch wenn er in einer anderen Rechtsordnung ausgebildet ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Professor in erster Linie oder sogar ausschließlich ausländisches Recht an einer deutschen Universität unterrichtet. Ein Nachweis von Kenntnissen im deutschen Recht wird nicht verlangt. Dies eröffnet ausländisch ausgebildeten, akademisch hochqualifizierten Juristen die Möglichkeit, parallel zum Universitätsdienst jeden reglementierten juristischen Beruf in Deutschland auszuüben, sofern dies nicht auf Grund der Amtsstellung als Universitätsprofessor beamten- oder berufsrechtlich unzulässig ist. Indes vermag diese Bestimmung nicht dafür zu sorgen, dass eine relevante Anzahl europäischer, transnational ausgebildeter Juristen auf dem Arbeitsmarkt für reglementierte Berufe zur Verfügung steht. Des Weiteren kennt das deutsche Recht einige Vorschriften, die es „DDR-Juristen“ und Vertriebenen ermöglichen, ihre Abschlüsse direkt als berufsqualifizierend – z.B. für die Anwaltstätigkeit oder als Zugangsberechtigung zum juristischen Vorbereitungsdienst, der wiederum bei erfolgreicher Teilnahme an der Zweiten juristischen Staatsprüfung mit der Befähigung zum Richteramt endet – anerkennen zu lassen. Allerdings gelten diese Bestimmungen nicht als Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Sinne des Europarechts,<sup>286</sup> da sie lediglich eine historische Benachteiligung einer beschränkten Gruppe auszugleichen versuchen.<sup>287</sup> Dementsprechend haben im EU-Ausland universitär

<sup>285</sup> Der Begriff „ordentlicher Professor“ ist im Gesetz nicht definiert. Was darunter genau zu verstehen ist, ist in der Literatur umstritten. Zum Teil werden hierunter nur Professoren der Gehaltstufe C4 bzw. nun W3 verstanden. So z.B. Johann-Friedrich, *Nomos-Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht – Kommentar zum Deutschen Richtergesetz*, 1. Aufl. (Beck-Online, München, 2010), § 7 Rn. 2. Zum Teil wird der Begriff allerdings auch deutlich weiter gefasst. Vgl. hierzu Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 7 Rn. 4 f. Geklärt ist indes, dass sich ein emeritierter Professor der Rechte einer französischen Universität mit deutscher Staatsbürgerschaft und bestandener erster Staatsprüfung, aber ohne Zweite Staatsprüfung, nicht auf § 7 DRiG berufen kann, wenn er Zulassung zur Anwaltschaft begehrt. Vgl. BGH, *Anwaltsblatt (AnwBl)* 1986, 103-104.

<sup>286</sup> So die weit überwiegende in der Literatur [vgl. z.B. Tiesel, Guido und Tournay, Silke, ‚Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)‘, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (240)] und Rechtsprechung [so z.B. VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 07.07.2005, Aktenzeichen 4 S 901/05, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2005, 1048-1058, Rn. 10 und Leitsatz 2; BVerwG, Beschluss v. 10.07.1996, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1996, 2945 zur Gleichstellung eines italienischen Universitätsexamens mit der damals noch Ersten juristischen Staatsprüfung (heute: Erste juristische Prüfung)] vertretenen Meinung. Nur Timm, Sylwia und Kempter, Dorota, ‚Diskriminierung beim Zugang zum Referendardienst in Deutschland – Sein oder Sein?‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2005, 2826 (2828) vertreten hier – allerdings ohne weitere Begründung – die Gegenmeinung.

<sup>287</sup> Dazu der Generalanwalt von Greven in seinem Schlussantrag in der Rs. C-340/89 Rn. 19, hier allerdings im Bezug auf die Anerkennung von Anwaltsqualifikationen: „Nun, im Falle des Bundesvertriebenengesetzes könnte man von einer Vorzugsbehandlung für eine durch historische Umstände benachteiligte Personengruppe sprechen. Im Falle des Einigungsvertrags gilt die Vorzugsbehandlung für alle diejenigen, die in der früheren Deutschen Demokratischen Republik bestimmte Studien absolviert oder eine bestimmte Berufserfahrung erworben haben. [...] Ich selbst neige dazu, die im Einigungsvertrag enthaltene Regelung für gerechtfertigt zu halten, da in ihr eine Vorzugsbehandlung für eine ebenfalls durch historische Umstände benachteiligte Personengruppe zu sehen ist. Es

qualifizierte Juristen keinen Rechtsanspruch auf ein vergleichbares Anerkennungsverfahren.<sup>288</sup>

Der EuGH hat allerdings in den Rs. *Morgenbesser*<sup>289</sup> und *Pešla*<sup>290</sup> entschieden, dass auch auf praktische Ausbildungsphasen, die letztlich zur Zulassung zur Anwaltschaft führen, die Niederlassungsfreiheit und ggf. auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit (vorverlagert) Anwendung finden. Diese Entscheidungen haben deswegen für die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst in Deutschland eine zentrale Bedeutung; damit dienen sie auch dem Ziel, dass im europäischen Ausland universitär qualifizierte Juristen die Befähigung zum Richteramt erlangen können. Deshalb erscheint eine kursorische Darstellung zunächst geboten (I.). Zudem hat der deutsche Gesetzgeber – in der Absicht, die *Morgenbesser*-Rechtsprechung umzusetzen –, ein Anerkennungsverfahren für unionseuropäische juristische Universitätsabschlüsse in § 112a DRiG aufgenommen. Diese konkretisiert die europäische Rechtsprechung, ist aber natürlich ihrerseits europarechtskonform auszulegen (II.). Letztlich können aber auch Universitäten zu einer Europäisierung der klassischen deutschen Juristenausbildung beitragen, indem sie ausländische Studienleistungen soweit wie möglich anerkennen und es somit transnational mobilen Studenten erleichtern, die Erste juristische Prüfung abzulegen. Da es sich allerdings bei der Ersten juristischen Prüfung zugleich um eine Zulassungsprüfung zum juristischen Vorbereitungsdienst handelt, macht § 5a DRiG gewisse Vorgaben für das Studium, welches mit dieser Prüfung endet. Diese Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Universitäten – vorbehaltlich weiterer Einschränkungen durch die Justizausbildungsgesetze der Länder – allerdings ihre Studien- und Anerkennungsvoraussetzungen frei gestalten können, bedürfen in diesem Rahmen also auch einer kurzen Betrachtung (III.).

### I. Europarechtliche Vorgaben<sup>291</sup>

In der Rs. *Morgenbesser*<sup>292</sup>, in der eine in Frankreich universitär qualifizierte Juristin Zugang zur praktischen Rechtsanwaltsausbildung in Italien beehrte, hat der EuGH erstmals seine in den Rs. *Vlassopoulou*<sup>293</sup> und *Fernández de Bobadilla*<sup>294</sup> entwickelten

---

geht mit anderen Worten darum, unter dem Blickwinkel des EWG-Vertrages einen Rückstand aufzuholen, in den eine bestimmte Gruppe von Bürgern gegenüber allen übrigen Gemeinschaftsbürgern geraten war.“ Diese Gedanken lassen sich aber auch ohne weiteres auf die Anerkennung von Qualifikationen, die zur Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst berechtigen, übertragen.

<sup>288</sup> Ausführlich hierzu bereits Pinkel, Tobias, „Krzysztof Pešla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (102 f.). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

<sup>289</sup> EuGH C-313/01 (*Morgenbesser*).

<sup>290</sup> EuGH C-345/08 (*Pešla*).

<sup>291</sup> Ausführlich hierzu auch Pinkel, Tobias, „Krzysztof Pešla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73-106. Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

<sup>292</sup> Vgl. EuGH C-313/01 (*Morgenbesser*).

Im Fall *Morgenbesser* wollte eine in Frankreich universitär qualifizierte Juristin, die den französischen Abschluss *maîtrise en droit* erlangt hatte, in Italien als Rechtsanwaltsanwärterin (*praticante*), also zur praktischen Rechtsanwaltsausbildung, zugelassen werden. Eine übersichtliche Zusammenstellung der Faktenlage findet sich auch bei CCBE, *Chronology (I), Analysis (II) and Guidance (III) to Bars and Law Societies Regarding Case C-313/01 Christine Morgenbesser v Consiglio Dell'Ordine Degli Avvocati di Genova, 5th Chamber (13 November 2003)* (CCBE, Brüssel, 2004), 2. Online verfügbar unter [http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/morgenbesser\\_guidanc1\\_1183976940.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/morgenbesser_guidanc1_1183976940.pdf).

