

**Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)**

**Grundzüge des Öffentlichen Rechts – WS 2005/2006**

**zusammengelegt mit der Vorlesung „Öffentliches Recht“**

Datum	Modul	Titel
17.01.2005	6	Grundfreiheiten: Passive Dienstleistungsfreiheit, Korrespondenzdienstleistungen

A. Szenario zur passiven Dienstleistungsfreiheit .....	2
I. Geltungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots .....	2
II. Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) – „R“ .....	3
1. Objektiver Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit .....	4
a) Gemeinschaftsrechtliche Kompetenz .....	4
b) Sachlicher Geltungsbereich .....	6
2. Subjektiver Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit .....	6
a) Wortlautauslegung .....	6
b) Systematische und teleologische Auslegung .....	7
III. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit – „E“ .....	7
IV. Rechtfertigung – „R“ .....	8
1. Spezielle Rechtfertigungsgründe .....	8
a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 55, 46 EG) .....	9
b) Immanente Rechtfertigungsgründe .....	9
2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit .....	10
a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes) .....	11
b) Geeignetheit .....	11
c) Erforderlichkeit .....	11
d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	11
V. Ergebnis .....	12
B. Szenario zu Korrespondenzdienstleistungen .....	12
I. Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) – „R“ .....	13
1. Entgeltlichkeit und Nichtanwendbarkeit anderer Grundfreiheiten .....	13
2. Feststehen des Dienstleistungsempfängers als ungeschriebene Voraussetzung? .....	13
3. Grenzüberschreitung des Dienstleisters als ungeschriebene Voraussetzung? .....	14
a) Wortlautauslegung .....	14
b) Teleologische Auslegung .....	14
c) Ergebnis .....	15
III. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit – „E“ .....	15
1. Eingriff durch den Mitgliedsstaat des Dienstleistungserbringers? .....	15
2. Die Dienstleistungsfreiheit als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot .....	15
IV. Rechtfertigung – „R“ .....	16
1. Spezielle Rechtfertigungsgründe .....	16
a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 55, 46 EG) .....	16
b) Immanente Rechtfertigungsgründe .....	17
2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit .....	18
a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes) .....	18

b) Geeignetheit .....	19
c) Erforderlichkeit .....	19
aa) Ausreichende Kontrollen im Aufnahmestaat als milderes Mittel? .....	19
bb) Aufzeichnung von Telefonaten als milderes Mittel? .....	19
cc) Bedingtes Verbot als milderes Mittel? .....	20
dd) Ergebnis .....	20
d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	20
V. Ergebnis.....	21

## A. Szenario zur passiven Dienstleistungsfreiheit<sup>1</sup>

Der britische Staatsangehörige Herr C. wird bei einem Kurzaufenthalt in Paris am Ausgang einer Metrostation überfallen. Der Täter der Straftat kann nicht identifiziert werden. Nach französischem Strafprozessrecht besteht ein Anspruch auf eine staatliche Entschädigung, wenn das Opfer einer Körperverletzung von bestimmter Schwere auf keine andere Weise eine Wiedergutmachung erlangen kann. Diesen Entschädigungsanspruch macht Herr C geltend. Herrn C. wird jedoch entgegengehalten, dass er die Voraussetzungen der französischen Strafprozessordnung nicht erfülle. Nach ihr haben nur Personen, die die französische Staatsangehörigkeit besitzen und Ausländer eines Staates, der mit Frankreich ein Gegenseitigkeitsabkommen für die Anwendung der genannten Bestimmungen geschlossen hat, einen Anspruch. Herr C. fühlt sich diskriminiert und meint, dass die vorerwähnten Voraussetzungen gegen das in Art. 12 EG und Art. 49 EG verankerte Diskriminierungsverbot verstießen. Durch die Diskriminierung würden Touristen aus anderen Mitgliedstaaten daran gehindert, ihre Dienstleistungsfreiheit in Anspruch zu nehmen. Das zuständige französische Gericht legt in einem Vorabentscheidungsverfahren dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vor, ob die Entschädigungsvoraussetzungen der französischen Strafprozessordnung mit dem insbesondere in Art.49 EG und Art. 12 EG enthaltenen Diskriminierungsverbot vereinbar sind.

### I. Geltungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots

Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, Art. 12 EG [früher Art. 7 EWG].

<sup>1</sup> Der Sachverhalt und die rechtlichen Erörterungen werden in Anlehnung an EuGH, [Rs. 186/87](#) (Cowan gegen Tresor Public), Slg. 1989, 195 geschildert. Didaktisch motivierte Änderungen bleiben vorbehalten. Alle Textzitate wurden zum besseren Verständnis an die Nummerierung der aktuellen Fassung des EG-Vertrages angepasst.

**Artikel 12 EG [Diskriminierungsverbot]**

Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

Der Rat kann nach dem Verfahren des Artikels 251 Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.

Der Gerichtshof prüft, ob der Geltungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbotes eröffnet ist. Zu dem Verhältnis der (besonderen) Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu dem allgemeinen Diskriminierungsverbot führt er aus:

- „Nach Artikel 12 EG-Vertrag entfaltet das Diskriminierungsverbot seine Wirkungen im Anwendungsbereich des EG-Vertrags "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ". Mit dieser Wendung verweist Artikel 12 insbesondere auf andere Bestimmungen des Vertrages, in denen das allgemeine Verbot des Artikels 12 für besondere Anwendungsfälle konkretisiert ist. So verhält es sich unter anderem mit den Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr.“<sup>2</sup>

Die vom EuGH genannten Grundfreiheiten konstituieren das Binnenmarktprinzip.

**Artikel 14 EG**

(2) Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist. (..)

Hierzu gehört auch die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH prüft in seiner Rechtsprechung die Dienstleistungsfreiheit als besonderes grundfreiheitliches Diskriminierungsverbot im Kontext des allgemeinen Diskriminierungsverbots. Historisch sind die Grundfreiheiten zunächst besondere Diskriminierungsverbote, die sich später auch zu Beschränkungsverboten entwickelt haben:

- „... dass der Grundsatz der Gleichbehandlung , der in Art. 49 EG eine besondere Ausprägung gefunden hat, nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen“<sup>3</sup>

**II. Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) – „R“**

Vorliegend könnte die Dienstleistungsfreiheit des Herrn C. betroffen sein, weil er französische Tourismusdienstleistungen in Anspruch nehmen will.

