

Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt

Christian Tomuschat)*

I

1. In ihren der amtlichen Regierungsbegründung eines Gesetzentwurfs vergleichbaren Erläuterungen zum Allgemeinen Programm für die Liberalisierung des Niederlassungsrechts¹⁾ hat die EWG-Kommission sich im Jahre 1960 zu Art. 55 Abs. 1²⁾ wörtlich wie folgt geäußert: »Dieser Artikel braucht nicht weiter ausgeführt zu werden«³⁾. Mag es schon zweifelhaft erscheinen, ob diese optimistische Bekundung angesichts der im Schrifttum bereits zutage getretenen schroffen Meinungsverschiedenheiten⁴⁾ auch nur zum damaligen Zeitpunkt gerechtfertigt war, so hat jedenfalls die weitere Entwicklung der Diskussion⁵⁾ über die der Niederlassungsfreiheit und dem

*) Der Verfasser, Assessor Dr. iur., ist wissenschaftlicher Assistent an der Universität Heidelberg und Referent am Institut. – Ohne besondere Kennzeichnung zitierte Artikel sind solche des EWG-Vertrages.

¹⁾ Vom 22. 3. 1960, abgedruckt in: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1960–1961, Dok. 30 vom 16. 5. 1960.

²⁾ »Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung«.

³⁾ A. a. O., S. 20.

⁴⁾ H. Arnold, *Anwalt und Gemeinsamer Markt*, *Anwaltsblatt* 1959, S. 27 ff.; J. Audinet, *Le droit d'établissement dans la Communauté économique européenne*, *Journal du Droit international (Clunet)* 1959, S. 982 (1002 ff.); Brackers d'Hugo, *La Communauté européenne et la profession d'avocat*, *Le Barreau de France*, Juli–August 1958, S. 8 f.; P. Courtaigne, *Les avoués et la Communauté européenne*, *Bulletin de la Fédération des avoués de France*, Januar 1960, Nr. 22, S. 11 (14 f.); G. Fain, *Professions libérales et Marché commun*, *Revue du Marché commun* 1959, S. 68 (70 f.).

⁵⁾ H. Brangsch, *Die Entwicklung des Anwaltsrechts in der EWG*, *Anwaltsblatt* 1962, S. 234 ff.; G. Chesné, *L'établissement des étrangers en France et la Communauté économique européenne* (Paris 1962), S. 137 ff.; G. P. Cimolino, *Professione forense e Comunità Economica Europea*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1966, S. 316 ff.; J. Collard, *La liberté d'établissement des avocats dans la communauté européenne*, *Journal des Tribunaux* 1964, S. 37 ff.; J. P. de Crayen-

freien Dienstleistungsverkehr⁶⁾ durch Art. 55 Abs. 1 gezogenen Schranken die hoffnungsvolle Zuversicht, daß die mit der Durchführung des Vertrages betrauten Stellen hier von festem Boden ausgehen könnten, nachhaltig erschüttert. Vor allem in der Frage, ob sich auch für den Rechtsanwalt die Grenzen des Heimatstaates öffnen werden, wenn erst einmal die in den beiden Allgemeinen Programmen⁷⁾ umschriebenen Ziele verwirklicht sind, zeichnet sich bisher noch keine Einigkeit ab. Kernpunkt des Streits ist die Auslegung des Begriffsmerkmals »öffentliche Gewalt«, auf Grund dessen sich die Mitgliedstaaten einen dem Ausländer unzugänglichen *domaine réservé* gesichert haben. Nicht nur nüchterne Rechtsargumente, sondern auch berufsständisches Reservatdenken auf der einen, Europafreundlichkeit um jeden Preis auf der anderen Seite stehen einander gegenüber. Indes ist die Entscheidung im einen oder anderen Sinne von geringerer Tragweite, als gemeinhin angenommen wird.

2. Ein mehr oder weniger getreues Spiegelbild dieser Kontroverse liefert ein jüngst von der Cour d'Appel de Nancy⁸⁾ entschiedener Fall, in dem es um die Bewerbung eines Kongolesen als Anwaltspraktikant (*avocat sta-*

cour, La reconnaissance mutuelle des diplômes dans le Traité de Rome, *Revue du Marché commun* 1967, S. 24 ff.; U. Draetta, Erläuterungen zu den Art. 60 und 66, in: R. Quadri; R. Monaco; A. Trabucchi, C.E.E., *Commentario*, Bd. 1 (Mailand 1965); U. Everling, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt (Berlin/Frankfurt 1962), S. 115 ff.; W. van Gerven, Les droits d'établissement et de prestation de services dans le Marché commun, *Journal des Tribunaux* 1964, S. 357 (359); ders., The right of establishment and free supply of services within the Common Market, *Common Market Law Review* 1965, S. 344 (351 f.); S.-P. Laguet, Essai d'une application de l'article 55 du Traité C.E.E. à une profession libérale: la profession d'avocat, *Revue trimestrielle de droit européen* 1966, S. 242 ff.; Ph. Möhring, Aktuelle Wirkungen des EWG-Vertrages auf das Kartellrecht, das Niederlassungsrecht, den Dienstleistungsverkehr und das Agrarrecht, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1965, S. 1633 (1639); ders., Das EWG-Recht im Aufgabenbereich der deutschen Anwaltschaft, *Anwaltsblatt* 1965, S. 267 (272 f.); M. Moschella, Notes sur la question de l'interprétation du Traité de Rome (C.E.E.) au sujet de l'exercice de la profession d'avocat, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Bd. 36 (1962), S. 213 ff.; Th. Oppermann, Die Durchführung der EWG-Niederlassungs- und Dienstleistungsprogramme seit 1961, *Betriebsberater* 1964, S. 563 (568); Ruggiero - De Dominicis, Erläuterungen zu Art. 55, in: R. Quadri; R. Monaco; A. Trabucchi, *op. cit.*; L. Schaus, La profession d'avocat dans la Communauté économique européenne, *Journal des Tribunaux* 1962, S. 73 ff.; D. Vignes, Le droit d'établissement et les services dans la Communauté économique européenne, *Annuaire français de droit international* 1961, S. 668 (677 f.). (Die Autoren der Anm. 4 und 5 werden im folgenden nur mit a. a. O. zitiert).

⁶⁾ Wegen Art. 66.

⁷⁾ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, *Amtsblatt (ABl.)* 1962, S. 32; Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, *ABl.* 1962, S. 36.

⁸⁾ Urteil vom 4. 3. 1964, *Dalloz* 1964, II, S. 657 mit Anm. L. Crémieu = *La Semaine Juridique (J.C.P.)* 1964, II, 13921 mit Anm. P. Hébraud.

giaire) ging. Nach Art. 22 Abs. 1 des französischen Dekrets N. 54-406 vom 10. April 1954 werden nur französische Staatsangehörige zu dem Praktikum zugelassen, von dessen erfolgreicher Ableistung die spätere Zulassung zur Rechtsanwaltschaft abhängt (Art. 3 des genannten Dekrets). Der Kongolese, der im übrigen die erforderlichen Qualifikationsvoraussetzungen erfüllte, konnte sich jedoch auf einen Niederlassungsvertrag zwischen seinem Heimatstaat und Frankreich berufen, in dem die beiden Staaten sich in Ansehung der freien Berufe gegenseitig Inländergleichbehandlung für ihre Angehörigen zugesichert hatten. Gleichwohl war der Aufnahmeantrag des Kongolesen von der zur Entscheidung berufenen Anwaltskammer mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß der Anwaltsberuf zwar zu den freien Berufen rechne, aber gleichzeitig an der richterlichen Funktion teilhabe, weil der Anwalt in Frankreich dem Vorstand der Kammer (*Conseil de l'Ordre des avocats*) und dem über die Gewährung des Armenrechts entscheidenden Gremium (*bureau d'assistance judiciaire*) angehören, als Ergänzungsrichter herangezogen und schließlich nach zehn Jahren ohne weiteres zum Richter ernannt werden könne. Ein Ausländer sei von einer derartigen Mitwirkung an der Ausübung richterlicher Gewalt ausgeschlossen. Das Gericht hat diese Einwände nicht gelten lassen und insbesondere ausgeführt, die Befugnis, sich um eine Richterstelle zu bewerben, sowie die Möglichkeit, als Ergänzungsrichter in Anspruch genommen zu werden, seien nicht wesensnotwendig mit der Anwaltstätigkeit verknüpft, sondern stellten lediglich akzessorische Rechte und Pflichten dar, die sich von der normalen Berufstätigkeit abtrennen ließen. In einer Anmerkung ist dieses Urteil von Crémieu, dem Autor eines grundlegenden Werkes über die französische Rechtsanwaltschaft⁹⁾, scharf kritisiert worden¹⁰⁾. Unter Wiederholung der schon von der Anwaltskammer vorgebrachten Argumente hat Crémieu hervorgehoben, als Gehilfe der Justiz, dessen Rechtsstatus weit mehr vom öffentlichen Recht als vom Privatrecht geprägt werde, stehe der *avocat* einem Staatsorgan gleich. Einen zusätzlichen Beweis für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Berufs liefere der abzuleistende Eid, durch den sich der *avocat* in Frankreich verpflichtet, darauf bedacht zu sein, jede Beeinträchtigung der Belange der Staatssicherheit zu vermeiden.

3. Da auch der EWG-Vertrag grundsätzlich das Ziel verfolgt, den Angehörigen der Mitgliedstaaten im gesamten Raum der Sechsergemeinschaft die Gleichstellung mit den jeweiligen Inländern zu sichern¹¹⁾, liegt auf der

⁹⁾ *Traité de la profession d'avocat* (2. Aufl. Paris 1954).

¹⁰⁾ Im wesentlichen zustimmend dagegen P. Hébraud, a. a. O.

¹¹⁾ Vgl. Everling, a. a. O., S. 16; K. W. Platz, EWG-Niederlassungsrecht und individuelle Rechtspositionen (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 45) Köln-Berlin 1966, S. 48.

Hand, daß der von der Cour d'Appel de Nancy entschiedene Streit geradezu einen Testfall bildet, an dem sich die Schwierigkeiten und Hindernisse der Durchführung des Vertragskapitels über das Niederlassungsrecht mit aller Deutlichkeit ablesen lassen.

II

Die von den Prinzipien des Föderalismus geprägte neuere deutsche Rechtsgeschichte vermag manche Erfahrungen und Erkenntnisse zu vermitteln, die – wenn auch unter gewissen Vorbehalten – mit Gewinn zur Aufhellung ähnlicher Sachfragen aus dem Bereich des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden können¹²⁾, so daß es naheliegt, einen Blick zurückzuwerfen auf die Grundsätze, die von der Zeit des deutschen Bundes an das anwaltliche Fremdenrecht innerhalb Deutschlands beherrscht haben.

1. Deutscher Bund

Die Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815¹³⁾ enthielt in den wenigen Bestimmungen, die sich mit dem Individuum befaßten, lediglich Ansätze einer Freizügigkeits- und Niederlassungsregelung. Die einschlägige Bestimmung des Art. XVIII lautete wie folgt:

»Die verbündeten Fürsten und freyen Städte kommen überein, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern:

a) Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu seyn, als dessen eigene Unterthanen.

b) Die Befugniß

1. des freyen Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaat in den andern, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, auch
2. in Civil und Militairdienste desselben zu treten ...

c) Die Freyheit von aller Nachsteuer (*jus detractus, gabella emigrationis*), in sofern das Vermögen in einen andern deutschen Bundesstaat übergeht und mit diesem nicht besondere Verhältnisse durch Freyzügigkeits-Verträge bestehen.

d) ...«.

Von einem Recht zu freier gewerblicher Betätigung in den anderen Bundesstaaten, von der anwaltlichen Tätigkeit ganz zu schweigen, war also nicht

¹²⁾ Zur Legitimität und zu den Gefahren dieser Methode vgl. neuerdings J. H. Kaiser, *Modi der Integration – Ökonomische Elemente und juristische Relevanz*, S. 266 (269 f.) in: *Probleme des Europäischen Rechts*, Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag (Frankfurt 1966).

¹³⁾ Abgedruckt bei E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1 (Stuttgart 1961), S. 75 (80).

die Rede. Die Zulassung von auswärtigen deutschen Rechtskundigen stand damit zur Disposition der einzelstaatlichen Gesetzgebung. Während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts war aber die Rechtslage des Anwaltsberufs nicht nur in dieser Hinsicht derart unübersichtlich, daß die Redaktion der *Anwalt-Zeitung* im Jahre 1844¹⁴⁾ an die Experten »aus allen Theilen Teutschlands« den dringenden Appell richtete, für die Leser der Zeitschrift eine umfassende Übersicht (»Statistik«) über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Standes in ihrem jeweiligen Heimatstaat zu geben. Immerhin läßt sich sagen, daß jedenfalls nur eine kleine Minderzahl der deutschen Länder die Niederlassung und das unständige Praktizieren fremder Advokaten (und Prokuratoren)¹⁵⁾ vor den Schranken der eigenen Gerichte gestattete¹⁶⁾. In dem weit überwiegenden Teil der Territorien bildete dagegen der Besitz des Heimatrechts die Voraussetzung für die Zulassung zum Auftreten vor Gericht. Bedingt durch die vielfältigen territorialen Verschiebungen bis hin zum Wiener Kongreß, verliefen selbst innerhalb einzelner Staaten rechtliche Grenzen, deren Überschreitung weder den im einen noch den im anderen Teilrechtsgebiet ansässigen Anwälten erlaubt war¹⁷⁾. Landfremden war der Zugang zu dem Beruf auch in all den Ländern versperrt, die dem Anwalt Beamteneigenschaft beileigten¹⁸⁾. So verhielt es sich vor allem in den alten Provinzen Preußens, wo die Rechtsanwälte, die bis 1849 den Titel »Justizkommissarien« führten¹⁹⁾, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in § 462 des Anhangs zur allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 als »wirkliche Staatsdiener« betrachtet wurden, deren Funktionen demzufolge wie jede andere Staatstätigkeit nur von preußischen Bürgern wahrgenommen werden konnten. Die

¹⁴⁾ S. 55.

¹⁵⁾ Das einheitliche Berufsmodell des Rechtsanwalts, der auch die formellen Aufgaben des Prozeßbetriebs wahrnimmt, hatte sich damals noch nicht überall in Deutschland durchgesetzt. Über den Prokurator und seine geschichtliche Entwicklung vgl. E. Döhring, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500* (Berlin 1953), S. 119 ff.; A. Weisler, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft* (Leipzig 1905), S. 163 ff.

¹⁶⁾ Als Beispiel solcher Aufgeschlossenheit kann etwa Sachsen-Gotha genannt werden, vgl. A. Freytag, *Statistik des Anwaltstandes im Herzogtum Sachsen-Gotha nebst einigen Mittheilungen über die damit in Verbindung stehenden Einrichtungen und Zustände*, *Anwalt-Zeitung* 1847, S. 81 (83, 87).

¹⁷⁾ So in Hannover, wo das Praktizieren vor den Gerichten der im Jahre 1815 von Preußen erworbenen Gebietsteile den dort niedergelassenen Anwälten vorbehalten war, vgl. E. Hantelmann, *Statistik des Anwaltstandes im Königreich Hannover*, *Anwalt-Zeitung* 1845, S. 209 f.

¹⁸⁾ Dagegen K. S. Zachariä, *Deutsches Staats- und Bundesrecht, Zweiter Theil* (2. Aufl. Göttingen 1854), S. 18 N. 7, der den Anwalt als »Diener des Publicums« bezeichnet. Kritisch zum Amtscharakter auch K. J. A. Mittermaier, *Die künftige Stellung des Advokatenstandes*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 15 (1832), S. 277 ff.

¹⁹⁾ Umbenennung durch Verordnung vom 2. 1. 1849, *Gesetz-Sammlung* (GS), S. 1.

einschneidendste Beschränkung stellte jedoch das vielerorts, auch in Preußen, herrschende System der Bedürfnisprüfung dar, durch das nicht nur der Stand vor einer Übersetzung bewahrt werden sollte, sondern das auch der Obrigkeit dazu diene, sich einen maßgebenden Einfluß auf die Zusammensetzung der Anwaltschaft zu sichern²⁰⁾. Zu einer wirkungsvollen Liberalisierung des Zulassungsrechts hätte es wohl geführt, wenn § 133 der Frankfurter Reichsverfassung²¹⁾ Geltung erlangt hätte. In dieser Vorschrift war vorgesehen, daß jeder Deutsche an jedem Ort jeden Nahrungszweig solle betreiben dürfen. Verständlich ist andererseits, daß die zahlreichen nach dem Scheitern der Revolution in Kraft gesetzten neuen Standesordnungen²²⁾, an denen sich das Bestreben des Gesetzgebers erkennen läßt, auch auf diesem bisher weitgehend vernachlässigten Gebiet endlich ein dem rationalen Geist des Jahrhunderts entsprechendes klares Recht zu schaffen, sich in ihrem fremdenrechtlichen Teil große Zurückhaltung auferlegten. Solange eine reichseinheitliche Regelung fehlte, wäre eben jede Großzügigkeit eine einseitige Vorleistung zu Lasten der eigenen Staatsangehörigen gewesen. An ausdrücklichen Normierungen lassen sich denn überhaupt nur die reichlich vorsichtigen Vorschriften des § 36 des hannoverschen Gesetzes vom 31. März 1859²³⁾ und des § 4 Abs. 5 der braunschweigischen Advokatenordnung vom 19. März 1850²⁴⁾ anführen, die übereinstimmend besagten, daß auswärtigen Anwälten das Auftreten vor einheimischen Gerichten durch besonderen ministeriellen Beschluß gestattet werden könne²⁵⁾.

2. Norddeutscher Bund und Deutsches Reich

Einen wichtigen Fortschritt auf dem Wege zur Rechtseinheit brachte die Verfassung des Norddeutschen Bundes, die in Art. 3 Abs. 1 das »gemeinsame Indigenat« einführte. Sachlich hieß dies, daß künftighin jeder Deutsche

²⁰⁾ Dazu H. Getz, Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem (Bonn 1966), S. 80.