<sup>293</sup> EuGH C-340/89 (*Vlassopoulou*).

Grundsätze zur Anerkennungspflicht von im Unionsausland erworbenen Qualifikationen ohne sekundärrechtliche Grundlage<sup>295</sup> auf die praktische Rechtsanwaltsausbildung (Referendariat) ausgedehnt. Dabei hat der Gerichtshof klargestellt, dass das Fehlen einer nationalen formalen Qualifikation allein nicht ausreicht, um einem im Ausland universitär ausgebildeten Juristen die Zulassung zum Rechtsanwaltsreferendariat zu verweigern. Vielmehr hielt es der EuGH für zwingend, dass die zuständigen Organe „prüfen, ob und inwieweit die durch das in einem anderen Mitgliedstaat verliehene Diplom bescheinigten Kenntnisse und erworbenen Fähigkeiten oder die dort gewonnenen Berufserfahrungen sowie die in dem Mitgliedstaat, in dem der Bewerber seine Eintragung [als Anwaltsreferendar] beantragt, gewonnenen Erfahrungen als – und sei es auch teilweise – Erfüllung für die Aufnahme der betreffenden Tätigkeit verlangten Voraussetzungen anzusehen sind.“<sup>296</sup> Damit übertrug der Gerichtshof erstmals seine ständige Rechtsprechung zur Anerkennung von Diplomen im Sinne der heutigen Berufsanerkenntnisrichtlinie<sup>297</sup> auch auf Situationen, in denen derjenige, der die Anerkennung begehrt, noch kein *produit fini* ist, also noch nicht die Zulassungsvoraussetzungen zu einem reglementierten Beruf nach den Regularien eines Mitgliedstaates erfüllt.<sup>298</sup> Viele Fragen blieben indes noch offen, die auch bis heute zumindest zum Teil nicht europarechtlich geklärt worden sind.

In der Rs. *Pešla*<sup>299</sup>, in der ein in Polen universitär qualifizierter Jurist Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst in Deutschland beehrte, hat der EuGH insbesondere den Prüfungsmaßstab für die Feststellung der Gleichwertigkeit, die zu einer Anerkennungspflicht des ausländischen Abschlusses führt, konkretisiert. Zuvor hatte der Gerichtshof jedoch noch ausgeführt, dass die in der Rs. *Morgenbesser* entwickelten Grundsätze regelmäßig für jede praktische Juristenausbildung gelten, die die Funktion eines Anwaltsreferendariats erfüllt – unabhängig davon, ob sie in Form einer praktischen Ausbildung zum Einheitsjuristen oder nur zum Rechtsanwalt erfolgt –<sup>300</sup> und dass Referendare im juristischen Vorbereitungsdienst in Deutschland weder als Beschäftigte „in der öffentlichen Verwaltung“ im Sinne der Bereichsausnahme für die Freizügigkeit des Art. 45 Abs. 4 AEUV (ex Art. 39 Abs. 4 EG) gelten, noch unter die Bereichsausnahme für die Niederlassungsfreiheit des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EG) für Tätigkeiten, die „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, fallen.<sup>301</sup>

<sup>294</sup> EuGH C-234/97 (*Fernández de Bobadilla*).

<sup>295</sup> Zu diesen und anderen Ausgangspunkten in der Rechtsprechung des EuGH vgl. auch Schlussantrag von AG Christine Stix-Hackl zur Rs. C-313/01 (*Morgenbesser*), Rn. 85.

<sup>296</sup> EuGH C-313/01 (*Morgenbesser*), Rn. 67. In diese Richtung auch schon der Schlussantrag von AG Christine Stix-Hackl, Rn. 88.

<sup>297</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

<sup>298</sup> Vgl. Schneider, Hildegard und Lubina, Katja, „Freizügigkeit von Juristen in der Europäischen Gemeinschaft: Der Fall Lubina und seine Folgen für deutsch-niederländische Juristen“, in: de Groot, René und Janssen, André (Hrsg.), *Festschrift anlässlich des sechzigjährigen Bestehens der Deutsch-Niederländischen Juristenkonferenz* (Lit Verlag, Münster, 2009), 125 (139); Lonbay, Julian, „Centennial Universal Congress of Lawyers Conference – Lawyers Jurists in the 21st Century: Legal Ethics and Professional Responsibility in a Global Context“, 4 *Washington University Global Studies Law Review* 2005, 609 (615).

<sup>299</sup> EuGH C-345/08 (*Pešla*).

<sup>300</sup> Vgl. EuGH C-345/08 (*Pešla*), Rn. 27.

<sup>301</sup> Vgl. EuGH C-345/08 (*Pešla*), Rn. 30 ff. Ausführlich dazu bereits Pinkel, Tobias, „Krzysztof Pešla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (88-90). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

Um den Gleichwertigkeitsprüfungsmaßstab zu konkretisieren, führte der Gerichtshof sodann aus, dass bei der Gleichwertigkeitsprüfung von unionseuropäischen Hochschulabschlüssen „die Kenntnisse als Maßstab heranzuziehen sind, die durch die Qualifikation bescheinigt werden, die in dem Mitgliedstaat verlangt wird, in dem der Bewerber die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst beantragt.“<sup>302</sup> „Die praktische Wirksamkeit von Art. 39 EG [Anm. der Verf.: jetzt Art. 45 AEUV] verlangt es“ also „nicht, dass für den Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit in einem Mitgliedstaat niedrigere Anforderungen gestellt werden, als sie normalerweise für Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats gelten.“<sup>303</sup> Es ist also zulässig, dass genau auf die Kenntnisse im deutschen Recht abgestellt wird, die durch die erfolgreiche Teilnahme an der Ersten juristischen Prüfung bescheinigt werden.

Ab wann bzw. wodurch eine solche Gleichwertigkeit festgestellt werden kann, überlässt der EuGH grundsätzlich den Mitgliedstaaten. Er macht allerdings, wenn auch nicht ausdrücklich, einige Vorgaben. Danach muss es für den Nachweis der Gleichwertigkeit der vorhandenen Kenntnisse ausreichen, wenn nach Prüfung der vorgelegten Nachweise zu vermuten ist, dass der Kandidat die Erste juristische Prüfung bzw. die Eignungsprüfung erfolgreich ablegen könnte. Dies ist natürlich objektiv festzustellen. Ist eine solche Feststellung allerdings auf Grund beweisbarer Tatsachen möglich, scheint es nicht mehr verhältnismäßig zu sein und im Widerspruch zum Effektivitätsgrundsatz zu stehen, eine Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst zu verweigern. Eine Anerkennung von universitären Prüfungsleistungen nur mit der Begründung zu verweigern, dass sie keine Staatsprüfung darstellen und damit das Prüfungsniveau nicht genau dem der Ersten juristischen Prüfung entsprochen habe, wie es zum Teil in der Literatur vorgeschlagen<sup>304</sup> und auch vom Landesjustizprüfungsamt Schwerin vertreten<sup>305</sup> wurde, ist hingegen europarechtlich absolut nicht haltbar. Auch andere formale Begründungen wie etwa, dass eine bestimmte Bescheinigung bei einem deutschen Studenten nur innerhalb des Studiums abgelegt wird und somit erst zur Ablegung der Ersten juristischen Prüfung berechtigt, sind dementsprechend als alleiniges Argument nicht statthaft. Es geht eben nicht um den Nachweis, dass der Kandidat ganz konkret vergleichbare Prüfungen bereits bestanden hat.

Auch dürfen die Landesjustizprüfungsämter für die Feststellung der Gleichwertigkeit nicht verlangen, dass Kenntnisse in allen Teilfächern nachgewiesen werden, die im Rahmen der Pflichtfachprüfung zum verpflichtenden Stoffumfang gehören. Prüfungsmaßstab sind nämlich – wie bereits oben dargestellt – die Kenntnisse, die durch eine erfolgreiche Teilnahme an der Ersten juristischen Prüfung nachgewiesen werden<sup>306</sup> und nicht die Kenntnisse des Stoffes, der in der Ersten juristischen Prüfung abgefragt werden könnte. Die

<sup>302</sup> Vgl. EuGH C-345/08 (*Pešla*), Rn. 48.

<sup>303</sup> Vgl. EuGH C-345/08 (*Pešla*), Rn. 50. Vgl. zu der klaren Bewertung des Prüfungsmaßstabes durch den EuGH auch Häcker, Robert und Lennartz, Dirk S., ‚Zur Europarechtskonformität von § 112a DRiG – Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2009, C-345/08 – Pešla‘, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2010, 123 (124).

