

Sonderdruck aus:

Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ

Hefte 8/9 1997

ROLF P. JETZER

Dr. iur., Rechtsanwalt, H.E.E.

GAUDENZ G. ZINDEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

SALVATORE PETRALIA

Lic. iur., Rechtsanwalt

Freizügigkeit für Rechtsanwälte in der EU

**unter Berücksichtigung der Entwicklungen
in der Schweiz**

Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1997

Freizügigkeit für Rechtsanwälte in der EU unter Berücksichtigung der Entwicklungen in der Schweiz

*Dr. Rolf P. Jetzer, H.E.E., Dr. Gaudenz G. Zindel, LL.M.,
lic. iur. Salvatore Petralia, Rechtsanwälte (Zürich)*

A. Stand in der EU

1. Einleitung

Der von der Kommission vorgelegte Richtlinienvorschlag «zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde» ist vor kurzem noch als «Schlag durch den gordischen Knoten des bisherigen Dienstleistungs- und Niederlassungsrechts der Rechtsanwälte in der Gemeinschaft» bezeichnet und dessen Annahme in der damaligen Fassung¹ als «kleine Sensation» eingestuft worden².

Das *Europäische Parlament* ist an seiner Sitzung vom 19. Juni 1996 noch einen Schritt weiter gegangen und hat die Richtlinie unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 5. Juli 1995³ im Sinne einer noch liberaleren Haltung abgeändert und vorbehaltlich dieser Änderungen gebilligt⁴. Vor kurzem hat nun die Kommission einen revidierten Richtlinienvorschlag vorgelegt, der die wichtigsten Änderungen des Europäischen Parlamentes berücksichtigt⁵. Die Richtlinie ist Ausfluss einer konsequent betriebenen Entwicklung bei der Umsetzung der im Gemeinschaftsrecht verankerten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, welche sich allmählich auch im Rechtsanwaltsberuf niederschlägt.

2. Grundlagen im EGV

Die Tätigkeit der Gemeinschaft bezweckt nach Art. 3 lit. c EGV unter anderem die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr. Im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels sehen Art. 52 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 1 EGV vor, dass die Beschränkungen der freien Niederlassung und des freien Dienstleistungsverkehrs für Staats-

¹ Diese Fassung ging über den Vorschlag der Anwaltekammer der Europäischen Gemeinschaft hinaus.

² St. Galler Europarechtsbriefe (EU B), 5/95, 138.

³ Abl. Nr. C 256 vom 2. Oktober 1995, S. 14.

⁴ Siehe Richtlinienvorschlag, Abl. Nr. C 128 vom 24. Mai 1995, S. 6 ff., mit Änderungen gemäss JUSletter 25-96, 3 f.

⁵ Siehe EU B 11/96, 386 f. und JUSletter 36-96, 1 f.

angehörige eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates schrittweise aufgehoben werden. Den Angehörigen der jeweiligen Mitgliedstaaten soll die Möglichkeit eröffnet werden, sowohl als Selbständige als auch als angestellte Beschäftigte ihren Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem ausüben zu können, in dem sie ihre berufliche Qualifikation erworben haben.

3. Dienstleistungsfreiheit

Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs hat seine Rechtsgrundlage in Art. 59 und 60 EGV. Erfasst wird der entgeltliche, grenzüberschreitende Austausch von Dienstleistungen in selbständiger Tätigkeit mit vorübergehendem Charakter. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil i.S. Gebhard⁶ vom 30. November 1995 präzisiert, dass der vorübergehende Charakter der Dienstleistung i.S.v. Art. 60 Abs. 3 EGV nicht nur unter Berücksichtigung der *Dauer* der Leistung, sondern auch auf Grund ihrer *Häufigkeit* und *Kontinuität* zu beurteilen ist. Der vorübergehende Charakter schliesst nach Ansicht des EuGH insbesondere nicht aus, dass sich der Erbringer der Dienstleistung gestützt auf Art. 59 f. EGV einer geeigneten Infrastruktur bedient, indem er zum Beispiel eine Kanzlei betreibt, sofern dies für die Erbringung der Leistung erforderlich erscheint.

Gemäss Art. 59 Abs. 2 EGV kann der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit auf Staatsangehörige eines Drittstaates ausgedehnt werden, welche in einem Mitgliedstaat ansässig sind. Eine entsprechende Regelung wurde bislang allerdings nicht erlassen⁷.

4. Niederlassungsfreiheit

Unter den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 52 Abs. 2 EGV fallen Angehörige eines Mitgliedstaates, welche in *kontinuierlicher Weise* ihre *selbständige*⁸ Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben. Dazu gehört auch die Einrichtung eines zweiten Berufsdomizils⁹.