²¹⁾ Abgedruckt bei Huber, a. a. O. oben Anm. 13, S. 304 (318).

²²⁾ Braunschweig: Advokatenordnung vom 19. 3. 1850; Oldenburg: Anwaltsordnung vom 28. 6. 1858; Hannover: Gesetze vom 31. 3. 1859; Königreich Sachsen: Advokatenordnung vom 3. 6. 1859; Sachsen-Koburg-Gotha: Anwaltsordnung vom 2. 6. 1862; Baden: Anwaltsordnung vom 22. 9. 1864. Sämtliche hier einschlägigen Vorschriften sind abgedruckt als Anlage zu den Motiven der Rechtsanwaltsordnung, in: Drucksachen des Deutschen Reichstags, 3. Legislaturperiode – II. Session 1878 – Nr. 5 Anlage D, S. 122 ff.

²³⁾ »Auswärtige Advokaten sind zur Praxis im Königreiche nur insoweit berechtigt, als ihnen die Erlaubniß hierzu von Unserem Justizministerium gewährt ist«.

²⁴⁾ »Auswärtigen Anwälten kann, falls das Bedürfnis des Publikums dieses erheischt, nach erfordertem Bericht der Advokatenkammer das Auftreten vor hiesigen Gerichten gestattet werden. Die Zulassung derselben ist aber jederzeit widerruflich«.

²⁵⁾ Zusammenfassende Darstellungen des Rechtszustandes vor Inkrafttreten der reichseinheitlichen Rechtsanwaltsordnung finden sich bei A. Brix, Organisation der Advokatur

in jedem Bundesstaat alle Rechte des Inländers genoß²⁶⁾. In der Debatte über den Regierungsentwurf war lebhaft umstritten gewesen, ob angesichts des obrigkeitlichen Geistes der Gesetzgebung in einigen Kleinstaaten und der Diskriminierungen aus Gründen der Religion, wie sie vor allem noch in Mecklenburg praktiziert wurden²⁷⁾, der Grundsatz der Inländergleichbehandlung dem Individuum einen ausreichenden Rechtsstatus zu verbürgen vermöge oder ob es darüber hinaus erforderlich sei, durch positive Bestimmungen einen gewissen Mindeststandard zu fixieren²⁸⁾. Gleichwohl war die Vorschrift schließlich in ihrer vorgeschlagenen Fassung unverändert angenommen worden.

Zumindest einige der Lücken, die Art. 3 der Bundesverfassung offengelassen hatte, schloß nach kurzer Zeit das Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867²⁹⁾, das 1871 zum Reichsgesetz wurde und das auch heute noch gilt³⁰⁾. So wurde die Befugnis, Grundeigentum zu erwerben, nunmehr von jeder qualifizierenden Voraussetzung gelöst (§ 1 Abs. 1 N. 2), und gleichzeitig wurden alle auf das Glaubensbekenntnis abstellenden Restriktionen der Freizügigkeit für unzulässige Diskriminierungen erklärt (§ 1 Abs. 3). Im übrigen blieben indes die Aufnahme von Gewerben, die Ausübung sonstiger selbständiger Tätigkeiten und auch der Zugang zu öffentlichen Ämtern der näheren Regelung durch die einzelstaatliche Gesetzgebung unterstellt. Eine erste Bresche in diese partikularistischen Fesseln der Handlungsfreiheit schlug die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869³¹⁾, die in ihrem § 1 die Gewerbefreiheit für jedermann proklamierte. Die verfassungsrechtliche Lage dagegen änderte sich auch nach der Reichsgründung nicht, denn Art. 3 der Bundesverfassung wurde fast wörtlich – und wiederum als Art. 3 – in die Verfassung von 1871 übernommen. Einer effektiven Freizügigkeit standen mithin zunächst noch auf vielen Gebieten außerhalb des Gewerberechts im engeren Sinne die von einem Land zum anderen divergierenden Berufszulassungsvoraussetzungen entgegen, die als

(Wien 1868) sowie in der Anlage C der Motive zur Rechtsanwaltsordnung, a. a. O. oben Anm. 22, S. 110 ff.

²⁶⁾ Dazu P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 (5. Aufl. Tübingen 1911), S. 182 ff.; G. Meyer – G. Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts (München und Leipzig 1919), S. 947 f.

²⁷⁾ Vgl. die Ausführungen des Abg. Wiggers, abgedruckt bei: v. Holtzendorff – E. Bezold, Materialien zur Reichsverfassung, Bd. 1 (Berlin 1873), S. 444–451.

²⁸⁾ Vgl. die sämtlich bei v. Holtzendorff – E. Bezold, a. a. O. wiedergegebenen Ausführungen der Abg. v. Wächter, S. 429, Braun, S. 434 ff. (für die Normierung weitergehender Rechtsgarantien) und v. Bassewitz, S. 431 f. (gegen die Aufnahme absoluter Grundrechte).

²⁹⁾ Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 55.

³⁰⁾ Maunz – Dürig, Grundgesetz, Art. 11 Rdn. 16 N. 2 mit weiteren Nachweisen.

³¹⁾ Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245.

nicht an die Landesstaatsangehörigkeit anknüpfende Qualifikationserfordernisse weiterhin zulässig blieben³²). Diese restlichen innerdeutschen Rechtsbarrieren noch zu beseitigen, blieb der Reichsgesetzgebung als Aufgabe gestellt. Nur von ihrem Eingreifen konnte auch im Bereich des Berufsrechts der Rechtsanwälte eine Lockerung erwartet werden. Zwar war die Zulassungsbedingung der Landesangehörigkeit gefallen, die Wirkung dieser Verfassungsnorm mußte aber solange eng begrenzt bleiben, als jeder Bundesstaat die Ablegung inländischer Prüfungen und die Ableistung eben solcher Praktika vorschreiben konnte.

Daß die fällige Neuordnung von liberalem Geist geprägt sein würde, ließ sich bereits deutlich absehen. Bahnbrechend hatte vor allem die jetzt genau hundert Jahre zurückliegende Veröffentlichung der Streitschrift »Freie Advokatur – Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen«³³), deren Verfasser kein Geringerer als Rudolf von Gneist war, gewirkt. Auch die Rechtsanwälte selbst waren keineswegs einem Sekuritätsdenken verhaftet, das sie vor den zunächst nicht absehbaren Konsequenzen der vollen Freizügigkeit auch für ihren Stand hätte zurückschrecken lassen. Auf dem 5. Deutschen Anwaltstag in Köln im Jahre 1876 nahmen sie im Hinblick auf die inzwischen angelaufenen Arbeiten zum Entwurf eines reichseinheitlichen Berufsgesetzes zwar eine zwiespältige Haltung ein, indem sie sich einerseits dafür aussprachen, daß die in einem Bundesstaat erworbene Befähigung zur Zulassung auch in jedem anderen berechtigen solle, andererseits aber für die Aufschiebung des Inkrafttretens dieser Neuerung bis zur Harmonisierung der Vorschriften über das Ausbildungs- und Prüfungsrecht plädierten³⁴). Als aber die Gesetzesvorlage der Reichsregierung vom 24. Oktober 1877³⁵) das von ihr grundsätzlich anerkannte Recht auf Zulassung auf denjenigen Bundesstaat beschränkte, in dem der Bewerber das zum Richteramt befähigende Examen abgelegt hatte, nahm der 6. Deutsche Anwaltstag am 8. März 1878 fast einstimmig zugunsten des Anspruchs auf Zulassung in jedem Bundesstaat Stellung³⁶), so wie dies zehn Jahre zuvor schon der 7. Deutsche Juristentag getan hatte³⁷). Trotz allem gelang es

³²) Ph. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1: Das Verfassungsrecht (Berlin 1895), S. 350.

³³) Berlin 1867.

³⁴) Die Beschlüsse sind abgedruckt als Anlage B der Motive zum Entwurf der Rechtsanwaltsordnung, a. a. O. oben Anm. 22, S. 108 f.

³⁵) In den Reichstagsdrucksachen, a. a. O. oben Anm. 22, ist die nach dem Durchgang beim Bundesrat an den Reichstag gelangte Fassung des Entwurfs abgedruckt.

³⁶) Vgl. Weissler, a. a. O. oben Anm. 15, S. 590.

³⁷) Verhandlungen des siebenten Deutschen Juristentages, Bd. 2 (Berlin 1869), S. 248, 249, 252. Die Beschlüsse sind auch abgedruckt in den Motiven zum Entwurf der Rechtsanwaltsordnung, a. a. O. oben Anm. 22, S. 21.

nicht, den amtlichen Entwurf von diesem Hemmschuh zu befreien und die Freiheit der Advokatur in ihrer idealen Gestalt zu verwirklichen. Der Grund für diese ablehnende Haltung der Reichstagsmehrheit war offenbar die auch das Kernstück der Regierungsbegründung bildende Erwägung, daß die Anerkennung der Gleichwertigkeit aller juristischen Staatsprüfungen zu einer faktischen Ungleichheit führen würde. Es hieß in den Motiven³⁸⁾, wegen der den Einzelstaaten verbliebenen Kompetenz zur Regelung der Ausbildung sei nämlich trotz der im § 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) statuierten Mindestbedingungen das Prüfungsniveau in den einzelnen Ländern höchst unterschiedlich, so daß die Rechtskundigen aus den Staaten, in denen die geringsten Anforderungen gestellt würden, durch die Gewährung eines Anspruchs auf Zulassung auch in den Bundesstaaten mit höherem Prüfungsniveau ungerechtfertigt privilegiert wären. Sachlich in diesem Punkt unverändert trat somit die umstrittene Vorschrift³⁹⁾ zusammen mit den übrigen Reichsjustizgesetzen als Teil des gesamten Kodifikationswerkes⁴⁰⁾ am 1. Oktober 1879 in Kraft.

Trotz weiterer Vorstöße der Rechtsanwaltschaft gegen die als Anachronismus empfundene regionale Beschränkung des Zulassungsrechts gelang es auch in der Weimarer Epoche nicht, die gesetzlichen Grundlagen für die Beseitigung dieser letzten Spuren territorialer Eigenherrlichkeit zu schaffen⁴¹⁾. Erst der Nationalsozialismus verhalf der unitarischen Tendenz zum Siege⁴²⁾, stellte aber später unter Mißachtung aller rechtsstaatlichen Grundsätze die Zulassung auf Grund der §§ 4 und 16 des nunmehr «Rechtsanwaltsordnung» genannten Berufsgesetzes⁴³⁾ völlig dem Belieben des Reichsjustizministers anheim.

3. Nachkriegsdeutschland

Nach dem 2. Weltkrieg zerfiel die Rechtseinheit zunächst wieder. Durch regionales Recht wurde die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft sehr weitgehend unter protektionistischen Auspizien mit dem Ziele geregelt, berufs-

³⁸⁾ Motive zum Entwurf der Rechtsanwaltsordnung, a. a. O. oben Anm. 22, S. 27.

³⁹⁾ § 4 Abs. 1: »Wer zur Rechtsanwaltschaft befähigt ist, muß zu derselben bei den Gerichten des Bundesstaats, in welchem er die zum Richteramte befähigende Prüfung bestanden hat, auf seinen Antrag zugelassen werden«.

⁴⁰⁾ Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878, Reichsgesetzblatt (RGBl.), S. 177.

⁴¹⁾ Vgl. dazu den Regierungsentwurf einer Bundesrechtsanwaltsordnung, BT-Drs. III/120, Anlage 1, Begründung, Erläuterungen zu § 5, S. 51.

⁴²⁾ Erstes Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. 2. 1934, RGBl. I, S. 91, Art. 3.

⁴³⁾ In der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Rechtsanwaltsordnung vom 13. 12. 1935, RGBl. 1935 I, S. 1470, neu bekanntgemacht in RGBl. 1936 I, S. 107.

verdrängten Juristen aus anderen Gebieten den Eintritt in den Beruf zu verwehren⁴⁴⁾). Neben dem Mittel des *numerus clausus* wandte man hierbei⁴⁵⁾ wiederum die Methode an, ein Recht auf Zulassung nur unter der Voraussetzung einzuräumen, daß der Bewerber in dem Lande der erstrebten Zulassung die zum Richteramt befähigende Prüfung abgelegt hatte. Ob diese Einschränkung mit den Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes, insbesondere den Art. 3 und 12 GG, in Einklang stand, ist in der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet worden. Der bayerische Verfassungsgerichtshof hat in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1949 und 1951⁴⁶⁾ den Standpunkt des Gesetzgebers gebilligt und ausgesprochen, wer das Recht eines Landes, seine Verwaltungseinrichtungen und die Gerichtspraxis während seiner Ausbildung näher kennengelernt habe, besitze eine besondere berufliche Qualifikation, so daß die Abweisung des landesfremden Bewerbers keine unzulässige Schlechterstellung bedeute. Während das Bundesverwaltungsgericht⁴⁷⁾ sich diesen Erwägungen angeschlossen hat, hat der ehemalige Württemberg-Badische Verwaltungsgerichtshof⁴⁸⁾ den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und die Verweigerung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit Rücksicht auf den Ort der Ausbildung und Prüfung als mit dem Gleichheitssatz unvereinbar bezeichnet.

Durch § 5 der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959⁴⁹⁾ ist das Kriterium der Landesverbundenheit wieder beseitigt worden. Der liberale Geist dieses Berufsgesetzes erweist sich auch an seinen weiteren Bestimmungen, daß eine Bedürfnisprüfung vor der Zulassung nicht stattfindet (*arg.* § 7) und daß die Tätigkeit des Rechtsanwalts ein freier Beruf ist (§ 2 Abs. 1). Auf Grund dieses gesetzgeberischen Diktums steht für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich fest, daß die Beratung und Vertretung des rechtsuchenden Publikums nicht zu den ihrem Wesen nach öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Staatsfunktionen gehört.

⁴⁴⁾ Vgl. dazu den Regierungsentwurf einer Bundesrechtsanwaltsordnung, a. a. O. oben Anm. 1, Einleitung unter II., S. 45 f., sowie Erläuterungen zu § 5, S. 51.

⁴⁵⁾ In den Ländern Bayern, Württemberg-Baden, Baden, Württemberg-Hohenzollern sowie im Bezirk des ehemaligen OLG Neustadt.

⁴⁶⁾ Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (VGHE) Bd. 2, Teil II, S. 127 (139 f.); Bd. 4, Teil II, S. 30 (49).

⁴⁷⁾ Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) Bd. 2, S. 151 (152 ff.).

⁴⁸⁾ NJW 1950, S. 837.

⁴⁹⁾ Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1959 I, S. 565.

III

Will man aus der dargestellten Rechtsentwicklung in Deutschland ein Fazit ziehen, so kann es nur dahin formuliert werden, daß die föderale Struktur mit den unterschiedlichsten Lösungen des Problems der anwaltlichen Freizügigkeit einhergehen kann. Rein faktisch wird selbstverständlich die Bewegung vom Staatenbund zum Bundesstaat oder schließlich zum Einheitsstaat die Regionalität als Anknüpfungsmoment zunehmend zum Verschwinden bringen; daß aber durch eine bestimmte Staatsordnung rechtsnotwendig auch der Charakter des Standesrechts bestimmt werde, wäre eine offenbar wenig fundierte Behauptung. Dieses Ergebnis wird auch durch die Rechtslage in den Bundesstaaten Schweiz und USA bestätigt.

1. Nach Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur schweizerischen Bundesverfassung⁵⁰⁾ ist den Rechtsanwälten das Recht garantiert, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben, wenn sie nur in einem der Kantone die erforderliche Qualifikation errungen haben⁵¹⁾. Der Sprachprobleme ist hierbei nicht gedacht worden.

2. Die Verfassung der USA überläßt es dagegen den Einzelstaaten, in eigenständiger Verantwortung Regeln für die Zulassung auswärtiger Rechtsanwälte aufzustellen⁵²⁾. Bundeseinheitliche Grundsätze haben sich auf diesem Gebiet bisher nicht herausgebildet⁵³⁾. Die Mehrzahl der Staaten⁵⁴⁾ verlangt von dem in einem anderen Staat bereits zugelassenen Rechtsanwalt nicht, daß er sich der örtlichen *bar examination* unterzieht, im allgemeinen freilich nur unter der Bedingung, daß der Niederlassungswillige in seinem Heimatstaat zuvor eine bestimmte Mindestzahl von Jahren praktiziert hat. Häufig werden diese Erleichterungen auch nur auf der Basis der Gegenseitigkeit gewährt⁵⁵⁾.

Grundsätzlich ist das Auftreten vor Gericht den in dem in Rede stehen-

⁵⁰⁾ Sie gelten solange, bis das in Art. 33 Abs. 2 der Bundesverfassung vorgesehene Gesetz ergangen ist, welches sicherstellen soll, daß Befähigungsnachweise für die wissenschaftlichen Berufsarten, zu denen auch der Rechtsanwalt zählt, mit Wirksamkeit für die ganze Schweiz erworben werden können.

⁵¹⁾ F. Fleiner – Z. Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949), S. 306 f.; M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozeßrecht (2. Aufl. Zürich 1958), S. 611 ff.; F. Löffler, Die Anwaltschaft in der Schweiz, in: Union Internationale des Avocats, Die Rechtsanwaltschaft in der Welt (Paris 1959), S. 412 (419, 421).

⁵²⁾ Die Zulassungsbedingungen müssen freilich sachlich vernünftig sein, vgl. *Hackin v. Lockwood*, 361 F. 2d 499 (1966).

⁵³⁾ 7 American Jurisprudence 2d, Attorneys at Law § 9; vgl. ferner J. S. Leary – J. C. Cooper, Lawyers in America, in: Die Rechtsanwaltschaft in der Welt, *op. cit.*, S. 458 (477 f.).

⁵⁴⁾ Anders etwa die »überlaufenen« Staaten Florida und Kalifornien, vgl. American Jurisprudence 2d Desk Book (1962), Dok. N. 94.

