

Emanuel Bauer/Kevin Grimmeiß*

Die produktbezogene Verkaufsmodalität – Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 34 AEUV

Abstract

Der Freiheit des Warenverkehrs kommt schon seit den Tagen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eine zentrale Rolle bei der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarkts zu. Umso erstaunlicher ist angesichts dieser Zeitspanne, dass die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Begriffsdefinitionen auch noch in jüngster Zeit Abgrenzungsprobleme bereiten. Der vorliegende Beitrag knüpft an diese Schwierigkeiten an und zeigt eine Möglichkeit auf, zu transparenteren, teleologisch überzeugenden Lösungen zu gelangen.

* Die Autoren studieren im achten Semester Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth. Sie danken *Prof. Dr. Jörg Gundel* und *Dr. Claas Friedrich Germelmann*, LL.M. für ihre wertvolle Unterstützung.

I. Anlass der Untersuchung

Beinahe 20 Jahre sind vergangen, seit der *EuGH* in seiner *Keck*-Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit erstmals das Gegensatzpaar „produktbezogene Maßnahme“ – „Verkaufsmodalität“ gebildet hat. Doch noch immer ist die Abgrenzung beider Begriffe im Rahmen des Art. 34 AEUV diffizil und umstritten.¹ Dass der *EuGH* dennoch an seiner strikten Unterscheidung festhält, macht eine konsistente Falllösung schwierig. Im Sinne der Rechtssicherheit muss es schon grundsätzlich bedenklich stimmen, wenn zu zwei auf den ersten Blick gleichlaufenden Sachverhalten diametral entgegengesetzte Entscheidungen ergehen.² Von besonderer Brisanz ist eine solche Situation aber dann, wenn wie hier mit der Warenverkehrsfreiheit eine Garantie betroffen ist, die auch in Zeiten des Vertrags von Lissabon in ihrer Bedeutung für die europäische Wirtschaft kaum übertroffen werden kann.

Ausgehend von dieser Problematik untersucht die vorliegende Arbeit die dogmatische Struktur von Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV. Sie beschreibt das Verständnis der Rechtsprechung zunächst allgemein, bevor sie dessen Anwendung auf verschiedene Fallkonstellationen darstellt. Auf Grundlage der an dieser Judikatur geäußerten Kritik beschreibt sie ein neues Merkmal zur Lösung der genannten Abgrenzungsprobleme und zeigt auf, dass mit dessen Hilfe selbst in schwierigen Fallgestaltungen konsistente Lösungen erzielt werden können.

II. Überblick über das System der Rechtsprechung

Ausgangspunkt jeder derartigen Untersuchung muss der Wortlaut des Art. 34 AEUV sein, der neben mengenmäßigen Beschränkungen auch alle Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet. Was allerdings unter diesen zu verstehen ist, wurde erst durch mehrere Grundsatzentscheidungen des *EuGH* dargelegt.

1. Maßnahmen gleicher Wirkung nach dem Verständnis des *EuGH*

In seinem *Dassonville*-Urteil³ steckte das höchste europäische Gericht das Feld der Maßnahmen gleicher Wirkung zum ersten Mal und sehr weit ab, indem es Art. 30 EWGV, den heutigen Art. 34 AEUV, als ein Beschränkungsverbot interpretierte, das jeden Fall der Beeinträchtigung von Importen erfasst:

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme kontingentgleicher Wirkung anzusehen.“⁴

1 Vgl. *Leible/T. Streinz* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* 42. Aufl., Art. 34 AEUV Rn. 81 f.

2 Siehe nur die entgegengesetzten Ergebnisse von *EuGH* Rs. C-416/00 (*Morellato*) Slg. 1997, I-1431 und *EuGH* verb. Rs. C-158-159/04 (*Alfa Vita Vassilopoulos*) Slg. 2006, I-8135.

3 *EuGH* Rs. 8/74 (*Dassonville*) Slg. 1974, 837.

4 *Ebd.*, Leitsatz 1.

Diese erste Lösung des Problems der genauen Bestimmung der Maßnahmen gleicher Wirkung erwies sich jedoch als zu weitreichend, sodass sie in zwei Schritten begrenzt wurde:

In seiner Entscheidung *Cassis de Dijon*⁵ eröffnete der *EuGH* deswegen die Möglichkeit der Eingriffsrechtfertigung vermittels zwingender, ungeschriebener Gründe, soweit keine Ungleichbehandlung vorliegt.⁶

Doch auch diese Begrenzung führte nicht zu dem gewünschten Ergebnis, sodass 1993 das *Keck*-Urteil⁷ gefällt wurde. Hierin statuierte der *EuGH* eine Rücknahme der weiten *Dassonville*-Formel in Form einer Aufteilung nach Kern- und Randbereichsregelungen. Für diese sind entweder das Beschränkungs- oder nur ein Diskriminierungsverbot kennzeichnend, das die Mitgliedstaaten dann verletzen, wenn sie Importe schlechter als inländische Produkte behandeln:

„Demgegenüber ist die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte⁸ 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 versperrern oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag.“⁹

Damit existieren zwei grundlegende Einordnungsmöglichkeiten der unter Art. 34 AEUV fallenden Maßnahmen gleicher Wirkung: Sie können unter *Keck* mit dem einhergehenden Diskriminierungsverbot oder unter *Dassonville* mit dem weitergehenden Schutz des Beschränkungsverbots fallen. Dabei ist es für die Rechtssicherheit unumgänglich, dass durch klare Zuordnungskriterien eine Einordnung geschaffen wird, die durch ihre inhaltliche Bestimmtheit zuverlässige Prognosen für konkrete Sachverhalte erlaubt.

5 *EuGH* Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*) Slg. 1979, 649.

6 *Ebd.*, Rn. 8.

7 *EuGH* verb. Rs. C-267-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) Slg. 1993, I-6097; siehe auch die Besprechung bei *Schilling* Rechtsfragen zu Art. 30 EGV EuR 1994, 50.

8 Zur Einordnung dieses Tatbestandskriteriums vgl. *Heermann* Artikel 30 EGV im Lichte der „*Keck*“-Rechtsprechung – Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands? GRUR Int. 1999, 579 (583).

9 *EuGH* verb. Rs. C-267-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) Slg. 1993, I-6097 (Rn. 16 f.).

2. Hintergrund dieser Rechtsprechung

Diese Zweigliedrigkeit findet also ihre Grundlage in dem Bemühen des *EuGH*, die äußerst weite *Dassonville*-Formel einzuschränken,¹⁰ die trotz dieser praktischen Notwendigkeit wegen des Wortlauts und Zwecks des Art. 34 AEUV grundsätzlich zutreffend ist.¹¹ Mit der Anwendung der unterschiedlichen Schutzstandards hat der Gerichtshof dabei einen durchaus üblichen Topos gewählt: Ähnlichkeiten bestehen etwa zur Stufentheorie des *BVerfG* im Rahmen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG¹² oder zur Wesensgehaltsgarantie gemäß Art. 52 Abs. 1 Grundrechtecharta.¹³

Der *EuGH* hat den geschilderten Sachzwang bereits in seiner *Keck*-Entscheidung deutlich angesprochen¹⁴ und die Differenzierung zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Regelungen von Verkaufsmodalitäten mit dem wirtschaftlichen Telos der Warenverkehrsfreiheit begründet: Denn Ladenöffnungszeiten und andere unterschiedslos anwendbare Vorschriften zu Verkaufsmodalitäten sind eben nicht geeignet, den Marktzugang für ausländische Waren stärker zu behindern als für nationale Produkte, sodass die ausländischen Produzenten nicht wirtschaftlich schlechter dastehen.¹⁵ Weil der europäische Binnenmarkt aber gerade davor schützen soll, bedarf es des speziellen Schutzes eines Beschränkungsverbots nach dem Sinn und Zweck der Norm im Fall unterschiedslos anwendbarer Regelungen von Verkaufsmodalitäten nicht. Diese tangieren die Warenverkehrsfreiheit folglich nur dann, wenn sie Ausländer gegenüber Inländern benachteiligen und sind deshalb an einem Diskriminierungsverbot zu messen.

