

**Schriften zum Europäischen Recht**

---

**Band 95**

**Die Bedeutung  
der „Keck“-Rechtsprechung  
im System der Grundfreiheiten**

**Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten**

**Von**

**Sonja Feiden**



**Duncker & Humblot · Berlin**

SONJA FEIDEN

Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung  
im System der Grundfreiheiten

Schriften zum Europäischen Recht  
Herausgegeben von  
**Siegfried Magiera und Detlef Merten**

Band 95

# Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten

Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten

Von

Sonja Feiden



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Bonn  
hat diese Arbeit im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-6305  
ISBN 3-428-10961-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Als ich 1996 mit den ersten Überlegungen zu dieser Arbeit begann, hätte ich nicht gedacht, daß sie erst zehn Jahre nach dem Urteil des EuGH in der Sache „Keck und Mithouard“, das den Anstoß für die Untersuchung gab, erscheinen würde. Ein Blick in die aktuelle Literatur zu den Grundfreiheiten zeigt jedoch, daß die Diskussion zwar weniger aufgeregt geworden, aber keineswegs abgeschlossen ist. Ich hoffe deshalb, daß dieses Buch noch immer auf Interesse stößt.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2000 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation eingereicht und im Sommer 2001 angenommen. Sie ist daher im Kern auf dem Stand von Juni 2000. Rechtsprechung des EuGH wurde für die Drucklegung soweit wie möglich bis Ende Februar 2003 nachgetragen, neuere Literatur konnte nur vereinzelt berücksichtigt werden.

Ich möchte mich an erster Stelle sehr herzlich bei meinem Doktorvater, Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, bedanken. Er hat nicht nur die Anregung zu diesem Thema gegeben, sondern überhaupt mein Interesse an internationalen Fragestellungen im allgemeinen sowie am Europarecht im besonderen gefördert, zuerst durch seine Vorlesungen und später während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl.

Prof. Dr. Ulrich Everling gilt mein herzlicher Dank für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders danke ich auch Prof. Dr. Christian Joerges. Er hat mich während meines LL.M.-Studiums und bei zahlreichen späteren Aufenthalten am Europäischen Hochschulinstitut Florenz in vielfältiger Weise unterstützt und meinen (nicht nur europa-) rechtlichen Blickwinkel erweitert.

Dank gebührt außerdem der Friedrich-Ebert-Stiftung sowie dem European Public Law Center für die finanzielle Förderung.

Neben fachlich-intellektueller und finanzieller Förderung war für mich die emotionale und „moralische“ Unterstützung vieler Menschen um mich herum besonders wichtig. Danken möchte ich dafür vor allem Michael Klasen, Karen Weidmann, meinen Eltern und Florian Becker. Meinem Vater danke ich außerdem ganz besonders für die Hilfe beim Korrekturlesen des Manuskripts.



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	1
<i>Erster Teil</i>	
<b>Die Pionierfreiheit: Funktion und Anwendungsbereich des Art. 28 EGV</b>	9
§ 1 Die Vorgeschichte – Kurzer Überblick über die EuGH-Rechtsprechung seit ‚Dassonville‘ und ‚Cassis de Dijon‘	9
I. Die klassische Linie: Dassonville und Cassis de Dijon	10
II. Abweichende Argumentationslinien	11
1. Keine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	12
a) Handel bleibt grundsätzlich möglich; „kein Zusammenhang mit der Einfuhr der Waren“	12
b) „Zu ungewiß und zu mittelbar“	13
c) Preisregelungen	13
2. Rechtfertigung über „soziale und kulturelle Besonderheiten“ – die „Sunday-Trading“-Fälle	14
III. Zusammenfassung	16
§ 2 Die neuere Entwicklung – EuGH-Rechtsprechung seit ‚Keck und Mithouard‘	17
I. Verkaufsmodalitäten: Keck und Mithouard und die Folgeentscheidungen	17
II. Produktbezogene Regelungen	20
III. Sonstige als Beschränkung eingestufte Maßnahmen	22
1. Zulassungserfordernisse	22
2. Monopole	23
3. Gewerblicher Rechtsschutz	24
4. Direkt auf die Einfuhr bezogene Maßnahmen	25
IV. Von Peralta bis Corsica Ferries France: zu ungewiß und zu mittelbar	25
V. Zusammenfassung	26

