



SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT
Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

Lena-Marie Adam

§ 128a ZPO – eine Norm mit einer besonderen Geschichte

Dipl.-Jur. Linus Wendler

Die lauterkeitsrechtliche Regulierung des Verkaufs unterschiedlicher Produktqualitäten unter derselben Marke („dual quality“) und ihr Verhältnis zur Qualitätsfunktion der Marke

Studium und Didaktik

Dr. Christopher Salm

Praktikum oder Referendarstation im Ausland?
– Ein Reisebericht aus Estland

Rezension und Varia

Richterin Dr. Anna Pohl

Berufsbild Richter*in

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Brönneke|Föhlich|Tonner, Das neue Schuldrecht

Unterstützt durch:



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE
FAKULTÄT
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater



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

ISBN 978-3-946851-49-3

ISSN 2749-9766

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag Alma Mater. 2022
www.verlag-alma-mater.de

Druck und Bindung: Conte, St. Ingbert

Saarbrücker Rechtszeitschrift



Herausgegeben von

Veris-Pascal Heintz

Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Matthias Michael Thielen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität des Saarlandes

AUSGABE 1
SAARBRÜCKEN 2022

Vorwort der Herausgeber

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen die erste Ausgabe im Jahrgang 2022 der Saarbrücker Rechtszeitschrift präsentieren zu dürfen, die mit zahlreichen spannenden Beiträgen aufwarten kann:

Zunächst widmet sich *Lena-Marie Adam* in ihrem Beitrag der Entwicklungsgeschichte des § 128a ZPO. Vom In-Kraft-treten im Jahr 2002 bis zum Erwachen der Norm aus ihrem 18-jährigen „Dornröschenschlaf“¹ im Zuge der Corona-Pandemie 2020, zeichnet die Verfasserin die wichtigsten Wegmarken auf der historischen Entwicklung nach und erläutert weshalb § 128a ZPO in Wissenschaft und Praxis derzeit so intensiv diskutiert wird.

Mit der Doppelqualität von Waren trotz identischer Vermarktung und der lauterkeitsrechtlichen Lösung dieses als „dual quality“ bekannten Problems befasst sich *Linus Wendler* in seinem umfangreichen Aufsatz. Dabei setzt er sich kritisch mit den europarechtlichen Antworten des Richtliniengebers und den Umsetzungen auf nationaler Ebene auseinander, die solchen Ungleichbehandlungen von Verbrauchern Einhalt gebieten sollen.

Christopher Salm gibt in einem Reisebericht einen spannenden Einblick in seine Referendarstation in einer Anwaltskanzlei in Tallinn (Estland) und ermutigt dazu, die eigene Komfortzone zu verlassen und ein Abenteuer im Ausland zu wagen.

Wir freuen uns zudem sehr, dass mit *Anna Pohl* eine Richterin über ihren Beruf, den Weg dorthin und ihre Faszination für dieses Berufsbild berichtet.

Den Autorinnen und Autoren dieser Ausgabe danken wir herzlich für ihre Beiträge und wünschen unseren Leserinnen und Lesern viel Spaß bei der Lektüre!

¹ *Windau*, AnwBl 2021, 26 (26); vgl. S. 8.



Veris-Pascal Heintz



Matthias Michael Thielen

INHALTSVERZEICHNIS

AUFSÄTZE

Lena-Marie Adam

§ 128a ZPO – eine Norm mit einer besonderen Geschichte 1

Dipl.-Jur. Linus Wendler

Die lauterkeitsrechtliche Regulierung des Verkaufs unterschiedlicher Produktqualitäten unter derselben Marke („dual quality“) und ihr Verhältnis zur Qualitätsfunktion der Marke 15

STUDIUM UND DIDAKTIK

Dr. Christopher Salm

**Praktikum oder Referendarstation im Ausland?
– Ein Reisebericht aus Estland** 43

REZENSION UND VARIA

Richterin Dr. Anna Pohl

Berufsbild Richter*in 53

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

Brönneke|Föhlich|Tonner, Das neue Schuldrecht 59

§ 128a ZPO – eine Norm mit einer besonderen Geschichte

A) Ausgangsüberlegung

Die Digitalisierung hält seit vielen Jahren zunehmend Einzug in viele unserer Lebensbereiche. Dies ist auch im Bereich der Justiz erkennbar. Beispielsweise ist ab dem 01.01.2026 die elektronische Aktenführung bei neu angelegten Verfahren sowohl im Zivilprozess (§ 298a Abs. 1 ZPO) als auch im Strafprozess (§ 32 Abs. 1 StPO) und im Verwaltungsprozess (§ 55b Abs. 1a Satz 1 VwGO) vorgeschrieben.

Ein weiteres Ergebnis der zunehmenden Digitalisierung ist die gesetzliche Möglichkeit, Verfahrenshandlungen im Wege der Bild- und Tonübertragung durchzuführen und zu übertragen. Dies sieht § 128a ZPO für den Zivilprozess vor. Die Norm steht im dritten Abschnitt der ZPO – dieser trifft allgemeine Regelungen zum Verfahren. Aufgrund dessen ist § 128a ZPO eine für alle Verfahren der ZPO¹ und alle Instanzen geltende Norm.² Über Verweisungsnormen wie z.B. § 173 Satz 1 VwGO, § 202 SGG und § 155 Satz 1 FGO erlangte § 128a ZPO auch für andere Gerichtsbarkeiten Bedeutung.³ Seit 2013 finden sich in den Normen § 102a VwGO, § 110a SGG und § 91a FGO eigene Regelungen zum Einsatz von Videokonferenztechnik, in denen der Inhalt des § 128a ZPO weitestgehend wortgleich übernommen wurde.

Dennoch fristete die Norm des § 128a ZPO lange ein „Schattendasein“⁴. Köbler, der Präsident des Landgerichts Darmstadt, bezeichnete sie in Bezug auf ihre geringe Wirkungskraft bis vor wenigen Jahren als „schlummernde Vorschrift“⁵.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften im siebten Semester an der Universität des Saarlandes. Zudem ist sie studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Rechtsinformatik von Herrn Prof. Dr.-Ing. Christoph Sorge sowie am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht von Herrn Prof. Dr. Christoph Gröpl.

¹ Mantz/Spoenle, Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, 637 (638/639); Windau, Gerichtsverhandlung per Videokonferenz: Keine Angst vor § 128a ZPO, AnwBl 2021, 26 (26).

² Schultzky/Greger, in: Zöllner, ZPO, 33. Auflage, Köln 2020, Vor § 128 ZPO, Rn. 1.

³ Vgl. auch Prütting, § 128a ZPO, Rn. 1, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 13. Auflage, Hürth 2021.

⁴ So Spoenle, Zur Aufzeichnung von Aussagen in der Videoverhandlung, RD 2021, 231 (231); ebenso Resch/Erden, Videoverhandlung im Biergarten? – Anforderungen an den „anderen Ort“ in § 128a Abs. 1 ZPO, jM 2022, 46 (46).

⁵ Köbler, § 128a ZPO – eine schlummernde Vorschrift wird entdeckt und hat sofort

Warum diese Beschreibung der Norm möglicherweise zutreffend ist oder war und welche außergewöhnliche und zugleich merkwürdige Geschichte § 128a ZPO bei genauer Betrachtung aufweist, soll in diesem Beitrag näher dargestellt werden.

B) Anmerkungen zu Inhalt und Struktur des § 128a ZPO

Zunächst wird § 128a ZPO in der aktuell geltenden Fassung (Februar 2022) vorgestellt:

- (1) ¹Das Gericht kann den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. ²Die Verhandlung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.
- (2) ¹Das Gericht kann auf Antrag gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. ²Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. ³Ist Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach Absatz 1 Satz 1 gestattet worden, sich an einem anderen Ort aufzuhalten, so wird die Vernehmung auch an diesen Ort übertragen.
- (3) ¹Die Übertragung wird nicht aufgezeichnet. ²Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 sind unanfechtbar.

§ 128a ZPO regelt als Ausnahme zu § 128 Abs. 1 ZPO⁶ die Möglichkeit, die mündliche Verhandlung oder eine Beweisaufnahme als Videokonferenz durchzuführen.

Absatz 1 lockert somit das Erfordernis körperlicher Präsenz einer oder beider Parteien in einer mündlichen Verhandlung und hat damit Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz.⁷ Im Ergebnis ermöglicht Abs. 1, dass das Gericht den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten kann, sich während der mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Verhandlung wird dann

Reformbedarf, in: Elektronischer Rechtsverkehr, Nachholbedarf bei der Digitalisierung, hrsg. von Viefhues, Wolfram, 2021, S. 6; vgl. dazu auch die Formulierung „Schlafende Normen – und wie wir sie wecken“ in Schreiber, Die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Betrifft Justiz Nr. 142, Juni 2020, S. 268.

⁶ Vgl. dazu Gerken, § 128a, Rn. 1, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., Berlin 2013; Hk-ZPO/Wöstmann, hrsg. von Saenger, 8. Auflage, Baden-Baden 2019, § 128a ZPO, Rn. 1.

⁷ Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, Köln 2020, § 128a ZPO, Rn. 1; Prütting (Fn. 3), § 128a ZPO, Rn. 3.

zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.

Während Absatz 1 somit Regelungen zum Aufenthalt der Parteien und deren Bevollmächtigten bzw. Beiständen für den Prozessverlauf trifft, regelt Absatz 2 die Vernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung. Dieser Absatz gehört daher systematisch zum Recht der Beweisaufnahme.⁸ So sieht § 128a Abs. 2 ZPO vor, dass das Gericht Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei auf Antrag gestatten kann, sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufzuhalten. Diese Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. Gemäß § 128a Abs. 2 Satz 3 ZPO wird diese Vernehmung sogar an den Ort übertragen, an dem sich die Parteien, ihre Bevollmächtigten und Beistände aufhalten, wenn ihnen nach Abs. 1 Satz 1 gestattet wurde, die Verhandlung an einem anderen Ort zu verfolgen.

Wichtig ist jedoch, dass sich durch § 128a Abs. 1 und 2 ZPO nicht der Sitzungsort des Gerichts ändert; das Gericht hat weiterhin im Sitzungssaal anwesend zu sein.⁹

§ 128a Abs. 3 ZPO verbietet in Satz 1 die Aufzeichnung der Übertragung. In Satz 2 wird zudem festgelegt, dass die Entscheidungen des Gerichts nach Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 unanfechtbar sind.