3. Zuordnung im Einzelfall

a) Klassische Anwendungsgebiete

Regelmäßig bereitet die vom Gerichtshof vorgenommene Abgrenzung der beiden grundfreiheitlichen Schutzstandards keine Probleme. Allerdings treten auch Fallgestaltungen zu Tage, bei denen eine klare Zuordnung in dem klassischen Schema der Differenzierung zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalität nur schwer möglich ist:¹⁶

Im Fall *Morellato*¹⁷ buk der Betroffene tiefgefroren nach Italien eingeführtes Brot auf, ohne es gleich danach – den nationalen Vorschriften entsprechend – zu verpacken; dies geschah erst beim Verkauf des Brots. In seiner Entscheidung musste der Gerichtshof klären, ob es sich bei besagten Vorschriften um Regelungen von Verkaufsmodalitäten oder um solche mit Produktbezug handle. Diese Problemstellung

10 Vgl. *Leible/T. Streinz* (Fn. 1), Art. 34 AEUV Rn. 73.

11 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert* 4. Aufl., Art. 34–36 AEUV Rn. 57.

12 Vgl. *Scholz* in *Maunz/Dürig* 60. Aufl., Art. 12 Rn. 335.

13 *Borowsky* in *Meyer* 3. Aufl., Art. 52 Rn. 18 ff.

14 *EuGH* verb. Rs. C-267-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) Slg. 1993, I-6097 (Rn. 14).

15 *Ebd.*, Rn. 17.

16 Vgl. *Daniele* *Diritto del mercato unico europeo* 2006, S. 75.

17 *EuGH* Rs. C-416/00 (*Morellato*) Slg. 1997, I-1431.

sah der *EuGH* eng mit der Frage nach dem Wesen des Produkts verknüpft.¹⁸ Er lehnte jeglichen Produktbezug ab, da das Tiefkühl-Brot (das das Produkt darstellt) nicht verändert werden müsse, sondern nur die Umstände des Verkaufs in Form der Verpackung.¹⁹ Somit entschied er sich für die Anwendung des Diskriminierungsverbotes und das Vorliegen der *Keck*-Formel.

Im Fall *Alfa Vita Vassilopoulos*,²⁰ einer weiteren Bake-Off-Problematik, sah das angegriffene nationale Gesetz vor, dass die für Bäcker bestehenden Anforderungen an das Herstellungsumfeld auch für Aufbackstationen gelten sollten. Hier urteilte der *EuGH*, dass eine produktbezogene Regelung vorliege, da sie die Herstellungsbedingungen der Brote zum Zeitpunkt des Aufbackens betreffe; deshalb unterfiele dieser Fall dem Beschränkungsverbot.²¹

Im *Dynamic-Medien-Urteil*²² entschied der *EuGH* einen Fall, der sich mit der Anerkennung mitgliedstaatlicher Jugendschutzprüfungen von Medienträgern befasste: Das in Frage stehende deutsche Gesetz sah vor, dass nicht geprüfte Datenträger in der Öffentlichkeit keinem Kind oder Jugendlichen zugänglich gemacht werden dürfen; dadurch wurde jedoch nicht der allgemeine Absatz verboten, sondern nur das Zugänglichmachen für Minderjährige, etwa im Versandhandel. Allerdings wurden zwei Punkte als beschränkend gerügt: Die erneute Prüfungs- und die zusätzliche Kennzeichnungspflicht, die für den unbeschränkten Absatz nötig waren. Obwohl der *EuGH* betonte, dass es sich bei Verkaufsstellenregelungen um typische Anwendungsfälle der Verkaufsmodalitäten handle,²³ solange sie sich nicht auf die Merkmale der erfassten Erzeugnisse auswirken,²⁴ kam er zu dem Ergebnis, dass beide Regelungsinhalte die *Keck*-Formel nicht erfüllten: Sie beeinträchtigten ausländische Anbieter typischerweise stärker als inländische, zumal sie eine vorhergehende mitgliedstaatliche Jugendschutzprüfung nicht ausreichen ließen, wodurch für die nicht-deutschen Anbieter die Einfuhr regelmäßig verteuert und erschwert würde.²⁵

b) Benutzungsmodalitäten

Besonders problematisch ist die Handhabung im Fall von Benutzungsmodalitäten. Dabei handelt es sich um Regelungen, die unmittelbar weder mit dem Absatz von Waren, noch mit deren Veränderung zu tun haben; sie wollen vielmehr Einfluss auf deren Benutzung nehmen. Das Schwierige im Umgang mit diesen ist, dass weder die

18 *Ebd.*, Rn. 40.

19 *Ebd.*, Rn. 41 f.

20 *EuGH* verb. Rs. C-158-159/04 (*Alfa Vita Vassilopoulos*) Slg. 2006, I-8135; siehe auch die Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA bei Reich *EuZW* 2006, 304.

21 *EuGH* verb. Rs. C-158-159/04 (*Alfa Vita Vassilopoulos*) Slg. 2006, I-8135 (Rn. 19 f.).

22 *EuGH* Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*) Slg. 2008, I-505 = MMR 2008, 298 mit Anmerkung Konrad/Weber; siehe auch die Anmerkung zu den Schlussanträgen des GA bei Reich *EuZW* 2007, S. 715.

23 *EuGH* Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*) Slg. 2008, I-505 (Rn. 32).

24 Vgl. auch *EuGH* Rs. C-391/92 (*Kommission/Griechenland*) Slg. 1995, I-1621 (Rn. 15).

25 *EuGH* Rs. C-244/06 (*Dynamic Medien*) Slg. 2008, I-505 (Rn. 33).

Grundlinien der *Keck*-, noch die der *Dassonville*-Rechtsprechung unmodifiziert auf solche Sachverhalte anwendbar sind. Denn diese betreffen Verkaufsmodalitäten beziehungsweise Regelungen mit Produktbezug und zielen damit auf Bereiche ab, die der Benutzung vorgelagert sind. Begrifflich sind beide Grundsätze daher nicht unmittelbar anwendbar. Deswegen ist es erforderlich, auf weitere Parameter abzustellen, um eine fallgerechte Lösung zu erzielen.

