
Quo vadis, „Keck“?

– zum Problem von Verwendungsbeschränkungen im freien Warenverkehr –

Markus Rauber*

Inhalt	
A. Einführung	16
B. Bisherige Tatbestandsprüfung des Art. 34 AEUV	18
C. Einordnung der Verwendungsbeschränkungen in die bisherige Tatbestandsprüfung	20
I. „Dassonville“-Formel	20
II. Traditionelle „Keck“-Formel	21
1. Bisherige Rechtsprechung	21
2. Bisherige Literatur	21
3. Eigene Wertung	23
III. Erweiterte „Keck“-Formel	25
1. Argumente für den Vorschlag von Generalanwältin Kokott	26
2. Argumente gegen den Vorschlag von Generalanwältin Kokott	28
D. Ablösung der bisherigen Tatbestandsprüfung durch den EuGH?	32
I. Ein eigenständiges neues Prüfungsschema	33
II. Tatbestandsvoraussetzungen des Prüfungsschemas	34
1. Wortlautanalyse	34
2. Umfeldanalyse	35
E. Fazit und Ausblick	38

* Ass. iur. Markus Rauber, DEUG, LL.M. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Torsten Stein an der Universität des Saarlandes.

A. Einführung

Es scheint beinahe eine Gesetzmäßigkeit zu sein, dass wegweisenden Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union triviale Fakten zugrunde liegen. Man denke nur an die Unannehmlichkeiten der Gebrüder *Dassonville* bei der Einfuhr von „Scotch Whisky“ nach Belgien¹ oder an die Ablehnung des Inverkehrbringens von *Cassis de Dijon* durch die Bundesmonopolverwaltung.² Auch das französische Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis in der Rechtssache *Keck und Mithouard*³ lud nicht gerade zu einer ausgedehnten Sachverhaltslektüre ein.

Ebenso unspektakulär (und möglicherweise deshalb bisher wenig diskutiert) kommen zwei Urteile⁴ aus dem vergangenen Jahr daher, die unmittelbar an die durch die „Keck“-Entscheidung hervorgerufenen Probleme anschließen und im Folgenden auf ihre Bedeutung für das System des freien Warenverkehrs untersucht werden.

Dem Vorangestellten entsprechend, sind die zu beachtenden Fakten schnell erläutert:

Im März 2005 erhob die Kommission Aufsichtsklage gegen Italien (Rechtssache C-110/05) und machte einen Verstoß der italienischen Straßenverkehrsordnung gegen Art. 34 AEUV⁵ geltend. Im Rahmen der Urteilsfindung müssten die Art. 53 ff. des Decreto legislativo Nr. 285 vom 30. April 1992 als nicht zu rechtfertigender Eingriff in den freien Warenverkehr qualifiziert werden, da sie das Ziehen von Anhängern im Wesentlichen vierradrigen Kraftfahrzeugen vorbehalten und mithin zumindest Motorräder und dreirädrige Kraftwagen von dieser Möglichkeit ausschließen.

Dem nahezu zeitgleichen Vorabentscheidungsersuchen des schwedischen Luleå tingsrätt (Rechtssache C-142/05) ging ein Strafverfahren der Staatsanwaltschaft gegen *Percy Mickelsson* und *Joakim Roos* wegen Verstoßes gegen die nationale Wasser-

¹ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

² EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

³ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

⁴ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg.; EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson und Roos*, noch nicht in der Slg. EuGH-Urteile und Schlussanträge, die noch nicht in der Slg. veröffentlicht sind, können unter <http://curia.europa.eu> (3.3.2010) abgerufen werden. Die ebenfalls um das Problem der Verwendungsbeschränkungen kreisenden Rs. C-197/02 und C-265/06 haben entweder nicht zu einem Urteil des EuGH geführt oder beinhalten keine weiteren Erkenntnisse, so dass sie aus Platzgründen im Rahmen dieser Abhandlung nicht weiter besprochen werden.

⁵ Da die Verfahren zeitlich vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 stattfanden, lag ihnen die alte Rechtslage nach dem Nizza-Vertrag zugrunde. Konkrete Prüfungsgegenstände waren daher die Art. 28 ff. EGV a.F. Alle hier relevanten Vorschriften sind jedoch ohne inhaltliche Änderung in den AEUV übernommen worden, so dass im Folgenden lediglich die nunmehr geltenden Vorschriften zitiert werden.

motorräder-Verordnung vom 15. Juli 2004 voraus. Diese beschränkt in den §§ 2 ff. die Nutzung von Wassermotorrädern (Jet-Skis) auf öffentliche Wasserstraßen sowie auf von den jeweiligen Provinzialregierungen zu benennende weitere Wasserflächen. Offizieller Zweck dieser Vorschriften, an welche sich die Herren *Mickelson und Roos* nicht hielten, ist der Schutz von Flora und Fauna vor einer überbordenden Benutzung lärm- und verbrauchsintensiver Jet-Skis.

Neben dieser Parallele den „Spannungsbogen“ der zugrunde liegenden Sachverhalte betreffend, besteht aber noch eine weitere (im Folgenden allein interessierende) Gemeinsamkeit mit der Entscheidung in der Rechtssache *Keck*: Die herausragende Wichtigkeit des Urteils *Keck und Mithouard* deutete sich schon vor Verkündung des Richterspruchs dadurch an, dass die ursprünglich zuständige zweite Kammer nach Stellung der Schlussanträge des Generalanwalts *van Gerven* die Rechtssache dem Gerichtshof vorlegte. Dieser eröffnete in der Folge die mündliche Verhandlung erneut, forderte den Generalanwalt zu weiteren Schlussanträgen auf und lud vor allem die Beteiligten ein, zu den im Laufe des Verfahrens aufgetretenen bedeutsamen Rechtsproblemen im Rahmen eigens formulierter Fragen Stellung zu nehmen.⁶

Eben diese prozessualen Besonderheiten finden sich auch im aktuellen Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Italien wieder. Nach Verlesung der Schlussanträge durch Generalanwalt *Léger* am 5. Oktober 2006⁷ hat die dritte Kammer entschieden, den Rechtsstreit dem Gerichtshof vorzulegen. Die nunmehr zuständige Große Kammer hat mit Beschluss vom 7. März 2007⁸ nicht nur die mündliche Verhandlung wiedereröffnet, sondern auch folgende Frage an die Parteien sowie an alle Mitgliedstaaten gerichtet:

„Inwieweit und unter welchen Voraussetzungen sind die nationalen Bestimmungen, die nicht die Merkmale eines Produkts, sondern dessen Nutzung regeln und die unterschiedslos auf die inländischen und eingeführten Produkte anwendbar sind, als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne von [...] [Art. 34 AEUV] anzusehen?“

Erst nach Stellungnahme von insgesamt neun Mitgliedstaaten und Verlesung weiterer Schlussanträge durch Generalanwalt *Bot* am 8. Juli 2008⁹ hat die Große Kammer am 10. Februar 2009 fast vier Jahre nach Eingang der Klage ihr Urteil ver-

⁶ Siehe ausführlich zum prozessualen Verlauf den Sitzungsbericht in EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6099, Rdnr. 7 ff.

⁷ Schlussanträge GA *Léger* zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg.

⁸ Ordonnance des Gerichtshofs v. 7.3.2007.

⁹ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg.

kündet. Wie sich aus der angeführten Frage ergibt, hatte sich der Gerichtshof mit dem (bereits aufgrund des außergewöhnlichen Verfahrensgangs augenscheinlich) bedeutsamen Problem¹⁰ zu befassen, ob und wenn ja wie sich sogenannte Verwendungsbeschränkungen in die über Jahrzehnte gewachsene Prüfung des Art. 34 AEUV integrieren lassen. Hinter dieser schon für sich genommen spannenden Thematik scheint zudem die „Gretchenfrage“ nach der Zukunft der durch die Entscheidung *Keck und Mithouard* etablierten Tatbestands(rück)ausnahme vom Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung auf.

Zur Beantwortung der genannten Fragen erscheint es sinnvoll, zunächst einmal das bisherige Prüfungsschema der nicht tarifären Handelshemmnisse in der gebotenen Kürze nachzuzeichnen, bevor dann versucht werden kann, Verwendungsbeschränkungen in diesem zu verorten und bei eventuellem Scheitern des Unterfangens neue Lösungswege aufzuzeigen.

B. Bisherige Tatbestandsprüfung des Art. 34 AEUV

Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung *Dassonville* bekanntermaßen definiert als

„jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“¹¹

Als Reaktion auf dieses besonders weite Eingriffsverständnis sah sich der EuGH in der Folgezeit mit einer Reihe von Fällen konfrontiert, deren europarechtlicher Bezug nur schwer erkennbar war und deren Lösung mithin erhebliche Begründungsschwierigkeiten nach sich zog.¹² Beispielhaft für diese Entwicklung ist die in der Literatur sogar zur „Saga“¹³ erhobene Diskussion um Sonntagsverkaufsverbote, die ihren Höhepunkt in der „Torfaen“-Entscheidung¹⁴ erreichte.

¹⁰ So auch *Streinz*, Nutzungsverbot für Anhänger an Kleinkraftfahrzeugen als Marktzugangshindernis – Tragweite der *Keck*-Rechtsprechung – Sicherheit des Straßenverkehrs als Rechtfertigungsgrund, JuS 2009, S. 652.

¹¹ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837, Rdnr. 5.

¹² Siehe ausführlich dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 28-30 EGV, Rdnr. 49; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 811 ff.