C) Die Entwicklungsgeschichte des § 128a ZPO

I. Erstmalige Einführung

§ 128a ZPO wurde durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 mit Wirkung zum 01. Januar 2002 eingeführt.¹⁰ Mit diesem Gesetz sollte „der Zivilprozess durch eine grundlegende Strukturreform bürgernäher, effizienter und transparenter“¹¹ gestaltet werden. Ziel der Einführung des § 128a ZPO war konkret, den Einsatz moderner Kommunikationstechniken zu ermöglichen und zu fördern.¹² Daneben sollte die Norm Prozessbeteiligten Reisekosten und Zeitaufwand ersparen

⁸ Greger (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1; Stadler, § 128a ZPO, Rn. 1, in: Musielak/Voit, ZPO Kommentar, 18. Auflage, München 2021.

⁹ Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 79. Aufl., München 2021, § 128a, Rn. 1; Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

¹⁰ BGBl. 2001, I 1887; vgl. dazu auch Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Steuerrecht und Zivilprozessrecht, Band 13, Frankfurt am Main 2004, S. 26.

¹¹ BT-Drs.14/4722, S. 1.

¹² Leibold, § 128a, Rn. 1, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 3, 22. Aufl., Tübingen 2005; Nissen (Fn. 10), S. 26; Stadler (Fn. 8), § 128a ZPO, Rn. 1.

sowie die Prozessökonomie verbessern. Insgesamt sollte mithilfe der Videokonferenztechnik eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden.¹³

1. Vergleich der Normfassungen

Bereits in der Fassung von 2001 war die heutige Struktur der Norm im Wesentlichen niedergelegt. So gestattete Absatz 1 die mündliche Verhandlung in physischer Abwesenheit einer oder beider Parteien. Absatz 2 ermöglichte die Beweisaufnahme durch Videokonferenzsysteme und Absatz 3 sah auch 2001 schon vor, dass die Übertragung nicht aufgezeichnet wird. Insoweit war der Aufbau der Normfassungen von 2001 und von heute identisch.

Allerdings war in der Fassung von 2001 in Absatz 1 und in Absatz 2 das Einverständnis der Parteien erforderlich. Sowohl die Durchführung der mündlichen Verhandlung als auch die Durchführung der Vernehmung mittels Videokonferenz waren also vom Einverständnis aller Parteien abhängig. Damit sollte dem Persönlichkeitsschutz der Parteien Rechnung getragen werden.¹⁴ Das Einverständnis konnte dabei ausdrücklich oder konkludent erklärt werden, allerdings durfte es vom Gericht nicht ohne Anhaltspunkte unterstellt werden.¹⁵

Hierin besteht ein zentraler Unterschied zu der heutigen Fassung, die das Einverständnis der Parteien nicht mehr erfordert.¹⁶

2. Praktische Bedeutung des § 128a ZPO

Angesichts der Vorteile, die die Norm schon seit zwei Jahrzehnten anbietet, wäre eine rege Nutzung durch die Gerichte an sich naheliegend. Eine Analyse zeigt jedoch diametral das Gegenteil: Die Bedeutung der Norm ging lange Zeit gegen null¹⁷, nur wenige Gerichte haben zunächst davon Gebrauch gemacht.¹⁸ Ein großes Problem war der Mangel an geeigneter technischer Ausstattung.¹⁹ An den deutschen Gerichten war eine fehlende oder unzulängliche Technikausrüstung der Regelfall.

¹³ BT-Drs. 17/12418, S. 14, 16; Fritsche, in: Münchener Kommentar, ZPO, Band 1, 6. Aufl., München 2020, § 128a ZPO, Rn. 1, 10; Greger (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1.

¹⁴ Nissen (Fn. 10), S. 39.

¹⁵ Schultzy, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, 313 (315).

¹⁶ Vgl. zum Wegfall der Notwendigkeit des Einverständnisses der Parteien auch Windau, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Praxisorientierte Überlegungen zu Gegenwartsproblemen des Zivilprozessrechts, NJW 2020, 2753 (2753).

¹⁷ Vgl. dazu Fries, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO?, GVRZ 2/2020, 27 (27); so bereits auch Nissen (Fn. 10), S. 26.

¹⁸ Köbler (Fn. 5), S. 6; Spoenle (Fn. 4), RDt 2021, 231 (231).

¹⁹ Dazu und zum Folgenden Fries (Fn. 17), GVRZ 2/2020, 27 (27).

Gleiches galt für Justizbehörden und Anwaltskanzleien.²⁰ Zudem stellte es prozessual eine Hürde dar, dass alle Parteien anfangs ihr Einverständnis zur Nutzung von Videokonferenztechnik erklären mussten.²¹

§ 128a ZPO hat also – wie Prütting es treffend zusammenfasst – nur die rechtlichen, nicht aber die praktischen Voraussetzungen zur Nutzung von Videotechnik geschaffen.²²

3. Verbot der Aufzeichnung (§ 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO)

§ 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO verbietet explizit die Aufzeichnung der Videoübertragung.

Der Gesetzgeber schweigt zu seinen Intentionen, weshalb er dieses Verbot in § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO eingefügt hat.²³ Auch Ziel und Zweck des § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO machen nicht nachvollziehbar, weshalb Videoverhandlungen nach der ZPO nicht aufgezeichnet werden dürfen.²⁴ Auffällig erscheint dies besonders im Hinblick auf die Regelungen in der StPO. Die StPO ermöglicht in §§ 58a, 247a und 136 Abs. 4 StPO ebenfalls den Einsatz von Videokonferenzen bei der Beweisaufnahme von Zeugen und Beschuldigten. Jedoch normiert die StPO ausdrücklich, dass die Vernehmung eines Zeugen in Bild und Ton aufgenommen werden kann oder soll (§ 58a Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO).²⁵ Mit dem Einführungszeitpunkt der jeweiligen Normen können die zuvor skizzierten Unterschiede nicht erklärt werden. Die die Aufzeichnung gestattende Norm in der StPO (§ 58a Abs. 1 StPO) wurde bereits 1998²⁶ und somit vor § 128a ZPO eingeführt. Die StPO war somit die erste aller Prozessordnungen, die eine solche Regelung vorsah.²⁷

²⁰ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 1.

²¹ Vgl. dazu Köbler (Fn. 5), S. 6.

²² Prütting (Fn. 3), § 128a ZPO, Rn. 1.

²³ Vgl. Spoenle (Fn. 4), RD i 2021, 231 (231).

²⁴ Vgl. dazu auch Spoenle (Fn. 4), RD i 2021, 231 (235).

²⁵ Seit 2019 schreibt sie die Aufzeichnung für bestimmte Fälle sogar zwingend vor (vgl. § 58a Abs. 1 Satz 3 StPO). Dies wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019 eingeführt, BGBl. 2019, I 2121.

²⁶ Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes („Zeugenschutzgesetz“), 30. April 1998, BGBl. 1998, I 820.

²⁷ Vgl. dazu auch Nissen (Fn. 10), S. 24.

II. Änderung des § 128a ZPO durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videotechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren

Mit dem Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25. April 2013²⁸ erfuhr § 128a ZPO eine ins Gewicht fallende Änderung. Wie zuvor dargestellt hatte sich der Einsatz von Videokonferenzen in der gerichtlichen Praxis noch nicht entscheidend durchgesetzt.²⁹ Ziel dieses Änderungsgesetzes war es deshalb, die Möglichkeiten der Nutzung von Videokonferenztechnik in den Verfahrensordnungen zu erweitern.³⁰ Dies wurde nicht allein mit einer Änderung des § 128a ZPO umgesetzt. Vielmehr wurde auch § 185 Abs. 1a GVG durch dieses Änderungsgesetz eingeführt. Danach kann das Gericht gestatten, dass sich der Dolmetscher während der Verhandlung, Anhörung oder Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Mit diesen beiden Änderungen sollten die gerichtlichen Verfahrensordnungen umfassend auf die qualitativ hochwertigen technischen Möglichkeiten der Gegenwart ausgerichtet und gleichzeitig Weichen für die Zukunft gestellt werden.³¹ Der Bundesrat verstand diese Gesetzesänderung deshalb als „Serviceangebot im Sinne einer kundenorientierten Justiz“. Ähnlich äußerte sich der Bundestagsabgeordnete Jörg van Essen (MdB) in der dritten Lesung zu diesem Gesetz mit der Aussage, das Gesetz sei ein „weiterer Meilenstein in Richtung einer modernen und wirtschaftlichen Justiz“³².

1. Vergleich der Normfassungen

Mit dem Änderungsgesetz von 2013 blieb die schon seit 2002 vorhandene Struktur des § 128a ZPO weitgehend erhalten. Allerdings wurde eine zentrale Änderung vorgenommen: Das vorher notwendige Einverständnis der Parteien in Absatz 1 und 2 entfiel. Da sich die Anwendung der Videokonferenztechnik bis dahin kaum durchgesetzt hatte, wollte der Gesetzgeber damit ihre Anwendung erleichtern.³³ Das Gericht kann seither also die Nutzung von Videokonferenztechnik auch von Amts wegen anordnen und hat damit bedeutend mehr Spielraum bei der Anwendung von Videokonferenzen im Prozess gewonnen.

²⁸ BGBl. 2013, I 935.

²⁹ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 1.

³⁰ BT-Drs. 17/12418, S. 1.

³¹ Dazu und zum Folgenden BT-Drs. 17/1224, S. 2.

³² BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27661.

³³ *Fritsche* (Fn. 13), § 128a, Rn. 2.

