

HENDRIK SCHULTE WESTENBERG

Zur Bedeutung der *Keck*-
Rechtsprechung für die
Arbeitnehmerfreizügigkeit

Jus Internationale et Europaeum

32

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

32



Hendrik Schulte Westenberg

Zur Bedeutung der
Keck-Rechtsprechung für die
Arbeitnehmerfreizügigkeit

Mohr Siebeck

Hendrik Schulte Westenberg, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaften in Gießen und Münster; 2008 Promotion; Referendar am Landgericht Münster.

e-ISBN PDF 978-3-16-151171-4

ISBN 978-3-16-149991-3

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 6. Zugl.: Münster (Westf.), Univ. Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2008.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit lag der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Jahre 2008 als Inauguraldissertation vor. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang 2008 berücksichtigt werden.

Den Abschluss der Arbeit möchte ich zum Anlass nehmen, mich bei denjenigen zu bedanken, die ihr Gelingen gefördert haben.

Zutiefst dankbar bin ich meinem Doktorvater *Herrn Prof. Dr. Christian Walter*. Er hat die Arbeit zu jeder Zeit mit großem Interesse und Engagement begleitet und mich mit wertvollem Rat unterstützt. Besonders dankbar bin ich ihm überdies für die mit großer Selbstverständlichkeit übernommene Betreuung der Promotion nach dem leider viel zu frühen Tode meiner Doktormutter *Frau Prof. Dr. Renate Käppler*. Sie hat den Themenanstoß gegeben und die Arbeit in den ersten Wochen und Monaten ihres Entstehens noch betreuen können. Auch ihr schulde ich tiefen Dank. Recht herzlich möchte ich *Herrn Prof. Dr. Walter* und *Herrn Prof. Dr. Thilo Marauhn* zudem für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Jus Internationale et Europaeum“ danken. Herzlichen Dank schulde ich des Weiteren *Herrn Prof. Dr. Hans D. Jarass* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonders möchte ich mich überdies bei allen Freunden „aus der alten Heimat“ sowie aus der Studien- und Referendarzeit bedanken. Sie haben mich durch ihr Interesse am Fortgang der Arbeit und ihren Zuspruch stets in meinem Vorhaben bestärkt und ihre Freundschaft ist mir weit über das Fachliche hinaus seit jeher ein unschätzbare Rückhalt.

Den größten Dank jedoch schulde ich meinen Eltern, *Bernhard* und *Gesine Schulte Westenberg*, die mir Studium und Promotion ermöglicht und mich auch sonst zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht vorbehaltlos unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit deshalb von ganzem Herzen gewidmet.

Münster/Gildehaus im März 2009

Hendrik Schulte Westenberg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
1. Teil: Einführung	1
A. Vorstellung	1
B. Gang der Untersuchung	4
2. Teil: Der Beschränkungsverbotstatbestand des Art. 39 EG – Möglichkeiten und Ansätze zur Reduktion	9
A. Mit <i>Keck</i> konkurrierende Konzeptionen.....	10
I. Spürbarkeitserfordernis (sog. „de-minimis“-Formel)	11
1. Grundsätzliches: Quantitativer / Qualitativer Spürbarkeitstest	12
2. Argumente für einen Spürbarkeitstest	13
3. Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Vertragstextes	14
4. Ergebnis	18
II. Übertragung der Grundrechtsdogmatik.....	18
1. Ansatzpunkte der befürwortenden Auffassung	18
2. Bewertung	19
3. Ergebnis	28
III. Intentionalitätsprüfung.....	28
1. Anklang in der Rechtsprechung des Gerichtshofs?	28
2. Kritik	28
3. Bewertung	29
B. Adaption der <i>Keck</i> -Formel.....	30
I. Methodische Probleme bei der Entwicklung des Bechränkungs- verbotstatbestandes.....	31
1. Nur gleichheitsrechtliches Verständnis zulässig?	31

a. Wortlaut des Art. 39 EG	32
b. Systematik	33
aa. Art 40 EG	33
bb. „Äußere“ Systematik	35
(1). Entwicklung des Beschränkungsverbot im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit als dogmatischer Wegbereiter.....	36
(2). Entwicklung des Beschränkungsverbot im Rahmen der Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalver- kehrsfreiheit.....	36
(3.) Ergebnis	37
c. Teleologie	37
d. Historie	39
2. Ergebnis für Art. 39 EG	41
a. Schwierigkeiten bei der Anwendung des klassischen Methodenkanons.....	41
b. Auslegung oder gesetzübersteigende Rechtsfortbildung? Wesentlich: Teleologie der Norm	44
II. Schwierigkeiten bei der Anwendung der <i>Keck</i> -Formel im Rahmen des Arbeitnehmerfreizügigkeitstatbestandes – Kritik an <i>Keck</i>	45
1. <i>Keck</i> overruled?.....	46
a. Analyse der Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit	47
b. Extension des Anwendungsbereichs durch den Gerichtshof auf die Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrs- freiheit?	52
aa. Dienstleistungsfreiheit	53
(1). Judikatur und Ansichten der GA	53
(2). Literaturstimmen	62
bb. Niederlassungsfreiheit	64
(1). Judikatur und Ansichten der GA	64
(2). Literaturstimmen	67
cc. Kapitalverkehrsfreiheit.....	68
(1). Judikatur	68
(2). Literaturstimmen	69
c. Schlussbetrachtung	70
2. Unterscheidung nach Produkt- und Produktfaktorfreiheiten notwendig?	71
3. Ist die Begriffspaarbildung der <i>Keck</i> -Formel verfehlt?	75
a. Erster Kritikansatz der Literatur: „Verkaufsmodalitäten“ zu unbestimmt	75
aa. Element der „binnenmarktzersplitternden Wirkung“	75
bb. Unterscheidung nach „Regelungs- / Regelungsunter- schiedskosten“?	78

cc. Bewertung	79
b. Zweiter Kritikansatz der Literatur: Justitiabilitätsgrauzonen	81
4. Abschließende Bewertung der Kritik an <i>Keck</i>	84
3. Teil: Arbeitnehmerfreizügigkeitsspezifische Ausprägung der <i>Keck</i> -Formel	87
A. Vorfragen	87
I. Muss für die Frage nach der Adaption von <i>Keck</i> zwischen Maß- nahmen des Herkunfts- und solchen des Aufnahmestaates unterschieden werden?	87
II. Fällt auch „Annex-Freizügigkeit“ bei Beschäftigung im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in den Anwendungs- Bereich des Art. 39 EG?	89
III. Verneinung der Übertragbarkeit nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung?	91
1. Rs. <i>Bosman</i>	91
2. Rs. <i>Graf</i>	92
3. Rs. <i>van Lent</i>	94
4. Rs. <i>Kommission ./ Dänemark</i>	95
B. Adaption der Merkmale – Kreieren einer Gruppe mit arbeitnehmer- freizügigkeitsspezifischem Bedeutungsgehalt	98
I. Bedenken hinsichtlich des Wortlauts: Auseinanderfallen von modifizierter und ursprünglicher Formel?	100
1. Kritik von <i>Roloff</i> : Ableitung „schief“	100
2. Bewertung	102
3. Ausblick	103
II. Aus dem EGV hervorgehende, teleologische Determinanten der <i>Keck</i> -Formel	104
1. Gemeinsamer Markt / Binnenmarkt – Dualismus der Begriffe?	104
a. Streitstand	106
b. Konsequenzen für die Reichweite der Grundfreiheits- tatbestände	106
aa. Art. 2; 14 EG	106
bb. Sekundärrechtskompetenzen	109
(1). Art. 40; 42 EG	109
(2). Art. 137 EG	110
(3). Art. 95 EG	110
(4). Art. 2 I 1 EU	114
(5). „Weißbuch“ der Kommission	114

