

**EU-Dienstleistungsrichtlinie:
Definition „Öffentliche Gewalt“ i.S.v. Art. 51 AEUV
(ex-Art. 45 EG-Vertrag)**

I. Merkmale

Eine allgemeine Definition des Begriffs „öffentliche Gewalt“, d. h. eine Positivbestimmung durch den EuGH existiert nicht. Jedoch lassen sich der Auffassung der Rspr.,¹ der Kommission² und der Lehre³ folgende – vorwiegend der Negativabgrenzung dienende – Kriterien entnehmen:

1. Der Begriff ist **gemeinschaftsrechtlich**, nicht nach nationalem Recht zu bestimmen. Es genügt nicht, dass der Mitgliedstaat die betreffende Tätigkeit als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ einstuft.
2. Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) ist als Ausnahmebestimmung von der Niederlassungs- sowie der Dienstleistungsfreiheit **eng auszulegen**. Diese Ausnahme muss sich in ihrer Tragweite auf das beschränken, was zur Wahrung der Interessen, die nach Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) durch die Mitgliedstaaten geschützt werden dürfen, **unbedingt erforderlich** ist.
3. Von Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) erfasst werden nur diejenigen Tätigkeiten, die als solche eine **unmittelbare und spezifische** Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Dies bedeutet:

Sonderrechte, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnisse, d. h. spezielle, von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden allgemeinen Rechtsvorschriften abweichende und unmittelbar wirkende Befugnisse, stellen **Indizien** für öffentliche Gewalt dar. Dies gilt sowohl für Verwaltungsbehörden im organisatorischen Sinne als auch für beliehene Privatrechtssubjekte. Schlicht hoheitliches Handeln fällt hingegen nicht darunter.

Anzuknüpfen ist überdies an die **Tätigkeit**, nicht an den Beruf als solchen. Ist der Beruf nur teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, gilt die Ausnahme nur für diesen abtrennbaren Teil, nicht für den Beruf als Ganzes. Die zeitweise Ausübung öffentlicher Gewalt genügt. Bei Beliehenen liegt die von Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) geforderte Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt nur hinsichtlich der von der Beleihung erfassten Tätigkeit vor.

Es ist nicht ausreichend, dass die Tätigkeit aufgrund einer **Verpflichtung** durchgeführt wird, dass sie kraft Gesetzes ausschließlich bestimmten Personen **vorbehalten** ist oder dass sie vom Mitgliedstaat als **öffentlicher Dienst** bezeichnet wird.

Auch die Übertragung einer (im Gemeinwohlinteresse liegenden) Tätigkeit von der öffentlichen Hand auf (nicht beliehene, s. o.) Private begründet beim Auftragnehmer nicht bereits die Ausübung öffentlicher Gewalt. „Öffentliche Gewalt“ ist nicht

¹ Vgl. die Beispiele unter II.

² Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, Abl. C. 121 vom 29.4.2000, S. 8.

³ Vgl. etwa die Kommentierungen zu Art. 45 EGV bei Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2007; Schwarze, EU-Kommentar, 2000 oder Streinz, EUV/EGV, 2003.

mit „öffentlichem Interesse“ oder „öffentlichen Aufgaben“ gleichzusetzen. Behält die öffentliche Gewalt die **Kontrolle** über die übertragenen Tätigkeiten und verfügt sie über die geeigneten Mittel zur Sicherung der von ihr zu wahren Interessen, scheidet in Bezug auf den Privaten Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) aus.

Eine lediglich **helfende oder vorbereitende** Tätigkeit Privater ohne eigene hoheitliche Entscheidungsbefugnisse genügt ebenfalls nicht, insbesondere nicht ein bloßer **Beitrag** zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit ohne eigene Zwangsbefugnisse, ebenso wenig eine Tätigkeit rein **technischer** Natur.

II. Beispiele aus der Rspr.

Nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt **anerkannt** werden daher z. B. die Tätigkeiten

- der Rechtsanwälte als Rechtsberater, Rechtsbeistände, Vertreter/Verteidiger vor Gericht, selbst wenn das Gesetz die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Rechtsanwalt zwingend oder ausschließlich vorschreibt (Rs. 2/74 – Reyners);
- der Privatschulen (Rs. 147/86 – Kommission/Griechenland);
- im Bereich der Planung, Software und Verwaltung von Datenverarbeitungssystemen für Rechnung der öffentlichen Verwaltung, da es sich dabei um Tätigkeiten handelt, die technischer Natur sind (Rs. 3/88 – Kommission/Italien);
- der Sachverständigen auf dem Gebiet der Straßenverkehrsunfälle, deren Gutachten die Gerichte nicht binden und sie weder in der Beweiswürdigung noch in der Ausübung ihrer richterlichen Befugnis einschränken (Rs. C-306/89 – Kommission/Griechenland);
- von zugelassenen Wirtschaftsprüfern bei Unternehmen (Rs. C-42/92 – Thijssen);
- privater Überwachungs- oder Sicherheitsunternehmen und interner Bewachungsdienste, auch wenn diese in bestimmten Situationen die öffentlichen Sicherheitskräfte unterstützen und die Befugnis zur Festnahme auf frischer Tat besitzen (Rs. C-355/98 – Kommission/Belgien; C-114/97 – Kommission/Spanien; C-283/99 – Kommission/Italien);
- der Verbraucherschutzverbände, die zwar Gewerbetreibende wegen der Verwendung missbräuchlicher Klauseln abmahnen können, zur Durchsetzung jedoch auf den Zivilrechtsweg verwiesen sind (Rs. C-167/00 – Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel);
- bestimmter juristischer Personen, denen kraft Gesetzes die Tätigkeit als Baubetreiber für die öffentliche Hand vorbehalten ist (Rs. C-264/03 – Kommission/Frankreich);
- als „Steuerberatungsbeistand“ fungierender Aktiengesellschaften, denen kraft Gesetzes bestimmte Beratungs- und Beistandsleistungen in Steuerangelegenheiten vorbehalten sind (Rs. C-451/03 – Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti).