

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
FRANCIS G. JACOBS

vom 15. Februar 2001<sup>1</sup>

1. Dies ist der dritte Fall, in dem die Kommission die Feststellung beantragt, dass ein Mitgliedstaat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat, dass er Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste so regelt, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit behindert werden<sup>2</sup>. Die hier betroffenen italienischen Vorschriften verlangen, dass private Sicherheitsunternehmen und private Wachleute die italienische Staatszugehörigkeit besitzen, und die einzige streitige Frage scheint zu sein, ob dieses Erfordernis dadurch gerechtfertigt werden kann, dass ihre Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

### Hintergrund und Verfahren

#### *Die italienischen Rechtsvorschriften über die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste*

2. Die fraglichen Tätigkeiten sind in Italien durch den Testo unico delle leggi di pub-

blica sicurezza (kodifizierte Fassung der Gesetze über die öffentliche Sicherheit, im Folgenden: Gesetz über die öffentliche Sicherheit), der durch das Königliche Dekret vom 18. Juni 1931 erlassen wurde, und seine Durchführungsvorschriften geregelt. Insbesondere folgende Vorschriften sind von Belang.

3. Artikel 133 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit gestattet natürlichen oder juristischen Personen oder — mit Genehmigung des Präfekten — deren Zusammenschlüssen, private Wachleute zur Bewachung oder zum Schutz von Eigentum einzusetzen. Nach Artikel 134 dürfen solche Dienstleistungen nicht ohne Lizenz des Präfekten erbracht werden, und natürlichen oder juristischen Personen, die nicht die italienische Staatszugehörigkeit haben, können diese Lizenzen nicht erteilt werden. Artikel 134 bestimmt ferner, dass eine Lizenz nicht „für Aufgaben erteilt werden [kann], die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse oder mit der Befugnis zur Beschränkung der individuellen Freiheit verbunden sind“. Gemäß Artikel 136 kann die Lizenz aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit versagt oder entzogen werden. Artikel 138 schreibt bestimmte besondere Anforderungen für private Wachleute vor, zu denen auch der Besitz der italienischen Staatsangehörigkeit gehört. Nach Artikel 139 müssen Sicherheitsunternehmen und ihre Bediensteten die Sicurezza Pubblica (nationale Polizei) unterstützen und allen Aufforderungen ihrer Beamten

<sup>1</sup> — Originalsprache: Englisch.

<sup>2</sup> — Die vorherigen beiden Fälle waren die Rechtssache C-114/97 (Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717) und die Rechtssache C-355/98 (Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-1221).

sowie der Beamten der Kriminalpolizei nachkommen.

gegen sie verstößt, sofort vom Dienst suspendieren.

4. Gemäß Artikel 250 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit<sup>3</sup> in ihrer geänderten Fassung müssen private Wachleute schwören, der Italienischen Republik und ihrem Staatsoberhaupt gegenüber loyal zu sein, deren Gesetze genau zu befolgen und die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig, gewissenhaft und allein im Sinne des Gemeinwohls zu erfüllen. Sie werden daher als *guardie particolari giurate* (vereidigte private Wachleute) bezeichnet. Nach Artikel 254 dieser Verordnung müssen solche vereidigten Wachleute eine Uniform oder ein Abzeichen tragen, die vom Präfekten genehmigt werden. Artikel 255 sieht vor, dass sie Protokolle über die Ausübung der ihnen übertragenen Pflichten aufnehmen dürfen, die in Gerichtsverfahren als beweiskräftig anzusehen sind, sofern sie nicht widerlegt werden. Gemäß Artikel 256 dürfen sie Waffen tragen, bedürfen dafür aber einer besonderen Erlaubnis.

5. Ein Königliches Decreto-legge vom 26. September 1935 stellt die Tätigkeiten privater Wachleute unter die direkte Aufsicht des Questore (Polizeipräfekt der Provinz), der die Regelungen und Anweisungen betreffend die Ausübung ihrer Pflichten genehmigen muss und ändern kann. Mit der Genehmigung sind diese Regelungen und Anweisungen bindend, und der Questore kann einen Wachbediensteten, der

6. Ein weiteres Königliches Decreto-legge vom 12. November 1936 regelt die Tätigkeiten privater Sicherheitsunternehmen. Auch sie unterstehen der Aufsicht des Questore, der gegenüber den bei ihnen beschäftigten privaten Wachleuten Disziplinarbefugnisse hat, einschließlich der Suspendierung vom Dienst und des Einzugs der eventuell in ihrem Besitz befindlichen Waffen.