<sup>304</sup> So z.B. Häcker, Robert und Lennartz, Dirk S., ‚Zur Europarechtskonformität von § 112a DRiG – Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2009, C-345/08 – Pešla‘, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2010, 123 (125).

<sup>305</sup> VG Schwerin, Beschluss v. 08.07.2008, Aktenzeichen 3 A 588/07 = BeckRS 2009, 37509. Online verfügbar unter <http://www.rewi.euv-frankfurt-o.de/de/dekanat/aktuelles/studierende/Vorlagebeschluss3A588-07vom08072008.pdf>, S.3.

<sup>306</sup> Vgl. EuGH C-345/08 (*Pešla*), Rn. 48.

Zulassungsvoraussetzung ist schließlich das Bestehen der Ersten juristischen Prüfung mit vier Punkten und nicht mit achtzehn.<sup>307</sup>

## II. Nationale Umsetzung

Im Rahmen des 2. Justizmodernisierungsgesetzes (2. JustizModG)<sup>308</sup> hat der deutsche Gesetzgeber – ausdrücklich mit dem Willen, damit die *Morgenbesser*-Rechtsprechung des EuGH umzusetzen<sup>309</sup> und Rechtssicherheit für die Betroffenen zu schaffen – mit § 112a Deutsches Richtergesetz (DRiG)<sup>310</sup> eine positivrechtliche Regelung zur Anerkennung von juristischen Abschlüssen, die noch nicht zur Ausübung der Rechtsanwaltschaftstätigkeit berechtigen, eingeführt. Alle zuvor durch verschiedene deutsche Gerichte entwickelten Ansätze zur Anerkennung von ausländischen juristischen Hochschulabschlüssen zur Umsetzung der Vorgaben des europäischen Primärrechts sowie die sich diesbezüglich entwickelnde Verwaltungspraxis, die vor allem auf einen Beschluss der Justizministerkonferenz<sup>311</sup> zurückging, wurden damit außer Kraft gesetzt. Anzuwenden sind nun einzig und allein die Regelungen des § 112a DRiG,<sup>312</sup> die allerdings im Lichte des Unionsrechts auszulegen sind, sowie – im Konfliktfall – direkt die Bestimmungen des höherrangigen europäischen Primärrechts.<sup>313</sup>

### 1. Grundstruktur

Der neue § 112a DRiG sieht nun eine zweistufige Prüfung der Gleichstellung unionseuropäischer ausländischer juristischer Hochschulabschlüsse oder von Hochschulabschlüssen aus dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sowie der Schweiz vor, die „in einem dieser Staaten [...] zur postuniversitären Ausbildung für den Beruf des [europäischen Rechtsanwalts] berechtigen“ (§ 112a Abs. 1 DRiG). Zunächst sind die vorgelegten Qualifikationen des Kandidaten zu bewerten und zu überprüfen, ob sich daraus bereits eine (Teil-)Gleichwertigkeit ergibt. Kann hierbei jedoch keine Gleichwertigkeit festgestellt werden, besteht auf der zweiten Stufe des Anerkennungsverfahrens die Möglichkeit, eine Eignungsprüfung in den Bereichen abzulegen, in denen nicht bereits auf der ersten Stufe eine Gleichwertigkeit festgestellt wurde. Beide Stufen der

<sup>307</sup> Ausführlich hierzu auch Pinkel, Tobias, ‚Krzysztof Peśla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (92-96). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

<sup>308</sup> Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz, BGBl I 2006, 3461 vom 22.12.2006, Geltung ab 31.12.2006.

<sup>309</sup> Zum Willen des deutschen Gesetzgebers mit der vorstehenden Norm *Morgenbesser* (EuGH C-313/01) umzusetzen vgl. BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 49. Hierzu auch z.B. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 2; v. Preuschen, Anabel, ‚Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema – Die Rechtsänderung durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2007, 321 (321-322).

<sup>310</sup> Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S. 713), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist.

<sup>311</sup> Vgl. hierzu auch v. Preuschen, Anabel, ‚Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema – Die Rechtsänderung durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2007, 321 (322).

<sup>312</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 2 mit Nachweisen bzgl. anderer Ansätze, die richterrechtlich entwickelt wurden.

<sup>313</sup> Vgl. dazu auch Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 3-7.

Gleichwertigkeitsprüfung sind dabei gemäß § 112a Abs. 7 DRiG von den Landesjustizverwaltungen oder den sonst nach Landesrecht für die Abnahme der staatlichen Pflichtfachprüfungen zuständigen Stellen durchzuführen.<sup>314</sup>

## 2. Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Unionsbürger

Der persönliche Anwendungsbereich ist zudem – wie auch weitgehend der Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten – noch auf Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten und der Staaten des EWR sowie der Schweiz beschränkt.<sup>315</sup> Durch Art. 17 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011<sup>316</sup> wird zum 1. April 2012 allerdings das Staatsangehörigkeitserfordernis aufgehoben. Ab diesem Zeitpunkt können alle „Personen, die ein rechtswissenschaftliches Universitätsdiplom besitzen, das in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz erworben wurde“ (§ 112a DRiG n.F.), unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit vom Anerkennungsverfahren profitieren. Darüber hinaus soll die Neuerung hingegen keine Auswirkungen haben.<sup>317</sup> Dennoch stellt diese Regelung eine deutliche nationale Erweiterung der Anerkennungsmöglichkeiten von universitären juristischen Abschlüssen gegenüber den unionsrechtlichen Vorgaben dar.

## 3. Berechtigung zur postuniversitären Rechtsanwaltsausbildung

Eine zentrale europarechtliche Frage, die die Anwendung von § 112a DRiG aufwirft und die noch durch den EuGH zu beantworten ist, betrifft die genauen Voraussetzungen, die an ein rechtswissenschaftliches unionseuropäisches Universitätsdiplom gestellt werden, damit mit diesem ein Antrag auf Feststellung der Gleichwertigkeit gestellt werden kann. Nach § 112a Abs. 1 DRiG ist dies nämlich nur möglich, wenn der Abschluss „in einem dieser Staaten erworben wurde und dort den Zugang zur postuniversitären Ausbildung für den Beruf des europäischen Rechtsanwalts“ eröffnet.

Zwei Auslegungsfragen dieser Formulierung bedürfen noch einer unionsrechtlichen Betrachtung. Zunächst ist fraglich, wann ein Abschluss als Zugangsberechtigung zur postuniversitären Anwaltsausbildung angesehen werden muss (a.). Sodann ist zu diskutieren, wie die Formulierung, dass ein Abschluss „dort“ zum Zugang berechtigen muss, auszulegen ist (b.). Abschließend ist darzulegen, dass § 112a DRiG im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung nun auch auf Personen anzuwenden ist, die sich für das Notariatsreferendariat in einem Mitgliedstaat der EU qualifiziert haben (c).

<sup>314</sup> Vgl. z.B. v. Preuschen, Anabel, ‚Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema – Die Rechtsänderung durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz‘, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2007, 321 (322).

<sup>315</sup> Hierzu ausführlich Tiesel, Guido und Tournay, Silke, ‚Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)‘, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (236). Vgl. auch, insbesondere zur Erstreckung der Grundfreiheiten auf die Schweiz und die Länder des EWR BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 50. Ausführlich zum Kreis der begünstigten Person auch Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richterergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 10-11.

<sup>316</sup> BGBl. I S. 2515.

<sup>317</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260 vom 22.06.2011, 58.



a. Zugang zur postuniversitären Anwaltsausbildung

Die Voraussetzung des Zugangs zur postuniversitären Anwaltsausbildung des § 112a DRiG ist europarechtskonform auszulegen und kann deshalb nicht dahingehend gedeutet werden, dass direkt und ohne weitere Prüfungen der Zugang zu irgendeiner Form des Anwaltsreferendariats im Heimatmitgliedstaat unmittelbar eröffnet sein muss, um in den Genuss der Gleichwertigkeitsprüfung zu kommen.