(6). Ergebnis	115
2. Gebotenheit der einschränkenden Auslegung der Grundfreiheiten aus normtheoretischen und rechtspraktischen Gründen – Zur besonderen Eignung der <i>Keck</i> -Formel	116
a. Drohender Normakzeptanzverlust	116
b. Akzeptanzfähigkeit der EuGH-Entscheidungen	117
c. Grundrechtsschutz	117
d. Kompetenzproblem	118
e. Zusammenfassung	121
f. Bedeutung der teleologischen Pro- <i>Keck</i> -Argumente für die Anwendung der Formel auf Art. 39 EG.....	122
g. In Sonderheit: Kurzer Vorgriff auf Art. 137 EG	122
3. <i>Keck</i> auch Ausfluss aus dem Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 II EG?	124
4. Drohende Rollenverschiebung zwischen europäischer Judikative und Exekutive	125
5. Unreflektierte Konvergenz der Freiheiten?.....	126
III. Zur Tauglichkeit der „Berufsausübungsregeln“ als Ausschlusskriterium	131
1. Kausalitätsprüfung als gemeinsames Strukturelement der <i>Krantz</i> - und <i>Keck</i> -Formel.....	135
a. Probleme bei der Einordnung der Frage nach der „zu mittel- „baren und ungewissen Wirkung“ einer Maßnahme	135
aa. Dichotomie zur <i>Keck</i> -Formel?	135
bb. Vereinbarkeit der Prüfungsmaßstäbe.....	136
b. Kausalitätskategorien des Zivilrechts? Zur Kongruenz zwischen Grundfreiheiten und Deliktsrecht hinsichtlich der ökonomischen Funktion	138
c. Adäquanztprüfung durch die Frage nach der „Gewissheit“ der Wirkung	144
d. Betrachtung des „Schutzzwecks der Norm“ durch die Frage nach der „(In-)Direktheit der Wirkung“	148
aa. Bestimmung des Normzwecks im Völkerrecht	150
bb. Bestimmung des Normzwecks im deutschen Recht	151
cc. Methodenkonflikt im Primärrecht – objektive oder subjektive Zweckbestimmung der Grundfreiheiten.....	152
e. Von <i>Krantz</i> zu <i>Keck</i>	158
f. Bewertung	160
2. Übertragbarkeit der Kausalitätskategorien im Wege „wertender Rechtsvergleichung“?	162
a. Bedenken gegen Kausalitätsdogmatik des Zivilrechts im Regime des Europarechts?.....	163

aa. Exkurs: Öffentlich-rechtliche vs. zivilrechtliche Betrachtungsweise.....	163
bb. Bewertung	163
b. Deliktsrechtliche Kausalitätsdogmatik in anderen Mitgliedstaaten.....	166
3. <i>Keck</i> Teil einer Kausalitätsprüfung.....	167
4. Übertragbarkeit der deckungsgleichen Elemente der <i>Krantz-</i> und <i>Keck</i> -Formel auf Art. 39 EG? Arbeitnehmerfreizügig- keitsspezifische Ausprägung der <i>Keck</i> -Formel.....	169
a. Unterscheidung nach dem „Ob“ und dem „Wie“ der Marktteilnahme.....	169
b. Verständnis der jeweils ausgeschlossenen Vorschriften i.S.v. „Marktteilnahmeregelungen“.....	170
C. Bestimmung der Ausschlussstopoi.....	173
I. Nach EuGH-Judikatur eindeutig nicht ausgeschlossen: Zahlungsmodalitäten	173
II. Ermittlung weiterer Regelungsgruppen	175
1. Neukonzeption: Differenzierung zwischen „tätigkeitsverhältnisge- staltenden“ und „tätigkeitsverhältnisbegleitenden“ Regelungen	175
a. Unzulänglichkeiten des Adaptionansatzes der herrschenden Meinung	175
b. „Spezifik“ des Marktzugangsbezugs als zentrales Element	176
c. Ausfüllung des Merkmals „spezifisch“.....	178
d. Anwendung des neuen Differenzierungsmaßstabes auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	181
aa. Rs. <i>Weigel</i>	182
bb. Rs. <i>Graf</i>	183
cc. Rs. <i>Bosman, Lehtonen, Kraus, Bobadilla</i>	183
dd. Rs. <i>ITC</i>	185
ee. Rs. <i>Kommission ./.</i> <i>Dänemark, van Lent</i> und <i>Nadin-Lux</i>	187
2. Einbindung der problematischen Kategorie der „Ausübungsmodalitäten“ – „Wegweiser“: Art. 137 EG	189
a. Keine allgemeingültige Zuordnung möglich.....	189
b. Kompetenzrahmen des Art. 137 EG.....	190
c. Einschränkende Auslegung von Art. 137 IV EG	191
aa. Die wesentlichen Urteile.....	195
(1). Rs. <i>Martínez Sala</i>	195
(2). Rs. <i>Grzelczyk</i>	196
(3). Rs. <i>Baumbast</i>	196
bb. Befürwortende Stimmen.....	197
cc. Ablehnende Stimmen.....	198

dd. Stellungnahme	198
d. Ergebnis: Differenzierung nach dem Ursprung der Maßnahme	204
aa. Legislativ- / Exekutivakte.....	204
bb. Die Reichweite im Übrigen.....	207
(1). Drittwirkung der Grundfreiheiten	208
(a). Bewertung der Rechtsprechung	209
(b). Bewertung der Ansätze aus der Literatur	211
(c). Zusammenfassung und Ausblick	218
(2). Bindung privatautonom Handelns an die Grundfreiheiten – Perspektiven und Bedeutung einer Reichweitenbeschränkung anhand der <i>Keck</i> -Formel.....	218
(a). Literaturstimmen.....	219
(aa). <i>Keun</i>	219
(bb). <i>Remien</i>	219
(b). Bewertung.....	219
(3). Individualverträge	221
(a). Modifikation der gesetzlichen Kündigungsfristen...223	
(b). Nachvertragliche Wettbewerbsverbote.....	227
(4). Ausnahmen für die „intermediären Gewalten“ nötig? ...229	
(a). Satzungen	229
(b). Tarifverträge	235
(c). Betriebsvereinbarungen	237
(5). Fazit.....	241
4. Teil: Schlussbetrachtung	243
A. Zusammenfassung	243
B. Die wichtigsten Thesen im Überblick.....	244
Literaturverzeichnis	247
Sachregister	263

1. Teil

Einführung

A. Vorstellung

Dass der EuGH der Garantie der Arbeitnehmerfreizügigkeit ebenso wie der der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG),¹ der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49; 50 EG)² und der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG)³ neben dem aus dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften (Art. 28 I EG; 43 II; 49, 50 III EG) hervorgehenden Gebot der Inländergleichbehandlung einen auch nicht-diskriminierende Behinderungen untersagenden Beschränkungsverbotstatbestand entnimmt, hat spätestens das Urteil in der Rs. *Bosman*⁴ nach überwiegender Ansicht⁵ deutlich gemacht.

