Aufsätze

Stud. jur. Dominik Richers, Greifswald*

Analoge Anwendung der „Keck-Grundsätze“ des EuGH auf verwendungsmodale Produktregelungen

Mitgliedstaatliche Regelungen, die lediglich die Art und Weise des Verkaufs von Waren regeln, werden in der Keck-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) ausgeklammert. Dies gilt allerdings nur dann, wenn durch die entsprechenden Maßnahmen grenzüberschreitende Waren nicht benachteiligt werden. Auf nationale Regelungen, die innerstaatlich die Verwendung einzelner Waren beschränken, sollten die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung analog angewandt werden. Zumindest im Rahmen eines stärker gleichheitsrechtlichen Verständnisses der Warenverkehrsfreiheit lässt sich dieser Schluss zwingend aus der Teleologie des Art. 28 EG ziehen. Jedenfalls aber erweist sich bei vergleichender Betrachtung, dass eine unterschiedliche gemeinschaftsrechtliche Einordnung von Verkaufs- und Verwendungsmodalitäten in sich widersprüchlich ist.

I. Problemstellung

Würde eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf deutschen Autobahnen – auf, sagen wir, 80 Stundenkilometer – in den *Anwendungsbereich* der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG fallen? Und wenn ja, wäre eine derartige Maßnahme dann *gerechtfertigt* – insbesondere verhältnismäßig?

Die zweite Frage ist besonders schwierig zu beantworten; die Antwort hängt nämlich nicht nur von allgemeinen rechtlichen, sondern auch von verschiedenen konkreten, tatsächlichen Erwägungen ab: So könnte man etwa annehmen, zugunsten der Sicherheit des Straßenverkehrs sei eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100, 120 oder auch 140 Stundenkilometer völlig ausreichend, weshalb eine darüber hinausgehende Beschränkung unverhältnismäßig sei.

Insofern wäre es zweifellos hilfreich, wenn bereits die Eingangs aufgeführte erste Frage verneint werden könnte. Genau darüber – wenn auch in etwas anderen Fallkonstellationen – hat derzeit der Europäische Gerichtshof zu entscheiden: Fällt eine mitgliedstaatliche Regelung, die lediglich die *Verwendung* bestimmter Waren (z. B. Automobile) unterschiedslos – also ohne (faktische) Bevorzugung nicht grenzüberschreitender Produkte – beschränkt, in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit?

II. Hintergrund

1. Die Warenverkehrsfreiheit – Art. 2 Abs. 1 GG à la européenne?

Die Freiheit des Warenverkehrs – normiert in Art. 28, 29 EG (ex-Art. 30, 34 EGV) – ist der vielleicht wichtigste Eckpfeiler der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung: Für die Schaffung eines gemeineuropäischen Wirtschaftsraums ist es schlechthin unverzichtbar, dass Waren, die in einem Mitgliedstaat legal hergestellt wurden, grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten frei gehandelt und genutzt werden können.[1] In diesem Sinne sehen die Art. 28, 29 EG vor, dass neben mengenmäßigen Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen (Kontingenten) ebenso „alle Maßnahmen gleicher Wirkung“ verboten sein sollen. Nicht zuletzt zugunsten einer raschen, umfassenden Durchsetzung dieses Prinzips auch auf politischem Wege[2] erklärte der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Dassonville*:

> „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme kontingentgleicher Wirkung anzusehen.“[3]

Auf diese Weise fällt eine Vielzahl mitgliedstaatlicher Regelungen, die auf den ersten Blick wenig Berührungspunkte mit dem grenzüberschreitenden Warenverkehr aufweisen (siehe etwa das Eingangsbeispiel), in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit.

Eine Absolutsetzung der Warenverkehrsfreiheit kann allerdings zu Problemen führen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn Gefährdungen, die von einer Ware für die Allgemeinheit oder für Einzelne ausgehen können, von

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft mit Schwerpunkt Europarecht/Rechtsvergleichung an der Universität Greifswald. Der vorliegende Beitrag entstand auf Grundlage einer Stellungnahme, die der Autor im Rahmen eines Praktikums an der Vertretung der Bundesrepublik Deutschland vor den europäischen Gerichten in der Rechtssache C-110/05 verfasst hat. Für wertvolle Denkanstöße in der Entwurfsphase gilt sein besonderer Dank daher RegDir *Moritz Lumma*. Der Text in dieser Form gibt dennoch ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

1 Ähnlich etwa *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, EUV EGV Kommentar Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Vorbem. zu Art. 28–31 EG, Rn. 2; sowie *Carlos Gimeno-Verdejo*, in: Philippe Léger, Commentaire article par article des traités UE et CE, Art. 28, Rn. 1; von der Warenverkehrsfreiheit als dem „Herz der Gemeinschaft“ [Übers. d. Verf.] spricht *Joseph H. H. Weiler*, The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2003, S. 349 (350).

2 Siehe *Kristina Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr, 1998, S. 17; ferner erneut *Weiler* (Fn. 1), S. 353.

3 Urteil des Gerichtshofs vom 11.07.1974 – 8/74 – *Dassonville*, 1. Leitsatz.

einem oder mehreren Mitgliedstaaten in vertretbarer Weise als höher eingestuft werden, als vom Herkunftsstaat;[4] oder dann, wenn eine eigentlich unbedenkliche Ware in einem Mitgliedstaat Gefährdungen hervorruft, die in anderen Mitgliedstaaten nicht bestehen;[5] aber auch dann, wenn die Moralvorstellungen der Allgemeinheit in einem Mitgliedstaat strikter sind als in anderen[6]. Aus diesem Grund gilt die Warenverkehrsfreiheit nicht schrankenlos: In Art. 30 EG (ex-Art. 36 EGV) sind ausdrücklich Schranken normiert; und sofern gemeinschaftsrechtliche Regelungen fehlen, lässt der EuGH seit der Rechtssache *Cassis de Dijon* zusätzlich den Warenverkehr beschränkende nationale Regelungen zu,

> „soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“[7].

Eine Überdehnung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit im Sinne einer allgemeinen (Wirtschafts-) Handlungsfreiheit nach Muster des Art. 2 Abs. 1 GG kann aber trotz des Vorhandenseins einer hinreichenden Zahl von Rechtfertigungsgründen noch weiterhin Schwierigkeiten bereiten. Wenn jede Maßnahme, die *potentiell* und *mittelbar* handelsbehindernd wirkt, zunächst einmal verdächtig ist, dann müssen die Mitgliedstaaten bei jedem einzelnen Normerlass darauf achten, dass ein möglicherweise entstehendes Handelshemmnis auch tatsächlich gerechtfertigt werden kann. Bei genauer Betrachtung hat nämlich beinahe jede gesetzliche Regelung Bedeutung für den Fluss von Warenströmen[8]: Ladenschlussregelungen beschränken die Möglichkeiten der Verbraucher zum freien Einkauf und mindern somit potentiell den Warenabsatz insgesamt;[9] Apothekenpflichten für bestimmte Produkte mindern deren freie Verfügbarkeit und damit mutmaßlich zugleich den Verkaufserfolg;[10] bauplanungsrechtliche Vorgaben, die u. a. einem Händler für Import-Kfz untersagen, seinen Betrieb in der Innenstadt einzurichten, mindern möglicherweise die Zahl verkaufter Importfahrzeuge;[11] Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen – das Eingangsbeispiel![12] –, wie sie in den meisten Mitgliedstaaten bestehen, bringen es mit sich, dass der Kauf hochmotorisierter Kraftfahrzeuge auch aus anderen Mitgliedstaaten weniger attraktiv wird; und verschiedene Strafgesetze (etwa §§ 211, 212 StGB) machen den Kauf und die Benutzung einer Waffe weniger attraktiv und führen damit mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer verringerten Zahl von Waffenimporten[13].

Jedenfalls die meisten solcher mitgliedstaatlichen Regelungen lassen sich zwar auf Schrankenebene durchaus rechtfertigen und bleiben auch auf diese Weise letztlich vom Gebot der Warenverkehrsfreiheit unberührt. Für Gesetzgeber, Verwaltungsbehörden und Gerichte – darunter nicht zuletzt der EuGH – entstünde dennoch ein erheblicher Aufwand, wenn praktisch jede nur denkbare, mitgliedstaatliche Maßnahme zunächst an Art. 28 EG geprüft werden müsste[14] – einschließlich Prüfung der Verhältnismäßigkeit[15].

Erheblicher noch ist das in der Folge notwendigerweise entstehende Kompetenzproblem: Soll wirklich der EuGH (und in der Folge, über den Umweg des Art. 95 EG, möglicherweise sogar der Gemeinschaftsgesetzgeber) in Fragen, die nur sehr mittelbar das Gemeinschaftsrecht betreffen, befugt sein, schwierige Verhältnismäßigkeitsentscheidungen zu treffen und damit jedenfalls potentiell die Gesetzgebungshoheit der Mitgliedstaaten auf nahezu

4 Vgl. die Urteile des Gerichtshofs vom 05.02.1981 – 53/80 – *Koninklijke Kaasfabriek*; vom 25.07.1991 – C-1/90 und C-176/90 – *Aragonesa*; sowie vom 30.11.1983 – 227/82 – *Leendert van Bennekom*; ferner auch das Urteil vom 04.10.1991 – C-367/89 – *Aimé Richardt*.

5 Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 03.12.1998 – C-67/97 – *Ditlev Bluhme*.

6 Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 14.12.1979 – 34/79 – *Maurice Donald Henn*; sowie ferner das Urteil vom 11.03.1986 – 121/85 – *Conegate*.

7 Urteil des Gerichtshofs vom 20.02.1979 – 120/78 – *Cassis de Dijon*, 2. Leitsatz; der Katalog der zwingenden Erfordernisse ist nicht abschließend, verschiedene weitere Rechtfertigungsgründe sind inzwischen anerkannt – vgl. etwa *Thorsten Kingreen*, in Christian Callies/Matthias Ruffert, EUV EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 28–30 EGV, Rn. 80 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des Gerichtshofs; sowie *Müller-Graff* (Fn. 1), Rn. 203, 223 ff. Umstritten ist allerdings, ob es sich dabei tatsächlich um „Rechtfertigungsgründe“ im technischen Sinne handelt oder nicht vielmehr um tatbestandliche Einschränkungen – siehe hierzu ausführlich und m. w. N. *Ivo Millarg*, Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG, 2001, S. 93 ff.; sowie ferner etwa *Ulrich Haltern*, Europarecht, 2005, S. 620.

8 Ähnlich *Millarg* (Fn. 7), S. 53 f.; sowie zum Vorstehenden insgesamt *Haltern* (Fn. 7), S. 614 f, 645 sowie 647.

9 Vgl. nur das Urteil des Gerichtshofs vom 23.11.1989 – C-145/88 – *Torfean Borough Council*; sowie die Schlussanträge des GA *van Gerven* vom 29.06.1989 zur selben Rechtssache. Eine Auflistung der zahlreichen *Sunday trading cases* mit Urteilsauszügen findet sich u. a. bei *Hammer* (Fn. 2), S. 60 ff.; für weitere Nachweise aus der Zeit nach der Rs. *Keck und Mithouard* siehe außerdem Fn. 41.

10 Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 29.06.1995 – C-391/92 – *Kommission/Griechenland*.

11 Beispiel bei *Eric L. White*, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, CMLR 26 (1989), S. 235 (248); vgl. außerdem die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. 20/87 *Gauchard* (im Ergebnis wurde dort ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit abgelehnt, siehe die Rn. 21 ff.).

12 Zugleich angelehnt an eines der Beispiele in den Schlussanträgen der GA'in *Kokott* vom 14.12.2006 – C-142/05 – *Mickelsson und Roos*, Rn. 45.