Der EuGH hat bereits in der Rs. *Morgenbesser*<sup>318</sup> entschieden, dass ein Universitätsabschluss, der erst zu einer postuniversitären Zulassungsprüfung für das Anwaltsreferendariat berechtigt, bei Nachweis gleichwertiger Kenntnisse des Rechts des Aufnahmemitgliedstaates anzuerkennen ist. Frau Morgenbesser, Klägerin im italienischen Ausgangsverfahren, das zum Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtsache *Morgenbesser* führte, hatte nämlich erst den französischen Universitätsabschluss *maîtrise en droit*. Dieser Abschluss berechtigt in Frankreich aber nur zur Teilnahme am *Concours*, der wiederum bestanden werden muss, um an einer Anwalts- oder Richterschule angenommen zu werden. Diesen *Concours*, also die postuniversitäre Zulassungsprüfung, hatte Frau Morgenbesser allerdings noch nicht bestanden.<sup>319</sup>

Klar ist indes auch, dass ein Bezug zur Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Niederlassungsfreiheit nur dann hergestellt werden kann, wenn der anzuerkennende Abschluss eine (mögliche) Voraussetzung für die Zulassung zum Referendariat im Herkunftsmitgliedstaat darstellt – auch wenn diese nicht hinreichend sein muss. Ein deutscher Absolvent eines rechtswissenschaftlichen Bachelor- und Masterprogramms hat auf Grund dieser Qualifikation also keinen unionsrechtlichen Anspruch auf Anerkennung der Gleichwertigkeit seines juristischen Universitätsabschlusses im europäischen Ausland.<sup>320</sup>

Unklarer ist hingegen die Rechtslage, wenn ein ausländischer Universitätsabschluss grundsätzlich im Heimatmitgliedstaat zur Zulassung zum Anwaltsreferendariat berechtigen könnte, aber nicht alle notwendigen universitären Pflichtprüfungen abgelegt wurden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Absolvent in den Niederlanden einen niederländischsprachigen Master der Rechtswissenschaften erfolgreich beendet, aber nicht alle sogenannten *effectus civilis*-Kurse belegt hat. Damit ermöglicht ihm dieser Abschluss

<sup>318</sup> EuGH Rs. C-313/01 (*Christine Valia Morgenbesser ./ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova*).

<sup>319</sup> Vgl. Schneider, Hildegard und Claessens, Sjoerd, *The Recognition of Diplomas and the Free Movement of Professionals in the European Union: Fifty Years of Experiences*, Working Paper zur IALS Konferenz 'Effective Teaching Techniques About Other Cultures and Legal Systems' in Montreal, Canada May 30, 2008 (IALS, Montreal, 2008), unter 4.2.4.2. Online verfügbar unter <http://www.ialsnet.org/meetings/assembly/HildegardSchneider.pdf>; Claessens, Sjoerd, *Free Movement of Lawyers in the European Union* (Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008), 70 und 302. Ebenda, S. 68 vertritt sogar, dass im Unionsausland erworbene Zwischenqualifikationen *per se* auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn man Zulassung zu einer weiteren Qualifikationsebene begehrt, für die man im Heimatland noch keine Zulassung erhalten hat. Dieser verallgemeinerte Standpunkt überzeugt indes nicht. In casu wurde zwar die Zulassung zu einem Qualifikationsschritt – dem „Anwaltsreferendariat“ – begehrt, für das Morgenbesser in Frankreich noch keine Zulassung hatte. Der Zwischenschritt, die „Referendariatszulassungsprüfung“, die in Frankreich noch zusätzlich erforderlich gewesen wäre, besteht aber als solche in Italien nicht, sodass ein mit dem französischen Universitätsabschluss vergleichbares Zeugnis in Italien, direkt zur Zulassung zum Anwaltsreferendariat berechtigt hätte. Unter diesen konkreten Umständen, und da es eben nicht möglich ist, den in Frankreich noch fehlenden Schritt in Italien nachzuholen, scheint es gerechtfertigt, dass die Qualifikationen zu berücksichtigen waren.

<sup>320</sup> Vgl. hierzu auch Tiesel, Guido und Tournay, Silke, „Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)“, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (236 f.) mit weiteren Begründungen und Nachweisen.

nicht unmittelbar die Zulassung als niederländischer Anwaltsanwärter (*advocaat stagiaire*). Der niederländischsprachige Master ist aber, anders als ein von einer deutschen Universität verliehener Master, grundsätzlich berufsqualifizierend. Wenn die zusätzlichen Prüfungen in den *effectus civilis*-Fächern noch nachgeholt werden, kann die Zulassung zum niederländischen „Anwaltsreferendariat“ von der Universität noch nachträglich verliehen werden, ohne dass ein neuer Universitätsabschluss erfolgreich bestanden werden müsste. Ob ein solcher Kandidat auch Anspruch auf eine Gleichwertigkeitsprüfung hat, ist vom Gerichtshof noch nicht abschließend geklärt, dem Gedanken von § 112a DRiG scheint es indes zu widersprechen. Den Verfassern ist allerdings mindestens ein Fall bekannt, in dem unter den soeben beschriebenen Umständen die Gleichwertigkeit eines in den Niederlanden ausgestellten Masterabschlusses mit der Ersten juristischen Prüfung durch das Justizministerium Niedersachsen festgestellt wurde. Eine endgültige Klärung dieser Rechtsfrage steht jedoch noch aus. Es scheint aber nichts dagegen zu sprechen, dass unter solchen Umständen grundsätzlich der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten berührt sein kann. Insoweit erscheint eine Anerkennung europarechtlich geboten.

b. Berufsqualifizierende Qualität des Abschlusses in einem EU-Mitgliedstaat

Zudem wird in der Literatur aus dem Wortlaut des § 112a Abs. 1 DRiG hergeleitet, dass es nicht ausreicht, dass ein rechtswissenschaftliches Universitätsdiplom in irgendeinem Mitgliedstaat der EU, des EWR oder der Schweiz zur postuniversitären Anwaltsausbildung berechtige. Vielmehr müsse es im Ausstellungsland dazu berechtigen, um nach deutschem Recht einen Anspruch auf eine Gleichwertigkeitsprüfung zu rechtfertigen.<sup>321</sup> Europarechtlich vermag diese Auslegung jedoch nicht zu überzeugen. Hat ein Bewerber für die Aufnahme zum deutschen juristischen Vorbereitungsdienst in einem anderen Mitgliedstaat der Union in irgendeiner Weise die Zugangsberechtigung zur postuniversitären Anwaltsausbildung erworben, so wird in Deutschland sein Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar dadurch beschnitten, dass ihm die Zulassung auf Grund eines Formalkriteriums verwehrt wird. Mittelbar wird ihm dadurch auch seine Niederlassung als Anwalt in Deutschland erschwert. Entsprechend bedürfen diese Beschränkungen einer Rechtfertigung im Sinne der *Gebhard*-Rechtsprechung<sup>322</sup>. Es scheint allerdings keine „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ zu geben, die einer Zulassung eines solchen Kandidaten, der gleichwertige Kenntnisse im deutschen Recht besitzt, wie sie durch die Erste juristische Prüfung bescheinigt werden, entgegen stehen.

c. Berechtigung zur postuniversitären Notarausbildung

Da nunmehr der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Notare durch den EuGH bejaht wurde,<sup>323</sup> dürfte diese auch im Sinne der *Morgenbesser/Pešla*-Rechtsprechung auf das Referendariat vorzuverlagern sein. Insoweit müsste nunmehr § 112a DRiG auf Grund der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung auch auf Personen anzuwenden sein, die im unionseuropäischen Ausland die Berechtigung zur

<sup>321</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 18.

<sup>322</sup> Vgl. EuGH C-44/94 (*Gebhard*). Hier heißt es wörtlich: „Sie [Anm. der Verf.: d.h. die Beschränkungen der Grundfreiheiten] müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“

<sup>323</sup> EuGH C-54/08 (*Kommission/Deutschland*).

Teilnahme an der postuniversitären Notariatsausbildung erworben haben.<sup>324</sup> Dies scheint zwar nicht dem Willen des deutschen Gesetzgebers zu entsprechen, der zuletzt im gleichen Gesetz zur Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung in der Rs. *Kommission/Deutschland* (C-54/08) den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare nach § 5 BNotO aufhob und andere Anpassungen an § 112a DRiG vornahm, den Anwendungsbereich der Vorschrift aber nicht wie vorstehend dargestellt erweiterte.<sup>325</sup> Auf Grund des Vorrangs der primärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts ist § 112a DRiG dennoch auf die postuniversitäre Notarsausbildung – jedenfalls im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten – kraft Analogie anzuwenden.

### 3. Erste Prüfungsstufe des Anerkennungsverfahrens

Auf der ersten Stufe des Anerkennungsverfahrens ist gemäß § 112a Abs. 1 DRiG zu prüfen, ob die Kenntnisse und Fähigkeiten des im EU- oder EWR-Ausland bzw. der Schweiz qualifizierten Bewerbers „den durch die bestandene staatliche Pflichtfachprüfung nach § 5 Abs. 1 bescheinigten Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen“.