<sup>2</sup> EuGH, [Rs. 186/87](#) (Cowan gegen Tresor Public), Slg. 1989, 195, Rn. 14.

<sup>3</sup> Zu dieser parallelen Prüfung EuGH, Rs. C-388/01 („Dogenpalast“), Slg. 2003, I-721, Rn. 13 und *M. Zuleeg* in: van der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl., 2003, Bd. 1, Art. 12 EG, Rn. 18 - hier beispielhaft bezogen auf Art. 39 EG.

**Artikel 49 EG**

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

**Artikel 50 EG**

Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

## 1. Objektiver Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit

### a) Gemeinschaftsrechtliche Kompetenz

Herr C. macht die Dienstleistungsfreiheit vorliegend in einem Rechtsbereich – dem Strafrecht – geltend, der nicht in den Geltungsbereich des EG-Vertrages fällt.<sup>4</sup>

**Artikel 3 EG [Tätigkeit der Gemeinschaft]**

(1) Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge:

- a) das Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen bei der Ein- und Ausfuhr von Waren sowie aller sonstigen Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten;
- b) eine gemeinsame Handelspolitik;
- c) einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist;
- d) Maßnahmen hinsichtlich der Einreise und des Personenverkehrs nach Titel IV;
- e) eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet der Landwirtschaft und der Fischerei;
- f) eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet des Verkehrs;
- g) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt;
- h) die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist;

<sup>4</sup> **FEX:** Insbesondere seit dem Vertrag von Nizza 2001 werden inzwischen die mitgliedstaatlichen Strafrechte – und vielleicht ansatzweise auch die Strafprozessrechte – in einer Unionspolitik angenähert, vgl. Art. 29 UAbs. 2 4. Spiegelstrich EU-Vertrag; *M. Wasmeier/A. Jour Schröder* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und den EU-Verträgen, Band 1, 6. Aufl., 2003, Art. 29 EU, Rn. 20 f., 54.

- i) die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verstärkung ihrer Wirksamkeit durch die Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie;
  - j) eine Sozialpolitik mit einem Europäischen Sozialfonds;
  - k) die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts;
  - l) eine Politik auf dem Gebiet der Umwelt;
  - m) die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft;
  - n) die Förderung der Forschung und technologischen Entwicklung;
  - o) die Förderung des Auf- und Ausbaus transeuropäischer Netze;
  - p) einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus;
  - q) einen Beitrag zu einer qualitativ hoch stehenden allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten;
  - r) eine Politik auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit;
  - s) die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete, um den Handelsverkehr zu steigern und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung durch gemeinsame Bemühungen zu fördern;
  - t) einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes;
  - u) Maßnahmen in den Bereichen Energie, Katastrophenschutz und Fremdenverkehr.
- (2) Bei allen in diesem Artikel genannten Tätigkeiten wirkt die Gemeinschaft darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

#### **Artikel 5 EG [Subsidiaritätsprinzip]**

Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.

In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.

Die Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus.

Mit Blick auf die Zuständigkeiten der Gemeinschaft und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen fragt sich, ob eine mitgliedstaatliche strafprozessuale Regelung somit überhaupt von einer Grundfreiheit und vom Diskriminierungsverbot erfasst werden darf.<sup>5</sup> Der Gerichtshof weist auf die einheitliche Wirkung der Grundfreiheiten hin. Danach ist eine Überschneidung des gemeinschaftlichen Regelungsbereichs zu den Grundfreiheiten und der mitgliedstaatlichen Kompetenz bezüglich des Strafrechts denkbar. Die Eröffnung des Geltungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheit und des allgemeinen Diskriminierungsverbots ist nicht wegen fehlender Gemeinschaftskompetenz abzulehnen:

- „Dazu ist zu sagen, daß für das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht, in das die streitige nationale Rechtsvorschrift aufgenommen wurde, zwar grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig sind, daß das Gemeinschaftsrecht jedoch nach ständiger Rechtsprechung (..) dieser Zuständigkeit Schranken setzt: Derartige Rechtsvorschriften dür-

<sup>5</sup> Dieser Aspekt wird von Frankreich in Frage gestellt; vgl. EuGH, [Rs. 186/87](#) (Cowan gegen Tresor Public), Slg. 1989, 195, Rn. 18.

fen weder zu einer Diskriminierung von Personen führen, denen das Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Gleichbehandlung verleiht, noch die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken.“ (Rn. 19)

Der EuGH legt also eine folgenorientierte Betrachtung zugrunde: weil das Strafprozessrecht Auswirkungen auf die Grundfreiheit haben könnte, ist die Eröffnung des Geltungsbereichs des Primärrechts nicht von vorneherein abzulehnen.

### **b) Sachlicher Geltungsbereich**

Der sachliche Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit müsste eröffnet sein. Bei Tourismusdienstleistungen müsste es sich zunächst um solche Leistungen handeln, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Sie dürften nicht dem freien Waren- und Kapitalverkehr und der Freizügigkeit der Personen unterliegen. Die von dem Touristen Herrn C. in Anspruch genommenen Leistungen wie etwa Übernachtungen oder Verköstigung sind gewerbliche Tätigkeiten der Tourismusbranche, Art. 50 UAbs. 2 a) EG. Die Leistungen sind auch nicht vom Geltungsbereich der anderen Grundfreiheiten erfasst. Der sachliche Geltungsbereich ist mithin eröffnet.

## **2. Subjektiver Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit**

Der Fall wirft eine Besonderheit auf. Der britische Staatsangehörige C. war vorliegend nicht zum Zwecke nach Paris gereist, um dort *aktiv* Dienstleistungen zu erbringen. Vielmehr kritisiert er, bei einer *passiven* Inanspruchnahme von französischen Dienstleistungen behindert und diskriminiert worden zu sein. Zu prüfen ist, ob der persönliche Geltungsbereich von Art. 49 EG auch einen passiven Dienstleistungsempfänger wie Herrn C. erfasst. Der Wortlaut des EG ist nicht eindeutig.