¹ EuGH zu Rs. 8/74 in Slg. 1974, S. 837 (852) (*Dassonville*).

² EuGH zu Rs. 33/74 in Slg. 1974, S. 1299 ff. (*van Binsbergen*); EuGH zu den verb. Rs. 110/78 und 111/78 in Slg. 1979, S. 35 ff. (*van Wesemael*); EuGH zu Rs. 52/79 in Slg. 1980, S. 833 ff. (*Debauve*); EuGH zu Rs. 279/80 in Slg. 1981, S. 3305 ff. (*Webb*); EuGH zu Rs. C-76/90 in Slg. 1991, S. I-4221 ff. (*Säger*); EuGH zu Rs. C-55/94 in Slg. 1995, S. I-4165 ff. (*Gebhard*); EuGH zu den verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 in Slg. 1999, S. I-8453 ff. (*Arblade*).

³ EuGH zu Rs. 107/83 in Slg. 1984, S. 2971 ff. (*Klopp*); EuGH zu Rs. 143/87 in Slg. 1988, S. 3877 ff. (*Stanton*); EuGH zu den verb. Rs. 154/87 und 155/87 in Slg. 1988, S. 3897 ff. (*Wolf*); EuGH zu Rs. 96/85 in Slg. 1986, S. 1465 ff. (*Kommission ./.* *Frankreich*); EuGH zu Rs. C-340/89 in Slg. 1991, S. I-2357 ff. (*Vlassopoulou*); EuGH zu Rs. C-19/92 in Slg. 1993, S. I-1663 ff. (*Kraus*); EuGH zu Rs. C-55/94 in Slg. 1995, S. I-4165 ff. (*Gebhard*); EuGH zu Rs. C-53/95 in Slg. 1996, S. I-703 ff. (*Inasti*).

⁴ EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 ff. (*Bosman*); Danach ebenfalls in diesem Sinne: EuGH zu Rs. C-18/95 in Slg. 1999, S. I-345 ff. (*Terhoeve*); EuGH zu Rs. C-176/96 in Slg. 2000, S. I-2681 ff. (*Lehtonen*); EuGH zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 ff. (*Graf*). Vorher zeichnete sich ein Verständnis von Art. 39 EG (ex Art. 48 EGV) bereits ab in: EuGH zu Rs. 96/85 in Slg. 1986, S. 1475 (1485), Rz. 11 (*Kommission ./.* *Frankreich*); EuGH zu Rs. C-19/92 in Slg. 1993, S. I-1663 (1697), Rz. 32 (*Kraus*); EuGH zu Rs. C-55/94 in Slg. 1995, S. I-4165 (4197), Rz. 37 (*Gebhard*).

⁵ GA Lenz, Schlussanträge zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4693, Rz. 205 (*Bosman*); LAG Schleswig-Holstein, NZA 1998, S. 1248; *Brechmann* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 52; *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 164; *Wölker/Grill* in *von der Groeben/Schwarze*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 19; *Lenz/Scheuer*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 35; *Roloff*, S. 39 ff.; *Zuleeg* in *FS-Everling*, Bd. II, S. 1717 (1722); *Weth/Keiner* in *JuS* 2000, S. 425 (428); *Schilling* in *EuGRZ* 2000, S. 3 (10); *Eberhartinger* in *EWS* 1997, S. 43 (48); *Hobe/Tietje* in *JuS* 1996, S. 486

Nach dessen Kernaussage fallen

„Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen auch dann in den Schutzbereich von Art. 48 EG (jetzt Art. 39 EG), wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers gelten.“⁶

Offen geblieben ist indes, wie weit das Beschränkungsverbot reicht und damit die Frage, ob sich tatsächlich jede unterschiedslos wirkende Maßnahme an Art. 39 EG messen lassen muss, die geeignet ist, die Arbeitnehmerfreizügigkeit möglicherweise zu beeinträchtigen. Vereinzelt wird dies bejaht.⁷ Die Folge wäre, dass man stets den Anwendungsbereich des Art. 39 EG als eröffnet ansehen müsste. Methodisch käme lediglich noch eine Einschränkung auf Rechtfertigungsebene in Betracht, wo vor allem die Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu einer Fülle von Problemen und einzelfallabhängigen Unwägbarkeiten führen würde, denn ob die zu betrachtende mitgliedstaatliche Regelung europarechtskonform ist, würde dann als konkrete Angemessenheitsfrage behandelt werden, bei der es allein auf die individuelle Einschätzung des Richters ankäme. Eine so umfassende Reichweite des Beschränkungsverbotstatbestands begegnet angesichts der konzeptionellen Vorgaben des EGV allerdings erheblichen Bedenken. Denn es kann nicht darum gehen, nationale Regelungen allein auf ihre sachliche Berechtigung hin zu überprüfen, unabhängig davon, ob sie grenzüberschreitende Vorgänge stärker als rein inländische Vorgänge belasten.⁸ Dass eine Einschränkung – auf welche Weise auch immer – zu erfolgen hat, wird daher von der weit überwiegenden Zahl der Literaturstimmen befürwortet.

Besonderen Zuspruch findet ein Lösungsansatz, der auf die zur Warenverkehrsfreiheit anhand der *Keck*-Formel⁹ entwickelten Grundsätze zu-

(489); *Hilf/Pache* in NJW 1996, S. 1169 (1172); *Schroeder* in JZ 1996, S. 254 (256); *Nettesheim* in NVwZ 1996, S. 342 (343); *Mülbert* in ZHR 1995, S. 2 (31). Einen ganz anderen Ansatz verfolgt *Eilmannsberger* in JBl. 1999, S. 434 (446 ff.), der die Unterscheidung zwischen Diskriminierung und Beschränkung zugunsten einer Kernbereichslehre aufgeben möchte.

⁶ EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 ff. (*Bosman*).

⁷ GA *Alber* in Slg. 2000, S. I-2681 (2696), Rz. 48 f. zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 ff. (*Graf*); *Koenig/Steiner* in NJW 2002, S. 3583 (3585); *von Wilmsky* in EuR 1996, S. 362 (368 ff.).