Zur Anerkennung der Gleichwertigkeit wird ausdrücklich darauf abgestellt, dass im gesamten inhaltlichen Bereich der staatlichen Pflichtfachprüfung, d.h. in jedem der drei Kernbereiche, also im Privatrecht, im Strafrecht sowie im öffentlichen Recht, die Kenntnisse des Kandidaten mit den Kenntnissen vergleichbar sein müssen, die durch das Ablegen der staatlichen Pflichtfachprüfung nachgewiesen werden sollen. Anderenfalls ist eine Gleichstellung ohne Eignungsprüfung nicht möglich.<sup>326</sup>

Interessant dabei ist, dass der genaue Kenntnisstand, der für die stets bundesweit anerkannten staatlichen Pflichtfachprüfungen gilt, in jedem Bundesland gemäß § 5d Abs. 6 DRiG durch das jeweilige Landesrecht festgelegt wird, sodass der für einen ausländischen Bewerber notwendige Kenntnisstand des deutschen Rechts je nach Land, in dem die Gleichwertigkeitsanerkennung begehrt wird, wenn auch nur in sehr geringem Maße abweichend sein kann.<sup>327</sup> Diese Gleichwertigkeitsanerkennung entfaltet dann aber wieder bundesweit Wirkung. Deshalb erscheint die Einschränkung der europäischen Grundfreiheiten in Fällen, in denen die Zulassung in einem Land auf Grund von fehlenden Kenntnissen im deutschen Recht verweigert wird, die in anderen Ländern nicht erforderlich sind, nicht rechtfertigbar, da die Notwendigkeit dieser Rechtskenntnisse zur Aufnahme des juristischen Vorbereitungsdienstes offensichtlich nicht besteht und damit diese Einschränkung der europäischen Grundfreiheiten nicht proportional wäre.<sup>328</sup>

<sup>324</sup> So bereits Schmid, Christoph U. und Pinkel, Tobias, „Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung“, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2011, 2928 (2931).

<sup>325</sup> Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011, BGBl. I S. 2515.

<sup>326</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 50. Ausführlich dazu auch Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 26-27.

<sup>327</sup> Vgl. Tiesel, Guido und Tournay, Silke, „Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)“, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (239).

<sup>328</sup> Anders jedoch Tiesel, Guido und Tournay, Silke, „Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)“, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (239), die davon ausgehen, dass als Maßstab immer das Recht des Landes

Zugegebenermaßen ist diese Diskussion auf Grund der geringen Unterschiede in den Juristenausbildungsvorschriften der einzelnen Länder vorwiegend akademischer Natur.

Die Gleichstellung der im Ausland erbrachten Leistungen mit dem universitären Schwerpunktstudium wird dabei vom deutschen Gesetzgeber *per se* angenommen.<sup>329</sup>

Dementsprechend wird im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung auf beiden Stufen nur auf die Kenntnisse abgestellt, die im Rahmen der staatlichen Pflichtfachprüfung, also der staatlich gestellten Klausuren in den Bereichen Strafrecht, öffentliches Recht und Privatrecht, nachzuweisen sind.

In Anlehnung an die *Morgenbesser*-Rechtsprechung sieht § 112a Abs. 2 Satz 1 DRiG vor, dass neben dem Universitätsdiplom auch sonstige vorgelegten Nachweise „insbesondere Diplome, Prüfungszeugnisse, sonstige Befähigungsnachweise und Nachweise über einschlägige Berufserfahrungen“ zu berücksichtigen sind. Es sind also in umfassender Weise alle Nachweise zu berücksichtigen, seien sie praktischer oder akademischer Natur, die dazu geeignet sind, Kenntnisse im deutschen Recht zu bescheinigen. Dazu zählen neben Leistungen aus dem Studium auch Zusatzausbildungen wie Lehrgänge für Fachanwälte und Berufserfahrungsnachweise.<sup>330</sup>

#### 4. Zweite Prüfungsstufe des Anerkennungsverfahrens: Eingangstest

Kann eine Gleichwertigkeit auf der ersten Stufe nicht oder nur teilweise festgestellt werden, kann gemäß § 112a Abs. 2 Satz 2 DRiG eine Gleichwertigkeitsprüfung abgelegt werden. Diese wird in den Abschnitten 3-7 weiter definiert.

In den Bereichen (d.h. im Zivilrecht, im Strafrecht oder im öffentliches Recht einschließlich der jeweils dazugehörigen Prozessrechte), in denen auf der ersten Stufe der Gleichwertigkeitsprüfung keine gleichwertigen Kenntnisse nachgewiesen werden konnten, sind die Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung im Rahmen der Ersten juristischen Prüfung in deutscher Sprache mitzuschreiben (§ 112a Abs. 3 Satz 3).<sup>331</sup> Damit soll sichergestellt werden, „dass die Kenntnisse des Bewerbers auch auf dieser Stufe der Prüfung an denselben Maßstäben gemessen werden, an denen auch die Kenntnisse der Absolventen der ersten Prüfung gemessen werden.“<sup>332</sup> Entsprechend sind in jedem Bereich, in dem keine Gleichwertigkeit festgestellt wurde, alle Klausuren mitzuschreiben. Eine Differenzierung in Unterrechtsgebiete erfolgt nicht, da ja gerade ein vertieftes und teilgebietsübergreifendes Wissen im Rahmen der Pflichtfachprüfung abgefragt und nachgewiesen werden soll.<sup>333</sup> Wurde also für das Zivilrecht insgesamt keine Gleichwertigkeit der vorhandenen Kenntnisse festgestellt und verlangt das Landesrecht, wie dies z.B. in Bremen der Fall ist, dass im Rahmen der staatlichen Pflichtfachprüfung

---

heranzuziehen ist, in dem die Anerkennung begehrt wird. Europarechtlich scheint indes geboten zu sein, eine Anerkennung immer dann vorzunehmen, wenn die Gleichwertigkeit mit den notwendigen Rechtskenntnissen in einem der 16 Länder festgestellt werden kann.

<sup>329</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 50.

<sup>330</sup> Vgl. ausführlich zu dieser Frage Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richterrechtsgesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 34-37.

<sup>331</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richterrechtsgesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 39.

<sup>332</sup> BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 50.

<sup>333</sup> Vgl. z.B. Tiesel, Guido und Tournay, Silke, „Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst mit einem europäischen juristischen Universitätsabschluss – Anmerkung zu § 112a DRiG und der „Morgenbesser“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. November 2003 (Rs. C-313/01)“, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2008, 235 (240).

drei Klausuren abzulegen sind, so hat auch der Prüfling im Rahmen der Eignungsprüfung die drei zivilrechtlichen Klausuren anzufertigen. Eine mündliche Prüfung findet indes nicht statt, da der Gesetzgeber der Meinung war, die Gleichwertigkeit der Rechtskenntnisse bereits durch die schriftliche Pflichtfachprüfung feststellen zu können, und dementsprechend die Prüfungsbelastung eines bereits im Ausland abschließend universitär geprüften Juristen nicht unnötig hoch sein sollte.<sup>334</sup>

Für das Bestehen der Eignungsprüfung gelten nicht die landesrechtlichen Regelungen für das Bestehen der Ersten juristischen Prüfung, sondern bundeseinheitliche Regelungen, die in § 112a Abs. 4 DRiG niedergelegt sind, zum Teil aber auch wieder von landesrechtlichen Bestimmungen abhängen. Danach hat bestanden, wer die nach Landesrecht erforderliche Anzahl von Klausuren, mindestens aber die Hälfte der Klausuren bestanden hat. Gleichzeitig muss mindestens jeweils eine Klausur aus dem Zivilrecht und dem Strafrecht oder öffentlichen Recht bestanden (d.h. mit mindestens 4 Punkten bewertet) worden sein. Die Klausuren, die nach Landesrecht in einem der Bereiche anzufertigen sind, für den bereits auf der ersten Stufe die Gleichwertigkeit der vorhandenen Rechtskenntnisse festgestellt wurde, gelten als bestanden.