§ 3	Erklärungsversuche – Die wesentlichen Vorschläge in der Literatur und von seiten der Generalanwälte .....	27
	I. Weit verstandenes Diskriminierungsverbot .....	27
	II. Von „circumstances“ zu „Verkaufsmodalitäten“ .....	29
	1. White .....	29
	2. Mortelmans .....	32
	3. Tesauro .....	33
	4. Befürwortung Keck-Konzept .....	33
	III. Marktzugang und Durchdringung der nationalen Märkte statt Abschottung und Aufsplitterung .....	34
	IV. Spezifische Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels .....	38
	V. Spürbarkeitserfordernis: de minimis non curat lex .....	40
	VI. „Binnenmarktvergleich“ .....	43
	VII. Festhalten am klassischen Konzept; Ausscheiden nur von reinen Inlandsfällen .....	45
§ 4	Analyse und Bewertung der ‚Keck‘-Rechtsprechung – Dogmatischer Hintergrund und übertragbare Prinzipien .....	46
	I. Der Konflikt zwischen Binnenmarktziel und föderaler Kompetenzverteilung als dogmatischer Ausgangspunkt .....	46
	II. Kriterien zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs .....	52
	1. Spezifische Belastung der Grenzüberschreitung ergibt sich aus der Natur der Maßnahme .....	52
	2. Der Test: EG-weite Regelung gleichen Inhalts/Regelungsunterschiede .....	53
	a) Vorbemerkung .....	53
	b) Die Testfrage .....	54
	c) Zwei Beispiele zur Verdeutlichung .....	57
	d) Verhältnis zum Begriffspaar der Keck-Entscheidung – und ein wichtiges Charakteristikum .....	58
	3. Gegenkontrollen .....	59
	a) Faktische Diskriminierung? .....	60
	b) Marktzugang darf nicht versperrt werden .....	61
	4. Ein Prüfungsschema .....	65
	5. Einordnung dieses Konzepts – und ein vorgezogenes „Fazit“ .....	65

Inhaltsverzeichnis	XI
III. Anwendung des Tests auf einige (weniger problematische) Fallgruppen ....	73
1. „Typische“ Verkaufsmodalitäten .....	73
2. Preisregelungen .....	74
3. „Zu ungewiß und zu mittelbar“ – Fälle .....	75
4. Verkaufsmodalitäten-Regelungen, die an Produktmerkmale anknüpfen	76
5. Produktbezogene Regelungen .....	76
6. Verkaufs- und Nutzungsverbote .....	76
§ 5 Kritische Fallgruppen – Werbung und Monopole als „Gretchenfragen“ .....	77
I. Werbung und Absatzförderung .....	77
1. Einordnung und Beurteilung im Rahmen des hier entwickelten Systems	78
a) Produktbezogene Herstellerwerbung .....	79
b) Werbung des Händlers .....	83
aa) Nur innerstaatlich tätige Händler .....	83
bb) Grenzüberschreitend tätige Händler .....	84
c) Anwendung auf kritische Fälle vor Keck .....	87
2. Die Rechtsprechung nach Keck zu Werbung und Absatzmodalitäten – insbesondere: Das Urteil De Agostini und TV-Shop .....	90
a) Die Rechtsprechung des EuGH vor De Agostini und TV-Shop .....	91
aa) Regelungen der Werbung seitens inländischer Wiederverkäufer	91
bb) Der Fall Ortscheit .....	93
cc) Produktbezogene Regelungen .....	95
b) Das Urteil De Agostini und TV-Shop .....	95
aa) Rs. C-34/95, De Agostini .....	96
bb) Rs. C-35/95 und 36/95, TV-Shop .....	99
II. Verkaufsmonopole und ähnliche Regelungen .....	100
1. Einordnung nach dem hier vertretenen Konzept .....	100
a) Besonderheiten für Monopole; Verhältnis von Art. 31 zu Art. 28 EGV .....	100
b) Anwendung des Tests .....	102
aa) Unmittelbare Belastung der Grenzüberschreitung; Offene Diskriminierungen .....	102
bb) EG-weit-Test .....	104
cc) Faktische Benachteiligung eingeführter Waren .....	105
dd) Erhebliche Behinderung des Marktzugangs .....	105

