

Die verschiedenen Ansätze des EuGH zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit – Eine Bewertung

Johannes Holst*

Inhalt	
A. Einleitung	333
B. Die Ansätze des EuGH	336
I. Keck-Rechtsprechung	336
1. Rechtssicherheit durch Kontinuität in der Rechtsprechung	337
2. Künstliche Aufspaltung einheitlicher Marktgeschehen	338
II. De-minimis-Schwelle	339
1. Keine tragfähigen Argumente für ein de-minimis-Kriterium	340
2. Ausdrückliche Ablehnung durch den EuGH	340
III. Ausnahmen für „zu mittelbare“ Beschränkungen	342
1. Beschränkung der Dassonville-Formel	343
2. Ein entbehrliches Einschränkungskriterium	343
IV. Drei-Stufen-Prüfung, insbesondere Marktzugangskriterium	344
1. Das Marktzugangskriterium als einheitliches, dem Stand der Rechtsprechung entsprechendes Prüfungskriterium	346
2. Keine Rechtssicherheit durch das Marktzugangskriterium	347
C. Zusammenfassung und Bewertung	348

A. Einleitung

Unter den Grundfreiheiten nimmt die Freiheit des Warenverkehrs, geregelt in den Art. 34 ff. AEUV, eine besondere Stellung ein. Auf Grundlage von Art. 34 AEUV entwickelte der EuGH ein Netz von Einzelfallentscheidungen, das sich zumindest in Teilbereichen zu einer europäischen Rechtsordnung verdichtet hat.¹ Der EuGH hat in diesem Bereich grundlegende Entscheidungen getroffen und damit bedeutende dogmatische Entwicklungen angestoßen, die in der Folgezeit entsprechend auch auf

* Dr. Johannes Holst ist Fakultätsmanager der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg und Informationswissenschaftler.

1 *Kirschner*, Grundfreiheiten und nationale Gestaltungsspielräume, 2014, S. 319; *Micklitz*, Das Keck-Urteil des EuGH – vom Binnenmarkt zurück zum Freihandel?, IStR 1994, S. 87.

die anderen Grundfreiheiten angewendet wurden.² Innerhalb der Grundfreiheiten ist damit eine Art „Spill-over-Effekt“ zu beobachten.³

Die Art. 34 und 35 AEUV verbieten mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung. Eine mengenmäßige Beschränkung liegt dabei vor, wenn die Ein- bzw. Ausfuhr von Waren der Menge oder dem Wert nach begrenzt oder völlig verboten ist.⁴ Solche Beschränkungen spielen nach Jahrzehnten der europäischen Integration in der Praxis inzwischen kaum noch eine Rolle. Nach wie vor gibt es jedoch zahlreiche andere Hindernisse, die den freien Warenverkehr ebenfalls beeinträchtigen. Deshalb kommt es entscheidend darauf an, was unter „Maßnahmen gleicher Wirkung“ zu verstehen ist. Da Art. 34 AEUV dies nicht definiert, gewinnt der EuGH an dieser Stelle einen weiten Ermessens- und Definitionsspielraum hinsichtlich des Geltungsbereichs von Art. 34 AEUV.⁵ Der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ hat erst durch die Rechtsprechung des EuGH verbindliche Konturen bekommen.⁶

Im Urteil in der Rechtssache *Dassonville*⁷ bot sich dem EuGH die Gelegenheit, sich mit der Definition der „Maßnahme gleicher Wirkung“ im Sinne von Art. 34 AEUV grundlegend auseinanderzusetzen. Eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist durch dieses Grundsatzurteil definiert als

„jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁸

Mit diesem umfassenden Verständnis hat der EuGH Art. 34 AEUV von einem Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot ausgeweitet.⁹ Dieses umfassende Verständnis wurde neben dem Urteil in der Rechtssache *Dassonville* insbesondere auch

2 Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 AEUV, Rn. 1; Ruffert, Die Grundfreiheiten im Recht der Europäischen Union, JuS 2009, S. 98.

3 Zum „Spill-over-Effekt“ siehe Maduro, Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights, ELJ 1997, S. 67; Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 20.

4 EuGH, Rs. 2/73, *Geddo*, EU:C:1973:89, Rn. 7.

5 Parapatiis, The Influence of the (post) Keck Case Law on the Freedom to Provide Services, 2012, www.stiftung.at/wpcontent/uploads/2012/06/The_Influence_of_the_post_Keck_Case_Law_on_the_Freedom_to_Provide_Services-Felicitas-Parapatiis.pdf (1.8.2017), S. 3.

6 Brigola, Die Figur der Marktaustrittsbeschränkungen als Korrelat der Figur der Marktzugangsbeschränkungen, EuZW 2009, S. 479; Mortelmans, Article 30 of the EEC-Treaty and Legislation relating to Market Circumstances: Time to consider a new Definition?, CMLRev 1991, S. 123.

7 EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82.

8 Ibid., Entscheidungsgrund 5.

9 Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 34 AEUV, Rn. 11; Streinz, Konvergenz der Grundfreiheiten. Aufgabe der Differenzierungen des EG-Vertrages und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, in: Arndt u.a. (Hrsg.), Völkerrecht und Deutsches Recht, Festschrift für Walter Rudolf, 2001, S. 207.

durch die *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung¹⁰ des EuGH geprägt.¹¹ Der EuGH urteilte hier, dass die *Dassonville*-Rechtsprechung nicht nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos anwendbare Behinderungen des freien Warenverkehrs erfasst.¹² Alle in einem Mitgliedstaat rechtmäßig produzierten und in den Verkehr gebrachten Waren sollen freien Zugang zum Markt haben.¹³ Die Produktion einer Ware soll möglich sein, ohne vorher zu wissen, in welchem Mitgliedstaat sie später verkauft wird (sogenanntes Herkunftslandprinzip).¹⁴

Durch seine integrationsfreundliche Rechtsprechung in den Rechtssachen *Dassonville* und *Cassis de Dijon* erweiterte der EuGH den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit erheblich, sowohl materiell als auch durch die Ausweitung von einem Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot.¹⁵ Es blieb kaum noch eine nationale Regelung übrig, die sich nicht unter dem Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ zusammenfassen ließ.¹⁶ Aus der Entwicklung des Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot leitete der EuGH eine allgemeine sachliche Kontrolle auch nichtdiskriminierender nationaler Regelungen her. Diese weite Auslegung ging erheblich über den bis dahin erreichten und damit von der Akzeptanz der Mitgliedstaaten getragenen Stand der europäischen Integration hinaus.¹⁷ Die progressive Entwicklung der Grundfreiheiten verlieh der Europäisierung die notwendige Starthilfe und ihre spätere Dynamik¹⁸ und begründet den Ruf des EuGH als „Motor der Integration“. ¹⁹ Gleichzeitig führten diese Urteile zu einer Intensivierung der Diskussion über die

10 EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42.

11 *Kingreen*, (Fn. 2), Art. 36 AEUV, Rn. 47; *ders.*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 35 f.; *Odendahl*, Die „Cassis de Dijon-Entscheidung“, JA 1996, S. 18 ff.; *Oliver*, Of Trailers and Jet Skis: is the case law on Article 34 TFEU hurtling in a new direction?, FILJ 2010, S. 1432 ff.; *Oliver*, in: *ders.* (Hrsg.), *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5. Aufl. 2010, S. 107 ff.; *Poncelet*, Free Movement of Goods and Environmental Protection in EU Law: A Troubled Relationship, ICLR 2013, S. 176; *Shuibhne*, The free movement of goods and Article 28 EC: an evolving framework, ELRev 2002, S. 408; *Woods*, Consistency in the chambers of the ECJ: a case study on the free movement of goods, CJQ 2012, S. 353.