2. Auswirkungen des neuen § 128a ZPO

Doch auch dieses Intensivierungsgesetz brachte nicht den erhofften Erfolg. Nach wie vor war das Prozessrecht der Prozesspraxis bei der Digitalisierung mündlicher Verhandlungen weit voraus.³⁴ Das zeigt sich deutlich daran, dass trotz der Vereinfachung der Anwendung von Bild-Ton-Übertragungen für die Gerichte selbst im Jahr 2020 noch 48,8 % der Anträge auf eine zivilrechtliche Verfahrensdurchführung mittels Bild-Ton-Übertragung in der ersten und zweiten Instanz abgelehnt wurden.³⁵ Der Hauptgrund für die Ablehnung war die fehlende technische Ausstattung.³⁶

Durch die Corona-Pandemie, die seit fast zwei Jahren unseren Alltag beherrscht, hat sich die zuvor skizzierte Ausgangslage jedoch drastisch geändert. In Zeiten von Kontaktbeschränkungen, Social Distancing und Lockdowns war die Nutzung von virtuellen Verhandlungen fast unumgänglich. Gerichte wurden so zu einem Umdenken gezwungen. Nachdem sie anfangs nur Eilfälle behandelten, war die Nutzung von Videokonferenzen die einzige Lösung, um wieder eine Art von Normalbetrieb zu erreichen.³⁷ Aufgrund dessen planen jetzt viele Bundesländer, die versäumte technische Ausstattung der Gerichte nachzuholen.³⁸ Auch einzelne Senate des BGH führen mittlerweile Bild-Ton-Übertragungen durch.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob sich aus § 128a ZPO ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf die Ausstattung der Gerichte mit Videokonferenztechnik ableiten lässt. Früher wurde dazu überwiegend vertreten, dass sich aus dieser Norm kein Anspruch ergebe. Die Justiz könne nicht verpflichtet werden, eine entsprechende technische Ausstattung vorzuhalten. Vielmehr komme ihr ein Gestaltungsspielraum zu.³⁹

Jedoch halten viele Autoren insbesondere aktueller Beiträge diese Ansicht nicht mehr für überzeugend. So wird inzwischen vielfach vertreten, dass sich aus der Norm doch ein Anspruch jedenfalls auf eine Verfügbarkeit von Videokonferenztechnik ergibt.⁴⁰ Dies wird u.a. damit begründet, dass der Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz *expressis verbis* den Einsatz dieser Technik fördern wollte.⁴¹ Dies

³⁴ *Windau* (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

³⁵ *Schlicht/Hautli*, Ablehnungen von Videoverhandlungen: Eine Analyse von 3.000 „Dieselverfahren“, <https://www.zpoblog.de/hautli-schlicht-ablehnung-videoverhandlungen-128a-zpo-dieselverfahren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

³⁶ *Schlicht/Hautli* (Fn. 35).

³⁷ Vgl. dazu *Klasen*, jurisPK-ERV, Band 2, 1. Aufl., Stand: 2021, § 128a ZPO, Rn. 13.

³⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Windau* (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2753).

³⁹ *Greger* (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1; *Hk-ZPO/Wöstmann* (Fn. 6), § 128a ZPO, Rn. 1.

⁴⁰ *Klasen* (Fn. 37), § 128a, Rn. 7 ff.; *Windau* (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2755 ff.).

⁴¹ *Klasen* (Fn. 37), § 128a, Rn. 7.2.

setzt voraus, dass die Gerichte grundsätzlich über eine entsprechende technische Ausstattung verfügen.

Im Ergebnis hat erst die Corona-Pandemie § 128a ZPO aus seinem „Dornröschenschlaf“⁴² geweckt und dabei „die bisherige Dunkelnorm ins helle Licht gerückt“⁴³. Somit kann festgehalten werden, dass insbesondere die Pandemie zu einem Digitalisierungsschub in der Justiz geführt hat.⁴⁴

3. Besonderheiten des Artikel 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren

Ein Aspekt, der in der Historie des § 128a ZPO besonders auffällt, ist Art. 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren. Dieser am Ende des Gesetzes eingefügte Artikel enthält eine Verordnungsermächtigung, die nähere Umsetzungsbestimmungen beinhaltet. Diese Verordnungsermächtigung ermächtigt zu einem Moratorium⁴⁵, also zu einem gesetzlich normierten Aufschub. Sie besagt konkret, dass die Landesregierungen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung regeln können, dass die Bestimmungen über Bild- und Tonübertragungen in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren u.a. nach § 128a ZPO ganz oder teilweise bis längstens zum 31. Dezember 2017 keine Anwendung finden.

Diese Ermächtigung verwundert sowohl in konzeptioneller als auch in strategischer Hinsicht.

a) Sinn und Zweck der Verordnungsermächtigung

Hauptgrund für diese Verordnungsermächtigung war die finanzielle Belastung der Länder, die durch die Ausstattung der Gerichte mit entsprechenden technischen Geräten entstand.⁴⁶ Denn der Erwerb dieser Ausrüstung zur angemessenen Umsetzung des § 128a ZPO bürdete dem jeweiligen Land ins Gewicht fallende Kosten auf. Der Bundesrat schätzte im Jahr 2010 die Kosten pro Erwerb einer Videokonferenzanlage

⁴² Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

⁴³ So die entsprechende Formulierung von Windau (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2753).

⁴⁴ Dazu auch Müller/Windau, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, 332.

⁴⁵ Schreiber (Fn. 5), Betrifft Justiz Nr. 142, Juni 2020, S. 269.

⁴⁶ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 2 f.; Fritsche (Fn. 13), § 128a, Fn. 9.

auf 5.000 € bis 12.000 €. ⁴⁷ Hinzuzurechnen seien die Kosten für die Bereitstellung von Leitungen und Anschlüssen. Nicht zu vernachlässigen seien zusätzlich die erhöhten Personalkosten, da für eine Bedienung und Wartung der Anlagen technisch geschultes Personal erforderlich sei. ⁴⁸ Diese Ausstattung der Gerichte setzte für jedes Bundesland nicht unerhebliche finanzielle Vorleistungen voraus, bevor sich Entlastungen innerhalb der Verfahren und der Kostenentwicklung zeigen konnten. Dies war der Grund, warum der Gesetzentwurf des Bundesrates ausdrücklich vorsah, die Umsetzung dieses Gesetzes an eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierungen zu knüpfen. ⁴⁹

Jedoch wies der Bundestagsabgeordnete Dr. Patrick Sensburg (MdB) bereits in der dritten Lesung zu diesem Gesetz im Bundestag darauf hin, dass die Länder nicht alle Gerichte gleichzeitig mit der nötigen Technik ausstatten müssen. Vielmehr könne dies nach und nach für einzelne Gerichte geschehen. Der Einsatz von Videokonferenz sei nicht erst möglich, wenn alle Gerichtsbarkeiten des Landes ausgestattet sind. ⁵⁰

Daher kann der im Rahmen des Art. 9 betonte finanzielle Aspekt an sich nicht überzeugen.

Zudem kann das finanzielle Argument allein auch nicht rechtfertigen, dass dieses Moratorium dem Sinn und Zweck des Änderungsgesetzes zuwiderläuft, also einen systematischen Bruch enthält. ⁵¹ Denn die Regelung in Art. 9 widerspricht der vom Gesetzgeber selbst formulierten Einführungslogik: Von einem Gesetz, das ausdrücklich auf eine Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik abzielt, erwartet man eine möglichst schnelle und lückenlose Umsetzung. Hier wird allerdings genau das Gegenteil ermöglicht: Jedes Bundesland kann frei darüber entscheiden, ob es diese Technik vier Jahre lang, also bis längstens 2017, unangewendet lässt. Dies erscheint wenig überzeugend. Der Gesetzgeber hat sich mit diesem Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren eindeutig für eine verstärkte Anwendung von Technik entschieden und klar seine Vorstellungen von einem modernen Zivilprozess zum Ausdruck gebracht. Damit ist nicht vereinbar, dass er dann die Umsetzung für vier Jahre zur freien Disposition der Länder stellt.

⁴⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden BT-Drs. 17/1224, S. 3.

⁴⁸ Vgl. dazu auch BT-Drs. 18/11277, S. 17.

⁴⁹ Vgl. dazu BT-Drs. 17/1224, S. 3.

⁵⁰ BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27659.

⁵¹ Darauf weist auch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf hin und mahnt, keinen „Rückschritt“ zu machen, BT-Drs. 17/12418, S. 13.

Dabei erscheint vor allem problematisch, dass bei der Umsetzung der Videotechnik unterschiedliche Geschwindigkeiten in den einzelnen Ländern entstehen konnten. Nach Ablauf der Übergangsfrist aber war eine bundeseinheitlich gleiche Umsetzung angestrebt. Wenn manche Länder im Gegensatz zu anderen von dieser Verordnungsermächtigung Gebrauch machen und die Umsetzung des § 128a ZPO für vier Jahre aussetzen, ergibt sich zwangsläufig, dass nicht alle Bundesländer nach Ablauf der Übergangsfrist technisch sowie erfahrungsmäßig auf demselben Stand sein konnten. Zwar ist es ein Zeichen eines funktionierenden Föderalismus, wenn Bundesländer unterschiedliche gesetzliche Regelungen treffen können.⁵² Allerdings sollte dies nicht für eine Prozessnorm gelten, die nach allgemeiner Einschätzung einen „Meilenstein in Richtung einer modernen und wirtschaftlichen Justiz“ darstellen soll.⁵³

Die dogmatischen Brüche werden noch durch den Umstand vergrößert, dass der Gesetzgeber mit der Aufhebung des Einverständniserfordernisses seitens der Parteien eigentlich die Nutzung der Videokonferenztechnik für die Gerichte großflächig erleichtern wollte. Seit dem Änderungsgesetz von 2013 kann ein Gericht die Videokonferenz auf Antrag, aber auch von Amts wegen anordnen. Mit der Verordnungsermächtigung hingegen hat der Gesetzgeber die Nutzung von Videokonferenztechnik keinesfalls vereinfacht. Mit der Möglichkeit des Art. 9 des Änderungsgesetzes hat der Gesetzgeber einem vermehrten und erleichterten Einsatz dieser Technik, der erkennbar angestrebt war, vielmehr neue Hindernisse in den Weg gestellt.

Jedoch erlaubt das Moratorium aber auch eine – nicht unwichtige – Akzentsetzung. Ein derartiges Moratorium spricht im Ergebnis für einen Anspruch der Gerichte auf entsprechende Ausstattung nach dem Fristablauf. Sonst hätte es dieses Moratoriums nicht bedurft.

b) Umsetzung in den verschiedenen Bundesländern anhand von drei Beispielen

Diese zuvor beschriebene Verordnungsermächtigung ist in den Bundesländern unterschiedlich genutzt worden. Dies soll an drei Beispielen aufgezeigt werden:

Mecklenburg-Vorpommern hat von der Ermächtigung zu einem Moratorium aus Art. 9 umfassend Gebrauch gemacht.⁵⁴ Mit der Landesverordnung zur Umsetzung

⁵² Vgl. dazu *Groß*, Corona-Maßnahmen – Die Parlamente sind gefordert, in: Saarbrücker Zeitung, 21.10.2021.

⁵³ Vgl. dazu Fn. 32.