⁵⁵⁾ Nähere Einzelheiten sind aus dem zitierten Dok. N. 94, a. a. O. zu entnehmen.

den Staat ansässigen Rechtsanwälten vorbehalten. Im Einzelfall kann ihnen zwar die Prozeßvertretung gestattet werden, doch besitzt auch insoweit der einzelstaatliche Gesetzgeber volle Regelungsgewalt⁵⁶⁾.

IV

1. a) Wie bereits angedeutet, resultieren die Schwierigkeiten der Interpretation des in Art. 55 Abs. 1 niedergelegten nationalen Vorbehalts hauptsächlich aus dem Tatbestandselement »öffentliche Gewalt«. Auch hier stellt sich zunächst die von zahlreichen anderen Stellen des Vertragswerks her wohlbekannte Frage, ob eine Verweisung auf die jeweilige innerstaatliche Begriffsbildung vorliegt oder ob im Gegenteil die Anlegung eines einheitlichen supranationalen Maßstabs die richtige Lösung ist.

Der Wortlaut für sich allein bietet keine Hilfe bei der Klärung der Zweifel. Rechtssystematisch weist aber die Annahme, daß der Vertrag die Grenzziehung dem nationalen Recht habe überlassen wollen, von vornherein einen schwerwiegenden Nachteil auf: Es würde nämlich im Grunde nur eines Spiels mit Worten bedürfen, um Tätigkeiten oder Berufe vom sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auszuschließen⁵⁷⁾. Die Bestimmung des Ausmaßes der Niederlassungsfreiheit wäre mithin der Willkür des nationalen Gesetzgebers ausgeliefert, da die Frage der Zurechnung eines Rechtsgebiets zum öffentlichen oder zum Privatrecht weitgehend eine Frage positiver Regelung ist. Der praktischen Konsequenz nach wäre damit eine echte vertragliche Bindung der Mitgliedstaaten in diesem Punkt verneint. Hinzu kommt, daß die Anerkennung einer solchen Dispositionsbefugnis der Mitgliedstaaten mit Grundprinzipien des internationalen Niederlassungsrechts in Widerspruch stehen würde. Niederlassungsverträge beruhen in aller Regel auf Gegenseitigkeit. Selten werden zwar in den Konventionen alle gewährten Rechte durch konkrete Nennung derart umschrieben, daß gleichsam eine mathematische Gleichheit erreicht wird, üblicher sind – allein schon wegen der faktischen Unmöglichkeit einer lückenlosen Aufzählung – Globalformulierungen, durch die Inländerbehandlung oder Behandlung nach dem Meistbegünstigungsprinzip – oder beides zugleich in einer bestimmten Verschränkung – zugesichert wird⁵⁸⁾. Indes ist stillschwei-

⁵⁶⁾ 7 American Jurisprudence 2d Attorneys at Law § 10.

⁵⁷⁾ Zutreffend weisen Ruggiero – De Dominicis, a.a.O., Art. 55 Anm. 3, S. 431, darauf hin, daß es gelte, ein *gioco di definizioni* zu verhindern; zustimmend M. Mascini, Oggetto e destinatari del diritto di stabilimento nel Trattato della Comunità Economica Europea, Rivista di diritto europeo 1966, S. 285 (292).

⁵⁸⁾ Dazu A. Cassese, Il diritto di stabilimento nel trattato istitutivo della Comunità economica europea, Rivista trimestrale di diritto pubblico 1959, S. 304 (307 f.), und Platz, a.a.O. oben Anm. 11, S. 43.

gende Voraussetzung dieser Regelungen stets, daß bei einer Gesamtabwägung aller eingeräumten Rechte der Status der gegenseitig geschützten Personen sich im Ergebnis als gleichwertig erweist. Um etwaige Disparitäten, wie sie insbesondere auf Grund künftiger Entwicklungen entstehen könnten, abzufangen, macht die Vertragspraxis im übrigen häufig von der Klausel Gebrauch, daß die eingeräumten Begünstigungen unter dem Vorbehalt der materiellen Reziprozität stünden⁵⁹).

Auch der EWG-Vertrag – insoweit in seiner Eigenschaft als *traité-contrat* – ist nach diesem Schema konstruiert. Jeder Mitgliedstaat hat den anderen fünf Vertragsteilen die Gleichstellung der ihrer Personalhoheit unterstehenden Personen mit den eigenen Staatsbürgern versprochen und sich durch diese Konzession eine entsprechende Ausweitung der Rechtssphäre seiner eigenen Schutzbefohlenen erkaufte. Der Gefahr, daß bei Verwirklichung der Inländergleichbehandlung lediglich offene durch versteckte Ausländerdiskriminierungen abgelöst werden, hat der Vertrag vor allem durch die Koordinierungsvorschriften der Art. 56 und 57 wirksam vorgebeugt und damit seinen Willen zu einer echten Gegenseitigkeit bekundet. Mit diesem Grundsatz des *do ut des* wäre es unvereinbar, der in einzelnen Mitgliedstaaten voneinander abweichenden rechtlichen Qualifizierung ein und derselben Berufstätigkeit irgendwelche rechtliche Erheblichkeit unter dem Gesichtspunkt des Art. 55 Abs. 1 zuzuerkennen. Kein Staat kann für sich Rechte in Anspruch nehmen in Tätigkeitsbereichen, die er selbst den Marktbürgern aus den übrigen fünf Ländern verschlossen hält. Mehr vom supranationalen Standpunkt aus betrachtet kommt auch das Ziel des Vertrages, als *traité-loi* soweit irgend möglich Rechtseinheit zu schaffen, dieser Deutung entgegen⁶⁰).

b) Wie verhält sich aber diese Rechtsbehauptung zu der unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 1 zu entnehmenden Folgerung, daß die

⁵⁹) So insbesondere die französische Praxis. Einen Überblick über ältere Verträge geben J. N o g a r o, Stichwort «Etablissement (Théorie de l')», S. 135 ff., in: A. de La Pradelle – J.-P. Niboyet, Répertoire de Droit International, Suppl. (Paris 1934), N. 10; J. P i l l a u t, Stichwort «Etablissement (Classement des clauses des traités d')», *ibid.*, S. 121 ff., N. 65 f. Aus jüngster Zeit ist der französisch-schwedische Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag vom 16. 2. 1954, Journal Officiel (J.O.) vom 5. 6. 1956, hervorzuheben (Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 3), der einer Reihe weiterer Niederlassungsabkommen zum Vorbild gedient hat: mit San Marino, vom 15. 1. 1954, J.O. vom 1. 6. 1956; mit Panama, vom 10. 7. 1953, J.O. vom 23. 4. 1958; mit Honduras, vom 15. 8. 1955, J.O. vom 15. 5. 1960; auf derselben Linie liegt auch der französisch-amerikanische Niederlassungsvertrag vom 25. 11. 1959, J.O. vom 15. 12. 1960 (Gemeinsame Erklärung, Abs. 3). – Kritisch zu dieser Vertragsbedingung der *réciprocité réelle et effective* A. P i o t, Du réalisme dans les conventions d'établissement, Clunet 1961, S. 38 (44 f., 82).

⁶⁰) Wie hier M a s c i n i, a. a. O. oben Anm. 57; R u g g i e r o – D e D o m i n i c i s, a. a. O.; anderer Ansicht C h e s n é, a. a. O., S. 137; L a g u e t t e, a. a. O., S. 245.

Vorschrift gerade eine Durchbrechung des Gegenseitigkeitsprinzips normiert, indem nämlich die Freiheit der Niederlassung immer nur für den Staat ausgeschlossen wird, wo die in Frage stehende Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist? Dem ersten Anschein nach liegt hier ein Widerspruch vor. Klarheit vermag indes die Überlegung zu schaffen, daß eine dem Namen nach im gesamten Raum der Gemeinschaft identische Berufstätigkeit ihrem sachlichen Aufgabenkreis nach höchst verschiedenartig sein kann. Es besteht vornehmlich kein Grund für die Annahme, daß die sechs Staaten die Frage der Beteiligung Privater an der Ausübung öffentlicher Gewalt, um die es hier geht, nach übereinstimmenden Prinzipien geregelt hätten. So kann die Gesetzgebung des einen Staates die Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe mit Befugnissen ausgestattet haben, die eine Prüfung unter dem Gesichtswinkel des Art. 55 Abs. 1 erforderlich machen, während die Angehörigen derselben Berufsgruppe in den anderen Staaten einen derartigen vom öffentlichen Recht geprägten Sonderstatus nicht besitzen. Die ausdrückliche Beschränkung der Ausschlußwirkungen einer solchen Disparität auf den »betreffenden Mitgliedstaat« verfolgt damit den Zweck, im Interesse des Individuums die bei Anwendung allgemeiner Reziprozitätsregeln unvermeidbare Schlechterstellung der Angehörigen des ersten Staates in den übrigen Staaten, auch soweit dort der Beruf keinen hoheitlichen Charakter aufweist, auszuschalten.

c) Da somit das Filigran der nationalen Begriffsprägungen als Interpretationshilfe ausscheidet, läßt sich nur aus dem Grundgedanken der Vorschrift heraus erklären, welche Erscheinungsformen der öffentlich-rechtlich gebundenen Betätigung Privater im einzelnen gemeint sind. Ohne bereits genauere Abgrenzungsformeln anzubieten, kann man doch von vornherein sagen, daß es die offenbar beabsichtigte Wirkung des nationalen Vorbehalts ist – und nach vollständiger Durchführung der Allgemeinen Programme in noch stärkerem Maße sein wird –, fremde EWG-Angehörige von einer bestimmten staatlichen Sphäre freizuhalten. Damit steht Art. 55 Abs. 1 in einer ungebrochenen fremdenrechtlichen Tradition. Von jeher war anerkannt, daß die dem Ausländer gewährte Handlungsfreiheit mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung nicht das Recht zur Betätigung im hoheitlichen Bereich des fremden Staates einschließt⁶¹).

⁶¹) In diesem Sinne bereits K. Th. Pütter, Das praktische europäische Fremdenrecht (Leipzig 1845), S. 11; H. v. Frisch, Das Fremdenrecht – Die staatsrechtliche Stellung der Fremden (Berlin 1910), S. 117. Daß die Schlechterstellung des Ausländers auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts eine völkerrechtlich zulässige Selbstverständlichkeit ist, steht auch im heutigen Schrifttum außer Streit, vgl. K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 39) (Köln-Berlin 1963), S. 93, 98;

Daß auch dem EWG-Vertrag diese Einschränkung innewohnt, ist nicht weiter verwunderlich: Zwar werden die gemeinschaftsinternen Staatsgrenzen vornehmlich durch den Abbau der Beschränkungen des freien Warenverkehrs sowie auf Grund von Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit zunehmend bedeutungslos werden, die Staaten als solche indes bleiben jedenfalls nach dem bisherigen Stand der vertraglichen Abmachungen⁶²⁾ in ihrer Substanz unberührt. Es gibt keine einheitliche EWG-Angehörigkeit in dem Sinne, daß der Marktbürger, wo er auch seinen Aufenthalt nähme, über die Angelegenheiten des dortigen Gemeinwesens mitbestimmen könnte. Der Ausländer ist nach wie vor von den Wahlen zu den politischen Körperschaften ausgeschlossen, Art. 48 Abs. 4 verweigert ihm das Recht der Inländergleichbehandlung hinsichtlich des Eintritts in abhängige Staatsstellungen, und die Vorschrift des Art. 55 Abs. 1 ist ganz auf dieser Linie als eine weitere Abwehrnorm zu betrachten: sie gewährleistet den Mitgliedstaaten, denen nach der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes die Gefahr einer faktischen Überfremdung drohen kann, daß in dem von ihr geregelten Teilbereich die Reinheit der staatlichen Willensbildung aus nationaler Quelle erhalten bleibt⁶³⁾.

Art. 55 Abs. 1 verhindert, zusammenfassend gesagt, daß über das EWG-Niederlassungsrecht als Einfallstor ausländischer Einfluß bestimmend wird und die Eigenstaatlichkeit von ihren Grundlagen her unterminiert. Als

D. Schindler, Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts (Zürich 1957), S. 57.

⁶²⁾ Die Luxemburger Beschlüsse des EWG-Ministerrats vom 29. 1. 1966, abgedruckt in: ZaöRV Bd. 26 (1966), S. 1 ff., haben dieses Übergewicht der Mitgliedstaaten über die Gemeinschaft ganz deutlich hervortreten lassen. Zu den Beschlüssen vgl. H. Mosler, National- und Gemeinschaftsinteressen im Verfahren des EWG-Ministerrats. Die Beschlüsse der außerordentlichen Tagung des EWG-Rates in Luxemburg vom 29. Januar 1966, ZaöRV Bd. 26 (1966), S. 1 ff. P. Pescatore, Les perspectives du développement institutionnel à la suite de la «crise du Marché commun», S. 61 (65 ff.), in: La fusion des Communautés européennes au lendemain des Accords de Luxembourg, Colloque organisé à Liège les 27, 28 et 29 avril 1966 (Collection scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bd. 24), Den Haag 1967.

⁶³⁾ Der Vorschlag zur Schaffung einer *intercitoyenneté européenne*, wie ihn kurz nach dem II. Weltkrieg R. Picard, *L'unité européenne par l'intercitoyenneté* (Paris 1948), S. 15, und *passim*, mit Aussicht auf Erfolg formulieren zu können glaubte, hat ganz offensichtlich die Festigkeit der staatlichen Strukturen unterschätzt. Nach den Vorstellungen von Picard sollte das Ziel die absolute und auch die politischen Rechte umfassende Gleichstellung der Angehörigen aller an den notwendigen vertraglichen Abmachungen beteiligten europäischen Staaten mit den einheimischen Staatsbürgern am Ort der jeweiligen Niederlassung sein, so daß die Kategorie des Fremdenrechts in diesem territorialen Bereich schlechthin ihre Existenz eingebüßt hätte. Vgl. dazu S. B astid, *L'organisation européenne et le traitement réciproque des nationaux*, *Revue critique de droit international privé* 1953, S. 467 (469 f.), und L. Rigaud, *La Convention européenne d'établissement*, *Revue générale de droit international public* 1957, S. 5 (7 ff.).

Schutzobjekt sind mithin die klassischen Staatsfunktionen Legislative, Exekutive und Judikative aufzufassen. Nicht viel mehr als eine Umformulierung dieses Ergebnisses bedeutet es andererseits, wenn man abstellt auf die ungenügenden Überwachungsmöglichkeiten gegenüber Ausländern – jeder Sanktion wegen unkorrekter Kompetenzausübung kann sich der Fremde letzten Endes durch die Flucht in seinen Heimatstaat entziehen – oder auf die Tatsache, daß es dem Inländer nicht zugemutet werden könne, sich den hoheitlichen Befehlen eines Landfremden zu unterwerfen⁶⁴⁾.

d) Legt man diese Einsicht zugrunde, so versteht es sich, daß die mehr oder minder akzentuierte soziale Bedeutsamkeit, die einem Beruf zukommt, kein erhebliches Kriterium sein kann⁶⁵⁾. Mag auch die These, daß eine bestimmte Berufsgruppe eine »öffentliche Aufgabe«⁶⁶⁾ erfülle, nach den herrschenden rechtlichen Vorstellungen der nationalen Rechtsordnung im Einzelfall korrekt sein, so führt sie doch nicht für sich allein zur Anwendung des Art. 55 Abs. 1. Zur Widerlegung dieser Ansicht läßt sich auch das im Grund simple Textargument anführen, daß mit den in Art. 52 Abs. 2 genannten »selbständigen Erwerbstätigkeiten« auch die freien Berufe gemeint sind⁶⁷⁾, wie sich aus der ausdrücklichen Nennung der medizinischen und pharmazeutischen Berufe in Art. 57 Abs. 2, 3 sowie aus der Bezugnahme auf die »freiberuflichen Tätigkeiten« (Art. 60 Abs. 2 Buchst. c) im Kapitel über die Dienstleistungen deutlich erkennen läßt. Es kann aber nicht geleugnet werden, daß die freien Berufe auf Grund der hochstehenden, im Regelfall durch ein Universitätsstudium erworbenen Qualifikation ihrer Angehörigen in jeder Volkswirtschaft eine Schlüsselstellung innehaben. Ihre Dienste sind generell in einem qualitativ schwerwiegenden Maße Bedingung für die Existenz der staatlichen Gemeinschaft, wobei es wiederum bei einem Hinweis auf die medizinischen Berufe bewenden kann.

Im übrigen wären das »öffentliche Interesse« oder ähnliche gleichlautende Formulierungen als Abgrenzungsmerkmale wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit schwerlich geeignet. Für eine elastische, dem nationalen Eigennutzdenken extrem entgegenkommende Auslegung besteht auch kein

⁶⁴⁾ Besonders prägnant formuliert Collard, a. a. O., S. 40: «L'étranger, l'inconnu demeure suspect». Ähnlich wie hier wird die *ratio legis* bestimmt von Everling, a. a. O., S. 46; St. Fröhlich, Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA (Zürich 1965), S. 50 f.; Moschella, a. a. O., S. 215; Ruggiero – De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 2, S. 430.

⁶⁵⁾ So zutreffend Everling, a. a. O., S. 46 f. Vgl. auch unten Anm. 71.

⁶⁶⁾ Wie verschwommen diese Formel beispielshalber im deutschen Recht ist, hat H. Klein, Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, Die Öffentliche Verwaltung (DOV) 1965, S. 755 ff., überzeugend nachgewiesen.