7. Die italienische Rechtsprechung hat anerkannt, dass vereidigte private Wachleute bestimmte Befugnisse zur Festnahme haben, die über diejenigen von gewöhnlichen Personen hinausgehen. Nach Artikel 380 der italienischen Strafprozessordnung ist ein Kriminalpolizeibeamter bei bestimmten schweren Straftaten zur Festnahme eines Täters, der auf frischer Tat betroffen wird, verpflichtet, und nach Artikel 383 ist jedermann in den gleichen Fällen zur Festnahme befugt, wobei der Täter unverzüglich an die Polizei zu übergeben ist. In diesen Fällen scheinen vereidigte Wachleute die gleichen Befugnisse zu haben wie jede andere Person. Artikel 381 der Strafprozessordnung überträgt jedoch Kriminalpolizeibeamten auch die Befugnis, aber nicht die Pflicht, bei bestimmten minder schweren Straftaten Festnahmen auf frischer Tat durchzuführen. In diesen Fällen steht gewöhnlichen Personen keine Befugnis zur Festnahme zu, aber die Corte Suprema di Cassazione (italienischer Kassationshof) hat entschieden, dass vereidigten privaten Wachleuten eine solche Befugnis bei der Ausübung ihrer Pflichten zur Bewachung von Privateigentum zusteht.

3 — Genehmigt durch das Königliche Dekret vom 6. Mai 1940.

*Die Vertragsbestimmungen*

8. Nach Artikel 39 EG ist innerhalb der Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, die die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfasst. Beschränkungen können jedoch aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sein, und der Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

9. Nach Artikel 43 EG sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten, ebenso wie Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Die Niederlassungsfreiheit umfasst die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen unter den gleichen Bedingungen, wie sie für Staatsangehörige des Niederlassungsstaats gelten.

10. Gemäß Artikel 45 EG findet dieses Verbot jedoch auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, keine Anwendung. Nach Artikel 46 Absatz 1 EG bleibt die Anwendbarkeit von Vorschriften, die eine Sonder-

regelung für Ausländer mit sich bringen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, unberührt.

11. Schließlich verbietet Artikel 49 EG — allerdings wiederum gemäß Artikel 55 vorbehaltlich der Artikel 45 und 46 Absatz 1 — die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat als dem des Leistungsempfängers ansässig sind.

*Das Urteil in der Rechtssache Kommission/ Spanien*

12. Am 29. Oktober 1998 erließ der Gerichtshof das Urteil in der Rechtssache Kommission/Spanien<sup>4</sup>, in dem entschieden wurde, dass das Königreich Spanien dadurch gegen die jetzigen Artikel 39, 43 und 49 EG verstoßen hat, dass die Erlaubnis zur Ausübung von Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste Sicherheitsunternehmen nur dann, wenn sie spanische Unternehmen sind und ihre Geschäftsführer und Direktoren in Spanien wohnen, und dem Sicherheitspersonal nur dann, wenn es die spanische Staatsangehörigkeit besitzt, erteilt wird.

4 — Zitiert oben, Fußnote 2.

13. Der Gerichtshof ist zunächst der Auffassung entgegengetreten, dass private Sicherheitsunternehmen zur öffentlichen Verwaltung gehörten, und hat dann geprüft, ob es um die Ausübung öffentlicher Gewalt gehe. Er hat darauf hingewiesen<sup>5</sup>, dass die Ausnahmeregelung für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, auf das zu beschränken sei, was zur Wahrung der Interessen, die sie den Mitgliedstaaten zu schützen erlaube, unbedingt erforderlich sei, und dass die Tätigkeiten als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen müssten. Private Sicherheitsunternehmen und ihr Personal übernahmen auf der Grundlage privatrechtlicher Beziehungen Bewachungs- und Schutzaufgaben. Sie hätten keine Zwangsbefugnisse, sondern könnten, wie jede andere Person, verpflichtet sein, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit beizutragen. Bei der Unterstützung der öffentlichen Sicherheitskräfte handele es sich nur um Hilfstätigkeiten. Die Ausnahmeregelung finde daher keine Anwendung<sup>6</sup>.