12 *Sack*, Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, S. 38.

13 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 762.

14 *Giegerich*, Europarecht und deutsches Recht – Wechselwirkung in der Fallbearbeitung, JuS 1997, S. 427.

15 *Hatje*, in: *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2009, S. 816; *Kotzur*, (Fn. 9), Art. 34 AEUV, Rn. 11.

16 *Maduro*, Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungsppluralismus, EuR 2007, S. 15; *Ress*, Abschied von Cassis de Dijon und Dassonville, EuZW 1993, S. 745.

17 *Roth*, in: *Roth/Hilpold*, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 582 f.

18 *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217; *Kirschner*, (Fn. 1), S. 252; zum Begriff der Europäisierung *Kämmerer*, Europäisierung des öffentlichen Dienstrechts, EuR 2001, S. 28 ff.

19 *Everling*, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft vor ihrem Gerichtshof, EuR 1983, S. 105; *Kirschner*, (Fn. 1), S. 111; *Streinz*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration, AöR 2010, S. 27.

Grenzen der Integration durch die Rechtsprechung.²⁰ Auch das *Cassis*-Urteil brachte nicht den erhofften Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Binnenmarktes auf der einen und den legitimen Interessen der Mitgliedstaaten auf der anderen Seite.²¹ Vor diesem Hintergrund entwickelte der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit verschiedene Ansätze zur Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV. Der Beitrag stellt die verschiedenen Einschränkungsmöglichkeiten dar- und einander vergleichend gegenüber. Deutlich wird hierbei, dass die vielfach schon totgesagte *Keck*-Rechtsprechung nach wie vor einen wesentlichen Beitrag zur Diskussion über die sachgerechte Begrenzung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit leistet.

B. Die Ansätze des EuGH

I. Keck-Rechtsprechung

Im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) nimmt das Urteil in der Rechtssache *Keck*²² eine Schlüsselposition ein. In dieser Entscheidung unterschied der EuGH erstmals zwischen (bestimmten) Verkaufs- und Produktmodalitäten.²³ Unter dem Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung sind Maßnahmen zu verstehen, die regeln, wer etwas wann, wo, wie und zu welchem Preis verkaufen darf.²⁴ Zu den Produktmodalitäten zählen unter anderem alle Vorschriften, die Änderungen am Produkt selbst oder an seiner Verpackung notwendig machen.²⁵ Das Urteil stellte einen Versuch dar, Ordnung in die Rechtsprechung des EuGH zu bringen und den durch die *Dassonville*-Formel praktisch unbegrenzt ausgeweiteten Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV zu begrenzen.²⁶ Die *Keck*-Rechtsprechung bedeutet dabei keine Kehrtwende im Hinblick auf die Grundsatzentscheidungen *Dassonville* und

20 *Ackermann*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, Zu den EuGH-Entscheidungen „Keck“ und „Hünernmund“, RIW 1994, S. 193; *Joliet*, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, S. 980; *Micklitz*, (Fn. 1), S. 88; *Mortelmans*, (Fn. 6), S. 115 ff.; *Oliver*, in: ders., (Fn. 11), S. 110; *Sack*, (Fn. 12), S. 38 ff.; *Steiner*, Drawing the Line: uses and abuses of Article 30 EEC, CML-Rev 1992, S. 749 ff.; *White*, In Search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty, CML-Rev 1989, S. 235 ff.; *Wils*, The search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?, ELRev 1993, S. 475 ff.

21 *Steiner*, (Fn. 20), S. 753.

22 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:905.

23 *Ibid.*, Rn. 16 f.

24 *Heermann*, Artikel 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands?, GRUR Int. 1999, S. 582; EuGH, verb. Rs. C-401/92 und C-402/92, *Tankstation 't Heukske und Boermans*, EU:C:1994:220, Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. C-387/93, *Banchero*, EU:C:1995:439, Rn. 34 ff.; EuGH, Rs. C-292/92, *Hünernmund u.a.*, EU:C:1993:932, Rn. 19 ff.

25 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:905, Rn. 15; *Streinz*, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln, Eine „Verkaufsmodalität“ im Sinne der Keck-Rechtsprechung?, EuZW 2003, S. 41.

26 *Joliet*, (Fn. 20), S. 979.

Cassis de Dijon, sehr wohl aber eine Kehrtwende im Hinblick auf den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV.²⁷ Seine Rechtsprechungsänderung begründete der EuGH dadurch, dass

„sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag [jetzt 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“.²⁸

Durch die Einführung einer normativen Komponente wird versucht, den Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ im Sinne der *Dassonville*-Formel zu modifizieren.²⁹ Mit dem Urteil kam der EuGH dem in der Literatur und von verschiedenen Generalanwälten geäußerten Wunsch nach einer Klarstellung über den Umfang des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV nach.³⁰ In der Literatur wird das Urteil teilweise als „Reform“,³¹ teilweise aber auch als „Revolution“³² bezeichnet. Die *Keck*-Rechtsprechung prägt die Auseinandersetzung über die dogmatische Struktur der Grundfreiheiten bis heute.³³

1. Rechtssicherheit durch Kontinuität in der Rechtsprechung

Für die *Keck*-Formel als Einschränkungskriterium für die Warenverkehrsfreiheit sprechen sowohl die durch die *Keck*-Rechtsprechung erfolgte Klarstellung der Funktion von Art. 34 AEUV als auch die sich aus der Kontinuität in der Rechtsprechung ergebende Rechtssicherheit. Mit dem Urteil in der Rechtssache *Keck* hat der EuGH klargestellt, dass Art. 34 AEUV eine Integrationsnorm zur Verwirklichung des Binnenmarktes ist.³⁴ Die Wirtschaftsteilnehmer können aus den Art. 34 ff. AEUV kein Recht auf wirtschaftliche Freiheit oder Handelsfreiheit ableiten. Die in den Unionsverträgen normierte Freiheit des Warenverkehrs soll die Durchlässigkeit der nationalen Märkte erreichen und sichern, nicht jedoch eine allgemeine Deregulierung selbiger

27 *Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr: Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor und nach dem Urteil „*Keck und Mithouard*“, 1998, S. 137.

28 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:905, Rn. 14.

29 *Ackermann*, (Fn. 20), S. 190.

30 *Ibid.*, S. 193; *Joliet*, (Fn. 20), S. 980; *Micklitz*, (Fn. 1), S. 88; *Mortelmans*, (Fn. 6), S. 115 ff.; *Oliver*, in: ders., (Fn. 11), S. 110; *Sack*, (Fn. 12), S. 38 ff.; *Steiner*, (Fn. 20), S. 749 ff.; *White*, (Fn. 20), S. 235 ff.; *Wils*, (Fn. 20), S. 475 ff.; Schlussanträge GA *van Gerven* zu EuGH, Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:160, Rn. 13; Schlussanträge GA *Tesauro* zu EuGH, Rs. C-292/92, *Hünernmund u.a.*, EU:C:1993:863, Rn. 26.

31 So *Maduro*, (Fn. 3), S. 58.

32 So *Oliver*, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1437; *Reich*, The „November Revolution“ of the European Court of Justice: *Keck*, Meng and Audi revisited, CMLRev 1994, S. 549.

33 Statt vieler *Cremer/Bothe*, Die Dreistufenprüfung als neuer Baustein der warenverkehrsrechtlichen Dogmatik, EuZW 2015, S. 416 f.; *Dietz/Strein*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 2015, S. 69 ff.