### **a) Wortlautauslegung**

Der Wortlaut scheint eher von der aktiven Erbringung auszugehen. Art. 49 UAbs. 2 EG nennt den „Erbringer von Dienstleistungen“, ohne die Inanspruchnahme von Dienstleistungen zu erwähnen. Auch die Passage „(..) kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird (..)“ bezieht sich auf die aktive Erbringung (Art. 50 UAbs. 2 EG).

- „(..) Das Leitbild für den Dienstleistungsverkehr ist nach Artikel 49 EG-Vertrag der Dienstleistungserbringer, der sich zur Erbringung seiner Leistung vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begibt. (..)“<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> EuGH, [Rs. 186/87](#) (Schlussanträge GA Lenz), Slg. 1989, 195 Rn. 14.

## b) Systematische und teleologische Auslegung

Das Europarecht ist jedoch an bestimmten Zielvorgaben, wie der Vollendung des Binnenmarktes (Art. 14 Abs. 2 EG) und an dem Abbau von Diskriminierungen orientiert. Daher sind bei der Auslegung der Verträge die Systematik und die Dynamik des europäischen Rechtes zu berücksichtigen. Eine zweckorientierte Auslegung, die die Vertragsziele fördert, darf über den Wortlaut im engeren Sinne hinausgehen („*effet utile*“ oder Prinzip der nützlichen Wirkung). Im Ergebnis führt dies bei mitgliedstaatlichen Regelungen oft zu einer extensiven Auslegung von (Grund-)freiheiten und zu einer restriktiven Auslegung von deren Beschränkungen. Generalanwalt Lenz legt die Dienstleistungsfreiheit wie folgt aus:

- „Auch wenn vornehmlich auf den Dienstleistungserbringer abgestellt wird, so kann das nicht bedeuten, daß der Dienstleistungsempfänger rechtlich keine Rolle spielt. Als notwendiger Beteiligter des Austauschverhältnisses ist auch er potentiell Nutznießer des gemeinschaftlichen freien Dienstleistungsverkehrs. Daß er die Leistung ausschließlich an seinem Wohnort in Empfang nehmen könnte, ergibt sich weder aus Artikel 49 EG-Vertrag noch aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht. Wenn es also für die Annahme eines gemeinschaftsrechtlich relevanten Dienstleistungsaustausches ausreicht, daß Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind, ist nun zu prüfen, welche Folgerungen sich daraus für die Rechtsstellung des Dienstleistungsempfängers ergeben.“ (Rn. 17)
- In mehreren Gemeinschaftsrechtsakten (..) wird der Dienstleistungsempfänger ausdrücklich als Träger von Rechten genannt: In der Richtlinie 64/221/EWG<sup>7</sup> heisst es [in Artikel 1]: "Diese Richtlinie gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die sich in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft aufhalten oder sich dorthin begeben, um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben *oder um Dienstleistungen entgegenzunehmen*. [Hervorhebung vom Verfasser]" (Rn. 19)

Der **Gerichtshof** ist dem im Ergebnis gefolgt,

- „(..) daß der freie Dienstleistungsverkehr die Freiheit der Leistungsempfänger einschließt, sich zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, ohne durch Beschränkungen daran gehindert zu werden, und daß unter anderem Touristen als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen sind.“ (Rn. 15)

## 3. Ergebnis

Der Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist eröffnet.

### III. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit – „E“

Frankreich müsste in die passive Dienstleistungsfreiheit des Herrn C. eingegriffen haben. Ein Eingriff könnte in der Nichtgewährung der Entschädigung nach dem Überfall liegen. Dagegen

---

<sup>7</sup> Damals Richtlinie [64/221/EWG](#) des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. vom 4. 4.1964, S. 850.

könnte sprechen, dass die Entschädigungsansprüche nach französischem Recht keine Bedingung für die passive Inanspruchnahme von Dienstleistungen ist. Sie stellen allenfalls eine Verbesserung der Rahmenbedingungen dar.

- „Die französische Regierung hat vor dem Gerichtshof geltend gemacht, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts könne sich ein Dienstleistungsempfänger nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen, wenn die betreffende nationale Regelung keinerlei Behinderung seiner Freizügigkeit verursache. Eine Vorschrift wie die im Ausgangsverfahren streitige bewirke insoweit keine Beschränkung.“ (Rn. 16)

Für einen Eingriff spricht die Einheitlichkeit der Grundfreiheiten in einer parallelen Betrachtung.<sup>8</sup> Die Warenverkehrsfreiheit differenziert beispielsweise bei Eingriffen zwischen „mengenmäßigen Beschränkungen“ und „Maßnahmen gleicher Wirkung“ (vgl. Übung Module 5 und 5a). Bei ihr wäre die Nichtgewährung von Schadensersatz für den Überfall auf Herrn C. wohl als „Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung“ zu qualifizieren.<sup>9</sup> Denn die französische Beschränkung der Entschädigungszahlungen wäre ein psychologisches Hemmnis für die Inanspruchnahme der Grundfreiheit.

Der Gerichtshof verwirft die Überlegung, die Dienstleistungsfreiheit als eine bloße Gewährleistung der Freizügigkeit im engeren Sinne zu verstehen:

- „Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Garantiert nämlich das Gemeinschaftsrecht einer natürlichen Person die Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, so ist zwingende Folge dieser Freizügigkeit, daß Leib und Leben dieser Person in dem betreffenden Mitgliedstaat in gleicher Weise geschützt sind, wie dies bei den eigenen Staatsangehörigen und den in diesem Staat wohnhaften Personen der Fall ist. Daraus folgt, daß das Diskriminierungsverbot gegenüber Dienstleistungsempfängern im Sinne des EG-Vertrags gilt, soweit es um den Schutz vor möglichen Gewalttaten und, falls eine Gewalttat verübt wird, um den im nationalen Recht vorgesehenen Anspruch auf Geldersatz geht.“ (Rn. 17)

Ein Eingriff in die passive Dienstleistungsfreiheit ist zu bejahen.