In seinem ersten Urteil²⁶ zum Problemfeld der Benutzungsmodalitäten musste der *EuGH* in einem Vertragsverletzungsverfahren entscheiden, ob die Italienische Republik mit dem Verbot, Anhänger von Kleinkrafträdern ziehen zu lassen, gegen die Warenverkehrsfreiheit verstieß. In seinem Urteil griff der *EuGH* letztendlich auf ein Marktzugangskriterium zurück, das in dem konkreten Fall zu Lasten Italiens durchschlug, sodass eine Verletzung des Beschränkungsverbots angenommen wurde.²⁷

Im Fall *Mickelsson* und *Roos*²⁸ befasste sich der *EuGH* in einem Vorabentscheidungsverfahren mit einer nationalen Regelung, die die Benutzung von Wassermotorrädern außerhalb vorgesehener Wasserstraßen verbot. Diese sollten von den lokalen Behörden festgelegt werden. Im vorliegenden Fall wurde geltend gemacht, dass keine solchen Wege für Wassermotorräder eröffnet worden waren, sodass nur ein Befahren der öffentlichen Wasserstraßen möglich war – neben dem Schwerverkehr. Die daraus resultierende, eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit führt laut *EuGH* zu einer nicht nur unwesentlichen Erschwerung des Marktzutritts für ausländische Produzenten. Deswegen sah der Gerichtshof hier eine Maßnahme gleicher Wirkung wegen Verletzung des Beschränkungsverbots als grundsätzlich einschlägig an; im konkreten Fall sei das Gesetz jedoch gerechtfertigt gewesen.²⁹

III. Kritik an der Judikatur des EuGH

Diese Rechtsprechung sieht sich mannigfaltiger Kritik ausgesetzt: Bemängelt wird, die Unterscheidung zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Maßnahmen sei willkürlich³⁰ und übertrieben formalistisch.³¹ Darüber hinaus entstünde zwischen beiden eine problematische Grauzone,³² in der Abgrenzungsschwierigkeiten unvermeidbar seien.³³

26 *EuGH* Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*) EuR 2009, S. 548 mit Anmerkung *Classen* = EuZW 2009, S. 173 mit Anmerkung *Albin/Valentin*.

27 *Ebd.*, Rn. 59.

28 *EuGH* Rs. C-142/05 (*Mickelsson* und *Roos*) EuZW 2009, S. 617.

29 *Ebd.*, Rn. 26 ff.

30 *Leible* Zur Vereinbarkeit eines Vertriebsverbots mit Art. 30 EWGVtr WRP 1994, S. 908 (909).

31 *Weatherill* After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification CMLRev 1996, S. 885 (897).

32 *Jickeli* Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips JZ 1995, S. 57 (60).

33 Unter Verweis auf Beispiele *Dubouis/Blumann* Droit matériel de l'Union européenne 5. Aufl. (2009), S. 269 f.; ebenso *Kaczorowski* European Union Law 2009, S. 565.

Zahlreiche Anhänger hat daher der Alternativvorschlag gefunden, zugunsten eines einheitlichen Marktzugangskriteriums von der Bipolarität zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalität abzugehen.³⁴ Angemerkt wird nicht zuletzt, auch der *EuGH* habe in Fällen von Zuordnungsproblemen auf den Gesichtspunkt des Marktzugangs abgehoben.³⁵

Kritisch anzumerken ist allerdings, dass der Gerichtshof das Kriterium bisher nicht hinreichend präzisiert hat.³⁶ In einigen Fällen stellt er auf die Schwere der Einschränkung ab, will für unbedeutende Einschränkungen aber schon den Anwendungsbereich der Verträge verneinen; wieder andere Maßnahmen bewertet er unter Diskriminierungsaspekten.³⁷ Angesichts dieses Mangels an Konsistenz vermag das Marktzugangskriterium kein Mehr an Rechtssicherheit zu gewährleisten. Hinzu tritt, dass ein Marktzugangstest den *EuGH* vor schwierige Tatsachenfragen stellen würde: Ob eine Regelung direkte und substantielle Auswirkungen auf den Marktzugang mit sich bringt, setzt eine genaue Ermittlung des gesamten Marktgeschehens voraus. Die Judikative aber dürfte mit derart diffizilen Tatsachenfragen regelmäßig überfordert sein.³⁸ Bedenklich stimmt daneben, dass nahezu jede staatliche Regelung Auswirkungen auf den Marktzugang bestimmter Waren haben kann. Ein entsprechender Test zwänge den *EuGH*, auch in solchen Bereichen Recht zu sprechen, die nach der ursprünglichen Absicht der Vertragsstaaten als originär mitgliedstaatliche Angelegenheiten der Jurisdiktion des Gerichtshofs nicht unterfallen.³⁹

Eben diese Gefahr sahen verschiedene Kommentatoren in ihren Anmerkungen zu Fällen wie *Alfa Vita Vassilopoulos* und *Kommission/Italien* schon realisiert: Anstatt den Zielsetzungen von Unionsbürgerschaft und Binnenmarkt zu entsprechen und auf die Gleichbehandlung grenzüberschreitender und mitgliedstaatlicher Sachverhalte zu dringen,⁴⁰ habe sich der *EuGH* zugunsten einer massiv deregulierenden Rechtsprechung entschieden, die sich in originär mitgliedstaatliche Belange der Wirtschaftspolitik einmische.⁴¹ Die Entscheidung im Fall *Mickelsson und Roos* wurde gar

34 Etwa *Streinz* Europarecht 8. Aufl. (2008), Rn. 864 f.; *Barnard* Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw? ELRev 2001, S. 35 (58).

35 Schon in der *Keck*-Entscheidung hatte der *EuGH* eine Erschwerung des Marktzugangs als Begründung für seine Rechtsprechung herangezogen. Vgl. *EuGH* verb. Rs. C-267-268/91 (*Keck und Mithouard*) Slg. 1993, I-6097 (Rn. 17); das Kriterium führen auch *EuGH* Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*) EuZW 2009, 173 (Rn. 56 ff.) und *EuGH* Rs. C-142/05 (*Mickelsson und Roos*) EuZW 2009, 617 (Rn. 26 ff.) an.

36 *Snell* The notion of market access: A concept or a slogan? CMLRev 2010, S. 437 (471).

37 *Snell* (Fn. 36), S. 471.

38 *Craig/de Búrca* EU Law 4. Aufl. (2008), S. 694 f.

39 *Barnard* The substantive law of the EU 2. Aufl. (2007), S. 158. Diese Gefahr wird freilich dadurch begrenzt, dass der *EuGH* eine Verletzung des Art. 34 AEUV dann verneint, wenn die Auswirkungen der betreffenden Regelung auf die Warenverkehrsfreiheit zu ungewiss sind. Vgl. etwa *EuGH* Rs. C-69/88 (*Krantz*) Slg. 1990, I-583 (Rn. 12); *EuGH* Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries France*) Slg. 1998, I-3949 (Rn. 31).

40 *Reich* (Fn. 20), S. 305.

41 *Streinz* Anmerkung zu *EuGH* verb. Rs. C-158-159/04 (*Alfa Vita Vassilopoulos*) JuS 2008, S. 262 (264).

dahingehend verstanden, dass der Gerichtshof für Benutzungsmodalitäten seine Keck-Rechtsprechung gänzlich aufgegeben habe.⁴² Dass auf diese folglich ein Beschränkungsverbot Anwendung finde, dehne die Jurisdiktion des *EuGH* zusätzlich aus und belaste die Mitgliedstaaten mit enormen Risiken: Ihre Regelungen zu Benutzungsmodalitäten könnten dann als prinzipielle Verletzungen des Art. 34 AEUV allein bei genügender Rechtfertigung bestehen.⁴³

IV. Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität

Trotz der mitunter nachvollziehbaren Kritikpunkte der Literatur wird eine pauschale Ablehnung der Rechtsprechung des Gerichtshofs dem Gesamtkontext nicht gerecht. Schließlich sind die Urteile im Ergebnis nicht zu beanstanden; eine Betrachtung des Art. 34 AEUV unter dem Gesichtspunkt seiner dogmatischen Konzeption hilft darüber hinaus, ihre inhaltliche Stringenz zu erläutern.

