

Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium?

Von Johannes Holst, Würzburg*

Die Konvergenz der Grundfreiheiten durch die einheitliche Verwendung des Marktzugangskriteriums bei der Frage der sachgerechten Begrenzung der einzelnen Anwendungsbereiche der Grundfreiheiten ist ein regelmäßig geäußelter Wunsch. Der Beitrag beleuchtet, ausgehend von den Argumenten der Befürworter, mögliche Gründe für die Zurückhaltung des EuGH bei der Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik.

D) Keine Konvergenz der Grundfreiheiten durch „Keck“

Die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit ist deutlich umfangreicher und ausdifferenzierter als zu den anderen Grundfreiheiten, was insbesondere auch an der im Keck-Urteil¹ getroffenen Differenzierung zwischen Verkaufs- und Produktmodalitäten liegt.² Durch die Keck-Rechtsprechung bei der Warenverkehrsfreiheit wird im Vergleich zu den anderen Grundfreiheiten eine andere Art von Beurteilung durchgeführt. Allen anderen Grundfreiheiten wird alleine das einheitliche Kriterium des Marktzugangs zugrunde gelegt. Nur bei der Warenverkehrsfreiheit wird nach verschiedenen Kriterien beurteilt.³ Anders als bei anderen Grundsatzentscheidungen zeigt sich der EuGH bei der Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten eher zurückhaltend, woraus sich die fehlende Konvergenz der Grundfreiheiten ergibt.⁴ Das Problem der Kohärenz der Rechtsprechung des EuGH zu den Verkehrsfreiheiten durch die Keck-Rechtsprechung bedeutet dabei allerdings nicht, dass der Fall falsch entschieden worden wäre.⁵ Die Wichtigkeit dieses Problems entsteht dadurch, dass viele nationale Maßnahmen dem EuGH zwar unter dem Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs zur Prüfung vorgelegt werden, tatsächlich jedoch auch als Beschränkungen anderer Verkehrsfreiheiten eingestuft werden können.⁶

Die fehlende Konvergenz der Grundfreiheiten ist ein Argument, das regelmäßig gegen die Keck-Rechtsprechung vorgebracht wurde und wird.⁷ Eine solche erhof-

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

1 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck), ECLI:EU:C:1993:905, Slg. 1993, I-6097.

2 F. Paparitis, *The Influence of the (post) Keck Case Law on the Freedom to Provide Services*, Wien 2012, nur online: http://www.stiftung.at/wp-content/uploads/2012/06/The_Influence_of_the_post_Keck_Case_Law_on_the_Freedom_to_Provide_Services-Felicitas-Parapatits.pdf, S. 1.

3 GA Bot, Schlussanträge v. 8.7.2008 in der Rs. C-110/05 (Kommission-Italien), Rn. 82 f.

4 T. Horsley, *Unearthing buried treasure: art. 34 TFEU and the exclusionary rules*, ELRev 2012, S. 734, 744; T. Kingreen, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 4. Auflage 2011, Art. 36 AEUV, Rn. 50.

5 S. Weatherill, *After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification*, CMLRev 1996, S. 885, 894.

6 GA Maduro, Schlussanträge v. 30.3.2006 in den verb. Rs. C-158/04 und C-159/04 (Alfa Vita), Rn. 33.

7 P. Oliver, *Of Trailers and Jet Skis: is the case law on Article 34 TFEU hurtling in a new direction?*, FILJ 2010, S. 1423, 1425.

fen sich die Befürworter von der Verwendung des Marktzugangskriteriums auch für die Warenverkehrsfreiheit. Durch die Nichtanwendung der Keck-Formel im Bereich der Warenverkehrsfreiheit wäre der Weg zu einer „negativen Konvergenz“ der Grundfreiheiten eröffnet.⁸ Hier stellt sich die Frage, ob das Marktzugangskriterium wirklich so konsequent und einheitlich angewandt wird wie behauptet, oder dies eher ein Wunschenken der Befürworter ist.