13 Beispiel erneut bei *White* (Fn. 11), S. 253 f. Allerdings gelten für den Handel mit Waffen teilweise Sonderregelungen (insb. Art. 296 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 EG), Art. 28 EG ist daher auf den Handel mit Waffen nur begrenzt (abhängig von der Art der Waffe) anwendbar.

14 Ähnlich *Hammer* (Fn. 2), S. 168 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Literatur sowie Schlussanträgen der Generalanwälte. *Haltern* (Fn. 7), S. 645, merkt darüber hinaus an, dass insbesondere bei stark emotional aufgeladenen Fragen, wie etwa dem kulturell besonders tief verwurzelten Sonntagsverkaufsverbot, „bereits die Rechtfertigungsnotwendigkeit befremdet“.

15 *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 237; siehe auch bereits die Bedenken des GA *van Gerven* (Fn. 9), Rn. 26.

Null reduzieren?[16] Gegen eine solche Lesart des Art. 28 EG spricht zum einen die Gefahr einer Überhöhung der Rolle des Gemeinschaftsgerichts[17], zum anderen – bei systematischer Vertragsauslegung unter Berücksichtigung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung[18] – die ungewollte Ausweitung der Befugnisse des Gemeinschaftsgesetzgebers.

Wohl vor dem Hintergrund dieser beiden Überlegungen[19] hat der Gerichtshof seine in der Rechtssache *Dassonville* entwickelte Definition der sogenannten Maßnahmen gleicher Wirkung in mehreren Entscheidungen eingeschränkt.

Gelegentlich stellt der Gerichtshof hier darauf ab, der Einfluss einer mitgliedstaatlichen Regelung dürfe nicht *zu ungewiss und zu mittelbar* sein, wenn die entsprechende Regelung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit geprüft werden soll.[20] Die Zahl der EuGH-Entscheidungen in diesem Bereich ist allerdings relativ gering, auch wenn diese Rechtsprechungslinie bis in die Zeit vor der Keck-Entscheidung zurückreicht.[21]

Weitaus häufiger verwendet der Gerichtshof andere Kriterien zur Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 28 EG. In der Rechtssache *Keck und Mithouard* entschieden die Richter, es sei, entgegen ihrer bisherigen Rechtsprechung,

> „die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne dieser Definition zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut."[22]

Im Bereich der sogenannten Verkaufsmodalitäten ist dies mittlerweile ständige Rechtsprechung des EuGH, wobei allerdings in verschiedenen Bereichen Differenzierungen erfolgt sind.[23]

2. Verwendungsmodalitäten: ein ungelöstes Problem

In zwei derzeit beim EuGH anhängigen Verfahren stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit sich die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung analog auf Fälle übertragen lassen, in denen es nicht um *Verkaufs*modalitäten geht, sondern um mitgliedstaatliche Regelungen, die bestimmte *Verwendungs*modalitäten[24] beschränken oder ganz untersagen.

16 Umfassend hierzu *Haltern* (Fn. 7), S. 648 ff., insb. 650 f.; ferner bereits *Weiler* (Fn. 1), S. 371 f.; sowie *Franz C. Mayer*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion, EuR 2003, S. 793 (810 f.). Diese Autoren befürchten (vgl. v. a. *Haltern*, S. 651 f., 615 f.), dass durch die Rspr. des Gerichtshofs (Rechtfertigung einer Maßnahme im Anwendungsbereich des Art. 28 EG!) der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen des Art. 95 EG zusätzliche Harmonisierungskompetenzen erhält und diese gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten nutzen könnte. Dieser Punkt ist allerdings nicht unumstritten – vgl. bereits die Nachweise bei *Haltern* selbst, S. 616 (Fn. 20); siehe außerdem etwa *Stefan Leible*, in: Rudolf Streinz: EUV EGV Kommentar, 2003, EGV Art. 95, Rn. 15 f., der zwar ebenfalls einen engen Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG und der Kompetenznorm des Art. 95 EG sieht, der jedoch eine Kompetenz der Gemeinschaft im Bereich der Binnenmarktharmonisierung nur dann bejahen will, wenn Freiverkehrshindernisse eine bestimmte Spürbarkeitsschwelle überschreiten.

17 Zur Gefahr eines Jurisdiktionsstaats, mit Blick auf das BVerfG, besonders eindringlich *Winfried Brohm*, Die Funktion des BVerfG: Oligarchie in der Demokratie?, NJW 2001, S. 1 ff.

18 Zu diesem Prinzip siehe etwa *Christian Callies*, in ders./Matthias Ruffert, EUV EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV, Rn. 8 ff.; sowie *Manfred Zuleeg*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, EUV EGV Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 5 EG, Rn. 2 ff.

19 Auf das Stichwort „Überforderung" deutet jedenfalls eine Aussage des Gerichtshofs in dem Urteil vom 24.11.1993 – C-267/91 und C-268/91 – *Keck und Mithouard*, Rn. 14, hin: Wirtschaftsteilnehmer würden sich immer häufiger auf den Schutz durch die Warenverkehrsfreiheit berufen, daher sei eine Klarstellung und Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung notwendig. Ganz allgemein befürchtet *Haltern* (Fn. 7), S. 185 f., angesichts der Arbeitsüberlastung des Gerichtshofs eine „Selbstzerstörung des Rechtsschutzsystems" auf EG-Ebene. *Weiler* (Fn. 1), S. 367, sieht das Problem im Bereich des Warenverkehrs dabei weniger in der Zahl, der *Quantität*, der Verfahren im Bereich des Freien Warenverkehrs, als vielmehr in ihrer *Qualität*, nämlich in der Schwierigkeit für den Gerichtshof in unterschiedlichsten sozio-ökonomischen Fragen zwischen der Warenverkehrsfreiheit einerseits und anderen Rechtsgütern andererseits (siehe erneut das Eingangsbeispiel!) abzuwägen; ähnlich erneut auch *Haltern* (Fn. 7), S. 649; siehe außerdem (mit noch weiteren Erklärungsansätzen aus der Literatur) *Hammer* (Fn. 2), S. 166 ff.

20 Siehe das Urteil des Gerichtshofs vom 13.10.1993 – C-93/92 – *CMC Motorradcenter*, 2. Leitsatz, Rn. 12; das Urteil vom 14.07.1994 – C-379/92 – *Peralta*, Rn. 24; ferner das Urteil vom 18.06.1998, – C-266/96 – *Corsica Ferries*, Rn. 31; sowie das Urteil vom 21.09.1999 – C-44/98 – *BASF*, 2. Leitsatz, Rn. 21. Der Gerichtshof verwendet die Figur in ähnlicher sprachlicher Formulierung („zu unbedeutend und zufällig") teilweise auch dann, wenn es um die Frage geht, ob ausländische Erzeugnisse durch eine nationale Regelung *stärker* beeinträchtigt werden als inländische – siehe das Urteil des Gerichtshofs vom 26.05.2005 – C-20/03 – *Burmanjer*, insbesondere Rn. 31.

21 Siehe zum Ganzen m. w. N. etwa *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 55; sowie *Mayer* (Fn. 16), S. 816 f.

22 Urteil in den verbundenen Rs. C-267/91 und C-268/91 (Fn. 19), 3. Leitsatz.

23 Vgl. etwa die umfassenden Übersichten bei *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 117 ff.; sowie *Hammer* (Fn. 2), S. 176 ff., jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des Gerichtshofs.

24 Verwendungsmodalitäten – synonym wird teilweise auch der Begriff „Nutzungsmodalitäten" gebraucht – sind dabei zu definie-

Im ersten dieser beiden Fälle hatte die Europäische Kommission beim Gerichtshof ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG gegen die Italienische Republik angestrengt, da diese an einer nationalen Regelung festhalten wollte, mit der das Ziehen von Anhängern durch Kleinkrafträder verboten wurde. Die Kommission – ebenso wie der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen – war der Auffassung, das streitgegenständliche Verbot verhindere die Verwendung von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellten und in Verkehr gebrachten Anhängern, was wiederum deren Einfuhr nach Italien und den Vertrieb in diesem Land behindere. Dies stelle eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung nach Art. 28 EG dar. Eine Rechtfertigung der Maßnahme nach Art. 30 EG sei jedenfalls aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen. Daher habe die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 EG verstoßen.[25]

Im zweiten Verfahren hatte der schwedische Luleå Tingsrätt sich mit einem Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 234 EG an den Gerichtshof gewandt. Im Ausgangsverfahren hatte die Staatsanwaltschaft Anklage gegen zwei Personen erhoben, die mit Wassermotorrädern („Jet-Skis") Gewässer befahren hatten, auf denen der Betrieb solcher Wasserfahrzeuge nach schwedischem Recht unzulässig ist. Das vorlegende Gericht begehrte nun Auskunft darüber, ob Art. 28 EG einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegenstehe, die die Nutzung von Wassermotorrädern außerhalb öffentlicher Wasserstraßen grundsätzlich verbiete. Die Angeklagten des Ausgangsverfahrens sowie die Kommission in ihrer Stellungnahme vertraten die Auffassung, bei den streitgegenständlichen Verwendungsbeschränkungen für Wassermotorräder handle es sich um Maßnahmen gleicher Wirkung i. S. d. Art. 28 EG. Dahingegen regte die Generalanwältin eine analoge Anwendung der *Keck*-Grundsätze auf Fälle wie den vorliegenden an.[26]

Würde man nun in diesen Fällen tatsächlich die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung analog anwenden, so wären diese und vergleichbare Sachverhalte von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgeschlossen. Entsprechende mitgliedstaatliche Regelungen müssten dann nicht mehr auf der Schrankenebene auf eine mögliche Rechtfertigung hin überprüft werden.

Für die Frage der Übertragbarkeit der *Keck*-Grundsätze auf verwendungsmodale mitgliedstaatliche Normen kommt es maßgeblich auf die inhaltliche Reichweite des Art. 28 EG sowie auf die Entwicklungsoffenheit der *Keck*-Rechtsprechung an (III.). Sofern man im Ergebnis eine Übertragbarkeit bejaht – und damit eine grundsätzliche Entwicklungsoffenheit der *Keck*-Rechtsprechung annimmt – sind aufgrund diverser Problemfälle allerdings partielle Einschränkungen erforderlich (IV.). Das auf diese Weise geschaffene Gesamtkonzept lässt sich dann weitgehend widerspruchsfrei in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Verwendungsmodalitäten einpassen (V.).

Klarzustellen ist vorab noch, dass die Figur der zu ungewissen und zu mittelbaren Wirkung[27] zur Exklusion der Verwendungsmodalitäten aus dem Normbereich der Warenverkehrsfreiheit ungeeignet ist[28]: Erstens ist diese Rechtsfigur nämlich notorisch unscharf;[29] und zweitens weisen keineswegs alle nutzungsmodalen Regelungen eine solche fehlende Nähebeziehung auf – im Gegenteil dürften etwa Regelungen wie die oben beschriebenen durchaus erhebliche, nachweisbare tatsächliche Auswirkungen auf den Absatz der betroffenen Waren im Inland haben.[30] Die Wirkungen nutzungsmodaler Regelungen

ren als solche nationalen Bestimmungen, die nicht die Merkmale eines Erzeugnisses betreffen, sondern das Ob und das Wie seines Gebrauchs, wobei mit „Gebrauch" die tatsächliche Nutzung (z. B. Verzehr, Betrieb, Verarbeitung) gemeint ist, nicht die handelsmäßige Verwendung etwa im Wege des Verkaufs oder der Vermietung.

