mens zwischen den beiden Rechtsanwälten stellt;

— daß sie, ohne insoweit die Möglichkeit einer Ausnahme vorzusehen, den dienstleistenden Rechtsanwalt verpflichtet, sich von einem deutschen Rechtsanwalt begleiten zu lassen, wenn er einen Gefangenen besucht, und mit diesem nur über den deutschen Rechtsanwalt schriftlich zu verkehren;

— daß sie dienstleistende Rechtsanwälte dem in § 52 Absatz 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung enthaltenen Grundsatz der territorialen Ausschließlichkeit unterwirft.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache 427/85 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Rechtlicher Rahmen*

a) *Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften*

Die Richtlinie 77/249 des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (ABl. L 78, S. 17) (nachstehend: Richtlinie) besagt in der dritten Begründungserwägung: „Die tatsächliche Ausübung der Rechtsanwaltstätigkeiten im freien Dienstleistungsverkehr setzt voraus, daß der Aufnahmestaat die Personen, die diesen Beruf in den einzelnen Mitgliedstaaten ausüben, als Rechtsanwälte anerkennt."

Die Richtlinie gilt nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 „innerhalb der darin festgelegten Grenzen und unter den darin vorgesehenen Bedingungen für die in Form der Dienstleistung ausgeübten Tätigkeiten der Rechtsanwälte". Gemäß Absatz 2 dieses Artikels ist unter „Rechtsanwalt" jede Person zu verstehen, die ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer der dort aufgeführten Bezeichnungen auszuüben berechtigt ist; nach Artikel 2 der Richtlinie sind diese Personen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten in Form der Dienstleistung „als Rechtsanwalt" anzuerkennen.

Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 der Richtlinie lauten wie folgt:

Artikel 4 Absatz 1:

„Die mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden zusammenhängenden Tätigkeiten des Rechtsanwalts werden im jeweiligen Aufnahmestaat unter den für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte vorgesehenen Bedingungen ausgeübt, wobei jedoch das Erfordernis eines Wohnsitzes sowie das der Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Staat ausgeschlossen sind."

Artikel 5:

„Für die Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und der Verteidigung von Mandanten im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, kann ein Mitgliedstaat den unter Artikel 1 fallenden Rechtsanwälten als Bedingung auferlegen,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

— daß sie nach den örtlichen Regeln oder Gepflogenheiten beim Präsidenten des Gerichts und gegebenenfalls beim zuständigen Vorsitzenden der Anwaltskammer des Aufnahmestaats eingeführt sind;

— daß sie im Einvernehmen entweder mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt, der gegebenenfalls diesem Gericht gegenüber die Verantwortung trägt, oder mit einem bei diesem Gericht tätigen ‚avoué' oder ‚procuratore' handeln."

b) *Innerstaatliche Vorschriften*

In der Bundesrepublik Deutschland ist das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in der Zivilprozeßordnung (nachstehend: ZPO) geregelt. Gemäß § 78 Absatz 1 ZPO müssen die Parteien sich vor den Landgerichten und vor allen Gerichten des höheren Rechtszuges durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. § 79 ZPO sieht vor, daß die Parteien, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, den Rechtsstreit selbst führen oder sich durch eine prozeßfähige natürliche Person ihrer Wahl vertreten lassen können. § 157 Absatz 1 ZPO bestimmt, daß in der mündlichen Verhandlung als geschäftsmäßige Bevollmächtigte nur Rechtsanwälte zugelassen sind. Gemäß § 139 ZPO hat das Gericht die Pflicht, die Parteien zu befragen. § 139 Absatz 1 und 2 lautet wie folgt:

„1) Der Vorsitzende hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Er hat zu diesem Zwecke, soweit erforderlich, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen.

2) Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten."

Die Strafprozeßordnung (nachstehend: StPO) regelt das Verfahren in Strafsachen. Die Mitwirkung eines Verteidigers ist in Fällen der „notwendigen Verteidigung" vorgeschrieben, zu denen neben einigen besonderen Fallgestaltungen alle Verfahren gehören, in denen die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht stattfindet oder in denen eine Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr verhängt werden kann (§ 140 Absatz 1 StPO). Der Beistand eines Verteidigers ist ferner auch vorgeschrieben, wenn das Amtsgericht dies wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann, anordnet (§ 140 Absatz 2 StPO). Gemäß § 138 Absatz 1 können zu Verteidigern die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen gewählt werden. Nach § 138 Absatz 2 StPO können andere Personen nur mit Genehmigung des Gerichts und, wenn der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt, nur in Gemeinschaft mit einem gemäß Absatz 1 zugelassenen Rechtsanwalt oder Hochschullehrer als Verteidiger zugelassen werden.