14. Der Gerichtshof hat ferner das Argument zurückgewiesen, dass das streitige Erfordernis der Staatszugehörigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sei. Solche Gründe rechtfertigten keinen allgemeinen Ausschluss vom Zugang zu bestimmten beruflichen Tätigkeiten. Sie sollten vielmehr den Mitgliedstaaten die Möglichkeit verschaffen, solchen Personen die Einreise

oder den Aufenthalt zu verwehren, die selbst eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellten<sup>7</sup>.

15. Der Gerichtshof hat seine in diesem Fall vertretene Auffassung zu Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste inzwischen in seinem Urteil in der Rechtssache Kommission/Belgien<sup>8</sup> bestätigt, in der es um Beschränkungen ging, die eher mittelbar als unmittelbar auf der Staatszugehörigkeit beruhten.

#### *Verfahren*

16. Die Kommission bat die italienischen Behörden 1994, ihr nähere Angaben zu den im vorliegenden Fall in Rede stehenden Regelungen zu machen. Nachdem ihr 1995 eine Antwort zugegangen war, hielt sie diese Regelungen für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar und forderte die Behörden gemäß Artikel 169 EG-Vertrag Absatz 1 (jetzt Artikel 226 EG) zur Äußerung auf. Mangels einer rechtzeitigen Antwort auf dieses Schreiben übersandte die Kommission der italienischen Regierung aufgrund desselben Artikels eine mit Gründen versehene Stellungnahme, wonach die Erfordernisse der Staatszugehörigkeit in den einschlägigen italienischen Rechtsvorschriften gegen Gemeinschaftsrecht verstießen, und forderte sie auf, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen,

5 — Aufgrund ständiger Rechtsprechung: Urteile in der Rechtssache 2/74 (Reyners, Slg. 1974, 631, Randnr. 45), in der Rechtssache 147/86 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 1637, Randnr. 7) und in der Rechtssache C-42/92 (Thijssen, Slg. 1993, I-4047, Randnr. 8).

6 — Siehe Randnrn. 33 bis 39 des Urteils.

7 — Siehe Randnrn. 40 bis 43 des Urteils.

8 — Zitiert in Fußnote 2.

um diese Rechtsvorschriften binnen zwei Monaten anzupassen. Nach einer Antwort, die sie für unzureichend hielt, hat die Kommission am 29. Juli 1999 die vorliegende Klage erhoben.

17. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die Italienische Republik dadurch gegen die Artikel 39 EG, 43 EG und 49 EG verstoßen habe, dass sie bestimme, dass die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste nur von italienischen Unternehmen ausgeübt werden könnten und dass als vereidigte private Wachleute nur italienische Staatsangehörige eingestellt werden könnten.

## Erörterung

### *Grundsätzliche Unvereinbarkeit mit den Vertragsbestimmungen*

18. Die Italienische Republik hat das Vorbringen nicht in Frage gestellt, dass die streitigen Staatszugehörigkeitserfordernisse nach jedem der drei von der Kommission geltend gemachten Artikel des Vertrages grundsätzlich verboten sind. Dies lässt sich meines Erachtens auch nicht in Frage stellen.

19. Es folgt unmittelbar aus dem Wortlaut der Artikel 39 und 43 EG, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich kein Erfordernis der Staatszugehörigkeit als Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Art von Tätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger aufstellen dürfen. Durch das Verbot von Beschränkungen der Gründung von Agenturen oder Zweigniederlassungen durch Gemeinschaftsangehörige hindert Artikel 43 einen Mitgliedstaat außerdem daran, eine Regelung zu erlassen, die Gesellschaften, die die Staatszugehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats haben, dazu verpflichten würde, eine Tochtergesellschaft nach Maßgabe seiner eigenen Rechtsvorschriften zu gründen.