2. Überprüfung einzelner Fälle aus der Rechtsprechung des EuGH anhand dieser Kriterien .....	105
a) Einfuhr- und Vertriebsmonopole .....	106
b) Einzelhandelsmonopole .....	107
aa) Franzén (Alkoholmonopol) .....	107
bb) Banchemo (Tabakmonopol) .....	109
c) Beschränkung des Verkaufs auf bestimmte Berufsgruppen oder Geschäftstypen .....	111
aa) Apothekenvorbehalte und andere spezialisierte Geschäfte .....	111
(1) Babymilch .....	111
(2) Delattre, Monteil und Samanni; LPO, Quietlynn .....	113
bb) TK-Heimdienst .....	114
d) Lagerung und Transport .....	116
aa) Ligur Carni (Beförderung von Frischfleisch) .....	116
bb) Rinderbesamungsstationen .....	117
3. Abschließende Betrachtung .....	120

### *Zweiter Teil*

## **Die anderen Grundfreiheiten: Gemeinsamkeiten und Unterschiede** 121

§ 6 Die Dienstleistungsfreiheit – Ein einheitliches Konzept für die Produktfreiheiten?	121
I. Systematische Einordnung der Dienstleistungsfreiheit .....	122
1. Verständnis des Art. 49 EGV .....	122
2. Übertragbarkeit der Überlegungen zur Warenverkehrsfreiheit auf die Dienstleistungsfreiheit .....	125
II. Anwendung des entwickelten Prüfungsschemas .....	126
1. Grundsätzliche Formulierung für die Dienstleistungsfreiheit .....	126
a) Direktes Anknüpfen an Grenzüberschreitung .....	126
b) Formelle (offene) und versteckte Diskriminierungen .....	127
c) EG-weit-Test/Regelungsunterschiede .....	131
d) Gegenkontrollen .....	133
2. Fallgruppen .....	133
a) Leistungserbringer betreffende Regelungen .....	133
aa) Qualifikation .....	133

bb) Finanzielle Garantien, Zulassungserfordernisse, Doppelkontrollen u.ä. ....	133
cc) Niederlassungs- und Anwesenheitserfordernisse .....	134
dd) Sozialrechtliche Anforderungen .....	137
ee) „Begleitrechte“ .....	138
ff) Sonderfall – Unzulässigkeit der Dienstleistung überhaupt .....	138
b) Leistungs(erbringungs)bezogene Regelungen .....	139
aa) Leistungsinhalt und „Leistungsmodalitäten“ .....	139
(1) Auf den Leistungsinhalt bezogene Regelungen .....	139
(2) „Leistungsmodalitäten“ .....	144
(3) Zwischenfazit: Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung .....	146
(4) „Weit überwiegender Auslandsbezug“ .....	148
(5) Prüfungsmaßstab .....	149
bb) Besondere Fallgruppen .....	150
(1) Fernsehen – Demonstrationsfälle für den maßgeblichen grenzüberschreitenden Bezug .....	150
(a) Die unterschiedlichen Leistungsbeziehungen .....	150
(b) Grenzüberschreitende Leistung des nur inländisch tätigen Kabelanbieters? .....	152
(c) Grenzüberschreitend tätiger Kabel- bzw. Satellitenbetreiber .....	156
(d) Leistung des Senders für den Werbetreibenden .....	156
(e) Abschließende Bewertung .....	159
(2) Werbung .....	159
(3) Arbeitsrecht .....	161
c) Empfängerbezogene Vorschriften; Nachfragerfreiheit .....	163
aa) Regelungen des Sitzlands .....	163
bb) Regelungen des Gastlands (Sitzland des Leistenden) .....	166
cc) „Fremdenführer“-Konstellationen .....	168
d) Dienstleistungsmonopole .....	169
aa) Unmittelbare Beschränkung der monopolisierten Leistung .....	169
bb) Mittelbare Beschränkung anderer Leistungen .....	176
III. Fazit: Strukturelle Unterschiede, aber doch ein einheitliches Konzept .....	177