⁸ *Streinz*, Europarecht, Rz. 681.

⁹ EuGH zu verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 in Slg. 1993, S. I-6097 ff.: Mit seinem Urteil Rechtssache „*Keck und Mithouard*“ hat der EuGH das der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) innewohnende Beschränkungsverbot erstmals anhand einer Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen konturiert. Eine staatliche Maßnahme muss sich nunmehr dann nicht an Art. 28 EG messen lassen, wenn sie:

rückzugreifen will.¹⁰ Seine dogmatische Einbettung findet der Übertragungsversuch in der Interpretation des Beschränkungsverbotes als Marktzugangsfreiheit.¹¹ Während diskriminierende Maßnahmen sich sowohl im Falle der Marktzugangsbetroffenheit als auch beim Agieren auf dem nationalen Markt an Art. 39 EG messen lassen müssen, wirkt die Vorschrift nur dann (auch) als Beschränkungsverbot, wenn der Zugang zu einer Volkswirtschaft betroffen ist.

Zugangsbehindernd kann bei einem umfassenden Verständnis aber jede nicht-diskriminierende Regelung sein, die sich nur irgendwie negativ auf die Entscheidung eines EG-Bürgers auszuwirken vermag, sein Heimatland zu verlassen und eine abhängige Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen.¹² Damit das Kriterium keinen Dammbuch bei den Vorlageverfahren zur Folge hat und aussagekräftig sowie handhabbar bleibt, sind daher zahlreiche Versuche unternommen worden, konkretisierende Merkmale zu entwickeln, anhand derer relevante von irrelevanten Zugangsbehinderungen unterschieden werden können. Zu diesem Zweck soll nach Ansicht der Mehrheit der Befürworter der Adaption des *Keck*-Konzepts statt zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen

1. Verkaufs- oder Absatzmodalitäten regelt, 2. für alle betroffenen Marktteilnehmer unterschiedslos wirkt und 3. den Absatz für in- wie EG-ausländische Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise reguliert (6131, Rz. 16 ff.).

Damit sollte der Anwendungsbereich des durch die sog. *Dassonville*-Formel (EuGH zu Rs. Rs. 8/74 in Slg. 1974, S. 837 [852]) ausufernd weit definierten Tatbestandsmerkmals der „Maßnahme gleicher Wirkung“ (= jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern) enger umrissen werden.

¹⁰ GA *Lenz*, Schlussanträge zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4930, Rz. 206 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 272 ff.; *Frenz*, Rz. 1453 ff.; *Brigola*, S. 85 f.; *Franzen*, S. 180; *Böhm*, S. 32 ff.; *Bittner*, S. 102; *Hoffmann*, S. 178; *Ohler* in JA 2006, S. 839 (842); *Röthel* in EuZW 2000, S. 379 (380); *Streinz* in JuS 2000, S. 1015 (1017); *Füßler* in DÖV 1999, S. 96 (99); *Birk* in ZAS 1999, S. 1 (9); *Reichold* in ZEuP 1998, S. 434 (448); *Daniele* in ELRev 1997, S. 191 (197 ff.); *Eberhartinger* in EWS 1997, S. 43 (49); *Hobe/Tietje* in JuS 1996, S. 486 (490); *Schroeder* in JZ 1996, S. 254 (255); *Martin* in ELRev 1996, S. 313 (323); wohl auch: *Brechmann* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 52.

¹¹ Ganz h.M.: EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 (5070 f.) (*Bosman*); GA *Lenz*, Schlussanträge zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4930, Rz. 205-206 (*Bosman*); EuGH zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 (523) (*Graf*); GA *Fennelly*, Schlussanträge vom 16.09.1999 zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-495 (501), Rz. 18-20 (*Graf*); *Wölker/Grill* in *von der Groeben/Schwarze*, EUV/EGV, Art. 39 EG, Rz. 21 f.; *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, vor Art. 39 – 55 EG, Rz. 112 ff.; *Birk* in *Münchener Hdb. z. ArbR*, § 19, Rz. 45; *Franzen*, S. 180; *Mojzesowicz*, S. 117, 172; *Plath*, S. 184.

¹² Z.B. Steuersätze, Sozialversicherungspflichten, weniger intensiv ausgeprägter Kündigungsschutz, Arbeitsschutzbestimmungen, etc.

bei Art. 39 EG zwischen *Berufszulassungs- und Berufsausübungsregeln* unterschieden werden.¹³ Während Berufszulassungsregeln stets eine markt-zugangshindernde und damit das Beschränkungsverbot verletzende Wirkung innewohne, sei dies bei Berufsausübungsregeln gerade nicht der Fall. Bei letzteren komme daher allenfalls noch eine mittelbare Diskriminierung in Betracht.

Auch *Fißer* befürwortet die Übertragung der Formel, bevorzugt hingegen als Analogon zu den vertriebsbezogenen Maßnahmen im Fall von personenbezogenen Grundfreiheiten solche Maßnahmen, die nur allgemeine Aspekte des Aufenthalts regeln und keinen „spezifischen wirtschaftlichen Bezug“ aufweisen.¹⁴

Nettesheim möchte demgegenüber den Bereich der irrelevanten Zugangshindernisse solchermaßen ausgestaltet wissen, dass all jene Regelungen oder Bestimmungen nicht am Maßstab des Beschränkungsverbot zu messen sind, die den „wirtschaftlichen Ordnungsrahmen“ eines nationalen Arbeitsmarktes bilden und die Teil „integrierter nationaler Ordnungssysteme“ sind.¹⁵ Allen Ansichten ist gemein, dass sie prinzipiell die Übertragung des *Keck*-Konzepts befürworten.

Unter Berücksichtigung dieser angeregten Übertragungsmodelle unterzieht die folgende Untersuchung die programmatische Wirkung der *Keck*-Formel auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Analyse.

B. Gang der Untersuchung

Zunächst werden die in der Diskussion um die Reichweite des Beschränkungsverbot in Konkurrenz zu *Keck* vertretenen Positionen zur Tatbestandsrückführung dargestellt und kritisch beleuchtet. Die dann folgende Untersuchung des Adaptionspotentials der *Keck*-Formel rückt deren Ursprünge und dogmatische Fundamente ins Zentrum der Betrachtung: Die Konstruktion führt zu einer Rückführung der Reichweite des Beschränkungsverbot bereits auf *Tatbestandsebene*. Die Frage nach Reduktionsmöglichkeiten stellt sich indes erst dann, wenn und soweit geklärt ist, dass die Personenfreizügigkeit tatsächlich ein Beschränkungsverbot statuiert,

¹³ GA Lenz, Schlussanträge zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4930, Rz. 206 f. (*Bosman*); *Brigola*, S. 85 f.; *Franzen*, S. 180; *Röthel* in EuZW 2000, S. 379 (380); *Streinz* in JuS 2000, S. 1015 (1017); *Hobe/Tietje* in JuS 1996, 486 (490); *Reichold* in ZEuP 1998, S. 434 (448); *Daniele* in ELRev 1997, S. 191 (197 ff.); *Eberhartinger* in EWS 1997, S. 43 (49); *Schroeder* in JZ 1996, S. 254 (255); *Martin* in ELRev 1996, S. 313 (323).