Neben diesen besonderen Bestimmungen untersagt das Rechtsberatungsgesetz (nachstehend RBerG) außer bei Vorliegen einer für streng abgegrenzte Bereiche ausgestell-

ten Erlaubnis die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch andere Personen als Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte usw. oder Wirtschaftsprüfer, Vermögensverwalter usw., die im Rahmen ihres Aufgabenbereichs tätig sind (Artikel 1 §§ 1, 3, 5, 6 und 7 RBerG). Gemäß Artikel 1 § 3 Nr. 2 RBerG gelten die die Rechtsberatung einschränkenden Bestimmungen dieses Gesetzes nicht für deutsche Rechtsanwälte.

Die Ausübung des Berufs des Rechtsanwalts ist durch die Bundesrechtsanwaltsordnung (nachstehend: BRAO) geregelt. Gemäß § 18 Absatz 1 BRAO muß jeder Rechtsanwalt bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugelassen sein, um seinen Beruf ausüben zu können. Die Zulassung wird auf Antrag bei einem Amts- oder Landgericht, einem Oberlandesgericht (in der Regel unter der Voraussetzung, daß der Bewerber bereits mindestens fünf Jahre lang diesen Beruf ausgeübt hat, § 20 Absatz 1 Nr. 4 BRAO) oder dem Bundesgerichtshof (unter der Voraussetzung, daß der Bewerber durch einen aus hohen Richtern und Rechtsanwälten bestehenden Ausschuß benannt worden ist, §§ 164 ff. BRAO) erteilt. Mit Ausnahme der gleichzeitigen Zulassung bei einem Amtsgericht und bei dem Landgericht, in dessen Bezirk das Amtsgericht seinen Sitz hat (§ 23 BRAO), wird die Zulassung grundsätzlich nur bei einem einzigen Gericht erteilt (§§ 24, 25 und 171 BRAO).

Was die Vertretung des Prozeßbevollmächtigten betrifft, bestimmt § 52 BRAO:

„1) Insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, kann der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt die Vertretung nur auf einen Rechtsanwalt übertragen, der selbst in dem Verfahren zum Prozeßbevollmächtigten bestellt werden kann.

2) Der bei dem Prozeßgericht zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt darf in der mündlichen Verhandlung einem Rechtsanwalt, der nicht selbst zum Prozeßbevollmächtigten bestellt werden kann, die Ausführung der Parteirechte in seinem Beistand überlassen."

Die Tätigkeit der Rechtsanwälte, die Dienstleistungen erbringen, ist im Gesetz vom 16. August 1980 zur Durchführung der Richtlinie (nachstehend: Durchführungsgesetz) geregelt. Zur Festlegung seines persönlichen Anwendungsbereichs übernimmt das Durchführungsgesetz § 1 Absatz 1 die Aufzählung des Artikels 1 Absatz 2 der Richtlinie.

§ 4 des Durchführungsgesetzes lautet wie folgt:

„1) Die in § 1 Abs. 1 bezeichneten Personen dürfen in gerichtlichen Verfahren sowie in behördlichen Verfahren wegen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Dienstvergehen oder Berufspflichtverletzungen als Vertreter und als Verteidiger eines Mandanten nur im Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt handeln, der selbst in dem Verfahren Bevollmächtigter oder Verteidiger ist. Sie dürfen darüber hinaus in einer mündlichen Verhandlung oder einer Hauptverhandlung nur in Begleitung des Rechtsanwalts auftreten, als Verteidiger einen Gefangenen nur in Begleitung des Rechtsanwalts besuchen und als Verteidiger mit einem Gefangenen nur über den Rechtsanwalt schriftlich verkehren.

2) Das nach Absatz 1 erforderliche Einvernehmen ist bei Vornahme jeder einzelnen Handlung nachzuweisen. Handlungen der in § 1 Absatz 1 bezeichneten Personen, die entgegen Absatz 1 vorgenommen werden oder für die der Nachweis des Einvernehmens im Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht vorliegt, sind unwirksam. In der mündlichen Verhandlung oder der Hauptverhandlung gilt das Einvernehmen als hergestellt, wenn die Handlung nicht von dem Rechtsanwalt sofort widerrufen oder abgeändert wird.

3) Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte geboten ist, die bei dem angerufenen Gericht zugelassen sind, ist § 52 Absatz 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung entsprechend anzuwenden."

2. *Vorgeschichte des Rechtsstreits*

Die Kommission forderte die Regierung der Bundesrepublik Deutschland mit Schreiben vom 26. Mai 1983 auf, sich binnen 30 Tagen zu einigen Bestimmungen des Durchführungsgesetzes, insbesondere zu § 4, zu äußern. Die Kommission hielt diese Vorschrift für nicht vereinbar mit Artikel 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie. Sie führte aus, ihre Beanstandungen beträfen in erster Linie den Bereich des Einvernehmens, soweit das Durchführungsgesetz einem Rechtsanwalt aus einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen der Dienstleistung vorschreibe, in Verfahren, für die nach deutschem Recht kein Anwaltszwang bestehe, im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt zu handeln. Zweitens beträfen ihre Beanstandungen die Ausgestaltung des Einvernehmens in § 4 Absätze 1 und 2 des Durchführungsgesetzes. Drittens beanstandete die Kommission die entsprechende Anwendung des § 52 Absatz 2 BRAO gemäß § 4 Absatz 3 des Durchführungsgesetzes.

Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland beantwortete die Aufforderung zur Äußerung mit Schreiben des Bundesministers der Justiz vom 27. Oktober 1983 und wies die Beanstandungen zurück. Im wesentlichen machte sie geltend, die Bestimmungen des fraglichen Durchführungsgesetzes seien notwendig, um den reibungslosen Gang der Rechtspflege zu gewährleisten.

Die Kommission gab sich mit dieser Antwort nicht zufrieden und übersandte der Regierung der Bundesrepublik Deutschland am 10. April 1985 eine mit Gründen versehene Stellungnahme gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag, in der sie die Bundesrepublik Deutschland aufforderte, die notwendigen Maßnahmen zu erlassen, um dieser Stellungnahme binnen zwei Monaten nachzukommen.

Die Bundesregierung äußerte sich zu der mit Gründen versehenen Stellungnahme in einer durch Verbalnote vom 5. November 1985 übersandten Mitteilung. Sie erklärte sich ungeachtet ihrer Auslegung der Richtlinie unter anderem bereit, sich dafür einzusetzen, daß das Einvernehmen gemäß Artikel 5 der Richtlinie nur für Verfahren verlangt werde, in denen die Vertretung oder Verteidigung durch einen Rechtsanwalt gesetzlich vorgeschrieben sei. Ferner erklärte sie sich bereit, ihre Rechtsvorschriften in bestimmten, die Ausgestaltung dieses Einvernehmens betreffenden Punkten zu überprüfen. Sie erklärte sich jedoch außerstande, die betreffenden Rechtsvorschriften innerhalb der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission festgesetzten Frist von zwei Monaten zu ändern.

Die Kommission ist der Auffassung, daß die Bundesrepublik Deutschland der mit Gründen versehenen Stellungnahme weder im erforderlichen Umfang noch in der erforderlichen Weise nachgekommen ist, und hat daher die vorliegende Klage erhoben.

3. *Verfahren*

Die Klage der Kommission ist am 22. Dezember 1985 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Das schriftliche Verfahren ist ordnungsgemäß abgelaufen. Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Anträge der Parteien

Die Kommission, *Klägerin*, beantragt,

1) festzustellen, daß die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag und aus der Richtlinie des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (77/249/EWG) verstößt, indem sie in § 4 des Gesetzes vom 16. August 1980 zur Durchführung dieser Richtlinie vorschreibt:

   a) daß der Rechtsanwalt eines anderen Mitgliedstaates, der in der Bundesrepublik in der Form der Dienstleistung Tätigkeiten ausübt, die mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, auch in den Fällen nur im Einvernehmen mit einem inländischen Rechtsanwalt handeln darf, in denen nach deutschem Recht kein Anwaltszwang besteht;

   b) daß der deutsche Rechtsanwalt, mit dem Einvernehmen bestehen muß, selbst in dem Verfahren Bevollmächtigter oder Verteidiger sein muß;

   c) daß darüber hinaus der dienstleistende Rechtsanwalt

      — in einer mündlichen Verhandlung oder einer Hauptverhandlung nur in Begleitung dieses deutschen Rechtsanwalts auftreten darf und

      — als Verteidiger einen Gefangenen nur in Begleitung dieses deutschen Rechtsanwalts besuchen und als Verteidiger mit einem Gefangenen nur über diesen deutschen Rechtsanwalt schriftlich verkehren darf;

   d) daß das erforderliche Einvernehmen bei Vornahme jeder einzelnen Handlung nachzuweisen ist; daß Handlungen des dienstleistenden Rechtsanwalts, die entgegen den genannten Vorschriften vorgenommen werden oder für die der Nachweis des Einvernehmens im Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht vorliegt, unwirksam sind, wobei in der mündlichen Verhandlung oder der Hauptverhandlung das Einvernehmen als hergestellt gilt, wenn die Handlung nicht von dem deutschen Rechtsanwalt sofort widerrufen oder abgeändert wird;

   e) daß, soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte geboten ist, die bei dem angerufenen Gericht zugelassen sind, § 52 Absatz 2 BRAO entsprechend anzuwenden ist;

2) die Bundesrepublik Deutschland zur Tragung der Kosten dieses Rechtsstreits zu verurteilen.

Die Bundesrepbulik Deutschland, *Beklagte*, beantragt,

1) die Klage abzuweisen;

2) der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

III — Vorbringen der Parteien

A — *Zum Bereich des Einvernehmens*

1. *Die Tätigkeit vor den Gerichten*

Die *Kommission* vertritt die Ansicht, § 4 des Durchführungsgesetzes sei mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, soweit er das Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt auch für diejenigen gerichtlichen Verfahren vorschreibe, für die eine Vertretung durch Rechtsanwälte nach innerstaatlichem Recht nicht vorgeschrieben sei.