25 Siehe im Einzelnen die Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* vom 05.10.2006 – C-110/05 – *Kommission/Italien*. Der Gerichtshof selbst misst diesem Verfahren übrigens erhöhte Bedeutung bei: Ursprünglich war das Verfahren an die dritte Kammer verwiesen worden; nachdem dann der Generalanwalt seine Stellungnahme abgegeben hatte – wobei er auf die Frage einer analogen Anwendung der *Keck*-Grundsätze ebenso wenig eingegangen war wie auf frühere Fälle von Verwendungsbeschränkungen – beschloss die Kammer am 09.11.2006, das Verfahren gemäß Art. 44 § 4 EuGH-Verfahrensordnung wieder dem Gerichtshof vorzulegen, der dieses sodann der Großen Kammer zuwies. Der Gerichtshof ordnete anschließend gemäß Art. 61 der Verfahrensordnung die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung an. Im Rahmen dieses Beschlusses forderten die Richter der Großen Kammer sämtliche Mitgliedstaaten dann dazu auf, zu der Frage Stellung zu nehmen, „inwieweit und unter welchen Voraussetzungen nationale Bestimmungen, die nicht die Merkmale eines Erzeugnisses betreffen, sondern seine Verwendung regeln und die ohne Unterschied für inländische und eingeführte Erzeugnisse gelten, als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne von Art. 28 EG anzusehen sind" [Übers. d. Verf.]. Dies ist insofern interessant, als dass ein solches Vorgehen in der EuGH-Verfahrensordnung eigentlich nicht vorgesehen ist; Art. 54a der Verfahrensordnung regelt zwar den Fall, dass der Berichterstatter oder der Generalanwalt, die *Parteien* dazu auffordert, *für relevant erachtete Auskünfte zum Sachverhalt, Schriftstücke oder sonstige Angaben zu übermitteln* – eine gewissermaßen „umgekehrte Vorlagefrage", die wie hier an *sämtliche* Mitgliedstaaten gerichtet ist, dürfte von dieser Bestimmung jedoch nicht erfasst sein. Allerdings dürfte es sich bei dieser richterrechtlichen Weiterentwicklung des EuGH-Verfahrensrechts um eine Neuerung handeln, die den Mitgliedstaaten durchaus willkommen ist und die auch dem viel bemühten „Kooperationsverhältnis" zwischen gemeinschaftlichen und nationalen Institutionen Rechnung trägt.

26 Siehe im Einzelnen die umfangreichen Schlussanträge der Generalanwältin (Fn. 12).

27 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 20.

28 Ebenso *Kokott* (Fn. 12), Rn. 46.

29 *Kokott* (Fn. 12), Rn. 46.

30 Im Fall *Mickelsson und Roos* soll der Warenabsatz um bis zu 90

sind also nicht typischerweise „zu ungewiss und zu mittelbar“[31].

III. Inhaltliche Reichweite des Art. 28 EG und Übertragbarkeit der Keck-Formel

Die genaue Reichweite des Art. 28 EG sowie die Frage der Entwicklungsoffenheit der *Keck*-Rechtsprechung ist an verschiedenen Punkten immer noch höchst umstritten.[32] Zum Einstieg sollen daher zunächst kurz die wesentlichen unstreitigen Elemente der *Keck*-Rechtsprechung systematisch dargestellt werden (1.). Sodann wird eine Antwort auf die Frage, welche Tatbestände abgesehen vom Verkaufs*vorgang*, noch von den sogenannten Verkaufsmodalitäten erfasst sein können, einen ersten Hinweis darauf geben, inwieweit diese Rechtsprechung mit Blick auf Fälle der Verwendungsmodalitäten entwicklungsoffen ist (2.). Im Anschluss an eine skizzierte Analyse der Teleologie des Art. 28 EG (3.), kann abschließend eine begründete Stellungnahme zur Übertragbarkeit der *Keck*-Grundsätze auf verwendungsmodale Regelungen erfolgen (4.).

1. Elemente der Keck-Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Keck und Mithouard* sind im Kern drei Elemente maßgeblich, um eine mitgliedstaatliche Regelung aus dem Normbereich der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ nach Art. 28 EG auszuschließen:

– *Verkaufsmodalität*,

– *unterschiedslose Geltung* für in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer mit Tätigkeit im Inland sowie

– *unterschiedslose Wirkung* für den Absatz in- und ausländischer Waren.[33]

Als *Verkaufsmodalitäten* kommen nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs Verkaufsvorgangsbeschränkungen sowie Verkäuferbeschränkungen in Betracht.[34]

Das Element der *unterschiedslosen Geltung* für in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer stellt klar, dass Regelungen, die grenzüberschreitende Waren offen benachteiligen, keinesfalls aus dem Normbereich der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ herausfallen sollen.[35]

Das letztlich entscheidende Element *unterschiedsloser Wirkung* für den Absatz in- und ausländischer Erzeugnisse geht darüber noch hinaus.[36] Denn auch Regelungen, die *formal* unterschiedslos gelten, können ausländische Waren härter treffen als inländische Konkurrenzprodukte.[37] Dies betrifft insbesondere umfassende nationale Werbeverbote, die sich auf inländische Erzeugnisse aufgrund ihres regelmäßig höheren Bekanntheitsgrades weniger negativ auswirken können.[38] Gleiches kann aber auch für das Verbot bestimmter Vertriebsformen gelten.[39]

2. Reichweite der Keck-Formel: Verkaufsvorgang und persönliche Eigenschaften

a) Schlüsse aus der bisherigen Rechtsprechung zu den Verkaufsmodalitäten

Die meisten vom Gerichtshof bislang unter Rückgriff auf die *Keck*-Formel entschiedenen Fälle betreffen jedenfalls Regelungen des Verkaufsvorgangs – nämlich u. a. Preisgestaltungsmodalitäten[40], Verkaufsvorgangsmodalitäten im engeren Sinne[41] sowie die Werbung im Zusammenhang mit dem Warenabsatz[42].

Es gibt daneben jedoch durchaus Fälle, in denen der Gerichtshof darüber hinaus auch weitere, *nicht* vorgangsbezogene Elemente als Verkaufsmodalitäten bewertet

Prozent eingebrochen sein – siehe die Schlussanträge der GA'in (Fn. 12), Rn. 42.

31 Urteil in der Rechtssache C-93/92 (Fn. 20), Rn. 12.

32 Siehe aus der deutschen Kommentarliteratur etwa *Stefan Leible*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt-Kommentar) Bd. 1, EGV Art. 28, Rn. 28, 30; *Astrid Epiney*, in: Christian Callies/Matthias Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, EG-Vertrag Art. 28, Rn. 29, 31; *Kingreen* (Fn. 7), EGV Art. 28–30, Rn. 66 ff., 117 ff.; sowie *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze, Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 28 EG, Rn. 249, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

33 Siehe das Urteil *Keck und Mithouard* (Fn. 19), 3. Leitsatz.

34 Siehe im Einzelnen unter III.2.a).

35 Ähnlich *Leible* (Fn. 32), Rn. 28; sowie *Müller-Graff* (Fn. 32), Rn. 257; *Werner Schroeder*, in: Rudolf Streinz, EUV/EGV Kommentar, 2003, EGV Art. 28, Rn. 46, spricht ausdrücklich von einem personenbezogenen Diskriminierungsverbot ohne eigenständige Bedeutung.

36 Ähnlich *Schroeder* (Fn. 35), Rn. 47.

37 Siehe etwa *Müller-Graff* (Fn. 32), Rn. 258 f. m. w. N.

38 Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 08.03.2001 – C-405/98 – *Gourmet International Products*, insbesondere Rn. 21; sowie ferner bereits das Urteil vom 09.07.1997 – C-34/95 und C-36/95 – *De Agostini und TV-Shop*, Rn. 42.

39 Vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 11.12.2003 – C-322/01 – *DocMorris*, insbesondere Rn. 74 f. Für Verpackungs- und Bezeichnungsvorschriften gilt natürlich nichts anderes, vgl. etwa das Urteil vom 02.02.1994 – C-315/92 – *Clinique*, insbesondere Rn. 19.

40 Vgl. das Urteil in der Rs. *Keck und Mithouard* (Fn. 19), insbesondere Rn. 2 f., 18.

41 Hierunter fallen insbesondere Entscheidungen zum allgemeinen Ladenschluss sowie zum Sonn- und Feiertagsverkauf. Siehe hierzu etwa das Urteil des Gerichtshofs vom 02.06.1994 – C-69/93 und C-258/93 – *Punto Casa*; das Urteil vom selben Tag, – C-401/92 und C-402/92 – *Tankstation t'Heuske*; sowie das Urteil vom 20.06.1996 – C-418/93 u. a. – *Semeraro Casa Uno*. Auch schon vor seiner Entscheidung in der Rechtssache *Keck und Mithouard* hat der Gerichtshof einzelne Urteile mit ähnlicher Aussage erlassen – vgl. hier etwa das Urteil vom 14.07.1980 – C-155/80 – *Oebel*, insbesondere Rn. 20.

42 Siehe etwa die Urteile des Gerichtshofs vom 15.12.1993 – C-292/92 – *Hünermund*; sowie vom 09.02.1995 – C-412/93 – *Leclerc-Siplec*, insbesondere Rn. 19 ff.

hat – so etwa die Apothekereigenschaft von Säuglingsmilchverkäufern[43] oder Verkaufsstellenbeschränkungen für den Verkauf von Tabak[44].

Soweit ersichtlich *nicht* ausdrücklich entschieden wurde bislang allerdings ein Fall, in dem unterschiedslose Verkaufsbeschränkungen im Bereich einer Maßnahme gleicher Wirkung[45] an die Person des *Käufers* anknüpfen.[46] Wenn Eigenschaften des *Ver*käufers als Verkaufsmodalitäten zu bewerten sind, dann müsste aber konsequenterweise für Eigenschaften des *Käufers* das Gleiche gelten. Es sind zwischen beiden Fallgruppen keine Unterschiede ersichtlich, die eine abweichende rechtliche Bewertung tragen würden. Dem von GA *Tesauro* im Schlussantrag zur Rechtssache *Hünermund* treffend benannten Kanon des *wer, wo, wann, wie*[47] müsste also noch ein *wem* beigefügt werden.

Als Regelungen über verkaufsmodale Käufereigenschaften könnte man etwa nennen: Altersbeschränkungen (z. B. bei Alkohol), Ausweispflichten (z. B. Führerschein beim Autokauf), Pflicht zum Nachweis von Erfahrungen auf einem bestimmten Gebiet (z. B. beim Kauf von hochspekulativen Finanzprodukten) etc. Konsequenterweise lassen sich diese und weitere denkbare Käufereigenschaften nur als Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung bewerten – sie sind also grundsätzlich *keine* „Maßnahmen gleicher Wirkung" und bedürfen daher auch keiner Rechtfertigung.

b) Verwendungsmodalitäten als Kehrseite der Käufer-Modalitäten

Wenn man Regelungen über erforderliche *Eigenschaften* des Käufers als Verkaufsmodalitäten ansieht, dann liegt aber der Schluss nahe, dasselbe auch für Regelungen über die erlaubten *Verwendungen* von Waren gelten zu lassen. Nicht wenige Verwendungsmodalitäten lassen sich nämlich sogar als Verkaufsmodalitäten (im Sinne der oben beschriebenen Käufermodalitäten) formulieren – und umgekehrt. Ein anschauliches Beispiel sind hier etwa die restriktiven nationalen Bestimmungen über den Verkauf und die Verwendung von Tabak und Alkohol: Hier findet ein teilweises Verkaufsverbot (z. B.: „Verkauf an Jugendliche unter 16 Jahren verboten") seine spiegelbildliche Entsprechung in einem Verbot der „Verwendung" von Tabak und Alkohol bspw. für Unter-16-Jährige.