#### **IV. Rechtfertigung – „R“**

Der Eingriff in die passive Dienstleistungsfreiheit des Herrn C. könnte gerechtfertigt sein.

##### **1. Spezielle Rechtfertigungsgründe**

Zum einen folgen spezielle normative Rechtfertigungsgründe aus Art. 55, 46 EG. Zum anderen ergeben sich immanente<sup>10</sup> Rechtfertigungsgründe aus der als „**Cassis de Dijon**“ bekannt

<sup>8</sup> W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 976, Rn. 2597.

<sup>9</sup> Eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung ist „jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (...)“; seit EuGH, [Rs. 8/74](#) (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

<sup>10</sup> R. Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, § 12, Rn. 827 f.



gewordenen Rechtssache. Letzte betrifft im engeren Sinne zwar nur die Warenverkehrsfreiheit, kann jedoch sinngemäß auf die Dienstleistungsfreiheit angewandt werden.<sup>11</sup>

### a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 55, 46 EG)

#### Artikel 55 EG [Anwendung von Vorschriften des Niederlassungsrechts]

Die Bestimmungen der Artikel 45 bis 48 finden auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet Anwendung.

#### Artikel 46 EG [Vorschriften betreffend die öffentliche Ordnung; Koordinierungsrichtlinien]

(1) Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

(2) Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 Richtlinien für die Koordinierung der genannten Vorschriften.

Normative Rechtfertigungsgründe sind nicht einschlägig. Vor allem wäre nicht nachvollziehbar, warum aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausländischen Touristen eine Entschädigungszahlung vorenthalten werden müsste. Wirtschaftliche Gründe zur Finanzierung französischer Entschädigungssysteme nur durch französische Beitragzahler und dem dann notwendigen Ausschluss anderer Anspruchsteller, sind per se keine im Sinne von Art. 46 EG anerkannten Gründe für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundfreiheit.<sup>12</sup>

### b) Immanente Rechtfertigungsgründe

Die Beschränkung der Entschädigungszahlungen durch Frankreich könnte immanent gerechtfertigt sein: Im Zusammenhang mit der engen Auslegung des Art. 46 EG zeigten sich im Laufe der Zeit andere legitime Regelungsziele der Mitgliedstaaten:

„Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“<sup>13</sup>

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung diese Rechtfertigungsgründe unter anderem um das **Gleichgewicht der sozialen Sicherungssysteme**<sup>14</sup> erweitert. Möglicherweise könnte die Be-

<sup>11</sup> W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 1000, Rn. 2661; vgl. auch EuGH, [Rs. 33/74](#) (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, 1309 ff. (Rn 10/12.).

<sup>12</sup> EuGH, [Rs.C-388/01](#) (Kommission/Italien), Rn. 19.

<sup>13</sup> EuGH, [Rs. 120/78](#) („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 662, Rn. 8.

<sup>14</sup> EuGH, [Rs. C-120/95](#) (Decker), Slg. 1998, I-1831, 1884, Rn. 39.

schränkung hiernach gerechtfertigt werden. Dieses insbesondere von der Französischen Regierung<sup>15</sup> vorgebrachte Argument diskutiert Generalanwalt Lenz:

- „In dem vorliegenden Rechtsstreit wurde das Argument aufgeworfen, ein objektiver Grund für die Ungleichbehandlung erfolge aus dem Umstand, daß die Mittel für die Opferentschädigung aus den öffentlichen Haushalten aufgebracht werden und daß Personen, die nicht zu den Mitteln der *Solidargemeinschaft* beigetragen hätten, diese auch nicht in Anspruch nehmen dürften. Das Argument ist aus mehreren Gründen zurückzuweisen.“ (Rn. 49)
- „Zunächst ist eine strenge Trennung der Personengruppen, die zum Gesamtaufkommen des nationalen Haushalts beigetragen haben, und denen, die daran nicht teilgenommen haben, fast nicht möglich. (...) Selbst wenn man ausschließlich auf den Dienstleistungsempfänger abstellt, so zeigt sich, daß dieser durch die Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht nur die Konjunktur belebt, sondern zum Beispiel durch Verbrauchsteuern zu den mitgliedstaatlichen Haushaltsmitteln beiträgt.“ (Rn. 50)
- „Schließlich bin ich der Ansicht, daß die *Opferentschädigung keine Sozialleistung im klassischen Sinne* darstellt, verstanden als ein von der Leistungsverwaltung gewährter Unterhaltsbeitrag. Die Tatsache allein, daß die Opferentschädigung aus öffentlichen Mitteln gewährt wird, reicht für die Qualifikation nicht aus. Sie ist als eine Kompensation eines erlittenen Schadens zu betrachten, die wir in Form von Schadensersatzansprüchen oder Entschädigungsansprüchen sowohl aus dem Zivilrecht als auch aus dem öffentlichen Recht kennen. (Rn. 52)

Der **Gerichtshof** folgt dem Generalanwalt im Ergebnis, ohne seinen Standpunkt zu begründen:

- „(...) Der Umstand, daß die fragliche Entschädigung aus der Staatskasse finanziert wird, kann an dem System des Schutzes der vom EG-Vertrag garantierten Rechte nichts ändern.“ (Rn. 16)

## 2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit

Lässt man das Gleichgewicht der sozialen Sicherungssysteme als Rechtfertigungsgrund gelten, dürfte die Beschränkung zumindest unverhältnismäßig sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als Rechtfertigungsschranke zu verstehen. Es bietet sich das folgende Prüfungsschema an:

Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)	Die nationale Maßnahme muss zum Schutz eines Rechtfertigungsrechtsguts erfolgen, das normativ („geschrieben“) oder immanent („ungeschrieben“) konturiert ist.
Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um Schutz des Rechtsguts, das Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck

<sup>15</sup> vgl. EuGH, [Rs. 186/87](#) (Cowan gegen Tresor Public), Slg. 1989, 195, Rn. 16.

Erforderlichkeit	Negativ/Positiv: Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist. Der EuGH legt in seiner Rechtsprechung den Schwerpunkt vor allem auf die Prüfung der Erforderlichkeit. <sup>16</sup>
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Schwere des Eingriffs in die Grundfreiheit darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundfreiheitseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen

#### a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)

Mit der Sicherstellung des Gleichgewichtes seiner sozialen Sicherungssysteme würde Frankreich durch die Entschädigungsbeschränkungen einen legitimen Zweck verfolgen.