34 *Ackermann*, (Fn. 20), S. 189.

bewirken.³⁵ Die mit dem *Keck*-Urteil eingenommene Haltung des EuGH entspricht mehr dem System des Art. 34 AEUV als die frühere Rechtsprechung.³⁶

Ein weiterer Vorteil der *Keck*-Rechtsprechung ist die sich daraus für die Mitgliedstaaten ergebende Rechtssicherheit.³⁷ Diese ergibt sich insbesondere aus der inzwischen beachtlichen Anzahl von Einzelfallentscheidungen zur Frage der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ und ist deutlich höher als zunächst erhofft.³⁸ Die Hartnäckigkeit des EuGH bei der Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung konnte die Kritik an der fehlenden Klarheit dieser Rechtsprechung nach und nach entkräften.³⁹ Diejenigen nationalen Vorschriften, die die Voraussetzungen der *Keck*-Formel erfüllen, müssen im Streitfall nicht der umfangreichen Überprüfung ihrer Rechtfertigung vor dem EuGH unterzogen werden. Dies stärkt den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in denjenigen Rechtsbereichen, die keine Gefahr für die Verwirklichung des Binnenmarktes darstellen und in denen ihnen durch das Subsidiaritätsprinzip die rechtliche Gestaltungsmacht zukommt.

2. Künstliche Aufspaltung einheitlicher Marktgeschehen

Die Umsetzung der *Keck*-Rechtsprechung hat sich als sehr komplex herausgestellt. Die Unterscheidung zwischen Verkaufs- und Produktmodalitäten führt fast unausweichlich zu Zweifeln, wie die zu prüfende nationale Maßnahme zu qualifizieren ist.⁴⁰ Aus diesem Grund hat sich die Anzahl der Anfragen über den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit vervielfacht anstatt sich zu verringern.⁴¹ Kritisiert wird auch, dass der Ausgang der Verfahren vor dem EuGH nicht vorhersehbar ist, da es keine klaren Kriterien für Verkaufsmodalitäten gibt.⁴² Bei der Betrachtung nationaler Regelungen, die Verkaufsmodalitäten betreffen, als eine eigene Kategorie, wird das Augenmerk nicht auf die Auswirkungen der Maßnahme, sondern auf deren formelle Zuordnung gelenkt. Aus diesem Grund wird die *Keck*-Formel als zu formalistisch bewertet.⁴³ Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien von Maßnahmen sei nicht sachgerecht. Das Vorliegen einer Beschränkung des freien

35 Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, EU:C:2006:212, Rn. 37; *Lianos*, In Memoriam *Keck*: the reformation of the EU law on the free movement of goods, *ELRev* 2015, S. 231.

36 *Joliet*, (Fn. 20), S. 985.

37 *Oliver*, *FILJ* 2010, (Fn. 11), S. 1471; *Steinberg*, Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene, *EuGRZ* 2002, S. 20; anders *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, Art. 34 AEUV, Rn. 249.

38 *Oliver*, *FILJ* 2010, (Fn. 11), S. 1439; *Oliver*, in: ders., (Fn. 11), S. 132.

39 *Kirschner*, (Fn. 1), S. 320; *Oliver*, in: ders., (Fn. 11), S. 115.

40 Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, EU:C:2006:212, Rn. 24.

41 *Ibid.*, Rn. 34.

42 *Wilsher*, Does *Keck* discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market, *ELRev* 2008, S. 3.

43 *Weatherill*, After *Keck*: some thoughts on how to clarify the clarification, *CMLRev* 1996, S. 887.

Warenverkehrs sei von vielen anderen Faktoren abhängig, wodurch die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen künstlich erscheine.⁴⁴

II. De-minimis-Schwelle

In der Literatur wird zum Teil ein Verzicht auf sämtliche Formeln zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit favorisiert.⁴⁵ Mit dem Argument, jegliche Arten von Regelungsversuchen seien zu formalistisch, wird vertreten, dass sämtliche Maßnahmen, die beachtliche Auswirkungen auf die Warenverkehrsfreiheit haben, einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV darstellen.⁴⁶

Den Vertretern eines Spürbarkeitserfordernisses ist zuzugeben, dass sowohl der EuGH als auch Generalanwälte in mehreren Fällen davon gesprochen haben, dass die beeinträchtigenden Wirkungen nationaler Maßnahmen zu gering seien, um den Grundfreiheiten entgegenzustehen.⁴⁷ So kann aus einigen jüngeren Urteilen des EuGH die Schlussfolgerung gezogen werden, der EuGH habe damit einen *de-minimis*-Test eingeführt.⁴⁸ Diese Schlussfolgerung beruht auf der Argumentation des EuGH, die umstrittenen Regelungen hätten zu einer „starken“ Behinderung der Nutzung von Wassermotorrädern⁴⁹ beziehungsweise zu einem „erheblichen“ Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher⁵⁰ geführt.⁵¹

Teilweise wird die Befürwortung des *de-minimis*-Kriteriums dahingehend eingeschränkt, dass ein solches bei nichtdiskriminierenden Maßnahmen existiert, bei „Maßnahmen gleicher Wirkung“ jedoch nicht.⁵² Begründet wird dies mit der besonderen Verantwortung der Mitgliedstaaten, den Binnenmarkt zu schaffen, zu erhalten und zu schützen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV).⁵³

44 Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, EU:C:2006:646, Rn. 8.

45 So etwa *Jansson/Kalimo*, De Minimis meets „Market Access“: Transformation in the Substance – and the Syntax – of EU Free Movement, CMLRev 2014, S. 523 ff.; *Tryfonidou*, Was Keck a Half-backed Solution After All?, LIEI 2007, S. 182.

46 Ibid., S. 181.

47 So etwa EuGH, Rs. C-282/04, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2006:608, Rn. 29; *Jansson/Kalimo*, (Fn. 45), S. 529 f.; *Thomas*, Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheiten-dogmatik, Zur Frage eines Spürbarkeitserfordernisses bei der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten, NVwZ 2009, S. 1203 m.w.N.

48 *Snell*, The Notion of Market Access, a Concept or a Slogan?, CMLRev 2010, S. 458.

49 EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson*, EU:C:2009:336, Rn. 28.

50 EuGH, Rs. C-518/06, *Kommission/Italien*, EU:C:2009:270, Rn. 56.

51 *Parapatits*, (Fn. 5), S. 23.

52 *Barnard*, Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?, ELRev 2001, S. 57; *Jansson/Kalimo*, (Fn. 45), S. 535 ff. m.w.N.

53 *Enchelmaier*, Moped Trailers, Mickelsson & Roos, Gysbrechts: The ECJ's Case Law on Goods Keeps on Moving, Yearbook of European Law 29 (2010), S. 215.