Mit anderen Worten: Verwendungs- und Verkaufsbeschränkungen sind unter Umständen zwei Seiten einer Medaille. Welchen Regelungsansatz ein Mitgliedstaat wählt, hängt allein davon ab, auf welchem Weg (Beschränkung des Verkäufers und/oder des Käufers/Verwenders) er meint, seine ordnungspolitischen Vorstellungen für einen bestimmten Sachverhalt wirksamer durchsetzen zu können. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Binnenmarktordnung, ist mit der jeweiligen Entscheidung aber kein rechtserheblicher Unterschied verbunden, der eine unterschiedliche Einordnung rechtfertigen könnte. Demnach müssten die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung bereits aus diesem Grund für beide mitgliedstaatlichen Regelungsansätze im gleichen Umfang gelten.

Dieses Ergebnis lässt sich aber auch im Einzelnen aus der Teleologie des Art. 28 EG heraus begründen.

3. Teleologie des Art. 28 EG

Schutzzweck und Schutzumfang der Warenverkehrsfreiheit – m. a. W. die Teleologie des Art. 28 EG – sind v. a. mit Blick auf den Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung" in der Literatur noch immer stark umstritten, und auch der EuGH ist hier keineswegs immer einer einheitlichen Linie gefolgt.[48]

Etwas verallgemeinert lassen sich vielleicht vier verschiedene Ansätze herausarbeiten: Erstens ein maximaler freiheitsrechtlicher Ansatz; zweitens ein eingeschränkter freiheitsrechtlicher Ansatz; drittens ein rein gleichheitsrechtlicher Ansatz; sowie viertens ein (eingeschränkter) zweidimensionaler Ansatz. Im Folgenden soll jedoch zunächst kurz in einem Exkurs die oft einzelfallorientierte Verfahrensweise des EuGH einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

43 Siehe das Urteil in der Rs. C-391/92 (Fn. 10), 2. Leitsatz, Rn. 10 ff.

44 Siehe das Urteil des Gerichtshofs vom 14.12.1995 – C-387/93 – *Banchero*, 3. Leitsatz, Rn. 32 ff.

45 In dem Urteil des Gerichtshofs vom 06.10.1987 – 118/86 – *Openbaar*, das zeitlich deutlich vor der *Keck*-Entscheidung erging, wurde zwar ein möglicher Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit angenommen: In dem Fall ging es um ein niederländisches Gesetz, mit dem die Verwertung von Geflügelschlachtabfällen auf Betriebe beschränkt wurde, denen hierfür eine Genehmigung erteilt worden war – da aber nur Betrieben innerhalb der betreffenden Gemeinde eine Genehmigung erteilt werden konnte, stand nicht eine Maßnahme gleicher Wirkung sondern ein (stillschweigendes) Ausfuhrverbot (ex-Art. 34 EGV) zur Diskussion (siehe Rn. 11 des Urteils).

46 Am ehesten noch in diese Kategorie fällt die Rechtssache *Franzén*, vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 23.10.1997 – C-189/95 –, insb. die Rn. 69 ff. Hier ging es unter anderem um nur begrenzt zugeteilte Berechtigungen für den (gewerblichen) Bezug von Alkohol. Aus der Tatsache, dass der Gerichtshof die entsprechende schwedische Regelung *allein* deshalb für gemeinschaftsrechtswidrig erklärte, weil sie grenzüberschreitende Waren benachteiligte, könnte man möglicherweise bereits schließen, dass *unterschiedslos* wirkende Käufer-Modalitäten aus dem Normbereich der „Maßnahmen gleicher Wirkung" ausscheiden.

47 Schlussanträge des GA *Tesauro* vom 15.12.1993 – C-292/92 – *Hünermund*, Rn. 9.

48 Vgl. z. B. die Rechtsprechungs-Analysen und Darstellungen der Streitstände bei *Kingreen* (Fn. 7), EGV Art. 28–30, Rn. 66 ff.; *Ulrich Becker*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 28 EGV, Rn. 47 ff.; *Schroeder* (Fn. 35), Rn. 34 ff.; sowie *Hammer* (Fn. 2), insb. S. 108 ff., 230 ff. jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

a) Exkurs: Gerechtigkeit im Einzelfall und die Aufgabe des Rechts

Jeder Fall ist anders. Insofern ist die Anwendung des positiven Rechts – als eines Systems fixierter, abstrakt-genereller Regeln – auf unterschiedliche Sachverhalte nicht selten ein wenig „ungerecht".[49]

Im Bereich des Europarechts haben diese Gemeinplätze, angesichts kultureller und sozialer Verschiedenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten, womöglich noch stärkere Berechtigung als in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen. Es mag daran liegen, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung letztlich oft einen eher einzelfallorientierten Kurs[50] verfolgt: Häufig sind einzelne Urteile nur vor dem Hintergrund einer Gesamtbetrachtung zu verstehen, nicht immer wird deutlich, auf welcher Ebene *(Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung)* der EuGH letzten Endes über die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht beschließt.[51] Und zuweilen erhebt sich sogar der Eindruck, die in der Urteilsbegründung gegebenen Gründe seien nicht mit den tatsächlichen Hintergrundüberlegungen der Richter identisch[52].

Diese Beobachtungen über das methodische Vorgehen eines Gerichts sind nichts Singuläres, nichts auf die Spruchpraxis des EuGH Beschränktes.[53] Jedoch bergen höchstrichterliche Methodenscheu und Unberechenbarkeit im Bereich des Europarechts besondere Gefahren in sich.

Eine der wichtigsten Funktionen des Rechts – vielleicht seine wichtigste[54] – ist die Erwartungssicherheit auf Seiten der Rechtsunterworfenen.[55] Diese Erwartungssicherheit vermag allein das positive Recht und dessen gleiche, im eigentlichen Wortsinne konservative[56] Anwendung durch die Gerichte zu gewährleisten. Auf den EuGH bezogen, kommt der Kontinuität und Verlässlichkeit von Rechtsprechung aber noch zusätzliche Bedeutung zu: Zwar wirken auch Auslegungsurteile des EuGH grundsätzlich nur *inter partes*, nicht *erga omnes*.[57] Ebenso wie etwa ein deutscher Amtsrichter, jedenfalls rechtlich, im Grundsatz nicht gehindert ist, von der Auslegung einer bestimmten Rechtsnorm durch den Bundesgerichtshof abzuweichen,[58] so kann er auch seine eigene Auslegung EG-rechtlicher Normen an die Stelle der Auffassung des EuGH setzen. Allerdings gerät damit, anders als im nationalen Bereich, zugleich auch die Integration der Gemeinschaft, die einheitliche Anwendung des EG-Rechts in den einzelnen Mitgliedstaaten, in Gefahr. Wenn der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung eine klare Linie vermissen lässt, dann stellt sich für nationale Gerichte, die über einen EG-rechtlich geregelten Sachverhalt zu entscheiden haben, automatisch die Frage: Welche Auslegung, welche „Formel", darf es denn dieses Mal sein?

Insofern ist zu wünschen, dass der EuGH sich, insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten, für einen klar umgrenzten Anwendungsbereich der einzelnen Gemeinschaftsrechtsnormen entscheidet. Hier lassen sich, für die Warenverkehrsfreiheit, im Wesentlichen vier mögliche entscheidungsleitende Interpretationsansätze ausmachen.

49 In diese Richtung auch *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2003, S. 169.

50 Ähnliche Beobachtung etwa bei *Müller-Graff* (Fn. 1), Artikel 28 EG, Rn. 29; *Jens Thomas Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, 2000, S. 120, 129; *Thorsten Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 40; „Wandel und Kontinuität" [Übers. d. Verf.] sieht hingegen *Weiler* (Fn. 1), S. 351 am Werk – er unterscheidet insgesamt fünf im Wesentlichen konsistente Phasen der Rechtsprechung (*ders.*, S. 349 f.).

51 Siehe exemplarisch die Urteile *Torfean Borough Council* (Fn. 9); hierzu die Kritik bei *Füller* (Fn. 50), S. 118; und *Cassis de Dijon* (Fn. 7), wo noch immer umstritten ist, ob der Gerichtshof neue Rechtfertigungsgründe oder vielmehr „nur" negative Tatbestandsmerkmale entwickelt hat (siehe die Nachweise in Fn. 7); sowie einerseits die allgemeine Kritik bei *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 84, der u. a. anmahnt (Rn. 85), der EuGH-Rspr. stünde „etwas mehr Positivismus nicht schlecht an"; andererseits *Wouter P.J. Wils*, The Search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?, EL-Rev 1993, S. 475 (insb. 490 f.), der Entscheidungen im Bereich der Art. 28 ff. EG als komplexe Abwägungsvorgänge begreifen will, bei denen es für die Zulässigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme grds. nur darauf ankomme, ob der „Wert" der Wirkungen, die eine nationale Regelung erzielt, den (negativen) „Wert" ihrer desintegrierenden Wirkung zumindest ausgleicht; krit. dagegen wiederum *Millarg* (Fn. 7), S. 103 f. m. w. N.

52 Siehe *Müller-Graff* (Fn. 1), Rn. 249, der mit Blick auf die *Keck*-Formel befürchtet, der Gerichtshof drohe „mit dem Verdecken der tatsächlichen Entscheidungsüberlegungen zum rätselhaften Orakel für die Unionsbürger zu mutieren".

53 Siehe exemplarisch etwa die umfassende Arbeit von *Irmgard Amberg*, Divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung, 1998.

54 Neben, natürlich, dem Versuch der Herstellung materialer Gerechtigkeit. Deren Definition obliegt in einer Demokratie allerdings vorrangig dem parlamentarischen Gesetzgeber. Zum Spannungs- und Komplementärverhältnis zwischen Rechtssicherheit einerseits und materialer Gerechtigkeit andererseits siehe etwa jüngst *Andreas von Arnauld*, Rechtssicherheit, 2006, insb. S. 637 ff.

55 Siehe hierzu, für den Bereich des nationalen Verfassungsrechts, jüngst *Joachim Lege*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, DVBl 2007 (im Erscheinen begriffen).

56 Also bewahrend, erhaltend – sowohl in Bezug auf Wortlaut und Intention des ursprünglichen Normtexts, als auch in Bezug auf Präzedenzurteile in der bisherigen (eigenen) Rechtsprechung.

57 Siehe etwa *Andreas Middeke*, in: Rengeling et al., Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 10, Rn. 89; sowie *Klaus-Dieter Borchardt*, Der europäische Gerichtshof, 2000, Art. 234, Rn. 55, der unter Verweis auf die Rspr. des Gerichtshofs aber auch darauf hinweist, dass letztinstanzliche (sprich: vorlagepflichtige – vgl. Art. 234 Satz 3!) nationale Gerichte der Auslegung des Gerichtshofs folgen müssen, wenn sie in einer bereits entschiedenen Auslegungsfrage auf eine erneute Vorlage verzichten.

58 Ableiten lässt sich dies aus dem Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit sowie in einem Umkehrschluss auch aus jenen Bestimmungen der ZPO, die ausdrücklich für bestimmte Fälle (z. B. im Instanzenzug, vgl. § 563 Abs. 2 ZPO) eine Bindungswirkung vorsehen – siehe etwa *Peter Gummer*, in: Richard Zöller, Zivilprozessordnung, 25. Aufl. 2005, § 1 GVG, Rn. 11.

b) Maximaler freiheitsrechtlicher Ansatz

Ein maximales freiheitsrechtliches Verständnis der Warenverkehrsfreiheit scheint der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Dassonville*[59] zugrunde zu liegen: Nach diesem Verständnis ist jede Maßnahme der Mitgliedstaaten, die sich in irgendeiner denkbaren Weise, wenn auch nur höchst mittelbar, negativ auf die absoluten Absatzchancen für grenzüberschreitende Waren auswirken kann, eine „Maßnahme gleicher Wirkung" und damit rechtfertigungsbedürftig.

