

SCHRIFTEN ZUM
WIRTSCHAFTS- UND
MEDIENRECHT,
STEUERRECHT UND
ZIVILPROZESSRECHT

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 41

Kirsa Steinke

Die Übertragbarkeit
der *Keck*-
Rechtsprechung
des EuGH auf die
Niederlassungsfreiheit



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
1. Teil: Die „Keck“ – Rechtsprechung zu Art. 28 EG	27
§ 1. Zur Konvergenz der Grundfreiheiten	27
I. Schutzbereich.....	30
II. Beeinträchtigungen.....	31
1. Offene Diskriminierung	31
2. Versteckte Diskriminierung.....	32
3. Beschränkungen.....	33
III. Rechtfertigung.....	34
1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe.....	35
2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.....	36
§ 2. Überblick über die EuGH-Rechtsprechung zu Art. 28 EG vor „Keck“	38
I. Allgemeines Beschränkungsverbot seit „Dassonville“	38
1. Sachverhalt.....	38
2. Entscheidung des EuGH	39
3. Konsequenzen einer Auslegung als Beschränkungsverbot ..	39
II. Anerkennung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe durch „Cassis de Dijon“	40
1. Sachverhalt.....	41
2. Entscheidung des EuGH	41
3. Konsequenzen der „Cassis“ – Rechtsprechung	42
III. Eingrenzung der Reichweite des Art. 28 EG vor „Keck“	43
1. Inkohärente Rechtsprechung des EuGH.....	43
2. Eingrenzungsvorschläge durch die Literatur	45
a) Kriterium der Spürbarkeit.....	45
b) Kriterium der Finalität.....	47
c) Kriterium der spezifisch beschränkenden Wirkung	47
d) Kriterium der Zwischenstaatlichkeit	48
e) Kriterium des Einfuhrhindernisses	49
f) Kriterium der Verkaufsumstände.....	49
§ 3. Eingrenzung des Beschränkungsverbotes durch „Keck“	50
I. „Keck“ als Ausnahme zu „Dassonville“	52

1. Sachverhalt.....	53
2. Entscheidung des EuGH	53
II. Differenzierung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen	54
1. Produktbezogene Regelungen	54
a) Fallgruppen des EuGH	54
aa) Urteile bezogen auf die Bezeichnung, Zusammensetzung, Aufmachung und Etikettierung ..	56
bb) „Mars“ als unmittelbar dem Produkt anhaftende Werbung	58
b) Ablehnung des Kriteriums der produktbezogenen Regelungen durch einen Teil der Literatur	59
c) Zusammenfassung: Vorteil durch Abkehr von der einzelfallbezogenen Rechtsprechung	60
2. Verkaufsmodalitäten	61
a) Fallgruppen des EuGH	61
b) Problemfälle	63
aa) Fehlende Einordnung	64
bb) Werbung	65
(1) Marketing-Mix	65
(2) Euro-Marketing.....	67
c) Definitionen der Literatur.....	68
aa) Konkretisierung des Begriffs der „Absatzmodalitäten“	68
bb) Ökonomischer Ansatz	69
cc) Begriff des Marktzugangs.....	70
d) Zusammenfassung: Die Vorzüge von „Keck“ durch eine subsumtionsfähige Formel.....	72
III. Begründung für die „Keck“-Formel	73
1. Ansätze des EuGH	73
a) Stärkere Frequentierung des Art. 28 EG	74
b) Fehlende Eignung zur Marktzugangsbehinderung.....	75
2. Ausarbeitung in der Literatur.....	76
a) Weite der „Dassonville-Formel“	76
b) Überforderung der nationalen Gerichte.....	77
c) Subsidiaritätsprinzip	77
d) Rechtssicherheit.....	79
e) Kompetenzabgrenzung	80
IV. Zusammenfassung: Konsequenzen der „Keck“-Rechtsprechung	82
§ 4. Voraussetzungen der „Keck“ – Formel	85