⁵⁴ Landesverordnung zur Umsetzung des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (IntVidKTLVO) vom 09.11.2013, § 1, GVBl. M-V S. 641.

des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (IntVidKTLVO) hat sich dieses Bundesland entschieden, dass u.a. die Regelung des § 128a ZPO für die Gerichte und Staatsanwaltschaften des Landes Mecklenburg-Vorpommern bis zum 31. Dezember 2017 keine Anwendung findet.

Das **Saarland** hat zunächst ebenfalls eine vergleichbare Strategie verfolgt: Mit der Verordnung zur Zurückstellung des Inkrafttretens des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 19. September 2013 hat es die Möglichkeit genutzt, § 128a ZPO bis längstens 31. Dezember 2017 nicht anzuwenden.⁵⁵ Jedoch wurde im Saarland genau diese Verordnung zur Zurückstellung am 26. November 2014 wieder aufgehoben, und zwar mit der Verordnung zur Aufhebung der Verordnung zur Zurückstellung des Inkrafttretens des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren.⁵⁶

Hessen hingegen hat von der Verordnungsermächtigung aus Art. 9 keinen Gebrauch gemacht. Die Idee des verstärkten Einsatzes von Videotechnik und auch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren gehen vorrangig auch auf die Initiative dieses Bundeslandes zurück. Hessen war hierfür „Vorreiter und Impulsgeber bei der Entwicklung und Umsetzung innovativer Ansätze und Projekte“⁵⁷, wie der Hessische Staatsminister Hahn im Jahre 2014 betonte. Hessen sei „am Ball geblieben“ und habe sich den Anforderungen der Zeit gestellt, sagte er weiter.

So ging im Jahr 2007 der erste Gesetzesantrag zum Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom Land Hessen aus.⁵⁸ Hier war man sich bereits im Jahr 2006 rechtspolitisch einig, dass der Videoeinsatz für Gerichtsverhandlungen sinnvoll und notwendig ist.⁵⁹ Dies beweist auch der Umstand, dass das Oberlandesgericht Frankfurt, die Landgerichte sowie die größeren Vollzugsanstalten schon im Jahr 2005/2006 mit Videotechnik ausgestattet wurden.⁶⁰ Zwar hatte man durchaus die hohen An-

⁵⁵ Amtsbl. d. Saarl. 2013, I S. 289.

⁵⁶ Amtsbl. d. Saarl. 2014, I S. 442.

⁵⁷ Dazu und zum Folgenden Justiz-Ministerial-Blatt für Hessen, 4028A vom 01. Januar 2014, S. 1, https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-06/jmbl_2014_gesamt.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁵⁸ BR-Drs. 643/07.

⁵⁹ <https://kanzleilife.de/gerichtsprozesse-mit-hilfe-von-videotechnik-fuehren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶⁰ Vgl. dazu BR-Drs. 643/07 (Beschluss), S. 11; BR-Drs. 902/09.

schaffungskosten der notwendigen technischen Ausrüstung erkannt. Dieses Problem löste Hessen aber frühzeitig durch eine Aufstockung des Budgets.⁶¹

D) Fazit

Insgesamt kann also festgestellt werden, dass § 128a ZPO in vielerlei Hinsicht eine besondere Geschichte hat. Die fehlende großflächige Umsetzung einer so wichtigen und richtungsweisenden Norm über viele Jahre, sogar Jahrzehnte, beweist dies an erster Stelle. Auch auf inhaltlicher Ebene sind Auffälligkeiten zu finden: Der Regelungsgehalt der Norm steht in einem Ausnahmeverhältnis zu entsprechenden Normen in anderen Prozessordnungen. Während die StPO beispielsweise schon lange regelt, dass die Bild-Ton-Übertragung aufgezeichnet werden kann oder soll, hat sich der Gesetzgeber in der ZPO ausdrücklich gegen eine Aufzeichnung entschieden, und zwar ohne dass ein nachvollziehbarer Grund dafür auf Anhieb ersichtlich ist. Jedoch gibt es hier bereits Vorschläge zu einer Änderung des § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO. So hat Köbler, der Präsident des Landgerichts Darmstadt, einen vollständigen Vorschlag zu einer Neuformulierung des § 128a ZPO ausgearbeitet, in dem auch Absatz 3 einer Veränderung unterzogen wird.⁶² In diesem Zusammenhang schlägt er u. a. vor, die Aufzeichnung der Übertragung in das Ermessen des Gerichts zu stellen.

Der auffälligste und inhaltlich merkwürdigste Aspekt in der Historie des § 128a ZPO ist aber die Verordnungsermächtigung in Art. 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videotechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren. Diese hatte es den Bundesländern gestattet, für vier Jahre keinen Gebrauch von dieser Norm zu machen, die ausdrücklich als fortschrittlich eingestuft wurde.

Trotz dieser ungewöhnlichen Geschichte hat sich § 128a ZPO – vor allem im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – letztlich zu einem wahren „Wunderkasten“⁶³ entwickelt. § 128a ZPO erlaubt im Ergebnis die Durchführung von gerichtlichen Verhandlungen im Einklang mit dem Gebot des „Social Distancing“.

Daneben entfaltet § 128a ZPO aber auch Wirkung im Bereich des immer mehr an Bedeutung gewinnenden Umwelt- und Klimaschutzes.⁶⁴ Dadurch, dass Parteien,

⁶¹ <https://kanzleilife.de/gerichtsprozesse-mit-hilfe-von-videotechnik-fuehren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶² Dazu und zum Folgenden Köbler, Die Videoverhandlung im Zivilprozess – Vorschlag einer Neuregelung, NJW 2021, 1072 (1074).

⁶³ Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

⁶⁴ Denninger, Der Online-Gerichtssaal in Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit, BB 2020, 1464 (1466); Müller/Windau (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333); Schmidt/Saam, Videokonferenzen im Zivilprozess, DRiZ 2020, 216 (217).

Parteivertreter, Zeugen, Sachverständige und Dolmetscher nicht mehr für einen Gerichtstermin verpflichtend anreisen müssen, entstehen einerseits ökonomische Vorteile in Form von eingesparten Reisekosten. Andererseits treten aber auch ökologische Vorteile durch weniger negative Umweltbelastungen ein. In diesem Sinne hat § 128a ZPO ein ausgeprägtes ökologisches Potential.⁶⁵

Gerade im Lichte der neueren Entscheidung des BVerfG vom 24. März 2021⁶⁶ kommt diesem Potential auch besondere Bedeutung zu. Das BVerfG stellte in seinem Beschluss ausdrücklich fest, dass der Staat durch Art. 20a GG zum Klimaschutz verpflichtet ist. Auch in der aktuellen politischen Diskussion wird dies vom Grundsatz her so gesehen. Die seit Dezember 2021 regierende Ampelkoalition hat derartige Pflichten bereits in ihren Koalitionsvertrag aufgenommen. Sie plant, einen möglichst großen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten.⁶⁷ So will die Bundesregierung u.a. „die Potentiale der Digitalisierung für mehr Nachhaltigkeit nutzen“⁶⁸.

Diese Überlegungen rechtfertigen ein klares Ergebnis: Die seit 2002 geltende Norm des § 128a ZPO hat auch in der heutigen Zeit nichts an Aktualität verloren. Vielmehr gilt das Gegenteil: Es gibt derzeit wohl kaum eine ZPO-Norm, die so intensiv diskutiert wird und die so im wissenschaftlichen Fokus steht wie § 128a ZPO.⁶⁹ Dies zeigt, dass § 128a ZPO zugleich eine zukunftsfähige Norm ist. Dies wird auch in der politischen Diskussion so gesehen. In einem Interview mit der Deutschen Richterzeitung sagte der neue Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP), dass gemeinsam mit den Ländern und den Bundesgerichten an der Entwicklung eines bundeseinheitlichen Systems für Videoverhandlungen an den deutschen Gerichten gearbeitet wird.⁷⁰ Videoverhandlungen – so der Minister – sollten künftig zum gerichtlichen Alltag gehören.

Die Geschichte des § 128a ZPO ist also noch längst nicht beendet. Es beginnt gerade erst ein neues Kapitel.

⁶⁵ Vgl. dazu *Schmidt/Saam* (Fn. 64), DRiZ 2020, 216 (217); *Müller/Windau* (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333).

⁶⁶ Dazu und zum Folgenden BVerfG, NJW 2021, 1723 (1723).

⁶⁷ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 127, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶⁸ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen (Fn. 67), S. 18.

⁶⁹ *Köbler* (Fn. 62), NJW 2021, 1072 (1072); *Resch/Erden* (Fn. 4), jM 2022, 46; *Schmidt/Saam* (Fn. 64), DRiZ 2020, 216 (217); *Müller/Windau* (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333).

⁷⁰ Dazu und zum Folgenden *Rebehn/Schröter*, In Personal und Qualität der Rechtspflege investieren, DRiZ 2022, 54 (55).

*Dipl.-Jur. Linus Wendler**

Die lauterkeitsrechtliche Regulierung des Verkaufs unterschiedlicher Produktqualitäten unter derselben Marke (“dual quality”) und ihr Verhältnis zur Qualitätsfunktion der Marke

Der Verbraucherschutz spielt auf Unionsebene eine immer größer werdende Rolle. Den Verbraucher vor irreführenden Geschäftspraktiken zu schützen, ist im deutschen Recht jeher Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Aber wie sieht dieser Schutz mit Blick auf die sog. Doppelqualität von Waren aus, also Waren, die in unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten unter derselben Marke aber in verschiedenen Qualitäten vertrieben werden? Und welches Verhältnis hat eine solche lauterkeitsrechtliche Regulierung zur Qualitätsfunktion von Marken?

A) Einführung

„In einer Union der Gleichberechtigten kann es keine Verbraucher zweiter Klasse geben“¹

Mit diesen Worten nahm *Jean-Claude Juncker* in seiner Rede zur Lage der Union in Brüssel am 13.9.2017 Stellung zu der Lage des Verbraucherschutzes in der europäischen Union. Ausgehend von einem Verständnis der Gleichberechtigung zwischen den Verbrauchern innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bezog sich *Juncker* mit seiner Aussage auf eine Problematik, die schon seit vielen Jahren Teil des europäischen Diskurses ist. Gemeint ist die sog. Doppelqualität von Waren trotz identischer Vermarktung, zB unter derselben Marke, auf dem europäischen Binnenmarkt. Insofern wird auch von „dual quality“ gesprochen.