Mit Blick auf die frühe Integration der Gemeinschaft ist eine solche Sichtweise der Warenverkehrsfreiheit gewiss verständlich.[60] Gleichwohl birgt sie jedoch erhebliche Gefahren, wie eingangs (II. 1.) bereits dargelegt.

c) Eingeschränkter freiheitsrechtlicher Ansatz

Ein eingeschränkter freiheitsrechtlicher Ansatz, wie ihn etwa *Steiner* vertritt[61], sieht zwar weiterhin vor, dass auch gänzlich wettbewerbsneutrale, mitgliedstaatliche Regelungen am Maßstab des Art. 28 EG gemessen werden sollen; dieser Ansatz berücksichtigt jedoch das Problem eher geringfügiger bzw. höchst mittelbarer Beeinträchtigungen durch Anerkenntnis einer *De-minimis*-Schwelle, d. h. durch den Ausschluss solcher mitgliedstaatlicher Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG, deren Einfluss auf den freien Warenverkehr nicht hinreichend erheblich ist. Eine derartige Erheblichkeitsschwelle findet ihre ungefähre Entsprechung u. a. auch im deutschen Verfassungsrecht – etwa bei Art. 12 GG[62]. Für die Entwicklung der Dogmatik eines eingeschränkten freiheitlichen Ansatzes kann mithin zumindest teilweise auf nationale Verfassungstheorie zurückgegriffen werden. Vielfach wird eine *De-minimis*-Schwelle in der Literatur allerdings dennoch abgelehnt[63], da u. a. Abgrenzungsschwierigkeiten befürchtet werden[64]. Darüber hinaus bleibt der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit auch nach dieser Lösung, zumindest bei einer niedrig angesetzten Schwelle, denkbar weit.

d) Gleichheitsrechtlicher Ansatz

Gleichheitsrechtliche Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit finden offenbar wieder zunehmend Anhänger.[65] Derartige Ansätze sehen in Art. 28 EG, insbesondere in der Bestimmung zu „Maßnahmen gleicher Wirkung", im Wesentlichen nur eine Vorschrift, die Wettbewerbsgleichheit zugunsten grenzüberschreitender Waren gegenüber rein inländischen Produkten gebietet.[66]

Der gleichheitsrechtliche Ansatz kann wohl noch am ehesten eine Begründung in Wortlaut und Systematik des Art. 28 EG für sich in Anspruch nehmen: So beziehen sich nämlich „mengenmäßige Beschränkungen" allein auf grenzüberschreitende Produkte,[67] m. a. W.: Deren Absatzmenge verringert sich (potentiell) relativ zur Absatzmenge vergleichbarer Produkte rein inländischer Herkunft; dann aber können Maßnahmen *gleicher* Wirkung eigentlich ebenfalls nur auf relative Absatzmengen bezogen sein.

Die Problematik von „*De-facto*-Marktsperren" bleibt bei einer rein gleichheitsrechtlichen Betrachtung aber gänz-

59 Siehe Fn. 3.

60 Siehe *Haltern* (Fn. 7), S. 612; sowie *Hammer* (Fn. 2). Durchaus interessant ist hier allerdings die Tatsache, dass selbst die Kommission seinerzeit in der 5. Richtlinie zum damaligen Art. 33 Abs. 7 70/50/EWG vom 22.12.1969, von einem deutlich begrenzteren Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausging – vgl. hierzu etwa die Darstellung bei *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 44 f.

61 *Josephine Steiner*, Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC, CMLR 1992, S. 749 (insb. 771 f.); ferner, mit zahlreichen weiteren Nachweisen, *Rolf Sack*, Auswirkungen der Art. 30, 36 und 59 ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1998, S. 871 (873); in Richtung einer Mittelbarkeitsschwelle jüngst wohl auch *Kay Hailbronner*, in; ders./Heinrich Wilms: Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Kommentar Bd. 2, Stand 1/2004, Art. 28, Rn. 28 f. mit einer kurzen Analyse der EuGH-Rspr.; vgl. aus der Rspr. außerdem die Nachweise in Fn. 20.

62 Voraussetzung eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG durch gesetzliche Regelungen, deren Ziel nicht primär in der Regulierung eines Berufs besteht, ist, dass diese Regelungen Auswirkungen auf die Berufsfreiheit von einigem Gewicht haben, dass sie „in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen" – BVerfGE 70, 191 (214); siehe aus der Lit. etwa *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 12, Rn. 85 ff. m. w. N.

63 Siehe *Becker* (Fn. 48), Art. 28 EGV, Rn. 40; sowie *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 59 mit zahlreichen weiteren Nachweisen, der allerdings nicht ausschließen will, dass eine „hinreichende Substantiierbarkeit der Behinderungswirkung zu fordern" ist; in der Begründung ausführlicher *Füller* (Fn. 50), S. 111 ff.

64 Siehe *Sonja Feiden*, Die Bedeutung der „Keck"-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten, 2003, S. 42 f.; sowie *Füller* (Fn. 50), S. 112 ff.; *Millarg* (Fn. 7), S. 110; jüngst auch *Kokott* (Fn. 12), Rn. 46.

65 Vgl. etwa *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 60, 66 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen, der die Stimmen zugunsten dieser Ansätze allerdings dennoch in der Minderheit sieht; mit ausführlicher Hinleitung *Haltern* (Fn. 7), S. 657 ff., insb. 659 ff.; für ein gleichheitsrechtliches Verständnis argumentiert auch GA *Maduro*, Schlussanträge vom 30.03.2006, – C-158/04 und C-159/04 – *Bake off*, Rn. 41 ff.; siehe ferner bereits *Giuliano Marenco*, Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, CDE 20 (1984), 291 ff.

66 Vgl., allgemein für die Grundfreiheiten, *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 36, speziell zu Art. 28 EG, *ders.*, Rn. 69 ff.; als „maßgebliches Grundkriterium" einer Maßnahme gleicher Wirkung sieht *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 38, deren „einfuhrbehindernde Wirkung" an – trotz abweichender Formulierung entspricht diese Vorstellung im Ergebnis wohl ebenfalls eher einem gleichheitsrechtlichen Verständnis des Art. 28 EG – vgl. hierzu allerdings *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 68; einen Zusammenhang handelsbeschränkender Maßnahmen mit der Einfuhr als Kriterium für die Bejahung einer „Maßnahme gleicher Wirkung" fordert u. a. auch *Hartmut Weyer*, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, insb. S. 407 (419 ff.).

67 Das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen erstreckt sich auf sämtliche Maßnahmen, die sich, je nach Falllage, als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der *Einfuhr*, *Ausfuhr* oder *Durchfuhr* darstellen – Urteil des Gerichtshofs vom 12.07.1973 – 2/73 – *Geddo*, Rn. 7 [Hervorhebung nicht im Original]; siehe ferner etwa *Schroeder* (Fn. 35), Rn. 32 m. w. N.

lich ausgespart. D. h. die Mitgliedstaaten bedürfen keiner rechtfertigenden Überlegungen, um den Verkauf oder die Verwendung bestimmter Produkte *faktisch* in Gänze zu verbieten – rechtfertigungsbedürftig sind allein Regelungen, die grenzüberschreitende Waren gegenüber rein inländischen benachteiligen. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass sich derartige *De-facto*-Marktsperren höchst hinderlich auswirken können auf die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes – dem vorrangigen Ziel der Gemeinschaft (vgl. Art. 2 EG).

e) (Eingeschränkter) zweidimensionaler Ansatz

Während man dem oben beschriebenen, maximalen freiheitsrechtlichen Ansatz Konturen- und Uferlosigkeit vorwerfen kann,[68] erscheint der rein gleichheitsrechtliche Ansatz aufgrund der Ausblendung von Marktsperren als zu restriktiv. Eine vermittelnde Position nimmt daher ein zweidimensionaler Ansatz[69] ein, der sowohl freiheitsrechtliche wie gleichheitsrechtliche Aspekte berücksichtigt und grundsätzlich offen ist für die Ergänzung durch eine Erheblichkeitsschwelle.

Als Ausgangspunkt für dieses Verständnis der „Maßnahmen gleicher Wirkung" in Art. 28 EG mögen bereits die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung dienen.[70] In einer Gesamtschau betrachtet, zielen die einzelnen Elemente der Keck-Rechtsprechung nämlich letztlich darauf ab, den Marktzugang grenzüberschreitender Waren im gleichen Maß zu sichern wie den rein inländischer Waren.[71] Anders ausgedrückt, soll die *Chancengleichheit* grenzüberschreitender Erzeugnisse im Absatzwettbewerb mit inländischen Produkten garantiert werden; ein Einfluss auf *relative* Absatzmengen (im Verhältnis inländischer und grenzüberschreitender Erzeugnisse zueinander) durch nationale Regelungen soll verhindert werden. Hingegen steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, durch ihre Regelungstätigkeit mittelbar Einfluss auf die *absoluten* Absatzmengen zu nehmen – solange dabei eben *nicht* zugleich auch die Absatzchancen für grenzüberschreitende Erzeugnisse stärker sinken als die Absatzchancen für vergleichbare inländische Waren. Darüber hinaus kann man der Entscheidung zu *Keck und Mithouard* aber in einem Umkehrschluss auch noch entnehmen, dass (annähernd) absolute *De-facto*-Marktsperren rechtfertigungsbedürftig sein sollen, dass also mit anderen Worten ein Mitgliedstaat Verkauf oder Verwendung einer bestimmten Produktkategorie nicht einfach ohne Begründung faktisch verbieten darf.[72]

4. Übertragbarkeit der Keck-Grundsätze auf verwendungsmodale Regelungen

Der Gedanke, dass Art. 28 EG primär auf den Erhalt von *Chancengleichheit* für grenzüberschreitende Waren abzielt, lässt nicht nur die meisten verkaufsmodalen Regelungen sondern ebenso einen Großteil verwendungsmodaler Regelungen aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit herausfallen.[73] Soweit diese Regelungen keine (versteckten) Benachteiligungen für grenzüberschreitende Waren enthalten, ist ihre tatsächliche Wirkung nämlich ganz ähnlich wie die der Verkaufsmodalitäten. Für einen Vergleich bietet sich etwa der Bereich

68 Mit Blick auf die *Keck*-Entscheidung und ihren Hintergrund spricht etwa *Kingreen* (Fn. 7), Rn. 49, von einem „methodischen Offenbarungseid".

69 Einem solchen Ansatz zuordnen lassen sich insb. *White*, siehe *ders.*, (Fn. 11), insb. S. 259; sowie ferner *Kokott*, siehe *dies.* (Fn. 12), Rn. 38 ff.

70 In der Rechtsprechung des Gerichtshofs finden sich allerdings bereits vor der Entscheidung in der Rechtssache *Keck und Mithouard* Indizien für ein stärker gleichheitsrechtliches Verständnis der Warenverkehrsfreiheit: Vgl. etwa das Urteil vom 31.03.1982 – 75/81 – *Blesgen*; sowie das Urteil in der Rs. *Oebel* (Fn. 41); siehe ferner die Stellungnahme des GA in der Rs. *Gauchard* (Fn. 11), insb. Rn. 28, 30.