Werden also z.B. in Bremen oder Nordrhein-Westfalen bei einem Kandidaten vergleichbare Kenntnisse im Bereich des Zivil- und Zivilprozessrechts festgestellt, wie diese durch die Pflichtfachprüfung nachgewiesen werden sollen, so gelten die drei im Zivilrecht anzufertigenden Klausuren als bestanden. Damit hat er nur noch die zwei Klausuren aus dem Bereich des öffentlichen Rechts und eine Klausur aus dem Bereich des Strafrechts anzufertigen. Dabei reicht es in diesem Fall aus, wenn der Kandidat eine dieser drei Klausuren besteht, da er damit die oben genannten Bedingungen erfüllt.<sup>335</sup>

Anders als im Rahmen der Ersten juristischen Prüfung ist es auch nicht erforderlich, dass eine Durchschnittsnote von 4 Punkten erreicht wird. Eine Gesamtnote wird indes auch nicht gebildet. Sofern bereits auf der ersten Stufe eine Teilgleichwertigkeit festgestellt wurde und damit nicht alle Prüfungen abgelegt werden mussten, ist dies auch gar nicht möglich. Letztlich wird schlicht festgestellt, ob eine Gleichwertigkeit des Abschlusses des Kandidaten mit der Ersten juristischen Prüfung vorliegt oder nicht.<sup>336</sup>

Zudem legt § 112 a Abs. 5 DRiG fest, dass die Eignungsprüfung im Falle des Nichtbestehens nur einmal wiederholt werden kann. Insoweit gilt auch hier ein Gleichklang mit der Ersten juristischen Prüfung. Ob diese Beschränkung unionsrechtskonform ist, ist in der Literatur indes strittig.<sup>337</sup>

##### 5. Wirkung der Anerkennung der Gleichwertigkeit

Wurde bereits auf der ersten Prüfungsstufe oder durch erfolgreiche Teilnahme an der Eignungsprüfung die Gleichwertigkeit festgestellt, hat dies gemäß § 112a Abs. 6 DRiG die Wirkung einer bestandenen Ersten juristischen Prüfung i.S.d. § 5 Abs. 1 DRiG für Zwecke der beruflichen Anerkennung. Dies hat allerdings keinerlei Auswirkungen auf die akademische Anerkennung eines Abschlusses, z.B. zum Zwecke der Promotion, da dem

<sup>334</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3640 vom 29.11.2006, S. 51.

<sup>335</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 48-51.

<sup>336</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 52.

<sup>337</sup> Hierzu später noch ausführlich unter D.III.3.

Bund hierfür die Regelungskompetenz fehlt.<sup>338</sup> Indes erstreckt sich die Wirkung der Gleichwertigkeitsfeststellung auf die Zulassung zu anderen Berufsgruppen oder Prüfungen, die ein abgeschlossenes juristisches Studium voraussetzen, wie z.B. die Steuerberater- oder Wirtschaftsprüferprüfung.<sup>339</sup>

#### 6. Bewertung der Europarechtskonformität, Vorgaben zur Auslegung und Kritik

Grundsätzlich wurde mit § 112a DRiG eine Bestimmung geschaffen, die erstmals klare Vorgaben für die Zulassung von im Ausland universitär qualifizierten Juristen zum juristischen Vorbereitungsdienst in Deutschland schafft und damit auch die Europäisierung der Juristenausbildung fördert. Diese Regelung wirft allerdings noch einige Fragen auf. Zunächst ist nicht ersichtlich, warum eine Notwendigkeit bestehen sollte, dass die Eignungsprüfung nur einmal wiederholt werden darf. Da dies eine Beschränkung der Grundfreiheiten im Sinne der *Kraus*-Rechtsprechung<sup>340</sup> darstellt, bedarf sie der Rechtfertigung. Eine solche darf sich allerdings nicht auf die anderenfalls potenziell auftretende Gefahr der Inländerdiskriminierung stützen,<sup>341</sup> die dadurch entstehen könnte, dass Inländer im Rahmen der Ersten juristischen Prüfung diese regelmäßig auch nur einmal wiederholen dürfen. Jedenfalls erscheint es unionsrechtswidrig, wenn es nach zweimaliger nicht bestandener Eignungsprüfung keine Möglichkeit mehr geben sollte, die Gleichwertigkeit der Abschlüsse nach deutschem Recht festzustellen, da dann die Vereinfachungen für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten im Sinne der *Morgenbesser*-Rechtsprechung zum Teil ausgeschlossen würden.<sup>342</sup> Insoweit darf diese Bestimmung also keine Anwendung finden.

Wichtiger erscheint hingegen in der Praxis, dass die Vorgaben für die Feststellung der Gleichwertigkeit nicht ernst genommen werden. Statt allgemein das Vorliegen vertiefter Kenntnisse in den jeweiligen Rechtsbereichen zu überprüfen, berichten Antragsteller immer wieder darüber, dass sie detailliert nachweisen sollten, dass sie Kenntnisse in allen Teilbereichen erworben haben, die einzeln in den Juristenausbildungsgesetzen aufgeführt wurden. Zudem kommt es regelmäßig zu Problemen bei der Berücksichtigung von praktischer Erfahrung, da hier zum Teil Nachweise wie Akten über die behandelten Fälle verlangt werden, die aber aus datenschutzrechtlichen Gründen überhaupt nicht weitergegeben werden können. Praktikums- oder Arbeitszeugnisse, die die Tätigkeitsfelder aufführen, werden hingegen als nicht ausreichend zurückgewiesen. In dieser Verwaltungspraxis ist klar ein Verstoß gegen Europarecht zu sehen. Hier ist sehr bedauerlich, dass der EuGH die dogmatische Begründung seiner Urteile nicht deutlicher

<sup>338</sup> Vgl. hierzu auch Staats, Johann-Friederich, *Nomos-Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht – Kommentar zum Deutschen Richtergesetz*, 1. Aufl. (Beck-Online, München, 2010), § 112a Rn. 7.

<sup>339</sup> Vgl. Schmidt-Räntsch, Günther und Schmidt-Räntsch, Jürgen, *Deutsches Richtergesetz, Richterwahlgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. (C. H. Beck, München, 2009), § 112a, Rn. 23.

<sup>340</sup> Vgl. EuGH C-19/92 (*Kraus*), Rn. 23. Hiernach ist jede mitgliedstaatliche Regelung rechtfertigungsbedürftig, die dazu geeignet ist „die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“

<sup>341</sup> Inländerdiskriminierung ist unionsrechtlich unbeachtlich. Vgl. hierzu z.B. Frenz, Walter, *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten* (Springer, Berlin u.a., 2004), 539.

<sup>342</sup> Ausführlich dazu bereits Pinkel, Tobias, „Krzysztof Peśła gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?“, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (103-105). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

machte und auch die Vorgaben zur Gleichwertigkeitsprüfung hinter der Feststellung verschleierte, dass dies grundsätzlich Sache der nationalen Behörden und Gerichte sei.<sup>343</sup> Ebenfalls könnte sich zum Teil die Eignungsprüfung, die in der Teilnahme an den staatlichen Pflichtfachprüfungen im Rahmen der Ersten juristischen Prüfung besteht, als problematisch erweisen.<sup>344</sup> Klar ist, dass vor Beginn des juristischen Vorbereitungsdienstes ein Nachweis von umfangreichen und vertieften Kenntnissen im deutschen Recht erforderlich ist; strittig bleibt hingegen, ob hier genau das Maß an Kenntnissen, wie es durch die Teilnahme an der Ersten juristischen Prüfung erworben wird, notwendig ist<sup>345</sup> oder ob nicht doch die Möglichkeit besteht, während des Referendariats noch geringfügige Wissenslücken zu schließen.<sup>346</sup> Sieht man aber einmal von dieser Frage ab und geht man davon aus, dass genau dieser Kenntnisstand zwingend sei, ergeben sich dennoch einige Probleme auf Grund der Prüfungsform. Namentlich stellt die Anfertigung von Klausuren im Gutachtenstil bekanntlich schon deutsche Muttersprachler oft vor Probleme. Ausländische Juristen, die hier oftmals zudem noch Sprachprobleme haben werden, könnte diese Aufgabe leicht überfordern. Auch fehlende Regelungen zu der Frage, ob für ausländische Juristen die Verwendung eines zweisprachigen Wörterbuchs ohne Worterklärungen ein zulässiges Hilfsmittel für die Eignungsprüfung darstellt, könnten sich in der Praxis als problematisch erweisen. In diesem Rahmen muss man zwar zugeben, dass die Kandidaten nach Abschluss des juristischen Vorbereitungsdienstes die Zweite juristische Staatsprüfung ablegen und dementsprechend auch in der Lage sein müssen, Klausuren anzufertigen. Hier ist aber einzuwenden, dass sie in der Zwischenzeit noch zwei Jahre in deutscher Sprache zum deutschen Recht zu arbeiten haben, was ihre sprachlichen und rechtlichen Kompetenzen weiter verbessern wird. Es stellt sich mithin die Frage, ob es wirklich notwendig ist, dass im Rahmen der Gleichwertigkeitsanerkennung schriftliche Prüfungen in dem in § 112a DRiG vorgesehenen Umfang abgelegt werden. Alles in allem stellt § 112a DRiG trotz dieser Probleme einen Schritt in die richtige Richtung dar, der aber sicherlich noch optimierungsfähig ist, um eine Europäisierung der Juristenausbildung optimal voranzutreiben.

