



# Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT  
WÜRZBURG**



**Nico Erlenwein**

## **Die Keck-Formel des EuGH**

Funktion, Voraussetzungen,  
Übertragbarkeit auf andere  
Grundfreiheiten und kompetenzrechtliche Rückwirkungen

**Nr. 3**



# Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
Juristische Fakultät  
Domerschulstraße 16  
97070 Würzburg  
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023  
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651  
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de  
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>  
Alle Rechte vorbehalten.  
Würzburg 2014.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch  
den Publikationsservice der Universität  
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg  
Am Hubland  
D-97074 Würzburg  
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906  
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de  
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>  
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Erlenwein, Nico: Die Keck-Formel des EuGH: Funktion, Voraussetzungen, Übertragbarkeit auf andere Grundfreiheiten und kompetenzrechtliche Rückwirkungen, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 3 (2014).  
URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-104235

NICO ERLLENWEIN\*

# **DIE KECK-FORMEL DES EUGH:**

Funktion, Voraussetzungen, Übertragbarkeit auf andere  
Grundfreiheiten und kompetenzrechtliche  
Rückwirkungen

---

\* Der Autor ist cand. iur. an der Universität Würzburg. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit im Europäischen Wirtschaftsrecht bei Herrn Prof. *Dr. Markus Ludwigs* im Sommersemester 2013 und ist, teilweise überarbeitet, auf dem Stand vom März 2013. Für die Möglichkeit der Publikation sowie für die Betreuung und die wertvollen Hinweise bedankt sich der Autor sehr herzlich bei Herrn Prof. *Dr. Markus Ludwigs*.

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>II</b>
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Überblick über die Rechtsprechung vor Keck</b> .....	<b>2</b>
I. Dassonville .....	2
II. Cassis de Dijon.....	2
III. Eingrenzung der Reichweite des Art. 34 AEUV vor <i>Keck</i> .....	2
<b>B. Die Keck-Rechtsprechung des EuGH</b> .....	<b>3</b>
I. Hintergrund und Urteil .....	3
1. Sachverhalt.....	3
2. Urteil .....	3
II. Funktion der Keck-Formel .....	4
1. Differenzierung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen .....	4
a) Produktbezogene Regelungen .....	4
b) Vertriebsbezogene Regelungen.....	5
2. Hinweise im Keck-Urteil selbst.....	5
a) Häufige Berufung auf Art. 34 AEUV .....	5
b) Marktzugang.....	6
3. Interpretationen in der Literatur.....	6
a) Eingrenzung des Art. 34 AEUV und Entlastung des EuGH .....	6
b) Betonung des Marktzugangs .....	6
4. Der Marktzugang als hinter der Keck-Formel liegendes Kriterium .....	7
III. Voraussetzungen der Keck-Formel.....	7
1. Unterschiedslose Anwendbarkeit .....	7
2. Rechtliche und tatsächliche Gleichbehandlung .....	8
<b>C. 20 Jahre Keck – Folgerechtsprechung und Kritik</b> .....	<b>8</b>
I. Deutscher Apothekerverband .....	8
1. Generalanwältin Stix-Hackl – Betonung des Marktzugangs .....	9
2. Entscheidung des EuGH .....	9
II. Alfa Vita.....	9
1. Generalanwalts Maduro - Plädoyer für eine Modifikation von Keck .....	9
2. Entscheidung des EuGH .....	10
III. Kommission/Italien und Mickelsson/Roos .....	10
1. Generalanwältin Kokott – Plädoyer für die Ausweitung der Keck-Formel .....	10
2. Generalanwalt Bot – Plädoyer für den Marktzugang als einziges Kriterium .....	10
3. Entscheidungen des EuGH .....	11
IV. Bewertung und Interpretation der Urteile und Schlussanträge .....	11
1. Betonung des Marktzugangs.....	11
2. Keine Abschaffung der Keck-Formel.....	12
3. Weiterentwicklung zu einer neuen Formel.....	12
4. Die Stärke der Keck-Formel .....	12
5. ANETT-Urteil als mögliche Zukunft der Keck-Kriterien .....	13

<b>D. Übertragbarkeit der Keck-Formel auf andere Grundfreiheiten.....</b>	<b>13</b>
I. Dienstleistungsfreiheit.....	13
1. EuGH- Rechtsprechung mit Bezug auf Keck.....	14
a) Alpine Investments.....	14
b) Canal Satélite Digital.....	14
c) Omega.....	14
2. Meinungsstand in der Literatur.....	15
a) Befürworter der Übertragbarkeit.....	15
b) Kritiker der Übertragbarkeit.....	15
3. Stellungnahme.....	16
II. Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	16
1. EuGH-Rechtsprechung.....	16
a) Bosman als Marktzutrittsbeeinträchtigung.....	16
b) Graf als Wiederholung von Bosman.....	17
2. Meinungsstand in der Literatur.....	17
a) Befürworter der Übertragbarkeit.....	17
b) Kritiker der Übertragbarkeit.....	18
3. Stellungnahme.....	18
III. Kapitalverkehrsfreiheit.....	19
1. EuGH- Rechtsprechung.....	19
a) Kommission/Spanien.....	19
b) Kommission/Vereinigtes Königreich.....	19
c) Kommission/Portugal.....	19
2. Meinungsstand in der Literatur.....	20
a) Befürworter der Übertragbarkeit.....	20
b) Kritiker der Übertragbarkeit.....	20
3. Stellungnahme.....	21
IV. Niederlassungsfreiheit.....	21
1. Keine EuGH Rechtsprechung mit Bezug auf Keck.....	21
2. Meinungsstand in der Literatur.....	22
a) Befürworter der Übertragbarkeit.....	22
b) Kritiker der Übertragbarkeit.....	22
3. Stellungnahme.....	23
V. Ergebnis für die Übertragung der Keck-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten.....	23
<b>E. Kompetenzrechtliche Rückwirkungen.....</b>	<b>24</b>
I. Reichweite des Art. 114 AEUV.....	24
1. Handelshemmnisse.....	24
a) Gleichklang von Art. 34 und Art. 114 AEUV.....	24
b) Keck als Begrenzung der Harmonisierungskompetenz.....	25
aa) Begrenzung des Tatbestandes des Art. 34 AEUV.....	25
bb) Begrenzung der Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 114 AEUV.....	26
cc) Harmonisierung trotzdem möglich?.....	26
2. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen.....	27
a) Kumulativ oder alternativ?.....	27
b) Einführung eines Spürbarkeitskriteriums für die Handelshemmnisse.....	27
c) Alternatives Vorliegen von Handelshemmnissen oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen.....	28

---

II. Schaffung eines Ausgleichs zwischen Binnenmarktintegration und mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie .....	28
<b>Schlussbetrachtung .....</b>	<b>29</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>31</b>

## EINLEITUNG

„Können wir, die wir dreizehn sind, behaupten, über mehr Weisheit und Intelligenz als alle Regierungen und nationalen Parlamente der Gemeinschaft zu verfügen?“<sup>2</sup>

Diese Frage stellte sich EuGH-Richter René Joliet in seiner Stellungnahme zum Urteil *Keck und Mithouard* aus dem Jahr 1993, an dem er selbst mitgewirkt hatte. Sie verdeutlicht die Schwierigkeiten, denen der EuGH zu dieser Zeit im Bereich des Art. 34 AEUV<sup>3</sup> gegenüberstand: Sollte er sich auch weiterhin zu allerlei nationalen Regelungen äußern, die eigentlich keinen Zusammenhang mit dem Import von Waren aufwiesen, oder sollte er sich teilweise aus diesem Bereich zurückziehen und es mehr den Regierungen und Parlamenten überlassen das europäische Recht zu formen? Mit dem Keck-Urteil entschied er sich für die zweite Alternative und versuchte so Ordnung und Rechtssicherheit in die bis dahin eher ungeordnete Rechtsprechung zu Art. 34 AEUV zu bringen.<sup>4</sup> Im Schrifttum rief diese „Kehrtwende“<sup>5</sup> sehr unterschiedliche Reaktionen hervor. Zum Teil wurde der Umschwung in der Rechtsprechung des EuGH begrüßt<sup>6</sup> und als gelungene Begrenzung<sup>7</sup> des Art. 34 AEUV bezeichnet. Andererseits war man sich unsicher über die Reichweite der Keck-Rechtsprechung.<sup>8</sup> Teilweise wurden die Begründungen im Keck-Urteil aber auch verworfen und als Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung gesehen.<sup>9</sup> Kritiker der Keck-Formel nannten diese eine „werdungsverdeckende Ergebnisformel“, die keine subsumtionsfähigen Kriterien aufweise.<sup>10</sup> Trotz aller Unterschiedlichkeiten, die diese Aussagen aufweisen ist ihnen doch Eines gemeinsam:

Sie verdeutlichen, wie groß die Wirkung der Keck-Formel auf die Rechtslehre und die Diskussion im Schrifttum ist. Eine genaue Analyse der „November-Revolution“<sup>11</sup> ist schon deswegen angezeigt und kann in verschiedenen Hinsichten gewinnbringend sein.

Im Folgenden soll zunächst kurz auf die Vorgeschichte zu Keck eingegangen werden (A.). Danach wird das Keck-Urteil selbst in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt und sowohl Funktion als auch Voraussetzungen näher behandelt (B.). Die Keck-Formel war im Laufe der Jahre einiger Kritik unterworfen und es stellt sich die Frage, ob der EuGH auch heute noch an ihr festhält oder ob er sie weiterentwickelt oder gar aufgegeben hat. Hierauf wird im dritten Abschnitt einzugehen sein

<sup>2</sup> Joliet, GRUR Int. 1994, 979 (984).

<sup>3</sup> In dieser Arbeit werden nur die aktuellen Normen des AEUV verwendet und nicht diejenigen des EGV oder EWGV, es sei denn es handelt sich um wörtliche Zitate.

<sup>4</sup> Joliet, GRUR Int. 1994, 979.

<sup>5</sup> Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 983 und 985.

<sup>6</sup> Remien JZ 1994, 349 (353).

<sup>7</sup> Oliver, CMLR 1999, 783 (793): „proper bounds to the scope of article 28“.

<sup>8</sup> Becker, EuR 1994, 162 (174).

<sup>9</sup> Sack, EWS 1994, 37 (44).

<sup>10</sup> Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 62.

<sup>11</sup> Reich, CMLR 1994, 459.

(C.). Die Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die anderen Grundfreiheiten soll danach Thema des vierten Teils dieser Arbeit sein. (D.) Schließlich befasst sich der fünfte und letzte Abschnitt mit den Auswirkungen der Keck-Formel auf Fragen der Kompetenzabgrenzung. (E.)

## A. Überblick über die Rechtsprechung vor Keck

### I. Dassonville

1974 bestimmte der EuGH im *Dassonville*- Urteil zum ersten Mal die Maßnahme gleicher Wirkung und definierte sie als „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“<sup>12</sup> Art. 34 AEUV, der zuvor ein Diskriminierungsverbot darstellte, wurde so zu einem Beschränkungsverbot ausgeweitet.

### II. Cassis de Dijon

1979 entschied der EuGH in der Rechtssache *Cassis de Dijon*<sup>13</sup> nach der Weite der *Dassonville*-Formel und bejahte einen Eingriff in Art. 34 AEUV. Die in Rede stehende Regelung war auch nicht nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt. Allerdings entwickelte der EuGH in der Entscheidung den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der „zwingenden Erfordernisse“.<sup>14</sup> Grundsätzlich seien die rechtlichen und technischen Regelungen jedes Herkunftslandes und die demzufolge rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Erzeugnisse in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen.<sup>15</sup> Jedoch könnten im Ausnahmefall zwingende Erfordernisse einer solchen Anerkennung entgegenstehen. Somit glich der EuGH die Ausweitung des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung durch die Einführung zusätzlicher Rechtfertigungsmöglichkeiten aus.<sup>16</sup> Der Tatbestand des Art. 34 AEUV blieb jedoch unverändert weit.

### III. Eingrenzung der Reichweite des Art. 34 AEUV vor Keck

In verschiedenen Urteilen versuchte der EuGH bereits vor Keck den durch *Dassonville* extrem weit gewordenen Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit einzuschränken. Die Versuche, sich dabei nicht auf Gründe des Art. 36 AEUV oder auf „zwingende Erfordernisse“ nach *Cassis de Dijon* zu berufen, führten zu teils widersprüchlichen Begründungsansätzen und Unstimmigkeiten.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 - Dassonville.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 8 – Cassis de Dijon.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 14 – Cassis de Dijon; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 69.

<sup>16</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 101.

<sup>17</sup> vgl. EuGH, verb. Rs. C-177/82 und 178/82, Slg. 1984, 1797, Rn. 13 – Van de Haar; EuGH, Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361 – Yves Rocher; GA Tesauro, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 25 – Hünermund; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 73.

Wiederholt berief sich der EuGH dabei auf die Formel, die von der Regelung ausgehenden Wirkungen seien „zu ungewiss und von nur mittelbarer Bedeutung“<sup>18</sup>. Diese Formel wird auch nach dem Keck-Urteil noch verwendet. Generalanwalt Tesauo forderte im Oktober 1993 den EuGH zu „einem klaren und deutlichen Überdenken“<sup>19</sup> seiner Rechtsprechung auf.