II) Die universelle Anwendbarkeit des Marktzugangskriteriums

Die rechtliche und/oder tatsächliche Ungleichbehandlung bei Verkaufsmodalitäten als Voraussetzung für eine Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV ist ein Spezifikum der Warenverkehrsfreiheit, welches sich aus der Keck-Rechtsprechung ergibt.⁹ Bei den Personenverkehrsfreiheiten stellen auch nichtdiskriminierende Regelungen einen Verstoß gegen die entsprechende Grundfreiheit dar, sofern der Marktzugang behindert ist. Beispielhaft seien hier die Urteile in den Rechtssachen „Alpine Investments BV“¹⁰ und „Bosman“¹¹ genannt. Um die verwirrende und bruchstückhafte Fallrechtsprechung und damit auch das Diskriminierungserfordernis in einigen Bereichen der Warenverkehrsfreiheit zu ersetzen, würde sich aus Sicht einiger Kommentatoren das Marktzugangskriterium besonders eignen.¹²

Nach dieser Sichtweise vollzieht der EuGH mit der zunehmenden Verwendung des Marktzugangskriteriums bei den Grundfreiheiten eine Entwicklung nach, die sich bereits in anderen Bereichen des Unionsrechts vollzogen hat.¹³ Gemeint ist hiermit die zunehmende Verflechtung des Binnenmarktes mit anderen, nicht-wirtschaftlichen Bereichen wie dem Umwelt- und Verbraucherschutz, in denen sich die Union eine stärkere Integration zum Ziel gesetzt hat.¹⁴ Die sich daraus ergebende einheitliche und ganzheitliche Betrachtungsweise spiegelt sich demnach auch in dem Versuch des EuGH wider, im Rahmen der Grundfreiheiten möglichst wenige unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Damit befinde sich der EuGH auf einem guten Weg zu einer Konvergenz der Grundfreiheiten.¹⁵ Die einheitliche Verwendung dieses Prüfungskriteriums auch bei der Warenverkehrsfreiheit hat den Vorzug der Einfachheit, da nur noch eine einstufige Prüfung erforderlich ist.¹⁶ Das Marktzugangskriterium lässt sich auf alle Arten von Regelungen an-

8 P. Steinberg, Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene, EuGRZ 2002, S. 13, 14.

9 Fn. 1.

10 EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments BV), ECLI:EU:C:1995:126, Slg. 1995, I-1141, Rn. 38.

11 EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Slg. 1995, I-4921, Rn. 103.

12 So etwa C. Barnard/S. Deakin, Market Access and Regulatory Competition, in: Jean Monet Working Paper No. 9/01, nur online: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/012701.html>, S. 2.

13 T. Connor, Goods, Persons, Services and Capital in the European Union: Jurisprudential Routes to Free Movement, GLJ 2010, S. 159, 208.

14 A. Tryfonidou, Further steps on the road to convergence among the market freedoms, ELRev 2010, S. 35, 39.

15 A. Tryfonidou (Fn. 14), S. 42.

16 C. Barnard, Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?, ELRev 2001, S. 35, 53.

wenden, da es weniger auf den Gegenstand als auf die Wirkungen der jeweiligen Regelung abstellt.¹⁷ Vielfach ist die Realität hier jedoch eine andere, was sich aus der genaueren Betrachtung der Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium ergibt.

III) Die Konvergenz der Grundfreiheiten ist kein Selbstzweck

Die Konvergenz der Grundfreiheiten an sich ist jedoch kein Selbstzweck.¹⁸ Vorrangig ist jede Grundfreiheit in ihrer eigenständigen Funktion zu betrachten.¹⁹ Dies spiegelt auch die Rechtsprechung des EuGH wider. Diese ist hinsichtlich der Einbeziehung des Marktzugangs in die Prüfung, ob ein Verstoß gegen eine Grundfreiheit vorliegt, nur auf den ersten Blick konsequent. Bei einer näheren Betrachtung fällt auf, dass der EuGH das Marktzugangskriterium wiederholt nicht konsequent angewandt hat.²⁰ Beispielhaft seien hier die Urteile in den Rechtssachen „Deliège“²¹ und „Lethonen“²² genannt. Während der EuGH im erstgenannten Fall ohne Begründung und entgegen dem Votum des zuständigen Generalanwalts festgestellt hat, dass die umstrittenen belgischen Regelungen den Zugang zum Arbeitsmarkt nicht beeinträchtigen,²³ sah der EuGH im Fall „Lethonen“ in einem vergleichbaren Sachverhalt eine Behinderung des Marktzugangs.²⁴ Eine genauere Betrachtung zeigt, dass das Marktzugangskriterium nicht auf alle Grundfreiheiten gleichermaßen angewandt wird.²⁵ Insgesamt offenbaren die Urteile des EuGH bei den Personenverkehrsfreiheiten ein weiteres Verständnis hinsichtlich des Anwendungsbereichs als bei der Warenverkehrsfreiheit.²⁶

Darüber hinaus wurde in mehreren Fällen ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten festgestellt, obwohl der Marktzugang nicht beeinträchtigt war.²⁷ Das Marktzugangskriterium wurde in diesen Fällen nicht erwähnt. Dies betrifft insbesondere Urteile aus dem Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit.²⁸ Hier lässt sich ein Vergleich mit der Situation im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit vor dem Urteil in

17 GA Bot, Schlussanträge v. 8.7.2008 in der Rs. C-110/05 (Kommission/Italien), Rn. 109.

18 P. Steinberg (Fn. 8), S. 14.

19 P. Steinberg (Fn. 8), S. 25; R. 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 zum 70. Geburtstag, 2001, S. 199, 221.