In diesem Zusammenhang macht die Kommission als erstes geltend, aus dem Wortlaut der Richtlinie selbst gehe hervor, daß die Bundesrepublik ihre Regelungsbefugnis überschritten habe. Gemäß Artikel 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie könne jeder Mitgliedstaat verlangen, daß der dienstleistende Rechtsanwalt „im Einvernehmen ... mit einem bei dem angerufenen Gericht *zugelassenen* Rechtsanwalt" handele. Somit könne die Verpflichtung zu einvernehmlichem Handeln nur dann vorgeschrieben werden, wenn jemand seine Sache nicht selbst vertreten oder sich nicht selbst verteidigen könne.

Nach Auffassung der *Bundesregierung* ist im Gegenteil aus dem Wortlaut des Artikels 5 der Richtlinie ersichtlich, daß von dieser Bestimmung alle Tätigkeiten, die mit der anwaltlichen Vertretung und Verteidigung von Mandanten verbunden seien, erfaßt würden. Von einer Beschränkung des Anwendungsbereichs dieses Artikels auf Verfahren mit Anwaltszwang sei nicht die Rede. Im übrigen besage die Tatsache, daß ein Anwalt bei einem Gericht zugelassen sei, keineswegs, daß vor dem betreffenden Gericht auch Anwaltszwang herrsche. Nach der deutschen Rechtsordnung bezögen sich die Begriffe „Zulassung des Rechtsanwalts" und „Anwaltszwang" nicht auf denselben Sachverhalt. Nach § 18 Absatz 1 BRAO müsse jeder Rechtsanwalt bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugelassen sein. Unabhängig von dieser berufsrechtlichen Frage sei in den Verfahrensordnungen geregelt, ob die Vertretung durch Anwälte geboten sei.

Zweitens führt die *Kommission* aus, das für einen dienstleistenden Rechtsanwalt geltende Verbot, in Fällen, in denen das deutsche Verfahrensrecht keinen Anwaltszwang vorsehe, einen Mandanten allein zu vertreten oder zu verteidigen, sei mit Artikel 59 EWG-Vertrag und dem in Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag verankerten Grundsatz der Inländergleichbehandlung nicht vereinbar. Vor allem könne man nicht unter Bezugnahme auf Artikel 60 Absatz 3 die Tätigkeit von dienstleistenden Rechtsanwälten dem Artikel 1 §§ 1 und 8 RBerG unterstellen, wonach einem Laien die geschäftsmäßige Vertretung oder Verteidigung eines Mandanten verboten sei. Die Zielsetzung der Bestimmungen des EWG-Vertrags schließe jeden Vergleich von Rechtsanwälten aus anderen Mitgliedstaaten mit inländischen Laien aus; vielmehr könne es allein um einen Vergleich mit inländischen Rechtsanwälten gehen. Außerdem schreibe Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie vor, daß die dort genannten Tätigkeiten „unter den für die in diesem Staat niedergelassenen *Rechtsanwälte* vorgesehenen Bedingungen ausgeübt" würden. Auch heiße es in Artikel 2 der Richtlinie, daß jeder Mitgliedstaat für die Ausübung der genannten Tätigkeiten die in Artikel 1 der Richtlinie genannten Personen „als Rechtsanwälte" anerkenne. Schließlich weist die Kommission darauf hin, daß das deutsche Rechtsberatungsgesetz auf berufliche Tätigkeiten, die von einer Niederlassung außerhalb des Gebietes der Bundesre-

publik aus ausgeübt würden, keine Anwendung finde.

Die *Bundesregierung* trägt vor, die Hauptbedeutung der Vorschriften des deutschen Verfahrensrechts, die — wie § 79 ZPO — die Vertretung durch prozeßfähige Personen erlaubten, bestehe darin, daß den Parteien die Möglichkeit eingeräumt werde, ihre Sache selbst zu vertreten. Die Frage der materiellen Befugnis Dritter, Parteien in Verfahren ohne Anwaltszwang zu vertreten, sei dagegen in den einschlägigen Berufsordnungen und im Rechtsberatungsgesetz geregelt. Artikel 1 §§ 1 und 8 RBerG stelle die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten unter ein generelles Verbot, soweit sie nicht durch nach den einschlägigen Berufsordnungen zugelassene Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte oder Steuerberater im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnis ausgeübt werde. Entsprechend diesem generellen Verbot seien gemäß § 157 Absatz 1 ZPO in der mündlichen Verhandlung vor den Zivilgerichten geschäftsmäßig tätige Bevollmächtigte ausgeschlossen, es sei denn, sie seien Rechtsanwälte. Desgleichen seien die Gerichte in Strafverfahren verpflichtet, in Fällen, in denen ein Verteidiger nicht Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule sei, die gemäß § 138 Absatz 2 StPO erforderliche Genehmigung zu versagen. Der auf den ersten Blick sehr weite Kreis möglicher Bevollmächtigter in Verfahren ohne Anwaltszwang sei also auf solche Bevollmächtigte beschränkt, die nicht geschäftsmäßig, sondern einmalig bei Gelegenheit eines Einzelfalls und ohne Wiederholungsabsicht aufträten. Deshalb sei die Auffassung, Rechtsanwälte aus anderen Mitgliedstaaten, die per definitionem gewerbsmäßig handelten, seien schlechter gestellt als in- oder ausländische Laien, unrichtig.