⁶⁷⁾ Unstreitig, vgl. statt aller Everling, a. a. O., S. 109 ff.; Platz, a. a. O. oben Anm. 11, S. 14.

rechtspolitisches Bedürfnis, da es dem Ministerrat nach Art. 55 Abs. 2 jederzeit freisteht, eine bestimmte Berufsgruppe durch besonderen Beschluß von den Vergünstigungen des Kapitels Niederlassungsfreiheit auszunehmen.

e) Steht somit fest, daß Art. 55 Abs. 1 lediglich auf staatshoheitliche Tätigkeiten abzielt, so bleibt doch noch zu bestimmen, worin das Wesen des Staatlichen zu sehen ist. Zur Klarstellung sei sofort bemerkt, daß an dieser Stelle keine umfassende, für alle Bereiche staatlichen Seins gleichermaßen gültige Definition gegeben zu werden braucht, denn es geht hier ausschließlich um Erwerbstätige, die in Verbindung mit ihrem Beruf auch hoheitliche Funktionen ausüben. Der moderne Staat besitzt auf seinem Gebiet das Monopol der Anwendung physischer Macht. Soweit also Private mit Zwangsgewalt ausgestattet sind, ist ihnen diese lediglich zur Ausübung delegiert und steht die Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1 außer Zweifel⁶⁸⁾. Ein wohl untrügliches Indiz für diese Konstellation ist die Möglichkeit der Anfechtung der von einem Privaten gesetzten Akte vor den Verwaltungs- oder Strafgerichten. Freilich erschöpft sich Staatstätigkeit heute nicht mehr in Anwendung von Zwang⁶⁹⁾, und diesem Faktum muß auch die Auslegung von Art. 55 Abs. 1 Rechnung tragen⁷⁰⁾, mit der Folge, daß es stets eine gewisse mit Unsicherheiten belastete Grenzzone geben wird, die sich durch Aufstellung allgemeiner Regeln nur schwer einengen läßt. Man wird indes feststellen können, daß in all den Fällen, in denen der Staat die Erledigung einer bestimmten sozialen Aufgabe privater Initiative überläßt, eine starke Vermutung dafür spricht, daß keine Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Ein weiteres Hilfsmittel bietet die Überlegung, daß Kennzeichen der privaten Erwerbstätigkeit die Ausrichtung auf das individuelle Interesse, das eigennützige Gewinnstreben ist, während staatliches Handeln sich stets am Gemeinwohl orientiert. Findet der Private in den Gesetzen die Schranken seiner persönlichen Entfaltungsfreiheit vor, so zielt staatliches Handeln auf die Verwirklichung der Rechtsordnung ab⁷¹⁾.

⁶⁸⁾ Über dieses Ergebnis besteht Einigkeit im Schrifttum, vgl. statt aller Everling, a. a. O., S. 47, und Ruggiero – De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 3, S. 431 f.

⁶⁹⁾ Unhaltbar in diesem Punkt die Ausführungen von Laguerre, a. a. O., S. 245, zur Rechtslage in Deutschland.

⁷⁰⁾ Arnold, a. a. O., S. 28 N. 12: »Es genügt auch ein Tätigwerden im Bereich der schlichten Verwaltung«; U. Everling, in: E. Wohlfarth – U. Everling – H. J. Glaesner – R. Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Berlin/Frankfurt 1960), Art. 55 Anm. 1: »jedes Verwaltungshandeln«; im Ansatz richtig auch Chesné, a. a. O., S. 140.

⁷¹⁾ Die damit umschriebene normative Verpflichtung allein auf das Gemeinwohl ist nicht zu verwechseln mit dem von Chesné, a. a. O., angebotenen Abgrenzungskriterium, daß »le but d'intérêt général« einen Akt zur Manifestation öffentlicher Gewalt stempeln könne. Wie bereits ausgeführt, ist es ohne Belang, ob eine bestimmte Berufshandlung tatsächlich dem öffentlichen Interesse dient oder ihm dienen soll. Zu Recht hat daher die

f) Besondere Schwierigkeiten bereitet wiederum die Einordnung der freien Berufe. Im Hinblick auf ihre besondere Qualifikation und die strenge Standesdisziplin, wie sie alle sechs Mitgliedstaaten durchweg kennen, werden bestimmte Äußerungen der Berufsangehörigen häufig in besonderer Weise geschützt oder mit einer privilegierten Beweiskraft ausgestattet. Beispielshalber seien hier die ärztlichen Gesundheitszeugnisse genannt. Die qualifizierten Sicherungen, mit denen das deutsche Strafgesetzbuch in seinen §§ 277–279 diese Zeugnisse umgibt, sind nichts weiter als der Ausdruck der Vertrauenswürdigkeit, die jedem Arzt auf Grund seiner Ausbildung und seiner Überwachung durch die Berufsorganisation zukommt. Bei Ausstellung solcher Zeugnisse handelt der Arzt deshalb nicht etwa als Träger öffentlicher Gewalt, sondern nimmt eine aus seiner sonstigen Tätigkeit in keiner Weise herausgehobene Berufshandlung vor. Diese Sicht war auch den Schöpfern des Vertrages zu eigen, denn sie haben den ärztlichen Beruf in Art. 57 Abs. 2, 3 ausdrücklich unter den Nutznießern der Niederlassungsfreiheit aufgeführt⁷²⁾.

2. Grundsätzlich spricht der Vertrag im Kapitel Niederlassungsrecht von Tätigkeiten und nicht von Berufen, offenbar in dem Bestreben, sich nicht an vorgeprägte Berufsbilder zu binden und sicherzustellen, daß nicht bestimmte Formen gewerblicher Betätigung allein wegen ihrer fehlenden Verklammerung mit einem bestimmten Beruf »durch die Maschen fallen«⁷³⁾. Andererseits ist der Begriff des Berufs dem Vertrag auch nicht unbekannt, und er verwendet ihn z. B. in den Art. 57 Abs. 2 und Art. 60 Abs. 2 gleichzeitig mit dem Regelbegriff »Tätigkeiten«. Es wäre daher voreilig, es bei dem bloßen Textargument bewenden zu lassen und ohne weiteres davon auszugehen, daß lediglich die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Einzel-tätigkeiten zum nationalen Vorbehaltsgut gehören sollten⁷⁴⁾. Und in der Tat: Lenkt man den Blick auf die weitere Bestimmung, daß eine dauernde oder zeitweilige Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt gegeben sein muß, so neigt sich die Waagschale stark zugunsten der Gleichsetzung von Tätigkeiten und Beruf, die freilich nur soweit reichen kann, als die maßgebende nationale Rechtsordnung überhaupt Berufe kennt,

Definition Chesnés durch Laguette, a. a. O., S. 246, Mascini, a. a. O. oben Anm. 57, S. 292 mit N. 18, und Ruggiero – De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 3, S. 432, Widerspruch erfahren.

⁷²⁾ Ähnlich argumentieren Caron, in: Europäisches Parlament, Verhandlungen – Ausführliche Sitzungsberichte, Nr. 38 (VII/61), Sitzungsperiode 1961–1962, Sitzung vom 8. 3. 1961, S. 64; Everling, a. a. O., S. 47 Anm. 22.

⁷³⁾ De Crayencour, a. a. O., S. 29; Everling, a. a. O., S. 111.

⁷⁴⁾ Zurückhaltend zum Ergebnis der Textinterpretation auch Laguette, a. a. O., S. 244 f.

denen das Monopol bestimmter Betätigungen zugewiesen ist. Träfe die Übersetzung als Einzeltätigkeit zu, so liefe die angeführte tatbestandliche Präzisierung leer. Auch ohne sie wäre der Ausländer von jeder Tätigkeit ferngehalten, wenn und soweit sie sich als Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellen würde. Nur wenn man annimmt, Art. 55 Abs. 1 EWGV stelle auf einzelne Berufe ab, wird die Frage relevant, ob auch eine nur zeitweilige Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die Träger eines bestimmten Berufs genügt, um den Niederlassungswilligen aus den übrigen EWG-Staaten den Zutritt zu versperren⁷⁵⁾. Einer gefestigten Auslegungsregel folgend sind Verträge im Zweifel so auszulegen, daß ihre Normierungen sinnvoll sind und sachliche Wirkungen entfalten können⁷⁶⁾. Diese Regel wird nicht gebührend beachtet, wenn man das Wort »zeitweise« als ein im Gesamtzusammenhang der Vorschrift funktionsloses Merkmal betrachtet⁷⁷⁾.

Andererseits führt die gegenteilige Auslegung auch zu mißlichen Konsequenzen, die sicher nicht gewollt sind. Wäre dem EWG-Ausländer jeglicher Beruf eröffnet mit der bloßen Maßgabe, daß ihm der öffentlich-rechtliche Teilausschnitt des normalen Aufgabenspektrums verschlossen wäre, so käme das einer Zerstörung der Einheit der mit Hoheitsbefugnissen belehnten Berufe gleich. Es gäbe alsdann zwei Kategorien von Berufsangehörigen, darunter diejenige der Angehörigen aus den EWG-Ländern mit geminderten Rechten, und es bedürfte stets der Nachforschung, ob es sich um einen Ausländer oder um einen Inländer handelt. Diese Aufspaltung würde die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährlich beeinträchtigen. Letzten Endes könnte dabei auch der Grundsatz der Niederlassungsfreiheit selbst Schaden nehmen, wenn nämlich das Publikum wegen der Zweifel über den beruflichen Status der Fremden den Rechtsverkehr mit ihnen meiden würde, um sich vor Schäden und Verlusten zu bewahren. Die Einheit des Berufsstandes muß daher generell erhalten bleiben, jedenfalls was die eigenverantwortliche professionelle Betätigung angeht⁷⁸⁾. Voraussetzung dafür ist, daß man das Wort »Tätigkeiten« mit Beruf übersetzt⁷⁹⁾.

⁷⁵⁾ Insoweit zutreffend Brangsch, a. a. O., S. 239.

⁷⁶⁾ Vgl. R. Bernhardt, Die Auslegung internationaler Verträge, insbesondere in

⁷⁶⁾ Vgl. Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 40) (Köln/Berlin 1963), S. 80, mit zahlreichen Nachweisen.

⁷⁷⁾ Dazu Laguerre, a. a. O., S. 247.

⁷⁸⁾ Der bereits bei Brackers d'Hugo, a. a. O., S. 9, und Fain, a. a. O., S. 71, anklingende und dann von Schaus, a. a. O., S. 74 f., nachdrücklich vertretene Gedanke, die niederlassungswilligen Anwälte aus anderen EWG-Ländern lediglich zur Konsultation zuzulassen, kann daher schon aus diesem Grunde nicht gebilligt werden. Dagegen zu Recht auch Brangsch, a. a. O., S. 237 f.

⁷⁹⁾ Ausdrücklich wie hier Brangsch, a. a. O., S. 239; H. Ehring, in: Handbuch für Europäische Wirtschaft, I A 46, Art. 55 Anm. 1; Everling, a. a. O., S. 47, 110 f.;

3. Sehr deutlich spricht der deutsche Text aus, daß die Ausschlußregel nur dann Platz greift, wenn eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist⁸⁰⁾. Mit anderen Worten heißt dies zunächst, daß eine Anknüpfung speziell an den beruflichen Status des Einzelnen gefordert wird. Diese Aussage klingt banal, fast wie eine Tautologie, bedarf aber doch im Hinblick auf Äußerungen im Schrifttum besonderer Hervorhebung. So weisen Ruggiero - De Dominicis⁸¹⁾ – ohne freilich dieses Argument im Ergebnis gelten zu lassen – darauf hin, daß die Rechtsanwälte in Italien nach Art. 23, 32 des Gerichtsverfassungsgesetzes⁸²⁾ zu ehrenamtlichen Richtern ernannt werden könnten. Hier handelt es sich jedoch um kein Vorrecht der Rechtsanwälte, jeder unbescholtene Bürger oder Rechtskundige, je nachdem ob es sich um das Friedensgericht (*giudice conciliatore*) oder um das Amtsgericht (*pretura*) handelt, kann in gleicher Weise mit der richterlichen Amtsstellung belehnt werden. Daß die Ausländer insoweit nicht in Betracht kommen, ist nicht weniger selbstverständlich, als daß sie kein aktives Wahlrecht besitzen, und ebenso wenig wie das

darüber hinaus lassen sich alle diejenigen Schriftsteller anführen, die den Rechtsanwalt wegen bestimmter Teilaspekte seiner Tätigkeit dem Art. 55 Abs. 1 unterwerfen wollen, vgl. insbesondere Anm. 122. Die zumindest in den jüngsten Schrifttumsäußerungen überwiegende Meinung hat dagegen hier den einzigen gesetzlichen Ansatzpunkt gesehen, der es erlaubt, dem Anwaltsberuf trotz bestimmter öffentlich-rechtlicher Randerscheinungen die Vergünstigungen des Vertrages zu sichern – das gleiche Ergebnis wird hier aus dem Tatbestandsmerkmal »verbunden« (dazu im folgenden unter 3.) hergeleitet –, und unterscheidet daher scharf zwischen Tätigkeit und Beruf, vgl. Chesné, a. a. O., S. 141; Collard, a. a. O., S. 39; Courtaigne, a. a. O., S. 15; de Crayencour, a. a. O., S. 30; Laguet, a. a. O., S. 245; Moschella, a. a. O., S. 216; im Ergebnis ferner Schaus, a. a. O., S. 74. Auch bei den Beratungen im Europäischen Parlament ist diese letztere Lösung von einem Mitglied der Kommission befürwortet worden, vgl. Caron, a. a. O. oben Anm. 72. Übereinstimmend der Beschluß der Union Internationale des Avocats, Commission consultative des barreaux et associations des pays de la C.E.E. vom 4. 3. 1961, abgedruckt in: *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Bd. 36 (1962), S. 217, N. 1 a), 2). – Zu Beginn von Abschnitt III des Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. 1962, S. 32 (33), hat der Rat einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Art. 55 Abs. 1 formuliert. Es ist zweifelhaft, ob er damit für die Freigabe aller nicht *in concreto* mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Einzeltätigkeiten votiert hat. Diese Deutung wird durch die Stellungnahme der Kommission in ihren »Erläuterungen zum Allgemeinen Programm für die Liberalisierung des Niederlassungsrechts«, a. a. O. oben Anm. 1, S. 67, zumindest nahegelegt. Es heißt dort: »... für Rechtsanwälte ... ist die Niederlassungsfreiheit erst vor Ablauf der dritten Stufe vorgesehen, soweit sie nicht an der Ausübung der öffentlichen Gewalt teilnehmen«.

⁸⁰⁾ In der französischen Fassung heißt es: «participant ... à l'exercice de l'autorité publique», der italienische Text lautet ganz ähnlich: «attività che ... partecipino ... all'esercizio dei pubblici poteri», und im Niederländischen schließlich steht die Wendung: „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag“.

⁸¹⁾ A. a. O., Art. 55 Anm. 4 B, S. 433; ebenso Cimolino, a. a. O., S. 318, 326.

⁸²⁾ Regio Decreto (R.D.) vom 30. 1. 1941, N. 12 – Ordinamento giudiziario.

Fehlen dieses staatsbürgerlichen Grundrechts der Niederlassungsfreiheit im Wege steht, schadet dem EWG-Angehörigen jener Minderstatus: in beiden Fällen geht es um »politische« Befugnisse, die aus dem *status activus* des Staatsbürgers fließen, und die selbstverständliche Rechtlosigkeit des Fremden in diesem Punkt ist unter dem Aspekt des Art. 55 Abs. 1 irrelevant.

Andererseits wird man nicht jede bloß zufällige oder willkürliche Verbindung zwischen einem Beruf und den mit ihm verknüpften Hoheitsfunktionen genügen lassen können, da sonst dem staatlichen Mißbrauch Tür und Tor geöffnet wäre – ein Ergebnis, das sich nicht verträgt mit dem bereits als richtig erkannten Verständnis des Art. 55 Abs. 1 als einer Norm, die selbständig und abschließend die Durchbrechungen der Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf den *domaine réservé* der Mitgliedstaaten regelt. Der demnach erforderliche innere Zusammenhang wird zu bejahen sein, wenn die in Rede stehende Tätigkeit ohne gleichzeitige Ausübung der mit ihr zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse nicht oder nur um den Preis der Entstehung eines Berufsstandes zweiter Klasse wahrgenommen werden kann⁸³⁾. Stehen solche Befugnisse allen Berufsangehörigen ohne besonderen Verleihungsakt zu, so kommt Art. 55 Abs. 1 ohne weiteres zum Zuge. Bedarf es dagegen einer speziellen Bestellung zum Amtswalter, so wird in der Regel der erforderliche Zusammenhang zu verneinen sein. Exemplarisch läßt sich dies an der in der Gesetzgebung einiger Mitgliedstaaten bekannten Rechtsfigur des ehrenamtlichen Handelsrichters⁸⁴⁾ dartun, der als Beisitzer in den für Handelssachen zuständigen Kammern fungiert. Würde mit dem Hinweis auf dieses Schöffenrecht die Niederlassungsfreiheit der Kaufleute verneint, so wäre der Anwendungsbereich der Art. 52 ff. auf ein völlig bedeutungsloses Maß eingeengt – wiederum ein Ergebnis, das ganz offensichtlich der Konzeption des Vertrages widerstreitet. Die genaue Grenzlinie ist nicht einfach zu ziehen, sie wird ungefähr dort verlaufen, wo es weniger um staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, sondern um die speziellen Pflichten eines bestimmten Standes geht, mit denen jeder Berufsfangehörige potentiell zumindest bereits belastet ist und die durch den obrigkeitlichen Ernennungsakt lediglich konkretisiert werden. Denn die Niederlassungsfreiheit darf für den Ausländer auch nicht zu einer Privilegierung gegenüber den inländischen Berufskollegen führen. Könnte

⁸³⁾ de Crayencour, a.a.O., S. 30; Everling, a.a.O., S. 47, 116; van Gerven, a.a.O., S. 359; Ruggiero-De Dominicis, a.a.O., Art. 55 Anm. 3, S. 432. Die sachliche Übereinstimmung mit dem eingangs (unter I 2.) erwähnten Urteil der Cour d'Appel de Nancy vom 4. 3. 1964 ist nicht zu verkennen.

⁸⁴⁾ Belgien: Gesetz vom 13. 6. 1924, Art. 6; Deutschland: §§ 105 ff. GVG; Frankreich: Dekret N. 61–293 vom 3. 8. 1961, Art. 15.

er an der Erfüllung bestimmter Pflichten des Standes nicht mitwirken, weil dabei öffentlich-rechtliche Handlungsformen zur Anwendung kommen, so bleibt der Beruf insgesamt national gebunden. Fälle dieser letzteren Art werden selten sein⁸⁵); ein abschließendes Urteil läßt sich jedenfalls immer nur nach sorgfältiger Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles abgeben.