⁶ Slg. 1995, I-4165; siehe EuZW 3/1996, 92 ff.; JUSletter 44-95, 1 f.

⁷ Siehe R. Geiger, EG-Vertrag, München 1993, Art. 59 N 3. Ein Schweizer Staatsbürger, der seine berufliche Qualifikation in Deutschland erworben und dort seinen Wohnsitz hat, wäre demzufolge bei der Erbringung von Dienstleistungen in Italien den gleichen Nachteilen ausgesetzt wie seine Landsleute in der Schweiz, da er vom Schutzbereich von Art. 59 f. EWGV ausgenommen ist.

⁸ Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wird durch Art. 48 EWGV gewährleistet.

⁹ EuGH i.S. Klopp, Slg. 1984, 2971; vgl. zur Niederlassungsfreiheit für Rechtsanwälte auch bereits EuGH i.S. Reyners, Slg. 1974, 631.

Die Bestimmungen des EGV zur Dienstleistungsfreiheit sind gegenüber denjenigen zur Niederlassungsfreiheit subsidiär¹⁰. Inhalt und Umfang des Niederlassungsrechts hängen davon ab, welche Tätigkeit der Angehörige eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates verrichten will. Unterliegt die Ausübung dieser Tätigkeit im Aufnahmestaat bestimmten Voraussetzungen, so sind diese grundsätzlich zu erfüllen¹¹, solange es an einer Harmonisierung der Anforderungen für den Zugang zu diesem Beruf i.S.v. Art. 57 Abs. 1 und 2 EGV fehlt. Dabei haben die Mitgliedstaaten die Gleichwertigkeit der Diplome zu berücksichtigen und zu beurteilen, wie die im Herkunfts- oder Aufnahmestaat erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die Berufserfahrung des Antragstellers zu würdigen sind. Gegebenenfalls hat der Antragsteller nachzuweisen, dass er die fehlenden Kenntnisse erworben hat¹². Allerdings sind die von einem Mitgliedstaat vorgesehenen, die Ausübung der Grundfreiheiten einschränkende Massnahmen immer an vier Voraussetzungen gebunden: Sie sollen in nicht-diskriminierender Weise angewendet werden, müssen aus zwingenden Gründen durch das öffentliche Interesse geboten sein, ferner geeignet erscheinen, die Verwirklichung der angestrebten Ziele zu gewährleisten, und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist¹³.

5. «Vorläufer»-Richtlinien 77/249 EWG und 89/48 EWG

Der Rat hat zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Rechtsanwaltschaftigkeiten im freien Dienstleistungsverkehr gestützt auf Art. 57 und 66 EGV zunächst die *Richtlinie 77/249 EWG*^{14, 15} erlassen. Die Niederlassung eines Anwalts mit der Begründung eines Berufsdomizils in einem anderen Mitgliedstaat zur *dauerhaften* Ausübung der Anwaltschaftigkeit wurde allerdings erst durch den Erlass der *Richtlinie 89/48 EWG*¹⁶ einlässlich geregelt. Diese Richtlinie hat die Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, zum Inhalt und enthält auch einige spezifische Bestimmungen für den Rechtsanwaltsberuf. In den Mitgliedstaaten wurde die Hochschul-

¹⁰ Art. 60 Abs. 1 EWGV; EuGH i.S. Gebhard, Slg. 1995, I-4165; EuZW 1996, 94.

¹¹ So der EuGH i.S. Gebhard, Slg. 1995, I-4165; EuZW 1996, 93.

¹² Vgl. dazu den Entscheid des EuGH i.S. Vlassopoulou, Slg. 1991, I-2384.

¹³ EuGH i.S. Kraus, Slg. 1993, I-1663; EuZW 1993, 322; vgl. auch die «Erläuternden Mitteilungen über die Freiheit des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs», Abl. Nr. C vom 9. Dezember 1993, S. 3.

¹⁴ Abl. Nr. L 78 vom 26. März 1977, S. 17.

¹⁵ Die wesentlichen Grundzüge der Richtlinie werden im Urteil des EuGH i.S. Gebhard aufgezeigt; s. FN 11.

¹⁶ Abl. Nr. L 19 vom 24. Januar 1989, S. 16.

diplomanerkennungsrichtlinie bis auf eine einzige Ausnahme¹⁷ so umgesetzt, dass die Anerkennung und damit die Zulassung zum Anwaltsberuf vom *Bestehen einer Eignungsprüfung* abhängig gemacht wurde, was viele Interessierte abgeschreckt haben dürfte¹⁸. Die Kommission hat in einem Bericht über die Durchführung der Richtlinie 89/48 EWG¹⁹ festgehalten, dass bis Herbst 1995 lediglich 620 Rechtsanwälte – wovon allein 400 im Vereinigten Königreich – das Anerkennungsverfahren erfolgreich durchlaufen haben.