20 J. Snell, The Notion of Market Access, a Concept or a Slogan?, CMLRev 2010, S. 437, 462.

21 EuGH, Rs. C-191/97 (Deliège), ECLI:EU:C:2000:199, Slg. 2000, I-2549.

22 EuGH, Rs. C-176/96 (Lethonen), ECLI:EU:C:2000:201, Slg. 2000, I-2681.

23 EuGH, Rs. C-191/97 (Deliège), ECLI:EU:C:2000:199, Slg. 2000, I-2549, Rn. 69.

24 EuGH, Rs. C-176/96 (Lethonen), ECLI:EU:C:2000:201, Slg. 2000, I-2681, Rn. 49.

25 Siehe hierzu ausführlich E. Spaventa, From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European Constitution, CMLRev 2004, S. 743, 743 ff.

26 J. Snell, Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law, 22 Yearbook of European Law (2003), S. 323, 329 mit Beispielen.

27 J. Snell (Fn. 20), S. 462 mit vielen Beispielen.

28 Etwa EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), ECLI:EU:C:2002:434, Slg. 2002, I-6279; EuGH, verb. Rs. C-282/04 und C-283/04 (Kommission-Niederlande), ECLI:EU:C:2006:608, Slg. 2006, I-9141 und EuGH, Rs. C-212/06 (Gouvernement Wallon), ECLI:EU:C:2008:178, Slg. 2008, I-1683.

der Rechtssache „Keck“ ziehen, als der EuGH nur vereinzelt Regelungen, deren Auswirkungen auf den freien Warenverkehr „zu mittelbar“ oder „zu indirekt“ waren, aus dem Anwendungsbereich herausgenommen hat.²⁹ Auch in Fällen, in denen der EuGH einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten ablehnt, wird das Marktzugangskriterium nicht immer erwähnt.³⁰

In der Literatur wird aus diesen Gründen vertreten, dass ein einheitlicher Zugangstest für alle Grundfreiheiten wenig praktikabel ist.³¹ Die konsequente Anwendung würde zum Verlust vieler, über lange Jahre hinweg entwickelter, Grundsätze führen.³² Es erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig, für Art. 34 AEUV passende Prinzipien und Bewertungsmaßstäbe aufzugeben, nur weil diese nicht für die anderen Grundfreiheiten geeignet sind.³³ Das Bedürfnis, klare und praktikable Bewertungsmaßstäbe für den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV zu finden, sollte mehr Beachtung finden als der Versuch, alle Grundfreiheiten unter ein Schema zu fassen.³⁴ Umgekehrt scheint es auch für die Personenverkehrsfreiheiten nicht erstrebenswert zu sein, unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten betrachtet zu werden.³⁵

Möglicherweise ist eine Konvergenz der Grundfreiheiten auch überhaupt nicht zu erreichen. Gegen einen einheitlichen Bewertungsmaßstab lässt sich etwa der Einwand erheben, dass die Grundfreiheiten sehr unterschiedliche soziale, ökonomische und technische Situationen betreffen.³⁶ Sie betreffen unterschiedliche Regelungsbereiche, was sich etwa daran zeigt, dass entweder das Herkunftsland oder der Zielstaat verpflichtet wird.³⁷ Zudem sind die Strukturen der Warenverkehrsfreiheit sowie der Personenverkehrsfreiheiten verschieden.³⁸ In den Personenverkehrsfreiheiten gibt es keine Entsprechung zu dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen aus Art. 34 AEUV.³⁹ Anders als bei den Personenverkehrsfreiheiten können die Unionsbürger aus der Warenverkehrsfreiheit keine Rechte für die Person herleiten.⁴⁰ Art. 34 AEUV schützt nur Waren, während die Personenverkehrsfreiheiten jeweils sowohl das von ihnen geschützte Rechtsgut als auch die Person, die dieses ausüben beziehungsweise in Anspruch nehmen will, schützen.⁴¹ Anders als bei Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

29 *J. Snell* (Fn. 20), S. 465.

30 *J. Snell* (Fn. 20), S. 466 mit vielen Beispielen.

31 *C. Barnard* (Fn. 16), S. 58 mit Beispielen; *P. Oliver* (Fn. 7), S. 1426.