20. Zwar scheint Artikel 49 ausdrücklich nur Beschränkungen zu verbieten, die auf dem jeweiligen Ort beruhen, an dem der Erbringer und der Empfänger der Dienstleistung ansässig sind, ohne sich auf die Staatsangehörigkeit zu beziehen, aber eine kurze Überlegung genügt, um festzustellen, dass jede Voraussetzung im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers eine überaus beschränkende Wirkung auf die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen haben wird. Darüber hinaus verbietet Artikel 49 nach ständiger Rechtsprechung Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit<sup>9</sup>.

21. Die italienischen Regelungen, bezüglich deren die Kommission diese Klage erhoben

<sup>9</sup> — Siehe z. B. Urteil in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 25) und die „Mitversicherungsfälle“: Urteile in der Rechtssache 220/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 3663, Randnr. 16), in der Rechtssache 252/83 (Kommission/Dänemark, Slg. 1986, 3713, Randnr. 16), in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 25) und in der Rechtssache 206/84 (Kommission/Irland, Slg. 1986, 3817, Randnr. 16).

hat, verlangen ferner von Sicherheitsunternehmen und Wachleuten, im Besitz einer von den italienischen Behörden erteilten Lizenz zu sein. Auch ein solches Erfordernis wurde vom Gerichtshof grundsätzlich als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit angesehen<sup>10</sup>. Der Umstand, dass Wachleute einen Eid leisten müssen, ist von ähnlicher Natur und kann, da der Eid eine Treueverpflichtung gegenüber dem italienischen Staat einschließt, überdies ein mittelbares Staatsangehörigkeitserfordernis darstellen.

— Artikel 39 EG

24. Die italienische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen und in Beantwortung einer Frage bestätigt, dass die vereidigten privaten Wachleute nicht selbständig tätig sein dürften, sondern dass sie immer in abhängiger Stellung beschäftigt sein müssten.

25. Daher kann das auf die „öffentlichen Gewalt“ gestützte Verteidigungsmittel im Hinblick auf das Staatsangehörigkeitserfordernis für Wachleute nicht geltend gemacht werden.

### *Ausübung öffentlicher Gewalt*

22. Die Klagebeantwortung der italienischen Regierung stützt sich ausschließlich auf die Ausnahmeregelung in Artikel 45 EG im Hinblick auf Tätigkeiten, die „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“.

23. Dieser Artikel findet in Verbindung mit Artikel 55 auf Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder Dienstleistungsfreiheit, nicht aber auf Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer Anwendung.

26. Zwar hat der Gerichtshof in einigen Urteilen Artikel 39 Absatz 4 EG in einer Weise ausgelegt, dass er an Artikel 45 angeglichen wird. Im Urteil Kommission/Italien<sup>11</sup> beispielsweise hat er festgestellt, dass die Ausnahme für die Aufgaben gelte, „die Teil der Ausübung hoheitlicher Befugnisse oder der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates sind“. Es bleibt jedoch die Tatsache, dass Artikel 39 Absatz 4 ausdrücklich auf „die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ beschränkt ist. Der Gerichtshof hat diesen Satz dahin ausgelegt, dass er sich nicht auf sämtliche Beschäftigungsverhältnisse bei öffentlichen Einrichtungen erstreckt. Daher ist erst recht nicht vorstellbar, dass dadurch die Beschäftigung bei einer privaten natürlichen oder juristischen Person erfasst wird, welche Aufgaben der Arbeitnehmer auch haben mag.

10 — Siehe z. B. Urteil in der Rechtssache C-43/93 (Vander Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 15); Urteil Kommission/Belgien (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 35).

11 — Urteil in der Rechtssache 225/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2625, Randnr. 10); siehe auch Urteil in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, Randnrn. 10 und 11).

27. Wie sich aus Artikel 5 des Decreto-legge vom 12. November 1936 ergibt, können vereidigte private Wachleute zwar nicht nur bei den diesem Decreto-legge unterfallenden Sicherheitsunternehmen und anderen privaten Unternehmen oder Zusammenschlüssen, sondern auch bei öffentlichen Einrichtungen beschäftigt sein. Doch selbst wenn die Rechte und Pflichten solcher Wachleute bei öffentlichen Einrichtungen von Artikel 39 Absatz 4 EG erfasst sein könnten, so ist das streitige Erfordernis der Staatsangehörigkeit nicht auf solche Fälle beschränkt.