## B. Die Keck-Rechtsprechung des EuGH

Das wenig später, am 24. November 1993, gefällte Urteil in der Rechtssache *Keck und Mithouard*<sup>20</sup> kann durchaus als ein solches Überdenken der bisherigen Rechtsprechung angesehen werden. Mit ihm leitete der EuGH eine Kehrtwende<sup>21</sup> in seiner bisher inkohärenten Rechtsprechung ein. Die besondere Wichtigkeit, die der EuGH diesem Urteil selbst beimaß wird daran deutlich, dass er es in Vollbesetzung traf<sup>22</sup> und es bereits zum Zeitpunkt der Verkündung in allen Amtssprachen vorlegte. Zudem zitierte er die Leitentscheidungen *Dassonville* und *Cassis de Dijon*.<sup>23</sup>

### I. Hintergrund und Urteil

#### 1. Sachverhalt

Im Fall *Keck und Mithouard* strebten zwei französische Supermarktbetreiber die Überprüfung eines Verbotes des Verkaufs von Waren zu Verlustpreisen an. Das Straßburger Gericht hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die französische Regelung, die den Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis unter Strafe stellte, mit dem freien Warenverkehr vereinbar sei.

#### 2. Urteil

In seiner Entscheidung schränkte der EuGH den weiten Anwendungsbereich<sup>24</sup> der Warenverkehrsfreiheit zugunsten der Mitgliedstaaten ein. Er führte aus, dass „entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet [ist], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* [...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern die Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie

<sup>18</sup> EuGH, C-Rs. 69/88, Slg. 1990, 583, Rn. 11 – Krantz; EuGH, C-93/92, Slg. 1993, I-5009 – CMC Motorradcenter.

<sup>19</sup> GA Tesauo, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 26 – Hünermund.

<sup>20</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck und Mithouard.

<sup>21</sup> *Joliet*, GRUR Int. 1994, 979, 983 und 985; vgl. *Lüder*, EuZW 1995, 609 (610), der von einem radikalem Umschwung spricht; vgl. *Brigola*, EuZW 2012, 248 (248), „Aufsehen erregende Wende“.

<sup>22</sup> *Reich*, CMLR 1994, 459 (461).

<sup>23</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 Rn. 15f. – Keck und Mithouard.

<sup>24</sup> vgl. dagegen *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 442ff., der Keck als ungeschriebene *Schutzbereichsbegrenzung* bezeichnet, was nicht unproblematisch ist, da zunächst eine Beeinträchtigung geprüft wird und daraufhin eventuell der Schutzbereich nachträglich für nicht eröffnet erklärt wird.

den Absatz der inländischen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“<sup>25</sup> „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.“<sup>26</sup> Diese Voraussetzungen hielt der EuGH im vorliegenden Fall für gegeben. Folglich finde Art. 34 AEUV auf das fragliche Verbot keine Anwendung.<sup>27</sup>

## II. Funktion der Keck-Formel

Hinsichtlich der Funktion der Keck-Formel muss auf verschiedene Aspekte eingegangen werden. Dafür ist es zunächst von Bedeutung die in Keck vorgenommene Differenzierung näher zu betrachten.

### 1. Differenzierung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen

Der EuGH führte mit dem Keck-Urteil die bedeutende und zugleich sehr umstrittene Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen ein.

Er differenzierte in seiner Entscheidung zwischen Regelungen, die die Waren selbst „etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung“<sup>28</sup> bestimmten Anforderungen unterwerfen und solchen, die „bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten“<sup>29</sup>.

#### a) Produktbezogene Regelungen

Erstere, die *produktbezogenen* Regelungen werden weiterhin nach *Dassonville* und *Cassis de Dijon* behandelt: Sie sind ausnahmslos als Maßnahmen gleicher Wirkung einzustufen und verboten, es sei denn, sie können nach Art. 36 AEUV oder durch zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse gerechtfertigt werden.

Bei produktbezogenen Regelungen handelt es sich um Vorschriften, welche die Beschaffenheit von Waren zum Gegenstand haben. Von dieser konkreten Beschaffenheit hängt dann die Erlaubnis zum Marktzugang ab.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

<sup>26</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 17 – Keck und Mithouard.

<sup>27</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 18 – Keck und Mithouard.

<sup>28</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 15 – Keck und Mithouard.

<sup>29</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

<sup>30</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht S. 176f.

Generalanwalt Tesauo hatte nur einige Wochen zuvor in den bereits zitierten Schlussanträgen zur Rechtssache *Hünermund* eine ähnliche Aufzählung von produktbezogenen Regelungen vorgenommen,<sup>31</sup> auf die sich wohl auch der EuGH bei seinen Ausführungen bezog.

## b) Vertriebsbezogene Regelungen

Die *Verkaufsmodalitäten* oder *vertriebsbezogenen* Regelungen sind im Gegensatz zu den produktbezogenen Vorschriften aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV ausgenommen, soweit sie die im Keck-Urteil genannten Voraussetzungen erfüllen. Der Begriff der Verkaufsmodalitäten ist auslegungsbedürftig<sup>32</sup> und wurde vom EuGH in der Entscheidung selbst nicht genauer beschrieben. In der späteren Rechtsprechung wurden darunter zum Beispiel Regelungen über Preise und Gewinnspannen<sup>33</sup>, über Ladenöffnungszeiten<sup>34</sup> und darüber in welcher Art von Geschäften bestimmte Waren verkauft werden dürfen<sup>35</sup>, verstanden. Generalanwalt Tesauo definierte den Begriff in den Schlussanträgen zu *Hünermund* folgendermaßen: „Wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden“<sup>36</sup>.

## 2. Hinweise im Keck-Urteil selbst

Der EuGH selbst geht in seiner Entscheidung auf die Funktion dieser Differenzierung ein.

### a) Häufige Berufung auf Art. 34 AEUV

Zunächst führt der EuGH aus, dass „sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 30 EWG-Vertrag [Art. 34 AEUV] berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist.“<sup>37</sup> Er wollte also eine zu weite Auslegung des Tatbestands des Art. 34 AEUV und einen Missbrauch der Norm verhindern.<sup>38</sup> Auch Generalanwalt Tesauo hatte darauf hingewiesen, dass Art. 34 AEUV oftmals nur dazu genutzt wurde, um sich der Anwendung nationaler Normen zu entziehen.<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> GA Tesauo, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 11 – *Hünermund*.

<sup>32</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 77; *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 655 „ambiguity“.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-63/94, Slg. 1995, I-2467 Rn. 13 – *Belgapom*.

<sup>34</sup> EuGH, verb. Rs. C-69/93 und C-258/93, Slg. 1994, I-2355 Rn. 13 – *Punto Casa*.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-387/93, Slg. 1995, I-4663 Rn. 35 – *Banchero*.

<sup>36</sup> GA Tesauo, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 20 – *Hünermund*.

<sup>37</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 14 – *Keck und Mithouard*.

<sup>38</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 159ff.; *Dausies*, EuZW 1995, 425 (427).

<sup>39</sup> GA Tesauo, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 27 – *Hünermund*.

## b) Marktzugang

Im Anschluss daran geht der EuGH auf die Wirkung einer Maßnahme auf den *Marktzugang* ein. Durch die in Keck vorgenommene Unterscheidung könnten Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV herausgenommen werden, die nicht dazu geeignet sind, den *Marktzugang* für ausländische Produkte zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische.<sup>40</sup> Denn bei nationalen Bestimmungen über „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ bestünde die Gefahr einer solchen Marktzugangsbehinderung gerade nicht.<sup>41</sup>

## 3. Interpretationen in der Literatur

Im Schrifttum finden sich verschiedenen Meinungen hinsichtlich der Funktion der Keck-Formel, wobei auch die Ausführungen des EuGH verschiedentlich diskutiert und bewertet werden.

### a) Eingrenzung des Art. 34 AEUV und Entlastung des EuGH

Auch in der Literatur wurde die Notwendigkeit gesehen, den weiten Tatbestand des Art. 34 AEUV einzuschränken. Bereits auf der Schutzbereichsebene und nicht erst auf Rechtfertigungsebene sollten Regelungen ausgeschieden werden.<sup>42</sup> Darüber hinaus würde der EuGH durch Keck von Arbeit befreit, da es die nationalen Gerichte nun öfter unterlassen würden, ihm Rechtssachen vorzulegen.<sup>43</sup>

### b) Betonung des Marktzugangs

Ein Großteil der Literatur sieht den Schutz des Marktzugangs als Grund für die in Keck vorgenommene Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen.<sup>44</sup> Produktbezogene Regelungen verhinderten, dass ein bestimmtes Produkt überhaupt auf einen nationalen Markt gelange, wenn keine unterschiedlichen Produktserien für den jeweiligen nationalen Markt geschaffen würden. Verkaufsmodalitäten verhinderten dagegen grundsätzlich nicht den Zugang zum Markt, sondern beträfen diejenigen Marktteilnehmer, die bereits Zugang zum jeweiligen Markt bekommen haben.<sup>45</sup> Der Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ sei kein klar umgrenztes positives Kriterium. Vielmehr diene er letztendlich dem Zweck, Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV herauszufiltern, die den Marktzugang nicht beeinflussten.<sup>46</sup> Auch die Keck-Formel trage demnach zu der Rückführung der

---

<sup>40</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 17 – Keck und Mithouard.

<sup>41</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16f. – Keck und Mithouard.

<sup>42</sup> Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 442f. und Rn. 701.

<sup>43</sup> Roth, in: FS Großfeld, 1999, S. 929 (935); vgl. Dausen/Brigola in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.I Rn. 138.

<sup>44</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 842; Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 78 m.w.N.

<sup>45</sup> Kingreen, ZESAR 2004, 102 (104).

<sup>46</sup> Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 28 EG Rn. 244.

Warenverkehrsfreiheit auf ihren Sinngehalt als Marktzugangsrecht bei.<sup>47</sup> Art. 34 AEUV bezwecke es, „Marktzutrittsschranken zu beseitigen und Marktzugangsrechte zu gewähren“<sup>48</sup>.

#### 4. Der Marktzugang als hinter der Keck-Formel liegendes Kriterium

Es liegt auf der Hand, dass der EuGH den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV und die weite *Dassonville*-Formel einschränkt, indem er „bestimmte Verkaufsmodalitäten“<sup>49</sup> aus deren Anwendungsbereich ausnimmt.<sup>50</sup>

Wichtiger ist es jedoch, auf die hinter der Keck-Formel liegende Funktion einzugehen. Die Ansicht, dass die Keck-Formel eine Betonung des Marktzugangskriteriums darstellt, kann überzeugen. Die Unterscheidung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen ist geeignet, die Behinderung des Marktzugangs einer Maßnahme zu verdeutlichen. Produktbezogene Regelungen stellen diejenigen, die Ware in andere Mitgliedstaaten einführen wollen vor die Entscheidung, diese den Vorgaben im Bestimmungsland entsprechend umzugestalten oder aber erst gar nicht auf den dortigen Markt zu bringen.<sup>51</sup> Produktbezogene Regelungen sind also von Natur aus geeignet, den freien Warenverkehr zu behindern und den Marktzugang zu erschweren.<sup>52</sup> Vertriebsbezogene Regelungen hingegen beinhalten nicht notwendig eine solche Behinderung des Marktzugangs. Für solche Verkaufsmodalitäten besteht eine „Unschädlichkeitsvermutung“<sup>53</sup>, wenn sie die Voraussetzungen des Keck-Urteils erfüllen: Sie dürfen weder eine Diskriminierung noch eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung beinhalten.<sup>54</sup>

### III. Voraussetzungen der Keck-Formel

Eben diese Voraussetzungen formuliert der EuGH im Anschluss an die Unterscheidung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen.

#### 1. Unterschiedslose Anwendbarkeit

Erste Voraussetzung ist, dass die Regelungen über Verkaufsmodalitäten unterschiedslos anwendbar sein müssen. Die Bestimmung muss „für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben“.<sup>55</sup> Das bedeutet, dass die betreffende Regelung unterschiedslos für In- und

---

<sup>47</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 844.

<sup>48</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 79.

<sup>49</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

<sup>50</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 839.

<sup>51</sup> *Ludwigs*, Rechtsangleichung, S. 194.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453 Rn. 64 – *British American Tobacco; Herr*, EuZW 2005, 171; *Ludwigs*, Rechtsangleichung, S. 194; vgl. *Jarass*, EuR 1995, 202 (218).

<sup>53</sup> *Feiden*, „Keck“-Rechtsprechung, S. 18.

<sup>54</sup> *Ludwigs*, Rechtsangleichung, S. 194f. und S. 367f.; *Feiden*, „Keck“-Rechtsprechung, S. 18.