#### b) Geeignetheit

Die Entschädigungsbeschränkung wäre zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet. Sie gibt Frankreich insoweit Planungssicherheit, dass etwaige Entschädigungszahlungen an Opfer zu leisten sind, die entweder Steuerzahler sind oder bei denen Frankreichs Bürger durch ein zwischenstaatliches Gegenseitigkeitsabkommen eine andere Kompensation erhalten.

#### c) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme, die genauso geeignet und weniger eingreifend wie die Entschädigungsbeschränkung ist, ist nicht ersichtlich.

#### d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Der Eingriff in die passive Dienstleistungsfreiheit des Herrn C. dürfte in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel der Wahrung des Gleichgewichts der sozialen Sicherungssysteme Frankreichs stehen.

Der Umstand, als Tourist keine Entschädigungsleistungen zu erhalten, könnte Herrn C. davon abhalten, bestimmte Dienstleistungen in „gefährdeten Gebieten“ (z.B. bestimmte Stadtviertel, Metro) in Anspruch zu nehmen. Ein leichter bis mittlerer Eingriff in seine passive Dienstleistungsfreiheit ist gegeben. Dagegen sind die sozialen Sicherungssysteme durch die Entschädigungsverpflichtung allenfalls marginal betroffen. Eine Entschädigungsverpflichtung für Straftaten ist faktisch ein Ausnahmefall. Im Verhältnis zum Gesamttat der sozialen Sicherungs-

<sup>16</sup> W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 198, Rn. 523 m.w.N.

systeme Frankreichs wird sie sich minimal ausmachen und deren Gleichgewicht nicht gefährden. Folglich ist der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Herrn C. unverhältnismäßig.

## V. Ergebnis

Eine strafprozessuale Regelung, die eine Opferentschädigung Inländern vorbehält, verstößt gegen Art. 49 EG und Art. 12 EG.<sup>17</sup>

## B. Szenario zu Korrespondenzdienstleistungen<sup>18</sup>

Die gemeinschaftsweit agierende A. ist eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft. Sie ist auf Warenterminverträge spezialisiert und bietet drei Arten von Dienstleistungen an: die Wertpapierverwaltung, die Anlageberatung und die Weitergabe von Kundenaufträgen an Kommissionäre. Nach Art. 6 und 8 des niederländischen Wertpapiergesetzes war es jedermann grundsätzlich verboten, bei Wertpapiertransaktionen als Vermittler tätig zu werden – es sei denn es lag eine Genehmigung vor. Im Herbst 1991 erteilte der niederländische Finanzminister der A. eine solche Befreiung vom Wertpapiervermittlungsverbot. Der A. wurde jedoch untersagt, mit potentiellen Kunden – insbesondere auch aus anderen Mitgliedstaaten - telefonisch oder persönlich in Verbindung zu treten, außer wenn diese ihr zuvor ausdrücklich schriftlich mitgeteilt hatten, dass sie ihr eine solche Kontaktaufnahme gestatteten (Verbot des so genannten „cold calling“). Die A. ist der Ansicht, dass das Verbot des grenzüberschreitenden „cold calling“ eine Verletzung ihrer Dienstleistungsfreiheit ist. Sie erhebt Klage beim zuständigen Gericht, das dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren die Frage vorlegt:

„Ist Artikel 49 EG-Vertrag dahin auszulegen, daß er auch auf Dienstleistungen anzuwenden ist, die der Leistungserbringer von dem Mitgliedstaat aus, in dem er ansässig ist, (potentiellen) Auftraggebern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, telefonisch anbietet und anschließend auch von dem erstgenannten Mitgliedstaat aus erbringt?“

<sup>17</sup> Diese Tenorierung erfolgt in Anlehnung an EuGH, Rs. C-388/01 („Dogenpalast“), Slg. 2003, I-721. In der Entscheidung, das dem Szenario zugrunde liegt, tenoriert der EuGH nur eine Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots (nunmehr Art. 12 EG).

<sup>18</sup> Die Schilderung des Sachverhalts und der rechtlichen Erörterungen erfolgt in Anlehnung an EuGH, [Rs. C-384/93](#) (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141; Alle Textzitate wurden zum besseren Verständnis an die Nummerierung der aktuellen Fassung des EG-Vertrages angepasst.

## I. Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) – „R“

Der Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit könnte eröffnet sein, weil A. daran gehindert wird, telefonisch potentiellen Kunden im EU-Ausland Warentermingeschäfte anzubieten.

### Artikel 49 EG

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

### Artikel 50 EG

Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

Zu prüfen ist, ob der sachliche Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist.

### 1. Entgeltlichkeit und Nichtanwendbarkeit anderer Grundfreiheiten

Bei den telefonischen Beratungsdienstleistungen müsste es sich zunächst um solche Leistungen handeln, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Sie dürften nicht dem freien Waren- und Kapitalverkehr und der Freizügigkeit der Personen unterliegen. Der Gerichtshof bejaht dieses unproblematisch:

- „Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen sind demnach allein im Hinblick auf die Vorschriften des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr zu untersuchen. In soweit steht fest, daß die von der Alpine Investments BV erbrachten Leistungen tatsächlich Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 EG-Vertrag sind, da sie gegen Entgelt durchgeführt werden.“ (Rn. 15).