6. Vorschlag für eine Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs

Am 30. März 1995 legte die Kommission dem Rat einen gesonderten Richtlinienvorschlag für Rechtsanwälte²⁰ vor, mit dem Ziel, die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat zu erleichtern. Insbesondere sollte dem zunehmenden Bedürfnis der Klientenschaft nach Beratung durch den gleichen Anwalt bei grenzüberschreitenden^f Transaktionen Rechnung getragen werden²¹. In seiner Stellungnahme zum vorgelegten Richtlinienvorschlag vom 5. Juli 1995²² (nachfolgend: Stellungnahme) hielt der Wirtschafts- und Sozialausschuss des Rates folgendes fest:

«Es trifft zu, dass die Vollendung des Binnenmarktes immer engere Beziehungen zwischen den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten mit sich bringt und dass die Bürger und die Unternehmungen in zunehmendem Masse einen Rechtsbeistand benötigen, der im europäischen Rahmen über internationale Kenntnisse verfügt und sich auf eine entsprechende Koordination stützen kann.

Geht man aber von einem noch höher gesteckten Ziel, nämlich dem Aufbau einer stärker integrierten und immer umfassender harmonisierten europäischen Rechtsordnung aus, so ist offensichtlich, dass dieses nur dann erreicht werden kann, wenn die Bewegungsfreiheit der an diesem Prozess des gegenseitigen Kennenlernens und der gegenseitigen Annäherung beteiligten Fachleute gefördert und überhaupt erst ermöglicht wird.»

Diese Überlegungen veranlassten den Ausschuss, im Sinne einer liberaleren Regelung über den Kommissionsvorschlag hinauszugehen. Insbe-

¹⁷ Dänemark, vgl. Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 3), S. 14.

¹⁸ EU B 1995, 138. Praktische Beispiele der Ausgestaltung des Anerkennungsverfahrens für einen deutschen Rechtsanwalt werden in EuZW 1994, 337 f. (Frankreich) und RIW 1996, 475 ff. (Irland) aufgezeigt.

¹⁹ JUSletter 8-96, 1 f.

²⁰ Abl. Nr. C 128 vom 24. Mai 1995, S. 6 ff.

²¹ Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), S. 6 E. 5.

²² a.a.O. (FN 3).

sondere sah der Ausschuss keine Rechtfertigung für eine zeitliche Befristung der Übergangszeit des übersiedelnden Anwalts von fünf Jahren, während der er sich schrittweise in das System der Berufsregeln und Berufsorganisationen des Aufnahmestaates eingliedern soll. Andererseits äusserte der Rat aus Gründen des Verbraucherschutzes aber auch Bedenken gegenüber der von der Kommission vorgeschlagenen Lösung, wonach dem Anwalt unmittelbar nach seiner Übersiedlung gestattet sein soll, juristische Beratung im Recht des Aufnahmestaates zu erteilen. Gleichzeitig streicht der Rat die Bedeutung der Rechtssprache hervor, welche für die verantwortungsvolle und kompetente Ausübung des Anwaltsberufs von grundlegender Bedeutung ist²³.

Der gemäss den Vorgaben des Europäischen Parlaments *geänderte Vorschlag der Kommission* für eine Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs weist nun die folgenden *Grundzüge* auf²⁴:

a) Ständige Ausübung des Anwaltsberufs unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung

Jeder Rechtsanwalt hat das Recht, den Anwaltsberuf auf Dauer²⁵ unter Verwendung seiner ursprünglichen, in der Amtssprache (oder in einer der Amtssprachen) des Herkunftsstaats üblichen und eine Verwechslung mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaats ausschliessenden Berufsbezeichnung in jedem anderen Mitgliedstaat auszuüben. Der Aufnahmestaat kann verlangen, dass die Berufsbezeichnung mit einem entsprechenden Zusatz verwendet wird, welche Aufschluss darüber gibt, welcher Berufsorganisation der Anwalt im Herkunftsstaat untersteht. Ferner kann der Aufnahmestaat vorsehen, dass die Eintragung (nachfolgend b) im Aufnahmestaat der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats gemeldet wird (Art. 2 und Art. 4 der Richtlinie). Rechtsanwälte, die noch nicht vollständig im Rechtsalltag des Aufnahmestaats integriert sind, sollen im Interesse des Verbraucherschutzes von den einheimischen Anwälten unterschieden werden können²⁶.

b) Eintragungspflicht

Jeder Anwalt hat sich unter Vorlage der im Herkunftsstaat erteilten (nicht älter als drei Monate alten) Bescheinigung bei der zuständigen

²³ Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 3), S. 16.