1. Keine tragfähigen Argumente für ein *de-minimis*-Kriterium

Der einzige ersichtliche Vorteil des *de-minimis*-Kriteriums ist die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV für Fälle, die nach der *Dassonville*-Formel einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit darstellen würden, deren tatsächliche Auswirkungen auf den Handel in der Union jedoch so unbedeutend sind, dass es rechtspolitisch wünschenswert ist, sie aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herauszunehmen.⁵⁴

2. Ausdrückliche Ablehnung durch den EuGH

Der Verwendung eines *de-minimis*-Kriteriums stehen eine Vielzahl von Entscheidungen des EuGH entgegen, in denen der EuGH ausdrücklich festgehalten hat, dass auch geringfügige Beschränkungen verboten sind und dass die Auswirkungen einer Maßnahme nicht spürbar sein müssen.⁵⁵ Auch wenn sich der EuGH in seiner Rechtsprechung wiederholt mit der Schwere der möglichen Auswirkungen einer Maßnahme beschäftigt hat, bedeutet dies nicht die Einführung einer Spürbarkeitsschwelle.⁵⁶ Durch die Anwendung quantitativer Tests sollte vielmehr geprüft werden, ob überhaupt eine Beeinträchtigung vorliegt. Es findet somit keine Einschränkung des Begriffs der Beschränkung durch ein Spürbarkeitserfordernis statt. Vielmehr werden solche Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgeschlossen, die von vornherein nicht geeignet sind, eine Beeinträchtigung darzustellen.⁵⁷ Die jüngeren Urteile des EuGH und hier insbesondere die Rechtsprechung in der Rechtssache *Mickelsson und Roos*⁵⁸ zeigen nur, dass der EuGH prüft, ob eine Behinderung so erheblich ist, dass sie einem Marktzugangsverbot gleichkommt.⁵⁹ Sie erweitern den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV mehr, als dass sie ihn einschränken.⁶⁰ Jedenfalls hat der EuGH hier nicht versteckt einen *de-minimis*-Test eingeführt.⁶¹

Eine solche Ausnahme würde zudem einen Widerspruch zum Anspruch der Warenverkehrsfreiheit, Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten umfassend zu verbieten, darstellen.⁶² Die Grundfreiheiten als fundamentale Prinzipien

54 *Horsley*, Unearthing buried treasure: art. 34 TFEU and the exclusionary rules, ELRev 2012, S. 749.

55 EuGH, Rs. 16/83, *Prantl*, EU:C:1984:101, Rn. 20; EuGH, verb. Rs. 177/82 und 178/82, *Van de Haar*, EU:C:1984:144, Rn. 13; EuGH, Rs. C-126/91, *Yves Rocher*, EU:C:1993:191, Rn. 21; *Gormley*, Free Movement of Goods and Their Use – What Is the Use of It?, FILJ 2011, S. 1607 m.w.N. zur Rspr.; *Horsley*, (Fn. 54), S. 750; *Jansson/Kalimo*, (Fn. 45), S. 534.

56 *Horsley*, (Fn. 54), S. 751.

57 *Thomas*, (Fn. 47), S. 1204.

58 EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson*, EU:C:2009:336.

59 *Parapatits*, (Fn. 5), S. 23.

60 *Jesse*, What about Sunday Trading...? – The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU, EJRR 2012, S. 443.

61 *Gormley*, (Fn. 55), S. 1625.

62 *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der europäischen Union, 6. Aufl. 2015, Rn. 911.

des Unionsrechts lassen keinen Raum für eine solche Einschränkung.⁶³ Ein Eingriff in den Tatbestand einer Grundfreiheit liegt auch vor, wenn er nur sehr geringe Auswirkungen hat.⁶⁴ Für die Betroffenen einer wegen einer *de-minimis*-Regelung dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nicht unterfallenden Beschränkung derselben stellt das Wissen, dass diese Beschränkung nicht ausreichende Auswirkungen hat, um einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV darzustellen, keinen Trost dar.⁶⁵ Ein *de-minimis*-Test würde zur Tolerierung unter Umständen erheblicher Auswirkungen auf eine Gruppe von Händlern oder Verbrauchern führen, nur weil diese Gruppe klein ist.⁶⁶ Zudem wird argumentiert, dass die öffentliche Hand die ihr obliegenden Verpflichtungen ohne Abstriche zu erfüllen hat.⁶⁷

Auch rechtssystematische Überlegungen sprechen gegen die Anwendung eines Spürbarkeitskriteriums im Rahmen der Grundfreiheiten. Auch wenn ein solches Kriterium sich im Rahmen des Wettbewerbsrechts (Art. 101 AEUV) bewährt hat, bedeutet dies nicht, dass eine Übertragung auf die Grundfreiheiten geboten ist.⁶⁸ Teleologische Parallelen zwischen den Vorschriften des Wettbewerbsrechts und den Grundfreiheiten in Form des gemeinsamen Ziels des Schutzes des Handels in der Union können eine Übertragung nicht rechtfertigen.⁶⁹ Anders als bei den Wettbewerbsregeln, die sich in erster Linie an Private richten, wird bei den Grundfreiheiten primär der Staat verpflichtet, der nicht, wenn auch nur innerhalb gewisser Grenzen, von den aus den Grundfreiheiten resultierenden Pflichten freigestellt werden sollte.⁷⁰ Auch die Berücksichtigung der besonderen Normstruktur der Grundfreiheiten unterstreicht dieses Ergebnis. Diese umfassen eine praktisch unbegrenzte Anzahl von Maßnahmen, was eine Konkretisierung der Beeinträchtigungshandlungen unmöglich macht.⁷¹

Daneben existiert auch eine Reihe praktischer Probleme, die gegen die Anwendung eines Tests sprechen, der auf den Grad der Beeinträchtigung abstellt.⁷² Dies betrifft etwa die Frage der Grenzziehung zwischen einer „beachtlichen“ und einer „unbeachtlichen“ Beeinträchtigung.⁷³ Diese beginnen bereits bei der Auswahl des Bewertungskriteriums. Eine quantitative Analyse setzt die Gewinnung entsprechender Daten voraus, die regelmäßig nicht einfach zu erlangen sein werden.⁷⁴ Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit wäre ein solcher Schwellenwert zudem, anders als zum Beispiel im Kartellrecht, wo er an Marktanteilen oder Umsatzzahlen festgemacht werden kann,

63 Oliver, Some further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC, CMLRev 1999, S. 791.

64 Thomas, (Fn. 47), S. 1204.

65 Oliver, (Fn. 63), S. 792 mit Beispielen.

66 Ibid., S. 799.

67 Müller-Graff, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-, EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Bd. 1, Art. 30 EGV, Rn. 59.

68 Horsley, (Fn. 54), S. 750; Thomas, (Fn. 47), S. 1204.

69 Steiner, (Fn. 20), S. 772.

70 Thomas, (Fn. 47), S. 1204.

71 Ibid., S. 1205.

72 Oliver, (Fn. 63), S. 792.

73 Kingreen, (Fn. 11), S. 84; Parapatits, (Fn. 5), S. 23.

74 Oliver, (Fn. 63), S. 799.

praktisch schwer zu berechnen.⁷⁵ Ein einzelfallbezogener, vorwiegend intuitiver Test führt wiederum zu Rechtsunsicherheit.⁷⁶ Jeder Sachverhalt muss durch die nationalen Gerichte individuell beurteilt werden. Abhängig davon, welchem Bewertungsmaßstab der Vorzug gegeben wird, besteht die Gefahr, dass eine nationale Vorschrift in einem Mitgliedstaat gegen das Unionsrecht verstößt, in einem anderen jedoch nicht.⁷⁷ Insgesamt würde damit ein zusätzliches Element rechtlicher Unsicherheit eingeführt werden, welches die Anwendung von Art. 34 AEUV durch die nationalen Gerichte zusätzlich erschweren würde.⁷⁸ Handelsregelungen müssen, anders als Wettbewerbsbeschränkungen, keine spürbaren Wirkungen haben, um einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV darzustellen.⁷⁹