<sup>343</sup> Der EuGH schrieb hier missverständlich, dass für die Frage, ob Nachweise genügend berücksichtigt wurden, der „Hinweis“ genüge, „dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht darüber zu entscheiden hat, ob deutsche Behörden Nachweise wie diejenigen, die Herr Pešla ihnen vorgelegt hat, zu Recht als unzureichend ansehen dürfen.“ Vgl. EuGH C-345/08 (*Krzysztof Pešla ./. Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern*), Rn. 47. Letztlich macht hier nämlich der EuGH doch zahlreiche Vorgaben. Vgl. ausführlich dazu bereits Pinkel, Tobias, ‚Krzysztof Pešla gegen Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (EuGH C-345/08) – Keine weitere Integration der europäischen Juristenausbildung?‘, *Hanse Law Review (HanseLR)* 2010, 73 (92-96). Online verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf9/Vol6No01Art05.pdf>.

<sup>344</sup> So wurde schon im Rahmen der Eignungsprüfung für zugelassene Rechtsanwälte im Rahmen des Verfahrens nach der Berufsankennungsrichtlinie vertreten, dass sich diese als zu hohe Hürde erwiesen habe um die berufliche Freizügigkeit von Anwälten in der Union sicherzustellen. Vgl. Hirsch, Günter, ‚Die Europäisierung der freien Berufe‘, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2000, 729 (731). Diese ist aber im Vergleich deutlich einfacher als die Zulassungsprüfung zum juristischen Vorbereitungsdienst.

<sup>345</sup> So sieht dies z.B. Häcker, Robert und Lennartz, Dirk S., ‚Zur Europarechtskonformität von § 112a DRiG – Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2009, C-345/08 – Pešla‘, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2010, 123 (124-125).

<sup>346</sup> Diese Position hat z.B. VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 07.07.2005, Aktenzeichen 4 S 901/05, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2005, 1048-1058, Rn. 8.

### III. Anerkennung von ausländischen Studienleistungen durch Universitäten

Die Möglichkeit, ihm Rahmen eines juristischen Studiums an einer Universität in Deutschland die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst zu erwerben, hat durch § 112a DRiG und die vorgelagerte Rechtsprechung des EuGH deutlich an Bedeutung verloren. Allerdings gibt es dennoch einige Konstellationen, in denen dies der einzige oder zumindest der einfachste Weg ist, sich entsprechend zu qualifizieren.

Hierbei ist zunächst an Personen zu denken, die zwar im europäischen Rechtsraum qualifiziert sind, nicht aber Unionsbürger sind oder aus einem der Staaten des EWR sowie der Schweiz kommen. Diese Personen können sich bislang weder auf die europäischen Grundfreiheiten noch auf § 112a DRiG stützen – auch wenn sich dies bald ändern wird. Ein Amerikaner, der in den Niederlanden universitär qualifiziert ist und nun in Deutschland den juristischen Vorbereitungsdienst absolvieren will, hat also bislang nur die Möglichkeit, die Erste juristische Prüfung abzulegen. Relevant bleibt diese Regelung zudem für Studenten, die lediglich den ersten Studienabschnitt (also z.B. ein Bachelorstudium in den Niederlanden) im Ausland absolviert haben, den zweiten zum Anwaltsreferendariat berechtigenden Studienabschluss (also z.B. das Masterstudium in den Niederlanden) noch nicht abgeschlossen haben, nun aber in Deutschland ihr rechtswissenschaftliches Studium fortsetzen wollen.

Ebenfalls könnte ein Grund für den Wunsch, an der Ersten juristischen Prüfung teilzunehmen, darin bestehen, dass die Eignungsprüfung keine Benotung ausweist. Denn für Bewerbungen während des Referendariats, aber auch danach, kann es von großem Vorteil sein, wenn man die Erste juristische Prüfung mit Prädikat abgeschlossen hat. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die Erlangung eines Prädikats bei der Zweiten Staatsprüfung misslingen sollte. Hier könnte der Gedanke „zwei Prüfungen, zwei Chancen“ eine Rolle spielen.

Deshalb ist es durchaus von Bedeutung, welche Möglichkeiten deutsche Universitäten haben, ausländisch universitär qualifizierten Studenten die Zulassung zur Ersten juristischen Prüfung zu erleichtern.

In diesem Rahmen schreibt § 5a Abs. 1 DRiG zunächst nur vor, dass das Jurastudium, das mit der Ersten juristischen Prüfung endet, in der Regel vier Jahre dauert, von denen mindestens zwei Jahre innerhalb Deutschlands absolviert werden müssen. Hat also ein ausländischer Jurist z.B. im Rahmen eines Erasmusstudiums bereits ein Jahr in Deutschland studiert, könnte diese Bedingung innerhalb eines Studienjahrs erfüllt werden. Mit dieser Vorschrift wird allerdings nur die Möglichkeit zur Anerkennung ausländischer Studienleistungen eröffnet, sie verpflichtet hingegen die Universität zu nichts. Dementsprechend ist auch die Anerkennungspraxis sehr unterschiedlich.<sup>347</sup>

Im Rahmen der Anerkennung ausländischer Studienleistungen für den universitären Schwerpunktbereich haben die Universitäten sogar einen noch größeren Spielraum. Es ist ihnen nämlich auch gestattet, Schwerpunkte zum ausländischen Recht anzubieten. Dementsprechend scheint nichts dagegen zu sprechen, dass deutsche Universitäten im Ausland absolvierte Masterprogramme als entsprechenden Schwerpunkt anerkennen. Auch

---

<sup>347</sup> Die Universität Münster lässt z.B. Studenten mit ausländischer Qualifikation, die zumindest zwei Jahre in Deutschland studiert haben, in der Regel direkt zum universitären Schwerpunkt und nach erfolgreicher Teilnahme am selbigen auch zur staatlichen Pflichtfachprüfung zu. An der Universität Bremen hingegen müssen alle nach der Prüfungsordnung notwendigen Scheine einzeln anerkannt werden, was eine direkte Zulassung zum Schwerpunkt meist unmöglich macht, auch wenn die Anerkennungspraxis meist sehr großzügig gehandhabt wird.



der Gedanke des § 112a DRiG, nach dem im Rahmen einer Gleichstellung eines ausländischen Abschlusses nur Kenntnisse, die durch die Pflichtfachprüfungen nachgewiesen werden, relevant sind, und der dementsprechend davon getragen wird, dass ein ausländischer Abschluss immer als mit der Schwerpunktprüfung vergleichbar angesehen wird, scheint eine entsprechende Anerkennungspraxis nahe zu legen. In der Praxis herrscht hingegen eine gewisse Zurückhaltung, diese Möglichkeit zu nutzen. Entsprechende Regelungen zur Anerkennung sind jedenfalls den Autoren in den Prüfungsordnungen keiner deutschen Universität bekannt.

Alles in allem ermöglichen es aber die bundesrechtlichen Vorgaben zum Jurastudium in Deutschland den Landesgesetzgebern, gemeinsam mit den Universitäten Regelungen für eine Anerkennungspraxis zu schaffen, die der Europäisierung der Juristenausbildung zuträglich ist. Es bleibt also zu hoffen, dass in nächster Zeit möglichst viele Universitäten diese Möglichkeiten auch ausschöpfen.

## E. Schlussbemerkungen

Für die europäische Rechtsgemeinschaft ist die Entstehung eines gemeinsamen Rechtsbewusstseins förderlich. Ein solches kann freilich nur entstehen, wenn sich nicht nur das Recht, sondern auch die Juristenausbildung und die juristischen Berufsgruppen den Bedürfnissen der Integration öffnen.

Was die berufsqualifizierende (klassische) Juristenausbildung in Deutschland betrifft, zeigt sich diesbezüglich jedoch ein durchwachsendes Bild. Zunächst einmal bleibt festzuhalten, dass die EU für die sekundärrechtliche Regulierung der universitären Ausbildung keine Kompetenz besitzt und so deren Ausgestaltung allein in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fällt. Mit § 5a DRiG hat der Bundesgesetzgeber die klassische deutsche Juristenausbildung auf eine Grundlage gestellt, die eine Europäisierung nicht völlig ausschließt. Immerhin wird lediglich vorgeschrieben, dass mindestens die Hälfte, d.h. zwei Jahre, der regulären Studienzeit im Rahmen dieser Ausbildung in Deutschland zu erbringen sind. Allerdings ist auch dieses Kriterium noch – insbesondere wenn auch an einer ausländischen Universität deutsches Recht gelehrt wird – eine hohe Hürde. Berücksichtigt man, dass § 5a DRiG lediglich die bundesrechtlich zulässige Maximalflexibilität der deutschen Juristenausbildung beschreibt, es aber den Landesgesetzgebern und Universitäten unbenommen bleibt, den Spielraum beliebig weiter einzuzugrenzen, ist festzustellen, dass die deutsche Juristenausbildung, die mit der Ersten juristischen Prüfung endet, im Sinne einer wünschenswerten Europäisierung der Juristenschaft keinen hinreichenden Gestaltungsspielraum sicherstellt.