Der vorliegende Beitrag soll die Entwicklung einer etwaigen lauterkeitsrechtlichen

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer auf das Medien-, Urheberrecht und dem gewerblichen Rechtsschutz spezialisierten Kanzlei und Korrekturassistent für das Examenrepetitorium an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit bei *Prof. Dr. Theo Bodewig* im Schwerpunktbereich Immaterialgüterrecht aus dem Wintersemester 2018/2019 an der Humboldt-Universität zu Berlin, wurde jedoch unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 2022 überarbeitet.

¹ *Jean-Claude Juncker*, Rede zu Lage der Union, 13.9.2017, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_17_3165, zuletzt abgerufen am 3.2.2022.

Regulierung dieses Phänomens auf Unionsebene darlegen, wobei das Verhältnis zwischen dem Marken- und dem Lauterkeitsrecht und die Bedeutung der Qualitätsfunktion von Marken unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 2022 den Schwerpunkt bilden.

I. Problemaufriss: „dual quality“

Unter dem Begriff „dual quality“ sind Waren zu verstehen, die im europäischen Binnenmarkt unter derselben Marke, aber mit Unterschieden hinsichtlich des Inhalts, der Zusammensetzung oder der Qualität in einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vermarktet werden.² In den Fokus der EU-Kommission geriet das Thema „dual quality“ am 6.3.2017 auf der Ratstagung Landwirtschaft und Fischerei. Die Delegierten der Mitgliedstaaten Slowakei, Tschechien und Ungarn präsentierten Testergebnisse aus denen hervorging, dass bei vergleichender Betrachtung einige Produkte derselben Marke in osteuropäischen Staaten der Union eine schlechtere Qualität aufwiesen, als die in westeuropäischen Staaten vertriebenen Produkte.³ Die zuständigen Minister aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten sahen in einer solchen Verkaufspraxis eine Diskriminierung und Schlechterstellung der osteuropäischen Verbraucher. Diese seien aufgrund dieses Vorgehens der Hersteller und Markenrechtsinhaber sogenannte Verbraucher zweiter Klasse.

Nach (richtiger) Ansicht der Delegierten sollen osteuropäische Verbraucher jedoch denselben Anspruch auf die Qualität von Produkten derselben Marke haben, wie die Verbraucher in den westeuropäischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Es sei bereits an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass Gegenstand der Kritik nicht der Umstand ist, dass die in unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten vertriebene Produkte unterschiedliche Zusammensetzungen haben. Kritisiert wird einzig der Umstand, dass dies im Rahmen eines identischen Vertriebs geschieht und Verbraucher hierdurch mit Blick auf die Qualität in die Irre geführt werden könnten.

II. „Dual quality“ als Problem verschiedener Produktmärkte

Im Hinblick auf das Problem von Produkten zweierlei Qualität lässt sich zwischen zwei Produktsektoren unterscheiden, in denen das beschriebene Phänomen zu finden ist.

² ABl. C 327/01 vom 29.9.2017, S. 1.

³ *Council of the European Union*, Outcome of the council meeting agriculture and fisheries v. 6.3.2017, 7015/17, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7015-2017-INIT/en/pdf>, zuletzt abgerufen am 3.2.2022.

Eine zentrale Rolle spielt die *Doppelqualität* im Lebensmittelsektor. Auf diesem Markt gibt es die meisten Beispiele für Produkte unterschiedlicher Qualität trotz identischer Vermarktung. So ist nach Untersuchungen der tschechischen EU-Abgeordneten *Olga Sehnalová* im löslichen Kaffee der Marke *Jacobs Krönung Gold* rund ein Drittel mehr Koffein zu finden, als in dem gleichen Produkt der gleichen Marke auf dem deutschen Markt.⁴ Ebenfalls untersucht wurde der Eistee der Marke *Nestea* in der Geschmacksrichtung Zitrone. Während der tschechische Eistee mit Süßstoff und der deutsche mit richtigem Zucker gesüßt war, befand sich außerdem in dem tschechische Eistee 40% weniger Teeextrakt, als in dem deutschen Produkt.⁵ Schließlich sorgte auch der Fall der Marke *Nutella* des Herstellers *Ferrero* für Aufsehen. Auch hier soll der westeuropäische Hersteller für die in den osteuropäischen Mitgliedstaaten verkauften Produkte minderwertige Zutaten verwendet haben und das Produkt somit eine schlechtere Qualität aufweisen.⁶

Eine mögliche Ungleichbehandlung osteuropäischer Verbraucher scheint jedoch nicht nur auf dem Lebensmittelsektor, sondern auf allen Märkten für Verbrauchsgüter möglich. So zum Beispiel auch auf dem Markt für Reinigungs- und Waschmittel (sog. non-food products), wie die EU-Kommissarin *Věra Jourová* deutlich machte.⁷

Im Rahmen dieses Beitrags soll der Schwerpunkt auf den Produkten zweierlei Qualität auf dem Lebensmittelsektor liegen.

B) Richtlinienvorschlag vom 11.4.2018 COM (2018) 185 final

Eine unter dem Titel „New Deal for Consumers“ diskutierte Lösung dieses Problems beinhaltet der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 11.4.2018 (185) final.

⁴ *Deutsche Wirtschaftsnachrichten*, EU-Markenprodukte: Verschiedene Qualität in den Mitglieds-Staaten, <https://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2015/08/16/eu-markenprodukte-verschiedene-qualitaet-in-den-mitglieds-staaten/>, zuletzt abgerufen am 26.3.2019.

⁵ *Deutsche Wirtschaftsnachrichten*, EU-Markenprodukte: Verschiedene Qualität in den Mitglieds-Staaten, <https://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2015/08/16/eu-markenprodukte-verschiedene-qualitaet-in-den-mitglieds-staaten/>, zuletzt abgerufen am 26.3.2019; vgl. hierzu auch: *Europäische Kommission*, State of the Union 2017: Factsheet on dual quality of products, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/dual-food_en.pdf, zuletzt abgerufen am 26.3.2019.

⁶ *Klawitter*, Der Trick mit den Billigzutaten, <http://www.spiegel.de/spiegel/lebensmittelhersteller-sparen-in-osteuropa-an-teuren-zutaten-a-1182721.html>, zuletzt abgerufen am 26.3.2019.

⁷ *Věra Jourová*, Press speakings of Commissioner Jourová at a joint press conference on dual quality food with Chair of Czech Parliament Agriculture committee Mr. Faltynek, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-606_en.htm, zuletzt abgerufen am 10.2.2022.

I. Inhalt des Richtlinienvorschlags

Inhalt des Richtlinienvorschlages ist eine Änderung der RL 93/13/EWG, der RL 98/6/EG, der RL 2005/29/EG⁸, sowie der RL 2011/83/EU zum Schutze der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, wobei der größte Teil der Änderungen die Richtlinie über die unlauteren Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) betreffen.⁹ Durch die geplanten Änderungen soll der Verbraucherschutz erheblich verbessert werden. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus Art. 114 Abs. 3 AUEV und Art. 169 AEUV, sowie Art. 38 GRCh, welche ein hohes Verbraucherschutzniveau auf Unionsebene fordern.¹⁰ Gerade aufgrund aktueller und durchaus bekannter Verstöße gegen das EU-Verbraucherschutzrecht (man denke an den „Abgasskandal“) schien es daher nötig, die teilweise schon älteren einschlägigen Richtlinien den Herausforderungen der modernen Welt anzupassen.¹¹

Eine der wichtigsten Änderungen, welche die Kommission am 11.4.2018 vorge schlagen hat, ist die Änderung der UGP-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern.¹²

II. Die Idee einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung

Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei dem Art. 1 Nr. 2 des Richtlinienvorschlages. Dieser sieht eine lauterkeitsrechtliche Regulierung von „dual quality“-Fällen vor und versucht das Problem durch die Modifizierung des lauterkeitsrechtlichen Irreführungstatbestandes zu lösen.

1. Änderung des Wortlauts

Art. 1 Nr. 2 des Richtlinienvorschlages sah vor, den Art. 6 Abs. 2 der UGP-Richtlinie um einen Buchstaben c) zu ergänzen, so dass dieser wie folgt zu lesen wäre:

„(2) Eine Geschäftspraxis gilt ferner als irreführend, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte, und Folgendes beinhaltet: [...]

*c) jegliche Art der Vermarktung eines Produkts **als identisch** mit demselben in*

⁸ Im Folgenden „UGP-Richtlinie“.

⁹ Vgl. Europäische Kommission, COM (2018) 185 final, S. 1.

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 1, Europäische Kommission, COM (2018) 185 final, S. 25.

¹¹ So auch Europäische Kommission, COM (2018) 185 final, S. 2.

¹² Vgl. Europäische Kommission, COM (2018) 185 final, S. 20.

mehreren anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Produkt, obgleich sich diese Produkte in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden.“

Die im Jahr 2018 geplante Ergänzung ist dahingehend zu verstehen, dass die Fälle der Vermarktung von Produkten zweierlei Qualität („dual quality“) unter derselben Marke auf dem europäischen Binnenmarkt unter eine *lauterkeitsrechtliche* Verbotsnorm fallen sollen.

2. Bedenken hinsichtlich des Wortlauts

Die vorgeschlagene Fassung des Art. 6 Abs. 2 lit. c) aus dem Kommissionsentwurf muss – insbesondere mit Blick auf den Wortlaut – kritisch betrachtet werden.

Erste Bedenken gegen den von der Kommission vorgeschlagenen Wortlaut des neuen Art. 6 Abs. 2 lit. c) zeigen sich bereits darin, dass unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden. Begriffe wie „*identisch*“ und „*wesentlich*“ sind grundsätzlich auslegungsbedürftig und erschweren entgegen dem Ziel des Richtlinienvorschlages die praktische Anwendbarkeit von Verbraucherrechten in der Weise, dass die Unionsgerichte die unbestimmten Rechtsbegriffe durch Rechtsprechung auslegen und füllen müssen.¹³ Letztendlich obliegt es nach einer etwaigen Umsetzung in das nationale Recht zunächst aber den mitgliedstaatlichen Gerichten, die neuen Normen richtlinienkonform auszulegen und damit die Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Dies bürgt für die betroffenen Hersteller und Verbraucher die Gefahr, dass die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen und damit zu divergierenden Entscheidungen kommen. Rechtsunsicherheit wäre dann kaum vermeidbar. Die von dem Richtlinienvorschlag bezweckte Harmonisierung der Regeln gegen den unlauteren Wettbewerb würde in einem solchen Fall faktisch leerlaufen. Dies kann nur dadurch umgangen werden, dass die Kommission Leitlinien dazu entwickelt, wie die unbestimmten Rechtsbegriffe dem Grundsatz nach von den mitgliedstaatlichen Gerichten auszulegen sind. Dabei gilt der Grundsatz, dass die nationalen Gerichte das nationale Recht – einer Umsetzung vorausgesetzt – richtlinienkonform auslegen müssen.