III. Ausnahmen für „zu mittelbare“ Beschränkungen

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung wiederholt nationale Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Art. 34 ff. AEUV herausgenommen, wenn seiner Einschätzung nach deren beschränkende Wirkung für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten „zu ungewiss und zu mittelbar“⁸⁰ oder „zu ungewiss und zu indirekt“⁸¹ war.⁸² Wie auch die anderen Vorschläge zur Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV ermöglicht die Herausnahme „zu mittelbarer“ Beschränkungen eine Reduzierung der Zahl der zu überprüfenden nationalen Maßnahmen, die grundlegende Fragen des Wohls der Gesellschaft oder soziale Belange regeln, nicht jedoch in die Warenverkehrsfreiheit eingreifen wollen.⁸³ Das Konzept der „zu indirekten“ Beeinträchtigung verfolgt das gleiche Ziel wie die *Keck*-Rechtsprechung, nämlich die Begrenzung der Anzahl der vor den EuGH gebrachten Fälle beziehungsweise deren erleichterte Abwicklung. Damit würden gleichzeitig gewisse Bereiche der Regelungsmacht der Mitgliedstaaten überlassen werden.⁸⁴ Thomas spricht vom „Erfordernis einer hinreichend wahrscheinlichen Minimalintensität, die eine Maßnahme aufweisen muss, um eine tatbestandsmäßige Beeinträchtigung darstellen zu können“.⁸⁵ Es wird vertreten, dass dieses Kriterium geeignet ist, nationale Beschränkungen, die den Handel in der Union nicht beeinträchtigen sollen, adäquat zu behandeln. Auch wenn solche Regelungen keine „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der *Keck*-Recht-

75 Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV, Rn. 70.

76 Jansson/Kalimo, (Fn. 45), S. 557.

77 Snell, (Fn. 48), S. 459.

78 Oliver, (Fn. 63), S. 792.

79 Freund, *Keck* und die Folgen, JA 1997, S. 717.

80 So etwa EuGH, Rs. C-69/88, *Krantz*, EU:C:1990:97, Rn. 11; EuGH, Rs. C-93/92, *CMC Motorradcenter*, EU:C:1993:838, Rn. 12; EuGH, Rs. C-291/09, *Guarnieri & Cie*, EU:C:2011:217, Rn. 17.

81 So etwa EuGH, Rs. C-379/92, *Peralta*, EU:C:1994:296, Rn. 52; EuGH, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries*, EU:C:1998:306, Rn. 31.

82 Horsley, (Fn. 54), S. 738 ff.

83 Barnard, (Fn. 52), S. 50.

84 Ibid., S. 50 f.; Horsley, (Fn. 54), S. 739.

85 Thomas, (Fn. 47), S. 1207.

sprechung sind, sind sie gleichwohl nichtdiskriminierend und haben keine im Sinne von Art. 34 AEUV relevanten Auswirkungen.⁸⁶ Anders als bei einem *de-minimis*-Test kommt es bei dieser Einschränkungsalternative auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Beeinträchtigung an, nicht auf deren Intensität.⁸⁷ Eine Maßnahme muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit geeignet sein, eine wenn auch nur minimale Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit bewirken zu können.⁸⁸ Rein hypothetische Auswirkungen auf den Handel in der Union sind nicht ausreichend.⁸⁹ Die Maßnahme kann dabei entweder abstrakt schon nicht geeignet sein, eine Beeinträchtigung darzustellen, oder sich aber unter quantitativen Gesichtspunkten nicht zu einer Behinderung des freien Warenverkehrs eignen.⁹⁰

1. Beschränkung der Dassonville-Formel

Der Vorteil dieser Ausnahmeregelung ist die Herausnahme von Vorschriften aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit, die nur rein hypothetisch Auswirkungen auf den Handel in der Union haben oder deren Behinderungswirkung völlig ungewiss bleibt. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der *Keck*-Formel, die *Dassonville*-Formel auf diejenigen nationalen Maßnahmen zu beschränken, die tatsächlich den Handel in der Union beeinträchtigen können.⁹¹

2. Ein entbehrliches Einschränkungskriterium

Das Konzept der „zu mittelbaren“ Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs ist sehr vage.⁹² Hierbei ist schon nicht klar, ob das Prinzip innerhalb oder neben der *Dassonville*-Rechtsprechung Anwendung findet.⁹³ Eine ausdrückliche Einschränkung der *Dassonville*-Formel, verbunden mit einer Konkretisierung, ab welchem Grad der Behinderung keine „zu mittelbare“ Behinderung und damit eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ vorliegt, hat der EuGH bislang nicht vorgenommen.⁹⁴ Zudem widerspricht dieses Einschränkungskriterium dem ausdrücklichen Wortlaut der *Dassonville*-Formel, wonach auch potenzielle Auswirkungen auf den Warenverkehr in der Union von Art. 34 AEUV erfasst werden.⁹⁵

86 *Barnard*, (Fn. 52), S. 52; *Horsley*, (Fn. 54), S. 734 ff.

87 *Jansson/Kalimo*, (Fn. 45), S. 544 ff.; *Kingreen*, (Fn. 2), Art. 36 AEUV, Rn. 55; anders *Horsley*, (Fn. 23), S. 2013, der diese Unterscheidung nicht vornimmt.

88 *Oliver*, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1432; *Thomas*, (Fn. 47), S. 1206.

89 *Freund*, (Fn. 57), S. 717; *Kingreen*, (Fn. 11), S. 83.

90 *Thomas*, (Fn. 47), S. 1206 f.

91 *Horsley*, (Fn. 54), S. 738 ff.; *Streinz*, *Freier Warenverkehr – Diskriminierende Verkaufsmodalitäten*, JuS 2000, S. 811.

92 *Barnard*, (Fn. 52), S. 50; *Barnard/Deakin*, *Market Access and Regulatory Competition*, Jean Monet Working Paper No. 9/01, S. 24; *Horsley*, (Fn. 54), S. 742.

93 *Oliver*, (Fn. 63), S. 789.

94 *Keßler*, *Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht*, 1997, S. 52 f.

95 *Kingreen*, *Keine neue Frische in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten: Der EuGH und das aufgebackene Brot*, EWS 2006, S. 490.

Daneben ist auch nach wie vor das Verhältnis zur *Keck*-Rechtsprechung unklar.⁹⁶ Bei den wegen „zu ungewissen“ oder „zu indirekten“ Auswirkungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV herausgenommenen Verkaufsmodalitäten handelt es sich ausnahmslos um „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung, die auch bei Anwendung der *Keck*-Formel nicht in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV gefallen wären.⁹⁷ Einen Mehrwert bietet diese Art der Einschränkung somit nicht. Sie wird deshalb zu Recht als entbehrlich bezeichnet.⁹⁸

IV. Drei-Stufen-Prüfung, insbesondere Marktzugangskriterium

Das Kriterium des Marktzugangs spielt in den Entscheidungen des EuGH schon lange eine entscheidende Rolle.⁹⁹ Dies zeigt sich exemplarisch an der Entscheidung im Fall *Dassonville*. Die Definition für eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ unterscheidet danach, ob eine Handelsregelung geeignet ist, den Handel in der Union zu behindern oder nicht.¹⁰⁰ Auch in seinem Urteil in der Rechtssache *Keck* hat der EuGH das Kriterium des Marktzugangs thematisiert.¹⁰¹ Liegen die Voraussetzungen der *Keck*-Formel vor, so ist eine nationale Maßnahme nicht geeignet, den Marktzugang für die ausländischen Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Produkte tut.¹⁰² Der *Keck*-Formel liegt die Annahme zugrunde, dass, unter den genannten Voraussetzungen, keine Marktzugangsbeschränkung vorliegt, der Marktzugang für ausländische Waren also nicht stärker beschränkt ist als für nationale Produkte.¹⁰³ Nach der *Keck*-Formel sind somit nur diejenigen Maßnahmen verboten, die den Marktzugang versperren oder aber ausländische Waren im Vergleich zu nationalen Produkten diskriminieren.¹⁰⁴

Nach dem Urteil in der Rechtssache *Keck* hat der EuGH zur Beurteilung des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Warenverkehrs zunehmend geprüft, ob eine Maßnahme den Marktzugang tatsächlich oder potenziell behindert.¹⁰⁵ Besonders deutlich wird dies im Urteil in der Rechtssache *Doc Morris*.¹⁰⁶ Hier nimmt der EuGH Bezug

96 *Horsley*, (Fn. 54), S. 745.