71 Siehe bereits die Aussage des Gerichtshofs selbst, im Urteil *Keck und Mithouard* (Fn. 19), 3. Leitsatz. Aus der deutschen Kommentarliteratur siehe insb. *Schroeder* (Fn. 35), Rn. 44; sowie ferner etwa *Leible* (Fn. 32), Rn. 28 mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Eine kurze wirtschaftstheoretische Begründung dieser Zielsetzung findet sich bei *Müller-Graff* (Fn. 32), Rn. 3 ff.

72 Siehe *Kokott* (Fn. 12), Rn. 65 ff. mit Verweis auf weitere Schlussanträge anderer GA'e in Fn. 31 sowie unter Hinweis auf Rn. 17 des Urteils *Keck und Mithouard* (Fn. 19), wo der Gerichtshof ausdrücklich feststellt, verkaufsmodale Regelungen, die nach der *Keck*-Formel nicht an Art. 28 zu messen seien, seien auch „nicht geeignet, den Marktzugang für diese [grenzüberschreitenden] Erzeugnisse zu versperren". Aus dieser Aussage lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass *De-facto*-Marktsperren selbst dann unzulässig sein sollen, wenn sie nationale Produkte gleichermaßen betreffen.

73 Ebenso GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 55. In der Literatur ist die Frage bislang – soweit ersichtlich – nie ausführlich thematisiert worden. Für eine Ausdehnung der *Keck*-Rechtsprechung auf verwendungsmodale Regelungen sprechen sich aus: *Millarg* (Fn. 7), S. 69; *Matthias Petschke*, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, S. 107 (111); *Ulrich Becker*, Von „Dassonville" über „Cassis" zu „Keck" – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, S. 162 (174); sowie *Weiler* (Fn. 1), S. 372 f., der allgemein eine Ausdehnung der *Keck*-Grundsätze auf Bereiche außerhalb der Verkaufsmodalitäten fordert und dabei als Bsp. eine Verwendungsmodalität (Rauchen auf öffentlichen Plätzen) nennt; und ebenso *Haltern* (Fn. 7), S. 658 ff. Bereits 1989 – also einige Jahre vor der Entscheidung in der Rechtssache *Keck und Mithouard* – schlussfolgerte *White* (Fn. 11), S. 259, aus einer Analyse der bisherigen EuGH-Rechtsprechung, dass unterschiedslose Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Bereich der Verkaufs- und Verwendungsbeschränkungen, die nicht zu einem faktischen Warenverbot führten, auch nach „*Dassonville*" nicht am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen seien. Soweit von anderen Autoren Verwendungsmodalitäten als rechtfertigungsbedürftige „Maßnahmen gleicher Wirkung" angesehen werden, gilt es zu beachten, dass sich die jeweiligen Verfasser dabei regelmäßig allein auf Fälle beziehen, in denen entweder eine (mittelbare, faktische) Benachteiligung grenzüberschreitender Waren oder ein *De-facto*-Warenverbot zu registrieren ist – vgl. etwa *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 1, 2004, Rn. 853; sowie ferner *Jutta Kessler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 117 ff.; anders bei *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28, Rn. 101, der grds. auch unterschiedslos *anwendbare* Verwendungsbeschränkungen als „Maßnahmen gleicher Wirkung" ansehen will, ohne dies jedoch näher zu begründen oder zu belegen und auch ohne Klarstellung, ob dabei unterschiedslos *wirkende* Verwendungsbeschränkungen ebenfalls gemeint sind. *Hailbronner* (Fn. 61), Rn. 28 f. will verwendungsmodale Regelungen aufgrund lediglich zu mittelbarer und zu entfernter Auswirkungen auf den freien Warenverkehr aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG ausschließen.

„Werbeverbote" an: Untersagt ein Mitgliedstaat die Werbung für eine bestimmte Produktkategorie teilweise, so führt das Wegfallen der betroffenen Werbemaßnahmen regelmäßig zu einer sinkenden Anschaffungsneigung der Verbraucher, die dann auch grenzüberschreitende Erzeugnisse betrifft[74]; untersagt ein Mitgliedstaat für eine bestimmte Produktkategorie verschiedene Verwendungsmöglichkeiten, so wird dies regelmäßig ebenfalls zu einer sinkenden Anschaffungsneigung der Verbraucher führen. Einen Einfluss auf die *relativen* Absatzchancen grenzüberschreitender Erzeugnisse haben aber beide Regelungsgruppen zumindest im Grundsatz[75] nicht. Sie sind daher nicht nur rechtlich sondern auch in jeder Hinsicht tatsächlich wettbewerbsneutral und damit *grundsätzlich* keine „Maßnahmen gleicher Wirkung".

Allerdings sind, wie oben (III. 3. e) bereits angedeutet, Einschränkungen dieses Grundsatzes erforderlich, um einem zweidimensionalen Verständnis der Warenverkehrsfreiheit gerecht zu werden.

IV. Einschränkungen

1. Verwendungsverbot als tatsächliches Warenverbot

a) De-facto-Marktsperre durch Verwendungsverbot

Man stelle sich vor: Ein Mitgliedstaat verbietet generell die Benutzung von Fahrzeuganhängern für jegliche Transportzwecke. Diese Anhänger dürften dann zwar immer noch eingeführt werden, sie würden jedoch tatsächlich keine Verwendung mehr finden. Faktisch käme das nationale Verwendungsverbot somit einem totalen Warenverbot gleich. Ein solches faktisches Warenverbot benachteiligt zwar nicht grenzüberschreitende Erzeugnisse. Der Marktzugang für diese Erzeugnisse wird aber dadurch verhindert, dass *de facto* eine vollständige Marktsperre errichtet wird. Angesichts der elementaren Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit für die Schaffung eines gemeinschaftlichen Binnenmarktes einerseits und aufgrund der erheblichen Einwirkung einer solchen Sperre auf den Warenverkehr andererseits, erscheint es als geboten, eine solche nationale Maßnahme weiterhin dem Erfordernis einer Rechtfertigung zu unterwerfen.[76]

b) Unschärfen bei annähernd totalen Verwendungsverboten

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn eine verwendungsmodale Regelung lediglich ein annähernd totales Warennutzungsverbot errichtet. Wie stark der Absatz einer Ware aufgrund einer verwendungsmodalen Regelung einbrechen muss, damit von einer faktischen „Marktsperre" gesprochen werden kann, lässt sich wohl nicht abstrakt und allgemein festlegen. Verursacht eine mitgliedstaatliche Maßnahme lediglich einen Absatzrückgang um die Hälfte des bisherigen Gesamtumsatzes, so dürfte das Vorliegen einer *De-facto*-Marktsperre jedenfalls zu verneinen sein – dies selbst dann, wenn bereits die Ausgangsumsätze gering waren. Bei einem Absatzeinbruch um 90 Prozent dürfte hingegen die Annahme eines faktischen Warenverbots nahe liegen.[77]

Einen Sonderfall stellen schließlich *regional beschränkte* Marktsperren dar. Eine regionale Marktsperre liegt vor, wenn die Verwendung bestimmter Erzeugnisse nicht im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, sondern lediglich in einem regional begrenzten Gebiet (annähernd) vollständig untersagt wird. Einen solchen Fall hat der Gerichtshof bereits entschieden und zwar in dem Sinne, dass auch solche regionalen Marktsperren „Maßnahmen gleicher Wirkung" darstellen sollen.[78] Dies erscheint zumindest dann als zutreffend, wenn es sich bei der „Region" um ein klar umrissenes Gebiet handelt, das als eigener „Markt betrachtet werden kann (etwa eine Insel, ein Bundesland etc.; *nicht*: öffentliche Wege, Wasserstraßen, Gebäude oder auch Landschaftsschutzgebiete). Für die Feststellung einer Marktsperre im Binnenmarkt kann es nämlich nicht darauf ankommen, ob diese Sperre von einem deutschen Bundesland, einem der vier Teilstaaten Großbritanniens oder eben von einem rechtlich selbstständigen Mitgliedstaat vergleichbarer Größe errichtet wird.

2. Tatsächliche Begünstigung ähnlicher nationaler Produkte

Der Umstand, dass ein verwendungsmodal beschränktes Produkt nicht im Inland hergestellt wird, ist für sich genommen noch kein Indiz für eine Benachteiligung grenzüberschreitender Waren.[79] Verwendungsmodale Regelungen können aber dann problematisch sein, wenn sie mittelbar andersartige, aber ähnliche[80] *nationale* Erzeug-

74 Ähnlich der Gerichtshof in der Rechtssache *Hünermund* (Fn. 42), Rn. 20 f.; sowie bereits GA *Tesauro* (Fn. 47), Rn. 7 ff.

75 Faktische Begünstigungen nationaler Produkte sind natürlich möglich – für den Bereich der Werbeverbote vgl. etwa die Übersicht bei *Kingreen* (Fn. 7), Art. 28–30 EGV, Rn. 173; für Verwendungsmodalitäten siehe unter IV.2.

76 *Feiden* (Fn. 64), S. 64, spricht hier von einem „de maximis' Vorbehalt". Siehe zum Ganzen außerdem GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 65 ff.

77 In diese Richtung (für den schwedischen Fall der Wassermotorräder) auch GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 68.

78 Siehe das Urteil in der Rs. *Ditlev Bluhme* (Fn. 5), insbesondere Rn. 6, 15 ff.; zustimmend *Becker* (Fn. 48), Rn. 34; sowie *Müller-Graff* (Fn. 1), Art. 28 EG, Rn. 54, m. w. N. aus der Rspr. des Gerichtshofs.

79 So eindeutig der Gerichtshof in der Rs. *Kommission/Griechenland* (Fn. 43), 3. Leitsatz, Rn. 17; wohl zustimmend GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 61.

80 Bei der Begünstigung gleicher oder nahezu gleicher Produkte ist die Lage klar: Dann liegt eine Benachteiligung grenzüberschreitender Waren vor, die der Rechtfertigung bedarf.

nisse begünstigen.[81] In der Rechtssache *Mickelsson und Roos* etwa stellt sich die Frage, ob die betreffende schwedische Regelung nicht auch darauf abzielen könnte die (schwedische) Motorbootproduktion zulasten der (ausländischen) Jetski-Produktion zu fördern.[82]

In solchen Fällen ist von einer rechtfertigungsbedürftigen Benachteiligung grenzüberschreitender Waren unter folgenden Voraussetzungen auszugehen: (1) Es besteht ein funktionales Äquivalent, das *nicht* denselben Verwendungsbeschränkungen unterworfen ist wie das beschränkte Erzeugnis; *und* (2) das funktionale Äquivalent wird zumindest in prozentual größerem Umfang – im Verhältnis zur Auslandsproduktion (bzw. zu möglichen Re-Importen[83]) – im betreffenden Mitgliedstaat hergestellt (bzw. nicht re-importiert) als das beschränkte Erzeugnis.

Festzustellen, wann ein Erzeugnis „funktional äquivalent" ist, kann freilich im Einzelfall Probleme bereiten. In diesem Bereich kann jedoch auf allgemeine wettbewerbs- und kartellrechtliche Grundlegungen sowie insbesondere auch auf Rechtsprechung und Lehre zu Art. 90 EG[84] zurückgegriffen werden. Letztlich wird dabei immer die Frage zu stellen sein, ob ein Erzeugnis aus Sicht des durchschnittlichen Konsumenten in einer bestimmten Situation als austauschbar erscheint.[85]

Im Fall der schwedischen Regelung für Wassermotorräder wird man Sport-Motorboote wohl als funktional äquivalent betrachten können;[86] dagegen ist der Markt für Ruderboote ebenso offensichtlich ein anderer; einen Grenzfall würden etwa hochmotorisierte Segelboote darstellen.[87] Im Fall der italienischen Regelung für Anhänger ist ein funktionales Äquivalent nicht ersichtlich – der Markt für Lastkraftwagen oder Kraftfahrzeuge mit größerer Ladefläche ist jedenfalls ein anderer Markt als der Anhängermarkt oder auch der Zweiradmarkt.

