

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
<b>Einleitung</b> .....	<b>21</b>
<b>1. Teil: Die „Keck“ – Rechtsprechung zu Art. 28 EG</b> .....	<b>27</b>
<b>§ 1. Zur Konvergenz der Grundfreiheiten</b> .....	<b>27</b>
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
<b>§ 2. Überblick über die EuGH-Rechtsprechung zu Art. 28 EG vor „Keck“</b> .....	<b>38</b>
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
<b>§ 3. Eingrenzung des Beschränkungsverbotes durch „Keck“</b> .....	<b>50</b>
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
<b>§ 4. Voraussetzungen der „Keck“ – Formel .....</b>	<b>85</b>

I. Geltung für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben .....	85
II. Rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührend .....	87
<b>§ 5. Präzisierung der „Keck“-Formel durch „DocMorris“ .....</b>	<b>88</b>
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
<b>2. Teil: Die Niederlassungsfreiheit .....</b>	<b>105</b>
<b>§ 1. Einleitung .....</b>	<b>106</b>
<b>§ 2. Schutzbereich.....</b>	<b>109</b>
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
<b>§ 3. Beeinträchtigungen</b> .....	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
<b>§ 4. Rechtfertigung</b> .....	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

<b>Grundfreiheiten</b> .....	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
<b>§ 2. Vorschläge zur Übertragung auf die Niederlassungsfreiheit .....</b>	<b>209</b>
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
<b>4. Teil: Grenzen einer Übertragung von „Keck“ .....</b>	<b>261</b>
<b>§ 1. Anwendungsfälle der Literatur .....</b>	<b>261</b>
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
<b>§ 2. Problemfälle.....</b>	<b>288</b>
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
<b>§ 3. Überprüfung der für „Keck“ genannten Begründungen     bei Anwendung auf Art. 43, 48 EG .....</b>	<b>314</b>

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