<sup>55</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

Ausländer gelten muss, sie also gleiche Geltung für alle hat.<sup>56</sup> Offen diskriminierende Bestimmungen sind weiterhin immer als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen.<sup>57</sup>

## 2. Rechtliche und tatsächliche Gleichbehandlung

Zweite Voraussetzung ist, dass die nationalen Regelungen „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.<sup>58</sup> Diese Voraussetzung ist notwendig, weil eine allgemeingültige nationale Vorschrift tatsächlich unterschiedlich wirken kann.<sup>59</sup> Eingeführte Waren sollen aber auch faktisch nicht schlechter stehen, als im Inland produzierte Waren.<sup>60</sup> Der Begriff der tatsächlichen Ungleichbehandlung ist dabei nicht unproblematisch. Faktisch ist der inländische Anbieter nämlich nahezu immer besser gestellt als der ausländische, weil er sich an die Gegebenheiten im Inland angepasst hat. Bei einer weiten Interpretation dieser tatsächlichen Ungleichbehandlung wäre dann kaum mehr ein Fall von der Keck-Formel erfasst und sie würde leerlaufen.<sup>61</sup> Faktische Diskriminierungen sind also nur dann anzunehmen, wenn der Marktzugang „konkret, erkennbar und nicht nur unerheblich erschwert wird“.<sup>62</sup>

## C. 20 Jahre Keck – Folgerechtsprechung und Kritik

Die Keck-Formel und ihre Voraussetzungen sind im Laufe der Jahre immer wieder Gegenstand teils heftiger Kritik gewesen. Der EuGH hat sie in vielen Urteilen verwendet und teils verschiedene Aspekte betont. Die wichtigsten jüngeren Entscheidungen in der Keck-Geschichte und die dazugehörigen Schlussanträge der Generalanwälte sollen im Folgenden untersucht werden. Dies kann die Tendenz der Rechtsprechung im Bezug auf die Keck-Formel verdeutlichen.

### I. Deutscher Apothekerverband

Bereits in vorausgehenden Urteilen des EuGH zeichnete sich eine Betonung des Marktzugangs ab,<sup>63</sup> doch besondere Beachtung verdient die Rechtssache *Deutscher Apothekerverband*<sup>64</sup> aus dem Jahr

---

<sup>56</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 188; Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 28 EG Rn. 257.

<sup>57</sup> Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 75.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-267 und C-268/93, Slg. 1994, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

<sup>59</sup> Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 28 EG Rn. 258.

<sup>60</sup> Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 28 EG Rn. 259.

<sup>61</sup> Keßler, Warenverkehrsfreiheit, S. 167.

<sup>62</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 195; vgl. Weatherill, CMLR 1996, 885 (898): „direct or substantial hindrance to market access“; vgl. Herdegen, Europarecht, § 15 Rn. 12.

<sup>63</sup> vgl. dazu EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843 Rn. 43 – De Agostini und TV-Shop; EuGH, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 Rn. 29 – TK-Heimdienst; EuGH, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-1795 Rn. 18 – Gourmet International Products.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 – Deutscher Apothekerverband.

2003. Dort nahm der Gerichtshof Bezug auf die Keck-Formel und befasste sich mit deren Tragweite.

### **1. Generalanwältin Stix-Hackl – Betonung des Marktzugangs**

Generalanwältin Stix-Hackl hob die Wirkung der streitigen Regelung auf den Marktzugang hervor. Sie führte aus, dass die beiden Voraussetzungen der Keck-Formel nur Ausprägungen der allgemeinen Voraussetzung, nämlich des Marktzugangs, seien. Dieser sei das oberste und allgemeine Kriterium.<sup>65</sup>

### **2. Entscheidung des EuGH**

Der EuGH stellte in seinem Urteil das Vorliegen der ersten Keck-Voraussetzung fest.<sup>66</sup> Die zweite Voraussetzung verband er mit dem Marktzugang und stellte diesen in den Mittelpunkt seiner Betrachtung.<sup>67</sup> Der EuGH verlagerte sein Augenmerk also auf das Marktzugangshindernis.<sup>68</sup> Hierin lässt sich die Tendenz erkennen, verstärkt auf die marktaufsplitternde Wirkung einer nationalen Maßnahme abzustellen.<sup>69</sup>

## **II. Alfa Vita**

### **1. Generalanwalts Maduro - Plädoyer für eine Modifikation von Keck**

Im März 2006 setzte sich Generalanwalt Maduro in den Schlussanträgen zu der Rechtssache *Alfa Vita*<sup>70</sup> intensiv mit der Keck-Formel auseinander und stellte im Besonderen drei Nachteile dieser Rechtsprechung heraus. Erstens habe sich die in Keck vorgenommene Unterscheidung als Quelle der Unsicherheit erwiesen. Eine klare Zuordnung in die Kategorien produkt- und vertriebsbezogen sei vielfach kaum möglich.<sup>71</sup> Zweitens habe die Keck-Formel entgegen ihrer ursprünglichen Intention nicht zu einer Vereinfachung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs beigetragen, sondern sei in ihrer Umsetzung sehr komplex.<sup>72</sup> Drittens sei eine Übertragung auf die anderen Grundfreiheiten nicht einfach möglich, was zu einem Kohärenz-Problem führe.<sup>73</sup> Im folgenden

---

<sup>65</sup> GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 11. März 2003, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 Rn. 74 – Deutscher Apothekerverband.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 Rn. 71 – Deutscher Apothekerverband.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 Rn. 72 – Deutscher Apothekerverband; *Dausés/Brigola*, in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, C.I Rn. 148.

<sup>68</sup> Ebd.; *Kingreen*, ZESAR 2004, 102 (104).

<sup>69</sup> *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 934; *Steinke*, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung, S. 103.

<sup>70</sup> EuGH, Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 – *Alfa Vita*.

<sup>71</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 31 – *Alfa Vita*.

<sup>72</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 32 – *Alfa Vita*.

<sup>73</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 33 – *Alfa Vita*.

schlug Generalanwalt Maduro vor, die im Ursprung *formell* ausgestaltete Keck-Formel anhand von *materiellen* Kriterien hin zu einem dreiphasigen Test zu überarbeiten.<sup>74</sup> Bei Vorliegen eines von drei Merkmalen solle es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV handeln: Als erstes müsse die Regelung auf jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung überprüft werden,<sup>75</sup> danach auf jede zusätzliche Belastung anlässlich eines Grenzübergangs<sup>76</sup> und schließlich dürfe sie auch den Marktzugang von Produkten aus anderen Mitgliedstaaten nicht stärker behindern als den von inländischen Produkten.<sup>77</sup>

## 2. Entscheidung des EuGH

Der EuGH ging in seinem Urteil nicht auf die Kritik des Generalanwalts ein. Er zitierte sowohl die *Dassonville*- als auch die Keck-Formel<sup>78</sup> und verneinte das Vorliegen von Verkaufsmodalitäten im konkreten Fall.<sup>79</sup> Eine Modifikation, wie sie Generalanwalt Maduro vorgeschlagen hatte, nahm er (zunächst) nicht vor.

## III. Kommission/Italien und Mickelsson/Roos

### 1. Generalanwältin Kokott – Plädoyer für die Ausweitung der Keck-Formel

In den Schlussanträgen zu der Rechtssache *Mickelsson/Roos*<sup>80</sup> schlug Generalanwältin Kokott im Dezember 2006 vor, die Keck-Formel auch auf Nutzungsmodalitäten auszuweiten und diese wie Verkaufsmodalitäten zu behandeln. Sie sollten also bei Vorliegen der in Keck aufgestellten Voraussetzungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV ausgenommen sein,<sup>81</sup> außer sie versperrten den Marktzugang.<sup>82</sup>

### 2. Generalanwalt Bot – Plädoyer für den Marktzugang als einziges Kriterium

Im Juli 2008 kritisierte Generalanwalt Bot die Keck-Formel in den Schlussanträgen zum Verfahren *Kommission/Italien*<sup>83</sup>. Ähnlich wie zuvor Generalanwalt Maduro, sah er die in Keck vorgenommene

---

<sup>74</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 48 – Alfa Vita; vgl. *Brigola*, EuZW 2012, 248 (249).

<sup>75</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 43 – Alfa Vita.

<sup>76</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 44 – Alfa Vita.

<sup>77</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 45 – Alfa Vita mit Bezug auf EuGH, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 Rn. 74 – Deutscher Apothekerverband.

<sup>78</sup> EuGH, Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 15f. – Alfa Vita.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 19 – Alfa Vita.

<sup>80</sup> EuGH, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273 – Mickelsson und Roos.

<sup>81</sup> GA Kokott, Schlussanträge vom 14. Dezember 2006, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273 Rn. 47 – Mickelsson und Roos.

<sup>82</sup> GA Kokott, Schlussanträge vom 14. Dezember 2006, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273 Rn. 66 – Mickelsson und Roos.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 – Kommission/Italien.

Unterscheidung als künstlich und mit Unsicherheiten verbunden an.<sup>84</sup> Er bemängelte zudem die unterschiedliche Behandlung der Grundfreiheiten unter der Keck-Rechtsprechung.<sup>85</sup> Das einzige gemeinsame Kriterium, Beschränkungen aller Freiheiten beurteilen zu können, sei der Marktzugang.<sup>86</sup>

### 3. Entscheidungen des EuGH

In dem Urteil zum Verfahren *Kommission/Italien* zitierte der EuGH zunächst die *Dassonville*-Formel, die *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung und die Keck-Formel.<sup>87</sup> Im Folgenden nannte er drei Arten von Maßnahmen, die jeweils für sich genommen eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellen sollten. Dies seien erstens Maßnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass Importwaren weniger günstig als nationale Waren behandelt werden.<sup>88</sup> Zweitens, Maßnahmen, die der Verkehrsfähigkeit einer im Herkunftsstaat hergestellten und in den Verkehr gebrachten Ware entgegenstehen.<sup>89</sup> Drittens solche Maßnahmen, die in sonstiger Weise den Marktzugang einer Ware aus einem anderen Mitgliedstaat behindern.<sup>90</sup> Diese „3-Stufen-Theorie“<sup>91</sup> wiederholte der EuGH in der ähnlich gelagerten Rechtssache *Mickelsson/Roos*.<sup>92</sup>

## IV. Bewertung und Interpretation der Urteile und Schlussanträge

### 1. Betonung des Marktzugangs

Bereits in den Äußerungen des EuGH zu *Deutscher Apothekerverband* lassen sich Indizien für eine Betonung des Marktzugangs finden. In der Rechtssache *Alfa Vita* äußert der Gerichtshof sich nicht eindeutig zu der Keck-Formel. Mehr Hinweise lassen sich diesbezüglich den Urteilen *Kommission/Italien* und *Mickelsson/Roos* entnehmen. In den Urteilen geht es dem EuGH um mehr als nur darum, die bisherige Rechtsprechung widerzugeben. Dass es sich bei *Kommission/Italien* um ein grundlegendes Urteil handelt, in dem auch die Keck-Formel in ihrer jetzigen Form und ihrem bisherigem Anwendungsbereich überdacht wurde, folgt aus verschiedenen Aspekten.<sup>93</sup> Der EuGH geht auf alle drei Leitentscheidungen der Warenverkehrsfreiheit - *Dassonville*, *Cassis de Dijon* und Keck – ein und kommt danach zu der 3-Stufen-Theorie. Die dort aufgestellten Kriterien bezeichnet

<sup>84</sup> GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 81 – *Kommission/Italien*.

<sup>85</sup> GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 82 – *Kommission/Italien*.

<sup>86</sup> GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 83 – *Kommission/Italien*.

<sup>87</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 33-36 – *Kommission/Italien*.

<sup>88</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 37 – *Kommission/Italien*.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 35 – *Kommission/Italien*.

<sup>90</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 37 – *Kommission/Italien*; siehe zur Aufzählung auch *Classen*, EuR 2009, 555 (557).

<sup>91</sup> *Dauses/Brigola*, in: Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.I Rn. 157; *Brigola*, EuZW 2012, 248 (252).

<sup>92</sup> EuGH, Rs. C-142/05, Slg. 2009, I-4273 Rn. 24 – *Mickelsson und Roos*.

<sup>93</sup> *Rauber*, ZEuS 2010, 15 (33).

er als „Grundsätze“<sup>94</sup>. Die Subsumtion im konkreten Fall erfolgt dann nur noch anhand der 3-Stufen-Theorie, ohne dass der EuGH noch einmal auf Keck eingeht. Im Urteil *Mickelsson/ Roos* wird die Keck-Formel dann überhaupt nicht mehr erwähnt, sondern nur noch das neue Prüfungsschema.

## 2. Keine Abschaffung der Keck-Formel

Das ist kein Hinweis dafür, dass der EuGH die Keck-Formel abschaffen will. Denn für eine Entscheidung solch einer Tragweite wäre wohl eine ausdrückliche Stellungnahme nötig gewesen.<sup>95</sup> Die neue Formel weist zudem weitgehende Ähnlichkeiten mit dem Vorschlag des Generalanwalts Maduro auf, der für eine Fortentwicklung und nicht für die Abschaffung der Keck-Formel plädiert hatte.<sup>96</sup>

## 3. Weiterentwicklung zu einer neuen Formel

Die Entscheidungen des EuGH können dementsprechend als Weiterentwicklung der Keck-Formel hin zu einer neuen „zukunftsfähigen“<sup>97</sup> Formel verstanden werden,<sup>98</sup> in der die Behinderung des Marktzugangs zwar nicht – wie von Generalanwalt Bot gefordert<sup>99</sup> – das einzige, aber das leitende Kriterium darstellt.<sup>100</sup>

## 4. Die Stärke der Keck-Formel

Neben dieser neuen Formel findet auch die „klassische“ Keck-Formel weiterhin Anwendung. Der EuGH hat bereits in einem Folgeurteil auf sie Bezug genommen und in gewohnter Weise unter ihre Voraussetzungen subsumiert.<sup>101</sup> Es ist aber davon auszugehen, dass die Keck-Formel in Zukunft auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben wird, zu denen die Unterteilung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen genau passt.<sup>102</sup> Genau dort liegt auch ihre Stärke und die Differenzierung kann zu befriedigenden Ergebnissen und zu der ursprünglich bezweckten Rechtssicherheit führen.