§ 7 Niederlassungsfreiheit und Freizügigkeit der Arbeitnehmer – abweichende Wertungen bei den Personenverkehrsfreiheiten? .....	179
I. Die Niederlassungsfreiheit .....	179
1. Die Funktion der Niederlassungsfreiheit .....	180
2. Spezifische Belastung der Grenzüberschreitung .....	181
a) Spezifische Belastung der Grenzüberschreitung aufgrund der Natur der Maßnahme .....	183
aa) Offene Diskriminierungen .....	183
bb) Direktes Anknüpfen an die Grenzüberschreitung; Zuzugs- und Wegzugsregelungen .....	188
b) Andere Beschränkungen: EG-weit-Test und Gegenkontrollen .....	191
aa) Anforderungen des Berufs- und Gewerberechts .....	192
(1) Objektive Zulassungs- und Ausübungsbeschränkungen .....	192
(2) Subjektive Zulassungs- und Ausübungsbeschränkungen .....	194
(a) Qualifikation .....	194
(b) Genehmigungen, Kontrollen etc. ....	197
(c) Zulassungserfordernisse .....	198
bb) Ausübungsregelungen .....	198
(1) Produktions- und Vertriebsregelungen .....	199
(a) EG-weit-Test .....	199
(b) Keine Kombination mit Art. 28 EGV .....	200
(c) „Glaubhaftmachung“ des „Systemfalls“ .....	201
(d) Kontrollüberlegung: Begründung der Anwendung des Art. 43 EGV durch die Behinderung des Marktzutritts ..	201
(e) Rechtfertigung .....	203
(f) Bedeutung dieser Einordnung .....	203
(g) Eingrenzungen .....	204
(3) Sonstige ausübungsbezogene Regelungen .....	206
cc) „Mittelbare“ Beeinträchtigungen .....	206
3. Fazit: Unterschiedliche Gewichtungen in einem einheitlichen Konzept	207
II. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer .....	209
1. Grundsätzlich gleiche Funktion .....	209

2. Abweichende Schwerpunktsetzung in der Praxis: Teilhabe statt Befreiung .....	211
3. Andere Beschränkungen .....	215
a) Zuzug, Wegzug und Aufenthalt: direktes Anknüpfen an die Grenzüberschreitung .....	216
b) Regelungen der Berufstätigkeit .....	218
aa) Offene Diskriminierung .....	218
bb) EG-weit-Test .....	221
(1) Ausbildung, Diplome .....	222
(2) Doppelregelungen .....	223
(3) Sonstige Fälle .....	223
cc) Faktische Diskriminierung .....	225
dd) Erhebliche Zugangsbehinderung? .....	226
4. Fazit .....	227
§ 8 Die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit – Welche Maßstäbe gelten für die „Fünfte Freiheit“? .....	228
I. Funktion und Struktur der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit .....	228
II. Fallgruppen .....	230
1. Unmittelbar an die Grenzüberschreitung anknüpfende Regelungen .....	231
2. Offene (vor allem „mittelbare“) Diskriminierungen .....	232
3. EG-weit-Test? .....	237
a) „Reine“ Kapitalbewegungen .....	240
aa) Behinderungen des Anlegers .....	240
bb) Behinderungen des Anbieters von Anlageformen .....	242
b) Zahlungen .....	243
c) Andere Mischformen .....	244
4. Faktische Diskriminierungen und extreme Zugangsbehinderungen? .....	246
5. Rechtfertigung .....	246
III. Fazit .....	247
<i>Dritter Teil</i>	
<b>Zusammenfassung und Abrundung: Die Konvergenz der Grundfreiheiten</b>	
	248
§ 9 Zusammenführung der Ergebnisse – Ein System der Grundfreiheiten .....	249
I. Hintergründe und Aufbau des eigenen Konzepts .....	249