Die *Kommission* führt schließlich aus, das öffentliche Interesse, insbesondere der reibungslose Gang der Rechtspflege, verlange kein Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt in Prozessen, in denen kein Anwaltszwang herrsche. Erstens werde sich ein Mandant der Dienstleistung eines ausländischen Rechtsanwalts nur dann bedienen, wenn besondere Gründe dafür vorlägen. Da der ausländische Rechtsanwalt gemäß § 2 Absatz 1 Satz 1 des Durchführungsgesetzes durch die Berufsbezeichnung in der Sprache seines Herkunftsstaats zu erkennen geben müsse, daß er nicht deutscher Rechtsanwalt sei, sei der Mandant auch als Laie uneingeschränkt in der Lage, die Qualifikation dieses Rechtsanwalts zu beurteilen. Auch sei die Einschaltung eines als Rechtsanwalt ausgebildeten Dienstleistungserbringers im Vergleich zu einer Selbstvertretung des Mandanten für den Ablauf des gerichtlichen Verfahrens eher vorteilhaft. In aller Regel werde ein ausländischer Rechtsanwalt eine Vertretung oder Verteidigung eines Mandanten vor einem deutschen Gericht nur dann allein übernehmen, wenn er der deutschen Sprache hinreichend mächtig sei und sich mit der deutschen Rechtsordnung in genügendem Maße vertraut gemacht habe. Anderenfalls mißachte er sein Berufs- und Standesrecht — insoweit übereinstimmend in allen Mitgliedstaaten —, an das er gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie gebunden bleibe. Schließlich sei ausgeschlossen, daß von einer Dienstleistung, die schon ihrer Natur nach nur eine gelegentliche oder vorübergehende sein könne, störende Einflüsse auf den Gang der deutschen Rechtspflege ausgehen könnten.

Nach Ansicht der *Bundesregierung* ist es auch in den Verfahren ohne Anwaltszwang angebracht, daß der Verkehr zwischen Partei und Gericht von einem Bevollmächtigten

vermittelt werde, der nach seiner beruflichen Ausbildung und ständigen Praxis in besonderem Maße mit der deutschen Rechtsordnung, insbesondere dem Verfahrensrecht und den gerichtlichen Bräuchen, vertraut sei. Aus diesem Grunde sei im innerstaatlichen Recht das Auftreten von Laien im gerichtlichen Verfahren möglichst weit zurückgedrängt worden, so daß diese nur in Ausnahmefällen auftreten dürften, und zwar nur dann, wenn besondere Gründe vorlägen und die Absicht der Wiederholung fehle. Ferner brauchten in den Verfahren vor Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichten, wo in den unteren Instanzen kein Anwaltszwang bestehe, die Gerichte ihrer Hinweispflicht gegenüber einem Rechtsanwalt nicht im gleichen Umfang nachzukommen wie gegenüber einem Beteiligten, der nicht anwaltlich oder der durch einen ausländischen Rechtsanwalt vertreten sei. Deshalb liege es im Interesse des Mandanten, wenn auch in Verfahren ohne Anwaltszwang der Dienstleistungserbringer nur unter Mitwirkung eines deutschen Rechtsanwalts tätig werde.

2. *Die Tätigkeit vor Behörden*

Die *Kommission* führt aus, Artikel 5 der Richtlinie gelte in den Verfahren vor Behörden nur, soweit diese Behörden im Bereich der Rechtspflege tätig würden. Dies sei wohl der Fall bei den „behördlichen Verfahren wegen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Dienstvergehen und Berufspflichtverletzungen" im Sinne von § 4 Absatz 1 des Durchführungsgesetzes. Allerdings sei auch in diesen Verfahren das Erfordernis des Einvernehmens mit einem deutschen Rechtsanwalt nur gedeckt, wenn die Vertretung oder Verteidigung vor diesen Behörden nach innerstaatlichem Recht Rechtsanwälten vorbehalten sei. Dies sei hier jedoch nicht der Fall.

Die *Bundesregierung* erklärt, ihre Ausführungen zur Tätigkeit vor den Gerichten gälten entsprechend für das Auftreten in behördlichen Verfahren im Bereich der Rechtspflege.