Dabei soll der Wortsinn der vom *EuGH* gewählten Begriffe „produktbezogene Maßnahme“ und „Verkaufsmodalität“ den logischen Ausgangspunkt der Betrachtung bilden. Im Folgenden sind diese deshalb nicht nach den vom Gerichtshof entschiedenen Einzelfällen zu definieren, sondern sollen von ihrem Ursprung betrachtet als Grundlage für eine konsistente Erklärung der Dogmatik des Art. 34 AEUV dienen.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass jede Maßnahme gleicher Wirkung den Charakter einer Verkaufsmodalität aufweist. Wenn etwa der Gesetzgeber die konkrete Ausgestaltung eines Produkts verbietet, um eine Veränderung desselben zu erreichen, trifft er damit nach bisheriger Sichtweise eine produktbezogene Maßnahme *par excellence*. Jedoch stellt sich selbst jene als Verkaufsmodalität dar: Schließlich werden die Umstände des Verkaufs insoweit mitgeregelt, als der Vertrieb des betreffenden Produkts beeinflusst wird, sei es durch ein ausdrückliches Verbot der Veräußerung oder durch dessen faktisches Bewirken.

Beispiel 1: Der nationale Gesetzgeber verbietet die Produktion und Einfuhr roter Zahnpasta. Wenn er gleichzeitig den Verkauf derselben ausdrücklich untersagt, regelt er damit die Umstände des Verkaufs, trifft also eine Verkaufsmodalität. Andererseits könnte er von einer expliziten Regelung absehen, sodass die Möglichkeit zum Verkauf roter Zahnpasta von den noch vorhandenen Lagerbeständen abhängt. Sind diese erschöpft, ist dem Händler der Vertrieb roter Zahnpasta faktisch unmöglich gemacht; auch hierdurch hätte der Gesetzgeber also eine Verkaufsmodalität geregelt.

Weil die Produktion einer Ware im Allgemeinen nur Sinn macht, wenn sie später verkauft wird, gilt diese Feststellung nicht nur für das Verbot eines bestimmten Produkts, sondern auch für jede andere auf ein Produkt bezogene Maßnahme: Auch durch diese wird eine Verkaufsmodalität geregelt.

⁴² *Spaventa* Leaving Keck behind? The free movement of goods after the ruling in *Commission v Italy* and *Mickelsson and Roos* ELRev 2009, S. 914 (921, 928).

⁴³ *Albin/Valentin* (Fn. 26), S. 178.

Daneben setzt beinahe jede Verkaufsmodalitätenregelung einen wirtschaftlichen Anreiz, umgangen zu werden: Besonders wenn die Befolgung der entsprechenden Normen hohe Kosten mit sich bringt, versuchen Unternehmen, ihre Erzeugnisse so zu gestalten, dass sie deren Anwendungsbereich nicht unterfallen. Weil ein derartiger wirtschaftlicher Anreiz zur Warenänderung im Grundsatz jeder Regelung einer Verkaufsmodalität innewohnt, vermitteln diese auch einen Produktbezug.

Beispiel 2: Der nationale Gesetzgeber ordnet an, rote Zahnpasta dürfe nicht mehr in Tankstellen angeboten werden. Diese Verkaufsstellenregelung wird nach herrschender Ansicht als klassischer Fall einer Verkaufsmodalität gesehen.⁴⁴ Ein für diesen Markt produzierender ausländischer Unternehmer steht nun vor der Wahl, weiter rote Zahnpasta für einen verkleinerten Markt herzustellen, oder auf die Produktion blauer Zahnpasta auszuweichen. Somit ist ein wirtschaftlich vermittelter Produktbezug gegeben.

Damit liegen in jeder Maßnahme gleicher Wirkung grundsätzlich sowohl Regelungen von Verkaufsmodalitäten als auch solche mit Produktbezug vor.⁴⁵ Es liegt also nahe, von produktbezogenen Verkaufsmodalitäten zu sprechen.⁴⁶ Der Gesamtcharakter der Maßnahme richtet sich nach ihrem zumeist eindeutigen Schwerpunkt, der aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ersichtlich wird. Für die Bestimmung des Schwerpunkts ist entscheidend, welchen Anreiz die staatliche Maßnahme für den Adressaten setzt (Anreizkriterium).

Beispiel 1: Hier wird dem Produzenten jegliche Absatzmöglichkeit genommen. Es scheint daher für ihn wirtschaftlich sinnvoller, die Produktion auf blaue Zahnpasta umzustellen, als ganz aus dem Markt auszuschneiden. Der Anreiz zur Produktänderung überwiegt den Anreiz zum Marktaustritt. Entsprechend stellt der produktbezogene Anteil den Schwerpunkt der Maßnahme dar.

Beispiel 2: Der ausländische Produzent wird sich gegen eine Produktänderung entscheiden, weil für eine Umstellung höhere Kosten anfallen würden als Umsatzeinbußen durch den Verlust von Tankstellen als Verkaufsstellen zu erwarten sind. Da insofern ein stärkerer Anreiz zur Annahme der Verkaufsstellenregelung besteht als zur Produktänderung, bildet die Regelung einer Verkaufsmodalität den Schwerpunkt der Maßnahme.

Der Begriff des Anreizes ist dabei nicht als zahlenmäßig exakt bestimmbar Größe zu verstehen, vielmehr hat eine wertende Betrachtung aller individuell relevanten Aspekte zu erfolgen. Neben den unmittelbaren betriebswirtschaftlichen Kosten und Erlösen sind auch quantifizierbare nichtmonetäre Größen wie das öffentliche Ansehen des Betriebs, gefestigte Präferenzen der Abnehmer oder ein vorhandener Kundenstamm entscheidungserheblich; sie sind demnach bei der Bestimmung des Anreizes einzubeziehen.

44 Siehe nur GA *Tesouro* Schlussanträge in der Rs. C-292/92 (*Hünermund*) Slg. 1993, I-6787 (Rn. 20) sowie beispielhaft *EuGH* Rs. C-391/92 (*Kommission/Griechenland*) Slg. 1995, I-1621 (Rn. 17, 20) und *EuGH* Rs. C-387/93 (*Banchero*) Slg. 1995, I-4663 (Rn. 36).

45 Ähnlich wohl auch *Fezer* Europäisierung des Wettbewerbs JZ 1994, S. 317 (323).

46 Den Begriff wählen, wenngleich mit anderem Vorverständnis, auch *Keßler* Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht 1997, S. 148; *Fezer* (Fn. 45), S. 323 und *Solbach* Staatliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne des Art. 30 EGV 1996, S. 174.

V. Behandlung von Sonderfällen

Bei Anwendung eines solchen kontinuierlichen Spektrums können die in den Extrembereichen und im Grenzbereich zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalität liegenden und damit nur schwer in die herrschende Dogmatik einfügbaren Maßnahmen vorhersehbar behandelt werden.

1. Randbereiche des Spektrums

Von besonderem Interesse sind zunächst die Fallgestaltungen, die die logischen Randpunkte des Spektrums bilden.

Zum einen betrifft dies diejenigen nationalen Regelungen, die nur die konkrete Ausgestaltung einer Produktart (zum Beispiel Autos ohne Ersatzreifen) verbieten, die restlichen Unterfälle der Produktgattung jedoch nicht betreffen (Substitutsverbot). Wenn nun die Umstellung des für den nationalen Markt im Ausland hergestellten Produkts leicht erfolgen kann, indem man etwa das Reserverad hinzufügt, dann liegt hier der denkbar schwächste Verkaufsmodalitätenanreiz vor – der Produktbezug überwiegt folglich bei weitem.