28. Ich bin daher der Ansicht, dass unabhängig von der Natur der Rechte und Pflichten von vereidigten privaten Wachleuten ein Staatsangehörigkeitserfordernis, das für Wachleute gilt, die bei Privatpersonen beschäftigt sind, gegen Artikel 39 EG verstößt.

— Artikel 43 und 49 EG

29. Auch wenn dies nicht der Fall sein und sich herausstellen sollte, dass *guardie particolari giurate* als Selbständige tätig sein können, bin ich dennoch der Auffassung, dass die Gründe, auf die die italienische Regierung sich zu stützen sucht, nicht belegen können, dass eine „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne eines der fraglichen Artikel des Vertrages vorliegt.

30. Die italienische Regierung verweist zunächst auf die Intensität der behördlichen Kontrolle, der private Wachleute unterworfen seien. Eine Lizenz müsse vom Präfekten erteilt werden und könne aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung versagt oder entzogen werden. Sicherheitsunternehmen, die private Wachleute beschäftigten, unterständen der Aufsicht des Questore. Die Wachleute selbst müssten einen Treueeid gegenüber der Italienischen Republik leisten und seien ihrerseits der Amtsgewalt des Questore unterworfen.

31. Die Corte Suprema di Cassazione habe ferner anerkannt, dass vereidigte private Wachleute sich dadurch auszeichneten, dass sie kriminalpolizeiliche Aufgaben bei der Verhütung von Straftaten und der Ergreifung von Straftätern im Zusammenhang mit dem Schutz des ihnen anvertrauten Eigentums hätten, die die Befugnis zur Festnahme von Straftätern auf frischer Tat, die Befugnis zur Aufnahme von beweiskräftigen Protokollen und die Pflicht zur Zusammenarbeit mit der Polizei einschlossen.

32. Die italienische Regierung betont, dass die Eidesleistung der privaten Wachleute die Verpflichtung einschließe, nur das Gemeinwohlinteresse zu verfolgen, dass ihre Arbeitgeber ihnen keine anderen Pflichten auferlegen dürften und dass der Questore ihnen solche Verpflichtungen auferlegen dürfe, die im öffentlichen Interesse notwendig erschienen. Eine Unterscheidung sei daher zu treffen zwischen Wachleuten, die allein im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages tätig seien, und den hier in Rede stehenden Wachleuten und Unternehmen,

die einer behördlichen Kontrolle unterworfen seien.

33. Folglich sei der vorliegende Fall von der Rechtssache Kommission/Spanien<sup>12</sup> zu unterscheiden, in der klar gewesen sei, dass das fragliche Sicherheitspersonal aufgrund seiner Verpflichtung zur Unterstützung der Polizei, die es mit jeder anderen Privatperson teile, einen bloßen Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit erbracht habe. Vereidigte private Wachleute in Italien hätten besondere kriminalpolizeiliche Aufgaben, die über diese allgemeine Pflicht hinausgingen.

34. Die Kommission weist zunächst darauf hin, dass Beteiligte in verschiedenen Wirtschaftsbereichen oftmals einer strengen behördlichen Aufsicht unterlägen, ohne dabei selbst öffentliche Gewalt auszuüben; sie führt insbesondere Berufe im Bank-, Versicherungs-<sup>13</sup>, Finanz- und Rechtswesen<sup>14</sup> an. Gleiches gelte für Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste, wie vom Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Spanien bestätigt worden sei.

35. Mit Bezug auf die Rechte und Pflichten von privaten Wachleuten stellt die Kom-

12 — Zitiert in Fußnote 2, siehe Randnrn. 36 bis 38 des Urteils.

13 — Siehe Urteil Thijssen, zitiert in Fußnote 5, in dem der Gerichtshof nicht anerkannt hat, dass die Notwendigkeit, einen Eid zu leisten und bestimmte Aufgaben wahrzunehmen, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei.