3. *Der Kontakt mit Gefangenen*

Schließlich vertritt die *Kommission* die Auffassung, § 4 Absatz 1 des Durchführungsgesetzes verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht, soweit danach ein dienstleistender Rechtsanwalt als Verteidiger einen Gefangenen nur in Begleitung des deutschen Rechtsanwalts besuchen und mit dem Gefangenen schriftlich nur über diesen Rechtsanwalt verkehren dürfe. Eine solche Beschränkung bestehe nach den innerstaatlichen Vorschriften für andere Vertrauenspersonen, die nicht deutsche Rechtsanwälte seien und die der Gefangene zulässigerweise mit seiner Verteidigung beauftragt habe, nicht.

Die *Bundesregierung* macht unter anderem geltend, es seien auch für den Kontakt mit Gefangenen Kenntnisse der Vorschriften des innerstaatlichen Rechts und der Auslegung, die sie durch die Gerichte erfahren hätten, erforderlich.

B — *Zur Ausgestaltung des Einvernehmens*

Nach Auffassung der *Kommission* überschreitet das Durchführungsgesetz die vom EWG-Vertrag und den Richtlinien gezogenen Grenzen durch die Ausgestaltung des „Einvernehmens" im Sinne des Artikels 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie.

In diesem Zusammenhang erhebt sie folgende Beanstandungen:

a) Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt, der selbst in dem Verfahren Bevollmächtigter oder Verteidiger ist

Gemäß § 4 Absatz 1 Satz 1 des Durchführungsgesetzes dürfe der dienstleistende Anwalt als Vertreter und als Verteidiger eines Mandanten nur im Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt handeln, „der selbst in dem Verfahren Bevollmächtigter oder Verteidiger ist". Nach Ansicht der Kommission findet dieses Erfordernis in Artikel 5 der Richtlinie, der lediglich von dem „Einvernehmen ... mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt" spreche, keine Grundlage. Insbesondere der Begriff des „Einvernehmens" sei autonom und vertragskonform auszulegen. Die Verpflichtung, unter allen Umständen zwei Bevollmächtigte zu bestellen, sei eine Erschwerung der Dienstleistung, die über das Erfordernis des „Einvernehmens" hinausgehe. Soweit es für den Mandanten zweckmäßig sei, das Einvernehmen der beiden Rechtsanwälte so auszugestalten, daß beide Bevollmächtigte seien, müsse dies der Vereinbarung der Beteiligten (Mandant, dienstleistender Rechtsanwalt und deutscher Rechtsanwalt) überlassen bleiben. Auch könne Artikel 5 der Richtlinie, wonach der inländische Rechtsanwalt „gegebenenfalls" dem Gericht gegenüber „die Verantwortung trägt", die Verpflichtung, daß der deutsche Rechtsanwalt selbst Bevollmächtigter sein müsse, nicht stützen. Außerdem könne diese Verantwortung auch durch eine weniger weitgehende Maßnahme sichergestellt werden.

b) Notwendige Begleitung durch den deutschen Rechtsanwalt in einer mündlichen Verhandlung oder einer Hauptverhandlung

Nach § 4 Absatz 1 Satz 2 des Durchführungsgesetzes dürfe der dienstleistende Rechtsanwalt „in einer mündlichen Verhandlung oder einer Hauptverhandlung nur in Begleitung des Rechtsanwalts auftreten". Dieses Erfordernis der ständigen physischen Präsenz des deutschen Rechtsanwalts in den gerichtlichen Verhandlungen geht nach Auffassung der Kommission über den Begriff „Einvernehmen" hinaus.

c) Nachweis des Einvernehmens

Die Kommission führt aus, soweit Artikel 5 der Richtlinie eingreife, habe der dienstleistende Rechtsanwalt dem zuständigen Gericht vor Aufnahme seiner Tätigkeit anzuzeigen und nachzuweisen, daß er im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt handele. Gemäß § 4 Absatz 2 des Durchführungsgesetzes sei das Einvernehmen bei jeder einzelnen Handlung im Zeitpunkt der Vornahme nachzuweisen; bei fehlendem Nachweis sei die Handlung unwirksam. Dieses Erfordernis sei unzulässig, denn hierdurch werde die Stellung des dienstleistenden Rechtsanwalts in einer Weise beschränkt, die ihn zu einem Hilfsorgan des deutschen Rechtsanwalts degradiere. Der dienstleistende Rechtsanwalt müsse das Recht haben, gültige Handlungen vorzunehmen, auch allein Schriftsätze einzureichen und in der mündlichen Verhandlung allein aufzutreten, sofern er das Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt nachgewiesen habe und solange es nicht widerrufen worden sei. In Fällen, in denen ein dienstleistender Rechtsanwalt die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen nicht besitze, werde er unter anderem aufgrund des für ihn geltenden Berufs- und Standesrechts auf alleiniges Handeln verzichten. Diese Frage sei nicht durch das Durchführungsgesetz, sondern durch das Einvernehmen zwischen dem dienstleistenden und dem deutschen Rechtsanwalt zu regeln. Auch werde durch § 139 ZPO in zahlreichen Fällen eine umfassende Aufklärung des Begehrens und des Vortrags auch derjenigen Partei gewährleistet, die von einem dienstleistenden Rechtsanwalt vertreten werde.