Zum anderen kann der nationale Gesetzgeber eine gesamte Produktgattung vom Warenverkehr ausschließen (zum Beispiel durch ein Verbot von Zweikrafträdern). Dabei wird den Herstellern die Warenänderung als Entscheidungsmöglichkeit durch ein Totalverbot wesensgleicher Erzeugnisse vorenthalten. Allerdings kann es Probleme bereiten, die hierbei relevante Gattung zu bestimmen. Im Regelfall entfällt hier jeglicher Produktbezug, zumal der Absatz einer ganzen Sparte ohne Ausnahme verboten wird: Der Hersteller müsste, um weiterhin in dieses Land liefern zu können, eine völlig neue Produktpalette auflegen (zum Beispiel durch eine Umstellung auf die Herstellung von Fahrrädern) und damit sein Unternehmen neu ausrichten. Da dies zumeist mit immensen Unkosten verbunden ist, wird er wahrscheinlich auf den Absatz in diesem Land verzichten. Deswegen sind diese Fälle die in dem vorgestellten Modell einzig denkbaren reinen Verkaufsmodalitäten, da nur die Möglichkeit des Verkaufs geregelt wird, nicht aber ein Änderungsanreiz für das Produkt gesetzt wird. Als solche würden sie der *Keck*-Ausnahme unterfallen, sodass sie leichter aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fielen. Dadurch könnten sich Wertungswidersprüche ergeben, da diese Totalverbote besser behandelt würden, als die Beschränkung einzelner Produktionsaspekte. Einem solchen Widerspruch hat jedoch der Gesetzgeber vorgebeugt, indem Totalverbote bereits als mengenmäßige Beschränkung von vornherein durch Art. 34 AEUV erfasst werden.⁴⁷ Insoweit kommt die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität zu einem Ergebnis, das

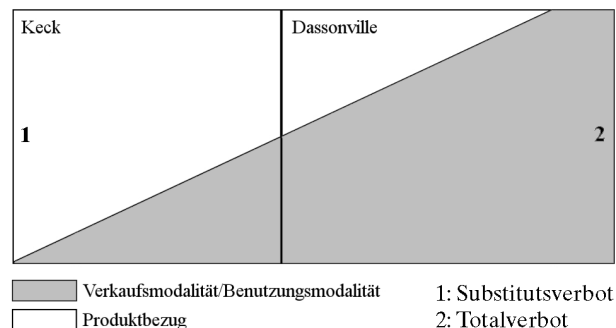
⁴⁷ *Leible/T. Streinz* (Fn. 1), Art. 34 AEUV Rn. 51; *Kingreen* (Fn. 11), Art. 34–36 AEUV Rn. 126; *Lux* in Lenz/Borchardt 5. Aufl., Art. 34 EGV Rn. 12.

der von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Unterscheidung der einzelnen Verbote und der darin zu Tage tretenden Systematik entspricht.

2. Benutzungsmodalitäten

Es existiert eine Art von Fallgestaltungen, die bei der Einordnung Probleme bereitet: Die Regelung von Benutzungsmodalitäten, bei denen der Gesetzgeber die Nutzung eines Produkts reglementiert. Sie haben auf den ersten Blick keinerlei direkten Bezug zum Handelsverkehr, sondern wirken nur über die Kunden, also indirekt, auf den Markt. Die Einordnung in das klassische Schema bereitet daher Probleme, die Anwendbarkeit der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität scheint ausgeschlossen. Die Produzenten und Händler müssen jedoch auf die Benutzungsmodalitäten reagieren, indem sie ihre Waren entsprechend bewerben und gegebenenfalls ändern, wenn dies von den Kunden gewünscht wird.⁴⁸ Damit beeinflussen solche staatlichen Maßnahmen die Verkaufs- und Produktionsumstände in einer den Regelungen von Verkaufsmodalitäten vergleichbaren Weise. Wegen dieser grundsätzlich binnenmarktschließenden Wirkung ist eine Kontrolle nach Art. 34 AEUV geboten.⁴⁹ Deshalb sind auch Benutzungsmodalitäten nach der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität zu behandeln. Dort treten sie an die Stelle der Verkaufsmodalitäten.

Die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität lässt sich damit zusammenfassend in folgendem Schaubild verdeutlichen.



48 GA *Bot* Schlussanträge in der Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*) Slg. 2009, I-519 (Rn. 38); GA *Kokott* Schlussanträge in der Rs. C-142/05 (*Mickelsson und Roos*) Slg. 2009, I-4273 (Rn. 52 ff).

49 Vgl. dazu GA *Bot* Schlussanträge in der Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*) Slg. 2009, I-519 (Rn. 73); GA *Kokott* (Fn. 48), Rn. 41.

VI. Argumente für die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität

Für die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität spricht eine Vielzahl wirtschaftlicher und rechtlicher Argumente.

1. Ökonomischer Hintergrund⁵⁰

Schon die gewählten Begrifflichkeiten machen eine Nähe zur Ökonomischen Analyse des Rechts deutlich: Diese wissenschaftliche Teildisziplin im Schnittbereich von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft fragt nach der ökonomischen Sinnhaftigkeit einer Norm,⁵¹ indem sie die Kosten einer Maßnahme dem *cheapest cost avoider* zuweist, demjenigen also, der sie am besten vermeiden kann.⁵²

Im Fall der produktbezogenen Verkaufsmodalität hat der Regelungsadressat die Wahl zwischen zwei Anreizen. Regelmäßig wird er dabei demjenigen folgen, der ihm bei wirtschaftlicher Betrachtung als der größere erscheint. Entstehen zusätzliche Kosten, weil er dem anderen Anreiz den Vorzug gibt, so ist er hierfür *cheapest cost avoider* – die Belastungen fallen ja allein aufgrund seiner Entscheidung an.

Anderes gilt für die Kosten der ökonomisch sinnhaften Alternative. Weil das Wirtschaftssubjekt gezwungen ist, einem der beiden Anreize zu folgen, können die Belastungen, die der größere von beiden mit sich bringt, allein durch die Rücknahme der staatlichen Regelung vermieden werden. Hierfür wäre also der Staat *cheapest cost avoider*.

Das Anreizkriterium spiegelt dieses Ergebnis wider: Der Charakter einer Maßnahme gleicher Wirkung richtet sich nach dem wirtschaftlichen Schwerpunkt der Regelung. Trifft der Normadressat eine ökonomisch nicht nachvollziehbare Entscheidung, kann er gegen deren Mehrkosten, die ja gerade aus dem untergeordneten Maßnahmenteil erwachsen, keinen Schutz erlangen.

2. Rechtliche Argumente

Vergegenwärtigt man sich nochmals, welche tatsächliche Wirkung eine Maßnahme im Sinne des Art. 34 AEUV nach sich zieht, wird deutlich, dass dieses ökonomisch sinnvolle Ergebnis auch aus rechtlicher Sicht überzeugend ist.

50 Zum volkswirtschaftlichen Hintergrund der Abgrenzung von produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten eingehend *Russi* Economic Analysis of Article 28 EC after the Keck Judgment German Law Journal 2006, S. 480 (493 ff.).

51 *Mackaay/Rousseau* Analyse économique du droit 2. Aufl. (2008), S. 6 f.; *Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip 3. Aufl. (2005), S. 4 f.; *Behrens* Die ökonomischen Grundlagen des Rechts 1986, S. 104 f.

52 *Schäfer/Ott* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts 4. Aufl. (2005), S. 226; *Mackaay/Rousseau* (Fn. 51), S. 194; *Shavell* Foundations of economic analysis of law 2004, S. 189.