4. Als weiteres Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung sei abschließend festgehalten, daß Art. 55 Abs. 1 offenbar ein Doppeltes besagt: Einerseits enthält die Bestimmung eine Sperrnorm, die sich auf Berufe in ihrer Totalität bezieht, darüber hinaus aber erweist der Schluß *a maiore ad minus*, daß die Ausübung von Hoheitsgewalt, auch soweit sie nicht notwendig mit einer bestimmten Tätigkeit verbunden ist, dem fremden EWG-Angehörigen ebensowenig gestattet sein kann⁸⁶). Ob es zur Begründung dieses Ergebnisses überhaupt des Rückgriffs auf Art. 55 Abs. 1 bedarf, mag in Anbetracht des Umstandes, daß auch der EWG-Bürger außerhalb seines Heimatlandes staatsrechtlich gesehen ein Fremder bleibt, allerdings zweifelhaft erscheinen; immerhin wird man der nationalen Vorbehaltsklausel eine wertvolle Klarstellungsfunktion beimessen können.

V

Der Dienstleistungsverkehr kann nicht unter genau dem gleichen Gesichtswinkel wie das Niederlassungsrecht gesehen werden. Bei der durch Art. 66 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung von Art. 55 Abs. 1 darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es ein festes Berufsbild des »reisenden« Erwerbstätigen nicht gibt. Während das Niederlassungsrecht abzielt auf die völlige Integration des EWG-Ausländers in den inländischen Berufsstand, die absolute Gleichheit des beruflichen Wirkungskreises voraussetzt, nimmt der Erbringer von Dienstleistungen immer nur einzelne Berufshandlungen im Inland vor. Da er somit Berufsausländer bleibt, steht seiner Betätigung in rein privatrechtlich bestimmten Teilaufgabengebieten eines im übrigen auch mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbundenen Berufs nicht das Bedenken entgegen, daß die Hinnahme einer derartigen Aufteilung nach Sektoren zur Entstehung eines Klassensystems mit voll- und minderberechtigten Berufsangehörigen führen würde. Angesichts des Gebots zur restriktiven Auslegung von Art. 55 Abs. 1⁸⁷) kann sich die Aus-

⁸⁵) Sie dürfen aber nicht, wie offenbar von Ruggiero-De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 3, S. 432 f., völlig ausgeschlossen werden.

⁸⁶) Everling, a. a. O., S. 47.

⁸⁷) Diese Interpretationsrichtlinie rechtfertigt sich aus der Überlegung, daß die Beseitigung aller Rechtsungleichheiten das vom Vertrag vorrangig verfolgte Ziel ist. Das Schrift-

schlußwirkung im Dienstleistungsverkehr mithin nur auf *in concreto* in der Wahrnehmung von Hoheitsfunktionen bestehenden Einzeltätigkeiten beziehen. Der Trennungstheorie ist also insoweit zuzustimmen⁸⁸⁾).

VI

Trotz der vorangegangenen Bemühungen zur Abklärung von Inhalt und Tragweite des Art. 55 Abs. 1 wirft die konkrete Subsumtion des Rechtsanwalts unter die Begriffsmerkmale der Vorschrift doch noch zahlreiche heikle Fragen auf.

1. Die EWG-Kommission vertritt in ihren amtlichen Verlautbarungen den Standpunkt, daß auch die rechtsberatenden Berufe und unter ihnen der Rechtsanwalt von der territorialen Beschränkung auf das Gebiet ihres Heimatlandes zu lösen seien. Freilich kann das Wort »Rechtsberatung« (*conseils juridiques*) zur Umschreibung der in die Anlage IV zu den Allgemeinen Programmen aufgenommenen »Gruppe aus 831«⁸⁹⁾ nicht gerade als ein Muster von Klarheit bezeichnet werden – in der amtlichen UN-Klassifikation heißt die Gruppe 831 *Legal Services*⁹⁰⁾ – und gar zu dem Schluß Anlaß geben, daß lediglich die Konsultation freigegeben werden solle, dagegen

tum und die Organe der Gemeinschaft sind sich in diesem Punkt einig, vgl. einerseits Courtaigne, a. a. O., S. 15; Everling, a. a. O., S. 21, 46 f.; Fröhlich, a. a. O. oben Anm. 64, S. 51; van Gerven, a. a. O., S. 359; E. Schlachter, *Le droit d'établissement dans le Marché commun et ses problèmes*, *Revue du Marché commun* 1959, S. 321 (327); Vignes, a. a. O., S. 678; andererseits: Erläuterungen der Kommission zum Allgemeinen Programm für die Liberalisierung des Niederlassungsrechts, a. a. O. oben Anm. 1, S. 20; Caron, a. a. O. oben Anm. 72; G. Kreyssig, Bericht über den Entwurf des Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, in: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961–1962, Dok. 1 vom 24. 2. 1961, S. 5 f. N. 28; G. Thorn, Bericht über den Entwurf des Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, in: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961–1962, Dok. 4 vom 1. 3. 1961, S. 15 N. 52; Stellungnahme des Abg. Fischbach bei den Beratungen der Allgemeinen Programme im Europäischen Parlament am 7. 3. 1961, a. a. O. oben Anm. 72, S. 29. – Demgegenüber meint Chesné, a. a. O., S. 140, bei der Bestimmung des Begriffs »öffentliche Gewalt« von einer weiten Interpretation ausgehen zu müssen.

⁸⁸⁾ Gegen die Berücksichtigung der vom Europäischen Parlament in seiner Stellungnahme vom 10. 3. 1961, ABl. 1961, S. 558 (560), auf Vorschlag des Berichterstatters Thorn, a. a. O., angeregten Klarstellung, daß im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs die einzelnen Berufstätigkeiten unter dem Aspekt des Art. 55 Abs. 1 je für sich gesondert zu betrachten seien, hätten also keine Bedenken bestanden. Im Sinne der hier vertretenen Ansicht auch Brackers d'Hugo, a. a. O.; Draetta, a. a. O., Art. 60 Anm. 3 d), S. 482; Vignes, a. a. O., S. 678.

⁸⁹⁾ ABl. 1962, S. 40 (45).

⁹⁰⁾ International Standard Industrial Classification, UN-Dok. St/STAT/SER.M/4/Rev. 1, New York 1958, S. 16.

das Auftreten vor Gericht in seiner nationalen Bindung verbleiben könne⁹¹). Daß eine solche Folgerung unrichtig wäre, läßt sich wohl einerseits herleiten aus den Erläuterungen der Kommission zum Entwurf des Allgemeinen Programms für die Liberalisierung des Niederlassungsrechts⁹²) und erhellt andererseits deutlicher noch aus der vor kurzem veröffentlichten Übersicht über den Stand der Arbeiten zur Rechtsangleichung⁹³), wo der Rechtsanwalt ohne Beschränkung auf ein bestimmtes verengtes Wirkungsfeld als Nutznießer der Niederlassungsfreiheit genannt wird. Die Liberalisierung sollte nach den ursprünglichen Zeitplänen bis zum Ende der Übergangsfrist vollzogen sein.

2. Sehr leicht machen es sich diejenigen Schriftsteller, die behaupten, bei den Vertragsverhandlungen habe Einigkeit darüber bestanden, daß die Rechtsanwälte nicht in den Genuß der beruflichen Freiheitsgewährungen des Vertrages kommen sollten⁹⁴). Nach allgemeinen internationalrechtlichen Grundsätzen dürfen Materialien jedoch erst in letzter Linie herangezogen werden, wenn mit den Mitteln der Textauslegung eine Aufhellung des Sinnes nicht gelungen ist; einem klaren Wortlaut gegenüber versagt die Berufung auf Willenskundgebungen der Parteien in dem Stadium vor Vertragsabschluß in jedem Falle⁹⁵). Überdies hat die Rechtsprechung der internationalen Gerichte speziell gegenüber nicht veröffentlichten *travaux préparatoires* stets große Zurückhaltung an den Tag gelegt⁹⁶). Es würde auch allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen – die hier zu berücksichtigen sind, da der Vertrag gerade in diesem Bereich unmittelbar oder zumindest nach dem Erlaß entsprechender Durchführungsvorschriften Berechtigungen zugunsten des einzelnen Marktbürgers schafft – widersprechen, nicht nachprüfbaren Faktoren in irgendeiner Form Beachtung zu schenken. Bei allem Respekt vor der Ehrlichkeit der an den Redaktionsarbeiten Beteiligten muß doch gesagt werden, daß keinerlei Gewähr dafür besteht, ob ihre Aus-

⁹¹) So in der Tat Schaus, a. a. O., S. 73.

⁹²) A. a. O. oben Anm. 1, S. 67.

⁹³) Sonderbeilage zum Bulletin 8-1966 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 9. Danach wird eine auf Art. 57 Abs. 2 zu stützende Koordinierungsrichtlinie vorbereitet.

⁹⁴) Arnold, a. a. O., S. 28; Schaus, a. a. O., S. 73 f. Gegen diese Argumentation zu Recht Collard, a. a. O., S. 39.

⁹⁵) Die neueste Formulierung dieses Grundsatzes findet sich in Art. 28 des von der UN-Völkerrechtskommission erarbeiteten Entwurfs eines allgemeinen Vertragsrechts, Reports of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session 3-28 January 1966 and on its eighteenth session 4 May-19 July 1966, UN-Dok. A/6309/Rev. I, New York 1966.

⁹⁶) Der StIGH hat in seinem Gutachten vom 8. 12. 1927 über die Zuständigkeit der Europäischen Donaukommission zwischen Galatz und Braïla, C.P.J.I., Série B – N. 14, S. 32, als Mindestvoraussetzung für die Berücksichtigung solcher Geheimprotokolle die amtliche Übermittlung des vollen Textes durch die zuständige Stelle bezeichnet.

sagen tatsächlich ein zutreffendes Bild des aktuell im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Willens der Vertragspartner geben⁹⁷⁾.

3. Auch der bisherige Rechtszustand ist wenig geeignet, Argumente für die Entscheidung im einen oder anderen Sinne zu liefern. Die zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten abgeschlossenen Niederlassungsverträge nehmen sämtlich den Beruf des selbständigen Rechtsberaters von ihren Freizügigkeitsregelungen aus (oder enthalten entsprechende Ausschlussermächtigungen), zum Teil ohne dies in spezifizierter Form zu sagen, indem den Angehörigen des anderen Staates lediglich die Gleichstellung mit den Angehörigen des meistbegünstigten anderen Staates gewährt wird⁹⁸⁾, zum Teil aber auch ausdrücklich oder durch eine Bezugnahme auf die den eigenen Staatsangehörigen vorbehaltenen Tätigkeiten, wenn nämlich den Ausländern dem Grundsatz nach volle Inländergleichbehandlung zugesichert ist⁹⁹⁾. So durchschlagend die Überlegung wäre, daß die Schöpfer des EWG-Vertrages mit seinen weit über das Bisherige hinausgehenden Zielsetzungen sicher nicht hinter dem bestehenden Rechtszustand hätten zurückbleiben wollen, so wenig besagt andererseits die Feststellung, daß eine bestimmte

⁹⁷⁾ Von den *travaux préparatoires*, die ihre Entstehung dem Gesetzgebungsverfahren zur Billigung des EWG-Vertrages durch die nationalen Parlamente verdanken, spricht, soweit ersichtlich, lediglich ein belgisches Dokument die Frage der anwaltlichen Niederlassungsfreiheit unmittelbar an, nämlich der Bericht des Abg. Bohy, Chambre des Représentants, Sitzungsperiode 1956–57, Drucks. 727, N. 2, S. 54. Dort wird die Anwendbarkeit des Art. 55 Abs. 1 bejaht. Noch größere Zurückhaltung freilich als bei der Berücksichtigung gemeinsamer Unterlagen der Parteien aus dem vorvertraglichen Stadium ist bei der Verwertung solcher Materialien am Platze, die lediglich die Meinung eines der vertragschließenden Teile wiedergeben, vgl. Bernhardt, a. a. O. oben Anm. 76, S. 115. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat zwar in der Vergangenheit gelegentlich nationale Vorarbeiten herangezogen – Urteile 6/60, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (RsprGH) VI, S. 1165 (1194 f.), sowie 2 und 3/60, RsprGH VII, S. 283 (311) –, sich aber bisher eine abschließende Stellungnahme zum Erkenntniswert solcher Erklärungen vorbehalten.

⁹⁸⁾ In zeitlicher Reihenfolge: französisch-belgischer Niederlassungsvertrag vom 6. 10. 1927, J. O. vom 5. 11. 1927, Art. 1; französisch-luxemburgischer Niederlassungsvertrag vom 31. 3. 1930, J. O. vom 22. 8. 1931, Art. 1; französisch-italienischer Niederlassungsvertrag vom 23. 8. 1951, J. O. vom 16. 1. 1958, Art. 2.

⁹⁹⁾ In zeitlicher Reihenfolge: belgisch-niederländischer Niederlassungs- und Arbeitsvertrag, Staatsblad 1936, S. 15, Art. 2 § 3; luxemburgisch-niederländischer Niederlassungs- und Arbeitsvertrag vom 1. 4. 1933, Mémorial 1933, S. 610, Art. 2 § 3; deutsch-französischer Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag vom 27. 10. 1956, BGBl. 1957 II, S. 1662, Art. V Abs. 2 in Verbindung mit Ziff. 3 Buchst. d) des Zusatzprotokolls; deutsch-italienischer Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag vom 21. 11. 1957, BGBl. 1959 II, S. 950, Art. 8 Abs. 4; Benelux-Vertrag vom 3. 2. 1958, Nations Unies, Recueil des Traités, Bd. 381, S. 166, Art. 61 Abs. 1. Die weiteste Ausschlussklausel enthält Art. 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13. 12. 1955, BGBl. 1959 II, S. 998, in Kraft seit 23. 2. 1965, wonach die Staaten die Ausübung »öffentlicher Aufgaben« (*sic!*) den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten können.

Freiheit bisher nicht verwirklicht war. Denn eben wegen der vom EWG-Vertrag angestrebten umfassenden Integration der sechs Volkswirtschaften muß stets die Frage gestellt werden, ob nicht der Vertrag die Mauern des Nationalstaates ein Stück weiter abgebaut hat, als dies alle früheren vertraglichen Abmachungen getan hatten.

4. Was den Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit angeht, so besteht nach dem oben Gesagten zwar kein Zweifel daran, daß der Rechtsanwalt in Deutschland und sein Berufskollege in den anderen fünf Staaten (der *avocat* in Frankreich, Belgien und Luxemburg, der *avvocato* in Italien und der *advocaat* in den Niederlanden) weder durch ihr Auftreten vor Gericht noch in Form der außergerichtlichen Rechtsberatung öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 55 Abs. 1 ausüben. In allen Ländern der Gemeinschaft herrscht das Prinzip der freien Advokatur: Jeder, der den vorgeschriebenen Ausbildungsgang durchlaufen hat, muß auf seinen Antrag zugelassen werden¹⁰⁰), und diese Zulassung ist keine staatliche »Anstellung«, durch die ein Amt übertragen würde. In diesen Regelungen offenbart sich mit aller Schärfe der Wesenskern des Berufs. Vornehmlich spielt der Rechtsanwalt eine der Staatsgewalt entgegengesetzte Rolle¹⁰¹). Er ist der berufene Verfechter der Rechte des Einzelnen gegenüber Übergriffen des Staates, und besonders im Straf- und Verwaltungsprozeß kommt diese seine Funktion als Widerpart der staatlichen Allmacht auch optisch deutlich zum Ausdruck. Die häufig – auch als Legaldefinition – anzutreffende Formulierung, der Rechtsanwalt sei ein Organ der Rechtspflege¹⁰²), ändert an dieser Feststellung nichts. Sie umschreibt lediglich die zentrale Bedeutung des Rechtsanwalts innerhalb des Rechtspflegesystems westlichen Musters; auf diese Unentbehrlichkeit eines Berufs für das Gemeinwesen kommt es aber im

¹⁰⁰) Für Frankreich, Belgien, Luxemburg und die Niederlande besteht insoweit auf Grund des Kaiserlichen Dekrets vom 14. 12. 1810, das für Belgien und Luxemburg im Grundsatz noch heute maßgebend ist, eine gemeinsame Tradition. In Italien ist das System der Bedürfnisprüfung erst im Jahre 1944 vollends abgeschafft worden, vgl. C. Lega, *Avvocati e procuratori (diritto moderno)*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, Bd. 1, 2 (Turin 1958), N. 1, S. 1669 f.

¹⁰¹) Everling, a. a. O., S. 116; Oppermann, a. a. O., S. 568.

¹⁰²) Deutschland: § 1 Rechtsanwaltsordnung (RAO). Im französischen Rechtskreis wird der Rechtsanwalt allgemein als *auxiliaire de justice* oder *auxiliaire des tribunaux* bezeichnet, vgl. für Frankreich Crémieu, a. a. O. oben Anm. 9, N. 7, S. 14, N. 102, S. 105; für Belgien Braas, *Précis de procédure civile*, Bd. 1 (3. Aufl. Brüssel-Lüttich 1945) Nr. 332, S. 166; für Luxemburg E. Arendt, *Le barreau du Grand-Duché de Luxembourg* (Luxemburg 1957), S. 36. Dem in der französischen (und italienischen) Gesetzessprache häufig gebrauchten Ausdruck *ministère de l'avocat* (*ministero dell'avvocato*) kann nichts Gegenteiliges entnommen werden; er ist zu übersetzen als Aufgabe, Tätigkeit oder Beruf, vgl. Collard, a. a. O., S. 39.