¹³ Statt vieler *Jarvis*, The Sunday Trading Episode: In Defence of the Euro-Defence, ICLQ 1995, S. 458, 463.

¹⁴ EuGH, Rs. C-145/88, *Torfaen Borough Council/B & Q plc*, Slg. 1989, 3851.

Daraufhin korrigierte sich der Gerichtshof wenige Jahre später im Rahmen des „Keck“-Urteils insofern selbst, als dass nunmehr

„die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht [mehr] geeignet [ist], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville [...] zu behindern, [1] sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und [2] sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren [Rdnr. 16].

Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt [so der Gerichtshof weiter], 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 [Rdnr. 17].“¹⁵

Mit dieser berühmt gewordenen Formel hat der EuGH, vereinfacht ausgedrückt, den Tatbestand des Art. 34 AEUV für sogenannte Verkaufsmodalitäten (oder auch vertriebsbezogene Regelungen) auf ein Diskriminierungsverbot zurückgeführt, wohingegen für produktbezogene Vorschriften weiterhin das mit der „Dassonville“-Entscheidung eingeführte allgemeine Beschränkungsverbot fort gilt.

Nicht verschwiegen sei schließlich die Tatsache, dass der Gerichtshof bis heute von Zeit zu Zeit statt der „Keck“-Einschränkung auf ein anderes Begrenzungselement zurückgreift. So lehnt er gelegentlich mit der aus „Prä-Keck-Zeiten“ stammenden Wendung, nach der die Wirkungen einer Regelung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten „zu ungewiss und zu indirekt“ seien, die Annahme einer Beeinträchtigung ab.¹⁶

¹⁵ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rdnr. 16 f.

¹⁶ Ausführliche Nachweise bei *Kingreen*, (Fn. 12), Art. 28-30 EGV, Rdnr. 55; *Borchardt*, (Fn. 12), Rdnr. 813.

C. Einordnung der Verwendungsbeschränkungen in die bisherige Tatbestandsprüfung

Bevor das gerade skizzierte Schema auf Verwendungsbeschränkungen angewandt werden kann, ist zunächst der Begriff¹⁷ als solcher zu klären. Verwendungsbeschränkungen umfassen eine heterogene Masse mitgliedstaatlicher Regelungen, die man je nach Intensitätsgrad der Beeinträchtigung fast automatisch oder auch zunächst einmal gar nicht mit dem freien Warenverkehr in Verbindung bringt. So unterfallen dem Begriff sowohl weitreichende oder vollständige Nutzungsverbote einer Ware (man denke nur an das Verbot des Ziehens von Anhängern für Motorräder in der Rechtssache C-110/05), als auch eng gefasste Begrenzungen wie beispielsweise das im Rahmen des Verfahrens C-142/05 ebenfalls angesprochene Verbot, mit Geländewagen abseits der Verkehrsstraßen im Wald zu fahren.

Insgesamt lassen sich die Verwendungsbeschränkungen jedoch definieren als mitgliedstaatliche Vorschriften, die den Ort, die Zeit und/oder die Art der Nutzung von Erzeugnissen festlegen.¹⁸

I. „Dassonville“-Formel

Verwendungsbeschränkungen dürften stets zumindest mittelbare und potentielle Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels darstellen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Waren in der Regel zum Zweck ihrer (weit verstandenen) Benutzung erworben werden. Sofern sie zwar gekauft, dann aber nicht – oder jedenfalls nicht in der gewünschten Form – verwendet werden können, verringert sich für den Erwerber automatisch der Gebrauchswert, so dass der Erwerb für ihn „weniger attraktiv wird“.¹⁹

¹⁷ Teilweise wird auch von „Nutzungs- oder Verwendungsmodalitäten“ gesprochen, siehe dazu *Albin/Valentin*, Dassonville oder doch Keck – zwei anstehende Urteile des EuGH zur Anwendung des Art. 28 EG auf Verwendungsbeschränkungen, EWS 2007, S. 534. Vorliegend wird jedoch der Begriff „Verwendungsbeschränkung“ bevorzugt, da er im Unterschied zu „Modalitäten“ nicht ungewollt die nunmehr erst vorzunehmende Einordnung in die Keck-Formel (in Richtung „Verkaufsmodalitäten“) vorwegnimmt.

¹⁸ Eine ähnliche Definition findet sich in den Schlussanträgen GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson und Roos*, noch nicht in der Slg., Nr. 44.

¹⁹ *Albin/Valentin*, (Fn. 17), S. 535 benutzen damit (bewusst oder unbewusst) eine Formulierung, die als sog. „Säger-Formel“ zur Übertragung der „Dassonville“-Rechtsprechung auf den freien Dienstleistungsverkehr bekannt geworden ist.

II. Traditionelle „Keck“-Formel

Deutlich schwieriger gestaltet sich die Behandlung der Verwendungsbeschränkungen im Rahmen der „Keck“-Ausnahme. Um diese in ihrer oben dargestellten Fassung anwenden zu können, müssten sich Verwendungsbeschränkungen entsprechend der ersten Voraussetzung entweder als Verkaufsmodalität oder als produktbezogene Regelung qualifizieren lassen. Aufschluss hierüber könnte eine Untersuchung der bisherigen Rechtsprechung und Literatur (vor den Verfahren C-110/05 und C-142/05) geben.

1. Bisherige Rechtsprechung

Der EuGH wurde durch die eingangs dargestellte Klageerhebung bzw. Vorlage im Jahre 2005 nicht zum ersten Mal mit Verwendungsbeschränkungen konfrontiert.²⁰ Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung zum freien Warenverkehr fällt auf, dass dieses Phänomen auch schon zuvor mehrfach Gegenstand von Verfahren vor den Luxemburger Gerichten war.²¹ Allen Entscheidungen ist jedoch gemein, dass sich ihnen keine verwertbaren Aussagen im Hinblick auf die Zuordnung zu bestimmten „Keck“-Kriterien entnehmen lassen. Dies liegt zum einen daran, dass die Urteile teilweise zeitlich vor der „Keck“-Entscheidung ergingen. Zum anderen hat der Gerichtshof aber auch in den Urteilen nach *Keck* bis hin zu den beiden Ausgangsverfahren dieses Beitrags die hinter Verwendungsbeschränkungen stehenden Probleme (bewusst?) nicht behandelt. Teilweise finden sich darüber hinaus Passagen, die an das oben dargestellte Alternativelement „zu ungewiss und zu indirekt“ erinnern.²² Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

2. Bisherige Literatur

Auf den ersten Blick vergebens ist auch eine Untersuchung der Literatur. Es fand in den letzten Jahren nahezu²³ keine Auseinandersetzung mit dem Phänomen von

²⁰ *Classen*, Vorfahrt für den Marktzugang?, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. Februar 2009, Rs. C-110/05 (Kommission/Italien), EuR 2009, S. 556.

²¹ Neben den in Fn. 4 zitierten Verfahren erfüllen zumindest die den Urteilen EuGH, verb. Rs. 60/84 und 61/84, *Cinéthèque*, Slg. 1985, 2605; EuGH, Rs. 148/85, *Forest*, Slg. 1986, 3449; EuGH, Rs. C-67/97, *Bluhme*, Slg. 1998, I-8033; EuGH, Rs. C-473/98, *Toolex Alpha*, Slg. 2000, I-5681 und EuGH, Rs. C-65/05, *Kommission/Griechenland*, Slg. 2006, I-10341, zugrunde liegenden nationalen Regelungen die obige Definition der Verwendungsbeschränkung.

²² So auch *Albin/Valentin*, (Fn. 17), S. 536.

²³ Soweit ersichtlich einzig bei *Epiney*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, 24. EL 2009, L.2.d.cc) Grundfreiheiten, Rdnr. 177 ff.; *ders.*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl. 2009, § 8, Rdnr. 40 ff.; *ders.*, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2005, S. 124 f.; *ders.*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 28 EGV, Rdnr. 35 ff., finden sich kurze Hinweise auf eine mögliche Behandlung von Verwendungs-

Verwendungsbeschränkungen im freien Warenverkehr statt. Dies dürfte daran liegen, dass die Problematik, wie gerade gesehen, in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht behandelt wurde und sich die Diskussion im Schrifttum, zahlreichen Entscheidungen des EuGH folgend,²⁴ auf andere Fragen (allen voran die, nach der Bedeutung des zweiten „sofern“-Erfordernisses) fokussierte.

Schaut man jedoch etwas weiter zurück, finden sich durchaus vereinzelte Stellungnahmen zum Problem der Verwendungsbeschränkungen. Zeitlich fallen diese größtenteils in die Jahre kurz vor bzw. kurz nach Ergehen der „Keck“-Entscheidung 1993. Hieran ist erkennbar, dass Verwendungsbeschränkungen sowohl bei der Suche nach Eingrenzungskriterien für die weite „Dassonville“-Formel als auch zu Beginn der Diskussion um die Auslegung der neuen „Keck“-Regel durchaus als Problem erkannt worden sind, jedoch mit Fortentwicklung der Rechtsprechung in andere Richtungen in Vergessenheit gerieten.