²⁴ Noch nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften publiziert; siehe Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), S. 6 ff. und JUSletter 25-96, 3 f. sowie die in EU B 11/96, 386 f. und JUSletter 36-96, 1 f. aufgeführten Änderungen.

²⁵ Der erste Vorschlag der Kommission sah eine Begrenzung auf fünf Jahre vor.

²⁶ Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), S. 7 E. 9.

Stelle des Aufnahmestaats eintragen zu lassen (Art. 3). Er muss bei der zuständigen Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaats eingetragen bleiben²⁷.

c) Tätigkeitsfeld

Grundsätzlich ist es dem Anwalt unbenommen, die gleichen beruflichen Tätigkeiten wie seine Kollegen im Aufnahmestaat auszuüben. Er kann insbesondere *Rechtsberatung* auch im Recht des Aufnahmestaats erteilen. Dem unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung praktizierenden Anwalt kann es allerdings u. U. verwehrt sein, die Abfassung bestimmter förmlicher (öffentlicher) Urkunden zur Begründung und Übertragung von Rechten an Grundstücken und die Verwaltung von Vermögen verstorbener Personen vorzunehmen.

Für die Vertretung und Verteidigung von Klienten im Bereich der *Rechtspflege* kann der Aufnahmestaat nur für Prozesse mit Anwaltszwang verlangen, dass diese im Einvernehmen mit einem einheimischen Anwalt geführt werden. Die verpönte, von Deutschland im Zusammenhang mit der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie 77/249 EWG entwickelte «Gouvernantenklausel», wonach der einheimische Anwalt wie ein Schatten hinter jeder Prozesshandlung seines Kollegen stehen und vom Klienten auch bezahlt werden muss, wurde bereits vom EuGH als richtlinienwidrig erklärt²⁸. Eine gewisse, für die Ausübung des Anwaltsberufs unverzichtbare Selbständigkeit ist auch dem zugezogenen Anwalt einzuräumen²⁹. Das Einvernehmen ist demgemäss so auszugestalten, dass der einheimische Anwalt dem Gericht gegenüber (und mit dem zugezogenen Anwalt wohl auch dem Klienten gegenüber) gegebenenfalls die Verantwortung trägt oder dass der zugezogene Anwalt mit einem beim betreffenden Gericht tätigen «avoué» oder «procuratore» handelt (Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie). Im übrigen ist die in diesem Zusammenhang entwickelte Rechtsprechung des EuGH zu beachten, wonach die konkrete Ausgestaltung des Einvernehmens durch die Mitgliedstaaten dem Umstand Rechnung zu tragen hat, dass beide Anwälte den Berufs- und Standesregeln des Aufnahmestaats unterliegen. Sie legen die dem ihnen anvertrauten Mandat und der daraus fließenden Verantwortung gerecht werdende Form der Zusammenarbeit grundsätzlich selbständig fest. Allfällige Regelungen der einvernehmlichen Zusammenarbeit sind daher auf das absolut Notwendige zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege zu beschränken³⁰.

²⁷ Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), S. 7 E. 12.

²⁸ EuGH, Kommission c. Deutschland, Slg. 1988, 1154 ff.

²⁹ So auch EU B 1995, 139.

³⁰ EuGH, Kommission c. Deutschland, Slg. 1988, 1160 f.

d) Unselbständige Ausübung des Anwaltsberufs

Der unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragene Anwalt kann auch als (unselbständiger) Mitarbeiter für seinen Arbeitgeber den Anwaltsberuf im Aufnahmestaat ausüben. Die Vertretung eines öffentlichen oder privaten Unternehmens im Bereich der Rechtspflege ist ihm nur insoweit verwehrt, als auch die im Aufnahmestaat niedergelassenen, im gleichen Angestelltenverhältnis beschäftigten Anwälte davon ausgeschlossen sind (Art. 8)³¹.

e) Anwaltssozietäten

Rechtsanwälte, die aus dem gleichen Herkunftsland stammen und dort z. B. derselben Kanzlei angehören, können ihre anwaltliche Tätigkeit als Zweigstelle ihres Büros auch im Aufnahmestaat ausüben. Unabhängig davon können sie – gegebenenfalls unter Angabe der Rechtsform, nach welcher sie organisiert sind, und/oder der Namen der übrigen, aus der gleichen Kanzlei im Aufnahmestaat tätigen Kollegen – *auch die Bezeichnung ihrer Kanzlei im Herkunftsstaat führen*. Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, die notwendigen Massnahmen zu treffen, um den zugezogenen Anwälten sowohl die Zusammenarbeit mit anderen auswärtigen Anwälten aus anderen Mitgliedstaaten als auch mit einheimischen Anwälten zu ermöglichen. Dem zugezogenen Rechtsanwalt kann die gemeinschaftliche Ausübung des Anwaltsberufs untersagt werden, wenn er im Aufnahmestaat als Mitglied einer von standesfremden Personen beherrschten Vereinigung praktizieren möchte (Art. 11 und 12)³².