¹⁴ *Fißer* in DÖV 1999, S. 96 (98).

¹⁵ *Nettesheim*, NVwZ 1996, S. 342 (344).

was trotz der insofern eindeutigen Rechtsprechung des EuGH nicht ohne Widerspruch geblieben ist.

Daher erfolgt zuvörderst eine Auseinandersetzung mit der Frage, auf welche Weise Art. 39 EG methodisch ein Verbot von nicht-diskriminierenden Beschränkungen entnommen werden kann. Denn allein die Tatsache, dass der EuGH der Personenfreizügigkeit ein Beschränkungsverbot entnimmt, entbindet nicht von einer Überprüfung der Vereinbarkeit desselben mit den Vorgaben des EGv. Im Gegenteil ist gerade aufgrund der dünnen argumentativen Unterfütterung der Rechtsprechung eine Überprüfung und Absicherung des Ergebnisses notwendig. Hierbei wird deutlich werden, dass die EG-vertraglichen Vorgaben nicht nur für das „Ob“ sondern auch bereits für das „Wie“ des Beschränkungsverbotstatbestands bedeutsame Orientierungspunkte liefern.

Bei der anschließenden Erörterung möglicher Schwierigkeiten, die die Übertragung der *Keck*-Formel auf die Arbeitnehmerfreizügigkeitstatbestand mit sich bringen könnte, ruht ein Schwerpunkt auf der Betrachtung des weiteren Schicksals der *Keck*-Formel innerhalb des Art. 28 EG selbst. Sollte hier bereits eine Tendenz zur Abkehr offenbar werden, so sähen sich die Versuche, der Formel einen auf die übrigen Freiheiten übertragbaren Kerngehalt entnehmen zu wollen, umso größeren argumentativen Hindernissen gegenüber. Darauf, ob und inwiefern der *Keck*-Formel ein spezifisches Synchronisierungspotential auch für alle anderen Freiheitstatbestände entnommen werden kann, soll daher an dieser Stelle unter Bewertung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der hierzu in der wissenschaftlichen Literatur vertretenen Auffassungen der Fokus ruhen.

Wesentliche Teilaspekte sind dabei die Fragen, ob ganz grundsätzlich zwischen Produkt- und Produktfaktorfreiheiten differenziert werden muss und ob die Begriffspaarbildung der *Keck*-Formel tatsächlich dem mit der Formel verfolgten Zweck dient – nämlich der Aussonderung jener nationaler Regelungen aus dem Anwendungsbereich des Warenverkehrsfreiheitstatbestandes, die keine binnenmarktspezifische Wirkung aufweisen.

Im nachfolgenden, den Kern der vorliegenden Arbeit bildenden dritten Teil, steht die Frage im Vordergrund, wie die *Keck*-Formel arbeitnehmerfreizügigkeitsspezifisch ausgeprägt werden muss. Ausgehend von der gemeinhin propagierten Unterscheidung zwischen Berufszulassungs- und Berufsausübungsregeln werden die sich mit der Tatbestandsreduktionsproblematik befassenden Urteile des EuGH daraufhin untersucht, ob die Terminologie in ihnen bereits eine Stütze findet oder abgelehnt wird.

Besonderes Gewicht liegt im Anschluss auf der Kritik von *Roloff*, der der adaptierten Formel eine gravierende sprachliche Disparität zur ursprünglichen Formel entnimmt und die Ableitung insofern als „schief“ geißelt, als jedenfalls das Merkmal der Berufsausübungsregel nicht demjeni-

gen der „vertriebsbezogenen Maßnahmen“ der ursprünglichen *Keck*-Formel entsprechen.¹⁶ Ob die Kritik zu verfangen vermag bzw. ausschlaggebend für die Ablehnung des gesamten Konzepts sein kann oder ob dennoch eine Tatbestandsrückführung im Wege von *Keck* unter normtheoretischen und rechtspraktischen Gründen geboten ist, kann indessen allein die Analyse der aus dem Vertrag hervorgehenden, teleologischen Determinanten der Formel erweisen.

Entscheidend für das Adaptionspotential ist daher letztlich die Tauglichkeit der Berufsausübungsmodalitäten als ein solches Ausschlusskriterium, das den Vorgaben des Vertragstextes entspricht. Hier erweist sich, dass die gemeinhin vertretene Unterscheidung zwischen Berufszulassungs- und Berufsausübungsmodalitäten inkonsistent ist und es bei einem Abgleich mit den insoweit relevanten Urteilen des Gerichtshofs – insbes. *Bosman*,¹⁷ *Graf*¹⁸ und *Kommission ./. Dänemark*¹⁹ – zu Problemen kommt. In diesem Rahmen wird der Versuch der Deutung der *Keck*-Formel im Sinne einer „verkappten“ Kausalitätsprüfung unternommen. Dann ließe sich die *Keck*-Formel möglicherweise mit der in jüngerer Zeit vom EuGH – nicht nur bei Art. 39 EG – häufig zur Tatbestandsrückführung verwendeten Frage nach der „zu mittelbaren und ungewissen Wirkung einer Maßnahme“ in Einklang bringen: Beide Kriterien könnten als unterschiedliche (formelle und materielle) Ausprägungen eines gemeinsamen Kausalitätselements verstanden werden, so dass die Unterschiede zwischen beiden nicht so groß sind, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, so dass statt von einer (möglichen) Abkehr²⁰ von *Keck* vielleicht eher von einer sich an den Schwerpunkten und Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles orientierenden Koexistenz verschiedener Ausgestaltungen ein und desselben Kriteriums gesprochen werden kann.

Auch *Deckert/Schroeder*²¹ und *Reichold*²² haben bei ihren Untersuchungen der vom EuGH verwendeten Terminologie eine Parallele zur Kausalitätsdogmatik gezogen. Verwundert hat dabei allerdings, dass beide auf die Kausalitätsdogmatik des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts verfallen, zumal Grundfreiheits- und Deliktsrecht auf den ersten Blick kaum etwas gemein haben. Sie richten sich an unterschiedliche Adressaten, die Grundfreiheiten haben allenfalls mittelbar Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten und ihre Rechtsfolgen (Deliktsrecht:

¹⁶ *Roloff*, S. 103 ff.

¹⁷ EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 ff. (*Bosman*).

¹⁸ EuGH zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 ff. (*Graf*).

¹⁹ EuGH zu Rs. C-464/02 in Slg. 2005, S. I-7929 ff. (*Kommission ./. Dänemark*).

²⁰ *Steinberg* in EuGRZ 2002, S. 13 (19); kritisch auch *Ranacher* in ZfRV 2001, S. 95 (103 ff.).

²¹ *Deckert/Schroeder* in JZ 2001, S. 88 (90).