Einige Autoren gehen, jeweils ohne nähere Begründungen, abstrakt davon aus, dass Verwendungsbeschränkungen als Verkaufsmodalitäten anzusehen sind.²⁵

Kontrovers diskutiert wurde die Einordnung hingegen am Beispiel von Fahrverbotsregelungen bei Smog-Alarm.²⁶ Zwar stammen die Beiträge zu letzterem Spezialproblem aus der Zeit kurz vor *Keck*; die gewählten Formulierungen lassen jedoch eindeutig auf eine Zuordnung zum später geprägten Begriffspaar „produkt-/vertriebsbezogen“ schließen.

Als Gegenmeinung wird die generelle Position vertreten, nach der Verwendungsbeschränkungen produktbezogene Regelungen darstellten.²⁷ Begründet wird dies wie folgt: Art. 34 AEUV wolle den freien Warenverkehr der in den verschiedenen Mitgliedstaaten hergestellten Waren im gesamten Unionsgebiet garantieren; der Umstand, dass ein Produkt in einem bestimmten Mitgliedstaat produziert worden

beschränkungen im Rahmen der „Keck“-Formel. Auch diese gehen jedoch auf ausführlichere ältere Beiträge derselben Verfasserin zurück, siehe dazu gleich.

²⁴ Statt vieler EuGH, Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst*, Slg. 2000, I-151; EuGH, Rs. C-405/98, *Gourmet International*, Slg. 2001, I-1795 und EuGH, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Slg. 2003, I-1488.

²⁵ *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), EUV/EGV, 5. EL 1996, Art. 30 EGV, Rdnrn. 7, 13d; *Matthies*, Art. 30 EG-Vertrag nach *Keck*, in: Fs. Everling, Bd. I, 1995, S. 807; *ders.*, Aktuelle Rechtsentwicklungen auf dem Binnenmarkt der EG, in: Schwarze/Bieber (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, 1985, S. 28 f.

²⁶ In Richtung Verkaufsmodalität argumentiert *Heinz*, Nochmals: Die Fahrverbotsregelungen der Smogverordnung auf dem Prüfstand des EG-Rechts, NVwZ 1989, S. 1037. Zu Produktregeln tendiert *Moench*, Die Fahrverbotsregelungen der Smogverordnung auf dem Prüfstand des EG-Rechts, NVwZ 1989, S. 337.

²⁷ *Epiney*, Die Maßstabfunktion des Art. 30 EGV für nationale umweltpolitische Maßnahmen, ZUR 1995, S. 28, 30; *Classen*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, EWS 1995, S. 99; *Epiney/Knoepfel*, Der Spielraum des kantonalen Umweltrechts unter dem EWR- und EWG-Vertrag, URP/DEP 1993, S. 29 f.

ist, solle grundsätzlich nicht dazu führen können, dass allein deshalb seine Einfuhr in einen anderen Mitgliedstaat und die dortige Vermarktung nicht möglich ist. Dann aber müssten all jene Beschränkungen unter den Tatbestand des Art. 34 AEUV fallen, die im Anschluss an die Existenz verschiedener nationaler Rechtsordnungen entstehen oder aufgestellt werden. Dies wiederum sei auch dann der Fall, wenn sich die nationalen Maßnahmen auf eine eingrenzbare Zahl von Produkten bezögen, während allgemeine, von bestimmten Produkten unabhängige Maßnahmen allein deshalb einfuhrbeschränkende Wirkungen nach sich ziehen könnten, weil in einer Rechtsordnung bestimmte Regelungen gelten. Verwendungsbeschränkungen setzten dem Gebrauch eines Erzeugnisses Grenzen; sie bezögen sich mithin auf bestimmte Produkte²⁸ und unterfielen daher dem Anwendungsbereich des freien Warenverkehrs.

Die Befürworter des grundsätzlichen Verbleibs von Verwendungsbeschränkungen im Tatbestand des Art. 34 AEUV legen mithin ein weites Verständnis des Begriffs „produktbezogene Regel“ zugrunde. Ein hinreichender Produktbezug verlangt ihrer Ansicht nach gerade nicht zwingend, dass sich die angegriffene Norm unmittelbar auf die Produktbeschaffenheit auswirkt. Wie gerade aufgezeigt, genügt vielmehr auch die gruppenmäßige Eingrenzbarkeit der erfassten Waren. Die Gegner dieses Ansatzes sehen eine direkte Einwirkung nicht-diskriminierender nationaler Vorschriften auf die Sachsubstanz hingegen als unerlässliche Voraussetzung für die Annahme einer Maßnahme mit gleicher Wirkung.

Somit kann auch der Literatur keine eindeutige Aussage hinsichtlich der Einordnung von Verwendungsbeschränkungen entnommen werden.

3. Eigene Wertung

Dass das angeführte Schrifttum die Untersuchung im Ergebnis nicht in eine Richtung zu lenken vermag, kann bei genauem Hinsehen nicht verwundern.

Hinter den (etwas nebulösen) Ansichten stehen im Kern folgende konfligierenden Konzepte: Die erstgenannte Literaturansicht wählt den Blickpunkt des Produktbezugs. Alles, was nicht unmittelbar produktbezogen ist, muss dann eben eine vertriebsbezogene Regelung sein. Die Gegner dieser Meinung gehen, genau umgekehrt, vom Begriff der Verkaufsmodalität aus. Jede nicht unmittelbar den Vertrieb einer Ware betreffende Vorschrift ist automatisch eine produktbezogene Regel.

Gemeinsam ist beiden Ansichten daher, dass sie das Gegensatzpaar „vertriebs-/produktbezogen“ als abschließend verstehen. Genau hierin liegt jedoch der Stolperstein zu einer sachgerechten Lösung:

²⁸ Daher versteht *Epiney*, (Fn. 23, 27), Verwendungsbeschränkungen auch als „faktische Produktnormen“.

Schon begrifflich sind Verwendungsbeschränkungen nicht unter die Kategorien „vertriebs-/produktbezogen“ zu fassen.²⁹ Sie legen weder die Art und Weise des Verkaufes von Waren fest, noch wirken sie sich zwingend auf ein Produkt selbst aus oder richten sich notwendigerweise nur an spezifische Gruppen. Verwendungsbeschränkungen stellen vielmehr eine eigenständige Kategorie dar, die gleichberechtigt neben die Begriffe Verkaufsmodalität und Produktbezug tritt.

Dies ergibt sich über den Wortlaut hinaus auch aus einer temporalen Betrachtung. Produktregeln, Verkaufsmodalitäten und Verwendungsbeschränkungen setzen formal an unterschiedlichen Zeitpunkten an. Zunächst muss eine Ware hergestellt werden. In diesem Stadium sind bereits die produktbezogenen Vorgaben zu beachten. Erst danach können die Erzeugnisse auf EU-ausländischen Märkten angeboten werden, wobei dann die nationalen Vertriebsvorgaben ins Spiel kommen. Erst nachdem die Waren den Markt durch Kaufentscheidungen der jeweiligen Erwerber wieder verlassen haben, greifen schließlich Regelungen über den Ort, die Zeit und/oder die Art der Nutzung ein.

Der Befund, dass Verwendungsbeschränkungen eine eigenständige Vorschriftengruppe darstellen, wird schließlich auch gestützt durch den aktuellen, im Vergleich zur Vorgängerversion wesentlich detaillierteren Leitfaden der Kommission zur Handhabung der Vorschriften über den freien Warenverkehr vom 12. Mai 2009.³⁰ Indem die federführende Generaldirektion „Unternehmen und Industrie“ in ihrem Positionspapier den Verwendungsbeschränkungen einen eigenen umfangreichen Gliederungspunkt (3.1.11 – *use restrictions*) widmet, macht sie deutlich, dass die letztgenannten gerade nicht unter die zuvor in den Nummern 3.1.9 und 3.1.10 behandelten Produktvorschriften bzw. Verkaufsmodalitäten fallen. Unmissverständlich spricht sie zudem von Verwendungsbeschränkungen als „*a new category of restrictions*“.³¹

Als Zwischenfazit ist somit festzustellen, dass Vorschriften über die Nutzung von Erzeugnissen nicht in die traditionelle „Keck“-Formel eingeordnet werden können. Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogen ist also gerade nicht abschließend. Dementsprechend geht die weit überwiegende Literatur heute auch davon aus, dass es zwischen den beiden klassischen Polen der „Keck“-Rechtsprechung weitere Vorschriften gibt, die sich nicht mit der bisherigen Unterscheidung erfassen lassen.³² Neu ist die Erkenntnis des nicht abschließenden Charak-

²⁹ In diese Richtung auch *Lindner*, Anmerkung zur Rs. C-110/05, BayVBl. 2009, S. 500.

³⁰ Commission Staff Working Document, Free Movement of Goods – Guide to the application of Treaty provisions governing Free Movement of Goods (Articles 28-30 EC), SEC (2009) 673 final, www.ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art2830/new_guide_en.pdf (3.3.2010).

³¹ *Ibid.*, S. 17.

³² Statt vieler *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 28 EGV, Rdnr. 54; *Kessler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht – zwischen Produktbezug und Ver-

ters somit nicht. Die bisher als zuordnungsresistent ausgemachten Regelungen sind jedoch derart heterogen, dass sie in keiner Weise kategorisiert bzw. zusammenfassend dargestellt werden konnten. Daher ist in der Literatur auch von „Grauzone“³³ bzw. „zone grise“³⁴ die Rede. Beispielhaft seien hierfür Regelungen über die Bestimmung der Tarife des Güterkraftverkehrs,³⁵ über die Inanspruchnahme von Festmachergruppen in Seehäfen³⁶ oder auch nationale Patentvorschriften³⁷ genannt.