Zusammenhang mit Art. 55 Abs. 1 nicht an¹⁰³). Die freie Advokatur innerhalb der EWG könnte daher nur im Hinblick auf bestimmte mehr nebensächliche und untergeordnete Bestandteile im Aufgabenbereich des Rechtsanwalts ausgeschlossen sein¹⁰⁴). Hierzu bedarf es einer näheren Prüfung der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten.

a) Für alle sechs Länder gilt zunächst, daß die Rechtsanwälte in einer öffentlich-rechtlich bestimmten Berufsorganisation zusammengefaßt sind (Kammer in Deutschland, *Ordre des avocats* in Frankreich, Belgien und Luxemburg, *Ordine degli avvocati e dei procuratori* in Italien, *Orde van advocaten* in den Niederlanden). Daß die bloße Kammerzugehörigkeit aber den Berufsangehörigen nicht in den Rang eines Trägers öffentlicher Gewalt erhebt, ergibt sich ganz deutlich aus Art. 57 Abs. 2, 3, wo ausdrücklich die medizinischen und die pharmazeutischen Berufe als Gegenstand der Liberalisierung genannt werden, obwohl sie ebenfalls herkömmlicherweise im gesamten Bereich der Gemeinschaft durchweg in Kammern zusammengefaßt sind¹⁰⁵). Auf Grund dieser Entscheidung des Vertrages kann sich hier überhaupt nicht das Problem stellen, ob der Ausschlußtatbestand zum Zuge kommt, es geht vielmehr allein darum zu bestimmen, wieweit das Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern reicht. Hierbei ist zwischen dem aktiven und dem passiven Wahlrecht zu unterscheiden. Wie die Stimmabgabe des Bürgers selbst noch keine Staatsbürgerschaft darstellt, weil der Staat erst durch das Votum konstituiert wird, so wird auch den Kammerwahlen das allgemeine Etikett »Ausübung öffentlicher Gewalt« zu versagen sein¹⁰⁶). Damit erklärt sich auch, weshalb der Vertrag die in Kammern organisierten Berufe nicht schon um dieser ihrer Standesstruktur willen von seinen Rechts-

¹⁰³) Mit ihrer Meinung, daß die Mitwirkung an der Erfüllung der dem Staat obliegenden Justizgewährungspflicht als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sei, stehen Schaus, a. a. O., S. 74, und Arnold, a. a. O., S. 28 f., allein da. Ausdrücklich wie hier Cassese, a. a. O. oben Anm. 58, S. 327; Chesné, a. a. O., S. 143; Cimolino, a. a. O., S. 317; Collard, a. a. O., S. 39; Everling, a. a. O., S. 46, 116; Moschella, a. a. O., S. 216. – Offenbar anderer Ansicht ist aber auch Crémieu, a. a. O. oben Anm. 8, in seiner Anmerkung zum Urteil der Cour d'Appel de Nancy vom 4. 3. 1964.

¹⁰⁴) Reichlich abwegig erscheint es, die Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1 für Deutschland mit dem Argument zu bejahen, daß der Rechtsanwalt in manchen Bundesländern nach einer gewissen Zeit zum Notar (!) bestellt werden könne, so Arnold, a. a. O., S. 28 N. 13.

¹⁰⁵) Ebenso Chesné, a. a. O., S. 148; Collard, a. a. O., S. 39 f.; Laguette, a. a. O., S. 254; Möhring, NJW 1965, S. 1639. – Die Verhältnisse speziell in Deutschland, wo auch die übrigen Gewerbetreibenden in den Industrie- und Handelskammern sowie in den Handwerkskammern fast vollzählig zwangskorporiert sind, lassen dieses Ergebnis noch einleuchtender erscheinen.

¹⁰⁶) Chesné, a. a. O., S. 151. Anderer Ansicht Laguette a. a. O., S. 254 f.; Möhring, NJW 1965, S. 1639.

vorteilen ausnimmt, obwohl nach dem Grundsatz der Einheit des Berufs die Rechtsfigur eines »kammerfreien« Berufsangehörigen nicht denkbar ist. Das passive Wahlrecht andererseits wird man den übrigen EWG-Angehörigen nicht zugestehen können¹⁰⁷), da die Betätigung als Organwalter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft¹⁰⁸) als hoheitlich zu charakterisieren ist¹⁰⁹). Der Umstand, daß der Ausländer somit nicht in den Kammervorstand und ebenso wenig in die disziplinarrechtlichen Spruchorgane der Kammer selbstverwaltung einrücken kann, hindert aber andererseits auch seine Zulassung nicht¹¹⁰), da die Berufsausübung keineswegs bedingt ist durch die Zugehörigkeit zu den Kammerorganen, setzen sich diese doch ohnehin stets nur aus einer gewählten Minderheit der Mitglieder zusammen.

b) Auch der Berufseid, der dem jungen Anwalt in allen Ländern der Gemeinschaft im Zusammenhang mit seiner Zulassung abgenommen wird¹¹¹), vermag nicht zum Nachweis der öffentlich-rechtlichen Verhaftung des Berufs im Sinne des Art. 55 Abs. 1 zu dienen¹¹²). In den Monar-

¹⁰⁷) Audinet, a. a. O., S. 1002; Chesné, a. a. O., S. 151; Laguette, a. a. O., S. 255; Möhring, NJW 1965, S. 1639; Ruggiero - De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 4 B, S. 433.

¹⁰⁸) Vgl. die Nachweise bei W. Kalsbach, Einführung, in: Die Rechtsanwaltschaft in der Welt, *op. cit.* oben Anm. 51, S. 19 N. 3; über den Rechtszustand in Italien vgl. Lega, a. a. O. oben Anm. 100, N. 8, S. 1669. - Die Eigenschaft des *Ordre des avocats* als Träger öffentlicher Gewalt wird allerdings für Belgien von Collard, a. a. O., S. 37 ff., bestritten. Insbesondere aber der Disziplinargewalt, welcher der Rechtsanwalt obligatorisch unterstellt ist, kann schwerlich das Attribut des Hoheitlichen zumindest im Sinne des Art. 55 Abs. 1 versagt werden. Dazu auch Laguette, a. a. O., S. 253.

¹⁰⁹) Dementsprechend ist das im Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, a. a. O. oben Anm. 7, in Abschnitt III unter A., zweiter Teil, Buchst. i), genannte Recht, »Berufsvereinigungen beizutreten«, in den bisher ergangenen Durchführungsrichtlinien zwar stets als das passive Wahlrecht mitenthaltend angesehen worden, doch sind die entsprechenden Bestimmungen mit dem Vorbehalt versehen, daß leitende Positionen in der Berufsorganisation den Ausländern vorbehalten werden können, wenn die betreffenden Organe an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehmen, vgl. die Richtlinien 64/223/EWG vom 25. 2. 1964, ABL. S. 853, Art. 4 Abs. 2; 64/224/EWG vom 25. 2. 1964, ABL. S. 869, Art. 6 Abs. 2; 64/429/EWG vom 7. 7. 1964, ABL. S. 1880, Art. 5 Abs. 2; 66/162/EWG vom 28. 2. 1966, ABL. S. 584, Art. 5 Abs. 2; 67/43/EWG vom 12. 1. 1967, ABL. S. 140, Art. 6 Abs. 2; abweichend lediglich die Richtlinie 64/428/EWG vom 7. 7. 1964, ABL. S. 1871, Art. 4 Abs. 1 Buchst. d). Der Meinung von Platz, a. a. O. oben Anm. 11, S. 131 f., kann daher nicht zugestimmt werden.

¹¹⁰) Unzutreffend Arnold, a. a. O., S. 28, N. 13; Vignes a. a. O., S. 678.

¹¹¹) Belgien: Kaiserliches Dekret vom 14. 12. 1810 in der Fassung des Dekrets vom 20. 7. 1831, Art. 14 Abs. 1; Deutschland: § 26 RAO; Frankreich: Dekret N. 54-406 vom 10. 4. 1954, Art. 23; Italien: Regio Decreto-Legge (R.D.L.) vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 12 Abs. 2, 3; Luxemburg: Kaiserliches Dekret vom 14. 12. 1810 in der heutigen Fassung Art. 14 (vgl. Arendt, a. a. O. oben Anm. 102, S. 14); Niederlande: Advocatenwet vom 23. 6. 1952, Art. 3.

¹¹²) So Schaus, a. a. O., S. 74; gegen ihn Collard, a. a. O., S. 40; ablehnend auch Cimolino, a. a. O., S. 324, und Draetta, a. a. O., Art. 60 Anm. 3 d, S. 482.

chien¹¹³⁾ muß der Kandidat zwar ein Treuegelöbnis zum Staatsoberhaupt ablegen, dadurch wird jedoch keine besondere Rechtsverbindung zu dem fremden Staat begründet, die mit der weiterbestehenden Einordnung des Schwörenden in seinen heimatlichen Staatsverband unvereinbar wäre. Im übrigen müßte die Berücksichtigung des Eides schon allein deshalb die stärksten Bedenken erwecken, weil es die Staaten alsdann in der Hand hätten, durch die Dekretierung von Eidespflichten für die Berufsanfänger aller nur erdenklichen Erwerbstätigkeiten, bei denen bisher ein derartiger formeller Akt nicht vorgeschrieben und üblich war, den Befehlen des EWG-Vertrages auf *quasi*-legalem Wege auszuweichen. Wie Art. 55 Abs. 1 auch klar sagt, kommt es auf die Tätigkeit selbst an, während der Rechtscharakter des Berufseintritts in keinem Falle zur Anwendung des nationalen Vorbehalts führen kann, so daß eine dem Ausländer rechtlich nicht zumutbare Eidesformel geradezu als der Musterfall einer mit den Freiheiten des Vertrags unvereinbaren Diskriminierung erscheint¹¹⁴⁾.

c) Die Behauptung, daß der Pflichtverteidiger oder Armenanwalt als Depositar öffentlicher Gewalt anzusehen sei¹¹⁵⁾, übersieht wiederum, daß Art. 55 Abs. 1 nicht an den Bestellungsakt anknüpft. Selbst wenn die Verpflichtung zur Leistung vom Rechtsbeistand durch hoheitliche Entscheidung ausgesprochen wird, so unterscheidet sich doch die Tätigkeit, welche der auf diese Weise bestellte Rechtsanwalt zugunsten der begünstigten Partei zu entfalten hat, abgesehen lediglich von der Vergütungsregelung, in keinem Punkt von den Aufgaben, die er zugunsten eines durch freie Vereinbarung gewonnenen Klienten wahrzunehmen hat.

d) In Frankreich¹¹⁶⁾, Belgien¹¹⁷⁾ und Luxemburg¹¹⁸⁾ können Rechtsanwälte in Notfällen als Ergänzungsrichter herangezogen werden¹¹⁹⁾. Mit diesen gesetzlichen Bestimmungen, die offenbar kaum jemals praktisch werden¹²⁰⁾, ist in der Vergangenheit häufig der Ausschluß der Anwaltschaft

¹¹³⁾ Luxemburg, Belgien und den Niederlanden.

¹¹⁴⁾ Zu Recht wird daher in Art. 9 der Richtlinie 64/224/EWG vom 25. 2. 1964, ABl. S. 869, die Anpassung solcher bisher ausschließlich auf den Inländer abgestellter Be-
teuerungsformeln verlangt.

¹¹⁵⁾ Brangsch, a. a. O., S. 236 N. 7; Cimolino, a. a. O., S. 319, 326.

¹¹⁶⁾ Gesetz vom 22. *ventôse* des Jahres XII, Art. 30; Dekret vom 30. 3. 1808, Art. 49.

¹¹⁷⁾ Gesetz vom 18. 6. 1869, Art. 203.

¹¹⁸⁾ Gesetz vom 18. 2. 1885, Art. 133.

¹¹⁹⁾ In Deutschland gibt es seit der Neufassung des § 10 GVG durch § 85 des Deutschen Richtergesetzes vom 8. 9. 1961, BGBl. I, S. 1665, die Figur des anwaltlichen Hilfsrichters, wie sie das frühere bremische Gesetz zur Ausführung des GVG vom 9. 6. 1933 geschaffen hatte, nicht mehr. Die Ausführungen von Arnold, a. a. O., S. 28 mit N. 13, sind daher insoweit überholt.

¹²⁰⁾ So in Bezug auf die französischen Verhältnisse Laguerre, a. a. O., S. 252, in Bezug auf Belgien Collard, a. a. O., S. 40. Die höchstrichterliche Rechtsprechung

von den Rechtsvorteilen des Vertrages begründet worden¹²¹). Es läßt sich sicher nicht bezweifeln, daß jedes Mitglied eines spruchrichterlichen Kollegiums hoheitliche Gewalt ausübt. Die Frage geht lediglich dahin, ob hier eine wesensnotwendige Verbindung mit der normalen anwaltlichen Tätigkeit vorliegt. Das ist zu verneinen¹²²). Der zum Richter ernannte Anwalt fungiert nicht mehr als Anwalt, sondern eben als Richter¹²³). Jeder andere Jurist könnte ebensogut in den Auswahlkreis einbezogen werden. Es geht hier also nicht um bestimmte berufsständische Pflichten, denen auch der Fremde unterworfen sein muß, soll er nicht ungerechtfertigt privilegiert werden.

e) Größere Schwierigkeiten bereitet die von der Gesetzgebung Frankreichs¹²⁴), Italiens¹²⁵) und der Niederlande¹²⁶) vorgesehene Zugehörigkeit ausgewählter Vertreter der Rechtsanwaltschaft zu den das Armenrecht gewährenden Gremien. Der Zulassung zur kosten- und gebührenfreien Prozeßführung kann als einer Durchbrechung der allgemeinen Regeln auf dem Gebiete des Kostenrechts der Charakter des Hoheitlichen nicht abgesprochen werden. Dennoch sprechen starke Gründe für die Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1. Soweit es um die Befreiung von gerichtlichen Kosten und Gebühren geht – auch insoweit sind die zuständigen Gremien in Frankreich¹²⁷) und in Italien¹²⁸) entscheidungsbefugt –, fehlt es an der wesensnotwendigen Verbindung zum anwaltlichen Aufgabenkreis, die Entscheidung könnte ebensogut in den Händen eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde liegen. Soweit jene Gremien andererseits über die Gewährung unentgeltlichen Rechtsbeistandes befinden – allein darüber erkennt in den Niederlanden das *bureau van consultatie* –, ist ihre Tätigkeit in den weiteren Rahmen der Kammerselbstverwaltung einzuordnen,

der letzten Jahre hat indes in Frankreich einige Beispielsfälle geliefert, vgl. Cass., 21. 12. 1960, Dalloz 1961. II, S. 287 mit Anm. Crémieu (dort weitere Nachweise).

¹²¹) Arnold, a. a. O., S. 28 N. 13, der freilich anerkennt, daß dies eine »weit hergeholte . . . Ansicht« sei; Audinet, a. a. O., S. 1004; Brackers d'Hugo, a. a. O., S. 9; Brangsch, a. a. O., S. 236; Ehring, a. a. O. oben Anm. 79; Schaus, a. a. O., S. 74; Vignes, a. a. O., S. 678.

¹²²) Chesné, a. a. O., S. 143 f.; Cimolino, a. a. O., S. 319; Collard, a. a. O., S. 39 f.; Everling, a. a. O., S. 117; van Gerven, a. a. O., S. 359, Common Market Law Review 1965, S. 351 f.; Laguerre, a. a. O., S. 252; Möhring, NJW 1965, S. 1639; Moschella, a. a. O., S. 216; Ruggiero – De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 4 B, S. 433.

¹²³) Vgl. Crémieu, a. a. O. oben Anm. 9, N. 319, S. 321: «L'avocat suppléant devient momentanément magistrat».

¹²⁴) Gesetz vom 22. 1. 1851 in der Fassung des Dekrets N. 58–1289 vom 22. 12. 1958, Art. 3: *bureau d'assistance judiciaire*.

¹²⁵) R. D. vom 30. 12. 1923, N. 3282, Art. 5: *Commissione per il gratuito patrocinio*.

¹²⁶) Gesetz vom 4. 7. 1957, Art. 1: *Bureau van consultatie*.

¹²⁷) Gesetz vom 22. 1. 1851, Art. 14.

¹²⁸) R. D. vom 30. 12. 1923, Nr. 3282, Art. 11.

die der Vertrag, wie dargelegt, als rechtliches Hindernis der Niederlassungsfreiheit nicht anerkennt.

f) Dem deutschen Rechtsanwalt hat die Zivilprozeßordnung die Befugnis zuerkannt, zuzustellende Schriftstücke im Anwaltsprozeß selbst zu beglaubigen (§ 170 Abs. 2 ZPO). Dieses Beglaubigungsprivileg ist ein integrierender Bestandteil der anwaltlichen Rechtsstellung, da sie als Hilfsmittel zur Erleichterung des Zustellungsverkehrs einem jeden Berufsträger zugebilligt ist und ihr Bestehen daher auch allgemein und ohne Ausnahme vorausgesetzt werden können muß, soll nicht heillose Verwirrung die Folge sein. Gewiß kann heute die Befugnis, mit verbindlicher Kraft die Übereinstimmung zweier Schriftstücke festzustellen, als ein staatliches Reservatrecht angesehen werden, jedenfalls dann, wenn unparteiische Sachwalter eigens zu diesem Zweck eingesetzt werden: das trifft insbesondere den Notar¹²⁹). Da es sich bei § 170 Abs. 2 ZPO aber um eine bloße Hilfsfunktion im Interesse eines geregelten Prozeßbetriebs handelt, ist hier m. E. einer der Fälle gegeben, wo der Gesetzgeber lediglich aus der besonderen Vertrauenswürdigkeit eines Berufsstandes die Folgerung gezogen hat, daß gewissen Akten der Angehörigen dieses Berufs eine gesteigerte Beweiskraft zukommen soll. Bezeichnend ist denn auch, daß das Beglaubigungsrecht aus § 170 Abs. 2 ZPO von der herrschenden Meinung nicht als öffentlich-rechtliche Beurkundungsbefugnis gedeutet, sondern lediglich als einer amtlichen Erklärung gleichgestellt angesehen wird¹³⁰).