Entsprechend der oben dargestellten dogmatischen Struktur der Maßnahme gleicher Wirkung setzt diese sowohl einen Anreiz zur Produktänderung als auch zum Befolgen der Verkaufsmodalitätenregelung. Jede dieser beiden Alternativen wird Kosten nach sich ziehen, sei es, weil einerseits Produktionsanlagen geändert werden müssten oder andererseits durch eingeschränkte Verkaufsmöglichkeiten der Absatz zurückginge. Je nach dem Charakter der Maßnahme sind entweder die Kosten der Produktänderung oder der Befolgung der Verkaufsmodalitätenregelung höher. Weil der Normadressat eine der beiden Optionen wählen muss, kann er jedenfalls den Kosten der billigeren Alternative nicht entgehen. Der Aufwand, der durch die kostengünstigere der beiden Möglichkeiten entsteht, hat seine Ursache also allein darin, dass der Staat eine Maßnahme getroffen hat. Anders verhält es sich, wenn der Betroffene die Alternative wählt, die mit höheren Kosten verbunden ist: Die Mehrkosten dieser Variante hätte er dadurch vermeiden können, dass er sich für die andere Möglichkeit entschieden hätte. Ein derartiger Mehraufwand hätte seine Ursache also im Handeln des Normadressaten.

Es liegt angesichts dieser Konstellation nahe, den vom *EuGH* anerkannten Gedanken des Mitverschuldens⁵³ als rechtliches Argument heranzuziehen. Denn wie hoch die Kosten einer Maßnahme gleicher Wirkung ausfallen, hängt wesentlich von der Entscheidung des Adressaten ab. Folgt er dem schwächeren Anreiz, hat dies eine finanzielle Mehrbelastung zur Folge, die allein er verschuldet hat. Im Bezug auf diese Zusatzkosten ist er nach dem Gedanken des Mitverschuldens nicht schutzwürdig.

Der im öffentlichen Recht allgemein anerkannte Grundsatz „kein Rechtsschutz gegen sich selbst“⁵⁴ liefert einen weiteren Grund für die Anwendung des Anreizkriteriums: Begehrt ein Normadressat Rechtsschutz gegen die Mehrkosten, die ihm im Falle einer Maßnahme gleicher Wirkung allein aus seiner Wahl erwachsen, will er vor seiner eigenen Entscheidung geschützt werden. Derartiger Rechtsschutz gegen sich selbst ist dem Betroffenen nach dem dargestellten Grundsatz verwehrt, sodass er für produktbezogene Verkaufsmodalitäten darauf beschränkt ist, gegen den Schwerpunkt der Maßnahme vorzugehen.

Auch aus Gründen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses⁵⁵ muss das Anreizkriterium entscheidend sein. Schutzbedürftig ist hiernach nur derjenige Kläger, der den sachgerechtesten Weg zur Wahrung seiner Rechte wählt.⁵⁶ Auf produktbezogene Verkaufsmodalitäten angewandt heißt dies: Die finanziellen Mehrbelastungen für den Betroffenen folgen aus der Wahl der wirtschaftlich unvernünftigen Alternative und damit allein aus dem Verhalten des Normadressaten. Sie können also sachgerecht

53 Als allgemeiner Grundsatz bezeichnet von *EuGH* verb. Rs. C-104/89 und C-37/90 (*Mulder/Rat und Kommission*) Slg. 1992, I- 3061 (Rn. 33 f.); *EuGH* verb. Rs. C-46-48/93 (*Brasserie du pêcheur und Factortame*) Slg. 1996, I-1029 (Rn. 85).

54 Vgl. *Ehlers* in *Ehlers/Schoch* Rechtsschutz im Öffentlichen Recht 2009, § 21 Rn. 45.

55 Vgl. nur *EuGH* Rs. 7/61 (*Kommission/Italien*) Slg. 1961, 693 (715 f.); *EuGH* Rs. 26/69 (*Kommission/Frankreich*) Slg. 1970, 565 (Rn. 9/10 f.).

56 *Middeke* in *Rengeling/Middeke/Gellermann* Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union 2. Aufl. (2003), § 9 Rn. 22.

nur dadurch vermieden werden, dass der Betroffene eine andere Entscheidung fällt. Schutzwürdig ist er daher nur insoweit, als er sich gegen den Regelungsinhalt einer Maßnahme zur Wehr setzt, der sich nach seinen konkreten Umständen wirtschaftlich am sinnvollsten ausführen lässt.

Die mitunter als begriffsjuristisch kritisierte⁵⁷ Differenzierung produktbezogene Maßnahme – Verkaufsmodalität ist unter Zugrundelegung der vorgestellten Theorie in der Lage, den Telos der Warenverkehrsfreiheit vollständig zur Entfaltung zu bringen. Denn unabhängig vom bloßen Wortsinn bestimmt sie den einer Maßnahme zugehörigen Schutzstandard von deren wirtschaftlichen Auswirkungen her. Gerade wenn sowohl ein bedeutsamer Anreiz zur Produktänderung als auch zur Unterwerfung unter die Verkaufsmodalitätenregelung besteht, erfolgt die Einordnung nicht anhand der Begrifflichkeiten des mitunter konturschwachen Gegensatzpaares produktbezogene Maßnahme – Verkaufsmodalität. Vielmehr gewährleistet die wirtschaftliche Betrachtungsweise, dass die Maßnahme nur dann dem Beschränkungsverbot unterworfen wird, wenn sie tatsächlich überwiegend marktzugangshindernd wirkt. Anders als unter Zugrundelegung eines schlichten Marktzugangskriteriums ist hierbei entscheidend, welcher der beiden Anreize überwiegt. Ein den Sinn und Zweck der *Keck*-Rechtsprechung unterminierender Marktzugangstest, der in einer wesentlich breiteren Anwendung des Beschränkungsverbots zu münden droht, wird dadurch gerade vermieden.

Die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität vermag auf diese Weise den binnenmarktbezogenen Sinn und Zweck des Art. 34 AEUV zur Geltung zu bringen, ohne dessen Grenzen zu überschreiten.

VII. Mögliche Kritik

Auch gegen ein solches Vorgehen scheinen jedoch Einwände denkbar.

1. Schutz wirtschaftlich unvernünftigen Handelns

Einen beachtenswerten Anknüpfungspunkt bietet etwa Art. 16 Grundrechtecharta, der die unternehmerische Freiheit gewährleistet.⁵⁸ Die wirtschaftlich unvernünftige Entscheidung wird durch diese Vorschrift ebenso geschützt wie ihr sinnvolles Gegenstück; dass der wirtschaftlich unvernünftig Handelnde scheinbar schlechter gestellt werden soll, mutet problematisch an.

Leicht wird indes übersehen, dass die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität eine unterschiedliche Behandlung der Normadressaten nicht verlangt: Die Qualifikation als produktbezogen oder Verkaufsmodalität richtet sich stets nach dem Schwerpunkt der Maßnahme. In gleich gelagerten Konstellationen erhält deshalb je-

⁵⁷ *Leible/T. Streinz* (Fn. 1), Art. 34 AEUV Rn. 81.

⁵⁸ Vgl. *Bernsdorff* in Meyer 3. Aufl., Art. 16 Rn. 11 ff.; *Jarass* 1. Aufl., Art. 16 Rn. 7 ff.

der Betroffene, unabhängig davon, für welchen Anreiz er sich entschieden hat, Schutz gegen den größeren. Selbst wenn ein Normadressat dem geringeren Anreiz folgen sollte, steht ihm nach der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität Rechtsschutz gegen die Kosten zu, die durch die staatliche Maßnahme und nicht durch seine Entscheidung entstanden sind. Rechtsschutz gegen die Kosten der wirtschaftlich sinnvollen Alternative kann aber auch der erlangen, der dem größeren Anreiz gefolgt ist. Unter vergleichbaren Umständen erhalten Normbetroffene also unabhängig davon, welche Entscheidung sie getroffen haben, entweder beide Schutz im Rahmen des Beschränkungsverbots oder unterfallen beide dem Diskriminierungsverbot. Eine Differenzierung ergibt sich damit gerade nicht.