Auch bei der Anerkennung von im Ausland erworbenen universitären Juradiplomen zum Zwecke des Eintritts in die zweite Stufe der deutschen Juristenausbildung – den juristischen Vorbereitungsdienst – zeigt sich ein kaum positiveres Bild. In Ermangelung einer sekundärrechtlichen Konkretisierung der europäischen Grundfreiheiten für diesen Bereich hat der EuGH mit der *Morgenbesser/Pešla*-Rechtsprechung zunächst für den gesamten Raum der Union vernünftige Vorgaben geschaffen, die zur Europäisierung des Juristennachwuchses beitragen könnten. Danach sind Juristenabschlüsse, die zur postuniversitären Anwaltsausbildung (und nunmehr wohl auch Notarsausbildung) berechtigen, – den Nachweis von Rechtskenntnissen in der Rechtsordnung des Aufnahmemitgliedstaats vorausgesetzt – unionsweit anzuerkennen. Die Umsetzung dieser Rechtsprechung in Deutschland ist hingegen weniger erfreulich. Positiv hervorzuheben ist

zunächst, dass überhaupt eine ausdrückliche Regelung im nationalen Recht zu finden ist. Damit ist für Rechtssicherheit bezüglich der Anerkennungsverfahren gesorgt. Ein völliger Leerlauf der europäischen Grundfreiheiten wurde damit verhindert. Dennoch ist enttäuschend, dass der Bundesgesetzgeber für eine automatische Anerkennung den europarechtlich maximal zulässigen Kenntnisstand im Bereich des deutschen Rechts verlangt. Die Verwaltungspraxis zu den hierfür verlangten Nachweisen erscheint zudem europarechtswidrig. Auch weitere Beschränkungen wie die maximal einmalige Wiederholbarkeit der Eignungsprüfung scheinen europarechtlich zumindest fragwürdig. Für Hanse-Law-School-Studenten, die faktisch überwiegend im deutschen Recht ausgebildet wurden und dennoch einen ausländischen juristischen Abschluss besitzen, mag eine Anerkennung nach § 112a DRiG keine allzu große Hürde darstellen. Für Unionsbürger, die zunächst noch die deutsche Sprache und das deutsche Recht erlernen müssen, ist die Latte indes sehr hoch gehängt. Ein solch hoher Nachweisstandard erscheint auch nicht notwendig, muss doch noch der juristische Vorbereitungsdienst und die Zweite Staatsprüfung erfolgreich absolviert werden, bevor der Kandidat einen juristischen Beruf in Deutschland ausüben kann.

Die protektionistischen Maßnahmen wider eine Europäisierung des deutschen Juristennachwuchs auf dem Weg zur Zweiten Staatsprüfung und der damit verbundenen Zulassung zu allen traditionellen juristischen Berufen in Deutschland wirken geradezu schizophren, betrachtet man die schon jetzt tiefgreifende Integration der europäischen Anwaltschaft. Europarechtlich wird bereits gewährleistet, dass jeder Unionsbürger, der in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union die Zulassung zur Anwaltschaft erworben hat, ohne den Nachweis von Sprach- oder Rechtskenntnisse europaweit anwaltliche Dienstleistungen anbieten und sich niederlassen darf. Das deutsche Umsetzungsrecht enthält gegenüber den europäischen Vorschriften sogar noch zahlreiche Vereinfachungen und Erweiterungen. Hiervon profitieren auch Hanse-Law-School-Absolventen, die sich in den Niederlanden als *advocaat* qualifiziert haben.

So wünschenswert die damit ermöglichte Europäisierung der Rechtsanwaltschaft auch ist, so fragwürdig ist es aus verbraucherrechtlicher Sicht, ob Verbraucher ohne Rechtskenntnisse mit einem solchen inhaltlich kaum kontrollierten Dienstleistungsangebot überhaupt konfrontiert werden sollten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund eines noch nicht existierenden europäischen Rechtsbewusstseins und der nationalen Abgrenzung der Anwaltsausbildungen.

Die unverhältnismäßige Abkapslung der deutschen Juristenausbildung birgt auch noch einen weiteren Nachteil: Während in der Anwaltschaft nunmehr Rechtsanwälte tätig werden können, die sich in einem anderen Land (wie im Rahmen der Hanse Law School in den Niederlanden oder England) qualifiziert haben, das eine europäisch offenere Juristenausbildung zulässt, müssen Richter stets die Zweite Staatsprüfung erfolgreich abgelegt haben. Somit ist es besonders schwer, transnational ausgebildete Juristen für das deutsche Richteramt zu gewinnen. Im internationalen Geschäftsverkehr stellt dies sicherlich nicht gerade einen Standortvorteil für den Rechtsdienstleistungsstandort Deutschland dar. Richter, die zur rechtsvergleichenden Auslegung befähigt sind und unterschiedliche Rechtstraditionen verstehen, werden in einem zusammenwachsenden Europa auch weiter an Bedeutung gewinnen.

Was das Notariat betrifft, so lässt sich feststellen, dass nun zumindest auf Unionsebene die Europäisierung auch dieses Berufsstandes begonnen hat – nur der deutsche Gesetzgeber versucht dies beharrlich zu ignorieren. So scheint sich eine Allianz aus Nur-Notariat und

Bundesnotarkammer mit rechtspolitischer Schützenhilfe des Bundesministeriums der Justiz und des Bundestagsausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung formiert zu haben, die darauf aus ist, möglichst viele standesrechtliche Privilegien der Notare möglichst lange aufrecht zu erhalten – koste es, was es wolle. Damit verspielt Deutschland nicht nur die Vorteile eines europäisierten und modernisierten Notariats. Die Bundesrepublik läuft vielmehr auch Gefahr, die hohe Qualität der vorsorgenden Rechtspflege aufs Spiel zu setzen, wenn auf Grund weiterer EuGH-Entscheidungen *ad hoc* Anpassungen an der deutschen Notariatsverfassung notwendig werden, die zu Inkohärenzen führen. Erneut ist auch der deutsche Protektionismus im Bereich des Notariats vor dem Hintergrund der uneingeschränkten europäischen Öffnung der Anwaltschaft schwer rational zu begründen. Es ist deswegen an der Zeit, dass der deutsche Gesetzgeber seine Blockadehaltung aufgibt und eine kohärente Reform der Notariatsverfassung einleitet. Wenn hierbei die Erfahrungen anderer Länder wie der Niederlande mit der Liberalisierung deren Notariatsverfassungen berücksichtigt werden, könnte die hohe Qualität des deutschen Notariats auch weiterhin sichergestellt werden.

In den letzten Jahrzehnten hat sich insgesamt also viel in Richtung Integration der europäischen Juristenschaft getan. Von einem rein nationalen Verständnis des juristischen Berufsstandes kann heute keine Rede mehr sein. Vor dem Hintergrund der Reformresistenz der deutschen Juristenausbildung werden europäisch ausgebildete Juristen, die sich in Deutschland beruflich qualifiziert haben, vorerst eine Seltenheit bleiben und eine wichtige Lücke schließen. Für Hanse-Law-School-Absolventen mit Referendariatszulassung in den Niederlanden ist dieser Weg – trotz einiger Unwägbarkeiten – eröffnet; denn sie können ohne größere Schwierigkeiten die Befähigung zum Richteramt in Deutschland erlangen. Nachwuchsjuristen mit dieser Qualifikation könnten von der gegenwärtigen restriktiven Rechtslage profitieren. Dennoch sollten vor allem in Deutschland – aber auch auf europäischer Ebene – noch viele Reformen in Angriff genommen werden. Der Weg zu einem wirklich europäischen Rechtsraum, zu wirklich europäischen Rechtsanwältinnen, Notaren und Richtern, zu einer wirklich europäischen Juristenausbildung und einem wirklich europäischen Rechtsverständnis ist indes noch weit. Er sollte dennoch beschränkt werden.