I. Geltung für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben	85
II. Rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührend	87
§ 5. Präzisierung der „Keck“-Formel durch „DocMorris“	88
I. Betonung des Marktzugangs in Vorgängerentscheidungen	89
1. Konkretisierung von „Keck“ anhand von Werbeverböten...	89
2. Erschwerung des Marktzugangs in „TK-Heimdienst“	91
II. „DocMorris“ als Rückausnahme von „Keck“ oder als Konkretisierung durch den Marktzugang?.....	92
1. Sachverhalt.....	93
2. Entscheidung des EuGH	94
3. Lösungsmodelle der Literatur	96
a) Konkretisierung der zweiten „Keck“ - Voraussetzung durch den Marktzugang	97
b) Rückausnahme von „Keck“.....	99
c) Ablehnung der Entscheidung.....	99
III. Zusammenfassung: „DocMorris“ als Konkretisierung des Marktzugangs	100
2. Teil: Die Niederlassungsfreiheit	105
§ 1. Einleitung	106
§ 2. Schutzbereich	109
I. Anwendbarkeit.....	109
1. Vorrang sekundärrechtlicher Regelungen	109
a) Richtlinien nach Art. 47 EG	110
b) Richtlinien nach Art. 44 EG	112
2. Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts	113
3. Vorbehalt der Ausübung hoheitlicher Gewalt, Art. 45 EG.....	114
II. Sachlicher Schutzbereich	116
1. Begriff der Niederlassung.....	117
a) Selbständige Erwerbstätigkeit	118
b) Erfordernis der Dauerhaftigkeit.....	119
2. Formen der Niederlassung.....	120
a) Primäre Niederlassung, Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG	121
b) Sekundäre Niederlassung, Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG.....	122
3. Abgrenzung gegenüber anderen Grundfreiheiten.....	123
III. Persönlicher Schutzbereich.....	125
1. Natürliche Personen, Art. 43 Abs. 1 S. 1, S. 2 EG	125

a) Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG	126
b) Erfordernis der Ansässigkeit für Sekundärniederlassungen, Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG	127
2. Gesellschaften, Art. 48 EG	128
a) Qualifikation als Gesellschaft.....	128
b) Gleichstellungsvoraussetzungen	129
aa) Gründung nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates.....	130
bb) Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft.....	131
c) Ansässigkeitserfordernis.....	133
§ 3. Beeinträchtigungen	134
I. Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot	135
1. Offene Diskriminierungen	138
2. Versteckte Diskriminierungen	139
II. Ausweitung der Niederlassungsfreiheit zum Beschränkungsverbot.....	142
III. Rückführung auf ein Diskriminierungsverbot?	146
§ 4. Rechtfertigung	147
I. Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 46 Abs. 1 EG	148
1. Öffentliche Ordnung und Sicherheit.....	150
2. Öffentliche Gesundheit	152
II. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	152
1. Anwendungsbereich.....	153
2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	154
a) „Cassis“ – Rechtsprechung.....	154
b) Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EG	156
c) Sonstige zwingende Gründe des Allgemeininteresses ...	157
3. Ablehnung der „Cassis“ - Rechtsprechung?.....	160
4. Kodifizierung der „Cassis“-Rechtsprechung im neuen Vertragswerk der EU?.....	162
III. Rechtfertigungsschranken.....	162
1. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	163
a) Geeignetheit	164
b) Erforderlichkeit.....	165
c) Angemessenheit.....	170
2. Die Bedeutung der Gemeinschaftsgrundrechte	170
3. Missbrauch bzw. Betrug	174
a) Einordnung	174

b) Voraussetzungen.....	176
c) Ausdehnung des „Betrug-“ bzw. „Missbrauchtatbestands“?.....	177