d) Verkehr mit Gefangenen

Gemäß § 4 Absatz 1 des Durchführungsgesetzes müsse ein dienstleistender Rechtsanwalt immer einen deutschen Rechtsanwalt hinzuziehen, um einen Gefangenen zu besuchen oder schriftlich mit ihm zu verkehren. Nach Auffassung der Kommission geht dieses Erfordernis ebenfalls über ein Einvernehmen hinaus.

Die *Bundesregierung* macht geltend, gemäß Artikel 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie trage der deutsche Rechtsanwalt die volle Verantwortung gegenüber den Gerichten. Die Ausgestaltung des Einvernehmens gemäß § 4 Absätze 1 und 2 des Durchführungsgesetzes sei gerade notwendig, um es dem deutschen Rechtsanwalt zu ermöglichen, diese Verantwortung zu übernehmen. Für eine geordnete Rechtspflege seien die Gerichte maßgeblich auf berufsmäßige Prozeßbevollmächtigte angewiesen, die über gründliche Kenntnisse des innerstaatlichen Rechts verfügten; die Dynamik der gerichtlichen Verfahren mache häufig sofortige Reaktionen des Bevollmächtigten notwendig, um die für den Fortgang des Verfahrens im Interesse des Mandanten erforderlichen Handlungen vorzunehmen. In der Gemeinschaft sei jedoch die Ausbildung der Rechtsanwälte auf die jeweilige nationale Rechtsordnung und nicht auf die der anderen Mitgliedstaaten ausgerichtet. Im Rahmen der Dienstleistung sei deshalb die ständige Mitwirkung eines im Verfahrensstaat ausgebildeten und niedergelassenen Rechtsanwalts notwendig. Dies bedeute jedoch nicht, daß die Stellung des dienstleistenden Rechtsanwalts auf die eines bloßen Gehilfen beschränkt sei, denn das Durchführungsgesetz verbiete es diesem Rechtsanwalt nicht, als zweiter Bevollmächtigter oder zweiter Verteidiger neben dem deutschen Rechtsanwalt tätig zu sein.

Ferner dürfe die Aufklärungs- und Fragepflicht des Gerichts gemäß § 139 ZPO nicht dazu dienen, fehlende Rechtskenntnisse des dienstleistenden Rechtsanwalts auszugleichen. Diese Pflicht finde nämlich ihre Grenzen in der Unparteilichkeit des Gerichts und dem Grundsatz, wonach die Parteien Herren des Verfahrens seien. Die Fragepflicht des Gerichts dürfe nämlich nicht dazu dienen, unschlüssige Klagen schlüssig zu machen, den Kläger zu veranlassen, seine Klage zu ändern, oder den Beklagten auf von ihm übersehene Verteidigungsmöglichkeiten hinzuweisen.

C — *Zur entsprechenden Anwendung des § 52 Absatz 2 BRAO*

Die *Kommission* trägt vor, § 4 Absatz 3 des Durchführungsgesetzes habe zur Folge, daß in der weitaus überwiegenden Zahl aller Zivilprozesse der dienstleistende Rechtsanwalt nur eine einzige Befugnis habe, nämlich im Beistand eines bei dem zuständigen Gericht zugelassenen deutschen Rechtsanwalts in der mündlichen Verhandlung Ausführungen zu machen. Dies folge daraus, daß in dieser Vorschrift, „soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte geboten ist, die bei dem angerufenen Gericht zugelassen sind", eine entsprechende Anwendung des § 52 Absatz 2 BRAO vorgesehen sei. § 78 Absatz 1 ZPO schreibe nun eine solche Vertretung in Zivilprozessen vor allen Landgerichten und den Gerichten des höheren Rechtszuges (den Oberlandesgerichten, dem Bayerischen Obersten Landesgericht und dem Bundesgerichtshof) vor. Das gleiche gelte für die Vertretung vor den Familiengerichten. Soweit in Verfahren vor diesen Gerichten Anwaltszwang bestehe (d. h. in den meisten Verfah-

ren vor den Familiengerichten, in Zivilprozessen, deren Streitwert über 5 000 DM hinausgehe, und in Berufungsverfahren auch mit geringerem Streitwert), müsse dieser Rechtsanwalt deshalb bei dem angerufenen Gericht zugelassen sein. Nach Auffassung der Kommission ist es mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar, die Dienstleistung in diesen Verfahren einer strengeren Einvernehmensregelung zu unterwerfen als in Verfahren, in denen jeder deutsche Rechtsanwalt einen Mandanten vertreten oder verteidigen dürfe.