f) Gleichstellung des zugezogenen Anwalts

Nach einer mindestens dreijährigen, effektiven und regelmässigen, also ohne nennenswerte Unterbrechung ausgeübten Anwaltstätigkeit im Aufnahmestaat kann der bislang unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung praktizierende Anwalt die Zulassung zum Anwaltsberuf erwirken und das Recht erlangen, die Anwaltstätigkeit *unter der im Aufnahmestaat üblichen Berufsbezeichnung* auszuüben. Die zuständige Stelle kann nach Prüfung der ihr vom Gesuchsteller vorzulegenden Ausweise³³ eine im Vergleich zur Richtlinie 89/48 EWG *verkürzte Eignungsprüfung in Form eines Gesprächs* anordnen, welches eine Bewertung des Eingliederungsprozesses ermöglichen soll (Art. 10)³⁴.

³¹ JUSletter 25-96, S. 3f.

³² Vgl. v. a. Art. 11 Ziff. 1 und 4 f. sowie Art. 12 des Richtlinienvorschlags (FN 4); JUSletter, 25-96, 3 f.

³³ Der Gesuchsteller hat insbesondere über die von ihm betreuten Rechtsfälle Auskunft zu erteilen und die entsprechenden Unterlagen einzureichen.

³⁴ Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 3), S. 16 E. 4.2 Abs. 3; JUSletter 25-96, 3 f.; Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), Art. 8 Abs. 2.

Selbstverständlich steht es dem unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung praktizierenden Anwalt frei, schon vorher die Anerkennung des im Herkunftsland erworbenen Diploms nach der Richtlinie 89/48 EWG zu beantragen und die Zulassung auf diesem in Art. 4 vorgesehenen, i.d.R. über die Hürde der Eignungsprüfung führenden Weg zu erwirken.

g) Aufsicht über die Rechtsanwälte

Der zugezogene Anwalt unterliegt für die im Aufnahmestaat unter seiner bisherigen Berufsbezeichnung ausgeübten Anwaltstätigkeit sowohl den Berufs- und Standesregeln dieses Mitgliedstaats als auch denjenigen des Herkunftsstaats. Er kann verpflichtet werden, für die im Aufnahmestaat vorzunehmenden Handlungen eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, falls die Deckung der bereits im Herkunftsstaat bestehenden Haftpflichtversicherung nicht entsprechend ausgedehnt werden kann (Art. 6).

Die Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten sind zur engen Zusammenarbeit aufgerufen, um einer Umgehung der im Aufnahmestaat geltenden Berufs- und Standesregeln vorzubeugen (Art. 13)³⁵ und deren Verletzung disziplinarisch zu ahnden.

Der Richtlinienvorschlag ist zweifellos als bedeutender Fortschritt in der Verwirklichung des Binnenmarktes im Anwaltsberuf zu würdigen und wird vorab diejenigen Kollegen aus den Mitgliedstaaten der EU ansprechen, die sich bisher von der in der Richtlinie 89/48 EWG vorgesehenen Eignungsprüfung abschrecken liessen. Von erheblicher Anziehungskraft ist vor allem die neu geschaffene Möglichkeit, von Anfang an die Anwaltstätigkeit ausüben und somit auch während der Integrationsphase ein angemessenes Einkommen erzielen zu können. Insgesamt ermöglicht der Richtlinienvorschlag eine praxisorientierte Eingliederung in den Berufsstand des Aufnahmestaats.

Die hier aufgezeigte Entwicklung der grenzüberschreitenden Ausübung des Anwaltsberufs wird wohl weiter vorangetrieben. Der Rat zeigte sich über die derzeit vorhandenen Mittel zur Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Justiz unbefriedigt, weshalb er ein Förderungs- und Austauschprogramm für die Rechtsberufe vorschlägt («GROTIUS»). Initiativen zur justitiellen Zusammenarbeit sowohl öffentlicher als auch privater Stellen sollen gefördert werden, um interessierten Personen verschiedenster Rechtsberufe die Möglichkeit zu eröffnen, die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten praxisnah kennenzulernen³⁶.

³⁵ Richtlinienvorschlag, a.a.O. (FN 4), E. 12.

³⁶ EU B 1996, 305.