²² *Reichold* in ZEuP 1998, S. 434 (448).

Schadensersatz / Grundfreiheiten: Unanwendbarkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahme auf den grenzüberschreitenden Vorgang) sind ebenfalls völlig verschieden. Die vergleichende Gegenüberstellung der Grundfreiheiten und des deutschen Deliktsrechts wird jedoch zeigen, dass beide sich jedenfalls hinsichtlich ihrer ökonomischen Funktion ähneln und dieser Übertragungsansatz in der Sache daher nicht unberechtigt ist.

Um den Grad der inhaltlich-definitiven Abweichung des arbeitnehmerfreizügigkeitsspezifisch abgeleiteten Ausschlussmerkmals (Berufsausübungsregeln) vom ursprünglichen Begriff (vertriebsbezogene Maßnahmen) zu reduzieren, wird schließlich die Verwendung eines neuen Begriffspaares im Tatbestand des Art. 39 EG angeregt: die Differenzierung zwischen „tätigkeitsgestaltenden“ (i.e. arbeitnehmerfreizügigkeitsrelevanten) und „tätigkeitsbegleitenden“ (i.e. arbeitnehmerfreizügigkeitsirrelevanten) Regeln. Die Überprüfung der Rechtsprechung des Gerichtshofes anhand des neuen Differenzierungsmaßstabes erweist, dass die Neukonzeption sehr wohl zu präziseren und einfacher handhabbaren Ergebnissen zu führen vermag, weil sie vermehrt auf die spezifisch marktzugangsbezogene Wirkung der nationalen Regelung abhebt.

Die Arbeit wendet sich zu ihrem Schluss noch der Wirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Bereich des privatautonomen Handelns zu. Die Perspektiven und die Bedeutung der *Keck*-Formel in Gestalt ihrer neuen arbeitnehmerfreizügigkeitsbezogenen Terminologie werden an dieser Stelle auch hinsichtlich des individualvertraglich und intermediär gesetzten Rechts aufgezeigt.

2. Teil

Der Beschränkungsverbotstatbestand des Art. 39 EG – Möglichkeiten und Ansätze zur Reduktion

Die Bestimmung der Reichweite des Verbotstatbestandes muss sich im Wesentlichen an den Vorgaben des Vertrages selbst orientieren. Im Mittelpunkt steht hierbei, dass die EG als Wirtschaftseinheit konzipiert wurde und trotz ihrer beträchtlichen Bedeutungserweiterung auch für den soziokulturellen Bereich noch immer in erster Linie der volks- wie betriebswirtschaftlichen Wohlfahrtsmehrung zu dienen bestimmt ist. Gerade bei der Ermittlung der Reichweite des zentralen Instruments zur Erleichterung der Wirtschaftsbeziehungen, nämlich der Grundfreiheiten, muss damit auf der originär ökonomischen Konzeption der EG das Hauptaugenmerk ruhen. Eine wichtige Interpretationsquelle stellt dabei nicht zuletzt die Rechtsprechung des EuGH dar. Erschwert wird ein an der Rechtsprechung orientierter Versuch der Ermittlung *einer* Formel, die nach Möglichkeit in allen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führen soll, indes dadurch, dass die Urteile des EuGH weniger dogmatische Stringenz aufweisen als beispielsweise die Jurisdiktion deutscher Gerichte. Der EuGH produziert case-law, das sich im Wesentlichen an den Besonderheiten und Schwerpunkten des Einzelfalles orientiert und daher zuweilen mäandert. Zudem werden die Urteile nicht immer in dem erwünschten Umfang begründet.

Schließlich führt auch die Sprachenvielfalt innerhalb der Gemeinschaft dazu, dass die im Urteil gewählten Formulierungen – bzw. ihre Übersetzungen in die verschiedenen Landessprachen – nicht immer mit dem übereinstimmen, was sich in vorangegangenen Urteilen zum gleichen Problembereich anzudeuten schien.

Das alles hat zur Folge, dass die Urteile oft zu Irritationen hinsichtlich ihres tatsächlichen Aussagegehalts führen und mitunter mit Vorsicht zu genießen sind. Es ist jedenfalls weit schwieriger als bei Urteilen der deutschen Bundesgerichte, eine tatsächliche „Rechtsprechungswende“ festzustellen. Eine solche bedeutete das Urteil in der Rs. *Keck* ganz sicher. Die warenverkehrsfreiheitliche Folgejudikatur¹ zu Deutungen über das Schick-

¹ EuGH zu Rs. C-379/92 in Slg. 1994, S. I-3453 ff. (*Peralta*); EuGH zu Rs. C-96/94 in Slg. 1995, S. I-2883 ff. (*Spediporto*); EuGH zu Rs. C-140/94 in Slg. 1995, S. I-3257

sal der *Keck*-Formel heranzuziehen ist jedoch problematisch, wie im Folgenden zu erkennen sein wird.

Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit heißt das, dass diejenigen Urteile, in denen das freizügigkeitsrechtliche Beschränkungsverbot anerkannt wurde² gewiss nicht vernachlässigt werden dürfen. Eine wirkliche Linie lässt sich ihnen jedoch nur in ganz grundsätzlichen Fragen entnehmen und weniger hinsichtlich der (genauen)³ Konturierung der Reichweite des Verbotstatbestandes.

Umso wichtiger ist es, bei der Betrachtung der einschlägigen Judikate nach dem Sinn und Zweck der Urteilsformulierung im Lichte der einschlägigen Vertragsvorschriften zu fragen und weniger am konkreten Urteilswortlaut zu haften.

A. Mit *Keck* konkurrierende Konzeptionen

Ein Blick in die Literatur zeigt, dass neben der Übertragung der *Keck*-Formel im Wesentlichen drei weitere Vorschläge zur Rückführung des Art. 39 EG verfolgt werden: Die Eingrenzung anhand eines Spürbarkeitserfordernisses,⁴ die Übertragung der deutschen Grundrechtsdogmatik zu Art. 12 GG⁵ sowie die Durchführung eine Intentionalitätsprüfung.⁶

ff. (*DIP SpA*); EuGH zu Rs. C-134/94 in Slg. 1995, S. I-4241 ff. (*Esso Española*); EuGH zu Rs. C-266/96 in Slg. 1998, S. I-3981 ff. (*Corsica Ferries*).

² EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 ff. (*Bosman*); EuGH zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 ff. (*Graf*); EuGH zu Rs. C-232/01 in Slg. 2003, S. I-11525 ff. (*van Lent*); EuGH zu Rs. C-464/02 in Slg. 2005, S. I-7929 ff. (*Kommission ./. Dänemark*).

³ Dass es überhaupt möglich ist, ein trennscharfes Kriterium zu entwickeln anhand dessen sich dasjenige ermitteln lässt, was im Lichte von Art. 39 (und Art. 43) EG relevant ist, wird mitunter generell bestritten (*Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, vor Art. 39 – 55 EG, Rz. 110 ff.; *Lackhoff*, Niederlassungsfreiheit, S. 392 ff.).