### 2. Feststehen des Dienstleistungsempfängers als ungeschriebene Voraussetzung?

Im Weiteren dürfte der Umstand, dass es sich bei den Beratungsdienstleistungen um bloße Angebote in einem telefonischen *Erstkontakt* handelt, nicht Art. 49 EG entgegenstehen. Zu überlegen ist also, ob die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit als ungeschriebene Voraussetzung einen feststehenden Empfänger erfordert. Dieses verneint der Gerichtshof:

- „In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der freie Dienstleistungsverkehr illusorisch würde, wenn nationale Regelungen das Anbieten von Dienstleistungen nach Belieben behindern könnten. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr kann demnach nicht von der vorherigen Existenz eines bestimmten Empfängers abhängig gemacht werden.“ (Rn. 19)

### 3. Grenzüberschreitung des Dienstleisters als ungeschriebene Voraussetzung?

Die besondere Fragestellung des Falles besteht darin, ob Art. 49 grenzüberschreitende Dienstleistungen erfasst, die ein Dienstleister *ohne eigenen Ortswechsel* in anderen Mitgliedsstaaten erbringt. Die A. will sich auf ihre Dienstleistungsfreiheit berufen, obwohl sie selbst in den Niederlanden verbleibt und nur ihre telefonischen Angebote die Grenze überschreiten.

#### a) Wortlautauslegung

Der EuGH schließt sich der Wortlautauslegung des Art. 49 EG durch den Generalanwalt<sup>19</sup>

- „Ein grenzüberschreitendes Element liegt vor, wenn der Erbringer und der Empfänger der Dienstleistungen in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind. Ist dies der Fall, findet Artikel 49 unabhängig davon Anwendung, in welchem Mitgliedstaat die Dienstleistungen erbracht werden. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut des Artikels 49 gestützt, dessen Absatz 1 die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs "für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind", vorsieht.“

an, dass alleine die Grenzüberschreitung der Dienstleistung entscheidend ist:

- „Im vorliegenden Fall werden die Dienstleistungsangebote von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Leistungserbringer an einen Empfänger gerichtet, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Es ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Artikels 49, daß es sich aus diesem Grund um eine Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift handelt.“ (Rn. 21)

#### b) Teleologische Auslegung

Sie führt nach Generalanwalt Jacobs zum gleichen Auslegungsergebnis:

- „Da das Ziel des Artikels 49 die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft ist, setzt seine Anwendung das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements voraus. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, müssen die betreffenden Leistungen "grenzüberschreitenden Charakter" haben. Artikel 49 findet keine Anwendung, wenn alle Elemente der fraglichen Betätigung nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.“ (Rn. 27)

---

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-384/93, [Schlussanträge GA Jacobs](#) (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141 Rn. 27

### c) Ergebnis

Die Grenzüberschreitung des Dienstleisters ist keine ungeschriebene Voraussetzung des Art. 49 EG. Bereits die Grenzüberschreitung telefonischer Dienstleistungen (oder Angebote dafür) eröffnet den Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.

### III. Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit – „E“

Die Niederlande müsste in die Dienstleistungsfreiheit der A. eingegriffen haben.

#### 1. Eingriff durch den Mitgliedsstaat des Dienstleistungserbringers?

Zunächst fragt sich, ob es ausreicht, dass die Niederlande als Sitzstaat der A. in deren Dienstleistungsfreiheit eingreift. Klassischerweise gehen Eingriffe in Grundfreiheitsfällen von den *Aufnahmestaaten* aus. Entweder haben jene ein Interesse daran, die Einfuhr von Waren, Dienstleistungen oder Personen als ausländische Konkurrenz fernzuhalten. Oder ihre Rechtssysteme beinhalten Rechtsvorschriften, die (ohne eine beschränkende Intention die) gleiche Wirkung zeitigen. Der Gerichtshof hält es in einer ziel- und zweckgerichteten Betrachtung (teleologische Auslegung) für unerheblich, ob die Beschränkung vom Heimat- oder Aufnahmestaat ausgeht:

- „Artikel 49 Absatz 1 EG-Vertrag verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft allgemein. Folglich betrifft diese Vorschrift nicht nur vom Staat des Leistungsempfängers, sondern auch vom Staat des Leistungserbringers auferlegte Beschränkungen. Wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, kann sich ein Unternehmen gegenüber dem Staat, in dem es seinen Sitz hat, auf den freien Dienstleistungsverkehr berufen, sofern die Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig sind (...).“<sup>20</sup> (Rn. 30)

Demnach können auch die Niederlande in die Dienstleistungsfreiheit der A eingreifen.

#### 2. Die Dienstleistungsfreiheit als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Gegen einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der A. könnte sprechen, dass das niederländische Verbot des „cold calling“ keine Diskriminierung beinhaltet. Diskriminierungen beinhalten eine Schlechterstellung von Ausländern gegenüber Inländern. Für die Dienstleistungserbringer gilt das Verbot unterschiedslos. Niederländischen wie auch Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten („jedermann“) ist es untersagt, von den Niederlanden aus Warentermingeschäfte telefonisch in anderen Mitgliedsstaaten anzubieten. Unterschiedslos gilt das

---

<sup>20</sup> Der Gerichtshof verweist auf seine Urteile: EuGH, [Rs. C-18/93](#) (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783, Rn. 30; EuGH, [Rs. C-379/92](#) (Peralta), Slg. 1994, I-3453, Rn. 40, EuGH, [Rs. C-381/93](#) (Kommission/Frankreich), Slg. 1994, I-5145, Rn. 14.

Verbot des „cold calling“ auch für die Dienstleistungsempfänger. Es betrifft die potentiellen Kunden der A. sowohl innerhalb als auch außerhalb der Niederlande.

Der Gerichtshof versteht die Grundfreiheiten nicht (mehr) als bloße Diskriminierungsverbote. Es zeigte sich nämlich, dass auch nicht zwischen In- und Ausländern differenzierende Maßnahmen den Verkehr im Binnenmarkt erheblich erschweren können. Man denke beispielsweise an bestimmte allgemeingültige Berufszulassungsvoraussetzungen.<sup>21</sup> Faktisch können sie auf die Anwärter aus dem eigenen Mitgliedsstaat zugeschnitten sein, ohne eine Diskriminierung zu bezwecken. Der Gerichtshof hat die Grundfreiheiten daher zu so genannten Beschränkungsverboten ausgeweitet.<sup>22</sup> Beschränkungsverbote erfassen auch unterschiedslos auf In- und Ausländer zur Anwendung kommende Rechtsvorschriften.<sup>23</sup> Das Verbot des „cold calling“ hält der Gerichtshof für eine Beschränkung, die in die Dienstleistungsfreiheit der A. eingreift.