97 *Ibid.*, S. 742; *Kingreen*, (Fn. 2), Art. 36 AEUV, Rn. 174.

98 *So Oliver*, (Fn. 63), S. 789.

99 *Barnard*, Restricting restrictions: lessons for the EU from the US?, CLJ 2009, S. 592; *Frenz*, Stand der *Keck*-Judikatur, WRP 2011, S. 1034 ff.

100 EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, EU:C:1974:82, Entscheidungsgrund 5.

101 *Oliver*, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1438; *Spaventa*, From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution, CMLRev 2004, S. 756; *Weatherill*, (Fn. 43), S. 893.

102 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:905, Rn. 17.

103 *Fenger*, Article 28 and restrictions on use of a legally marketed product, ELRep 2009, S. 332; *Kingreen*, (Fn. 95), S. 490; *Oliver*, (Fn. 63), S. 798.

104 *Parapatiis*, (Fn. 5), S. 13 f.

105 So z.B. EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, *De Agostini*, EU:C:1997:344, Rn. 43; EuGH, Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass GmbH*, EU:C:2000:12, Rn. 29; *Spaventa*, (Fn. 101), S. 756 f. m.w.N., auch zu den anderen Grundfreiheiten.

106 EuGH, C-322/01, *Doc Morris*, EU:C:2003:664.

zur *Keck*-Rechtsprechung und verbindet dann die zweite Voraussetzung nach der *Keck*-Formel mit dem Marktzugang.¹⁰⁷ Diesen stellt er in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen. In diesem Kontext dient das Marktzugangskriterium als Begründung dafür, warum die umstrittene nationale Maßnahme eine indirekte Diskriminierung bewirkt und deshalb den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit beschränkt.¹⁰⁸ Damit vertraut der EuGH darauf, dass sich Regelungen, die den Marktzugang im Sinne der *Keck*-Formel nicht versperren oder behindern, durch die Anwendung der dort aufgestellten Kriterien zuverlässig identifizieren lassen.¹⁰⁹

Neben der Verwendung des Marktzugangskriteriums als alleiniges Prüfungsmerkmal findet dieses Kriterium seit dem Jahr 2009 auch als Teil der 3-Stufen-Prüfung Anwendung.¹¹⁰ In seinem Urteil in der Rechtssache *Kommission/Italien* nannte der EuGH erstmals drei Kriterien, die einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit begründen.¹¹¹ Danach sind

„Maßnahmen eines Mitgliedstaates, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln [...] als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen anzusehen“.¹¹²

Daneben stellen auch

„Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen dar, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten“.¹¹³

Und weiter:

„Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert“.¹¹⁴

107 Ibid., Rn. 74.

108 Dietz/Strein, (Fn. 33), S. 50.

109 Ibid., S. 51.

110 Barnard, (Fn. 99), S. 592 f.; dies., Trailing a new approach to free movement of goods, CLJ 2009, S. 289; Cremer/Bothe, (Fn. 33), S. 415 ff.; Dietz/Strein, (Fn. 33), S. 52 ff.; Gormley, (Fn. 55), S. 1623; Horsley, Anyone for Keck?, CMLRev 2009, S. 2013 m.w.N.; ders., (Fn. 54), S. 755; Jesse, (Fn. 60), S. 440; Kirschner, (Fn. 1), S. 136 ff.; Kotzur, (Fn. 9), Art. 34 AEUV, Rn. 25; Oliver, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1461 ff.; Pecho, Good-Bye Keck?: A Comment on the Remarkable Judgement in Commission v. Italy, C-110/05, LIEI 2009, S. 260 ff.; Poncelet, (Fn. 11), S. 179 ff.; Tryfonidou, Further steps on the road to convergence among the market freedoms, ELRev 2010, S. 44.

111 Barnard, (Fn. 99), S. 592 f.; dies., CLJ 2009, (Fn. 110), S. 289; Cremer/Bothe, (Fn. 33), S. 415 ff.; Dietz/Strein, (Fn. 33), S. 52 ff.; Gormley, (Fn. 55), S. 1623; Horsley, (Fn. 110), S. 2013 m.w.N.; ders., (Fn. 54), S. 755; Jesse, (Fn. 60), S. 440; Kirschner, (Fn. 1), S. 136 ff.; Kotzur, (Fn. 9), Art. 34 AEUV, Rn. 25; Oliver, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1461 ff.; Pecho, (Fn. 110), S. 260 ff.; Poncelet, (Fn. 11), S. 179 ff.; Tryfonidou, (Fn. 110), S. 44.

112 EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, EU:C:2009:66, Rn. 37.

113 Ibid., Rn. 35.

114 Ibid., Rn. 37.

Inhaltlich bestehen zwischen der Anwendung des Marktzugangskriteriums als alleiniges Prüfungsmerkmal sowie im Rahmen der 3-Stufen-Prüfung keine Unterschiede. Die Vor- und Nachteile gelten sowohl für das Marktzugangskriterium als solches als auch bei seiner Verwendung im Rahmen der 3-Stufen-Prüfung.

1. Das Marktzugangskriterium als einheitliches, dem Stand der Rechtsprechung entsprechendes Prüfungskriterium

Die für das Marktzugangskriterium angeführten Vorteile lassen sich in verschiedene Kategorien einteilen. Für das Marktzugangskriterium wird vorrangig und vielfach das Argument der Konvergenz der Grundfreiheiten aufgeführt.¹¹⁵ Die einheitliche Verwendung dieses Prüfungskriteriums auch bei der Warenverkehrsfreiheit hat den Vorzug der Einfachheit, da nur noch eine einstufige Prüfung erforderlich ist.¹¹⁶ Das Marktzugangskriterium lässt sich auf alle Arten von Regelungen anwenden, da es weniger auf den Gegenstand als auf die Wirkungen der jeweiligen Regelung abstellt.¹¹⁷ Vielfach ist die Realität hier jedoch eine andere, was sich aus der genaueren Betrachtung der Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium ergibt.¹¹⁸ Der EuGH hat das Marktzugangskriterium in seiner Rechtsprechung wiederholt nicht konsequent angewandt.¹¹⁹ Darüber hinaus wurde in mehreren Fällen ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten festgestellt, obwohl der Marktzugang nicht beeinträchtigt war.¹²⁰ Es ist jedenfalls kein kohärentes System erkennbar, auf welche Beurteilungsmaßstäbe und Argumentationsgrundlagen der EuGH wann zurückgreift.¹²¹

Weiterhin wird vorgebracht, der Marktzugangstest sei besser mit dem Ziel der Schaffung eines Binnenmarktes vereinbar. Die Anwendung des Marktzugangskriteriums auch bei der Warenverkehrsfreiheit ergebe sich aus der gewandelten Bedeutung der Grundfreiheiten. Diese seien als Teil der den Unionsbürgern verliehenen Rechte einheitlich zu beurteilen. Insbesondere sei eine restriktive Anwendung von Art. 34 AEUV, etwa durch das Erfordernis einer Diskriminierung bei Verkaufsmodalitäten, unter diesen geänderten Umständen nicht mehr zeitgemäß.¹²² Alle Maßnahmen, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindern, müssen dem Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV unterfallen. Dazu zählen auch alle Vorschriften, die die Nutzung eines Produktes beschrän-

115 Siehe hierzu ausführlich Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, EU:C:2006:646, Rn. 118 ff.

116 *Barnard*, (Fn. 52), S. 53.