B. Entwicklungen in der Schweiz

1. Interkantonale Freizügigkeit

Der Bund hat es bis anhin unterlassen, die ihm in Art. 31^{bis} Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 BV eingeräumte Kompetenz auszuschöpfen und ein Bundesrahmengesetz über die berufliche Freizügigkeit für Anwälte zu erlassen. Entsprechende Bemühungen sind allerdings in vollem Gange³⁷. Das (teilweise) seit dem 1. Juli 1996 in Kraft stehende Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (BGBM)³⁸ schafft keine eigentliche bundesrechtliche Harmonisierungsregelung, sondern legt einen bestimmten Minimalstandard³⁹ fest, dem die Kantone bei der Zulassung (i. S. der Erteilung der Berufsausübungsbewilligung) ausserkantonaler Anwälte Rechnung zu tragen haben. Diese Regelung entspricht dem vom EuGH entwickelten «Cassis de Dijon»-Prinzip einerseits und zementiert die vom Bundesgericht zu Art. 5 UebBest. BV und zur Handels- und Gewerbebefreiheit entwickelte Rechtsprechung andererseits⁴⁰. Herauszuheben ist die Bestimmung von Art. 3 Abs. 4 BGBM, wonach die vom Kanton vorgesehenen Zulassungsbedingungen «in keinem Fall ein verstecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten» dürfen. Einige Auswirkungen sind auf Verbandsebene⁴¹ auch von dem ebenfalls am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen neuen Kartellgesetz (KG)⁴² zu erwarten.

Solange die berufliche Freizügigkeit für Anwälte nicht durch ein entsprechendes Bundesgesetz gestützt auf Art. 33 Abs. 2 BV geregelt ist, welches umfassend die gesamtschweizerische Berufsausübung ohne zusätzliche Bewilligung der übrigen Kantone gewährleistet, bleibt es bei dem unbefriedigenden System mit der von Kanton zu Kanton unterschiedlichen Praxis der (allgemeinen oder auf einen bestimmten Fall beschränkten) Zulassung ausserkantonaler Anwälte⁴³. Hinsichtlich des Nachweises der nötigen Fachkenntnisse ist im interkantonalen Verhältnis seit dem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1985 über die

³⁷ Siehe *Hans Nater*, in: *Der Schweizer Anwalt (SAV)* 162/1996, 16 ff. und *Ulrich Hirt*, in: *SAV* 163/1996, 9, wonach der entsprechende *Gesetzesentwurf des SAV* bald in der Vernehmlassung sein sollte.

³⁸ AS 1996 II 1738.

³⁹ Siehe insbes. Art. 3 Abs. 1 BGBM.

⁴⁰ EuGH i. S. *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649 ff.; vgl. auch Botschaft, BBl 1995 I 1238 f.; ferner *Karl Weber*, *Das neue Binnenmarktgesetz*, SZW 4/96, 164 ff.

⁴¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 KG (AS 1996 I 546).

⁴² Siehe dazu auch *SAV* 163/1996, 8.

⁴³ Eingehend: *Hans Nater*, *Zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte in der Schweiz unter Berücksichtigung des GATS*, SJZ 91 (1995) 89 ff. (zit. *Nater*, SJZ).

Anerkennung eines Glarner Anwaltspatents⁴⁴ klargestellt, dass ein von einem anderen Kanton ohne Anwaltsprüfung erteiltes Anwaltspatent grundsätzlich nicht als Fähigkeitsausweis i. S. v. Art. 5 UebBest. BV anerkannt werden muss⁴⁵. Eine eigentliche Eignungsprüfung für ausserkantonale Anwälte, wie sie analog für zugezogene Anwälte aus anderen EU-Mitgliedstaaten in der Hochschuldiplomanerklärungsrichtlinie vorgesehen ist, ist nach schweizerischem Recht gemäss Art. 5 UebBest. BV ausgeschlossen. Eine Beschränkung des Tätigkeitsgebiets für ausserkantonale Anwälte ist aus dem gleichen Grund kein Thema.

Die Kantone können die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung von zusätzlichen, persönlichen oder polizeilich motivierten Voraussetzungen⁴⁶ abhängig machen, welche sich in allen Kantonen gleichen⁴⁷. Der ausserkantonale Anwalt untersteht bei Verstössen grundsätzlich der Disziplinargewalt desjenigen Kantons, in welchem er anwaltliche Pflichten verletzt hat⁴⁸. Die von der zuständigen Aufsichtsbehörde eines anderen Kantons verhängte Einstellung im Beruf oder gar der Entzug der Berufsausübungsbewilligung kann auch von anderen Kantonen anerkannt werden⁴⁹. Eine bundesrechtliche Regelung, welche die Kantone zur Koordination bezüglich der Aufsicht über die Anwälte und zur Führung eines entsprechenden Registers verpflichtet, wie es in Art. 3, 6, 7 und 13 der neuen Richtlinie der EU der Fall ist, ist im geltenden schweizerischen Recht noch nicht vorgesehen^{50,51}.