Stattdessen soll im Wege der Fallgruppenbildung die spezifisch zugangshindernden Regelungen ermittelt werden (*Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV; EGV, vor Art. 39 – 55 EG, Rz. 117). Dass eine Schematisierung allerdings durchaus sinnvoll zu sein vermag, wird die Untersuchung im Folgenden deutlich machen. *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, vor Art. 39 – 55 EG, Rz. 117 erkennen den Kerngehalt der *Keck*-Formel jedenfalls teilweise an, indem sie auf die Maßgeblichkeit des „Zugangs“ als Abgrenzungskriterium abstellen.

⁴ *Ranacher* in *ZfRV* 2001, S. 95 (98 ff.); *Weatherill* in *CMLRev.* 1996, S. 885 (896 f.); *Dausen* in *EuZW* 1995, S. 425 (428); *Fezer* in *JZ* 1994, S. 319 (324); *Sack* in *EWS* 1994, S. 37 (45).

⁵ *Roloff*, S. 109 ff.

⁶ Unter Verweis auf EuGH zu Rs. 69/88 in Slg. 1990, S. I-583, Rz. 10 (*Krantz*) betont auch dies *Ranacher* in *ZfRV* 2001, S. 95 (98 ff.).

Den drei Konstruktionen ist gemein, dass sie als tragende Säule ihrer jeweiligen Argumentation die Rechtsprechung des EuGH für sich in Anspruch nehmen. Bemerkenswerterweise werden häufig sogar von den widerstreitenden Meinungsgruppen dieselben Urteile zur Unterfütterung der jeweils eigenen Ansicht ins Feld geführt. Schon hieran lässt sich erblicken, dass allein die Auseinandersetzung mit der Judikatur des EuGH nur schwerlich zu abschließenden Ergebnissen zu führen vermag.

Alle Alternativentwürfe vermögen indes im Vergleich zur *Keck*-Formel zu keinem größeren Erkenntnisgewinn zu führen und können keine überzeugenderen Argumente für sich fruchtbar machen. Im Gegenteil begegnet die Spürbarkeitsprüfung erheblichen Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit den Vorgaben des EG-Vertrages. Die Intentionalitätsprüfung verfehlt isoliert betrachtet den Kern der Sache, vermag eingegliedert in einen übergeordneten Bedeutungszusammenhang aber ein wichtiges Instrument zur Tatbestandsrückführung zu sein.⁷

I. Spürbarkeitserfordernis (sog. „de-minimis“-Formel)

Zur Eingrenzung des Verbotstatbestandes wird trotz der insofern eher ablehnenden Haltung des Gerichtshofs⁸ teilweise angeregt, irrelevante Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Wege einer Spürbarkeitsprüfung zu ermitteln.⁹ Der Gedanke entstammt den kartellrechtlichen Vorschriften des EGV (Art. 81 ff. EG), welche nach EuGH- / EuG-Rechtsprechung¹⁰ und Kommissionspraxis¹¹ über ihren Wortlaut hinaus das Element der Spürbarkeit als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung enthalten.

⁷ Zu beidem nachfolgend S. 8 ff. und S. 22 ff.

⁸ Zur Warenverkehrsfreiheit: EuGH zu Rs. 16/83 in Slg. 1984, S. 1299, Rz. 20 (*Prantl*); EuGH zu Rs. C-126/91 in Slg. 1993, S. I-2361, Rz.21 (*Yves Rocher*).

⁹ *Ranacher* in ZfRV 2001, S. 95 (98 ff.); *Hintersteinigner* in WBl. 2000, S. 160 (170); *Weatherill* in CMLRev. 1996, S. 885 (896 f.); *Dausen* in EuZW 1995, S. 425 (428); *Fezer* in JZ 1994, S. 319 (324); *Sack* in EWS 1994, S. 37 (45).

¹⁰ Wegweisend: EuGH zu den verb. Rs. 40/73 – 48/73; 50/73; 54/73 – 56/73, 111/73, 113/73, 114/73 in Slg. 1975, S. 1663 ff. (*Suiker Unie ./. Kommission*); Siehe zudem nur aus jüngerer Zeit: EuGH zu den verb. Rs. C-215/96 und C-216/96 in Slg. 1999, S. I-135 ff. (*Bagnasco*); EuGH zu den verb. Rs. C-180/98 - C-184/98 in Slg. 2000, S. I-6451 ff. (*Pavlov*).

¹¹ Kommission in ABl. 1964 Nr. 58 S. 915/64 (*Grosfillex ./. Fillistorf*); Kommission in ABl. 1964 Nr. 156, S. 2287/64 (*Nicholas Frères ./. Vitapré*); Kommission in ABl. 1968, Nr. L 201 S. 4 (*SOCEMAS*); Kommission in ABl. 1969, Nr. L 122, S. 8 (*Conventron Chauffornier*); KomE 80/789/EWG in ABl. 1980, Nr. L 233, S. 43 (*The Distillers Company ./. Schiffsausrüster*); KomE 90/186/EWG in ABl. 1990 Nr. L 100, S. 32 (*Moosehead ./. Whitbread*); KomE 99/473 in ABl. 1999, Nr. L 186, S. 1 (*Bass*); KomE 01/969/EG in ABl. 01 Nr. L 249, S. 12 (*Identrus*); KomE 01/792/EG in ABl. 2001, Nr. L 202, S. 24 (*Visa International*).

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse zwischen Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S.d. Art. 81 I EG sind nur dann verboten, wenn sie eine *spürbare* Verhinderung, Verfälschung oder Einschränkung des Wettbewerbs nach sich ziehen und dadurch geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.¹²

1. Grundsätzliches: Quantitativer / Qualitativer Spürbarkeitstest

Die Anwendungspraxis unterscheidet zwischen qualitativer und quantitativer Spürbarkeit. Zumeist wird die (möglicherweise) wettbewerbswidrige Abrede in quantitativer Hinsicht¹³ geprüft, d.h. anhand von Marktanteilen, getätigten Umsätzen, der Größe der beteiligten Unternehmen, etc. Sofern bestimmte Quoten (Bagatellgrenzen)¹⁴ nicht überschritten werden, muss sich die fragliche Maßnahme auch nicht an den Art. 81 ff. EG messen lassen.

Seltener ist eine qualitative Spürbarkeitsprüfung.¹⁵ Hier kommt es nicht etwa auf zu berechnende Werte und ihre Folgen für den Wettbewerb an, sondern vielmehr darauf, welche Relevanz die betroffene wettbewerbs-

¹² EuGH zu Rs. 5/69 in Slg. 1969, S. 295 (302) (*Völk ./ Vervaecke*); EuGH zu Rs. 1/71 in Slg. 1971, S. 352 (356) (*Cadillon/Höss*); EuGH zu Rs. 22/71 in Slg. 1971, S. 949 (960) (*Béguelin Import ./ G.L. Import Export*); EuGH zu Rs. 262/82 in Slg. 1985, S. 3801 (3827) (*Distillers*); EuG zu Rs. T-61/89 in Slg. 1992, S. II-1931 (1957 f.; 1986 f.) (*Dansk Pelsdyravlerforening*); EuG zu Rs. T-77/92 in Slg. 1994, S. II-549 ff. (*Parker Pen ./ Kommission*).