14 — Siehe Urteil Reyners, zitiert in Fußnote 5.

mission fest, dass die Definition von Polizeibefugnissen von Staat zu Staat unterschiedlich sei und dass die Grenzen, die Artikel 45 EG den Ausnahmen vom Grundsatz der Niederlassungsfreiheit setze, autonom nach Gemeinschaftsrecht auszulegen seien<sup>15</sup>.

36. Die Pflicht zur Unterstützung der Polizei, die privaten Wachleuten in Italien obliege, sei der in der Rechtssache Kommission/Spanien behandelten Pflicht vollkommen vergleichbar, die der Gerichtshof nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern vielmehr als reine Hilfstätigkeit angesehen habe, zu der jeder verpflichtet sein könne.

37. Die Befugnis zur Aufnahme von Protokollen mit Beweiswert sei der von Staatsbeamten oder anderen Beamten zur Ausstellung von öffentlichen oder echten Urkunden nicht vergleichbar. Ihr Beweiswert sei darüber hinaus relativ, da er in Gerichtsverfahren in Frage gestellt werden könne.

38. Zur Festnahmebefugnis macht die Kommission schließlich unter Anführung des Urteils in der Rechtssache Reyners<sup>16</sup> geltend, dass die Ausnahmen in Artikel 45 EG nicht weiter reichen dürften, als der Zweck es erfordere, um dessentwillen sie vorgesehen seien. Der Ausschluss anderer Gemeinschaftsangehöriger müsse auf Tätigkeiten beschränkt bleiben, die eine un-

15 — Urteil Kommission/Griechenland (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 8).

16 — Zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 43 bis 47 des Urteils.

mittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten, und könne nicht auf einen Beruf als Ganzen ausgeweitet werden, außer wenn diese Tätigkeiten derart miteinander verknüpft seien, dass die Niederlassungsfreiheit für den Mitgliedstaat die Verpflichtung mit sich bringen würde, die — wenn auch nur zeitweise — Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen; keine solche Ausweitung sei möglich, wenn die fraglichen Tätigkeiten einen abtrennbaren Teil der Berufstätigkeit insgesamt darstellten. Im vorliegenden Fall bilde die von den italienischen Gerichten anerkannte (und nicht durch Rechtsvorschriften verliehene) Ermessensbefugnis zur Festnahme einen abtrennbaren Teil des Berufes von Wachleuten, und es wäre unverhältnismäßig, andere Gemeinschaftsangehörige allein aus diesem Grund von dem Beruf auszuschließen.

39. Ich halte die Argumente der Kommission für völlig überzeugend.

40. Was die Frage der behördlichen Kontrolle betrifft, so ist es zweifellos wünschenswert, dass private Wachleute und Sicherheitsunternehmen einer angemessenen amtlichen Aufsicht unterstehen, insbesondere wenn es um das Tragen von Waffen geht. Das hat der Gerichtshof in den Rechtssachen Kommission/Spanien<sup>17</sup> und Kommission/Belgien<sup>18</sup> anerkannt.

41. Dass Wachleuten und Sicherheitsunternehmen vom Questore Anweisungen erteilt werden dürfen, bedeutet jedoch nicht, dass sie bei der Ausführung dieser Anweisungen öffentliche Gewalt ausüben. Dem Gerichtshof sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden, dass ihre Befugnisse bei der Unterstützung der Polizei größer als diejenigen jeder anderen Person unter den gleichen Umständen sind, und dass ihre Pflicht zur Unterstützung spezieller geregelt sein sollte, spielt in dieser Hinsicht keine Rolle. Kurz gefasst, Unterwerfung unter öffentliche Gewalt ist nicht mit Ausübung öffentlicher Gewalt gleichzusetzen.