---

<sup>94</sup> EuGH, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 38 – Kommission/Italien.

<sup>95</sup> *Rauber*, ZEuS 2010, 15 (38f.).

<sup>96</sup> GA Maduro, Schlussanträge vom 30. März 2006, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135 Rn. 31 – Alfa Vita; s.o. C. II. 1. (S. 10).

<sup>97</sup> *Classen*, EuR 2009, 555 (559).

<sup>98</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 Rn. 54; *Brigola*, EuZW 2012, 248 (252); *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 937.

<sup>99</sup> GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 83 – Kommission/Italien; s.o. C. III. 2. (S.11).

<sup>100</sup> *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 34 AEUV Rn. 83; vgl. dazu auch GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 11. März 2003, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887 Rn. 74 – Deutscher Apothekerverband; a.A.: *Rauber*, ZEuS 2010, 15 (35) und *Classen*, EuR 2009, 555 (559), die den Marktzugang als Auffanglösung sehen.

<sup>101</sup> EuGH, Rs. C-531/07, Slg. 2009, I-3717 Rn. 17 und 20 – Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft.

<sup>102</sup> *Rauber*, ZEuS 2010, 15 (40).

## 5. ANETT-Urteil als mögliche Zukunft der Keck-Kriterien

Während die ursprüngliche Keck-Formel in negativer Weise beschreibt, wann *keine* Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt, entwickelte der EuGH in jüngster Zeit im *ANETT*-Urteil<sup>103</sup> eine positive Definition der Maßnahme gleicher Wirkung anhand der Keck-Kriterien. In dem Urteil fasst der EuGH seine Folgerechtsprechung zu Keck zusammen<sup>104</sup> und nennt drei Fallgruppen, die eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen. Dabei werden die Keck-Voraussetzungen umformuliert, bleiben inhaltlich jedoch erhalten. Sollte der EuGH die Kriterien aus der *ANETT*-Entscheidung auch in zukünftigen Urteilen verwenden, könnte dies die fortlaufende Rechtsprechungsänderung im Bezug auf die Keck-Formel beenden.<sup>105</sup>

## D. Übertragbarkeit der Keck-Formel auf andere Grundfreiheiten

Nach der Feststellung einer Tendenz in der EuGH-Rechtsprechung ist nun zu fragen, ob die klassische Keck-Formel und ihre Differenzierung, die neue Formel oder das Kriterium des Marktzugangs auch auf andere Grundfreiheiten übertragen werden können. Zu Beginn der Keck-Rechtsprechung wurde der Begriff der Verkaufsmodalitäten ausschließlich auf die Warenverkehrsfreiheit bezogen und auch das Schrifttum wandte die in Keck entwickelten Termini allein auf Art. 34 AEUV an. Dass Keck auch den Schutzbereich der anderen Grundfreiheiten beschränken könnte, wurde zunächst nicht in Betracht gezogen. Dabei liegt der Gedanke nicht allzu fern, „die Beschränkung des Beschränkungsbegriffs“<sup>106</sup>, die Keck für die Warenverkehrsfreiheit darstellt, auch auf die übrigen Grundfreiheiten zu übertragen. Dies soll im Folgenden anhand der einzelnen Grundfreiheiten untersucht werden. Auch hier gilt es zuerst wichtige Urteile des EuGH und Schlussanträge zu betrachten. In einem zweiten Schritt sollen dann -auch für jede Grundfreiheit getrennt- die unterschiedlichen Interpretationen in der Literatur untersucht und bewertet werden.

### I. Dienstleistungsfreiheit

Wie die Warenverkehrsfreiheit, so ist auch die Dienstleistungsfreiheit eine Produktverkehrsfreiheit<sup>107</sup> und weist eine ähnliche Struktur auf.<sup>108</sup> Fraglich ist, ob diese Parallelität<sup>109</sup> auch Auswirkungen auf die Übertragbarkeit der Keck-Formel hat.

<sup>103</sup> EuZW 2012, 508 – ANETT.

<sup>104</sup> EuZW 2012, 508 (510), Rn. 33-35 – ANETT.

<sup>105</sup> Purnhagen, JZ 2012, 742 (744).

<sup>106</sup> Classen, EuR 2004, 416 (420).

<sup>107</sup> Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 56 AEUV Rn. 4; vgl. Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 2.

<sup>108</sup> Feiden, „Keck“-Rechtsprechung, S. 125f.; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 2, der von Verwandtschaft der beiden Grundfreiheiten spricht.

## 1. EuGH- Rechtsprechung mit Bezug auf Keck

### a) Alpine Investments

Teilweise wird schon in früheren Urteilen des EuGH eine Tendenz zur analogen Anwendung der Keck-Formel gesehen.<sup>110</sup> Erstmals *ausdrücklich* erwähnte der EuGH das Keck-Urteil im Bereich der Dienstleistungsfreiheit mit dem Urteil *Alpine Investments*<sup>111</sup> im Jahr 1993. Die Regierungen des Vereinigten Königreichs und der Niederlande charakterisierten die streitige Regelung als „Dienstleistungsmodalität“<sup>112</sup>, die entsprechend einer Verkaufsmodalität nicht vom Schutzzumfang des Art. 56 AEUV umfasst sei.<sup>113</sup> Generalanwalt Jacobs riet in seinen Schlussanträgen allerdings von einer Berufung auf das Urteil Keck ab und warnte vor einer Entwertung der Dienstleistungsfreiheit.<sup>114</sup> In seiner Entscheidung kam auch der EuGH zu dem Schluss, dass Keck im konkreten Fall nicht anwendbar sei. Das in Rede stehende Verbot entspreche nicht den Verkaufsmodalitäten nach Keck<sup>115</sup>, denn der Zugang zum Dienstleistungsmarkt sei unmittelbar beeinflusst.<sup>116</sup>

### b) Canal Satélite Digital

Das nächste Mal äußerte sich der EuGH zu der Keck-Formel im Bereich der Dienstleistungsfreiheit in seinem Urteil *Canal Satélite Digital*<sup>117</sup> aus dem Jahr 2002. Im Fall berief sich die spanische Regierung auf die Keck-Rechtsprechung und deren Übertragung auf die Dienstleistungsfreiheit. Die zuständige Generalanwältin Stix-Hackl wies darauf hin, dass keine Vertriebsmodalität i.S.v. Keck vorliege.<sup>118</sup> Dies stellte dann auch der EuGH in seinem Urteil fest.<sup>119</sup>

### c) Omega

Im Urteil *Omega*<sup>120</sup> aus dem Jahr 2004 äußerte sich der EuGH überhaupt nicht mehr zu Keck, obwohl zunächst einiges darauf hinzuweisen schien:

Diesmal waren es deutsche Ordnungsbehörden, die sich auf eine entsprechende Anwendung von Keck beriefen. Wieder war es Generalanwältin Stix-Hackl, die sich in den Schlussanträgen mit

---

<sup>109</sup> Roth, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, E.I Rn. 4.

<sup>110</sup> Brigola, System der EG-Grundfreiheiten, S. 145ff.

<sup>111</sup> EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 – Alpine Investments.

<sup>112</sup> Brigola, System der EG-Grundfreiheiten, S. 150.

<sup>113</sup> EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 33 – Alpine Investments.

<sup>114</sup> GA Jacobs, Schlussanträge vom 26. Januar 1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 60f. – Alpine Investments; vgl. hierzu die Ausführungen von Reich, EuZW 1995, 407f.

<sup>115</sup> EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 36 – Alpine Investments.

<sup>116</sup> EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 38 – Alpine Investments.

<sup>117</sup> EuGH, Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607 – Canal Satélite Digital.

<sup>118</sup> GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 8. März 2001, Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607 Rn. 46 – Canal Satélite Digital.

<sup>119</sup> EuGH, Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607 Rn. 30 – Canal Satélite Digital.

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 – Omega.

dieser Frage auseinandersetzte. Diesmal allerdings sprach sie sich generell gegen eine Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit aus.<sup>121</sup> Der EuGH ging jedoch in seinem Urteil überhaupt nicht auf die Keck-Formel ein.

## 2. Meinungsstand in der Literatur

Wie die EuGH-Rechtsprechung im Hinblick auf eine Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die Dienstleistungsfreiheit zu verstehen ist, wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Für besonders viel Diskussion sorgt dabei das Urteil *Alpine Investments*. Die Erklärungsversuche in der Literatur sind vielseitig und reichen von der Annahme, dass der EuGH Keck „vergessen“ hätte und nur durch die Regierungen daran erinnert worden wäre,<sup>122</sup> über die Hypothese, dass er nicht eindeutig Stellung bezogen habe,<sup>123</sup> bis hin zu der Meinung, dass er eine Keck-Analogie bestätigt habe.<sup>124</sup>

### a) Befürworter der Übertragbarkeit

Die Urteile werden also in die Richtung gedeutet, dass sich der EuGH in ihnen für eine Übertragung von Keck auf die Dienstleistungsfreiheit ausgesprochen habe.<sup>125</sup> Der Gerichtshof habe sich durch seine Stellungnahme auf die Argumentation der Keck-Rechtsprechung auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit eingelassen.<sup>126</sup> Das Urteil *Alpine Investments* wird als Anwendung von Keck im konkreten Fall angesehen.<sup>127</sup> Im Zuge dessen wird auch eine, parallel zur Unterscheidung in produkt- und vertriebsbezogene Maßnahmen gelagerte Differenzierung, im Bereich der Dienstleistungsfreiheit diskutiert.<sup>128</sup>

### b) Kritiker der Übertragbarkeit

Vertreter der entgegengesetzten Ansicht sehen in den Urteilen des EuGH dagegen gerade keine analoge Anwendung der Keck-Formel.<sup>129</sup> Es habe keine Übertragung auf die Dienstleistungsfreiheit stattgefunden und eine solche sei auch nicht notwendig.<sup>130</sup>

---

<sup>121</sup> GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge vom 18. März 2004 Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 Rn. 36 – Omega.

<sup>122</sup> *Hatzopoulos*, CMLR 1995, 1427 (1439): „were it not for the parties, the Court would have completely \"forgotten\" about Keck.“

<sup>123</sup> *Keßler*, Warenverkehrsfreiheit, S. 281 m.w.N in Fn. 123.; *Steinke*, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung, S. 183.

<sup>124</sup> *Brigola*, System der EG-Grundfreiheiten, S. 149ff. insb. S. 151.

<sup>125</sup> *Brigola*, System der EG-Grundfreiheiten, S. 151; *Kort*, JZ 1996, 132 (136); *Roth*, in: FS Großfeld, 1999, S. 929 (957).

<sup>126</sup> *Feiden*, „Keck“-Rechtsprechung, S. 147 mit Bezug auf *Alpine Investments*.

<sup>127</sup> *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (49).

<sup>128</sup> *Feiden*, „Keck“-Rechtsprechung, S. 139ff.

<sup>129</sup> *Hatzopoulos*, CMLRev 2000, 43 (68): „the Court reiterated its refusal to apply the *Keck* principles in the field of services.“. *von Wilimowsky*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 Rn. 7.

<sup>130</sup> *Kieninger*, ZEuP 2004, 685 (691) mit Bezug auf *Alpine Investments*; vgl. auch *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 45 AEUV Rn. 217, Fn. 408.

### 3. Stellungnahme

Festzuhalten bleibt, dass der EuGH in *Alpine Investments* das Fehlen der Voraussetzungen von Keck feststellt und sich nicht zu einer Übertragbarkeit im Allgemeinen äußert. In ähnlicher Weise kann auch *Canal Satélite General* verstanden werden: Der Gerichtshof scheint von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Übertragung auszugehen, ohne sich jedoch eindeutig festlegen zu wollen.<sup>131</sup>

Die Entscheidung in der Rechtssache *Omega* könnte zwar als (stillschweigende) Zustimmung zu den Ausführungen der Generalanwältin verstanden werden. Eine solch weitreichende Festlegung des EuGH ohne ausdrückliche Stellungnahme anzunehmen, ist jedoch verfehlt.