Würde man hingegen dem wirtschaftlich Unvernünftigen auch Rechtsschutz gegen die selbst verschuldeten Mehrkosten zubilligen, wäre der wirtschaftlich Handelnde schlechter gestellt – ein Ergebnis, das Art. 16 Grundrechtecharta zuwiderliefe. Der dargestellte Einwand greift daher nicht.

2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Kritik scheint auch an der stark wirtschaftlichen Betrachtungsweise denkbar, die der dargestellten Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität zugrundeliegt.⁵⁹ Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Annahme eines rein wirtschaftlich vermittelten Produktbezugs ebenso beanstandet werden wie die Bestimmung des Maßnahmeschwerpunkts unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Zutreffend ist, dass der *EuGH* Rechtsnormen anzuwenden hat; wirtschaftlichen Theorien ist er nicht verpflichtet. Richtig ist hingegen auch, dass der Gerichtshof Normen von ihrem Sinn und Zweck her auszulegen hat. Wenn aber Art. 34 AEUV gerade auch der Verringerung von Transaktionskosten dient,⁶⁰ dann ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht mehr als die teleologische Auslegung der Norm.

3. Schwierige Tatsachenfragen

Schon der *Keck*-Entscheidung war entgegengehalten worden, sie würde den *EuGH* mit schwierigen Tatsachenfragen überfordern.⁶¹ Die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität erfordert zusätzliche wirtschaftliche Parameter zur Anreizbestimmung – das Argument ließe sich also auch hier in Stellung bringen.

Gleichwohl ist zweierlei zu beachten: Zum einen sind solche Tatsachenfragen unter der Geltung der hier vorgeschlagenen Ansicht Sache des nationalen Gerichts und von

59 Siehe nur die bei *EuGH* Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*) EuZW 2009, 173 (Rn. 28) wiedergegebenen Bedenken der Republik Zypern gegen die Einführung eines „im Wesentlichen wirtschaftlichen“ Kriteriums.

60 *Kilian* Europäisches Wirtschaftsrecht 4. Aufl. (2010), Rn. 242; zur sozio-ökonomischen Grundlage *Chalmers* Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the *Keck* Judgement ELRev 1994, S. 385 (392 ff.).

61 Siehe dazu oben Abschnitt III.

diesem zu klären.⁶² Der *EuGH* beschränkt sich in seiner Entscheidung auf die in Art. 267 AEUV genannten Rechtsfragen.⁶³ Zum anderen gilt das Hauptaugenmerk der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität der Rechtssicherheit: Mithilfe einer dogmatisch konsistenten Struktur soll bei bekannten Tatsachen erreicht werden, dass die Entscheidungen des Gerichtshofs prognostizierbar sind. Eventuelle Probleme bei der Faktenermittlung, die sich etwa durch Beiziehung von Sachverständigen beseitigen lassen, werden durch den wesentlichen Beitrag, den die Theorie zur Rechtssicherheit leistet, bei weitem aufgewogen: Schließlich lassen sich Schwierigkeiten bei der Rechtssicherheit, anders als solche bei der Beweiserhebung, nicht allein durch Mehraufwand beseitigen.

4. Trennung der Maßnahmeteile

Als Gegenvorschlag wäre allerdings denkbar, die beiden Teile produktbezogener Verkaufsmodalitäten getrennt zu behandeln, den produktbezogenen Part also der *Dassonville*-Formel, den Verkaufsmodalitäten-Anteil der *Keck*-Rechtsprechung zu unterwerfen.⁶⁴ Ein so stark formalistischer Ansatz ginge indes zu weit, weil sich die beiden Maßnahmeteile gegenseitig bedingen und ihrer Konzeption nach nur im Zusammenwirken Sinn entfalten.⁶⁵ Probleme ergäben sich nicht nur bei den jeweiligen Verhältnismäßigkeitsprüfungen, sondern auch daraus, dass angesichts zweier Bewertungen nur einer Maßnahme kaum rechtliche Konsistenz zu erreichen wäre.⁶⁶

5. Rechtssicherheit

Kritisch scheint auch, dass die wirtschaftliche Herangehensweise eine Einzelfallbetrachtung notwendig macht, die scheinbar die Präzedenzwirkung von *EuGH*-Urteilen vermindert und die Rechtssicherheit einschränkt. Freilich darf nicht übersehen werden, dass die dargestellte Theorie im Gegensatz zu den Begründungen des Gerichtshofs ein konsistentes, unterschiedslos anwendbares Abgrenzungskriterium bietet, mit dem sich bei Kenntnis der konkreten Umstände der zu erwartende Urteilsspruch zuverlässig vorhersagen lässt. Die etwa mit der Unbestimmtheit des Marktzugangskriteriums verbundenen Probleme im Hinblick auf die Rechtssicherheit treten hier gerade nicht auf, zumal es sich nach der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität hierbei um Tatsachenfragen handelt, die von den nationalen Gerichten zu klären sind.

62 *Frenz* Handbuch Europarecht V 2010, Rn. 3273 Fn. 115.

63 Vgl. *Middeke* (Fn. 56), § 10 Rn. 37 und *EuGH* Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte ABl. EG 2005 Nr. C 143, S. 1 (Rn. 5).

64 *Ebricke* Das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis und Gemeinschaftsrecht WuW 1994, S. 108 (113 f.).

65 Die Einheitlichkeit der Regelung betont auch *Solbach* (Fn. 46), S. 173 ff.

66 Gegen eine „künstliche Aufsplitterung“ *Keßler* (Fn. 46), S. 150; kritisch auch *Rotb* Anmerkung zu *EuGH* verb. Rs. C 267-268/91 (*Keck* und *Mithouard*) und C-292/92 (*Hünernmund*) CMLRev 1994, 845 (852).

VIII. Zusammenfassung

Neben diesen abstrakten Erwägungen zur Anwendbarkeit der Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität ist der praktische Gesichtspunkt bedeutsam, dass sich mithilfe des Anreizkriteriums auch in Sonderkonstellationen wie beispielsweise den eingangs dargestellten transparent begründbare Ergebnisse erzielen lassen.

1. Anwendung auf die eingangs genannten Fälle

Für den Fall *Morellato* lässt sich festhalten, dass die nationale Regelung, die das Verpacken des Brots gleich nach dem Aufbacken vorschreibt, als Verkaufsmodalität einzuordnen ist. Zwar setzt sie auch den Anreiz, das Produkt so zu ändern, dass diese Regelung nicht mehr greift, indem die Betroffenen auf wirkliches Backen statt Aufbacken ausweichen; doch gleichzeitig kann diese Umgehungserwägung den Verkaufsmodalitätenanreiz nicht überwiegen – viel zu hoch wären die Umstellungskosten und viel zu gering ist im Verhältnis dazu der Aufwand der sofortigen Verpackung. Damit ist durch das Überwiegen des Verkaufsmodalitätenanreizes das Diskriminierungsverbot einschlägig.