Neu ist im Unterschied zum gerade Gesagten an Verwendungsbeschränkungen hingegen, dass sich mit ihnen erstmals eine definierbare Regelungsgruppe findet, die als ganze nicht in das traditionelle „Keck“-Schema passt. Damit darf auch die bisher vom Gerichtshof für Regelungen der „zone grise“ als (Not-)Lösung zur Umgehung der „Keck“-Formel herangezogene Wendung von „zu ungewissen und zu indirekten“ Auswirkungen künftig nicht zum Prüfungsmaßstab für Verwendungsbeschränkungen gemacht werden. Kann die mit den genannten „formbaren“ Begrifflichkeiten notwendigerweise verbundene Rechtsunsicherheit³⁸ für zusammenhanglose Einzelvorschriften aus dem Bereich der „Grauzone“ unter pragmatischen Gesichtspunkten vielleicht gerade noch gerechtfertigt sein, ist sie jedenfalls für die bedeutsame Kategorie der Verwendungsbeschränkungen in ihrer Gesamtheit nicht akzeptabel.

III. Erweiterte „Keck“-Formel

Des Problems der begrifflichen Grenzen der traditionellen „Keck“-Terminologie hat sich Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen vom 14. Dezember 2006 in der Rechtssache *Mickelsson und Roos*³⁹ angenommen. In Randnummer 47 schlägt sie dem Gerichtshof vor, Verwendungsbeschränkungen ausdrücklich in eine erweiterte „Keck“-Formel aufzunehmen und analog zu Verkaufsmodalitäten im Grundsatz aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV auszuscheiden. Künftig sollten

kaufsmodalitäten, 1997, S. 97; *Ebenroth*, Neue Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt der Europäischen Union, in: Fs. Piper, 1996, S. 135.

³³ *Hammer*, Handbuch zum Warenverkehr, Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor und nach dem Urteil „Keck und Mithouard“, 1998, S. 153.

³⁴ *Mattera*, De l'arrêt «Dassonville» à l'arrêt «Keck»: l' obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions, *Revue du Marché Unique Européen* 1994, S. 147.

³⁵ EuGH, Rs. C-96/94, *Spediporto*, Slg. 1995, I-2883, Rdnr. 41.

³⁶ EuGH, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 31.

³⁷ EuGH, Rs. C-44/98, *BASF*, Slg. 1999, I-6269, Rdnr. 21.

³⁸ *Albin/Valentin*, (Fn. 17), S. 537.

³⁹ Schlussanträge GÄin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson und Ross*, noch nicht in der Slg.

„nationale Rechtsvorschriften, die Nutzungsmodalitäten für Erzeugnisse festlegen, [...] keine Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von [...] [Art. 34 AEUV] dar[stellen], [1] sofern sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und [2] sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, und [3] sofern sie nicht produktbezogen sind.

Allerdings stellen Nutzungsverbote oder nationale Rechtsvorschriften, die lediglich eine marginale Nutzung für ein Erzeugnis zulassen, sofern sie den Marktzugang für das Erzeugnis (quasi) versperren, Maßnahmen gleicher Wirkung dar, die nach [...] [Art. 34 AEUV] verboten sind, sofern sie nicht gemäß [...] [Art. 36 AEUV] oder durch ein zwingendes Erfordernis gerechtfertigt sind [Rdnr. 56 in Verbindung mit Rdnr. 114].“

1. Argumente für den Vorschlag von Generalanwältin Kokott

Im ersten Zugriff hat die Gleichstellung von Verwendungsbeschränkungen und Verkaufsmodalitäten einiges für sich. Der Begründung, dass die Charakteristika von Nutzungsmodalitäten und vertriebsbezogenen Regelungen hinsichtlich der Art und Intensität ihrer Auswirkungen auf den Warenverkehr durchaus vergleichbar seien, wird man vor dem Hintergrund der im Schlussantrag zitierten Beispiele von Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen und dem schon erwähnten Verbot, mit Geländewagen abseits der Verkehrsstraßen im Wald zu fahren, kaum widersprechen können. Auch der Anführung des Hintergrunds der „Keck“-Entscheidung durch die Generalanwältin ist zuzustimmen. Mit der dort aufgestellten Formel wollte der Gerichtshof vermeiden, dass sich auch künftig Wirtschaftsteilnehmer mittels einer Berufung auf Art. 34 AEUV gegen jedwede Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit wenden können. Dann müsse eine Ausnahme vom Tatbestand erst recht für Verwendungsbeschränkungen gelten, da diese sich zum Teil sogar lediglich als Beeinträchtigungen der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellten.⁴⁰

Ein Blick von den europäischen Verfahren auf die nationalen Gerichte scheint die Gleichbehandlung beider Gruppen zu bestätigen. Gegen das Teile der Öffentlichkeit im Vereinigten Königreich in ihren Grundfesten erschütternde Verbot bestimmter Jagdformen im Rahmen des sogenannten Hunting Act 2004⁴¹ setzten sich dessen Gegner auch mit europarechtlichen Argumenten zur Wehr. Das Verbot führe dazu, dass in Irland gezüchtete Jagdpferde in geringerem Maße nach

⁴⁰ Zur gesamten Argumentation siehe *ibid.*, Nrn. 44-56.

⁴¹ Zum Verfahren siehe auch *Weatherill*, *Current Developments, European Union Law, Free Movement of Goods*, ICLQ 2009, S. 986 f.

Großbritannien exportiert werden könnten, da die Verwendung als Jagdpferd eingeschränkt sei und mithin die entsprechende Nachfrage zurückgehe. In einer mustergültigen, aufgrund der dargestellten kategorialen Probleme aber erkennbar mit Unbehagen vorgenommenen Prüfung, kommt der England and Wales Court of Appeal (Civil Division) schließlich zum Ergebnis, dass die streitgegenständliche Verwendungsbeschränkung zwar begrifflich nicht als Verkaufsmodalität eingestuft werden könne, jedoch auch keinerlei Produktbezüge aufweise und aufgrund ähnlicher Wirkungen jedenfalls wie eine vertriebsbezogene Vorschrift zu behandeln sei.⁴²

Für eine Gleichstellung von vertriebsbezogenen Vorschriften und Verwendungsbeschränkungen durch Aufnahme letzterer in die „Keck“-Formel könnte schließlich auch eine Anleihe im Welthandelsrecht sprechen. Nichttarifäre Handelshemmnisse sind, wie gesehen, im Unionsrecht abschließend in Art. 34 AEUV geregelt. Im Unterschied dazu behandelt das GATT⁴³ Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in zwei Vorschriften. Zu berücksichtigen sind hier sowohl Art. XI:1 als auch Art. III:4 GATT.⁴⁴ Die Normen unterscheiden sich dadurch, dass Art. XI:1 ein allgemeines (Beschränkungs-)Verbot statuiert, wohingegen Art. III:4 GATT lediglich ein Diskriminierungsverbot beinhaltet. Dementsprechend schließen sich beide nach verbreiteter Ansicht in ihrer Anwendbarkeit auf einen Sachverhalt gegenseitig aus.⁴⁵ Blickt man nun auf die traditionelle „Keck“-Formel, fällt auf, dass der EuGH mit ihr innerhalb des Tatbestands des Art. 34 AEUV eine vergleichbare Unterscheidung vorgenommen hat, indem er Verkaufsmodalitäten nur mehr auf eine Schlechterstellung von ausländischen Waren hin untersucht, produktbezogene Vorschriften jedoch weiterhin auch im Hinblick auf allgemeine Beschränkungen betrachtet (siehe oben). Sind nun Verwendungsbeschränkungen im Rahmen des GATT dem Diskriminierungsverbot des Art. III:4 und nicht der Vorschrift des Art. XI:1 zuzuordnen, liegt es jedenfalls nahe, sie im Rahmen der europäischen Warenverkehrsfreiheit dadurch genauso zu behandeln, dass sie ausdrücklich in die „Keck“-Ausnahme integriert werden.

Eine klare Trennlinie zwischen Art. XI und Art. III GATT ist trotz der Erläuterungen zu Art. III in Anlage I des GATT für den Bereich nichttarifärer Handelshemmnisse den Entscheidungen von Panel und Appellate Body nur schwer zu ent-

⁴² England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Countryside Alliance & Ors, R (on the application of) Attorney General & Anor Rev 2 (2006) EWCA Civ 817*, Rdnrn. 126-146, www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/817.html (3.3.2010).

⁴³ General Agreement on Tariffs and Trade.

⁴⁴ *Perišin*, Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO, 2009, S. 129 ff.

⁴⁵ *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, 2003, S. 132, Rdnr. 203; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 204, Rdnr. 474.

nehmen. Auch in der Literatur ist die Grenzziehung umstritten.⁴⁶ Möglich ist jedoch mit einigen neueren Panel-Berichten⁴⁷ eine Trennung der Anwendungsbereiche anhand des Wortlauts der Bestimmungen.⁴⁸ Artikel III:4 stellt Vorgaben dafür auf, wie die importierten „Waren“ zu behandeln sind, während Art. XI:1 für Regelungen „bei der Einfuhr“ gilt. Dementsprechend kann unterschieden werden zwischen Anforderungen an die Ware und ihren Gebrauch, die die Wettbewerbsmöglichkeiten auf einem Markt beschneiden, und solchen, die den Vorgang der Ein- oder Ausfuhr behindern.⁴⁹ Im ersteren Fall ist Art. III, im letzteren Art. XI GATT anzuwenden. Dies deutet vorliegend auf eine Zuordnung von Verwendungsbeschränkungen zu Art. III:4 GATT. Tatsächlich spricht diese Vorschrift in der verbindlichen englischen Fassung am Ende von Satz 1 auch ausdrücklich von „*laws, regulations and requirements affecting their [the products] internal [...] use*“.