42. Durch den Eid, den private Wachleute leisten müssen, scheint im Gegenzug keine öffentliche Gewalt übertragen zu werden; jedenfalls ist eine solche Wirkung nicht belegt worden. Es handelt sich wiederum um eine Förmlichkeit, die wohl eher Pflichten auferlegt, als Befugnisse verleiht. Selbst diese Pflichten scheinen vereidigte Wachleute nicht von anderen Personen zu unterscheiden. Eine Verpflichtung, das Gesetz zu befolgen sowie sorgfältig und gewissenhaft im Sinne des Gemeinwohls zu handeln, sollte meines Erachtens bei jedem Wachbediensteten vorausgesetzt werden. Die Verpflichtung, „allein“ im Sinne des Gemeinwohls zu handeln, ist in ihrem Kontext zu betrachten; jeder Wachbedienstete, dem der Schutz privaten Eigentums obliegt, muss wenigstens teilweise im Interesse des Eigentümers handeln und wird mit einiger Sicherheit — unabhängig von einer Eidesleistung — gegen das Gesetz verstoßen, wenn er dabei dem Gemeinwohl zuwider handelt.

17 — Zitiert in Fußnote 2, Randnr. 47 des Urteils.

18 — Ebenda, Randnrn. 32 bis 34 und 36 des Urteils.

43. Auch der Beweischarakter bestimmter Protokolle, die von vereidigten Wachleuten aufgenommen werden, lässt sich meiner Ansicht nach nicht als Beleg für die Ausübung öffentlicher Gewalt ansehen. Aus dem Wortlaut der Rechtsvorschriften ergibt sich, dass deren Beweischarakter nur relativ ist — er hängt davon ab, dass sie nicht widerlegt werden. Darin liegt meines Erachtens ein wesentlicher Unterschied zu der Eigenschaft einer echten Urkunde, deren Inhalt als rechtlich erwiesen gilt, sofern sich nicht herausstellt, dass sie gefälscht oder in betrügerischer Weise hergestellt wurde. Deren Ausstellung kann ohne weiteres mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein, aber die Art von Protokollen, wie sie hier in Rede stehen, scheinen kaum mehr als gewöhnlichen Beweiswert zu haben.

44. Was schließlich die Festnahmebefugnisse von vereidigten Wachleuten angeht, so ist festzustellen, dass die allgemeine Befugnis zur Festnahme auf frischer Tat bei schweren Straftaten nach den italienischen Rechtsvorschriften „jedermann“ („ogni persona“) übertragen ist und somit nicht als Befugnis angesehen wird, die nur den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten ist. Sie ist darüber hinaus mit der Verpflichtung verbunden, den Täter umgehend an die Kriminalpolizei zu übergeben. Die Befugnis, den Täter in Gewahrsam zu halten und die notwendigen weiteren Maßnahmen zu ergreifen, um die Straftat nach Maßgabe des Strafrechts zu behandeln, die ohne weiteres als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen werden kann, ist somit auf die Polizei und die Gerichte beschränkt. Die Festnahmebefugnis scheint hingegen eindeutig in die Kategorie der „Hilfstätigkeiten“ zu fallen, auf die der

Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Spanien<sup>19</sup> Bezug genommen hat.

45. Bei einer Festnahme unter diesen Umständen hat ein vereidigter Wachbediensteter nicht mehr Befugnisse als jede andere Person, und es gibt nach italienischem Recht keinen Grund für die Aufstellung eines Staatsangehörigkeitsanfordernisses. Es wurde nicht vorgetragen, dass die Befugnis zur Festnahme auf frischer Tat, die private Wachleute bei milder schweren Straftaten<sup>20</sup> haben, weitgehend sei, und ich halte es für nicht plausibel, dass dem so sein sollte. Soweit die Befugnis auf Fälle beschränkt ist, in denen sich die Straftat gegen das bewachte Eigentum richtet und der Täter auf frischer Tat betroffen wird, und soweit der Wachbedienstete den Täter umgehend dem Polizeigewahrsam zuführen muss, sehe ich keinen Grund zu der Annahme, dass damit die Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.

#### *Öffentliche Ordnung und öffentliche Sicherheit*

46. Die italienische Regierung hat nicht ausdrücklich die Ausnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit her-

19 — Zitiert in Fußnote 2, Randnr. 38 des Urteils.

20 — Die betroffenen Straftaten brauchen nicht aufgeführt zu werden, sind aber — wenn auch weniger schwer als diejenigen, bei denen jedermann zur Festnahme befugt ist — keineswegs unbedeutend.

angezogen, die im Zusammenhang mit allen drei Artikeln des Vertrages, deren Verletzung behauptet wird, geltend gemacht werden können. Soweit einige ihrer Argumente in dieser Weise auszulegen sein sollten, steht jedoch fest, dass sie keinen Erfolg haben.