117 Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, EU:C:2006:646, Rn. 109.

118 Siehe hierzu ausführlich *Holst*, Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium?, EuR 2017 (i.E.).

119 *Snell*, (Fn. 48), S. 462.

120 *Ibid.* mit vielen Beispielen.

121 *Holst*, (Fn. 118).

122 *Tryfonidou*, (Fn. 110), S. 49.

ken.¹²³ In allen Regelungsbereichen hingegen, in denen der Marktzugang nicht wesentlich behindert wird, verbleibe den Mitgliedstaaten ein Bereich in eigener Verantwortung, in dem ihre Regelungsmacht nur durch die Reaktionen der Marktteilnehmer auf bestimmte Vorschriften beeinflusst wird.¹²⁴ Die Anwendung des Marktzugangskriteriums biete den Mitgliedstaaten die erforderliche Rechtssicherheit und gerichtliche Beurteilungen würden vorhersehbarer werden.¹²⁵

2. Keine Rechtssicherheit durch das Marktzugangskriterium

Das Marktzugangskriterium spielte bereits im Urteil des EuGH in der Rechtssache *Keck* eine Rolle.¹²⁶ Bereits zu dieser Zeit hatte sich gezeigt, dass dieses Kriterium alleine nicht ausreicht.¹²⁷ Es gibt sogar Stimmen, die die Beurteilung anhand des Kriteriums des Marktzugangs vollständig ablehnen, da diese dogmatisch unsauber und verwirrend sei.¹²⁸ Begründet wird dies damit, dass der Marktzugang das Ziel der Beschränkungsprüfung und nicht ein eigenständiges Prüfungskriterium ist.¹²⁹ Eine Regelung, die den Marktzugang behindert, ist ein Beispiel für eine „Maßnahme gleicher Wirkung“, setzt also nur um, was schon durch die *Dassonville*-Rechtsprechung klar gestellt ist.¹³⁰ Teilweise wird der Marktzugangstest sogar als „absolut ungeeignet“ bezeichnet.¹³¹ Befürchtet wird eine Einzelfallanalyse, die zu Lasten der Rechtssicherheit geht.¹³² Diese Rechtsunsicherheit ergibt sich hauptsächlich daraus, dass nach wie vor nicht geklärt ist, was unter dem Marktzugang zu verstehen ist.¹³³ Bedauerlicherweise hat sich der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung nur vereinzelt mit der Bestimmung des relevanten Marktes auseinandergesetzt.¹³⁴ In vielen Fällen zieht der EuGH eine weit gefasste Vergleichsgruppe zur Beurteilung heran, ohne zu erklären, warum diese dafür geeignet ist.¹³⁵ Im Vergleich dazu arbeitet der EuGH im Kartell-

123 *Frenz*, Limitierung von Plastiktüten und Unionsrecht, *GewArch* 2013, S. 330.

124 *Barnard*, (Fn. 52), S. 55.

125 So etwa *Prete*, Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck*, *LIEI* 2008, S. 149.

126 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, EU:C:1993:905, Rn. 17.

127 *Oliver*, in: ders., (Fn. 11), S. 123.

128 Ausführlich *Snell*, (Fn. 48), S. 470 ff.

129 *Parapatits*, (Fn. 5), S. 2 f.

130 *Gormley*, (Fn. 55), S. 1627.

131 *Spaventa*, Leaving *Keck* behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v Italy* and *Mickelsson and Roos*, *ELRep* 2009, S. 921.

132 *Kröger*, Nutzungsmodalitäten im Recht der Warenverkehrsfreiheit, *EuR* 2012, S. 477; *Weatherill*, Free movement of goods, *ICLQ* 2012, S. 542.

133 *Dietz/Strein*, (Fn. 33), S. 58; *Spaventa*, (Fn. 131), S. 923 f.; *dies.*, (Fn. 101), S. 743 ff.; *Weatherill*, (Fn. 43), S. 898.

134 Eine Ausnahme bildet hier EuGH, Rs. C-322/01, *Doc Morris*, EU:C:2003:664, Rn. 71 ff.

135 *Wilsher*, (Fn. 42), S. 17 m.w.N.

recht bei der Bestimmung des relevanten Marktes wesentlich präziser.¹³⁶ Die vom EuGH entwickelten Grundsätze wurden von der Kommission in der „Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“¹³⁷ zusammengefasst.¹³⁸

Auch die Generalanwälte und die Kommentatoren verwenden den Begriff des Marktzugangs uneinheitlich.¹³⁹ Die Meinungen gehen hier weit auseinander. Das Meinungsbild reicht von einer Versperrung oder wesentlichen Behinderung des Marktzugangs bis hin zu jeglicher Beeinträchtigung.¹⁴⁰ In welchem Verhältnis diese Fallgruppen zueinander sowie zu den ebenfalls für die Beurteilung der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit verwendeten Bewertungsmaßstäben stehen, ist ebenfalls ungeklärt.¹⁴¹ Damit zerschlägt sich die Hoffnung nach einer Vereinfachung der Beantwortung der Frage, ob eine konkrete Regelung gegen Art. 34 AEUV verstößt.¹⁴²

C. Zusammenfassung und Bewertung

Alle Arten der Einschränkung beziehungsweise Konkretisierung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV haben im Endeffekt dieselben Nachteile. Es gibt keine magische Formel, nach der zweifelsfrei festzustellen ist, welche Regelungen Art. 34 AEUV unterfallen und welche nicht.¹⁴³ Es ist kein Einschränkungskriterium ersichtlich, das sich hinsichtlich der Gewichtigkeit und Anzahl der Gegenargumente eindeutig aufdrängt. Schon in Anbetracht der Heterogenität der Fallgestaltungen ist kein Prüfungskriterium denkbar, das eine klare, eindeutige und zweifelsfreie Beantwortung der Frage, ob ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegt, ermöglicht.¹⁴⁴

136 *Eilmansberger*, in: Streinz, (Fn. 75), Vorbemerkungen zu Art. 101 ff. AEUV, Rn. 36 ff.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 102 AEUV, Rn. 48 ff.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 58. EL Januar 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 175; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 2), Art. 101 AEUV, Rn. 90 ff.

137 ABl. C 372 v. 9.12.1997, S. 5.

138 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 136), Art. 101 AEUV, Rn. 156 ff.; *Schröter/van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, (Fn. 37), Art. 101 AEUV, Rn. 110.

139 *Barnard*, (Fn. 52), S. 52 ff.; *Barnard/Deakin*, (Fn. 92), S. 13 ff.; *Oliver/Enchelmaier*, Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law, CMLRev 2007, S. 666 ff.; *Prete*, (Fn. 98), S. 152; *Snell*, Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law, Yearbook of European Law 22 (2003), S. 327 ff.; *Weatherill*, (Fn. 43), S. 897 ff.; Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, EU:C:2006:646, Rn. 108 ff.; Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-412/93, *Leclerc-Siplec*, EU:C:1994:393, Rn. 38 ff.; Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, EU:C:2006:212, Rn. 45.