Gerade mit Blick auf den Begriff des *identischen Produkts* äußerte sich bereits der Europäische Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme kritisch und schlug folgenden Zusatz vor:

¹³ Zum Beispiel im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV; zum Ziel der Richtlinie vgl. *Europäische Kommission*, COM (2018) 185 final, S. 4.

„Für die Zwecke von Art. 6 Abs. 2 Buchstabe c) gilt, dass ein Produkt dann als identisch vermarktet anzusehen ist, **wenn es mit der gleichen Verpackung und Markenkennzeichnung in mehreren Mitgliedstaaten vermarktet wird.**“¹⁴

Die Erweiterung des Wortlautes des vorgeschlagenen Art. 6 Abs. 2 lit. c) um den von dem Europäischen Ausschuss der Regionen vorgeschlagenen Zusatz kann mithin überzeugen. Der Ausschuss erkannte die Unsicherheit, die hinter dem unbestimmten Rechtsbegriff steckt und beseitigt diese durch eine einfache Konkretisierung.

Hierdurch wird deutlich, dass der Vertrieb nur dann identisch erfolgt, wenn dieser die Verpackung und das Markenkennzeichen, nicht jedoch andere Faktoren betrifft. Die Bestimmung erfolgt daher aufgrund objektiver Faktoren, die verhältnismäßig leicht dem Beweis zugänglich sein dürften. Konkretisierungen führen jedoch häufig zu einer Beschränkung des Anwendungsbereiches und damit zu einer Verkürzung des Schutzzumfangs, die womöglich zu Lasten der Verbraucher gehen könnte. Dies kann insoweit kritisch betrachtet werden, als dass der Richtlinienvorschlag gerade den Schutz der Verbraucher und ihr Vertrauen in den Binnenmarkt stärken wollte.¹⁵ Im Ergebnis vermag diese Kritik aber nicht zwingend durchzugreifen. Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass trotz der Konkretisierung und des hierdurch geschmälernten Anwendungsbereichs der Verbraucherschutz insgesamt durch die geplante Regulierung gestärkt wird, indem die Anwendung und Durchsetzung der bereits bestehenden Normen durch Konkretisierungen vereinfacht wird.

3. Vor- und Nachteile von Art. 1 Nr. 2 mit Blick auf die Qualitätsfunktion

Neben den soeben ausgeführten Bedenken blieb die Frage nach den Vor- und Nachteilen einer Regulierung wie sie Art. 1 Nr. 2 des Richtlinienvorschlags vorsieht, bisher unberührt. Fraglich ist, ob die geplante Ergänzung des Art. 6 Abs. 2 der UGP-Richtlinie um einen Buchstaben c) nicht schon deshalb sinnvoll ist, weil durch eine solche lauterkeitsrechtliche Regelung die Qualitätsfunktion der Marke besser geschützt werden kann.

a) Die Qualitätsfunktion

Zunächst bleibt zu klären, was überhaupt unter der Qualitätsfunktion zu verstehen ist. Grundsätzlich soll die Qualitätsfunktion einer Marke sicherstellen, dass den Adressaten einer Marke – dies sind überwiegend die Verbraucher – über die Marke

¹⁴ ABl. C 461/20 vom 21.12.2018, S. 239; Hervorhebungen nur hier durch den Autor.

¹⁵ Vgl. Europäische Kommission, COM (2018) 185 final, S. 2.

Vorstellungen einer gleichbleibenden, wenn nicht sogar sich verbessernden Produktqualität vermittelt wird.¹⁶ Ob das Markenrecht überhaupt eine Qualitätsfunktion im rechtlichen Sinne kennt und diese überdies dem Schutz des Markenrechts zugänglich ist, war und ist seither stark umstritten. Der Streit um die Funktionenlehre soll hier anhand des WZG und des MarkenG kurz erläutert werden.

aa) Funktionslehre des WZG¹⁷

Unter dem WZG war herrschend in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass ein Zeichen lediglich eine Herkunftsfunktion besaß.¹⁸ Also die Funktion, die Ware als aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb stammend zu kennzeichnen und im Wettbewerb gegenüber anderen Unternehmen zu individualisieren.¹⁹ Andere Funktionen wie beispielsweise die Werbefunktion oder die Qualitätsfunktion²⁰ wurden hingegen zwar ökonomisch durchaus anerkannt, konnten sich auf rechtlicher Ebene jedoch als eigenständige Funktionen nicht durchsetzen.²¹

Nur in den engen Grenzen der auch rechtlich anerkannten Herkunftsfunktion konnte die Qualitätsfunktion unter Umständen in den Schutz mit einbezogen werden.²² Dies wird vor allem deutlich, wenn man sich die Rechtsprechung des BGH etwas genauer ansieht. Zunächst urteilte der BGH in seiner Entscheidung *Markenbenzin*, dass die Vorstellung des Verbrauchers, mit der Marke die Gewähr einer gleichbleibenden Herkunft und dadurch eine Kontrollmöglichkeit zu erhalten (also die Herkunftsfunktion als solche), nicht zwingend „mit der Erwartung einer bestimmten Qualität, insbesondere nicht mit der Annahme verknüpft zu sein [braucht], dass die Ware bestimmte, meßbare Eigenschaften habe oder sich durch hervorragende Güte auszeichnet“.²³ Mit dem Urteil dürfte der BGH deutlich gemacht haben, dass er eine geschützte Qualitätsfunktion als solche nicht anerkennt.

Sodann führt der BGH in seiner *Cinzano* Entscheidung aus: „Soweit die Revision [...] auf die sog. Garantiefunktion des Warenzeichens verweist, ist ihr

¹⁶ Vgl. *Hacker*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2021, Einl. Rn. 41.

¹⁷ Warenzeichengesetz.

¹⁸ So u.a. RGZ 146, 325 (331); BGH GRUR 1951, 324 (326); *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. II 12. Aufl. 1985, Einl. Rn. 16; *Hacker* (Fn. 13), Einl. Rn. 37-38.

¹⁹ Vgl. BGH GRUR 1966, 375 (377); *Hacker*, Markenrecht, 5. Aufl. 2020, A. § 6 Rn. 65.

²⁰ Wird teilweise als Garantie- oder Vertrauensfunktion bezeichnet; vgl. *Hacker* (Fn. 16), A. § 6 Rn. 66.

²¹ *Hacker* (Fn. 16), A. § 6 Rn. 66.

²² Vgl. *Henning-Bodewig/Kur*; Marke und Verbraucher, 1988, Bd. I, S. 235.

²³ BGH GRUR 1966, 45 (46).

entgegenzuhalten [...], daß das Warenzeichen *keine Garantiefunktion im Rechtsinne hat*, also die gleichbleibende Beschaffenheit der Ware nicht zwingend verbürgt“.²⁴ Auch hier ist zumindest in Bezug auf das WZG die Position des BGH eindeutig. Damit bestätigte der BGH in seinem Revisionsurteil das Urteil des LG Hamburg vom 10.3.1971, in dem das Berufungsgericht die Qualitätsfunktion aus Sicht der Verbraucher für besonders wichtig erachtete, dieser jedoch der herrschenden Literatur folgend den selbstständigen Schutz durch das WZG versagte.²⁵

bb) Funktionslehre des MarkenG

Ob die Funktionslehre in der Form, wie sie unter dem WZG bestand, auch noch nach dem Inkrafttreten des Markengesetzes aufrechterhalten werden kann, also die Qualitätsfunktion als solche keine eigenständige und rechtlich geschützte Funktion des Kennzeichens darstellt, ist fragwürdig. Nach wie vor ist es nicht bestreitbar, dass die Herkunftsfunktion die Kernfunktion einer Marke ist.²⁶ Eine Marke ist ein Zeichen, welches dazu geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von den Waren und Dienstleistungen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden.²⁷ Bereits diese Definition des Markenbegriffs macht deutlich, dass die Hauptfunktion der Marke die Herkunftsfunktion ist. Der Käufer soll demnach erkennen können, aus welcher Betriebsstätte das Produkt oder die Dienstleistung kommt.

(1) Argumente für die Anerkennung einer rechtlichen Qualitätsfunktion

Vieles spricht jedoch für die Anerkennung einer durch das Markenrecht geschützten Qualitätsfunktion. Zum einen darf nicht unerwähnt bleiben, dass es in einem System des unverfälschten Wettbewerbs den Unternehmen möglich sein muss, durch die Qualität der Waren oder Dienstleistungen die sie anbieten, Kunden an sich zu binden.²⁸ Dies sei aber nur dann möglich, wenn es Marken gibt, mit denen sich der Kunde identifiziert und mit denen er eine gewisse Qualität verbindet.²⁹ Das ist nach *Fezer* alleine schon deshalb nötig, damit für die Qualität der Waren

²⁴ BGH GRUR 1973, 562 (564).

²⁵ LG Hamburg GRUR Int. 1971, 272.

²⁶ So auch EuGH, Urt. v. 18.6.2009 - C- 487/07, L'Oréal u.a., Rn. 58; s. ebenfalls EuGH, Urt. v. 22.9.2011 - C-323/09, Interflora und Interflora British Unit, Rn. 38; *Hacker* (Fn. 13), Einl. Rn. 42.

²⁷ Dies ist § 3 Abs. 1 MarkenG zu entnehmen.

²⁸ *A. Nordemann/J. Nordemann/Nordemann-Schiffel*, WettbR/MarkenR, 11. Aufl. 2011, Rn. 1064.

²⁹ So auch *Woger*; Die Schnittstellen zwischen Marken- und Wettbewerbsrecht im Lichte der neuen Markenfunktionen, 1. Aufl. 2015, S. 87.

oder Dienstleistungen ein konkretes Unternehmen verantwortlich gemacht werden kann.³⁰ Dabei beziehe sich im Interesse der Verbraucher die Unterscheidungsfunktion sowohl auf die Herkunft, als auch auf die Qualität der Waren oder Dienstleistungen, die ein Unternehmen unter seiner Marke anbietet.³¹ Vereinzelt wird sogar behauptet, dass die Qualitätsfunktion die wichtigste Funktion einer Marke sei.³² Diese Ansicht beruht auf der Vermutung, dass das Vertrauen in die Herkunft eines Produkts durch das Vertrauen in die Eigenschaften und somit auch die Qualität eines Produkts ausgetauscht wurde.³³

Es geht einer Vielzahl von Verbrauchern mittlerweile nicht mehr nur darum zu wissen, dass zB die Nussnougatcreme „Nutella“ aus dem Hause Ferrero kommt. Vielmehr ist den Verbrauchern wichtig, dass mit der Marke „Nutella“ ein bestimmter Geschmack, eine bestimmte Rezeptur und eine gewisse Qualität einhergeht.