Zwar könnte man an dieser Stelle alternativ darauf abstellen, ob die Benachteiligung grenzüberschreitender Waren bezweckt oder bloß zufällige Begleiterscheinung der verwendungsmodalen Regelung ist.[88] Doch dies wird sich im Regelfall nicht zuverlässig feststellen lassen und öffnet möglichen Umgehungsversuchen der Mitgliedstaaten Tür und Tor. Eine solche finale Betrachtungsweise ist daher abzulehnen.[89]

Allein in den Bereich der Rechtfertigungsebene gehören Überlegungen, die darauf abstellen, ob das funktionale Äquivalent bestimmte Schutzgüter weniger schädigt als das beschränkte Erzeugnis – ob also beispielsweise Wassermotorräder umweltschädlicher sind als traditionelle Motorboote.

3. Verhältnismäßigkeit als Problem?

Eine letzte, dem Anschein nach problematische Fallgruppe schließlich bilden jene unterschiedslosen, nicht marktsperrenden Verwendungsmodalitäten, die offensichtlich unverhältnismäßig oder gar willkürlich sind.[90]

Der Zugang zu dieser Fallgruppe erschließt sich jedoch nicht über Art. 28 EG: Wenn nämlich der Normbereich der „Maßnahmen gleicher Wirkung" innerhalb der Warenverkehrsfreiheit nur relative Absatznachteile, *De-facto*-Marktsperren sowie faktische Begünstigungen ähnlicher nationaler Produkte erfasst, dann kann davon auch bei „unsinnigen" Regelungen keine Ausnahme gemacht werden. Anknüpfungspunkt können in solchen Fällen aber u.U. Gemeinschafts- und nationale Grundrechte sein.

81 Vgl. EuGH, *Kommission/Griechenland* (Fn. 43), 3. Leitsatz, Rn. 18.

82 Siehe die Spekulationen der GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 63.

83 Re-Importe fallen grds. ebenso in den Anwendungsbereich des Art. 28 EG wie im Ausland hergestellte Waren – siehe das Urteil des Gerichtshofs vom 27.06.1996 – C-240/95 – *Rémy Schmit*, Rn. 10; sowie etwa *Schroeder* (Fn. 35), Rn. 21 m. w. N.

84 Siehe hierzu etwa die Kommentierung von *Christian Waldhoff*, in Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 90 EGV, Rn. 12, mit zahlreichen Nachweisen aus der EuGH-Judikatur; ferner *Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel*, in: Robert Bray (Hrsg.), Constitutional Law of the European Union, 2. Aufl. 2005, Rn. 5-093, ebenfalls m. w. N.

85 Vgl. in diesem Sinne etwa das jüngste Urteil des Gerichtshofs vom 19.09.2006 – C-356/04 – *Lidl Belgium*, Rn. 26; sowie bereits die Urteile vom 17.02.1976 – 45/75 – *Rewe*, Rn. 12; und vom 27.02.1980 – 168/78 – *Kommission/Französische Republik*, Rn. 5; weitere Nachweise bei *Waldhoff* (Fn. 84), Rn. 12. Auf den „gleichen Bedarf oder die gleiche Zweckbestimmung" bei der Vergleichbarkeit einer Ware stellt auch bereits Art. 3 a Abs. 1 lit. b der Richtlinie 97/55/EG ab. Aus der nationalen Rechtsprechung zum Thema siehe etwa das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.10.1998 – I ZR 69-96 – *Vergleichen Sie*, 2. Leitsatz (vergleichende Werbung auch bei nichtidentischen, aber *funktions*identischen Substitutionsprodukten zulässig). Umfassend und mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Frage der Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen *Helmut Köhler*, in: Wolfgang Hefermehl et al. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, Rn. 46 ff. Auch im Bereich des Kartellrechts kann im Rahmen des „Vergleichsmarktkonzepts" die Frage der sachlichen Vergleichbarkeit von Erzeugnissen eine Rolle spielen – in den Entscheidungen des Gerichtshofs war diese Rolle bislang allerdings eher eine untergeordnete, vgl. zum Ganzen *Helmut Schröter*, in: ders. et al., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 82, Rn. 192.

86 Zurückhaltend *Kokott* (Fn. 12), Rn. 63.

87 Sofern also im Fall *Mickelsson und Roos* Wassermotorräder allein im Ausland hergestellt würden, Motorboote hingegen auch in Schweden, so läge eine rechtfertigungsbedürftige (faktische) Benachteiligung grenzüberschreitender Waren vor – vgl. in diese Richtung GA'in *Kokott* (Fn. 12), Rn. 60, 63.

88 In diese Richtung der Gerichtshof in der Rs. *Peralta* (Fn. 20), Rn. 24.

89 Siehe hierzu aus der deutschen Kommentarliteratur *Epiney* (Fn. 32), Rn. 36; *Becker* (Fn. 48), Rn. 39; sowie *Müller-Graff* (Fn. 32), Rn. 261; a. A. wohl *Hailbronner* (Fn. 61), Rn. 28.

90 Hierunter fiele z. B. ein Verwendungsverbot für Anhänger an vierrädrigen Kraftfahrzeugen – bei gleichzeitiger Erlaubnis zur Verwendung an Zweiradfahrzeugen.

V. Kontinuität in der Rechtsprechung des Gerichtshofs gewahrt?

Eine analoge Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung auf Verwendungsbeschränkungen würde entgegen dem ersten Anschein auch die erforderliche Kontinuität in der – freilich uneinheitlichen (siehe oben III. 3. a) – Rechtsprechung des Gerichtshofs wahren.

Der Gerichtshof hat bislang nur sehr wenige Fälle entschieden, in denen Verwendungsbeschränkungen eine maßgebliche Rolle spielten – darunter soweit ersichtlich kein einziger Fall, dessen Sachverhalt mit der Konstellation in den oben (II. 2.) beschrieben Fällen *Kommission/Italien* sowie *Mickelsson und Roos* unmittelbar vergleichbar wäre.

1. Insbesondere: Die Rechtssache Forest

Am ehesten lässt sich hier noch eine Entscheidung aus dem Jahr 1986 heranziehen. Damals hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Forest*[91] eine (mengenmäßige) Verwendungsbeschränkung aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen. In der Sache ging es um eine französische Regelung, mit der für französische Getreidemühlen Kontingente für die Vermahlung von Weichweizen festgelegt wurden. Es wurden durch diese Regelung also Höchstmengen für die Verwendung eines Produkts bestimmt, deren Überschreitung sogar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen konnte.[92]

Die Angeklagten des Ausgangsverfahrens waren der Ansicht, dass durch diese unterschiedslose Regelung der innergemeinschaftliche Getreidehandel und damit die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt werde – schließlich werde durch die Regelung die Möglichkeit der Mühlen begrenzt, Weizen zur Vermahlung anzukaufen.[93]

Der Gerichtshof verneinte demgegenüber das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung.[94] Eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten sei ausgeschlossen, weil die entsprechende Regelung in Wirklichkeit in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr von Weizen stehe und es jedem Müller unbenommen bleibe, seinen (verbliebenen) Bedarf teilweise oder ganz mit eingeführtem Weizen zu decken.[95]

Diese Gedanken lassen sich auch auf Verwendungsbeschränkungen in Fällen wie den aktuell vorliegenden übertragen: Auch hier führt eine mitgliedstaatliche Regelung zumindest mittelbar dazu, dass der Absatz (und damit nach aller Lebenswahrscheinlichkeit auch die Einfuhr) einer Ware in *absoluten* Zahlen ausgedrückt sinkt;[96] die mitgliedstaatlichen Regelung ist aber nicht spezifisch einfuhrbehindernd; anders ausgedrückt, werden – in *relativen* Zahlen betrachtet – die Waren aus anderen Mitgliedstaaten nicht benachteiligt.

2. Die Rechtssachen Cinéthèque und Toolex Alpha AB als Kontrapunkte?

a) Cinéthèque

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 – Rechtssache *Cinéthèque*[97] – hat der Gerichtshof hingegen eine (in diesem Fall: zeitliche) Verwendungsbeschränkung offenbar als Maßnahme gleicher Wirkung eingestuft. In der Sache ging es dort um ein unterschiedslos geltendes Verbot, Filmwerke während der Dauer eines Jahres, parallel zur Vorführung in Filmtheatern, auch mittels Videokassetten zu verwerten.[98]

Zwar war der Gerichtshof der Überzeugung, diese Regelung bezwecke *keine* Lenkung der Handelsströme und benachteilige *nicht* die ausländische Filmproduktion, ja sie fördere sogar die Filmproduktion insgesamt.[99] Dennoch könne die Regelung zu Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels führen, weshalb sie einer Rechtfertigung bedürfe.[100]

Diese Wertung widerspricht einer Anwendung der *Keck*-Formel auf Fälle der Verwendungsmodalitäten aber nicht unbedingt. Wie oben (III 3 e; IV 1 a) ausgeführt, dürfen verwendungsmodale, mitgliedstaatliche Maßnahmen nicht ohne Rechtfertigung dazu führen, dass ein Markt gar nicht erst entsteht, dass also eine Ware quasi verboten wird. In diese Richtung kann man auch die Entscheidung *Cinéthèque* interpretieren: Durch die dieser Rechtssache zugrunde liegende Regelung wurden bestimmte Videofilme quasi verboten – wenn auch nur für die Dauer eines Jahres.[101] Das Urteil *Cinéthèque* betrifft mithin den Fall einer Verwendungsbeschränkung, die tatsächlich wie eine vollständige Marktsperre wirkt. Einer Anwendung der *Keck*-Grundsätze auf Fälle mit Verwendungsbeschränkungen steht dieses Urteil daher nicht generell entgegen.

91 Urteil des Gerichtshofs vom 25.11.1986 – 148/85.

92 Siehe Rn. 2, 3 des Urteils.

93 Siehe Rn. 18 des Urteils.

94 Siehe Rn. 20 des Urteils.

95 Siehe Rn. 19 des Urteils.

96 Vgl. den Schlussantrag der GA'in in der Rs. *Mickelsson und Roos* (Fn. 12), Rn. 41: Absatzrückgang um angeblich rund 90 Prozent.

97 Urteil des Gerichtshofs vom 11.07.1985 – 60/84 und 64/84.

98 Siehe Rn. 2, 3 des Urteils. Man kann übrigens bezweifeln, ob es sich bei der genannten Maßnahme überhaupt um eine Verwendungsbeschränkung im eigentlichen Sinn (zur Definition siehe Fn. 24) handelte: In diesem Sinne ist nämlich „Nutzung" eines Filmwerks das Betrachten, nicht die Verwertung im Wege der Lizenzvergabe.

99 Siehe Rn. 21 des Urteils.

100 Siehe Rn. 22 des Urteils; in der Folge wurde die vorgelegte Regelung dann mit ungewöhnlich knapper Begründung für gerechtfertigt erklärt, vgl. Rn. 23 des Urteils.