Richtigerweise ist also festzustellen, dass den angesprochenen Urteilen keine klare Linie zu entnehmen ist. Der EuGH hat sich bisher weder für noch gegen eine entsprechende Anwendung von Keck ausgesprochen.<sup>132</sup> Vielmehr bleibt es offen, ob der EuGH eine Übertragung vornimmt oder diese verwirft.<sup>133</sup> Ihm kann und sollte weder in positiver noch in negativer Hinsicht eine Aussage über die grundsätzliche Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die Dienstleistungsfreiheit abgerungen werden.<sup>134</sup> Allerdings wendet der EuGH das hinter Keck stehende Kriterium des Marktzugangs auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit an.<sup>135</sup> Die formale Differenzierung aus Keck ist allerdings nur schwierig auf die Dienstleistungsfreiheit zu übertragen.<sup>136</sup> Vielmehr sollte in Zukunft verstärkt auf die neu entwickelte Formel zurückgegriffen werden, die den Marktzugang stärker in den Mittelpunkt rückt.<sup>137</sup>

## II. Arbeitnehmerfreizügigkeit

### 1. EuGH-Rechtsprechung

#### a) Bosman als Marktzutrittsbeeinträchtigung

Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwies der EuGH zum ersten Mal 1995 im Urteil *Bosman*<sup>138</sup> auf die Keck-Formel. In diesem Fall machten die UEFA und die „Union royale belge des sociétés de football association“ geltend, dass Verkaufsmodalitäten i.S.v. Keck vorliegen.<sup>139</sup> In

<sup>131</sup> So auch *Steinke*, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung, S. 185.

<sup>132</sup> *Pache*, in Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 11 Rn. 63.

<sup>133</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 986; *Mayer*, EuR 2003, 793 (823).

<sup>134</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 56/57 AEUV Rn. 104; *Müller-Graff*, in: Streinz EUV/AEUV Art. 56 AEUV Rn. 88; *Keßler*, Warenverkehrsfreiheit, S. 281; *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13 (19).

<sup>135</sup> EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 Rn. 37f. – *Alpine Investments*; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 330.

<sup>136</sup> *Classen*, EuR 2009, 555 (561); *Steinke*, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung, S. 207.

<sup>137</sup> *Classen*, EuR 2009, 555 (561); vgl. dazu auch schon GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 118f. – Kommission/Italien.

<sup>138</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*.

<sup>139</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 102 – *Bosman*.

seinen Schlussanträgen erwähnte Generalanwalt Lenz das Urteil *Alpine Investments* in Verbindung mit Keck und betonte dort besonders den Marktzugang.<sup>140</sup> Die Überlegungen zum Dienstleistungsmarktzugang seien auch auf den Bereich des Art. 45 AEUV und den Zugang zum Arbeitsmarkt zu übertragen.<sup>141</sup> Auch der EuGH griff sowohl die Keck-Rechtsprechung als auch *Alpine Investments* auf, stellte jedoch in erster Linie – wie auch Generalanwalt Lenz – auf den Zugang zum Arbeitsmarkt ab.<sup>142</sup> Da er feststellte, dass keine Verkaufsmodalitäten vorlagen, lehnte er Keck im konkreten Fall ab und nahm nicht grundsätzlich Stellung.

## b) Graf als Wiederholung von Bosman

Im Urteil *Graf*<sup>143</sup> aus dem Jahr 1999 sprach der EuGH die Keck-Formel nicht mehr ausdrücklich an, bezog sich aber auf das *Bosman*-Urteil. Generalanwalt Fenelly hatte sich im Vorfeld grundlegend zu der Keck-Rechtsprechung und einer möglichen Übertragung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit geäußert.<sup>144</sup> Eine Übertragung der Erwägungen im Urteil Keck sei nur möglich, wenn diese auf ihre wesentlichen Elemente reduziert würden.<sup>145</sup> Der Grund für die vorgenommene Unterscheidung in Produkt- und Verkaufsmodalitäten sei die Beeinträchtigung des Marktzugangs.<sup>146</sup> Der EuGH ging sodann in seiner Entscheidung gar nicht auf Keck ein, wohl aber auf den Zugang zum Arbeitsmarkt.<sup>147</sup>

## 2. Meinungsstand in der Literatur

### a) Befürworter der Übertragbarkeit

Ein Teil der Literatur sieht v.a. im *Bosman*-Urteil bereits eine analoge Anwendung der Keck-Formel auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>148</sup> Der EuGH scheine sich auf die in Keck vorgenommene Differenzierung einzulassen.<sup>149</sup> Da die Überlegungen zur Keck-Rechtsprechung im Ergebnis aber nicht durchgegriffen haben, habe sich der EuGH auch nicht näher mit deren Übertragbarkeit beschäftigen müssen.<sup>150</sup> Zum Teil wird in Anlehnung an Keck eine Unterteilung in

---

<sup>140</sup> GA Lenz, Schlussanträge vom 20. September 1995 Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 206 – Bosman, mit „Marktzugang“ in kursiv.

<sup>141</sup> GA Lenz, Schlussanträge vom 20. September 1995 Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 206 – Bosman.

<sup>142</sup> EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 103 – Bosman.

<sup>143</sup> EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 – Graf.

<sup>144</sup> GA Fenelly, Schlussanträge vom 16. September 1999, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 Rn. 18f. – Graf.

<sup>145</sup> GA Fenelly, Schlussanträge vom 16. September 1999, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 Rn. 18. – Graf.

<sup>146</sup> GA Fenelly, Schlussanträge vom 16. September 1999, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 Rn. 19. – Graf.

<sup>147</sup> EuGH, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 Rn. 23 – Graf.

<sup>148</sup> Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 1917f.; Brigola, System der EG-Grundfreiheiten, S. 86; Feiden, „Keck“-Rechtsprechung, S. 227, die davon ausgeht, dass Keck im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit schon immer praktiziert wurde.

<sup>149</sup> Schroeder, JZ 1996, 254 (255).

<sup>150</sup> Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 1918; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht Rn. 897.

Berufsausübungsregelungen und Zugangsregelungen vorgeschlagen, um dann anhand dieser Unterteilung den Einfluss auf den Marktzugang zu untersuchen.<sup>151</sup>

### b) Kritiker der Übertragbarkeit

Andere Stimmen in der Literatur stufen die Anlehnung an die Keck-Formel im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit als „wenig vielversprechend“<sup>152</sup> ein. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit habe wesentlich andere Regelungsgegenstände als die Warenverkehrsfreiheit, zumal der EuGH auch auf dem Gebiet der letztgenannten Grundfreiheit immer seltener auf Keck zurückgreife.<sup>153</sup> Der Gerichtshof habe es verworfen in *Bosman* und *Graf* eine Übertragung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorzunehmen.<sup>154</sup>

### 3. Stellungnahme

Obwohl der EuGH die Keck-Formel ausdrücklich in der Rechtssache *Bosman* erwähnt, muss -wie auch bei der Dienstleistungsfreiheit- festgestellt werden, dass dies keine endgültige Stellungnahme bezüglich deren Übertragbarkeit auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit weist als Personenverkehrsfreiheit strukturell weniger Gemeinsamkeiten mit der Warenverkehrsfreiheit auf, als dies bei der Dienstleistungsfreiheit der Fall ist. Umso weniger sollte in der Erwähnung von *Alpine Investments* in *Bosman* vorschnell eine Übertragung der klassischen Keck-Formel erblickt werden.<sup>155</sup> Auf der anderen Seite geht es zu weit, aus der Rechtssache *Graf* sogar Rückschlüsse auf die Anwendung der Keck-Formel im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zu ziehen.<sup>156</sup>

Die Unterscheidung in produkt- und vertriebsbezogene Regeln auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu übertragen, erweist sich auch bei Art. 45 AEUV als wenig erfolgversprechend. Vielmehr ist auch hier die Betonung des hinter der Keck-Formel liegenden materiellen Kriteriums des Marktzugangs zu erkennen.<sup>157</sup>

---

<sup>151</sup> *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 1926ff.

<sup>152</sup> *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 45 AEUV Rn. 217.

<sup>153</sup> *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 45 AEUV Rn. 217f..

<sup>154</sup> *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 45 AEUV Rn. 217 Fn. 408. *Hatzopoulos*, CMLRev. 2000, 43 (68) mit Bezug auf *Bosman*; *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13 (20) mit Bezug auf *Graf*; *von Wilmowsky*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 Rn. 7.

<sup>155</sup> *Steinke*, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 200.

<sup>156</sup> So aber *Steinberg*, EuGRZ 2002, 13 (20)

<sup>157</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 276; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 52; vgl. EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141Rn. 37 – *Alpine Investments*.

### III. Kapitalverkehrsfreiheit

#### 1. EuGH- Rechtsprechung

Im Bereich der sogenannten „golden share“-Rechtsprechung kam der EuGH auch im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit auf die Keck-Formel zu sprechen.

##### a) Kommission/Spanien

Auf dem Gebiet der Kapitalverkehrsfreiheit erwähnt der EuGH 2003 in der Rechtssache *Kommission/Spanien*<sup>158</sup> zum ersten Mal die Keck-Formel. In seiner Entscheidung geht er auf das Vorbringen der spanischen Regierung ein, eine Analogie zum Keck-Urteil liege vor.<sup>159</sup> Dies verneint er<sup>160</sup> und geht, nachdem er auf das Urteil *Alpine Investments* verweist,<sup>161</sup> zu einer Subsumtion unter die Voraussetzungen von Keck über.<sup>162</sup> Im Rahmen dieser Subsumtion stellt der Gerichtshof fest, dass die Regelung unterschiedslos gilt, jedoch nicht rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührend sei, da sie den Marktzugang beschränke.<sup>163</sup>

##### b) Kommission/Vereinigtes Königreich

An demselben Tag erging noch eine zweite Entscheidung, *Kommission/Vereinigtes Königreich*<sup>164</sup>. Der EuGH nahm hier ebenfalls Bezug auf die Keck-Formel. Genau wie in der Rechtssache *Kommission/Spanien*, ging er auf die Voraussetzungen ein und subsumierte in gleicher Weise unter sie.<sup>165</sup> Außer einer Betonung des bereits Gesagten lassen sich somit keine neuen Erkenntnisse aus dieser Entscheidung herleiten.

##### c) Kommission/Portugal

In mehreren jüngeren Entscheidungen erwähnt der EuGH zwar das Keck-Urteil, lehnt ein Vorliegen im konkreten Fall aber ab, mit Hinweis darauf, dass keine Maßnahmen gegeben sind, die den Verkaufsmodalitäten i.S. der Keck-Formel entsprechen.<sup>166</sup>

<sup>158</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 – Kommission/Spanien.

<sup>159</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 58 – Kommission/Spanien.

<sup>160</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 59 – Kommission/Spanien.

<sup>161</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 60 – Kommission/Spanien.

<sup>162</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 61 – Kommission/Spanien.

<sup>163</sup> EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 61 – Kommission/Spanien.

<sup>164</sup> EuGH, Rs. C-98/01, Slg. 2003, I-4641 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>165</sup> EuGH, Rs. C-98/01, Slg. 2003, I-4641 Rn. 47 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>166</sup> EuGH, Rs. C-171/08, Slg. 2010, I-6817 Rn. 65 – Kommission/Portugal; EuGH, Rs C- 543/08, Slg. 2010, I-11241 Rn. 66 – Kommission/Portugal; EuGH Urteil vom 10.11.2011 in der Rs. C-212/09, Rn. 63 = ZIP 2012, 221.

## 2. Meinungsstand in der Literatur

### a) Befürworter der Übertragbarkeit

Ein Großteil der Literatur befürwortet die Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die Kapitalverkehrsfreiheit unter Hinweis auf den engen sachlichen Bezug zur Warenverkehrsfreiheit.<sup>167</sup> Dafür spreche auch die einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten des Binnenmarktes.<sup>168</sup> Die oben angesprochenen Entscheidungen werden als Übertragung der Keck-Formel auf die Kapitalverkehrsfreiheit angesehen.<sup>169</sup> Keck könne und solle die Weite des Tatbestandes der Art. 63ff. AEUV einschränken.<sup>170</sup> Überlegt wird zudem, die Unterscheidung in Produkt- und Vertriebsanforderungen auch auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu übertragen.<sup>171</sup> Dementsprechend fielen rein vertriebsbezogene Maßnahmen nicht in den Schutzbereich von Art. 63 AEUV, sofern sie unterschiedslos anwendbar sind und die Kapital- bzw. Zahlungstransfers nicht rechtlich oder tatsächlich behindern.<sup>172</sup> In diesem Zusammenhang wird auch von „Handelsmodalitäten für Kapital“<sup>173</sup> gesprochen.

### b) Kritiker der Übertragbarkeit

Andere Stimmen sprechen sich gegen die Übertragung der Keck-Formel auf den Bereich des Art. 63 AEUV aus.<sup>174</sup> Der EuGH habe sich in den Entscheidungen in Zurückhaltung bzgl. einer Übertragung der Keck-Formel geübt<sup>175</sup> bzw. diese sogar ausdrücklich verneint<sup>176</sup>. Selbst der enge Zusammenhang zwischen Kapital- und Warenverkehrsfreiheit könne eine Übertragung der Keck-Entscheidung nicht rechtfertigen, da diese eine Eigenart des freien Warenverkehrs sei.<sup>177</sup> Zum Teil wird die Keck-Formel schon im Bereich der Warenverkehrsfreiheit als ungeeignet angesehen und ihre Übertragung auf die Kapitalverkehrsfreiheit im Zuge dessen abgelehnt.<sup>178</sup>

---

<sup>167</sup> *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV Rn. 134 und 137; *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 3712; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 1014.