Hierzu führt sie in erster Linie aus, Artikel 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie berechtige lediglich dazu, ein Einvernehmen des dienstleistenden Rechtsanwalts mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu verlangen, nicht aber eine Beschränkung der Dienstleistung auf mündliche Ausführungen im Beistand des zugelassenen Rechtsanwalts.

Zweitens räumt die Kommission ein, durch die Nichtanwendung des § 52 Absatz 2 BRAO könne im Hinblick auf dienstleistende Rechtsanwälte der Anschein erweckt werden, als ob diese gegenüber ihren deutschen Kollegen privilegiert würden. Dies sei jedoch nicht der Fall. Zunächst befinde sich der dienstleistende Rechtsanwalt nicht in der gleichen Situation wie der deutsche Rechtsanwalt. Während letzterer den Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit am Ort seiner Niederlassung habe und seine Zulassung bei den Gerichten im örtlichen Bereich dieser Niederlassung den Bedürfnissen seiner Berufspraxis und seiner Mandanten in den meisten Fällen entspreche, sei die Situation eines Rechtsanwalts, der eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbringe, dadurch gekennzeichnet, daß er dort keine Niederlassung besitze und bei keinem der Gerichte des Aufnahmestaats zugelassen sei. Außerdem unterscheide sich die dienstleistende Tätigkeit ihrer Natur nach von der Tätigkeit eines Rechtsanwalts, der im eigenen Land von seiner Kanzlei aus tätig sei. Es entspreche deshalb der in Artikel 60 Absatz 3 EWG-Vertrag und in Artikel 4 der Richtlinie geforderten Gleichstellung, wenn ein Rechtsanwalt, der zur Erbringung einer Dienstleistung vor einem bestimmten deutschen Gericht auftreten wolle, unter Wahrung der in Artikel 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie vorgesehenen Einschränkung den gleichen Bedingungen unterworfen werde wie ein bei diesem Gericht zugelassener deutscher Rechtsanwalt.

Schließlich weist die Kommission darauf hin, daß im vorliegenden Fall auch die Berufung auf das „Interesse einer geordneten Rechtspflege" nicht möglich sei. Zunächst sei die Erwartung, ein dienstleistender Rechtsanwalt sei geneigt, in größerer Zahl Prozesse vor verschiedenen Gerichten eines anderen oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zu führen, durch keine Erfahrung oder vernünftige Erwartung gerechtfertigt. Die für die geordnete Abwicklung eines Rechtsstreits erforderliche Verbindung zwischen dem Gericht und dem Rechtsanwalt werde dadurch hinreichend gewährleistet, daß gemäß § 4 Satz 1 des Durchführungsgesetzes der Dienstleistungserbringer einen deutschen Rechtsanwalt als Zustellungsbevollmächtigten benennen müsse, sobald er in Verfahren vor Gerichten tätig werde. Im Interesse einer geordneten Rechtspflege könne diese Bestimmung dahin ergänzt werden, daß der Zustellungsbevollmächtigte ein bei dem jeweiligen Gericht zugelassener deutscher Rechtsanwalt sein müsse.

Die *Bundesregierung* führt aus, das Lokalisationsprinzip sei im Interesse der Rechtspflege eingeführt worden. Diese Lokalisation diene der Verbindung zwischen dem Gericht und der Anwaltschaft und erleichtere die Abwicklung der Prozesse dadurch, daß sie Prozeßverzögerungen entgegenwirke, die durch häufige Vertagungsanträge des an einer Vielzahl von Gerichten tätigen Rechtsanwalts ausgelöst würden. Demge-

mäß könne ein deutscher Rechtsanwalt, soweit § 78 Absatz 1 ZPO anwendbar sei, nicht Prozeßbevollmächtigter in einem Zivilrechtsstreit sein, wenn er nicht bei dem Gericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig sei, zugelassen sei. Er sei auf die Befugnisse nach § 52 Absatz 2 BRAO verwiesen, wenn er sich gleichwohl an dem Verfahren beteiligen wolle. Deshalb sei in der Regelung des § 4 Absatz 3 des Durchführungsgesetzes kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zu erkennen, da der dienstleistende Rechtsanwalt hierdurch nur so behandelt werde wie jeder deutsche Rechtsanwalt. Müsse der dienstleistende Rechtsanwalt dem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt gleichgestellt werden, so wäre dies eine eindeutige Schlechterstellung der deutschen Rechtsanwälte gegenüber ihren Kollegen aus anderen Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang sei das Beispiel des Bundesgerichtshofs besonders einleuchtend: Alle Rechtsanwälte aus anderen Mitgliedstaaten dürften vor diesem hohen Gericht neben den 22 bei diesem Gericht zugelassenen spezialisierten deutschen Rechtsanwälten auftreten.

T. Koopmans
Berichterstatter