- „Ein solches Verbot nimmt den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern jedoch ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten. Es kann deshalb eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen.“ (Rn. 28)

#### IV. Rechtfertigung – „R“

Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der A. könnte gerechtfertigt sein.

##### 1. Spezielle Rechtfertigungsgründe

Zum einen folgen spezielle normative Rechtfertigungsgründe aus Art. 55, 46 EG. Zum anderen ergeben sich immanente<sup>24</sup> Rechtfertigungsgründe aus der als „Cassis de Dijon“ bekannt gewordenen Rechtssache. Letztere betrifft im engeren Sinne zwar nur die Warenverkehrsfreiheit, kann jedoch sinngemäß auf die Dienstleistungsfreiheit angewandt werden.<sup>25</sup>

##### a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 55, 46 EG)

###### Artikel 55 EG [Anwendung von Vorschriften des Niederlassungsrechts]

Die Bestimmungen der Artikel 45 bis 48 finden auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet Anwendung.

<sup>21</sup> vgl. etwa EuGH, [Rs. C-58/98](#) (Corsten), Slg. 2000, I-7919, Rn. 34 ff.

<sup>22</sup> EuGH, [Rs. 8/74](#) (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5; EuGH, [Rs. 33/74](#) (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, 1309 ff. (Rn. 10/12); EuGH, [Rs. C-55/94](#) (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; EuGH, [Rs. C-190/98](#) (Graf/Filzmoser), Slg. 2000, I-493, Rn. 18.

<sup>23</sup> R. Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, § 12, Rn. 797 f.

<sup>24</sup> R. Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, § 12, Rn. 827 f.

<sup>25</sup> W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 1000, Rn. 2661; vgl. auch EuGH, [Rs. 33/74](#) (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, 1309 ff. (Rn. 10/12)



**Artikel 46 EG [Vorschriften betreffend die öffentliche Ordnung; Koordinierungsrichtlinien]**

(1) Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

(2) Der Rat erläßt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 Richtlinien für die Koordinierung der genannten Vorschriften.

Zur Rechtfertigung des niederländischen „cold calling“-Verbotes sind keine normativen Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Vor allem wäre nicht nachvollziehbar, warum aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit die Niederlande ihren Warenterminhändlern die telefonische Kontaktaufnahme in das Ausland verwehren sollte.

**b) Immanente Rechtfertigungsgründe**

Das Verbot des „cold calling“ in das EU-Ausland könnte jedoch immanent gerechtfertigt sein: Im Zusammenhang mit der engen Auslegung des Art. 46 EG, der zudem nur eine geringe Anzahl von Rechtfertigungsgründen berücksichtigt, zeigten sich im Laufe der Zeit andere legitime Regelungsziele der Mitgliedstaaten.

„Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“<sup>26</sup>

Der Gerichtshof zieht eine Rechtfertigung mit Blick auf die **Lauterkeit des Handelsverkehrs** und den **Verbraucherschutz** in Betracht

- „Die niederländische Regierung trägt vor, daß das Verbot des "cold calling" im außerbörslichen Warenterminhandel zum einen den Ruf der niederländischen Finanzmärkte und zum anderen die Kapitalanleger schützen solle. (Rn. 41)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Finanzmärkte eine bedeutende Rolle bei der Kapitalbeschaffung für die Wirtschaftsteilnehmer spielen und daß ihr ordnungsgemäßes Funktionieren angesichts der spekulativen Natur und der Komplexität der Warenterminverträge weitgehend von dem Vertrauen abhängt, das sie bei den Kapitalanlegern genießen. Dieses Vertrauen hängt insbesondere davon ab, daß Berufsregelungen bestehen, die die Sachkunde und Zuverlässigkeit der Finanzvermittler, auf die die Kapitalanleger in besonderem Maß angewiesen sind, gewährleisten sollen.

Sodann trifft es zwar zu, daß der Schutz der Verbraucher im Gebiet der anderen Mitgliedstaaten an sich nicht den niederländischen Behörden obliegt; doch ändert dies nichts daran, daß sich Art und Umfang des Verbraucherschutzes unmittelbar auf den guten Ruf der niederländischen Finanzdienstleistungen auswirken.“ (Rn. 41-43)

und bejaht sie als immanente Rechtfertigungsgründe:

<sup>26</sup> EuGH, [Rs. 120/78](#) („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 662, Rn. 8.

- „Die Aufrechterhaltung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors kann daher einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der Beschränkungen des freien Verkehrs von Finanzdienstleistungen rechtfertigt.“ (Rn. 44)

Darüber hinaus müsste das niederländische „cold calling“-Verbot zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der A. verhältnismäßig sein.<sup>27</sup>

## 2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als Rechtfertigungsschranke zu verstehen. Es bietet sich das folgende Prüfungsschema an:

Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)	Die nationale Maßnahme muss zum Schutz eines Rechtfertigungsrechtsguts erfolgen, das normativ („geschrieben“) oder immanent („ungeschrieben“) konturiert ist.
Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um Schutz des Rechtsguts, das Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck
Erforderlichkeit	Negativ/Positiv: Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist. Der EuGH legt in seiner Rechtsprechung den Schwerpunkt vor allem auf die Prüfung der Erforderlichkeit. <sup>28</sup>
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Schwere des Eingriffs in die Grundfreiheit darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundfreiheitseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen

### a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)

Soweit die Niederlande mit dem Verbot des „cold calling“ den guten Ruf ihres Finanzsektors und Warenterminkunden als Verbraucher schützen wollen, verfolgen diese Maßnahmen legitime Zwecke.

<sup>27</sup> EuGH, [Rs. C-384/93](#) (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141 Rn. 45.

<sup>28</sup> W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 198, Rn. 523 m.w.N.