5. Im vorstehenden war von den Rechtsanwälten gleich Advokaten die Rede. Die Prüfung müßte aber als unvollständig gelten, wenn nicht noch der Besonderheiten jenes juristischen Berufs gedacht würde, dem in den anderen fünf Ländern der Gemeinschaft die mehr formalen Aufgaben der Prozeßführung obliegen: gemeint sind – um die deutsch-rechtliche Terminologie zu gebrauchen – die Prokuratoren¹³¹) (Frankreich, Belgien und Luxemburg: *avoué*, Italien: *procuratore*, Niederlande: *procureur*). Der wesentliche Unterschied innerhalb der von der Zweiteilung der Prozeßaufgaben ausgehenden Ländergruppe ist die Regelung über die Vereinbarkeit der Prokuratoren-Stellung mit derjenigen des Advokaten. Italien, Luxemburg und die Niederlande gestatten die Kumulation¹³²) und gewähren die Zu-

¹²⁹) Unstreitig, vgl. statt aller Everling, a. a. O., S. 47 N. 20, S. 115; Ruggiero – De Dominicis, a. a. O., Art. 55 Anm. 4 A, S. 433.

¹³⁰) BGH NJW 1952, S. 934; A. Baumbach – W. Lauterbach, Zivilprozeßordnung (28. Aufl. München/Berlin 1965) § 170 Anm. 3; Stein; Jonas; Schönke; Pohle, ZPO (18. Bearbeitung) § 170 Anm. IV 1.

¹³¹) Vgl. oben Anm. 15.

¹³²) Italien: R. D. L. vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 2; Luxemburg: Gesetz vom 18. 2. 1885, Art. 92; Niederlande: Gesetz vom 23. 6. 1952, Art. 15.

lassung unter ähnlichen Voraussetzungen wie die Anwaltszulassung, so daß faktisch in den drei Ländern die Verbindung beider Funktionen auch die Regel ist¹³³); die Trennung rechtfertigt sich im Grunde nur noch aus historischen Rücksichten¹³⁴). Italien hat sogar durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung die Tätigkeit als Prokurator zur notwendigen Vorstufe für die Aufnahme in den Kreis der Advokaten erhoben. Nur wer mindestens sechs (oder bei Ablegung eines besonderen Examens zwei) Jahre als Prokurator praktiziert hat, kann Advokat werden¹³⁵). In Frankreich und Belgien herrscht demgegenüber das Inkompatibilitätsprinzip¹³⁶); außerdem ist die Zahl der *avoué*-Stellen beschränkt¹³⁷). An dieser Stelle kann und soll kein vollständiges Bild des Prokurators im Lichte der jeweiligen nationalen Gesetzgebung gezeichnet werden. Dem Grundsatz nach gilt, daß der Prokurator an den Gerichten, vor denen den Streitparteien selbst die Postulationsfähigkeit fehlt, als Parteivertreter fungiert, in dieser Eigenschaft bindende Erklärungen abgibt, den Schriftverkehr leitet und die Anträge stellt¹³⁸). Dieser Tätigkeit zum Schutze individueller Interessen wohnt ebensowenig wie dem Handeln des Advokaten, der als bloßer Rechtsbeistand die juristische Argumentation zu entwickeln hat, ein öffentlich-rechtliches Element inne. Ein Problem stellen eigentlich nur die Beglaubigungsbefugnisse dar, die das Recht der einzelnen Staaten dem Prokurator zuerkennt¹³⁹). Auch

¹³³) Vgl. für Italien: Cimolino, a. a. O., S. 320 mit N. 8; für Luxemburg: Arendt, a. a. O. oben Anm. 102, S. 11, 36; für die Niederlande: Y. A. Nijgh, Die Geschichte der niederländischen Anwaltschaft, S. 308 (341), in: Die Rechtsanwaltschaft in der Welt, *op. cit.* oben Anm. 51, und J. A. H. Coops – F. M. Westerouen van Meeteren, Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht (7. Aufl. Zwolle 1957), S. 34.

¹³⁴) Wie Cimolino, a. a. O., berichtet, sind in Italien Bestrebungen zur Beseitigung der Prokurator bereits ins Stadium des Gesetzentwurfs gelangt.

¹³⁵) R. D. L. vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 28 Abs. 1 N. 2.

¹³⁶) Frankreich: Dekret N. 54–406 vom 10. 4. 1954, Art. 45 Abs. 6; Belgien: Art. 18 Abs. 1 N. 2 des Kaiserlichen Dekrets vom 14. 12. 1810.

¹³⁷) Vgl. für Frankreich: J. de Lafournière, Stichwort «Avoué», in: Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, Bd. 1 (Paris 1955) mit Suppl. 1966, N. 5; für Belgien: Stichwort «Avoué», in: Répertoire pratique du droit belge, Bd. 1 (Brüssel/Paris 1949), N. 61 ff.

¹³⁸) Da für den auch die Benelux-Länder umfassenden französischen Rechtskreis das französische Recht auch heute noch Modellcharakter besitzt, kann es hier bei einem Hinweis auf die Rechtslage in Frankreich bewenden: de Lafournière a. a. O., N. 55 ff. Eine Darstellung in deutscher Sprache gibt S. Buerstedde, Der Avoué in Frankreich, JZ 1962, S. 660 ff. Zur Rechtslage in Italien vgl. Lega, a. a. O. oben Anm. 100, N. 38 ff., S. 1675 ff., und S. Satta, Stichwort «Avvocato e procuratore – Il procuratore», S. 649 ff., in: Enciclopedia del diritto, Bd. 4 (Mailand 1959).

¹³⁹) Vgl. für Frankreich: de Lafournière, a. a. O., N. 65; für Italien: Cass., 12. 12. 1950, Foro italiano 1951. I, S. 305, und dazu Cimolino, a. a. O., S. 320. – Eine Aufhebung der Beglaubigungsbefugnisse, wie sie Cimolino, S. 325, vorschlägt, dürfte wohl illusorisch sein und ist jedenfalls vom Vertrag her nicht geboten.

hier wird man aber die Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1 aus den gleichen Erwägungen, wie sie im Hinblick auf § 170 Abs. 2 der deutschen Zivilprozeßordnung angestellt worden sind, zu verneinen haben.

Die Verhältnisse in Frankreich und Belgien erheischen keine andere Beurteilung¹⁴⁰⁾. Zwar wird dem Bewerber in diesen Ländern durch förmlichen Ernennungsakt eine Stelle (*office*) übertragen, deren Inhaber als Amtsträger (*officier ministériel*) angesehen wird¹⁴¹⁾, doch weist dieses Amt nicht die Charaktermerkmale auf, die Art. 55 Abs. 1 voraussetzt. Wie sein Berufskollege, der *avocat*, nimmt auch der *avoué* Parteiinteressen wahr und ist nicht etwa zum Schutze allgemeiner Belange bestellt. Überdies verwischen sich die Berufsbilder heute zusehends. Während dem *avocat* in Frankreich heute namentlich das Recht zusteht, vor den untersten Gerichten, den *tribunaux d'instance*, Anträge zu stellen, ist dem *avoué* andererseits ein Einbruch in das Plädiermonopol des *avocat* gelungen¹⁴²⁾. Den *avoué* anders als den *avocat* zu behandeln, hieße also an der Lebenswirklichkeit vorübergehen.

VII

1. a) Die Rechtsfolgen des Ergebnisses, daß Art. 55 Abs. 1 der Erstreckung der Niederlassungsfreiheit auf die Rechtsanwälte (Advokaten und Prokuratoren) in keinem Mitgliedstaat der Gemeinschaft entgegensteht, sind allerdings eher bescheiden zu nennen. Keiner der Mitgliedstaaten darf künftig, wenn erst einmal die entsprechenden Richtlinien ergangen sind, den Anwaltsberuf den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten. Die Gesetze und Verordnungen, welche eine solche Restriktionsklausel enthalten, werden daher fallen müssen¹⁴³⁾. Für Deutschland bedeutet dies, daß der juristische

¹⁴⁰⁾ Im Schrifttum wird der *avoué* des französisch-belgischen Typs dagegen bisher wohl übereinstimmend zu den Berufen im Sinne des Art. 55 Abs. 1 gerechnet, vgl. Chesné, a. a. O., S. 142 f., 144; Laguet, a. a. O., S. 251; Schaus, a. a. O., S. 74. Nach Abschluß des vorliegenden Manuskripts hat sich am 1./2. 5. 1967 die Jahrestagung der Fédération Nationale des Avoués de France u. a. auch mit den Fragen der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs im Gemeinsamen Markt befaßt. Der zuständige Berichterstatter hat sich bei dieser Gelegenheit grundsätzlich für die Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1 ausgesprochen, vgl. dazu den Bericht von J.-C. Hahn, Les avoués français ont évoqué les tâches qui les attendent dans une Europe communautaire, Le Monde vom 4. 5. 1967, S. 20.

¹⁴¹⁾ M. Héricourt, Stichwort «Office public ou ministériel», in: Dalloz, *op. cit.* oben Anm. 137, Bd. 2 (Paris 1955), N. 1: «fonction publique»; Braas, a. a. O. oben Anm. 102, N. 266, S. 139: «caractère officiel».

¹⁴²⁾ Vgl. für Frankreich: de Lafournière, a. a. O. oben Anm. 137, N. 68; Buerstedde, a. a. O. oben Anm. 138, S. 662; für Belgien: Stichwort «Avoué», a. a. O. oben Anm. 137, N. 32 ff.

¹⁴³⁾ Belgien: Art. 12 des Kaiserlichen Dekrets vom 14. 12. 1810, eingefügt durch Ge-

Vorbereitungsdienst EWG-Bürgern in gleicher Weise wie den eigenen Staatsangehörigen zu öffnen ist¹⁴⁴). Unter Verwendung der Terminologie des deutschen Bundes- und Rechtsstaatsrechts läßt sich dieser Rechtszustand als ein gemeinsames EWG-Indigenat charakterisieren. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß die sonstigen Qualifikationserfordernisse durch den Vertrag nicht ohne weiteres berührt werden¹⁴⁵). Sie bestehen in der Regel in der Ablegung eines Examens an einer inländischen Universität und ferner in der Ableistung eines Praktikums im Inland, das mit einer Abschlußprüfung endet. Da der Ausländer nur in Ausnahmefällen diesen Voraussetzungen genügen können wird, entbehrt das Schreckbild des Stromes beschäftigungsloser Anwälte, die sich je nach der Konjunkturlage von einem Staat in den anderen wälzen, jeder realen Berechtigung.

b) Eine Änderung dieser Lage stünde nur zu erwarten, wenn eine gegenseitige Anerkennung der Berufsbefähigungsnachweise gemäß Art. 57 Abs. 1, möglicherweise verbunden mit Koordinierungsmaßnahmen nach Art. 57 Abs. 2, denkbar wäre. Bei der Lösung dieser Frage erweist sich wiederum

setz vom 25. 10. 1919 (*avocat*); Verfassung, Art. 6 (*avoué*), vgl. das Stichwort «*Avoué*», a. a. O., N. 10; Frankreich: Dekret N. 54–406 vom 10. 4. 1954, Art. 22 Abs. 1, N. 2 (*avocat*); Ordonnance vom 2. 11. 1945, Art. 2 N. 1 (*avoué*); Italien: R. D. L. vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 17 Abs. 1 N. 1 (*procuratore*), Art. 27 Abs. 1 N. 1 (*avvocato*); Luxemburg: Gesetz vom 5. 8. 1939, dessen Art. 1 vorschreibt, daß alle Berufsbefähigungsnachweise von inländischen Stellen ausgestellt sein müssen, und dessen Art. 4 andererseits bestimmt, daß »die von einem Ausländer erlangten Grade und Titel . . . diesem keine Rechte im Großherzogtum« geben; Niederlande: Gesetz vom 23. 6. 1952, Art. 2 Abs. 1 (*advocaat*), Art. 62 Abs. 1 (*procurer*).

¹⁴⁴) Ausländer sind bisher faktisch ausgeschlossen, da die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst in allen deutschen Ländern mit der nach § 4 Abs. 1 N. 1 grundsätzlich dem Deutschen vorbehaltenen Ernennung zum Beamten auf Widerruf verbunden ist, vgl. E. Gerner; F. Decker; H. Kauffmann, Deutsches Richtergesetz (Köln/Berlin/Bonn/München 1963), § 5 Rdn. 10. Die einschlägige Vorschrift, § 5 Abs. 3 Deutsches Richtergesetz (DRiG), schreibt indes nicht vor, daß der Vorbereitungsdienst in dieser Rechtsform abzuleisten sei, vgl. Gerner u. a., a. a. O., sowie G. Schmidt-Rantsch, Deutsches Richtergesetz (München/Berlin 1962), § 5 Rdn. 6.

¹⁴⁵) Da in Deutschland nach dem Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung vom 13. 12. 1935 (Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz) grundsätzlich auch die Konsultation den Rechtsanwälten vorbehalten ist, bieten die Vorschriften des Vertrages über den Abbau der Ausländerdiskriminierungen m. E. an sich keine Handhabe, den Anwälten aus anderen EWG-Ländern, welche die nach deutschem Recht erforderliche Qualifikation nicht besitzen, eine auf die Beratung in Angelegenheiten ihres Heimatrechts beschränkte Niederlassung in ihrer Eigenschaft als Berufsausländer, d. h. unter Beibehaltung der ausländischen Berufsbezeichnung und Aufrechterhaltung der Zugehörigkeit zur heimatischen Berufsorganisation, zu ermöglichen, so wünschenswert dies rechtspolitisch sein mag; vgl. dazu Everling, a. a. O., S. 117; Möhring, NJW 1965, S. 1639; Anwaltsblatt 1965, S. 272; Schaus, a. a. O., S. 74. Andererseits greift wohl aber das in Art. 52 Abs. 2 verankerte Stillhaltegebot ein, denn aus den Ausführungen von Brangsch, a. a. O., S. 238 f., ist zu entnehmen, daß ausländische Rechtsanwälte auch bisher schon stets eine entsprechende Teilerlaubnis nach dem Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz erhalten haben.

der Gedanke als fruchtbar, daß die Einheit des Berufsstandes unter allen Umständen erhalten bleiben muß. Es darf keine Anwälte minderen Rechts geben. Unvermeidbar würde aber der Berufsstand in die zwei Gruppen der Inländer und der Ausländer zerfallen, wenn die Ablegung von Prüfungen im Ausland eine ausreichende Qualifikation für die Aufnahme einer Berufstätigkeit im Inland wäre. Denn jedwedes nationale Diplom attestiert lediglich Kenntnisse des betreffenden nationalen Rechts, die für die berufliche Betätigung in einem anderen Land mehr oder weniger unerheblich sind, vor allem, wenn es sich um verschiedene Rechtskreise handelt. Gegenstand des juristischen Studiums ist eben in erster Linie der Inhalt des Rechts, und selbst die unmittelbar danach figurierende Ausbildung in der Methode variiert heute noch von einem Land zum anderen. Ein der Schulung im Recht seines Gastlandes ermangelnder »Rechtsanwalt« könnte nicht auf der gleichen Ebene wie seine Standeskollegen eingestuft werden. In Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung¹⁴⁶⁾ wäre er mit Gewißheit kein Rechtsbeistand, der die vom Gesetz vorausgesetzten Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt. Auch zum Armenanwalt könnte ein solcher mit der inländischen Rechtsordnung nicht vertrauter Rechtskundiger nur unter Verletzung der der zuständigen Stelle gegenüber der armen Partei obliegenden Fürsorgepflicht bestellt werden. Faktisch würde die unter diesen Umständen unabweisbare Konsequenz, dem Ausländer den Armenanwaltsdienst zu ersparen, gleichzeitig eine unannehmbare Begünstigung bedeuten, da die Unterstützung der Mittellosen in den Ländern, wo die Anwaltschaft ein Honorar für diese Tätigkeit nicht erhält, mit zu den drückendsten Berufspflichten gehört¹⁴⁷⁾.

Ein weiteres nicht zu unterschätzendes Hindernis sind die sprachlichen Barrieren, die zwischen manchen Ländern der EWG bestehen. Das Recht lebt in Schrift und Sprache, und daher kann stets nur demjenigen die Zulassung gewährt werden, der die Sprache am Ort der begehrten Niederlassung beherrscht¹⁴⁸⁾. Der bestgeeignete Prüfstein zur Erbringung des Nachweises, daß der Bewerber in dieser Hinsicht allen an ihn zu stellenden Anforderungen genügt, ist auch hier wiederum die erfolgreiche Ablegung der für den Ausbildungsgang des inländischen Rechtsbessenen vorgeschriebenen Prüfungen. Nur im gegenseitigen Verhältnis von Frankreich, Belgien

¹⁴⁶⁾ § 140 StPO.

¹⁴⁷⁾ Daher muß den in diese Richtung laufenden Anregungen von Cimolino, a. a. O., S. 326, widersprochen werden.

¹⁴⁸⁾ Vor allem die französischen Anwaltskammern schließen offenbar ganz rigoros jeden Standesgenossen wieder aus, bei dem sich nachträglich herausstellt – es handelt sich in den einschlägigen Fällen durchweg um Eingebürgerte –, daß seine Sprachkenntnisse unzureichend sind, vgl. Hébraud, a. a. O. oben Anm. 8.

und Luxemburg einerseits, Belgiens und der Niederlande andererseits stellen sich insoweit keine Probleme.