3. Teil: Die Übertragung von „Keck“ auf die Niederlassungsfreiheit 179

§ 1. Übertragung der „Keck“ – Formel auf die anderen

Grundfreiheiten	179
I. Dienstleistungsfreiheit.....	180
1. Erwähnung der „Keck“ - Formel durch den EuGH.....	181
a) „Alpine Investments“ als Nichtanwendung von „Keck“ im konkreten Fall.....	181
aa) Sachverhalt.....	181
bb) Entscheidung des EuGH.....	182
b) „Canal Satélite Digital“ als bloße Möglichkeit einer Übertragbarkeit.....	183
aa) Sachverhalt.....	183
bb) Entscheidung des EuGH.....	184
c) „Laserdrome“ als (bewusste) Nichtanwendung von „Keck“.....	185
aa) Sachverhalt.....	185
bb) Entscheidung des EuGH.....	186
2. Streitstand in der Literatur.....	187
a) Analoge Anwendung von „Keck“.....	187
b) Ablehnende Ansicht.....	188
3. Zusammenfassung: Dienstleistungsfreiheit als Gewährleistung des Marktzutrittsrechts.....	190
II. Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	191
1. Erwähnung der „Keck“-Formel durch den EuGH.....	191
a) „Bosman“ als Marktzutrittsbeeinträchtigung.....	191
aa) Sachverhalt.....	191
bb) Entscheidung des EuGH.....	192
b) „Graf“ als bloße Wiederholung des „Bosman“-Urteils .	193
aa) Sachverhalt.....	193
bb) Entscheidung des EuGH.....	193
2. Streitstand in der Literatur.....	194
a) Differenzierung zwischen „Ob“ und „Wie“ einer Beeinträchtigung.....	194
aa) Analoge Anwendung von „Keck“.....	196
bb) Ablehnende Ansicht.....	197
b) Keine Einschränkung des Anwendungsbereichs.....	198
3. Zusammenfassung: Arbeitnehmerfreizügigkeit	

als Gewährleistung des Marktzutrittsrechts.....	199
III. Kapitalverkehrsfreiheit.....	200
1. Erwähnung von „Keck“ in der „Golden-Share“ - Rechtsprechung.....	200
a) „Kommission/Spanien“ als erstmalige Subsumtion unter „Keck“	201
aa) Sachverhalt.....	201
bb) Entscheidung des EuGH.....	201
b) Wiederholung durch „Kommission/ Vereinigtes Königreich“	203
aa) Sachverhalt.....	203
bb) Entscheidung des EuGH.....	203
2. Streitstand in der Literatur	204
a) Analoge Anwendung von „Keck“	204
b) Ablehnende Ansicht	205
3. Zusammenfassung: Kapitalverkehrsfreiheit als Gewährleistung des Marktzutrittsrechts.....	206
IV. Ergebnis zur Übertragung der „Keck“ – Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten	207
§ 2. Vorschläge zur Übertragung auf die Niederlassungsfreiheit	209
I. Keine Bezugnahme auf „Keck“ durch den EuGH	210
II. Analoge Anwendung in der Literatur.....	212
1. Begründungsansätze für eine analoge Anwendung.....	214
2. Differenzierungskriterien.....	217
a) Terminologie entsprechend den „Verkaufsmodalitäten“	217
aa) Aufenthalts- bzw. Ausübungsmodalitäten.....	218
(1) Ansicht von Kröck: Ausübungsmodalitäten...	219
(2) Ansicht von Unzicker: Aufenthaltsmodalitäten	220
bb) Niederlassungsmodalitäten.....	222
cc) Allgemeines Verkehrsrecht	223
dd) „Jedermann“ treffende Pflichten	225
ee) Standortbedingungen	227
ff) Tätigkeitsbezogene Vorschriften bzw. Tätigkeitsausübungsregelungen.....	228
(1) Ansicht von Eidenmüller: Tätigkeitsbezogene Vorschriften.....	228
(2) Ansicht von Kindler: Tätigkeitsausübungsregelungen	229
gg) Geschäftsleiterpflichten.....	230