**b) Geeignetheit**

Dass das Verbot des „cold calling“ zur Verbesserung des Verbraucherschutzes geeignet ist, scheint der Gerichtshof zu implizieren. Eine Prüfung lässt er aus. Der Generalanwalt führt in seinen Schlussanträgen zumindest aus:

- „Vom Standpunkt des potentiellen Kunden aus gesehen, bietet das Verbot des "cold calling" zwei zusätzliche Sicherungen. Da der Leistungserbringer verpflichtet ist, sich schriftlich an potentielle Kunden zu wenden, erläutert er die Art der von ihm angebotenen Dienstleistungen wahrscheinlich ausführlicher und klarer. Auch hat der potentielle Kunde mehr Zeit, um über die gelieferten Informationen nachzudenken, und braucht keine schnelle Entscheidung zu einem Zeitpunkt zu treffen, zu dem er darauf nicht vorbereitet ist, wie dies der Fall wäre, wenn er am Telefon antworten müsste.“ (Rn. 87)

Die Maßnahme des Verbotes ist zur Erreichung des verbraucherschützenden Zwecks tauglich.

**c) Erforderlichkeit**

Der Gerichtshof setzt sich eingehend mit Alternativvorschlägen der A. als Maßnahmen auseinander, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend sind (Erforderlichkeit).

**aa) Ausreichende Kontrollen im Aufnahmestaat als milderer Mittel?**

Die A. meint, das Verbot des „cold calling“ sei nicht erforderlich, weil sich die Niederlande auf die Kontrolle der Warenerterminhandels in dem Mitgliedsstaaten ihrer Kunden verlassen müssten. Dieser Alternative spricht der Gerichtshof die gleiche Eignung ab:

- „Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Denn der Mitgliedstaat, von dem aus der Telefonanruf vorgenommen wird, ist am ehesten in der Lage, das "cold calling" zu regeln. Selbst wenn der Staat des Leistungsempfängers das "cold calling" untersagen oder es an bestimmte Voraussetzungen knüpfen will, ist er nicht in der Lage, Telefonanrufe aus einem anderen Mitgliedstaat ohne die Mitwirkung der zuständigen Behörden dieses Staates zu verhindern oder zu kontrollieren.“ (Rn. 48)

**bb) Aufzeichnung von Telefonaten als milderer Mittel?**

Die A. wendet ferner ein, dass es zum wirksamen Schutz der Verbraucher ausreichen müsste, wenn unaufgefordert vorgenommene Telefonanrufe aufgezeichnet werden müssten. Derartige Regelungen gebe es etwa in Großbritannien. Sehr formal gerät hier die abweisende Argumentation des Gerichtshofes, dass im Rahmen der Erforderlichkeit nicht auf die weniger strengen Vorschriften anderer Mitgliedsstaaten abgestellt werden dürfe.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> EuGH, [Rs. C-384/93](#) (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141, Rn. 51.

Vielmehr könnte man argumentieren, dass die Anrufaufzeichnung den Kunden hauptsächlich bei ihrer Beweisführung zu Beratungsfehlern helfen würde. Die Anrufaufzeichnung gäbe ihnen aber kein Mehr an Überlegungszeit, um telefonische Erstangebote zu Warentermingeschäften noch einmal in Ruhe zu überdenken.

### **cc) Bedingtes Verbot als milderer Mittel?**

Schließlich macht die A. geltend, dass ein allgemeines Verbot nicht die erwiesene Zuverlässigkeit einzelner Unternehmen berücksichtige. Zumindest könnten Unternehmen von dem Verbot ausgenommen werden, deren Verhalten niemals zu Beschwerden von Verbrauchern Anlass gegeben habe. Der Gerichtshof wendet hiergegen ein:

- „Auch dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Würde man das "cold calling" nur bestimmten Unternehmen wegen ihres Verhaltens in der Vergangenheit verbieten, so könnte dies zur Erreichung des Ziels, das Vertrauen der Kapitalanleger in den nationalen Wertpapiermarkt im allgemeinen wiederherzustellen und zu erhalten, nicht ausreichen.“ (Rn. 53)

### **dd) Ergebnis**

Es gibt keine Maßnahme, die zur Erreichung des Verbraucherschutzziels weniger in die Dienstleistungsfreiheit des A. eingreift und dabei genauso geeignet ist.

### **d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**

Am Ende fragt sich, ob der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit der A. in seiner Intensität außer Verhältnis zur angestrebten Verbesserung des Verbraucherschutzes steht. Die Förderung des Verbraucherschutzes durch das Verbot bewertet der Generalanwalt positiv,

- „(..) Es wurde eingeführt, um mißbräuchlichen Praktiken zu begegnen, aufgrund deren Kapitalanleger finanzielle Verluste erlitten hatten; es war im Hinblick auf das Ziel, Kapitalanleger auf Märkten zu schützen, auf denen sie besonders verletzbar sind, eine angemessene Antwort (..)“ (Rn. 91)

wobei der Gerichtshof die Eingriffsintensität des Verbots für begrenzt hält:

- „Jedenfalls hat die in Rede stehende Regelung eine begrenzte Tragweite. Zunächst verbietet sie nur die telefonische oder persönliche Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden ohne deren vorherige schriftliche Zustimmung, so daß die anderen Methoden der Kontaktaufnahme zulässig bleiben. Sodann betrifft diese Maßnahme die Beziehungen zu potentiellen Kunden, nicht aber zu den Personen, die bereits Kunden sind; diese haben weiterhin die Möglichkeit, neuen Kontakten schriftlich zuzustimmen. Schließlich ist das Verbot nicht erbetener Telefonanrufe auf den Markt beschränkt, auf dem Mißbräuche festgestellt worden sind, im vorliegenden Fall auf den Markt für Warenterminverträge.“ (Rn. 54)

Damit stehen Eingriffsschwere und die Qualität der Verbraucherschutzförderung in einem angemessenen Verhältnis zueinander.

## V. Ergebnis

Der EuGH urteilt:

„1. Artikel 49 EG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß er Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer potentiellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist.

2. Eine Regelung eines Mitgliedstaats, wonach in diesem ansässige Dienstleistungserbringer in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potentiellen Kunden nicht unaufgefordert telefonisch ihre Dienstleistungen anbieten dürfen, stellt eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Artikels 49 EG-Vertrag dar.

3. Artikel 49 EG-Vertrag steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die es zum Schutz des Vertrauens der Kapitalanleger in die nationalen Finanzmärkte untersagt, in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potentiellen Kunden unaufgefordert telefonisch Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen in Warenterminverträgen anzubieten.“