II. Die Bedeutung der Keck-Rechtsprechung .....	252
III. Die Konvergenz der Grundfreiheiten .....	256
§ 10 Abrundungen – Einige Anmerkungen zu den vernachlässigten Exportfreiheiten und zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen .....	258
I. Die Exportfreiheiten .....	258
II. Die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen .....	263
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>267</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>282</b>

## Abkürzungsverzeichnis

AA	Ars Aequi
a.A.	anderer Ansicht
AtP	Archiv für Presserecht
BB	Der Betriebs-Berater
CDE	Cahiers de droit européen
CMLRev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBLR	European Business Law Review
EFTA	European Free Trade Association
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften / Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fordham Int'	
L.J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GS	Gedächtnisschrift
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JBl	Juristische Blätter

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LebensV	Lebensversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RMC	Revue du Marché Commun de l'Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rs.	Rechtssache
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
SchadenV	Schadenversicherung
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz)
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht/Revue suisse de droit des affaires
Tz.	Textziffer
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VO	Verordnung
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Einleitung

Mit „*Keck und Mithouard*“<sup>1</sup> erging am 24. 11. 1993 eine Entscheidung, die sowohl in der Literatur<sup>2</sup> als auch in der nachfolgenden Rechtsprechung<sup>3</sup> außergewöhnliche Beachtung fand. Nach seinen eigenen Worten hielt es der Europäische Gerichtshof in diesem Urteil für notwendig, seine Rechtsprechung zu Art. 28 EGV<sup>4</sup> zu „überprüfen und klarzustellen“<sup>5</sup>; „entgegen der bisherigen Rechtsprechung“<sup>6</sup> führte er für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 28 EGV die Differen-

---

<sup>1</sup> EuGH, 24. 11. 1993, *Keck und Mithouard*, Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, im Text meist verkürzt „*Keck*“ genannt.

<sup>2</sup> Vgl. nur die Auflistung in „Références des notes de doctrine aux arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes“, Januar 2002, Band 2, 109 ff. (die längst nicht alle Arbeiten aufführt).

<sup>3</sup> Z. B. EuGH, 16. 1. 2003, *Kommission/Spanien*, Rs. C-12/00, noch nicht in Slg.; EuGH, 16. 1. 2003, *Kommission/Italien*, Rs. C-14/00, noch nicht in Slg.; EuGH, 22. 1. 2002, *Canal Satélite Digital*, Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607, 653; EuGH, 8. 3. 2001, *Gourmet International Products*, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-1795; EuGH, 13. 1. 2000, *TK-Heimdienst*, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151; EuGH, 3. 6. 1999, *Colim*, Rs. C-33/97, Slg. 1999, I-3175; EuGH, 9. 2. 1999, *van der Laan*, Rs. C-383/97, Slg. 1999, I-731; EuGH, 9. 7. 1997, *De Agostini und TV-Shop*, verb. Rs. C-34/95 bis 36/95, Slg. 1997, I-3843; EuGH, 26. 6. 1997, *Familiapress*, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689; EuGH, 20. 6. 1996, *Semeraro Casa Uno u. a.*, Rs. C-418/93 u. a., Slg. 1996, I-2975; EuGH, 14. 12. 1995, *Banchero*, Rs. C-387/93, Slg. 1995, I-4663; EuGH, 6. 7. 1995, *Mars*, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923; EuGH, 29. 6. 1995, *Kommission/Griechenland („Babymilch“)*, Rs. C-391/92, Slg. 1995, 1621; EuGH, 9. 2. 1995, *Leclerc-Siplec*, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179; EuGH, 2. 6. 1994, *Punto Casa und PPV*, Rs. C-69/93 und 258/93, Slg. 1994, I-2355; EuGH, 15. 12. 1993, *Hünermund u. a.*, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787; im Rahmen des Art. 39 EGV EuGH, 15. 12. 1995, *Bosman*, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921; im Rahmen des Art. 49 EGV EuGH, 10. 5. 1995, *Alpine Investments*, Rs. C-384/93, Slg. 1995, 1141. Siehe dazu auch unten § 2.