32 *C. Barnard* (Fn. 16), S. 59.

33 *P. Oliver* (Fn. 7), S. 1446; *P. Oliver*, in: *Oliver* (Hrsg.): *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5. Auflage 2010, S. 132.

34 *P. Oliver* (Fn. 33), S. 132.

35 *P. Oliver* (Fn. 7), S. 1426; *P. Oliver* (Fn. 33), S. 11.

36 *P. Oliver* (Fn. 7), S. 1426; *R. Streinz* (Fn. 19), S. 221; *S. Weatherill* (Fn. 5), S. 906.

37 *C. Barnard* (Fn. 16), S. 56 mit Beispielen.

38 *P. Oliver/S. Enchelmaier*, *Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law*, CMLRev 2007, S. 649, 667.

39 *C. Barnard* (Fn. 16), S. 38.

40 *A. Tryfonidou* (Fn. 14), S. 46.

41 *T. Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, S. 20; *A. Tryfonidou* (Fn. 14), S. 43.

ist bei der Warenverkehrsfreiheit die Nationalität des Eigentümers, Händlers oder Verkäufers der Ware unerheblich.⁴² Vorschriften, die die Dienstleistungsfreiheit betreffen, richten sich regelmäßig an den Dienstleister, nicht aber an die Leistung selbst. Regelungen des Warenverkehrs wiederum wenden sich in den meisten Fällen nicht an den Hersteller, sondern an das Produkt.⁴³

Es gibt jedoch auch Gemeinsamkeiten bei der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, wie etwa die Unterscheidung zwischen direkt und indirekt diskriminierenden Maßnahmen, auch wenn der EuGH diese Begriffe bei der Niederlassungs- sowie bei der Dienstleistungsfreiheit selten verwendet.⁴⁴ Zudem existiert bei allen Grundfreiheiten eine „Grauzone“ zwischen nationalen Regelungen, die den Handel in der Union zumindest potenziell behindern können und Vorschriften, die rein nationale Sachverhalte betreffen, also dem Unionsrecht nicht unterfallen.⁴⁵ Diese Gemeinsamkeiten können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich sowohl aus dem Vertrag selbst als auch aus der Rechtsprechung zu den einzelnen Grundfreiheiten erhebliche Unterschiede ergeben.⁴⁶

IV) Keine Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium

Vor dem Hintergrund der aufgeführten Argumente, die gegen eine Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium sprechen, fällt es schwer, eine solche anzunehmen. Der EuGH wendet das Kriterium des Marktzugangs nicht konsequent und zuverlässig an, wenn es darum geht, ob eine bestimmte Regelung einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten darstellt oder nicht. Es ist kein kohärentes System erkennbar, auf welche Beurteilungsmaßstäbe und Argumentationsgrundlagen der EuGH wann zurückgreift. Nachdem der EuGH das Marktzugangskriterium bislang auch bei Grundfreiheiten, bei denen schon lange auf diesen Beurteilungsmaßstab zurückgegriffen wird, nicht einheitlich und ausnahmslos anwendet, scheint es wenig wahrscheinlich, dass sich dies in Zukunft ändert. Die vielfach geäußerte Konvergenz der Grundfreiheiten durch die ausschließliche Verwendung des Marktzugangskriteriums auch im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit scheint mehr Wunsch der Befürworter denn Wirklichkeit zu sein. Als Erklärung hierfür können verschiedene Erwägungen herangezogen werden.⁴⁷ Die Union befindet sich auf rechtlicher, politischer sowie auf gesellschaftlicher Ebene in stetem Wandel. Diese Veränderungen beeinflussen zum einen den Kompetenzrahmen, in dem sich der EuGH bewegt. Die sich kontinuierlich wandelnden Rah-

42 P. Oliver/S. Enchelmaier (Fn. 38), S. 667.

43 S. Enchelmaier, *The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of Keck*, 22 Yearbook of European Law (2003), S. 249, 321.

44 C. Barnard (Fn. 16), S. 39 mit Beispielen.

45 C. Barnard (Fn. 16), S. 39.

46 P. Oliver (Fn. 33), S. 132.

47 Siehe hierzu ausführlich J. Holst, *Die Warenverkehrsfreiheit zwischen unbeschränktem Marktzugang und mitgliedstaatlicher Autonomie*, 2017, S. 263 ff.

menbedingungen verlangen vom EuGH zudem ein gewisses Maß an Flexibilität, um mit seinen Urteilen auf die aktuellen Entwicklungen reagieren zu können. Diese können zwischen den verschiedenen Grundfreiheiten durchaus variieren und so unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe erforderlich machen.