<sup>168</sup> *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV Rn. 134.

<sup>169</sup> *Wellige*, EuZW 2003, 427 (432); *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rn. 43; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 31 Rn. 21; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht Rn. 1014 siehe dort Fn. 845.

<sup>170</sup> *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 216; *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 3712.

<sup>171</sup> *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV Rn. 137.

<sup>172</sup> *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 3712.

<sup>173</sup> *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 63 AEUV Rn. 137.

<sup>174</sup> *von Wilmsky*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 Rn. 7; *Ruge*, EuZW 2003, 540 (541); *Oechsler*, NZG 2007, 161 (163); *Haferkamp*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82f.

<sup>175</sup> *Ruge*, EuZW 2003, 540 (541).

<sup>176</sup> *Oechsler*, NZG 2007, 161 (163).

<sup>177</sup> *Haferkamp*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 82.

<sup>178</sup> *von Wilmsky*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 Rn. 7.

### 3. Stellungnahme

Der EuGH nimmt also auch im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht allgemein zur Übertragbarkeit der Keck-Formel Stellung. Besonders interessant ist jedoch der Umstand, dass er in den Entscheidungen *Kommission/Spanien* und *Kommission/Vereinigtes Königreich* detailliert auf die Voraussetzungen der Keck-Rechtsprechung eingeht. Der Gerichtshof tut die Keck-Formel nicht nur mit einer kurzen Bemerkung ab, wie er dies im Bereich der Dienstleistungs- und der Arbeitnehmerfreizügigkeit getan hatte. Eine solche Subsumtion hätte der EuGH jedoch nicht gebraucht, da Keck im Ergebnis ja nicht vorliegt. Ein Hinweis auf das Fehlen von Verkaufsmodalitäten wie bei *Alpine Investments* hätte auch hier gereicht. Die differenzierte Behandlung spricht dafür, dass der EuGH von einer Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die Kapitalverkehrsfreiheit ausgeht.<sup>179</sup> Dabei betont er auch hier den Aspekt des Marktzugangs. Die Einteilung aus Keck in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen auf die Terminologie der Kapitalverkehrsfreiheit zu übertragen ist weniger erfolgversprechend als auf den Marktzugang abzustellen.<sup>180</sup> Im Ergebnis ist demnach auch hier das hinter Keck stehende materielle Kriterium des Marktzugangs entscheidend.<sup>181</sup>

## IV. Niederlassungsfreiheit

### 1. Keine EuGH Rechtsprechung mit Bezug auf Keck

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit ergibt sich die Besonderheit, dass der EuGH die Keck-Formel hier noch nicht erwähnte. Ein Teil der Literatur sieht zwar in dem Urteil *Semeraro*<sup>182</sup> die Anwendung der Keck-Formel im Bereich der Niederlassungsfreiheit.<sup>183</sup> Vielmehr ging der EuGH hier aber auf die von Keck zu unterscheidende Terminologie „zu ungewiß und zu mittelbar“ ein.<sup>184</sup> Eine Auseinandersetzung mit der Keck-Formel fand nicht statt.<sup>185</sup> Die Ausführungen im Urteil *Innoventif*<sup>186</sup> erinnern an die Keck-Voraussetzung der rechtlichen wie tatsächlichen Gleichbehandlung,<sup>187</sup> doch erwähnt der EuGH auch hier Keck nicht ausdrücklich. In den Schlussanträgen zu der Rechtssache *Idryma Typou*<sup>188</sup> geht Generalanwältin Trstenjak auf die Keck-Rechtsprechung ein und legt eine Eingrenzung des Beschränkungsbegriffs im Bereich der

<sup>179</sup> vgl. zu dieser Argumentation *Steinke*, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 202.

<sup>180</sup> *Steinke*, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 207f.

<sup>181</sup> *Kingreen*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 52, der den Marktzugang jedoch als von Keck abzugrenzendes Kriterium ansieht; vgl. EuGH, Rs. C-463/00, Slg. 2003, I-4581 Rn. 61 – *Kommission/Spanien*.

<sup>182</sup> EuGH, Rs. C-418/93, Slg. 1996, I-2975 – *Semeraro*.

<sup>183</sup> *Stork*, Kapitalgesellschaften, S. 112; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (49).

<sup>184</sup> EuGH, Rs. C-418/93, Slg. 1996, I-2975 Rn. 32 – *Semeraro*.

<sup>185</sup> *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 56; vgl. *Mojzesowicz*, Grundfreiheiten, S. 111; *Steinke*, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 211.

<sup>186</sup> EuGH, Rs. C-453/04, Slg. 2006, I-4931 – *Innoventif*.

<sup>187</sup> EuGH, Rs. C-453/04, Slg. 2006, I-4931 Rn. 39 – *Innoventif*.

<sup>188</sup> EuGH, Rs. C-81/09, Slg. 2010, I-10161 – *Idryma Typou*.

Niederlassungsfreiheit nahe.<sup>189</sup> Der EuGH geht in seinem Urteil jedoch nicht darauf ein. Aus der Rechtsprechung sind somit keine Rückschlüsse auf eine Übertragbarkeit zu ziehen.

## 2. Meinungsstand in der Literatur

### a) Befürworter der Übertragbarkeit

In der Literatur wird eine analoge Anwendung von Keck auf die Niederlassungsfreiheit zum einen mit Hinweis auf eine notwendige Eingrenzung des Tatbestandes befürwortet.<sup>190</sup> Ansonsten sei ein Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten zu befürchten, da nahezu jede nationale Norm in den Schutzbereich falle<sup>191</sup> und der EuGH zum „Generalkontrolleur“ des mitgliedstaatlichen Handelns würde.<sup>192</sup> Zum anderen wird auf die Konvergenz der Grundfreiheiten verwiesen.<sup>193</sup> In systemkonformer Weise müsste auch im Bereich des Art. 49 AEUV eine Beschränkung anhand von Keck vorgenommen werden.<sup>194</sup> Die Differenzierung aus Keck solle auf die Niederlassungsfreiheit in der Form übertragen werden, dass nur niederlassungsbezogene Maßnahmen, nicht aber solche, die nur die Modalitäten bzw. die Ausübung der Niederlassungsfreiheit betreffen in den Schutzbereich fallen.<sup>195</sup>

### b) Kritiker der Übertragbarkeit

Die entgegengesetzte Meinung lehnt die Anwendung der Keck-Formel auf die Niederlassungsfreiheit ab.<sup>196</sup> Die Niederlassungsfreiheit habe einen anderen Anwendungsbereich als die Warenverkehrsfreiheit.<sup>197</sup> Die Weite des Schutzbereichs von Art. 49 AEUV solle erhalten bleiben und nicht durch die Keck-Formel eingeschränkt werden.<sup>198</sup> Der Wortlaut von Art. 49 AEUV, der keine Maßnahmen gleicher Wirkung enthält, gebe keinen Anlass für eine Differenzierung á la Keck.<sup>199</sup> Teilweise wird gesagt, dass die Keck-Formel eine „wertungsverdeckende Ergebnisformel“ sei, die terminologisch nicht zur Niederlassung passe.<sup>200</sup>

<sup>189</sup> GA Trstenjak, Schlussanträge vom 2. Juni 2010, Rs. C-81/09, Slg. 2010, I-10161 Rn. 74 – Idryma Typou.

<sup>190</sup> Eberhartinger, EWS 1997, 43 (49); Eidenmüller, JZ 2004, 24 (26f.); Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (167); Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 305f.

<sup>191</sup> Eberhartinger, EWS 1997, 43 (49).

<sup>192</sup> Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 29 Rn. 34.

<sup>193</sup> Roth, in: GS Knobbe-Keuk, S. 729 (741).

<sup>194</sup> Everling, in: GS Knobbe-Keuk, S. 607 (621).

<sup>195</sup> Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 2424; vgl. Eberhartinger, EWS 1997, 43 (49).

<sup>196</sup> Kieninger, ZEuP 2004, 685 (691); Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 43 EG Rn. 102f.; Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 56; Müller-Graff, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 62.

<sup>197</sup> Tiedje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 43 EG Rn. 103; Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV Rn. 56.

<sup>198</sup> Tietje, in Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 10 Rn. 55.

<sup>199</sup> Tietje, in Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 10 Rn. 55.

<sup>200</sup> Müller-Graff, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49 AEUV Rn. 62.

Auch die Unterscheidung zwischen produktbezogenen Vorschriften und Verkaufsmodalitäten sei mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar.<sup>201</sup>

### 3. Stellungnahme

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit hilft der Blick auf die EuGH Rechtsprechung nicht viel weiter. Im Schrifttum werden verschiedene Meinungen bzgl. der Übertragbarkeit vertreten. Richtig ist es, auch hier auf den Gedanken des Marktzugangs abzustellen.<sup>202</sup> Das Beschränkungsverbot des Art. 49 AEUV ist auf den Marktzugang versperrende Maßnahmen zu begrenzen.<sup>203</sup> Dies kann durch die Anwendung der hinter der Keck-Formel liegenden Gesichtspunkte erreicht werden. Entscheidendes Kriterium ist die „Freiheit des Marktzutritts“<sup>204</sup>, welches zugleich auch das der Keck-Rechtsprechung zugrunde liegende materielle Kriterium ist.

### V. Ergebnis für die Übertragung der Keck-Formel auf die übrigen Grundfreiheiten

Es zeigt sich, dass eine Übertragung der Keck-Formel auf die anderen Grundfreiheiten nicht in ihrer ganzen Bandbreite geschehen kann. Die formale Differenzierung, die schon teilweise im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt, aber dort im Wesentlichen noch sinnvoll angewandt werden kann, kann nicht auf alle anderen Grundfreiheiten übertragen werden. Für eine einheitliche Lösung muss vielmehr auf das hinter Keck liegende materielle Kriterium des Marktzugangs zurückgegriffen werden. Dies ist auch mit dem Verständnis der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte<sup>205</sup> vereinbar. Dementsprechend ist eine Unterscheidung zwischen solchen Maßnahmen vorzunehmen, die den Zugang zu einem nationalen Markt verhindern oder erschweren und solchen, die erst nach dem Zugang auf den Markt eingreifen.<sup>206</sup> Die Aufteilung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen in Keck selbst zielt letztendlich auch auf diese marktaufsplitternde Wirkung ab.<sup>207</sup> Abschließend sollte deshalb festgehalten werden, dass die Keck-Formel – nach der Reduzierung auf ihr wesentliches Kriterium der Marktaufsplitterung – auch auf die anderen Grundfreiheiten übertragen werden kann.<sup>208</sup>

<sup>201</sup> Kieninger, ZEuP 2004, 685 (691).

<sup>202</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 312.

<sup>203</sup> Leible, ZGR 2004, 531 (543) dort in Fn. 56; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 306; Eberhartinger, EWS 1997, 43 (49).

<sup>204</sup> Roth, in: ZGR 2000, 311 (320); ders. in: GS Knobbe-Keuk, S. 729 (737).

<sup>205</sup> GA Bot, Schlussanträge vom 8. Juli 2008, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519 Rn. 83, 109ff. – Kommission/Italien.

<sup>206</sup> Steinke, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 256

<sup>207</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 190.

<sup>208</sup> Eberhartinger, EWS 1997, 43 (51f.).

## E. Kompetenzrechtliche Rückwirkungen

Fraglich ist, inwieweit die Keck-Formel auch auf Fragen der vertikalen Kompetenzabgrenzung Einfluss hat.

### I. Reichweite des Art. 114 AEUV

Im Bereich der vertikalen Kompetenz ist danach zu fragen, ob und welche Auswirkungen die Keck-Formel auf die Abgrenzung zwischen den Kompetenzen der Union und denjenigen der Mitgliedstaaten hat. Diese Frage beinhaltet die Bestimmung der Reichweite des Art. 114 AEUV, der die Rechtsangleichungskompetenz der Union zur Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 26 AEUV) enthält.

Art. 114 AEUV beinhaltet keine allumfassende Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes.<sup>209</sup> Vielmehr besteht ein Bezug zum Binnenmarkt und eine sich daraus ergebende positive Harmonisierungskompetenz nur dann, wenn die unterschiedlichen nationalen Regelungen zu zumindest wahrscheinlichen Handelshemmnissen<sup>210</sup> oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen führen.<sup>211</sup>

#### 1. Handelshemmnisse

Für die hier vorgenommene Betrachtung ist dabei zunächst der Begriff des Handelshemmnisses von Bedeutung. Ein solches ist in jedem Fall dann anzunehmen, wenn ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegt. Dementsprechend besteht eine gewisse Korrelation zwischen der Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV und dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 AEUV.<sup>212</sup>

##### a) Gleichklang von Art. 34 und Art. 114 AEUV

Es gilt nun zu ergründen, ob ein Handelshemmnis *nur dann* gegeben ist, wenn ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegt, ob also ein echter „Gleichklang“<sup>213</sup> zwischen Art. 34 und 114 AEUV besteht. Denn dann wäre die Keck-Formel ein probates Mittel um herauszufinden, welche Maßnahmen einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) darstellen und welche

<sup>209</sup> EuGH, Rs. C- 376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 83 – Tabakwerbeverbot; *Ludwigs*, EuZW 2012, 608 (609); *Ludwigs*, EuR 2006, 370 (381); *Kahl*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 Rn. 2

<sup>210</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 86 und 96 – Tabakwerbeverbot.