<sup>4</sup> Mit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags vom 2. 10. 1997 am 1. 5. 1999 sind die früheren Art. 30 ff. EGV durch die neuen Art. 28 ff. EGV ersetzt worden. Diese Arbeit verwendet durchgehend in allen Bereichen die neuen Artikel, und zwar auch dann, wenn es sich um die inhaltliche Wiedergabe von Stellungnahmen aus der Zeit vor dem Amsterdamer Vertrag handelt. Nur wenn wörtlich zitiert wird und bei der Zitierung von älteren Kommentierungen wird natürlich noch die alte Bezeichnung verwendet.

Entgegen der neuen Praxis des Europäischen Gerichtshofs, vgl. Tätigkeitsbericht Nr. 21/99, Woche vom 6. bis 10. September 1999, 35 f., wird weiterhin die Abkürzung „EGV“ für den EG-Vertrag benutzt, nicht „EG“.

<sup>5</sup> EuGH, 24. 11. 1993, *Keck und Mithouard*, Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131 Rdnr. 14.

<sup>6</sup> EuGH, 24. 11. 1993, *Keck und Mithouard*, Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131 Rdnr. 16.

zierung zwischen produktbezogenen Regelungen und bloßen „Verkaufsmodalitäten“ ein, die seither Gegenstand der Diskussion ist: Während

„Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, daß Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung)“

weiterhin entsprechend der Rechtsprechung seit *Cassis de Dijon*<sup>7</sup> auch bei unterschiedslos für alle Erzeugnisse geltenden Vorschriften als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen nach Art. 28 EGV verboten sind, soweit sie nicht über Art. 30 EGV oder die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt<sup>8</sup> werden können,<sup>9</sup> enthalten die Randnummern 16 und 17 des Urteils die entscheidende Neuerung:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (...<sup>10</sup>) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag.“<sup>11</sup>

Diese Differenzierung des EuGH konnte die zu dieser Zeit schon lange geführte Diskussion<sup>12</sup> über die umfangreiche und zumindest auf den ersten Blick uneinheitliche Rechtsprechung zu Art. 28 EGV nicht beenden. Sie scheint im Gegenteil die Auseinandersetzung noch beflügelt zu haben. Muß jede staatliche Regelung, die möglicherweise Auswirkungen auf Importe hat, an den europarechtlichen Rechtfertigungsgründen gemessen werden oder nicht? Anders formuliert – wieviel Re-

<sup>7</sup> EuGH, 20. 2. 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* („*Cassis de Dijon*“), Rs. 120/78, Slg. 1979, 649.

<sup>8</sup> Zur Terminologie siehe unten Fn. 35.

<sup>9</sup> EuGH, 24. 11. 1993, *Keck und Mithouard*, Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131 Rdnr. 15.

<sup>10</sup> EuGH, 11. 7. 1974, *Dassonville*, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837.

<sup>11</sup> EuGH, 24. 11. 1993, *Keck und Mithouard*, Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131 Rdnr. 16, 17.

<sup>12</sup> Siehe dazu unten erster Teil, § 3.

gelungsautonomie soll den Einzelstaaten verbleiben? Inwieweit kann der Gerichtshof politische Entscheidungen der nationalen Gesetzgeber ersetzen? Zwar scheint deutlich, daß der EuGH Art. 28 EGV auf bestimmte Fallkonstellationen nicht mehr anwenden will.<sup>13</sup> Uneinigkeit besteht jedoch nicht nur darüber, wo genau die Grenze zwischen erfaßten und nicht erfaßten Fallgruppen verlaufen soll, was „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ sind, sondern auch über die teleologische Rechtfertigung einer solchen Unterscheidung; das Meinungsspektrum reicht von kritikloser Zustimmung bis hin zur Ablehnung jeglicher Grenzziehung.<sup>14</sup> Damit sind die Grundlagen des Verständnisses der Warenverkehrsfreiheit angesprochen.