47. Der Gerichtshof hat nicht nur allgemein, sondern auch in dem besonderen Kontext der Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste entschieden, dass diese Ausnahmen eng auszulegen seien und den Mitgliedstaaten nicht erlauben sollten, Wirtschaftsbereiche von der Freizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit auszunehmen, sondern sie in die Lage versetzen sollten, tatsächliche und schwere Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit oder ein Grundinteresse der Gesellschaft abzuwehren<sup>21</sup>. Eine solche Gefährdung ist hier nicht belegt.

48. Es lässt sich lediglich feststellen, dass der Besitz der italienischen Staatsangehörigkeit nicht erforderlich ist, damit Wachleute und Sicherheitsunternehmen, die in Italien tätig sind, verpflichtet sind, im Einklang mit dem italienischen Recht zu handeln, oder einer angemessenen Aufsicht durch die zuständigen Polizei- oder sonstigen Behörden unterworfen sind, dass die Loyalität gegenüber dem italienischen Staat nicht erforderlich ist, damit Wachleute ihre Aufgaben erfüllen, und dass nach den italienischen Rechtsvorschriften bei manchen Straftaten jedermann ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit zur Festnahme auf frischer Tat befugt ist.

21 — Siehe Urteile Kommission/Spanien, Randnrn. 41 und 42, und Kommission/Belgien, Randnrn. 28 und 29 (beide zitiert in Fußnote 2).

### *Richtlinie 67/43/EWG des Rates*

49. Schließlich sollte die Richtlinie 67/43<sup>22</sup> erwähnt werden, die die Durchführung der Allgemeinen Programme zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs während der Übergangszeit betraf. Nach Artikel 4 waren die „Tätigkeiten, die... mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind,... b) in Italien: die Tätigkeit als vereidigter Wachmann (guardia giurata)“ ausgeschlossen. Die italienische Regierung hat während des Verwaltungsverfahrens auf diese Bestimmung hingewiesen, sich vor dem Gerichtshof aber nicht darauf berufen, so dass ich mich nur kurz damit befassen möchte.

50. Wie die Kommission festgestellt hat, befasste sich die Richtlinie nur mit der Übergangszeit und kann nun nicht mehr geltend gemacht werden, da die betroffenen Artikel des Vertrages unmittelbare Wirkung haben. Außerdem wurde die Richtlinie inzwischen aufgehoben<sup>23</sup>, wenn auch erst nachdem im vorliegenden Fall die mit Gründen versehene Stellungnahme über-

22 — Richtlinie 67/43/EWG des Rates vom 12. Januar 1967 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten auf dem Gebiet 1. der „Immobilien-geschäfte (außer 6401)“ (Gruppe aus 640 ISIC) 2. einiger „sonstiger Dienste für das Geschäftsleben“ (Gruppe 839 ISIC) (ABl. 1967, Nr. 10, S. 140).

23 — Durch die Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (ABl. L 201, S. 77).

sandt worden war. Selbst wenn die Richtlinie zu prüfen sein sollte, wäre sie jedenfalls auf der Grundlage der ständigen Auslegung zu beurteilen, die der Gerichtshof zum Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt vertritt, was zu Ergebnissen führen würde, die den von mir oben aufgezeigten entsprechen würden.

## Ergebnis

51. Nach alledem sollte der Gerichtshof meines Erachtens entsprechend dem Antrag der Kommission

1. feststellen, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 39 EG, 43 EG und 49 EG verstoßen hat, dass sie bestimmt,

— dass die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste, (einschließlich derjenigen der Überwachung oder Bewachung von beweglichem oder unbeweglichem Eigentum) im italienischen Hoheitsgebiet vorbehaltlich einer Lizenz nur von italienischen privaten Sicherheitsunternehmen ausgeübt werden können,

— dass als vereidigte private Wachleute nur italienische Staatsangehörige mit der entsprechenden Lizenz eingestellt werden können, und

2. der Italienischen Republik die Kosten des Verfahrens auferlegen.