<sup>211</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 Rn. 106 und 108.

<sup>212</sup> *Ludwigs*, EuZW 2012, 608 (609f.).

<sup>213</sup> *Ludwigs*, Rechtsangleichung, S. 196; *ders.* EuR 2006, 370 (383); *ders.*, EuZW 2012, 608 (610); *Roth*, EWS 2008, 401 (408); *von Bogdandy/Bast*, in: von Bogdandy/Bast, European Constitutional Law, § 8 S. 275 (293) dort in Fn. 139: „cross-pollination effect between Art. 28 and 95“.

nicht. Daraus könnte man dann wiederum Rückschlüsse auf die Rechtsangleichungskompetenz der Union in Art. 114 AEUV ziehen.

Für einen solchen Gleichklang spricht zum einen, dass die beiden Artikel dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Verwirklichung des Binnenmarktes.<sup>214</sup> Zum anderen ist kein Grund dafür ersichtlich, warum eine nationale Regelung im Rahmen des Art. 114 AEUV angeglichen werden sollte, wenn sie keinen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellt.<sup>215</sup> Des Weiteren ist die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 AEUV bei einer Kopplung an Art. 34 AEUV dann auch klaren, objektiven und überprüfbaren Anforderungen unterworfen.<sup>216</sup>

### **b) Keck als Begrenzung der Harmonisierungskompetenz**

Die Rechtsangleichung über Art. 114 AEUV ist vor allem dann besonders wichtig, wenn die unterschiedlichen nationalen Regeln zwar in die Warenverkehrsfreiheit eingreifen, aber nicht angeglichen werden können, weil sie nach Art. 36 AEUV oder durch zwingende Erfordernisse i.S. der *Cassis*-Rechtsprechung gerechtfertigt sind.<sup>217</sup> Es erweist sich also als essenziell, den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit zu bestimmen und zu ermitteln, ob eine Maßnahme bereits tatbestandlich keinen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellt. Die Keck-Formel kann in diesem Zusammenhang den entscheidenden Schritt tun, indem sie bestimmt, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV fällt und den freien Warenverkehr behindert oder nicht.

### **aa) Begrenzung des Tatbestandes des Art. 34 AEUV**

Auf Grund des dargestellten Gleichklangs spielt die Reichweite der Warenverkehrsfreiheit also eine entscheidende Rolle in der Bestimmung der Rechtsangleichungskompetenz der Union. Art. 34 AEUV stellt keine allgemeine Handlungsfreiheit für Unternehmen dar. Bei einer zu weiten Auslegung besteht die Gefahr, dass es zu Überschneidungen mit anderen Grundfreiheiten kommt.<sup>218</sup> So wurde zum Teil darauf hingewiesen, dass Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch eine extensive Interpretation des Art. 34 AEUV entwertet werden könnten.<sup>219</sup> Vor allem aber wird den Mitgliedstaaten bei einer zu weiten Auslegung zu wenig eigene Kompetenz zugestanden.<sup>220</sup> An dieser Stelle kann anhand der Keck-Formel eine sachgerechte Begrenzung des Tatbestandes des Art. 34 AEUV vorgenommen werden. Die Differenzierung im Keck-Urteil erleichtert -wie oben

<sup>214</sup> Ludwigs, EuZW 2012, 608 (610).

<sup>215</sup> Ludwigs, EuZW 2012, 608 (610).; Leible/Schröder, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 41.

<sup>216</sup> Ludwigs, EuZW 2012, 608 (610); Herr, EuZW 2005, 171 (172).

<sup>217</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 192; Kahl, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 Rn. 21.

<sup>218</sup> Ackermann, RIW 1994, 189 (193).

<sup>219</sup> GA Tesouro, Schlussanträge vom 27. Oktober 1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 Rn. 27 – Hünernmund.

<sup>220</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 192.

dargestellt<sup>221</sup> die Feststellung, ob eine Behinderung des Marktzugangs und damit ein Eingriff vorliegt oder nicht. Bei produktbezogenen Regelungen kann eine Behinderung von vornherein angenommen werden, bei vertriebsbezogenen muss diese erst nachgewiesen werden.

### **bb) Begrenzung der Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 114 AEUV**

Produktbezogene Regelungen auf der einen Seite führen also zu einer Beeinträchtigung der Effektivität der Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt. Solche Regelungen dürfen also ohne weitere Begründung nach Art. 114 AEUV angegriffen werden.<sup>222</sup> Wenn eine Vorschrift auf der anderen Seite eine vertriebsbezogene Regelung i.S. der Keck-Formel darstellt und nicht in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV fällt, so verbleibt den Mitgliedstaaten in diesem Bereich die Kompetenz.<sup>223</sup> Denn die betroffene Regelung stellt dann schon tatbestandlich keine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit dar, sondern wird als Verkaufsmodalität i.S. der Keck-Formel gerade aus dem Schutzbereich des Art. 34 AEUV herausgenommen.<sup>224</sup> Eine Rechtsangleichung im Rahmen des Art. 114 AEUV mit der Begründung Handelshemmnisse abbauen zu wollen kann dann gerade nicht mehr stattfinden.<sup>225</sup> Die Keck-Formel entzieht also bestimmte Maßnahmen dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV und damit gleichzeitig der Harmonisierungskompetenz der Union.<sup>226</sup>

### **cc) Harmonisierung trotzdem möglich?**

Teilweise wird aber vertreten, dass auch dann ein solcher Rückgriff auf Harmonisierungsmaßnahmen noch möglich sei.<sup>227</sup> Dabei wird darauf hingewiesen, dass sich Keck nur auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten beziehe und nicht auf die Gestaltung des Binnenmarktes.<sup>228</sup> Dies kann allerdings nicht überzeugen. Die Keck-Formel zeigt vielmehr im Rahmen der Grundfreiheiten -insbesondere der Warenverkehrsfreiheit- ob eine Maßnahme den Marktzugang versperrt oder behindert, was dann wiederum Auswirkungen auf die Rechtsangleichung im Binnenmarkt hat. Liegt nämlich kein Marktzugangshindernis nach Keck vor, dann kann eine Rechtsangleichung nicht damit begründet werden, dass Handelshemmnisse beseitigt

---

<sup>221</sup> s.o.: B. II. 4., S. 7.

<sup>222</sup> Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 97.

<sup>223</sup> Ludwigs, EuZW 2006, 417; Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 196.

<sup>224</sup> Leible/Schröder, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 41.

<sup>225</sup> Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 21; Steinke, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 82; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49 (52), Mayer, EuR 2003, 793 (812); Classen, EuR 2004, 416 (437); vgl. schon Petschke, EuZW 1994, 107 (111).

<sup>226</sup> von Bogdandy/Bast, in: von Bogdandy/Bast, European Constitutional Law, § 8, S. 275 (293) dort in Fn. 139.

<sup>227</sup> Grigoleit, AcP 2010, 354 (367); Remien, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.) Europarecht, § 14 Rn. 7; Roth, Symposium für Honsell, S. 31 (53f.); Davies, ELR 2005, 370 (373ff.); Keßler, Warenverkehrsfreiheit, S. 318f.

<sup>228</sup> Remien, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.) Europarecht, § 14 Rn. 7.

werden sollen, um gerade diesen gemeinsamen Markt zu schützen.<sup>229</sup> Eine Harmonisierung entsprechender Regelungen zu Verkaufsmodalitäten führt dann gerade nicht dazu, die Warenverkehrsfreiheit effektiver anwenden zu können und diesbezüglich den Binnenmarkt zu verwirklichen.<sup>230</sup> In einem solchen Fall kann also nicht auf Art. 114 AEUV als Kompetenzgrundlage zurückgegriffen werden.<sup>231</sup> Dies hat zugleich den Vorteil, dass die detaillierte Rechtsprechung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zur Abgrenzung der Rechtsangleichungskompetenz herangezogen werden kann.<sup>232</sup>

## 2. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen

Wie oben gesehen können neben nationalen Regeln, die zu Handelshemmnissen führen, auch Regelungen, die spürbare Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen, über Art. 114 AEUV angeglichen werden. Die Keck-Formel trägt auch hier zu einem besseren Verständnis und zu einer klaren Abgrenzung der Rechtsangleichungskompetenz bei.

### a) Kumulativ oder alternativ?

Teilweise wird nämlich davon ausgegangen, dass für eine legitime Rechtsangleichung beide Varianten des Art. 114 I AEUV kumulativ vorliegen müssten.<sup>233</sup> Dies wird unter anderem damit begründet, dass nur im Zusammenhang mit dem Wettbewerb eine *spürbare* Verzerrung verlangt wird.<sup>234</sup> Diese Spürbarkeitsregel würde außer Kraft gesetzt, müssten die beiden Varianten nur alternativ vorliegen. Denn dann würde der Unionsgesetzgeber immer den einfacheren Weg über die Handelshemmnisse wählen, die keinem Spürbarkeitsanforderung unterliegen.<sup>235</sup>

### b) Einführung eines Spürbarkeitskriteriums für die Handelshemmnisse

Gegen ein kumulatives Verhältnis spricht zum einen die Rechtsprechung des EuGH, der Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen alternativ einsetzt.<sup>236</sup> Zum anderen kann hier auch die Keck-Formel fruchtbar gemacht werden. Der EuGH setzt zur Begrenzung des Schutzbereichs des Art. 34 AEUV sowohl die Keck-Formel als auch die Formel, dass eine

<sup>229</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 196; Herr, EuZW 2005, 171 (172).

<sup>230</sup> Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 98.

<sup>231</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 363; Kahl, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 21; Steinke, Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung, S. 82; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49 (52), Mayer, EuR 2003, 793 (812); Classen, EuR 2004, 416 (437); a.A. Roth, Symposium für Honsell, S. 31 (53) der zwischen *judicial restraint* und Grenzen der Harmonisierungskompetenzen der Gemeinschaft unterscheidet.

<sup>232</sup> Vgl. von Bogdandy/Bast, in: von Bogdandy/Bast, European Constitutional Law, § 8, S. 275 (293).

<sup>233</sup> Schweitzer/Schroeder/Bock, S. 34f.; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49 (56);

<sup>234</sup> Schweitzer/Schroeder/Bock, S. 34f.; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49 (56).

<sup>235</sup> Schweitzer/Schroeder/Bock, S. 34f.; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49 (56).

<sup>236</sup> vgl. u.a. EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-453, Rn. 60 – British American Tobacco; EuGH, Rs. C-58/08, Slg. 2010, I-4999 Rn. 32 – Vodafone u.a..

Maßnahme „zu ungewiss und zu indirekt“ sei ein. Diese beiden Formeln können gewissermaßen als Spürbarkeitskriterium für die Variante der Handelshemmnisse angesehen werden.<sup>237</sup> Denn die Keck-Formel schließt nur solche Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV aus, welche den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren. Eine tatsächliche Ungleichbehandlung liegt aber nur dann vor, „wenn der Marktzugang konkret, erkennbar und nicht nur unerheblich erschwert wird“.<sup>238</sup> Bei einem solchen Verständnis der Keck-Formel können folglich auch nur *spürbare* Hemmnisse im Rahmen des Art. 114 AEUV angegriffen werden.<sup>239</sup> Durch den Gleichklang zwischen Art. 34 und 114 AEUV besteht dann aber kein Grund mehr zur Befürchtung, dass das Spürbarkeitskriterium umgangen werden könnte.<sup>240</sup>

### c) Alternatives Vorliegen von Handelshemmnissen oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen

Folglich kann die Keck-Formel auch in diesem Bereich für Rechtssicherheit sorgen. Sie bringt Klarheit in die Rechtsprechung zur Reichweite des Art. 114 AEUV, indem sie verdeutlicht, dass es ausreicht wenn entweder Handelshemmnisse oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen *alternativ* vorliegen und nicht beide *kumulativ* gegeben sein müssen.<sup>241</sup>

## II. Schaffung eines Ausgleichs zwischen Binnenmarktintegration und mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie

Die Keck-Formel kann also an verschiedenen Stellen für mehr Klarheit im Verständnis des Art. 114 AEUV und dessen Reichweite sorgen. Sie dient folglich auch als sinnvoller Ausgleich zwischen der Rechtsangleichung im Binnenmarkt auf der einen und der nationalen Regelungsautonomie auf der anderen Seite.<sup>242</sup> Dies geschieht, indem sie die Reichweite der Grundfreiheiten gegenüber den mitgliedstaatlichen Kompetenzen abgrenzt.<sup>243</sup> Den Mitgliedstaaten wird damit ein ausreichend großer Handlungsspielraum zugestanden. Denn nationale Regelungen, die Verkaufsmodalitäten i.S. der Keck-Formel darstellen und somit nicht in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV fallen, können dann auch nicht im Bereich der Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV der Kompetenz

<sup>237</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 367.