Nachdem die Warenverkehrsfreiheit aber so etwas wie die „Pionierfreiheit“ unter den Grundfreiheiten darstellt,<sup>15</sup> können Antworten auf diese Fragen nicht ohne Folgen für die anderen Freiheiten bleiben. Dabei erfaßt die häufig aufgeworfene Frage, ob der *Keck*-Rechtsprechung über ihre konkrete Aussage zur Freiheit des Warenimports (Art. 28 EGV) hinaus Bedeutung auch für die anderen Freiheiten zukommt bzw. ob sie auf diese übertragbar sei,<sup>16</sup> nur eine Dimension des Zusammenhangs zwischen den Grundfreiheiten und bleibt damit vordergründig. Notwendig ist vielmehr, diese Entwicklung beim Warenverkehr in Bezug zu setzen zu den Abgrenzungen und Differenzierungen, die sich auch zu den übrigen Grundfreiheiten finden lassen. Letztlich geht es damit um die Konzeption des Binnenmarktes, der, gekennzeichnet eben durch die Marktfreiheiten (vgl. Art. 3 Abs. 1 c) EGV), jedenfalls in der tatsächlichen Entwicklung eines der Kernelemente des Gemeinschaftsrechts<sup>17</sup> ausgemacht hat.

<sup>13</sup> Oder, je nach Definition, in manchen Fallkonstellationen nur noch diskriminierende Maßnahmen kontrollieren.

<sup>14</sup> Vgl. unten erster Teil, § 3, insbesondere II. 4. einerseits und VII. andererseits.

<sup>15</sup> So wörtlich *Müller-Graff*, in: *vdGroeben/Thiesing/Ehlermann*, Vorb. zu Art. 30 bis 37 Rdnr. 8, vgl. auch Rdnr. 2, „elementare Basis“; im Anschluß an diesen auch *Classen*, EWS 1995, 97, 98; *Everling*, in: *GS Knobbe-Keuk* (1997), 607, 613 („Vorreiterrolle“); *Kapteyn/VerLoren van Themaat/Gormley*, Introduction to the Law of the European Communities, 588 („starting point“); *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 651 („Herzstück der Grundfreiheiten“ zusammen mit Dienstleistungsfreiheit). Vgl. auch die im Vertrag vorgesehene Ausrichtung anderer Freiheiten auf den freien Warenverkehr hin, z. B. Art. 44 Abs. 2 a), 52 Abs. 2 EGV.

<sup>16</sup> *Eberhartinger*, EWS 1997, 43, 49 ff.; *Everling*, in: *GS Knobbe-Keuk* (1997), 607, 615; *Füßler*, DÖV 1999, 96, 98 (bejahend hinsichtlich des „ob“, es sei jedoch „noch weitgehend ungeklärt, wie die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen auf andere Grundfreiheiten zu übertragen“ sei); *Keßler*, System der Warenverkehrsfreiheit (1997), 261 ff.; *Klinke*, ZGR 1996, 567, 578; *Krebber*, in: *Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1997, 129, 142 ff.; *Ohler*, WM 1996, 1801, 1806; *Remien*, ZfRV 1995, 116, 130 ff.; *Solbach*, Staatliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten (1996), 209 ff.; vgl. auch BGH, NJW 1999, 1398; differenzierender *Roth*, in: *FS Großfeld* (1999), 929, 930 und auch schon in *GS Knobbe-Keuk* (1997), 729, 740 f.; ablehnend *Tesauo*, YEL 15 (1995), 1, 7.

<sup>17</sup> So besonders nachdrücklich die Vertreter einer „Europäischen Wirtschaftsverfassung“, vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145; *Mestmäcker*, *RabelsZ* 58 (1994), 615, 621 ff.; *Mestmäcker*, in: *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz (1984), 15, 29 sowie 86 ff.; *Zuleeg*, in: *FS Everling* (1995), 1717; *Zuleeg*, BB 1994, 581, 586 f.; vgl. auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), 55.