Darüber hinaus wird unter anderem auch vertreten, dass die traditionelle Funktionslehre, welche noch unter dem WZG herrschend war, nach dem Inkrafttreten des Markengesetzes in der Form nicht mehr hinnehmbar war, sodass sie vielfach kritisiert wurde.³⁴ Schließlich sei mit dem neuen Markengesetz ein Paradigmenwechsel mit Blick auf die Funktionslehre einhergegangen, so dass der Qualitätsfunktion im Sinne einer ökonomischen Funktion der Marke nunmehr auch eine rechtliche Multifunktionalität folgen sollte.³⁵

(2) Argumente gegen die Anerkennung einer rechtlichen Qualitätsfunktion

Allerdings sprechen auch gute Gründe gegen die Anerkennung der Qualitätsfunktion als selbstständige Funktion der Marke im rechtlichen Sinne. So scheint eine die Qualität der Ware sichernde Funktion schon deshalb nicht nötig, weil es die Markenrechtsinhaber bereits aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht grundlos wagen würden, die Qualität der Ware zu verschlechtern, da dies gegebenenfalls zu starken Umsatzeinbußen führen würde.³⁶ Somit trägt das Markenrecht bereits in dieser

³⁰ Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, Einl. D. Rn. 21.

³¹ Fezer (Fn. 27), Einl. D. Rn. 25; so auch Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colimer, Schlussantrag, C-273/00, Sieckmann, S. 6.

³² Fezer (Fn. 27), Einl. D. Rn. 25.

³³ So auch Schönfeld, Die Gemeinschaftsmarke als selbstständiger Vermögensgegenstand eines Unternehmens, 1994, S. 47.

³⁴ Hacker (Fn. 16), A. § 6 Rn. 67.

³⁵ Vgl. Hacker (Fn. 16), A. § 6 Rn. 67.; Fezer (Fn. 27), Einl. Rn. 35; Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 11. Aufl. 2020, S. 364, § 53 Rn. 14; zur rechtlichen Multifunktionalität vgl. Kunz-Hallstein, in: FS DPMA, 1994, S. 147 ff.

³⁶ Zum Argument des unternehmerischen Goodwills vgl. Drexler, Die wirtschaftliche

Weise dem Schutz der Qualitätserwartungen der Verbraucher bei.³⁷

Dieses Argument ist jedoch ein Trugschluss und vermag deshalb nicht zu überzeugen. Denn dass es die Hersteller wagen, die Qualität der Ware beim Vertrieb in bestimmten Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu verschlechtern, geht aus den Untersuchungen der tschechischen EU-Abgeordneten *Olga Sehnalová* hervor.³⁸

Zudem handelt es sich bei den Qualitätserwartungen der Verbraucher an bestimmte Produkte von bestimmten Markeninhabern lediglich um eine Idee oder Vorstellung des Verbrauchers im Einzelnen. Inwiefern nun Vorstellungen einzelner Verbraucher durch das Markengesetz, welches grundsätzlich dem Schutz des Markenrechtinhabers, seines Ausschließlichkeitsrechts und seiner berechtigten (wirtschaftlichen) Interessen zu dienen bestimmt ist, geschützt werden sollen, scheint auf den ersten Blick nicht hinreichend einzuleuchten. Bei Vorstellungen handelt es sich schließlich um subjektive Eindrücke, die nicht immer leicht zu ermitteln und im Verfahren erst recht noch schwieriger zu beweisen sind.

Die Verbrauchervorstellungen durch das Markenrecht zu schützen, würde dem Zweck des Markengesetzes zuwiderlaufen und *ad absurdum* führen. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass die Marke gerade kein von den Vorstellungen der Verbraucher gänzlich unabhängiges Individualrecht ist, sondern die tatsächliche Wirkung der Marke mit Blick auf die Entstehung, den Schutzzumfang und den Bestand des Markenschutzes vielfach von der Verkehrsauffassung der Verbraucher abhängt.³⁹

Darüber hinaus wird die Qualitätsfunktion als solche nicht ausdrücklich vom Markengesetz genannt. Es gibt lediglich zwei Fälle, in denen die Qualität der unter einer Marke vertriebenen Produkte eine Rolle spielt. Zum einen ist dies § 24 Abs. 2 MarkenG. Im Rahmen der Erschöpfung sieht § 24 Abs. 2 MarkenG eine Ausnahme für die Erschöpfung in den Fällen vor, in denen ein Markeninhaber berechnete Interessen gegen den weiteren Vertrieb seiner Produkte hat, u.a. dann, wenn der Zustand der Ware sich nach dem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert hat. Außerdem ist § 30 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG zu nennen. Dieser regelt, dass der Markeninhaber selbst seine Rechte aus der Marke gegen einen Lizenznehmer geltend machen kann, wenn der Lizenznehmer mit Blick auf die Qualität der Ware gegen

Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftlicher Bezüge, 1998, S. 600.

³⁷ So im Ergebnis auch *Beier/Krieger*, GRUR Int. 1976, S. 125.

³⁸ Vgl. hierzu bereits A.II., S. 16 f.

³⁹ *Henning-Bodewig/Kur* (Fn. 19), S. 273.

Bestimmungen des Lizenzvertrages verstößt. In beiden Fällen geht es darum, dass sich der Markeninhaber qualitativ veränderte Produkte im Wettbewerb nicht als die eigenen zurechnen lassen muss, mithin also um den Schutz der Herkunftsfunktion, nicht aber um den Schutz der Qualitätsfunktion als solche.⁴⁰ Dies wiederum steht einer anders gearteten Verletzung der Qualitätsfunktion jedoch nicht zwingend entgegen.⁴¹

Ferner wird gerade von *Beier/Krieger* der Schutz der Qualitätsfunktion durch das Markenrecht mit dem Argument abgelehnt, dass dies gerade nicht Aufgabe des Markenrechts und damit des MarkenG, sondern Aufgabe des Lauterkeitsrechts sei und damit in den Regelungsbereich des UWG falle.⁴²

Im Lichte dieser Argumentation und der aktuellen Rechtslage scheint es zum jetzigen Zeitpunkt möglich, der Marke eine ökonomische Qualitätsfunktion zuzusprechen, die jedoch keinen selbstständigen und unmittelbaren rechtlichen Schutz durch das Markengesetz genießt.⁴³

cc) Die Qualitätsfunktion im amerikanischen Recht

Anders als in Deutschland und in vielen anderen Rechtsordnungen⁴⁴ wird in den USA seit den 1930er Jahren neben der Herkunftsfunktion eine Qualitätsfunktion als gleichrangig (also im rechtlichen Sinne) anerkannt.⁴⁵ So führt der Verkauf von Produkten, deren Qualität wesentlich verändert wurde, in den USA im Verletzungsverfahren häufig zu einer Schutzversagung, die im Rahmen eines „unclean-hands“-Einwands geltend gemacht wird.⁴⁶

dd) Zwischenergebnis

Somit ist festzuhalten, dass es im deutschen Recht – anders als im amerikanischen Recht - weder unter dem WZG noch unter dem Markengesetz einen eigenständigen Schutz der Qualitätsfunktion im rechtlichen Sinn gibt. Zwar wurde im Lauf der Zeit

⁴⁰ EuGH Urt. v. 23.4.2009 - C-59/08, Copad, Rn. 22-23; Vgl. *Hacker* (Fn. 16), A. § 6 Rn. 71.

⁴¹ *Hacker* (Fn. 16), A. § 6 Rn. 71.

⁴² Vgl. *Balz*, *RabelsZ* 1981, 316 (330).

⁴³ Für die Anerkennung einer rechtlich gesicherten Garantiefunktion: *Balz* (Fn. 37), 317 (330); aA *Hacker* (Fn. 13), Einl. Rn. 43.

⁴⁴ Für Italien vgl. *Vanzetti*, *GRUR Int.* 1965, 134; Für Schweiz vgl. *Walter Schlupe*, *Das Markenrecht als subjektives Recht*, 1964, S. 72.

⁴⁵ Vgl. *Henning-Bodewig/Kur*, *Marke und Verbraucher*, 1989, Bd. II, S. 153; *Schechter*, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 *Harv. L. Rev.* 813 (1927).

⁴⁶ *Frauke Henning-Bodewig*, *GRUR Int.* 1985, 445.

und unter dem MarkenG die Qualitätsfunktion als solche wohl anerkannt. Dies jedoch nur in einer ökonomischen, nicht aber in einer rechtlichen Dimension.

Jedoch gewinnt die Qualitätsfunktion immer mehr an Bedeutung. Umso wichtiger scheint auf den ersten Blick die geplante Ergänzung des Art. 6 Abs. 2 der UGP-Richtlinie um den Buchstaben c). Wenn nämlich schon das Markengesetz den Fall von „dual quality“ im Rahmen der Qualitätsfunktion nicht schützt, dann muss dies im Rahmen einer lauterkeitsrechtlichen Regelung geschehen.

b) Vor- und Nachteile einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung

Aufgrund des fehlenden markenrechtlichen Schutzes der Qualitätsfunktion schien es aus damaliger Sicht nötig, eine Regelung wie sie für Art. 6 Abs. 2 lit. c) UGP-Richtlinie geplant war, einzuführen. Die genannte Regulierung begründet jedoch auch erhebliche Bedenken.

aa) Nachteile

Zunächst sprach viel gegen die Sinnhaftigkeit des Vorschlags der Kommission zur Einführung einer lauterkeitsrechtlichen Regelung.