Unabhängig davon, ob die gerade dargestellte Rechtslage des GATT auf Art. 34 AEUV übertragen werden kann, oder ob sich eine Anleihe aufgrund der unterschiedlichen Regelungsziele⁵⁰ von europäischem Binnenmarkt und Welthandelsrecht letztlich doch verbietet, können aber die für eine Erweiterung der „Keck“-Formel sprechenden Argumente entgegen des ersten Anscheins – auch in ihrer Gesamtheit – im Ergebnis nicht durchgreifen.⁵¹ Die in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Mickelsson und Roos* vorgeschlagene Aufnahme von Verwendungsbeschränkungen geht aus folgenden Gründen in die falsche Richtung.

2. Argumente gegen den Vorschlag von Generalanwältin Kokott

So nachvollziehbar die oben erläuterte Argumentation der Generalanwältin ist, beruht sie letztlich doch nur auf den konkret untersuchten Beispielen für Verwendungsbeschränkungen. Dass Geschwindigkeitsbegrenzungen und „off-road-Fahrverbote“ im Inland keine gravierenden Beeinträchtigungen für EU-ausländische Warenanbieter darstellen, ist sicher richtig. Sie passen auch im Wesentlichen in die hinter der „Keck“-Rechtsprechung stehende Systematik. Dieser zufolge sind

⁴⁶ Siehe dazu z.B. *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, The World Trade Organisation, 2. Aufl. 2006, S. 244 f.

⁴⁷ Panel Report, *India - Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, Rdnr. 7217 ff.; Panel Report, *US - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, Rdnr. 7.16 f.; GATT-Panel Report, *Canada - Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, DS17/R, Rdnr. 5.4.

⁴⁸ Siehe dazu ausführlich *Herrmann/Weiß/Ohler*, (Fn. 45), S. 203, Rdnr. 471.

⁴⁹ *Weiß*, Gibt es eine EU-Inländerdiskriminierung?, Zur Kollision von Gemeinschaftsrecht mit dem Welthandelsrecht und Assoziationsrecht, EuR 1999, S. 502 f.

⁵⁰ Siehe dazu *Perisin*, (Fn. 44), S. 127.

⁵¹ A.A. *Albin/Valentin*, (Fn. 17), S. 540, die die Ausdehnung der „Keck“-Formel auf Nutzungsbeschränkungen uneingeschränkt begrüßen.

Verkaufsmodalitäten (und damit auch Nutzungsbeschränkungen?) deshalb anders zu behandeln als produktbezogene Regeln, weil sie den Marktzugang für ausländische Wettbewerber im Vergleich zu inländischen Konkurrenten nicht erschweren. Sie sind vor allem kostenneutral, wohingegen Produktvorschriften Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten zwingen, ihre jeweiligen Herstellungsprozesse den divergierenden Anforderungen der Exportmärkte anzupassen. Dies wiederum ist zwangsläufig mit zusätzlichen finanziellen Belastungen verbunden.⁵²

Selbst wenn man bei der Suche nach anderen Verwendungsbeschränkungen innerhalb der den Schlussanträgen offenbar gedanklich zugrunde liegenden „Automobilwelt“ verbleibt, finden sich auch in dieser Sphäre Nutzungsbegrenzungen, die nicht in das dargestellte Schema passen. Die rasante Fortentwicklung mobiler Navigationssysteme hat in den letzten Jahren zum Beispiel dazu geführt, dass solche Geräte heute technisch auch mit der Zusatzfunktion eines „Radarwarners“ ausgestattet werden können. Je nachdem, ob diese Verwendungsmöglichkeit in einem Mitgliedstaat zugelassen, jedenfalls nicht verboten oder ausdrücklich untersagt ist,⁵³ sind die grenzüberschreitend anbietenden Hersteller gezwungen, angesichts eines Zusatzpreises von ca. 20 bis 50 Euro für „Warnanzeigen“⁵⁴ bei einem Gesamtwert ab etwa 150 Euro, ihre Herstellungsprozesse für die jeweiligen Märkte unterschiedlich und damit kostensteigernd auszugestalten.

Dies zeigt, dass klassische Verwendungsbeschränkungen aufgrund möglicher Auswirkungen auf die Sachsubstanz sogar der oben genannten engeren Definition einer produktbezogenen Vorschrift genügen können. Wenn dies zugegebenermaßen auch nicht der Regel-, sondern eher der Ausnahmefall sein dürfte und Nutzungsbeschränkungen in der Mehrheit tatsächlich Verkaufsmodalitäten näher stehen als Produktregeln, spricht das Beispiel doch deutlich dafür, von einer grundsätzlichen Gleichstellung durch Aufnahme von Verwendungsbeschränkungen in die „Keck“-Formel abzusehen.

Im Übrigen geht auch der Unionsgesetzgeber davon aus, dass Nutzungsregelungen Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Warenhandels darstellen können und gegebenenfalls engen Produktbezug aufweisen. Anders kann die Definition der „sonstigen Vorschrift“ in Art. 1 Nr. 3 der „Informations-Richtlinie“ 98/34/EG⁵⁵ nicht verstanden werden. Ziel dieser Richtlinie ist die Beseitigung von

⁵² Kritisch zu dieser Sichtweise *Kingreen*, (Fn. 12), Art. 28-30 EGV, Rdnr. 181.

⁵³ Gemäß § 23 Abs. 1b StVO ist im Geltungsbereich der deutschen Straßenverkehrsordnung lediglich das „Betreiben“ oder „betriebsbereite Mitführen“ eines Radarwarngeräts und damit auch dasjenige eines Navigationssystems mit Radarwarnfunktion untersagt. *Heß*, in: *Jagow/Burmann/Heß*, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl. 2008, § 23, Rdnr. 22b; *Hufnagel*, Mobile Navigationsgeräte als verbotene „Radarwarner“, *NJW* 2008, S. 622.

⁵⁴ Siehe dazu *ibid.*

⁵⁵ RL 98/34/EG des EP und des Rates v. 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. Nr. L 204 v. 21.7.1998, S. 37; siehe auch

Handelshemmnissen aufgrund unterschiedlicher nationaler technischer Vorschriften durch frühzeitige Information der Kommission über geplante einzelstaatliche Maßnahmen. Hierzu sieht die Informations-Richtlinie eine Notifizierungspflicht für alle „technischen Vorschriften“ vor, welche in Art. 1 in verschiedene Gruppen (unter anderen die genannten „sonstigen Vorschriften“) eingeteilt werden. Während Nr. 2 die klassischen Produktregeln wie Inhalt, Verpackung und Kennzeichnung erfasst, versteht Nr. 3 unter „sonstigen Vorschriften“ solche, die

„insbesondere zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erlassen [werden] [...] wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung [...] des Erzeugnisses [...] wesentlich beeinflussen können.“

Rat und Parlament waren sich bei Verabschiedung der Richtlinie also offenbar im Klaren darüber, dass auch Verwendungsbeschränkungen („Gebrauch“) Auswirkungen auf die Zusammensetzung eines Erzeugnisses haben können und mithin nicht nur in Einzelfällen anders als Verkaufsmodalitäten zu behandeln sind.

Zwar führt auch die Qualifikation einer mitgliedstaatlichen Maßnahme als Verkaufsmodalität in Anwendung der klassischen „Keck“-Formel nicht automatisch zu deren Ausscheiden aus dem Tatbestand des Art. 34 AEUV. Erforderlich ist vielmehr, dass kumulativ hierzu auch die beiden bekannten „sofern“-Erfordernisse erfüllt sind. Atypische Fälle rechtlich unterschiedslos anwendbarer vertriebsbezogener Regelungen, die in ihrer Wirkung ausnahmsweise nicht dem obigen Schema folgen, hat der Gerichtshof daher in den vergangenen Jahren über ein weites Verständnis der „faktischen Ungleichbehandlung des Absatzes“ im Rahmen des zweiten „sofern“-Erfordernisses einer Rechtfertigungsprüfung unterworfen.⁵⁶

Dass diese Ausnahmemöglichkeit für Verwendungsbeschränkungen gerade nicht ausreicht, hat möglicherweise auch Generalanwältin *Kokott* dazu veranlasst, in ihrem Vorschlag einer erweiterten „Keck-Formel“ nicht nur den Begriff „Nutzungsmodalität“ aufzunehmen, sondern etwas versteckt (in der obigen Zitierung jedoch durch Einfügen einer Nummerierung hervorgehoben) auch ein neues, bisher nicht vorhandenes, drittes „sofern“-Erfordernis einzufügen. „Sofern“ Verwendungsbeschränkungen „nicht produktbezogen sind“, stellen sie keine Handelsbeschränkungen dar. Käme mit dieser Formulierung keine Divergenz zwischen Verkaufsmodalitäten und Nutzungsbeschränkungen zum Ausdruck, wäre sie schlicht über-

Weatherill, (Fn. 41), S. 991. Diese Vorschrift behandeln am Rande auch die Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelson und Ross*, noch nicht in der Slg., Nr. 96 ff.