hh) Keine objektiv niederlassungsfreiheitsregelnde Tendenz.....	231
ii) Bestandteil eines offenen wirtschaftlichen Ordnungsrahmens	232
jj) Verkehrsfähigkeitsvorschriften	233
kk) Zwischenergebnis	233
b) Terminologie entsprechend den „produktbezogenen“ Vorschriften	235
aa) Zutrittsschranken	235
bb) (Quasi-)gesellschaftsakzessorische Pflichten.....	238
cc) Korporativ wirkende Vorschriften.....	239
dd) An die Struktur der Gesellschaft anknüpfende Regelungen	241
ee) An die Identität anknüpfende Vorschriften	241
ff) Subjekteigenschaften	243
gg) Niederlassungsbezogene Vorschriften	244
hh) Zwischenergebnis	245
c) Stufenmodelle: Weniger strenge Rechtfertigungsprüfung im Einzelfall	246
aa) Tätigkeitsausübung	247
bb) Marktrückzugsregeln.....	248
cc) Zusammenfassung: Keine Notwendigkeit eines Systems des fließenden Übergangs	249
3. Zwischenergebnis	250
III. Keine Übertragung von „Keck“ durch Teil der Literatur.....	252
IV. Übertragung nur hinsichtlich des Marktzugangskriteriums	254
1. Differenzierung nach marktaufsplitternder Wirkung	254
2. „EG-Weit-Test“ nach Feiden.....	257
V. Zusammenfassung	259
4. Teil: Grenzen einer Übertragung von „Keck“	261
§ 1. Anwendungsfälle der Literatur	261
I. „Niederlassungsmodalitäten“ entsprechend den Verkaufsmodalitäten	262
1. Allgemeines Deliktsrecht.....	262
2. Allgemeines Schuldrecht	264
3. Allgemeines Insolvenzrecht.....	265
4. Allgemeine Strafgesetze	266
5. Handelsrechtliche Registrierungsrechte und -pflichten.....	267
6. Sonstiges	269
II. „Korporativ-“ bzw. „niederlassungsbezogene Vorschriften“	

entsprechend den produktbezogenen Regelungen.....	270
1. Mindestkapitalvorschriften	271
2. Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzregeln	272
3. An gesellschaftsrechtliche Pflichten anknüpfende Strafvorschriften	275
a) Strafrechtsnormen mit unmittelbar gesellschaftsrechtlichem Bezug.....	275
b) Strafrechtsnormen mit mittelbar gesellschaftsrechtlichem Bezug.....	277
4. Geschäftsleiter- bzw. Gesellschafterhaftung	278
a) Existenzvernichtungshaftung.....	279
b) Durchgriffshaftung	283
aa) Materielle Unterkapitalisierung	285
bb) Individueller Rechtsmissbrauch	287
5. Sonstiges	287
§ 2. Problemfälle.....	288
I. Umstrittene Einordnung einzelner Fallgruppen	289
1. Firmenrecht	289
2. Unternehmensmitbestimmung	290
3. Gewerberechtliche Untersagungen	293
4. Pflichtmitgliedschaft in den Kammern und Kammerbeiträge.....	293
5. Die Haftung aus § 826 BGB	294
6. Die Haftung aus c.i.c.....	297
7. Insolvenzverschleppungshaftung.....	299
8. Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG, § 41 Abs. 1 AktG	304
9. „Vermögensvermischung“ als Fallgruppe der Durchgriffshaftung.....	306
II. Unterschiedliche Einordnung einzelner Fallgruppen bei Gesellschaften und natürlichen Personen i.S.v. „Keck“	307
1. Die Haftung aus c.i.c.....	307
2. Die Haftung aus § 826 BGB	308
3. Keine „allgemeinen Strafrechtsnormen“	309
III. Grenzfall: Allgemeine Sorgfaltspflichthaftung der Geschäftsleiter.....	310
IV. Vom EuGH als Beschränkung eingeordnete „Niederlassungsmodalitäten“	313
§ 3. Überprüfung der für „Keck“ genannten Begründungen bei Anwendung auf Art. 43, 48 EG	314

I. Spannungsverhältnis der Grundfreiheiten im Rahmen der horizontalen und vertikalen Kompetenzabgrenzung	314
II. Sonstige für „Keck“ angeführte Begründungsansätze	316
§ 4. Ergebnis: Keine Übertragbarkeit der „Keck“ – Formel	318
5. Teil: Fazit: Differenzierte Rechtfertigungsprüfung und Abkehr von der Konvergenz der Grundfreiheiten	323
Verzeichnis der zitierten EuGH-Entscheidungen	327
Literaturverzeichnis.....	335