140 *Horsley*, (Fn. 110), S. 2014; *Spaventa*, (Fn. 101), S. 743 ff.; *Weatherill*, (Fn. 132), S. 542.

141 *Snell*, (Fn. 48), S. 437.

142 *Barnard*, (Fn. 52), S. 55; *Lianos*, (Fn. 35), S. 237; *Spaventa*, (Fn. 101), S. 764.

143 *Prete*, (Fn. 98), S. 144.

144 *Spaventa*, The Outer Limits of the Treaty Free Movement Provisions: Some Reflections on the Significance of Keck, Remoteness and Deliege, in: Barnard/Odudu (Hrsg.), The outer limits of European Union law, 2008, S. 270.

Gegen die vielfach geforderte Aufgabe der *Keck*-Rechtsprechung sprechen die bereits dargestellten Argumente. Sie ist nach wie vor ein fester Bestandteil der europäischen Rechtsprechung. Für eine Beibehaltung und Fortentwicklung sprechen die schon langjährigen Erfahrungen mit dieser Rechtsprechung und die sich daraus ergebende Rechtssicherheit. Die Kritik an der *Keck*-Rechtsprechung bezieht sich vorwiegend auf die Zeit unmittelbar nach dem Urteil des EuGH. Durch die langjährige und konsequente Anwendung der *Keck*-Formel liegt inzwischen eine erhebliche Anzahl von Entscheidungen vor, die viele Unsicherheiten beseitigen konnten und durch Kontinuität in der Rechtsprechung für Rechtssicherheit sorgen.¹⁴⁵ Trotz der formalen Unterteilung in Verkaufs- und Produktmodalitäten hat der EuGH in seiner Rechtsprechung gezeigt, dass die Besonderheiten und Umstände der umstrittenen Regelungen hinreichend berücksichtigt werden.¹⁴⁶ Indem sich der EuGH jeweils nur soweit äußerte, wie es der konkrete Fall erforderte, hat er sich den notwendigen Spielraum bewahrt, um die *Keck*-Rechtsprechung auch in Zukunft noch weiter entwickeln zu können. Eine Abkehr von der *Keck*-Rechtsprechung hätte damit wesentlich mehr Nach- als Vorteile.¹⁴⁷ Die Wirkung des *Keck*-Urteils geht weit über die Sachverhalte, die „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ im Sinne des Urteils betreffen, hinaus. Die wohl größte Errungenschaft der *Keck*-Rechtsprechung ist die Klarstellung der Funktion von Art. 34 AEUV. Der EuGH ist mit dem Urteil dem wiederholt sowohl von den Generalanwälten als auch in der Literatur geäußerten Wunsch nach einer Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV nachgekommen. Die sich aus Sicht einiger Kommentatoren aus allgemeinen Auslegungsregeln ergebende Re-Nationalisierung von Teilen des Unionsrechts¹⁴⁸ ist vor dem Hintergrund der vielen, sich aus einer solchen Regel ergebenden Vorteile zu vernachlässigen.

Hinsichtlich der Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV durch ein Spürbarkeitserfordernis beziehungsweise durch die Herausnahme „zu mittelbarer“ Beschränkungen muss unterschieden werden. Auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung kommt es grundsätzlich nicht an. Dies folgt sowohl aus der Rechtsprechung des EuGH als auch aus der Auseinandersetzung mit den systematischen Schwächen dieses Eingrenzungsvorschlages. Die grundlegende Geeignetheit einer nationalen Regelung, überhaupt einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darzustellen, ist jedoch zu prüfen. Dieses Kriterium ist allerdings nicht geeignet, einen signifikanten Beitrag zu der Diskussion um die Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV zu leisten.

145 Oliver/Enchelmaier, (Fn. 139), S. 704.

146 Etwa EuGH, Rs. C-322/01, *Doc Morris*, EU:C:2003:664; EuGH, Rs. C-470/93, *Mars*, EU:C:1995:224; EuGH, Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass GmbH*, EU:C:2000:12.

147 So auch Oliver, (Fn. 63), S. 806.

148 So etwa Micklitz, (Fn. 1), S. 88.

Gegen eine alleinige Fokussierung auf das Marktzugangskriterium beziehungsweise auf die 3-Stufen-Prüfung¹⁴⁹ des EuGH sprechen die bereits dargestellten Argumente. Diese Rechtsprechung hat mitnichten zu mehr Rechtssicherheit und mehr Rechtsklarheit geführt. Dies ist nach einer verhältnismäßig kurzen Zeit auch nicht möglich, wie ein Vergleich mit der Entwicklung bei der *Keck*-Rechtsprechung zeigt. Die Einführung eines neuen Tests zieht viele Jahre an Rechtsunsicherheit nach sich. Zudem hat sich gezeigt, dass die *Keck*-Rechtsprechung parallel zur 3-Stufen-Prüfung auch weiterhin Anwendung findet. Der EuGH hat sich durch die ausdrückliche Beibehaltung der *Keck*-Rechtsprechung stillschweigend den Forderungen nach der Einführung eines, alle Grundfreiheiten umfassenden, Marktzugangstests widersetzt.¹⁵⁰ Es gibt keine hinreichenden Belege dafür, dass der EuGH beabsichtigt, in Zukunft einen reinen Marktzugangstest zu verwenden.¹⁵¹

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die parallele Verwendung unterschiedlicher Beurteilungsmaßstäbe unglücklich. Der wiederholt geäußerte Wunsch nach der Entwicklung einer eigenen Dogmatik wurde damit zumindest bislang enttäuscht. Der EuGH behält jedoch durch die dogmatische Offenheit die Möglichkeit, auch in Zukunft flexibel auf die vielfältigen Herausforderungen reagieren zu können, die sich aus der Erweiterung und Vertiefung der Union ergeben.¹⁵²

149 *Barnard*, (Fn. 99), S. 592 f.; *dies.*, (Fn. 110), S. 289; *Cremer/Bothe*, (Fn. 33), S. 415 ff.; *Dietz/Streinz*, (Fn. 33), S. 52 ff.; *Gormley*, (Fn. 55), S. 1623; *Horsley*, (Fn. 110), S. 2013 m.w.N.; *ders.*, (Fn. 54), S. 755; *Jesse*, (Fn. 60), S. 440; *Kirschner*, (Fn. 1), S. 136 ff.; *Kotzur*, (Fn. 9), Art. 34 AEUV, Rn. 25; *Oliver*, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1461 ff.; *Pecho*, (Fn. 110), S. 260 ff.; *Poncelet*, (Fn. 11), S. 179 ff.; *Tryfonidou*, (Fn. 23), S. 44.

150 So etwa *Oliver*, FILJ 2010, (Fn. 11), S. 1462; *Prete*, (Fn. 98), S. 155.

151 *Oliver*, in: *ders.*, (Fn. 11), S. 129; anders *Mittwoch*, Nationale Preisbindungsregelungen auf dem Prüfstand, EuZW 2016, S. 939.

152 Siehe hierzu ausführlich *Holst*, Die Warenverkehrsfreiheit zwischen unbeschränktem Marktzugang und mitgliedstaatlicher Autonomie, 2017, S. 263 ff.; in dieser Richtung auch *Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 2008, S. 785; *Kingreen*, (Fn. 11), S. 72; *Spaventa*, (Fn. 101), S. 772.