⁴⁴ BGE 111 Ia 108 ff. Die Tatsache, dass u. a. «keine konkreten Hinweise bestanden, um an der Eignung zur selbständigen Berufsausübung zu zweifeln», wurde weder als rechtsgenügender Nachweis der Eignung noch als besonderer Fall anerkannt, bei dessen Vorliegen der Kandidat von der Ablegung einer Prüfung entbunden werden kann.

⁴⁵ Die gleiche Regelung ist in Art. 4 Abs. 2 des SAV-Swisslex-Entwurfs (SAV 147/1993, 6 ff.) vorgesehen.

⁴⁶ Vgl. § 7 Abs. 1 lit. c des AnwG AG (SAR 291.100), welcher für die Erteilung der allgemeinen Berufsausübungsbewilligung u. a. den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung voraussetzt. Im Lichte von Art. 5 UebBest. BV und Art. 3 BGBM problematisch erscheint auch Art. 12 lit. e AnwG VD (RSV 2.6), wonach die allgemeine Berufsausübungsbewilligung nur denjenigen ausserkantonalen Anwälten erteilt wird, welche über eine Niederlassung im Kanton Waadt verfügen.

⁴⁷ Siehe *Nater, SJZ*, a.a.O. (FN 43), 91; § 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 AnwG ZH.

⁴⁸ Vgl. § 23 AnwG AG, wonach auch ausserhalb des Kantons begangene Verfehlungen geahndet werden, sofern sie einen Bezug zum Kanton haben und nicht anderweitig bestraft werden; vgl. demgegenüber § 15 AnwG ZH.

⁴⁹ Siehe Art. 29 AnwG AG und § 31 AnwG ZH.

⁵⁰ Vgl. demgegenüber Art. 8.1 des SAV-Entwurfs (FN 45), der die Kantone verpflichtet, ein Register der im Kanton praktizierenden Anwälte zu führen und dieses an den SAV weiterzuleiten, der ein zentrales Register aller (auch der nicht dem SAV angehörenden) in der Schweiz praktizierenden Anwälte anlegt; zur Koordination und Zuständigkeit zur Verhängung von Disziplinar massnahmen vgl. auch Art. 8.3 des SAV-Swisslex-Entwurfs, a.a.O. (FN 45).

⁵¹ Die Eintragung in ein Anwaltsregister kann jedoch nach kantonaler Regelung vorgeschrieben sein.

Der ausserkantonale Anwalt ist nicht verpflichtet, auf seine Herkunft aus einem anderen Kanton hinzuweisen oder unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung zu praktizieren oder den mit dem Erwerb des Anwaltspatents verbundenen Titel des betreffenden Kantons zu benutzen. Der Titelschutz ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich ausgestaltet⁵².

2. Internationale Freizügigkeit⁵³

Nach geltendem Recht sind die Kantone zuständig, ausländischen Anwälten die Berufsausübung in ihrem Kanton zu gestatten und die Zulassung ausländischer Staatsangehöriger zu regeln^{54,55}. Die in gewissen Kantonen zu beobachtende Entwicklung, ausländische Anwälte vermehrt zuzulassen⁵⁶, kann dazu führen, dass «Einfallstore» für ausländische Kollegen geschaffen werden, ohne dass die schweizerischen Anwälte im Ausland ebenfalls von einer verbesserten Ausgangslage profitieren könn-

⁵² Streng § 42 AnWG AG, der nur die Bezeichnung als Patentanwalt ohne Fähigkeitsausweis zulässt und alle anderen Berufsbezeichnungen, die in einem Zusammenhang mit dem Titel eines Anwalts, Rechtsanwalts oder Fürsprechers stehen, unter Androhung einer Busse bis zu Fr. 5000.– stellt; ähnlich § 38 AnWG ZH, der ebenfalls verhindern will, dass jemand den Anschein erweckt, zur Ausübung des Anwaltsberufs berechtigt zu sein; anders offenbar das Anwaltsgesetz des Kantons Solothurn, das den einheimischen Titel «Fürsprech» unter Schutz stellt, nicht aber den Gebrauch der Bezeichnung Rechtsanwalt, vgl. dazu *Nater*, SJZ, a.a.O. (FN 43), 92 FN 49.

⁵³ Siehe auch die von der Schweiz im Bereich der Anerkennung der Hochschuldiplome ratifizierten Staatsverträge, z.B. Europäisches Abkommen über die Gleichwertigkeit der Studienzeiten an den Universitäten vom 15. Dezember 1956, SR 0.414.31; Europäische Konvention über die allgemeine Gleichwertigkeit der Studienzeiten an den Universitäten vom 6. November 1990, SR 0.414.32; Europäische Abkommen über die Gleichwertigkeit der akademischen Grade und Hochschulzeugnisse vom 14. Dezember 1959, SR 0.414.5; Übereinkommen über die Anerkennung von Hochschulstudien, Universitätsdiplomen und akademischen Graden in den Staaten der Region Europa vom 21. Dezember 1979, SR 0.414.6.