¹³ So z.B. in den Urteilen EuGH zu Rs. 1/71 in Slg. 1971, S. 351, Rz. 9 (*Cadillon ./ Höss*); EuGH zu Rs. 22/71 in Slg. 1971, S. 949, Rz. 16 f. (*Béguelin Import ./ G.L. Import Export*); EuGH zu Rs. 19/77 in Slg. 1978, S. 131, Rz. 10 (*Miller ./ Kommission*); EuGH zu den verbundenen Rs. 100/80 bis 103/80 in Slg. 1983, S. 1825, Rz. 83 (*Musique Diffusion Française*); EuG zu Rs. T-7/93 in Slg. 1995, S. II-1533, Rz. 98 (*Langnese-Iglo ./ Kommission*); sowie die Kommission in KomE 2001/135/EG in ABl. 2001 L 54/1, Rz. 93 (*Nathan-Bricolux*).

¹⁴ Präzisiert in der sog. „de-minimis-Bekanntmachung“ der Kommission in ABl. 2001 C-368/13.

¹⁵ So der EuGH etwa im Urteil zu den verbundenen Rs. 40/73 -48/73; 50/73; 54/73 - 56/73, 111/73, 113/73, 114/73 in Slg. 1975, 1663 ff. (*Suiker Unie ./ Kommission*); Siehe zudem nur aus jüngerer Zeit: EuGH zu den verb. Rs. C-215/96 und C-216/96 in Slg. 1999, S. I-135 ff. (*Bagnasco*); EuGH zu den verb. Rs. C-180/98 - C-184/98 in Slg. 2000, S. I-6451 ff. (*Pavlov*); Kommission in ABl. 1964 Nr. 58 S. 915/64 (*Grosfillex ./ Fillistorf*); Kommission in ABl. 1964 Nr. 156, S. 2287/64 (*Nicholas Frères ./ Vitapro*); Kommission in ABl. 1968, Nr. L 201 S. 4 (*SOCEMAS*); Kommission in ABl. 1969, Nr. L 122, S. 8 (*Conventron Chauffornier*); KomE 80/789/EWG in ABl. 1980, Nr. L 233, S. 43 (*The Distillers Company ./ Schiffsausrüster*); KomE 90/186/EWG in ABl. 1990 Nr. L 100, S. 32 (*Moosehead ./ Whitbread*); KomE 99/473 in ABl. 1999, Nr. L 186, S. 1 (*Bass*); KomE 01/969/EG in ABl. 01 Nr. L 249, S. 12 (*Identrus*); KomE 01/792/EG in ABl. 2001, Nr. L 202, S. 24 (*Visa International*).

rechtliche Einflussgröße für das rechtliche und tatsächliche Umfeld der an der Absprache Beteiligten hat. Ist das Gewicht des berührten Parameters marginal und verbleibt ihm nur ein schmaler Anwendungsbereich, so ist auch in diesem Fall eine Prüfung der Abrede am Maßstab der Art. 81 ff. EG ausgeschlossen. Mit beiden Formen der Spürbarkeitsprüfung soll einer Überdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots vorgebeugt werden.¹⁶

2. Argumente für einen Spürbarkeitstest

Ein vergleichbares Motiv – keine schrankenlose Ausdehnung der primärrechtlichen Freiheitsgewähr¹⁷ – spielt auch für die Bestimmung der Reichweite der Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Rolle, was es nahe legen könnte, auch hier auf ein Spürbarkeitskriterium zu rekurrieren. Bestätigt sieht sich die danach verlangende Auffassung darin, dass der EuGH nach ihrer Lesart auch im Rahmen der „Mutterfreiheit“ des Art. 28 EG vermehrt einer Spürbarkeitsprüfung zuneigt. Als Beleg werden die Urteile in den Rs. *Krantz*,¹⁸ *CMC-Motorradcenter*,¹⁹ *Peralta*,²⁰ *Spediporto*,²¹ *DIP SpA*,²² *Esso Española*²³ und *Corsica Ferries*²⁴ angeführt. Durch das Urteil in der Rs. *Graf*²⁵ sei das de-minimis-Merkmal nunmehr auch auf Art. 39 EG übertragen worden.²⁶

Die imposante Zahl der vermeintlich in diese Richtung deutenden Urteile verliert indes an Strahlkraft, wenn man den Wortlaut der jeweiligen Entscheidungen näher betrachtet. Die in Rede stehenden nationalstaatlichen Maßnahmen wurden jeweils mit der Begründung dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit entzogen, dass ihre Wirkung auf Art. 28 EG²⁷

¹⁶ S. nur *Eilmannsberger* in *Streinz*, EUV/EGV, Art. 81 EG, Rz. 71; *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, Art. 81 EG, Rz. 215.

¹⁷ EuGH zu Rs. C-415/93 in Slg. 1995, S. I-4921 ff. (*Bosman*).

¹⁸ EuGH zu Rs. C-69/88 in Slg. 1990, S. I-583 ff. (*Krantz*).

¹⁹ EuGH zu Rs. C-93/92 in Slg. 1993, S. I-5009 ff. (*CMC Motorradcenter*).

²⁰ EuGH zu Rs. C-379/92 in Slg. 1994, S. I-3453 ff. (*Peralta*).

²¹ EuGH zu Rs. C-96/94 in Slg. 1995, S. I-2883 ff. (*Spediporto*).

²² EuGH zu Rs. C-140/94 in Slg. 1995, S. I-3257 ff. (*DIP SpA*).

²³ EuGH zu Rs. C-134/94 in Slg. 1995, S. I-4241 ff. (*Esso Española*).

²⁴ EuGH zu Rs. C-266/96 in Slg. 1998, S. I-3981 ff. (*Corsica Ferries*).

²⁵ EuGH zu Rs. C-190/98 in Slg. 2000, S. I-493 ff. (*Graf*).

²⁶ *Ranacher* in *ZfRV* 2001, S. 95 (101 f.).

²⁷ EuGH zu Rs. 69/91 in Slg. 1993, S. I-583, Rz. 11 (*Krantz*); EuGH zu Rs. C-93/92 in Slg. 1993, S. I-5009, Rz. 12 (*CMC Motorradcenter*); EuGH zu den verb. Rs. C-140/94 bis C-142/94 in Slg. 1995, S. I-3227, Rz. 29 (*DIP SpA*); EuGH zu den verb. Rs. C-418/93 bis C-421/93, C-460/93 bis C-462/93, C-10/94, C-11/94, C-14 bis 15/94, C-23 bis 24/94, C-332/94 in Slg. 1996, S. I-2975, Rz. 32 (*Semeraro*).