⁵⁶ Dazu ausführlicher *Reich*, „Nutzungsbeschränkungen als „Verkaufsmodalitäten“ oder „Marktzugangssperren“? – Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 8.7.2008 in der Rechtssache C-110/05 (Kommission/Italien), EuZW 2008, S. 486; unter Hinweis auf EuGH, Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst*, Slg. 2000, I-151; EuGH, Rs. C-405/98, *Gourmet International*, Slg. 2001, I-1795 und EuGH, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Slg. 2003, I-1488.

flüssig; denn dann ließe sich für Verwendungsbeschränkungen, die sich auf die Herstellung von Produkten auswirken schon im Rahmen des klassischen zweiten „sofern-Erfordernisses“ argumentieren, dass eine faktische Schlechterstellung ausländischer Erzeugnisse durch kostenmäßige Erschwerung des Marktzugangs vorläge.

Bei intensiver Betrachtung sind somit trotz grundsätzlicher Gleichstellung von Verkaufs- und Nutzungsmodalitäten sogar in der erweiterten „Keck“-Formel selbst kleine Nuancen zwischen beiden Begriffen angelegt. Dann aber würde die Anwendung des bereits heute in vielen Fällen kaum mehr handhabbaren Prüfungsschemas⁵⁷ allein aufgrund dieses Teilaspekts künftig noch komplizierter.

Eine solche Gefahr von (unübersehbaren) Zusatzkomplikationen steht auch in größerem Maßstab im Zentrum der Kritik an einer Ausweitung der „Keck“-Grundsätze. Die Aufnahme von Verwendungsbeschränkungen als dritte Vorschriftengruppe neben vertriebs- und produktbezogenen Regeln mit den Schlussanträgen in der Rechtssache *Mickelsson und Roos* würde einen Präzedenzfall schaffen. Beim möglichen künftigen Auftauchen weiterer eigenständiger Regelungsbereiche käme man nicht umhin genauso zu verfahren. Mit Blick auf die oben abgedruckte Definition der „sonstigen Vorschriften“ der Informations-Richtlinie und unter Berücksichtigung der eingangs zur Unterscheidung der bisherigen drei Vorschriftengruppen angeführten Zeitschiene ist mit Regelungen für die Phase nach Beendigung der Benutzung einer Ware („Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Beseitigung“) schon der nächste potentielle Aufnahmekandidat am Horizont erkennbar. Angesichts der Vielschichtigkeit mitgliedstaatlicher Wirtschaftsregelungen kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die „Keck“-Formel irgendwann mit einer fünften, sechsten oder siebten Unterscheidung überfrachtet werden müsste. Spätestens dann würde von der Errungenschaft der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Keck und Mithouard*, nämlich der Schaffung von Rechtssicherheit für Standardfälle, nichts mehr übrig bleiben und ihre Wirkung vollständig ins Gegenteil verkehrt werden.

Möglicherweise war der Gerichtshof im Jahre 1993 bei Aufstellung der „Keck“-Ausnahme gerade aus dieser Besorgnis heraus froh, mit dem zugrunde liegenden Sachverhalt ausschließlich Verkaufsmodalitäten ansprechen zu müssen. Die Chance, auch Verwendungsbeschränkungen aufzunehmen hat er jedenfalls schon damals gehabt. Wie eingangs dargestellt, ist *Keck* als Reaktion auch auf die „Torfaen“-Entscheidung ergangen. In eben diesem Verfahren hatte der damalige Kommissionsvertreter *White* zur Begrenzung der „Dassonville“-Rechtsprechung einen mit der Formel von Generalanwältin *Kokott* nahezu identischen Vorschlag unterbreitet.

⁵⁷ Man denke nur an EuGH, Rs. C-358/95, *Morellato*, Slg. 1997, I-1431; EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, Slg. 2006, I-8135, jeweils nationale Vorschriften über Aufbackwaren betreffend.

Künftig sollten ihm zufolge „rules relating to the circumstances in which certain goods may be sold or used“ anders als „rules relating to the characteristics of a product“ im Grundsatz nicht mehr als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen angesehen werden.⁵⁸ Hätte der Gerichtshof es in der „Keck“-Entscheidungsfindung als sinnvoll erachtet, Verwendungsbeschränkungen mit Verkaufsmodalitäten gleichzustellen, wäre die logische Konsequenz gewesen, nicht nur eine weit reichende Anleihe bei *White* vorzunehmen, sondern dessen Modell gleich ganz zu übernehmen. Dass er dies nicht getan hat, spricht für die hier vertretene Ansicht.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung lässt sich somit feststellen, dass Nutzungsbeschränkungen gewinnbringend weder in die traditionelle noch in die erweiterte „Keck“-Formel integriert werden können. Da – wie gesehen – aus Gründen fehlender Rechtssicherheit auch das Kriterium der „zu ungewissen und zu indirekten“ Wirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel keine Alternativlösung bereithält, ist das Problem von Verwendungsbeschränkungen im Warenverkehr insgesamt nicht mit den Mitteln der bisherigen Tatbestandsprüfung des Art. 34 AEUV zu lösen.

D. Ablösung der bisherigen Tatbestandsprüfung durch den EuGH?

Indem der Gerichtshof in seinem Urteil zur Rechtssache *Mickelsson und Roos* auf den Vorschlag von Generalanwältin *Kokott* gar nicht erst eingeht, lehnt er eine Ausweitung der „Keck“-Formel eindeutig ab. Er bestätigt vielmehr ausdrücklich einen gänzlich anderen, im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Italien kurz zuvor erstmals beschrittenen, Lösungsweg. Die dort gefällte Entscheidung vom 10. Februar letzten Jahres geht in ihrem Ausgangspunkt auf die zu Beginn schon erwähnten (zweiten)⁵⁹ Schlussanträge von Generalanwalt *Bot* zurück.

Dieser hatte in seiner Stellungnahme die Ablehnung der Erweiterung der „Keck“-Grundsätze auf Verwendungsbeschränkungen in den Nummern 86 ff. unter Ver-

⁵⁸ Die Stellungnahme im Rahmen der „Torfaen“-Entscheidung findet sich in ausführlicher Version in: *White*, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, CMLR 1989, S. 235 ff. (zu obiger Formulierung siehe S. 246).

⁵⁹ In den ebenfalls zu Beginn (Fn. 7) zitierten ersten Schlussanträgen in der Rs. C-110/05 thematisiert der zu dieser Zeit noch zuständige GA *Léger* Verwendungsbeschränkungen nicht im Hinblick auf die „Keck“-Formel, so dass deren weitere Erörterung für die Zwecke dieses Beitrags unterbleiben kann.

weis auf einige Kollegen⁶⁰ mit einem Plädoyer für den „Marktzugang“ als einzigem Kriterium für die Prüfung einer Beschränkung verbunden.

Bevor der EuGH die Art. 53 ff. der italienischen Straßenverkehrsordnung in Augenschein nimmt, zitiert er ausführlich die „Dassonville“-Formel, die „Cassis“-Rechtsprechung sowie die „Keck“-Regeln,⁶¹ um dann wie im Anschluss abgedruckt fortzufahren:

„Daher sind Maßnahmen eines Mitgliedstaats, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, [1] Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, sowie [2] Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne des Art. [...] [34 AEUV] anzusehen. [3] Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.“⁶²

Mit dieser Formulierung benennt der Gerichtshof offenbar drei alternative („sowie“, „ebenfalls“) Kriterien, deren Vorliegen jeweils für sich genommen ausreicht, um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den freien Warenverkehr zu bejahen. Zugleich wirft er damit genau dieselbe Anzahl an klärungsbedürftigen Fragen auf: Stellen diese Ausführungen ein eigenständiges neues Prüfungsschema dar? Wenn ja, welchen genauen Inhalt haben die drei Voraussetzungen? Tritt das neue Schema nur neben die bisherige Tatbestandsprüfung oder soll es sie sogar ersetzen?

I. Ein eigenständiges neues Prüfungsschema

Dass der EuGH mit den obigen Wendungen mehr als nur die bisherige Rechtsprechung wiedergegeben und im Übrigen alles beim Alten gelassen hat, folgt aus verschiedenen Gesichtspunkten. Zunächst zeigt die Überleitung von den Grund-

⁶⁰ Allen voran Schlussanträgen GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-412/93, *Leclerc-Siplec*, Slg. 1995, I-179, Nr. 42.

⁶¹ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg., Rdnrn. 33-36.

⁶² Der Kern des Zitats ist tatsächlich Rdnr. 24 der Folge-Entscheidung EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelson und Roos*, entnommen, wird jedoch hier aus Verständlichkeitsgründen angeführt, da sich der identische Wortlaut der Formulierung in Rdnr. 37 des Grundsatzurteils EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, erst über eine Verweisung des EuGH in die dortige Rdnr. 35 ergibt.

satzurteilen *Dassonville* und *Keck* mittels des Begriffs „daher“ (in der französischen Urteilsfassung „*par conséquent*“, in der englischen Version „*consequently*“) dass im Anschluss bedeutende Ausführungen folgen. Postwendend bezeichnet er diese dann in Randnummer 38 auch ausdrücklich als „Grundsatz“. Daran anknüpfend prüft der Gerichtshof zudem die konkret gerügten nationalen Vorschriften ausschließlich am Maßstab der neuen Vorgaben,⁶³ ohne *Dassonville* und *Keck* überhaupt noch einmal zu erwähnen, geschweige denn die entsprechenden Formeln anzuwenden. Noch deutlicher wird dieser Befund im Folgeurteil *Mickelsson und Roos*. Hier beschränkt sich der EuGH sogar darauf, unter der Überschrift „Auslegung des Art. 28 EG“⁶⁴ sofort das neue Prüfungsschema zu zitieren und im Anschluss auf den Sachverhalt anzuwenden. *Dassonville* und *Keck* werden nicht einmal mehr im Vorspann genannt.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, dass der Gerichtshof in den beiden Parallelentscheidungen ein autonomes Muster zur Ortung von Beschränkungen des freien Warenverkehrs entwickelt hat.⁶⁵

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Prüfungsschemas

Betrachtet man zunächst allein die Formulierungen, lassen sich bereits aus dem Wortlaut einige Schlüsse auf den genauen Inhalt des Schemas ziehen.