⁵⁴ Zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Frage des Erfordernisses des Schweizer Bürgerrechts siehe den Beitrag von *Bruno Mascello* zu BGE 120 Ia 247 ff. mit Hinweisen auf BGE 116 Ia 237 ff. und auf die in BGE 119 Ia 35 ff. eingeleitete Praxisänderung zugunsten einer liberalen Haltung, in: AJP 4/95, 508 ff. Gemäss § 7 Abs. 3 AnWG AG werden Ausländer nicht nur zur Anwaltsprüfung zugelassen, sondern können «ausnahmsweise, wenn besondere Umstände es rechtfertigen» auch in den Genuss der allgemeinen Berufsausübungsbewilligung gelangen. Im Kanton Zürich wurde das Erfordernis des Schweizer Bürgerrechts für die Zulassung zur Anwaltsprüfung auf den 1. Juli 1996 fallengelassen, § 5 lit. a der VO über die Fähigkeitsprüfung für den Rechtsanwaltsberuf (GS 215.11) wurde ersatzlos gestrichen.

⁵⁵ Vor Bundesgericht ist die Parteivertretung nach Art. 29 Abs. 2 OG patentierten Anwälten und Lehrern an schweizerischen Hochschulen vorbehalten. Ausländische Anwälte werden nur ausnahmsweise unter Vorbehalt des Gegenrechts (Abs. 3) zugelassen. Es besteht nach bundesgerichtlicher Auffassung kein Anspruch auf Anerkennung ausländischer Anwaltspatente (BGE 120 Ia 251).

⁵⁶ Vgl. *Nater*, SJZ, a.a.O. (FN 43), 87.

ten⁵⁷. Der Folgerung, dass die internationale Freizügigkeit auf Bundesebene und v. a. ein bilaterales Abkommen mit der EU angestrebt werden muss⁵⁸, ist beizupflichten.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang kurz auf einige Hauptpunkte des seit dem 1. Juli 1995 in Kraft stehende GATS (General Agreement on Trade and Services), wonach Anwälte aus dem Ausland gleich behandelt werden müssen (Art. II), gemäss Art. VII für die Anerkennung ausländischer Diplome das Prinzip der bedingten Meistbegünstigungspflicht gilt und die im Rahmen des GATS von einem Kanton mit Drittstaaten eingegangenen Freizügigkeitsabkommen nicht automatisch auch für die übrigen Kantone verbindlich sind⁵⁹. Die bestehenden fremdenpolizeilichen und arbeitsrechtlichen Schranken bleiben auf Grund des von der Schweiz in der Verpflichtungsliste angebrachten Vorbehalts bestehen, so dass kein freier Personenverkehr besteht. Im Bereich der legal services hat sich die Schweiz lediglich zur Beibehaltung des status quo verpflichtet, womit den Anwälten aus dem Ausland die Beratung im schweizerischen Recht und die Vertretung vor schweizerischen Gerichten verwehrt bleibt⁶⁰.

Zu den Entwicklungen in der Schweiz kann somit festgestellt werden, dass im interkantonalen Verhältnis weitgehend Binnenmarktverhältnisse bestehen, welche einzig durch die föderalistische und zum Teil bürokratische und daher als unbefriedigend empfundene Zulassungspraxis der Kantone getrübt werden. Ansonsten ist im interkantonalen Bereich die Mobilität der Anwälte gewährleistet. Im internationalen Verhältnis sind in der Schweiz bis anhin keine grundlegenden Neuerungen mit praktischen Auswirkungen für die Freizügigkeit der Anwälte zu verzeichnen.

⁵⁷ *Nater*, a.a.O. (FN 37), 17.

⁵⁸ Vgl. *Nater*, a.a.O. (FN 37), 17. Der SAV-Swisslex-Entwurf erteilt in Art. 2 dem Bundesrat den Auftrag, mit ausländischen Staaten bilaterale Abkommen auf Grundlage des Gegenrechts abzuschliessen.

⁵⁹ *Nater*, SJZ, a.a.O. (FN 43), 87 FN 10.

⁶⁰ Dazu eingehend *Nater*, SJZ, a.a.O. (FN 43), 86 ff.; *ders.* in: SAV 162/1996, 17 f.; *Mascello*, a.a.O. (FN 55), 511; *Michael Pfeifer*, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 1996 II, 370; *Fritz Rothenbühler*, Freizügigkeit für Anwälte, Diss. Bern 1995.