Schwieriger ist die Zuordnung im Fall *Alfa Vita Vassilopoulos*. Hier wird durch das Gesetz der Anreiz gesetzt, sich der Regelung zu unterwerfen und den Mehraufwand zu tätigen, indem man die zusätzlichen Räumlichkeiten und deren Spezialausstattung bereitstellt und die offizielle Genehmigung beantragt. Andererseits wird gleichzeitig ein Umgehungsanreiz gesetzt, der darin besteht, die Produktion zum Beispiel auf frisch gebackenes Brot umzustellen – hierbei sind zwar die gleichen räumlichen Anforderungen nötig, doch kann frisches Brot leichter und zu einem höheren Preis abgesetzt werden. Problematisch dabei ist jedoch, dass die Eigenherstellung von Backwerk gewisse Kenntnisse voraussetzt, die eben beim bloßen Aufbacken nicht notwendig sind und sich auch in den Lohnkosten niederschlagen; insbesondere dieser Kostenfaktor macht den wirtschaftlichen Vorteil aus und ist damit grundlegend für das Geschäftsmodell. Deswegen wird sich der mitdenkende Adressat gegen eine Umstellung und für eine Erhaltung der Aufbackstationen entscheiden. Diese können zwar nicht mehr so viel Gewinn generieren wie vorher, da höhere Fixkosten zu bestreiten sind. Bei einer Produktionsumstellung würden aber langfristig dadurch höhere Kosten generiert, dass die Ersparnis der zentralen Herstellung und nur lokalen Fertigstellung wegfielen. Damit müsste die Regelung im Unterschied zur Entscheidung des *EuGH* dem Diskriminierungsverbot unterworfen werden, weil auch hier der Verkaufsmodalitätenanteil der Regelung überwiegt.

Im Fall *Dynamic Medien* stellt sich das Ergebnis wie folgt dar: Die staatliche Maßnahme setzt den Anreiz, das Produkt zu ändern. Dies könnte entweder durch eine Beseitigung der jugendgefährdenden Stellen oder durch eine Kennzeichnung nach erfolgter nationaler Jugendschutzprüfung geschehen. Der Verkaufsmodalitätenanreiz hingegen besteht in einer Verkaufsstellenregelung: Ändert das Unternehmen sein Produkt nicht, so kann es selbiges nur eingeschränkt, zumindest nicht für Jugendliche zugänglich absetzen. Fraglich ist nun, welcher Anreiz hier überwiegt;

ausschlaggebend sind die wirtschaftlichen Folgen für das Unternehmen. Da ausländische Unternehmen zumeist nur über den Versand ein breites Publikum erreichen können, würde das Verbot des Versandhandels für sie den wirtschaftlichen Zusammenbruch bedeuten. Zwar könnte das Verbot des Absatzes an Jugendliche faktisch auf eine Sperrung des Versandhandels hinauslaufen, angesichts der bestehenden, wenig kostenintensiven Möglichkeiten zur Empfängerkontrolle durch den Postdienstleister sind derartige Befürchtungen aber wohl unbegründet. Fraglich ist insoweit nur, ob der wirtschaftliche Anreiz der Mehrkosten des Versands oder der Anreiz der Kosten der Prüfung und der anschließenden Kennzeichnung überwiegt. Für eine Beurteilung des Sachverhalts stehen nur die in der Entscheidung wiedergegebenen Informationen zur Verfügung, an dieser Stelle bleibt der Tatsachenvortrag allerdings oberflächlich. Gleichwohl ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen, dass gerade bei hohen Absatzmengen die erneute Kennzeichnung die ökonomisch günstigere Handlungsalternative darstellt. Deswegen wird das Unternehmen die relativ billigere Produktänderung wählen. Damit müsste diese Maßnahme – im Gegensatz zur Entscheidung des *EuGH* – an dem Beschränkungsverbot gemessen werden.

Für den Fall *Kommission/Italien* können, auch wenn es sich hierbei um Benutzungsmodalitäten handelt, keine anderen Grundsätze gelten. Hier liegt mit dem Verbot der Benutzung von Anhängern für Kleinkrafträder ein Verbot einer Produktart vor. Wirtschaftlich ist die Produktionsumstellung die einzig sinnvolle Alternative, soweit man weiterhin auf diesem Markt Waren verkaufen möchte: Wenn man seine Anhänger nicht auf andere Zugmaschinen ausrichtet, entfällt die Absatzmöglichkeit; gleichzeitig bereitet die Umstellung verhältnismäßig wenig wirtschaftlichen Aufwand, da die Produktion der anderen Anhängerarten wesensgleich ist. Damit ist hier das Beschränkungsverbot einschlägig; zum gleichen Ergebnis gelangte auch der *EuGH* in seinem Urteil.

Der Anreiz der Verkaufsmodalität, der von der nationalen Regelung im Fall *Mickelson* und *Roos* ausgeht, liegt in der Fortführung des Geschäfts trotz Veränderung des Markts und damit in der Duldung der durch die eingeschränkte Nutzbarkeit bedingten Mindererlöse. Der Anreiz zur Produktänderung besteht darin, Wasserfahrzeuge herzustellen, die nicht unter die nationale Regelung fallen; dies ist mit einem hohen finanziellen Aufwand verbunden. Allerdings ist dieser Anreiz der überwiegende, da die vorliegende nationale Regelung kaum Anwendungsraum für die betroffenen Produkte lässt; somit bricht der Markt für diese vollkommen ein. Deswegen ist hier das Beschränkungsverbot einschlägig.

Ein wesentlicher Unterschied in der Bewertung würde sich jedoch dann ergeben, wenn die nationale Regelung den Anwendungsbereich der Wassermotorräder nur verkleinern würde; denn dann kann es passieren, dass die verbliebenen Absatzmöglichkeiten den Umstellungsanreiz überwiegen, dass es also für den Unternehmer wirtschaftlich sinnvoller ist, die drohenden Einbußen hinzunehmen, als eine teurere Umstellung zu vollziehen. Eine solche bringt nämlich nicht nur Kosten mit sich, sondern auch große Unsicherheit, zumal ein unter Umständen völlig neuer Markt er-

kämpft werden muss, wenn keine wesensgleichen Produkte vorliegen, bei denen an den bisherigen Leumund des Unternehmens angeknüpft werden kann.

2. Fazit

Schon aus den vorgenannten Beispielen wird deutlich: Die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität zeigt einen Weg auf, die Rechtsprechung des *EuGH* an den Schnittstellen von Produktbezug und Verkaufsmodalität zu erklären. Weder fordert sie ein Abgehen von der Differenzierung nach Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot zugunsten eines Marktzugangstests, noch stellt sie die bestehende Dogmatik vollkommen auf den Kopf.

Die zugrundeliegende wirtschaftliche Betrachtungsweise ermöglicht vielmehr eine Einordnung staatlicher Maßnahmen entsprechend ihrer Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Wenn nach dem Sinn und Zweck des Art. 34 AEUV wegen einer wirtschaftlichen Behinderung des Marktzugangs die Anwendung eines Beschränkungsverbots angezeigt ist, bedingt sie diese auch. Umgekehrt vermeidet sie, anders als ein Marktzugangstest, das Beschränkungsverbot undifferenziert auszudehnen, sondern bringt, dem Telos der Warenverkehrsfreiheit gemäß, ein Diskriminierungsverbot zur Anwendung. Zwar führt sie deswegen regelmäßig zu Ergebnissen, die denen des *EuGH* entsprechen. Aber anders als die in den Fällen produktbezogener Verkaufsmodalitäten oft beliebig und begriffsjuristisch erscheinende Argumentation des Gerichtshofs ruht sie auf einem transparenten dogmatischen Fundament. Weil die Theorie von der produktbezogenen Verkaufsmodalität offenlegt, nach welchen Kriterien Maßnahmen in das Schema *Dassonville – Keck* eingeordnet werden müssen, um den Ergebnissen des *EuGH* zu entsprechen und dem Telos der Warenverkehrsfreiheit voll gerecht zu werden, vermag sie die Entscheidungen des Gerichtshofs auch in Grenzfällen prognostizierbar zu machen. Selbst wenn die Anwendung des Anreizkriteriums aufwändig ist und eine eingehende, wirtschaftliche Untersuchung erfordert, hat die dargestellte Auffassung doch das Potenzial, die bedenkliche Situation der Rechtsunsicherheit im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nachhaltig zu beseitigen. Es wäre an der Zeit.