1. Wortlautanalyse

Das erste Kriterium stellt ein klassisches Diskriminierungsverbot dar. Wie bisher auch, folgt aus einer Schlechterstellung EU-ausländischer Erzeugnisse im Vergleich zu inländischen Produkten zwingend die Annahme eines rechtfertigungsbedürftigen Eingriffs in den freien Warenverkehr, ohne dass es einer weiteren Untersuchung bedürfte.

Auch das zweite Kriterium löst bei unbefangener Lektüre bekannte Assoziationen aus. Mit ihm scheint das erstmals in der Rechtssache *Cassis de Dijon* angesprochene Herkunftslandprinzip⁶⁶ Eingang in die neue Formel gefunden zu haben.

Schwieriger ist die Einordnung der dritten und letzten Voraussetzung. Aus der Wendung „jede sonstige Maßnahme“ geht zwar noch erkennbar hervor, dass es sich bei diesem Merkmal um einen Auffangtatbestand handelt, der immer dann

⁶³ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg., Rdnrn. 50-58.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-142/05, *Mickelsson und Roos*, noch nicht in der Slg., zw. Rdnrn. 23 und 24.

⁶⁵ In diese Richtung auch *Classen*, (Fn. 20), S. 557 f.

⁶⁶ EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Rdnr. 14.

zu prüfen ist, wenn sich die angegriffene mitgliedstaatliche Maßnahme nicht unter eine der ersten beiden Alternativen subsumieren lässt. Zugleich zeigt dies, dass der Gerichtshof einen echten 3-Stufen-Test etabliert hat, der sich vom Spezielleren zum Allgemeinen entwickelt.

Wann aber genau eine „Behinderung des Zugangs zum Markt eines anderen Mitgliedstaats“ zu bejahen ist, ergibt sich aus der Formel nicht. Insoweit bedarf es einer umfassenderen Betrachtung.

2. Umfeldanalyse

Das Abstellen auf den „Marktzugang“ als Maßstab für die Feststellung einer Beeinträchtigung des Art. 34 AEUV ist zwar nicht neu. Anders als die oben bereits angesprochene Forderung einiger Generalanwälte – unterstützt durch eine weit verbreitete Literaturansicht⁶⁷ – hat sich der Gerichtshof aber (aus Gründen der Rechtssicherheit?)⁶⁸ nicht für ein einziges Kriterium, sondern für eine echte Trias mit „Marktzugang“ als Auffanglösung entschieden.

Die Frage nach dem Zugang zu Handelsplätzen anderer Mitgliedstaaten findet sich auch in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH wieder. Schon in der „Keck“-Entscheidung selbst in Randnummer 17 hatte sie der Gerichtshof thematisiert. In der Folgezeit ist sie, wie bereits dargestellt, sogar in die „Keck“-Prüfung eingeflossen. Dabei orientiert sich der Aufbau in jüngerer Zeit an folgendem Muster: Angelehnt an den Wortlaut des Urteils aus dem Jahre 1993, den Marktzugang für ausländische Waren „zu versperren oder stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse“, findet sich die „stärkere Behinderung“ als faktische Diskriminierung im Rahmen des zweiten „sofern“-Erfordernisses wieder, während die nicht zwischen in- und ausländischen Waren unterscheidende „Zugangsverspernung“ als aggressivste Form der allgemeinen Beschränkung im Anschluss zu untersuchen ist.⁶⁹

Fraglich ist, ob der Gerichtshof mit der neuen Formulierung „Behinderung des Zugangs“ hierüber hinausgegangen ist. Eine unbefangene Betrachtung könnte zu dem Ergebnis gelangen, dass nunmehr jegliche nicht-diskriminierenden Hemmnisse auch (weit) unterhalb der Schwelle der Zugangsverspernung erfasst sind. Damit würde der EuGH jedoch in die „Prä-Keck-Ära“ zurückfallen und den mit Aufstellung der zu weiten „Dassonville“-Formel gemachten Fehler wiederholen.

⁶⁷ Statt vieler siehe *Craig/de Búrca*, EU Law, 4. Aufl. 2008, S. 692; *Barnard*, Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?, E.L.Rev. 2001, S. 52; *Weatherill*, After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification, CMLR 1996, S. 896 f.

⁶⁸ Siehe dazu *Classen*, (Fn. 20), S. 560.

⁶⁹ *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005, Das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen – Maßnahmen Gleicher Wirkung, Art. 28, 2. Alt. EGV, Rdnr. 31.

Die Fortsetzung der „Sunday Trading“-Saga stünde möglicherweise ins Haus und es stellte sich erneut die am Vorabend der „Keck“-Entscheidung von Generalanwalt *Tesaro* in der Rechtssache *Hünermund* aufgeworfene und längst beantwortet geglaubte Frage, ob Art. 34 AEUV eine Vorschrift zur Liberalisierung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs ist, oder allgemein die freie Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten fördern soll.⁷⁰

Diese Gefahr lässt sich nicht einfach mit einem Redaktionsversehen beiseite wischen. Zwar spricht das Urteil an späterer Stelle von „versperren“ und nicht mehr von „behindern“.⁷¹ Wie jedoch ein Blick in die französische Textversion zeigt („*entraver*“ statt „*empêcher*“), stimmen in der Arbeitssprache des Gerichtshofs die Formulierungen in allen Urteilspassagen mit dem deutschen „behindern“ überein.⁷² Auch die englische Übersetzung verwendet ausschließlich den Begriff „*binder*“ und nicht „*prevent*“.

Dass trotz dieses Wortlauts den Richtern der Großen Kammer eine derart weite Ausrichtung vermutlich nicht vorschwebte, zeigt eine genauere Untersuchung der Vorgeschichte des Urteils:

Im Rahmen des bereits angesprochenen⁷³ Verfahrens *Alfa Vita Vassilopoulos* übte Generalanwalt *Maduro*⁷⁴ Fundamentalkritik an der „Keck-Formel“ des EuGH und schlug eine völlig neue Tatbestandsprüfung für den freien Warenverkehr vor, auf die der Gerichtshof seinerzeit jedoch nicht einging.⁷⁵ Die dort vorgestellte Formel weist verblüffende Ähnlichkeit mit dem hier gegenständlichen 3-Stufen-Test des Gerichtshofs auf. Nach Ansicht des Generalanwalts sollte eine Maßnahme mit gleicher Wirkung angenommen werden, wenn 1. eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegt, 2. Waren, die sich im grenzüberschreitenden Verkehr befinden mit zusätzlichen Kosten belastet werden, oder 3. der Marktzugang von Produkten aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert wird als der von einheimischen Erzeugnissen.

Zwar bezieht sich der EuGH in der Rechtssache C-110/05 nicht ausdrücklich auf den früheren Vorschlag von Generalanwalt *Maduro*, vielmehr orientiert er sich, wie

⁷⁰ Schlussanträge GA *Tesaro* zu EuGH, Rs. C-292/92, *Hünermund*, Slg. 1993, I-6800, Nr. 1.

⁷¹ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg., Rdnrn. 52 und 58.

⁷² Auf diesen Umstand weist auch *Classen*, (Fn. 20), S. 558 hin.

⁷³ Siehe Fn. 57.

⁷⁴ Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, Slg. 2006, I-8135, Nrn. 43-45.

⁷⁵ Siehe dazu auch *Reich*, Kurzbesprechung der Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiaros *Maduro* v. 30.3.2006 in den verbundenen Rs. C-158+159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos* AE u.a. gegen *Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon* (Präfektur Ioannina), *EuZW* 2006, S. 304 f.

oben bereits ausgeführt, an der Würdigung von Generalanwalt *Bot* in den Schlussanträgen zum Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien. Dieser aber hatte sich auf die Vorgaben von Generalanwalt *Maduro* gestützt,⁷⁶ so dass dessen Modell mittelbar auch der Entscheidungsfindung des Gerichtshofs zugrunde lag. Angesichts des vergleichbaren Wortlauts ist daher davon auszugehen, dass der EuGH seinen 3-Stufen-Test an die Ideen des Schlussantrags zum „Alfa Vita“-Verfahren angelehnt hat. Das Konzept von Generalanwalt *Maduro* kann daher als Auslegungshilfe für die Formel des Gerichtshofs dienen.