Demnach ist kaum ersichtlich, daß Raum wäre für eine gegenseitige Anerkennung der juristischen Prüfungszeugnisse, womit gleichzeitig gesagt ist, daß auch das Bedürfnis einer Koordinierung des Ausbildungsganges entfällt¹⁴⁹). Die Lösung, die sich in den Bundesstaaten Schweiz und Deutschland durchgesetzt hat, daß die in einem Land (Kanton) erworbene Befähigung in allen anderen Teilen der Föderation gleichermaßen Gültigkeit besitzt, läßt sich nicht auf die Verhältnisse in der EWG übertragen. Denn die Masse des Rechts stammt sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz aus der Quelle der Bundeslegislative, während in der Sechsergemeinschaft bisher das Gemeinschaftsrecht nur einen bescheidenen Anteil ausmacht. Allenfalls könnte daran gedacht werden, die Gleichwertigkeit der Universitätszeugnisse zu vereinbaren, ohne jedoch den Bewerber von der Pflicht zur Ableistung des vorgeschriebenen Praktikums zu entbinden. Wer die Abschlußprüfung nach Beendigung des Praktikums besteht, obwohl er seine Hochschulausbildung in einem anderen Lande genossen hat, hat damit zur Genüge sein juristisches Verständnis für das Recht des Niederlassungsstaates nachgewiesen. Auch ließe sich daran denken, speziell für fremde Rechtsanwälte einen abgekürzten Ausbildungsweg einzuführen¹⁵⁰).

2. Hindert Art. 55 Abs. 1 die Niederlassungsfreiheit des Rechtsanwalts nicht, so kann die Vorschrift um so weniger ein Hemmnis des freien Dienstleistungsverkehrs sein. Die Tragweite dieser Aussage ist freilich ebenfalls gering. Art. 60 Abs. 3 enthält die ausdrückliche Normierung, daß auch im Hinblick auf Dienstleistungen weiterhin die gleiche Qualifikation gefordert werden darf, wie sie vom Inländer verlangt wird¹⁵¹). Rechtspolitisch muß diese Beschränkung des Liberalisierungsziels auf die Beseitigung der Ausländerdiskriminierungen unter voller Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen Berufsinländern und Berufsausländern freilich gerade auf dem Felde des anwaltlichen Berufsrechts als verfehlt erscheinen. Aus dem Gedanken der Rechtsfürsorge gegenüber den eigenen Staatsangehörigen, dem

¹⁴⁹) Für ausgeschlossen halten die einfache Anwendung des Art. 57 Abs. 1 auch Brackers d'Hugo, a.a.O., S. 9; Brangsch, a.a.O., S. 240; de Crayencour, a.a.O., S. 34; Everling, a.a.O., S. 116 f.; Möhring, NJW 1965, S. 1639; Oppermann, a.a.O., S. 568; Schaus, a.a.O., S. 74. Im gleichen Sinne ferner E. H. Scamell, *The Common Market and the Legal Profession*, S. 54 (65), in: *Current Legal Problems 1963*. Anderer Ansicht der Abg. Duvieusart bei der Debatte im Europäischen Parlament über die beiden Allgemeinen Programme, a.a.O. oben Anm. 72, S. 52.

¹⁵⁰) Dazu de Crayencour, a.a.O., S. 27, 34.

¹⁵¹) Zu Unrecht wird dieses Ergebnis von Laguerre, a.a.O., S. 248 f., in Zweifel gezogen.

einzig legitimen Gesichtspunkt für die Abschließung der Staatsgrenzen, ergeben sich gegen die Erbringung bloßer Dienstleistungen durch fremde Rechtskundige sehr viel weniger gewichtige Argumente als gegen deren Niederlassung im Inland¹⁵²⁾. Von dem im Ausland zugelassenen Rechtsanwalt erwartet anders als von dem im Inland zugelassenen niemand, daß er eine umfassende Kenntnis des inländischen Rechts besitze, und jegliche Irreführung des Verkehrs ist allein schon wegen des schlechthin nicht zu übersehenden Mangels eines ständigen Büros im Inland ausgeschlossen. Wer als Rechtssuchender mit Bedacht für eine bestimmte Rechtssache einen fremden Rechtsanwalt wählt, weiß, was er tut, und ist nicht schutzbedürftig.

Kraß, doch zutreffend läßt sich die Rechtslage dahin zusammenfassen, daß der ausländische Rechtsanwalt, soweit er wie im Regelfall nicht die inländischen Zulassungsbedingungen erfüllt, Anspruch auf eine andere Behandlung, als sie dem nicht rechtskundigen inländischen Winkelkonsulent zuteil wird, nicht erheben kann, soweit nicht Art. 62 zum Zuge kommt. Nur in dem Maße, wie das jeweils in Frage stehende nationale Recht Laien als Sachwalter fremder Interessen zuläßt, muß auch ihm der Zutritt vor die Schranken fremder Gerichte gestattet werden. Wegen des Plädiermonopols, das die Anwaltschaft, in der Zusammenfassung von Advokaten und Prokuratoren aller Mitgliedstaaten, jedenfalls im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten besitzt¹⁵³⁾, sieht sich die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs damit im wesentlichen auf den Bereich der außergerichtlichen Rechtsberatung zurückgedrängt, der ohnehin mehr oder weniger unproblematisch ist, da die Rechtsberatung schriftlich erfolgen kann, ohne daß eine Grenze überschritten werden müßte. Speziell für Deutschland schließlich, wo die Rechtsanwälte abweichend von den übrigen Mitgliedstaaten auch insoweit allein legitimiert sind, ist die Folgerung zu ziehen, daß die Nichterstreckung des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes auf ausländische Berufskollegen¹⁵⁴⁾ eine

¹⁵²⁾ So auch de Crayencour, a. a. O., S. 35.

¹⁵³⁾ Wegen näherer Einzelheiten vgl. für Belgien: Braas, a. a. O. oben Anm. 102, N. 337, S. 168 sowie N. 235 ff., S. 147 ff.; Stichwort «Avocat», in: Répertoire pratique du droit belge, *op. cit.* oben Anm. 137, N. 196, 203 ff.; Stichwort «Avoué», *ibid.*, N. 32 ff.; für Deutschland: §§ 138 StPO, 157 ZPO; für Frankreich: J. Hamelin, Stichwort «Avocat», in: Dalloz, *op. cit.* oben Anm. 137, N. 167 ff.; de Lafournière, Stichwort «Avoué», *ibid.*, N. 68 ff.; für Italien: R. D. L. vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 1; für Luxemburg: Arendt, a. a. O. oben Anm. 102, S. 37; für die Niederlande: Nijgh, S. 308 (402 f.), in: Die Rechtsanwaltschaft in der Welt, *op. cit.* oben Anm. 51.

¹⁵⁴⁾ So E. Friedländer, Grundzüge des in Deutschland geltenden internationalen Anwaltsrechts, Anwaltsblatt 1954, S. 1 (4); Brangsch, a. a. O., S. 238, und Anwaltsblatt 1965, S. 275. Die gegenteilige Ansicht wird aber offenbar von sämtlichen Kommentatoren des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes vertreten, vgl. R. Altenhoff – H. Busch, Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung, Kommentar (Münster 1957) Rdn. 65, S. 74; M. Kohlhaas, § 3 Rechtsberatungs-

vom Vertrag an sich nicht gebotene und allenfalls durch die Stillhalteklause des Art. 62 geschützte Begünstigung darstellt.

Wäre es nicht möglich, Richtlinien nach Art. 57 Abs. 1 und 2 zu erlassen, so müßte folglich das betrübliche Fazit gezogen werden, daß der Vertrag selbst hinter dem bescheidenen Liberalisierungsstand zurückbleibt, der vor seinem Inkrafttreten bereits verwirklicht war^{155, 156}). Da das in erster Linie zu berücksichtigende Interesse des Publikums, vor juristischen Stümpfern geschützt zu werden, wie dargelegt im Bereich der Niederlassung einerseits und des Dienstleistungsverkehrs andererseits völlig unterschiedlich zu bewerten ist, muß die Möglichkeit des Erlasses solcher Richtlinien im Grundsatz bejaht werden. Als Abgrenzungskriterium könnte hierbei dienen, ob die Prozeßgesetze im Einzelfall zum Schutze des betroffenen Privaten oder im Interesse an einer geordneten Rechtspflege das Auftreten eines gerade im Inland zugelassenen Rechtsanwalts fordern – dieser Fall ist beispielshalber gegeben, wenn Anwaltszwang herrscht – oder ob es sich demgegenüber um Vorschriften handelt, die sich lediglich gegen die mißbräuchliche Usurpierung rechtsberatender Funktionen durch Laien wenden. Als unbefriedigend muß es jedenfalls erscheinen, daß der ausländische Rechtsanwalt nicht mehr und nicht weniger Rechte als der Winkelkonsulent genießen soll.

VIII

Eine gesonderte Betrachtung verdient schließlich die von Möhring¹⁵⁷) in die Diskussion gebrachte Frage der Niederlassung von Rechtsanwälten

mißbrauchsgesetz, Anm. 3 b, in: G. Erbs – M. Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 3, R 55; H. Schorn, Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz (Darmstadt o. J.), S. 96. Übereinstimmend wollen diese Autoren lediglich eine Rechtsberatung im Ausland oder allenfalls die Fortsetzung einer im Ausland begonnenen Tätigkeit im Inland gestatten.

¹⁵⁵) So in der Tat Brackers d' Hugo, a. a. O., S. 8.

¹⁵⁶) In Belgien wird offenbar auch ausländischen Rechtsanwälten das Plädieren gestattet, vgl. Brackers d' Hugo, a. a. O., S. 8, und Duviéusart, Ausführungen bei der Debatte im Europäischen Parlament über die Allgemeinen Programme, a. a. O. oben Anm. 72, S. 53. Die Rechtslage in Deutschland ist unklar; aus den einschlägigen Ausführungen von Brangsch, a. a. O., S. 238, läßt sich nichts Genaues entnehmen. In Frankreich müssen ausländische Rechtsanwälte vor Gericht in Begleitung eines Inländers auftreten; unter dieser Voraussetzung allerdings dürfen sie plädieren, falls ihnen das Gericht die Genehmigung hierzu erteilt, vgl. Crémieu, a. a. O. oben Anm. 8, N. 12, S. 20. In Luxemburg können ausländische Advokaten in Zivilsachen zur mündlichen Verhandlung zugelassen werden, wenn gewichtige Gründe oder das Interesse des Klienten die Ausnahme rechtfertigen, vgl. Art. 25 des Reglements über die innere Ordnung des Obergerichtshofs zu Luxemburg, Art. 34 über die innere Ordnung des Bezirksgerichts zu Luxemburg und Art. 32 über die innere Ordnung des Bezirksgerichts zu Diekirch, sämtlich genehmigt durch Beschluß vom 4. 3. 1885, Mémorial 1885, S. 377; dazu mit näheren Einzelheiten A r e n d t, a. a. O. oben Anm. 102, S. 23 ff.

¹⁵⁷) Anwaltsblatt 1965, S. 272 f. Das von ihm in den Vordergrund gerückte Problem

in den Zentren der Gemeinschaftsgewalt allein zu dem Zweck, Mandate in gemeinschaftsrechtlichen Streitigkeiten zu übernehmen. Da Brüssel und Luxemburg die Hauptstädte des wirtschaftlichen Europa sind, müßte diese Möglichkeit an sich einem jeden in einem der Mitgliedstaaten zugelassenen Rechtsanwalt offenstehen. Die faktische Vorrangstellung, die die belgischen und luxemburgischen Rechtsanwälte auf Grund der für ihre Länder ausgefallenen Sitzwahl genießen, ist rein faktischer Natur und bedeutet keine gewollte rechtliche Bevorzugung. Denn auf der Gemeinschaftsebene gibt es keine Nationalitätenunterschiede, im Gegenteil verbietet Art. 7 jede Diskriminierung aus Gründen der staatlichen Herkunft.

Das anwaltliche Berufsrecht der Mehrzahl der Mitgliedstaaten kennt jedoch eine Residenzpflicht im Bezirk des Gerichts oder der Kammer der Zulassung¹⁵⁸). Allein das niederländische Recht sieht ausdrücklich vor, daß der *advocaat* auf besonderen Antrag hin die Genehmigung erhalten kann, sich außerhalb der Staatsgrenzen niederzulassen¹⁵⁹). Es wird Sache des nationalen Gesetzgebers sein, seine auf den klassischen Gegebenheiten beruhende Konzeption zu revidieren, daß der im Inland ansässige eigene Staatsangehörige, wenn er durch einen unmittelbar wirkenden Hoheitsakt beschwert ist, an dem Ort, wo die betroffenen Interessen zu verteidigen sind – nämlich am Sitz der tätig gewordenen Instanzen –, stets einen seiner Sprache mächtigen und mit seinen Rechtsproblemen vertrauten Rechtsanwalt vorfindet; mit anderen Worten gesagt: es besteht ein aktuelles rechtspolitisches Bedürfnis für die Durchbrechung der Vorschriften, welche die Zulassung als Rechtsanwalt von der Wohnsitznahme im Inland abhängig machen. Auf der anderen Seite werden die belgischen und die luxemburgischen Rechtsanwälte es hinnehmen müssen, daß Fachanwälte für Gemeinschaftsrecht aus anderen EWG-Ländern, die nicht der örtlichen Kammerorganisation angehören, sich bei ihnen etablieren.

der Gründung von Zweigniederlassungen kann hier allerdings nicht vertieft werden. Vgl. auch die Diskussion darüber, *ibid.*: A. Deringer, S. 273; Brangsch, S. 275; Möhring, S. 277.

¹⁵⁸) Für den Prokurator versteht sich diese Regel von selbst, sie gilt aber auch für den Advokat: Belgien: Stichwort «Avocat», in: *Répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.* oben Anm. 137, N. 28, 29; Deutschland: § 27 RAO, mit Dispensmöglichkeit nach § 29 RAO; Frankreich: Crémieu, a. a. O. oben Anm. 9, N. 20, S. 30 f.; Hamelin, Stichwort «Avocat», a. a. O. oben Anm. 153, N. 26, 27 mit Suppl. 1966; Italien: R. D. L. vom 27. 11. 1933, N. 1578, Art. 27 Abs. 1 N. 3; Luxemburg: Die Frage, ob der Advokat seinen Wohnsitz im Großherzogtum nehmen muß, ist nicht abschließend geklärt; überwiegende Gründe sprechen aber wohl für diese Lösung, vgl. Arendt, a. a. O. oben Anm. 102, S. 58.

¹⁵⁹) Gesetz vom 23. 6. 1952, Art. 12 Abs. 4.

IX

Das Recht der freien Niederlassung innerhalb der Gemeinschaft ist eine der bedeutungsvollsten Neuerungen, die der Vertrag den Angehörigen der Mitgliedstaaten gebracht hat. Freilich kann der erhoffte Integrationserfolg nur eintreten, wenn die Vertragsbefehle von den zuständigen Organen auch in die Tat umgesetzt werden. Betrüblerweise läßt die Durchsicht des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften erkennen, daß gegenwärtig von einem zügigen Voranschreiten der Arbeiten in Übereinstimmung mit den Zeitplänen der Allgemeinen Programme nicht die Rede sein kann¹⁶⁰). Die Wirklichkeit und die Normativität des Vertrages auf diesem Gebiet wieder miteinander in Einklang zu bringen, muß das Gebot der Stunde sein.

Summary

Exercise of Public Authority as Limitation on Professional Freedom granted by the EEC Treaty and Free Advocacy in the Common Market

Equal treatment of nationals and other Community citizens is the basic principle of the right of establishment and of free supply of services provided for by the EEC Treaty. This principle, however, is not without its limitations, and one of its main restrictions is laid down in art. 55, para. 1, stating that activities connected with the exercise of public power are outside the scope of the liberalisation programme. Controversies have arisen as to the question whether the independent legal professions thus will remain reserved to nationals.

Historical parallels such as the evolution of the freedom of movement and of establishment granted to lawyers during the different stages of German unification as well as modern parallels drawn from the actual state of the law existing in Federal States (Switzerland, United States) are both of little value when trying to find the correct interpretation of art. 55, para. 1. Not only are these federal organisations highly dissimilar from the European Community, but also the different *régimes* offer too widespread a variety of solutions to allow the conclusion that only a certain one will be adequate. On the other hand, in order to determine what is meant by the key notion of "public authority", recourse may not be had to national law of Member States because the Treaty cannot be supposed to favour

¹⁶⁰) Vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.3.1967, ABl. 1967, S. 967, in der der Rückstand der Arbeiten zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit im Bereich des Gesundheitswesens beklagt wird.

unilateral and even arbitrary restrictions of one of the most important rights it contains. If such national decisions were considered as being relevant, they would also disturb the relation of reciprocity, fundamental in the field of free establishment as regulated by international conventions. So the meaning of "public authority" has to be determined from a supranational standpoint. Its object – in the absence of a European citizenship – is to prevent the functions of the State from being usurped by aliens, which would be a serious danger as the freedom of movement may even lead to the result that nationals will be reduced, at least in certain fields, to a minority. The social importance of a profession as well as the public interest it represents cannot be alleged in favour of the applicability of art. 55, para. 1, since all liberal professions which the Treaty expressly mentions as beneficiaries have an essential position in modern economy. Only when activities of an intrinsically stately character (such as the right of coercion etc.) are necessarily connected with a certain profession, will this profession be barred to nationals from other Member States, and then in its entirety; for generally a profession vested with certain rights and duties cannot be split up into two categories, one of which is given a minor status. Within the field of free supply of services, on the other hand, it will not be inconvenient to make such differentiations and to open only certain sectors of a profession to aliens.

The function of the legal profession (barristers, attorneys) is outside the scope of the national reservation, notwithstanding its decisive rôle in judicial life, because it does not form a part of State organisation and is mainly directed at protecting private interests. Nor does the necessity of membership in the local bar hinder the europeanisation of the profession. On the other hand, the power of authentication granted to lawyers by some legislations is nothing more than a special expression of the trustworthiness which all liberal professions do merit by virtue of their high qualifications and of their strong discipline.

The consequences of opening the legal profession to aliens will be rather limited as long as applicants will have to conform with conditions of admission varying from one country to the other. Art. 57 which provides for mutual recognition of diplomas and all other evidence of qualification is no remedy of great use since until now legal studies have not been the same everywhere. The maximum that can be envisaged is to grant lawyers from other EEC countries desiring to avail themselves of the right of establishment a special *régime* of legal training reduced in point of time. In the field of free supply of services, however, broader rights may be provided, since here the idea of protecting individuals from legal services offered by unqualified persons does not have the same weight. A last obstacle are the barriers of language existing between many countries of the Community.