<sup>238</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 195; Weatherill, CMLR 1996, 885 (898): „direct or substantial hindrance to market access“; vgl. Herdegen, Europarecht, § 15 Rn. 12.

<sup>239</sup> vgl. zu dieser Argumentationskette Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 366f.

<sup>240</sup> Ludwigs, Rechtsangleichung, S. 209.

<sup>241</sup> Im Ergebnis auch für Alternativität: Kahl, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 22; Herr, EuZW 2005, 171 (173); Möstl, EuR 2002, 318 (324).

<sup>242</sup> Ackermann, RIW 1994, 189 (192).

<sup>243</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 161; Mayer, EuR 2003, 793 (812); vgl. Kingreen, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, Grundfreiheiten S. 705 (727ff.).

der Mitgliedstaaten entzogen werden.<sup>244</sup> In der Keck-Formel kann demnach „ein Zeichen der Besinnung des EuGH auf die Aufgabe, durch seine Rechtsprechung (wieder) Klarheit über die Reichweite der Grundfreiheiten gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht zu schaffen“,<sup>245</sup> gesehen werden.

#### SCHLUSSBETRACHTUNG

Genau durch einen solchen Rückzug auf seine ursprüngliche Funktion im Bereich der Warenverkehrsfreiheit wollte der EuGH 1993 Ordnung in die Rechtsprechung bringen. Eine klärende Wirkung kann der Keck-Formel nach eingehender Betrachtung durchaus zugesprochen werden:

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ist die Unterscheidung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen in vielen Fällen dazu in der Lage, mehr Sicherheit und Ordnung in die Rechtsprechung zu bringen. Besonders die jüngeren Entscheidungen *Kommission/Italien* und *Mickelsson/ Roos* zeigen allerdings die Tendenz des EuGH, verstärkt auch auf das Kriterium des Marktzugangs abzustellen. Dieser Gesichtspunkt war bereits in der Keck-Formel angelegt und er ist auch das leitende Kriterium der neu entwickelten Formel des EuGH. Diese erhält nun auch eigenständige Bedeutung neben der Keck-Formel in der Frage nach Eingriffen in Art. 34 AEUV.

Besonders hilfreich ist das Merkmal des Marktzugangs auch bei der Frage, ob die Keck-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten übertragen werden kann. Es hat sich gezeigt, dass eine Übertragung -nach Reduzierung auf dieses wesentliche Kriterium- auch hier zu sachgerechten Ergebnissen und einer einheitlicheren Rechtsprechung in den verschiedenen Grundfreiheiten beitragen kann.

Auch wenn die in Keck vorgenommene Differenzierung nicht bei allen Grundfreiheiten zu befriedigenden Ergebnissen führen kann, so erhält sie doch auf dem Gebiet der kompetenzrechtlichen Rückwirkungen besondere Bedeutung. Hierbei ist vor allem ihre Wirkung auf die vertikale Kompetenzabgrenzung zu beachten. Wie gezeigt, ist die Keck-Formel geeignet, die Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 114 AEUV in einer sinnvollen Art und Weise zu begrenzen und somit ein Gleichgewicht zwischen mitgliedstaatlicher Regelungs- und gemeinschaftlicher Harmonisierungskompetenz herzustellen.

In jedem Fall unterstreichen die dargestellten Ergebnisse das, was der anfangs zitierte Richter Joliet bereits 1994 formulierte:

„Es war vorherzusehen, daß das Urteil Keck und Mithouard, das einen Versuch darstellt, Ordnung in die Rechtsprechung zu bringen und die Grenzen des Anwendungsbereichs von Art. 30 EWG-V

---

<sup>244</sup> *Herr*, EuZW 2005, 171 (172).

<sup>245</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 161; vgl. i.d.S. auch *Kingreen*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, Grundfreiheiten S. 705 (727).

---

[Art. 34 AEUV] zu ziehen, die Aufmerksamkeit der Rechtslehre finden würde. Das Echo hierauf hat allerdings alle Erwartungen übertroffen.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> *Joliet*, GRUR Int. 1994, 979

## LITERATURVERZEICHNIS

- Ackermann, Thomas*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“. Zu den EuGH-Entscheidungen „Keck“ und „Hünernmund“, RIW 1994, S. 189
- Becker, Ulrich*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, S. 162
- von Bogdandy, Armin/ Bast, Jürgen (Hrsg.)*, Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundsätze, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009, S. 705  
(zitiert: *Autor*, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht)
- dies. (Hrsg.)*, Principles of European Constitutional Law, 2. Auflage, Oxford 2011.  
(zitiert: *Autor*, in: von Bogdandy/Bast, European Constitutional Law)
- Brigola, Alexander*, Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München 2004  
(zitiert: *Brigola*, System der EG-Grundfreiheiten)
- dies.*, Die Metamorphose der Keck-Formel in der Rechtsprechung des EuGH.  
Ein Eckpfeiler im System des freien Warenverkehrs in neuem Körper,  
EuZW 2012, S. 248.
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011(zitiert: *Autor*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV)
- Classen, Claus Dieter*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416
- dies.*, Vorfahrt für den Markzugang?. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-110/85 (Kommission/Italien), EuR 2009, S. 555

---

*Craig, Paul/ de Búrca, Gráinne*: EU Law. Text, Cases, and Materials, 5. Auflage, Oxford 2011. (zitiert: *Craig/de Búrca*, EU Law)

*Dauses, Manfred A.*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, S.425.

*ders.*, (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, München, Loseblattsammlung, Stand: EL 31 (Juli 2012)  
(zitiert: *Autor* in: Dauses, Eu-Wirtschaftsrecht)

*Davies, Gareth*, Can selling arrangements be harmonised?, ELR 2005, S. 370

*Eberhartinger, Michael*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S.43.

*Ehlers, Dirk*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin 2009  
(zitiert: *Autor*, in: Grundrechte und Grundfreiheiten)

*Eidenmüller, Horst*, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt. Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittfeld von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH, JZ 2004, S. 24

*ders./ Rehm, Gebhard M.*, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung Inspire Art, EuGH NJW 2003, 3331, ZGR 2004, 159.

*Epiney, Astrid*, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2009 - Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2010, S.1065.

*Everling, Ulrich*, Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot. Tragweite und Grenzen, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 607.

*Feiden, Sonja*, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, Berlin 2003.  
(zitiert: *Feiden*, „Keck“-Rechtsprechung)

*Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage Berlin - Heidelberg 2012 (zitiert: *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten)

*Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Band I, EUV/AEUV, München, Stand: EL 49 (November 2012) (Zitiert: *Autor*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU)

*Grigoleit, Hans Christoph*, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 2010, S. 354

*von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, Art. 1-53 EUV/ Art. 1-80 EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.  
(zitiert: *Autor* in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag)

*Haferkamp, Ute*, Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Haferkamp*, Kapitalverkehrsfreiheit)

*Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias*, Europarecht, 8. Auflage, Tübingen, 2012 (zitiert: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht)

*Hatzopoulos, Vassilis*, Case C-384/93, Alpine Investments BV v. Minister van Financiën, Judgment of 10 May 1995, CMLR 1995, S. 1427

- 
- Hatzopoulos, Vassilis*, Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services, CMLR 2000, S. 43
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 14. Auflage, München 2012  
(zitiert: *Herdegen*, Europarecht)
- Herr, Gunther*, Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 95 EG. Zugleich eine Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 14. 12. 2004 (Arnold André und Swedish Match), EuZW 2005, S. 171
- Jarass, Hans D.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202
- Joliet, René*, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, S. 979
- Keßler, Jutta*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht. -Zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten-, Berlin 1997  
(zitiert: *Keßler*, Warenverkehrsfreiheit)
- Kieninger, Eva Maria*, Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten Zweifel und offene Fragen, ZeuP 2004, S. 685
- Kingreen Thorsten*, Anmerkung zu Rs. C-322/01 Deutscher Apothekenverband e.V./DocMorris NV und Jacques Waterval, ZESAR 2004, S. 102
- Körper, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004  
(zitiert: *Körper*, Grundfreiheiten und Privatrecht)
- Kort, Michael*, Schranken der Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Recht, JZ 1996, S.132
- Leible, Stefan*: Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531

---

*Ludwigs, Markus*, Art 95 EG als allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarkts oder als „begrenzte Einzelermächtigung“?, *EuZW* 2006, S. 417

*ders.*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa – Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, *EuR* 2006, S. 370

*ders.*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag. Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, Göttingen 2004 (zitiert: *Ludwigs*, Rechtsangleichung)

*ders.*, Verwirklichung des Binnenmarkts durch ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“?. Das optionale Modell im Kreuzfeuer der Kompetenzkritik, *EuZW* 2012, S. 608.

*Mayer, Franz C.*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht - eine Rekonstruktion, *EuR* 2003, S. 793

*Mojzescowicz, Karolina*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, Baden-Baden 2001 (zitiert: *Mojzescowicz*, Grundfreiheiten)

*Möstl, Markus*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers; *EuR* 2002, S. 318

*Oechsler, Jürgen*, Erlaubte Gestaltungen im Anwendungsbereich des Art. 56 I EG. Zugleich zur Entscheidung EuGH, NZG 2006 – Golden Shares VI, *NZG* 2007, S.161

*Oppermann, Thomas/ Classen, Dieter/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)*, Europarecht. Ein Studienbuch, 4. Auflage, München 2009.

(zitiert: *Autor*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht)

*Petschke, Matthias*, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH – Anmerkungen zu den Urteilen EuGH, EuZW 1993, 770 – Keck und EuGH, EuZW 1994, 119 – Hünermund, EuZW 1994, S. 107

*Purnhagen, Kai*, Anmerkung zu EuZW 2012, 508 - ANETT, JZ 2012, S. 742.

*Rauber, Markus*, Quo vadis, „Keck“? – zum Problem von Verwendungsbeschränkungen im freien Warenverkehr –, ZEuS 2010, S. 15

*Reich, Norbert*, Anmerkung zu Rs. C-384/93 - *Alpine Investments*, EuZW 1995, S. 407

*Remien, Oliver*, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages – Bemerkungen zu den Urteilen des EuGH vom 24.11.1993 (Keck und Mithouard) und 15.12.1993 (Hünermund u.a.), JZ 1994, S. 349

*ders.*, The “November Revolution“ of the European Court of Justice: *Keck, Meng* and *Audi* revisited, CMLR 1994, S. 459

*Roth, Wulf-Henning*, „Centros“: Viel Lärm um Nichts?. Besprechung der Entscheidung EuGH EuZW 1999, 216 - Centros Ltd. ./ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ZGR 2000, S. 311

*ders.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997 S. 729

*ders.*, Freier Warenverkehr nach „Keck“, in: Hübner, Ulrich/ Ebke, Werner F. (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 929

- ders.*, Rechtsetzungskompetenz und Rechtspolitik in der Europäischen Union,  
in: Harrer, Friedrich/ Gruber, Michael (Hrsg.), Symposium für Heinrich Honsell,  
München 2009, S. 31
- ders.*, Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen  
Union, EWS 2008, S. 401
- Ruge, Reinhard*, Anmerkung zu EuGH: Goldene Aktie V: Flugverkehrskontrolle in  
Großbritannien, Rs. C-98/01 *Kommission/Vereinigtes Königreich*, EuZW 2003, S. 540
- Sack, Rolf*, Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-  
Vertrag, EWS 1994, S. 37
- Schulze, Reiner/ Zuleeg, Manfred/ Kadelbach, Stefan*, Europarecht. Handbuch für die  
deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden 2010  
(zitiert: *Autor*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht)
- Schroeder, Werner*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-416/93 - Bosman, JZ 1996, S. 254
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012.  
(zitiert: *Autor*, in: Schwarze, EU-Kommentar)
- Schweitzer, Michael/ Schroeder, Werner/ Bock, Yves*, EG-Binnenmarkt und  
Gesundheitsschutz – Am Beispiel der neuen Tabakrichtlinie der Europäischen  
Gemeinschaft, Heidelberg 2002.
- Selmayr, Martin/ Kamann, Hans-Georg/ Ahlers, Sabine*, Die Binnenmarktkompetenz der  
Europäischen Gemeinschaft – Lehren aus den Tabakurteilen des EuGH für die künftige  
Kompetenzordnung der EU-Verfassung, EWS 2003, S. 49
- Steinberg, Phillip*, Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und  
Rechtfertigungsebene, EuGRZ 2002, S. 13.

---

*Steinke, Kirska*, Die Übertragbarkeit der *Keck*- Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Frankfurt am Main 2009

(zitiert: *Steinke*, Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung)

*Streinz, Rudolf (Hrsg.)*, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2. Auflage, München 2012.

(zitiert: *Autor*, in: Streinz, EUV/AEUV)

*Stork, Stefan*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union.

Zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit unter Berücksichtigung der positiven und der negativen Integration, Frankfurt am Main, 2003.

(zitiert: *Stork*, Kapitalgesellschaften)

*Weatherill, Stephen*, After Keck: Some Thoughts on how to clarify the Clarification, CMLR 1996, S. 885

*Wellige, Kristian*, Weg mit dem VW-Gesetz!, EuZW 2003, S. 427