101 In diesem Sinne auch GA *van Gerven* (Fn. 15), Rn. 16 ff. (insb. 17), mit einer umfassenden Analyse dieses Urteils.

b) Toolex Alpha AB

Die Entscheidung in der Rechtssache *Toolex Alpha AB*[102] hingegen offenbart zumindest auf den ersten Blick ein Verständnis vom Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung", das einem Ausscheiden der Verwendungsmodalitäten aus dem Normbereich des Art. 28 EG entgegenstehen könnte. In der Sache ging es um eine schwedische Regelung, mit der unterschiedslos die industrielle Verwendung einer bestimmten Chemikalie grundsätzlich verboten wurde.[103]

Dieses mit einer unterschiedslosen Ausnahmeregelung versehene Verbot sah der Gerichtshof als eine Maßnahme gleicher Wirkung an.[104] Er begründete dies damit, dass das grundsätzliche Verwendungsverbot eine Verringerung der Einfuhren der betreffenden Chemikalie bewirken könne[105]; darüber hinaus stelle auch die Verpflichtung der Wirtschaftsteilnehmer, eine Ausnahmegenehmigung für die Verwendung der Chemikalie zu beantragen, eine Maßnahme gleicher Wirkung dar.[106]

Der Wortlaut dieser Begründung erscheint als zu weitgehend. Jede mitgliedstaatliche Regelung, die eine Verringerung der Einfuhren eines bestimmten Erzeugnisses zu bewirken vermag, *ohne* dass dabei inländische Erzeugnisse bevorzugt werden, wäre dann eine Maßnahme gleicher Wirkung, wobei praktisch kein Rechtsbereich ausgespart bliebe[107]. Diese maximale Ausdehnung des freiheitsrechtlichen Verständnisses von Art. 28 EG widerspricht fast evident den Wertungen und Hintergrundüberlegungen der *Keck*-Rechtsprechung und ebenso deutlich auch dem Wortlaut der Begründung für die Entscheidung in der Rechtssache *Forest* (V.1.).

Der Sachverhalt und insbesondere die Stellungnahme des Generalanwalts in der Rechtssache *Toolex Alpha AB* lassen allerdings erkennen, dass der Gerichtshof sich bei seiner Entscheidung weniger von der tatsächlich gegebenen Begründung (vgl. III. 3. a) als vielmehr von ähnlichen Erwägungen wie in der Rechtssache *Cinéthèque* leiten ließ: Die schwedische Chemikalien-Regelung zielte nämlich auf ein Warenverbot ab, also auf eine vollständige Marktsperre, die nur für begrenzte Zeit ganz ausnahmsweise einmal nicht gelten sollte[108]. Und genau aus diesem Grund war – ebenso wie in der Rechtssache *Cinéthèque* – zu Recht eine Einstufung dieser Regelung als „Maßnahme gleicher Wirkung" erfolgt.[109]

3. Weitere Entscheidungen: Benachteiligende Maßnahmen

Bei den übrigen Verwendungsbeschränkungen, über die der Gerichtshof bislang zu entscheiden hatte, handelte es sich – soweit ersichtlich – um mitgliedstaatliche Regelungen, bei denen grenzüberschreitende Waren im Verhältnis zu inländischen in irgendeiner Weise benachteiligt wurden. Auch aus diesen Fällen wird deutlich, dass der Gerichtshof Verwendungsbeschränkungen bislang *nicht* allein deshalb für rechtfertigungsbedürftig erklärt hat, weil sie – in absoluten Zahlen ausgedrückt – zu einem (nachweisbar) verringerten Absatz bestimmter Waren in einem Mitgliedstaat führten. Im Gegenteil lassen die entsprechenden Urteile den Umkehrschluss zu, dass unterschiedslose Vorschriften über die Verwendung bestimmter Erzeugnisse grundsätzlich keine „Maßnahmen gleicher Wirkung" nach Art. 28 EG sind.

In einem Urteil aus dem Jahr 1979[110] vertritt der Gerichtshof diese Auffassung sogar ganz ausdrücklich. In der Sache ging es hier um die Verwendung bestimmter Ausgangsstoffe für die Herstellung von Destillaten.[111] In Rn. 22 dieses Urteils stellte der Gerichtshof zunächst auf die klassische *Dassonville*-Formel ab, erklärte dann jedoch:

> Wenn Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels, die eine Folge unterschiedlicher, noch nicht harmonisierter nationaler *Vorschriften über die Vermarktung und die Verwendung bestimmter Erzeugnisse sind*, grundsätzlich auch *keine Maßnahmen mit gleicher Wirkung* wie mengenmäßige Beschränkungen darstellen, so gilt dies doch nur, wenn diese Vorschriften ohne Unterschied für aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte und für im Inland hergestellte Erzeugnisse gelten. [Hervorhebung nicht im Original]

Einen fast ebenso deutlichen Fingerzeig gibt ein Urteil aus dem Jahr 1984[112]: In dieser Entscheidung hielt es der Gerichtshof grundsätzlich für unproblematisch, dass die Italienische Republik ältere Autobusse nur unter besonderen Voraussetzungen am Straßenverkehr teilnehmen lassen wollte – problematisch war allein die besondere Benachteiligung eingeführter Autobusse durch die kon-

102 Urteil des Gerichtshofs vom 11.07.2000 – C-473/98.

103 Siehe Rn. 14 des Urteils.

104 Siehe Rn. 35 des Urteils.

105 Siehe Rn. 36 des Urteils.

106 Siehe Rn. 37 des Urteils; unter Berufung auf ein Urteil vom 24.01.1978, – 82/77 – *Van Tiggele*, Rn. 19; sowie auf ein Urteil vom 08.11.1979 – 251/78 – *Denkavit*, Rn. 11. Dieser Verweis ist insofern interessant, als es in den zitierten Rechtssachen zwar nicht eindeutig, aber – nach Ansicht der Gerichtshofs – im Ergebnis doch um Maßnahmen ging, die grenzüberschreitende Waren benachteiligten, also nicht um Maßnahmen, die (wie hier) lediglich unterschiedslos das Gesamtabsatzvolumen einer Produktkategorie betrafen.

107 Siehe bereits oben die Beispiele unter II.1.

108 Siehe Rn. 14 ff. des Urteils; siehe außerdem die Schlussanträge des Generalanwalts *Mischo* vom 21.03.2000 – C-473/98, Rn. 54.

109 Einen Sonderfall im Bereich (nahezu) vollständiger Marktsperren betrifft das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. *Ditlev Bluhme* (Fn. 5), insbesondere Rn. 6, 15 ff.; siehe hierzu auch bereits oben unter IV 1 b).

110 Urteil des Gerichtshofs vom 13.03.1979 119/78 *Peureux*.

111 Siehe insbesondere Rn. 2 des Urteils.

112 Urteil des Gerichtshofs vom 27.03.1984 – 50/83 *Kommission/Italienische Republik*.

krete Regelung.[113] Erneut kann man daraus schließen, dass Art. 28 EG in der Auslegung des Gerichtshofs im Kern vor allem auf den Schutz relativer Marktzugangschancen grenzüberschreitender Erzeugnisse abzielt.

VI. Schlussfolgerungen und abschließende Bemerkungen

Die oben beschriebenen Fälle bieten dem Gerichtshof die Gelegenheit, eine Grundfrage des Normbereichs der „Maßnahmen gleicher Wirkung" innerhalb der Warenverkehrsfreiheit generell zu klären: Sollen von diesem Normbereich *sämtliche* mitgliedstaatlichen Maßnahmen erfasst sein, die sich nachweisbar auf die Einfuhren bestimmter grenzüberschreitender Erzeugnisse auswirken (maximales freiheitsrechtliches Verständnis)? Oder sollen nur solche nationalen Regelungen einer Rechtfertigung bedürfen, die entweder die *relativen Absatzchancen* grenzüberschreitender Produkte verschlechtern oder aber *de facto* eine (annähernde) *Marktsperre* errichten (zweidimensionaler Ansatz)?

In seinem Urteil zur Rechtssache *Keck und Mithouard* sowie in der Folgerechtsprechung hat sich der Gerichtshof im Bereich der sogenannten Verkaufsmodalitäten eindeutig für die zweite Alternative entschieden. Soll an dieser Entscheidung festgehalten werden – und dafür sprechen weiterhin gute Gründe[114] – so wäre eine analoge Anwendung der *Keck*-Grundsätze auf die sogenannten Verwendungsmodalitäten nur konsequent und daher aus Sicht der Rechtsanwender sehr zu begrüßen. Eine solche Konkretisierung des Begriffs der „Maßnahmen gleicher Wirkung" nach Art. 28 EG würde sich auch weitgehend widerspruchsfrei in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs einfügen – dies selbst dann, wenn man dabei die Rechtsprechung vor der Entscheidung in der Rechtssache *Keck und Mithouard* mit berücksichtigt.

Vor diesem Hintergrund wäre die vom Gerichtshof in der Rechtssache C-110/05 aufgeworfene Frage[115] wie folgt zu beantworten:

> Nationale Bestimmungen, die nicht die Merkmale eines Erzeugnisses betreffen, sondern seine Verwendung regeln und die ohne Unterschied für inländische und eingeführte Erzeugnisse gelten, sind grundsätzlich nicht als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne von Art. 28 EG anzusehen. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn die betreffenden Regelungen den Marktzugang für ein Erzeugnis (quasi) versperren oder funktional gleichwertige nationale Erzeugnisse mittelbar begünstigen.

Es erscheint allerdings nicht als sehr wahrscheinlich, dass der Gerichtshof dieser Linie folgen wird. Aus Furcht vor einem zu weiten Gestaltungsfreiraum der Mitgliedstaaten im Bereich verwendungsmodaler Produktregelungen, wird der EuGH stattdessen mutmaßlich entweder die Reichweite seiner *Keck*-Rechtsprechung auf verkaufsmodale Regelungen beschränken oder aber der Frage durch einen Vorgriff auf die Rechtfertigungsebene – sprich durch Rechtfertigung der oben beschriebenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen anhand geschriebener oder ungeschriebener Grundsätze – gänzlich ausweichen.[116]

Beides – eine Beschränkung der Reichweite von *Keck und Mithouard* ebenso wie ein Verharren auf dem *status quo* – wäre zu bedauern. Eine ausdrückliche Beschränkung der *Keck*-Grundsätze auf verkaufsmodale Regelungen wäre inkonsequent. Eine stringente Begründung für ein solches Vorgehen ist nicht ersichtlich. Eine Umgehung der Gesamtproblematik durch Vorgriff auf die Rechtfertigungsebene wäre aber gleichfalls nicht nur methodisch bedenklich – würde doch auch so die in diesem Bereich bislang fehlende Klarheit weiterhin ausbleiben.

113 Vgl. insbesondere Rn. 18 des Urteils.

114 Freilich sind einige dieser Gründe rein pragmatischer, andere vornehmlich teleologischer Art. Solche Gründe sind immer etwas unbefriedigend, sowohl aufgrund rechtssystematischer als auch angesichts demokratietheoretischer Erwägungen. Allerdings erscheint es im Bereich des EG-Rechts, nicht zuletzt wegen eines Mangels an historischem Material zur Genese der einzelnen Rechtssätze, häufig als unausweichlich, sich bei der Auslegung vornehmlich auf die Teleologie einer Norm zu stützen – siehe hierzu auch *Anthony Arnull*, The European Union and its Court of Justice, 1999, S. 515 ff., 525 f.

115 Siehe Fn. 25.

116 Da in beiden Fällen sekundäres Gemeinschaftsrecht vorliegt, wären theoretisch auch noch Entscheidungen auf dieser Begründungsebene denkbar. Angesichts des Verlangens des Gerichtshofs nach Stellungnahme der Mitgliedstaaten allein zu Fragen des primären Gemeinschaftsrechts im Fall *Italienische Republik/Kommission* (siehe Fn. 25) erscheint diese Lösung jedoch als eher unwahrscheinlich.