Seine dritte Voraussetzung beschränkt der Generalanwalt auf die Diskriminierung EU-ausländischer Waren beim Marktzugang.⁷⁷ Allgemeine Beschränkungen werden gerade nicht genannt, so dass in Übertragung dieser Aussage auf den 3-Stufen-Test des Gerichtshofs dessen Begriff der „Behinderung“ eng auszulegen ist. Dass die Richter der Großen Kammer, trotz des missverständlichen Wortlauts, tatsächlich an dieses Konzept dachten, ergibt sich auch aus den im Urteil selbst zitierten früheren Entscheidungen.⁷⁸ In Hinführung zum Auffangkriterium des Marktzugangs als letztem Prüfungsschritt des 3-Stufen-Tests verweist der EuGH auf die „Keck“-Entscheidung selbst sowie auf die Rechtssache *Sandoz*.⁷⁹ Diese wendet sich jedoch, genau wie Randnummer 17 des „Keck“-Urteils, lediglich gegen Diskriminierungen von in anderen Mitgliedstaaten hergestellten Erzeugnissen beim Zugang zu Exportmärkten.⁸⁰

Somit spricht viel dafür, dass der Gerichtshof auch künftig neben der Variante der vollständigen Versperrung des Zugangs zu einem fremden Markt eine entsprechende Schlechterstellung zur Bejahung eines Eingriffs in den freien Warenverkehr verlangen wird.

Auch für die beiden vorangehenden Stufen der Prüfung hält das Konzept von Generalanwalt *Maduro* Erklärungs- bzw. Übertragungspotenzial bereit:

Während die Große Kammer im Rahmen des ersten Kriteriums lediglich undifferenziert von „weniger günstiger Behandlung ausländischer Erzeugnisse“ spricht, beschränkt Generalanwalt *Maduro* seinen korrespondierenden Punkt ausdrücklich auf unmittelbare Diskriminierungen.⁸¹ Der hierfür offene Wortlaut des Urteils

⁷⁶ Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg., Nr. 85.

⁷⁷ Dies wird auch nochmals in der folgenden, Nr. 46 der Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vasilopoulos*, Slg. 2006, I-8135 deutlich.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission/Italienische Republik*, noch nicht in der Slg., Rdnr. 34.

⁷⁹ EuGH, Rs. 174/82, *Sandoz*, Slg. 1983, 2445.

⁸⁰ *Ibid.*, Rdnr. 26.

⁸¹ Insofern spricht er von Diskriminierungen aufgrund der „Staatsangehörigkeit“; gemeint ist im Rahmen des freien Warenverkehrs damit sicherlich der besser passende Bezugspunkt der Herkunft der Ware.

sollte ebenfalls so ausgelegt werden, dass vom ersten EuGH-Prüfungsschritt lediglich direkte, an die Herkunft der Ware anknüpfende Schlechterstellungen erfasst werden. Mittelbare Diskriminierungen würden dann, je nachdem auf welchen Umstand sie zurückzuführen sind, an der thematisch passenden Stelle entweder im zweiten oder im dritten Prüfungsschritt behandelt.

Schließlich sind auch die Ausführungen des Generalanwalts zum zweiten Prüfungspunkt hilfreich.⁸² Anders als die Große Kammer bedient er sich nicht des Wortlauts der „Cassis“-Entscheidung zum Herkunftslandprinzip, sondern geht umfangreich auf die dahinter stehende Problematik ein. Er zeigt, dass die kostenmäßige Zusatzbelastung EU-ausländischer Waren zwar typischerweise auf divergierende nationale Produktvorschriften zurückzuführen ist, aber ausnahmsweise auch durch vertriebsbezogene Regelungen hervorgerufen wird.

Insgesamt kann somit das neue 3-stufige Prüfungsschema des Gerichtshofs durchaus mit Leben gefüllt werden.⁸³

Nach Klärung des Inhalts des neuen Modells bleibt aber immer noch die Frage nach dessen Reichweite und unmittelbar damit verbunden nach der Zukunft der „Keck“-Rechtsprechung. Anders gewendet: Hat der Gerichtshof das neue Prüfungsmuster für die Fallgruppe Verwendungsbeschränkungen oder anlässlich dieser Problematik entwickelt?

E. Fazit und Ausblick

Die Intention des Gerichtshofs dürfte im Ergebnis zwischen den beiden genannten Extrempunkten hindurch laufen. Einerseits bestehen keine Anzeichen dafür, dass der EuGH mit den Entscheidungen in den Verfahren C-110/05 und C-142/05 die nunmehr sechzehn Jahre alte „Keck“-Formel gänzlich verwerfen und in die Geschichtsbücher verbannen wollte. Hierfür fehlt schon ein entsprechend deutlicher Hinweis in den beiden Urteilen selbst. Eine Rechtsprechungsänderung dieses Ausmaßes hätten die Luxemburger Richter wohl nicht heimlich, still und leise, sondern in Form einer ausdrücklichen Selbstkorrektur, vergleichbar den Rand-

⁸² Siehe zum vollständigen Wortlaut Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos*, Slg. 2006, I-8135, Nr. 44.

⁸³ Die Kritik, dass es sich der Gerichtshof mit seiner Entscheidung erst lange schwer und am Ende dann doch ganz einfach gemacht habe – so *Albin/Valentin*, Nutzungsverbot als gerechtfertigte Marktzugangssperre, Anmerkung zu EuGH Große Kammer, Urteil vom 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien), *EuZW* 2009, S. 178 – wird hier nicht geteilt. Kritik an der Kürze der Entscheidung scheint auch bei *Schneider/Steinberger*, Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, *Ecolex* 2009, S. 726 durch.

nummern 14 und 16 des „Keck“-Urteils, vornehmen müssen. Zudem existieren bereits Entscheidungen zum freien Warenverkehr aus der Zeit nach Abschluss des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Italien, in denen der Gerichtshof, ohne die neue 3-Schritt-Prüfung auch nur zu erwähnen, auf die klassische Tatbestandsprüfung zurückgreift.⁸⁴ Exemplarisch sei hier auf ein Verfahren zur österreichischen Buchpreisbindung⁸⁵ hingewiesen, in dessen Rahmen der EuGH eine ausführliche Prüfung anhand der traditionellen „Keck“-Formel vornimmt und als Fundstelle für deren Wortlaut sogar Randnummer 36 der Rechtssache C-110/05 zitiert.

Andererseits ist aber auch nicht davon auszugehen, dass der Gerichtshof die Anwendung des neuen Prüfungsschemas streng auf Fälle typischer Verwendungsbeschränkungen begrenzen wird. Es bietet sich in jedem Falle an, das aufgrund mangelnder Klarheit zu Recht angegriffene Kriterium der „zu ungewissen und zu indirekten“ Wirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel nunmehr vollständig durch die neue Trias zu ersetzen und mithin alle Regelungen der „Grauzone“ – siehe oben –, dem 3-Stufen-Test zu unterwerfen. Darüber hinaus dürfte das neue Prüfungsschema zukünftig aber auch in Bereichen zur Anwendung gelangen, die bisher der „Keck“-Formel vorbehalten waren. Hierfür sprechen die im Rahmen der Bestimmung des Testinhalts gerade schon angerissenen deutlichen Vorteile gegenüber den starren „Keck“-Vorgaben:

Allem anderen voran verzichtet der 3-Stufen-Test auf die kaum mehr sinnvoll durchführbare Unterscheidung zwischen produktbezogenen Regeln und Verkaufsmodalitäten. Diese wird auch gerade nicht mit dem zweiten Prüfungsschritt durch die Hintertür wieder eingeführt. Das dort angesprochene Herkunftslandprinzip betrifft zwar im Wesentlichen Produktvorschriften. Der hinter ihm stehende Gedanke passt aber im Einzelfall, wie Generalanwalt *Maduro* in seinen Schlussanträgen zeigt, auch auf vertriebsbezogene Regeln, so dass eine entsprechende kategoriale Unterscheidung obsolet wird und es nur noch auf die tatsächliche Wirkung im konkreten Sachverhalt ankommt.

Darüber hinaus werden im neuen Test auch die wesentlichen Argumentationsmuster „Zusatzkosten“ und „Marktzugang“ anders als im Rahmen des zweiten „sofern“-Erfordernisses nicht nur als Anhängsel, sondern als klar strukturierte, eigenständige Prüfungspunkte behandelt.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, noch nicht in der Slg. und EuGH, Rs. C-100/08, *Kommission/Königreich Belgien*, noch nicht in der Slg. In beiden Urteilen wird sogar die Rs. C-110/05 (ohne Bezug zur neuen Formel) zitiert.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, noch nicht in der Slg., Rdnrn. 17-22.

Insgesamt dürften damit die grundsätzlich gerne am Altbewährten festhaltenden Luxemburger Richter geneigt sein, sich auf neue Pfade zu begeben; eben weil das Alte sich teilweise nicht mehr bewährt. Die Anwendung der „Keck“-Formel könnte daher auf den Bereich von Standardfällen, die genau in das Schema „Vertriebs-/Produktbezug“ mit der dahinter stehenden Vermutungswirkung passen, zurückgedrängt werden. Gerade hier liegt ja, wie oben ausgeführt, auch die eigentliche Stärke dieser Rechtsprechung.

Zusammenfassend fällt damit die Antwort auf die im Titel des Beitrags aufgeworfene Frage, wohin der Weg der „Keck“-Doktrin führt, weniger drastisch als im historischen Vorbild aus. Anders als in den apokryphen Petrusakten mit ihrem berühmten Satz „*Venio Romam iterum crucifigi*“ geht die Formel, angestoßen durch die Urteile in den Rechtssachen C-110/05 und C-142/05, wohl nicht ihrer endgültigen „Kreuzigung“ entgegen. Sie ist aber, um in dem martialischen Bild der antiken Vorlage zu verbleiben, schwer verwundet und zieht sich in sichere Gefilde zurück.