Es darf nicht unbeachtet bleiben, dass das Markenrecht dem Markeninhaber gem. § 14 Abs. 1 MarkenG ein ausschließliches Recht verleiht. Mit einem solchen Ausschließlichkeitsrecht verleiht man dem Markeninhaber – nach dem dieser gegebenenfalls die Hürden der Eintragung genommen hat – auch in gewisser Weise das Recht, mit der Marke verfahren zu dürfen, wie er möchte. Insbesondere dann, wenn keine Verstöße gegen das bei Lebensmitteln einschlägige Lebensmittelrecht vorliegen. Dies betrifft vor allem auch den wirtschaftlichen Handlungsspielraum eines Markenrechtsinhabers. Das bedeutet, dass es dem Markeninhaber obliegen muss, wie er seine Ware mit Blick auf Zusammensetzung und Qualität vertreibt. Schreibt man dem Markenrechtsinhaber mittels Gesetzes vor, wie die Zusammensetzung und Qualität der einzelnen Waren auszusehen hat, so würde nicht nur der Wettbewerb erheblich darunter leiden, sondern zudem den Unternehmen und Markeninhabern jegliche Innovationsmöglichkeit genommen werden. Neue Rezepturen könnten kaum noch am Markt ausprobiert werden, weil dadurch auf verschiedenen Märkten in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union verschiedene Produkte zu finden wären. Würde man also in einem Mitgliedstaat experimentell die Zusammensetzung eines Lebensmittels ändern, um zu sehen, wie die Verbraucher diese Veränderung aufnehmen, so würde automatisch ein Fall von „Produkten zweierlei Qualität“ vorliegen und der Markeninhaber gegen den neuen Art. 6 Abs. 2 lit. c)

der UGP-Richtlinie verstoßen. Würde nun also ein Markeninhaber aus Innovationsgründen den Inhalt bzw. die Zusammensetzung seines Produkts ändern wollen, so müsste er zunächst eine neue Marke hierfür anmelden, damit kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 lit. c) UGP-Richtlinie vorläge. Dies würde zu erheblichen Kosten für den Markeninhaber führen und somit innovationshemmend wirken.

Dass das aber nicht immer so ist, zeigt das Beispiel der Marke „COCA-COLA“. Für verschiedene Zusammensetzungen hat das Unternehmen verschiedene Marken angemeldet. So gibt es beispielsweise eine Variante mit Süßstoff statt Zucker, welche unter der Marke „COCA-COLA ZERO“⁴⁷ eingetragen ist. Das Unternehmen geht hierdurch beispielhaft darin voran, wie ein Produkt mit anderer Zusammensetzung vermarktet werden kann, ohne dass die Verbraucher dieses Produkt mit einem anderen aber dennoch gleich beworbenen Produkt verwechseln. Zugleich ist für die Verbraucher und Käufer jederzeit ersichtlich, dass die Produkte von einem Unternehmen kommen, da alle einzelnen Marken den Wortbestandteil „COCA-COLA“ beinhalten und nur um einen Zusatz (bspw. „ZERO“ oder „LIGHT“⁴⁸) ergänzt werden.⁴⁹

Gegen die vorgeschlagene Änderung argumentieren und rechtfertigen die Markeninhaber die unterschiedliche Zusammensetzung ihrer Produkte in unterschiedlichen Ländern damit, dass sie sich den dort vorherrschenden Geschmäckern anpassen wollen und müssen, damit sie auch dort wirtschaftliche Gewinne verzeichnen können.⁵⁰ Ist in einem osteuropäischen Mitgliedstaat aufgrund bestimmter Geschmackspräferenzen der Großteil der Bevölkerung an Süßstoff statt Zucker gewöhnt, so würden Produkte mit Zucker sich nicht gut verkaufen lassen und es käme zu erheblichen Gewinneinbußen für den Hersteller.

Zudem ist es gegebenenfalls aufgrund verschiedener Klimazonen notwendig, andere Inhaltsstoffe zu verwenden, als in anderen Mitgliedstaaten. So kann eine andere Zusammensetzung bei Nussnougatcreme erforderlich sein, damit das Produkt in wärmeren Ländern nicht zu flüssig wird.

Sodann kann indes auch argumentiert werden, dass das Lauterkeitsrecht

⁴⁷ EUIPO Az.: 004806089.

⁴⁸ EUIPO Az.: 013340781.

⁴⁹ Für eine alternative Bereitstellung von Informationen auf dem Etikett vgl. Erwägungsgrund Nr. 53 der RL (EU) 2019/2161.

⁵⁰ So auch die *Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW bei IHK NRW*, Kurzstellungsnahme v. 11.6.2018, S. 6, https://www.clearingstelle-mittelstand.de/fileadmin/public/Redaktion/Dokumente/PDF/Abgeschlossene-Verfahren/2018/2018_06_11_Kurzstellungsnahme_EU-Verbraucherschutzvorschriften.pdf, zuletzt abgerufen am 3.2.2022.

grundsätzlich Fälle erfasst, in denen der Verbraucher von den Unternehmen in die Irre geführt wird. Beispielsweise indem Angaben weggelassen oder verfälscht werden. Bei der Problematik von Produkten zweierlei Qualität sind die Angaben jedoch dem Grunde nach richtig. Jeder Verbraucher könnte sich ohne weiteres mit Blick auf die Zutatenliste über die Inhaltsstoffen eines Produktes informieren. So führt *von der Werth* aus, dass der Durchschnittskäufer sich beim Einkauf seiner fünf Sinne bedienen müsse und eine gewisse Vorsicht zu walten hätte.⁵¹ „Tut er dies nicht, so ist das seine Schuld und es liegt kein Grund vor, eine solche Unfähigkeit oder grobe Fahrlässigkeit mit gesetzlichen Mitteln zu schützen“.⁵²

Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass auf vielen Zutatenlisten die genaue Menge der einzelnen Zutaten nicht zu entnehmen ist. Lediglich die Anordnung weiter vorne oder hinten gibt Aufschluss darüber, welche Inhaltsstoffe mehr oder weniger enthalten sind.

Zudem ist außerdem zu kritisieren, dass es sich bei dem Vorschlag der lauterkeitsrechtlichen Regelung des Verkaufs von „Produkten zweierlei Qualität“ in Art. 1 Nr. 2 des Kommissionsvorschlags vom 11.04.2018 nur um eine Klarstellung handeln kann. Fälle einer offensichtlichen Irreführung eines Verbrauchers waren bereits durch Art. 6 Abs. 1 der UGP-Richtlinie erfasst, sodass der Verbraucher damit schon hinreichend geschützt ist und es sich bei dem Vorschlag eines Art. 6 Abs. 2 lit. c) lediglich um eine (möglicherweise redundante) Konkretisierung handelt.⁵³

Letztlich kann einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung auch entgegengehalten werden, dass diese zu einer Qualitätsfunktion der Marke im rechtlichen Sinne führt, wie sie das Markenrecht (zumindest noch) nicht kennt. Speziellere Wertungen des Markenrechts würden so umgangen werden.

bb) Vorteile

Indes spricht aber auch viel für eine lauterkeitsrechtlichen Regelung des Problems von „dual quality“. Zum einen ist der Verbraucher im „B2C“-Verhältnis stets die schwächere Partei, die grundsätzlich eher Schutz verdient, als die Markeninhaber, die zumeist Unternehmen sind. Zum anderen kann das Vertrauen der Verbraucher in

⁵¹ *Von der Werth*, GRUR 1949, 320.

⁵² Sehr harsch: *Von der Werth*, GRUR 1949, 320.

⁵³ *Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW bei IHK NRW*, Kurzstellungnahme v. 11.6.2018, S. 6, https://www.clearingstelle-mittelstand.de/fileadmin/public/Redaktion/Dokumente/PDF/Abgeschlossene-Verfahren/2018/2018_06_11_Kurzstellungnahme_EU-Verbraucherschutzvorschriften.pdf, zuletzt abgerufen am 3.2.2022; Vgl. auch *Europäische Kommission*, COM (2018) 185 final, S. 2.

bestimmte Marken nicht komplett schutzlos bleiben. Wie bereits oben erörtert, genießt das Vertrauen der Verbraucher in eine bestimmte (zumindest gleichbleibende) Qualität *de lege lata* keinen Schutz durch das Markenrecht, da dieses vornehmlich das Ausschließlichkeitsrecht und die mit dem Zeichen verbundenen wirtschaftlichen Interessen des Markeninhabers schützt.⁵⁴

Umso eher drängt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung auf, um diese Schutzlücke zu schließen und die Verbraucher in ihrem Vertrauen und ihre Erwartungen auf die jedenfalls gleichbleibende Qualität von Produkten einer Marke zu schützen. Trotz der schwerwiegenden Argumente gegen den Vorschlag einer lauterkeitsrechtlichen Regelung muss mit Blick auf den Verbraucherschutz als Ziel der Europäischen Union das Vertrauen der Verbraucher in eine ähnliche Qualität der Waren auf dem europäischen Binnenmarkt geschützt werden. Wird dies nicht durch das Markenrecht getan, so scheint es naheliegend, eine lauterkeitsrechtliche Regulierung vorzunehmen.

cc) Zwischenergebnis

Im Lichte dieser Argumentation scheint eine lauterkeitsrechtliche Regelung des Verkaufs von „Produkten zweierlei Qualität“ unter derselben Marke jedenfalls dann erforderlich zu sein, wenn es sich um wesentliche Unterschiede handelt, die den Verbraucher glauben lassen, das gekaufte Produkt sei überall in der Europäischen Union dasselbe.⁵⁵ Eine solche Regelung ist jedoch dem Einwand ausgesetzt, dass sie die Qualitätsfunktion der Marke im rechtlichen Sinne quasi „durch die Hintertür“ konstituiert und rechtlich anerkennt.

c) Zwischenergebnis

Insoweit bleibt festzuhalten, dass einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung des Verkaufs von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke aufgrund bisher fehlender Schutzvorschriften im Markengesetz dazu geeignet und erforderlich war, die berechtigten Interessen der Verbraucher in eine gleiche Qualität von Produkten derselben Marke zu schützen.

⁵⁴ Vgl. *Chronopoulos*, Das Markenrecht als Teil der Wettbewerbsordnung, 2013, S. 29.

⁵⁵ ABl. C 327 vom 2.3.2018.

4. Das Verhältnis von Lauterkeitsrecht und Markenrecht

Es mag jedoch verwundern, dass eine Regelung, die so stark an die Marke anknüpft, nicht im Markenrecht Niederschlag findet, sondern letztlich eine lauterkeitsrechtliche Regulierung erfährt. Ist in Fällen des Verkaufs von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke die Qualität nicht durch das Kennzeichenrecht geschützt, so ist von zentraler Bedeutung, ob überhaupt hilfsweise auf Normen des lauterkeitsrechts zurückgegriffen werden kann. Mithin stellt sich die Frage nach dem Verhältnis vom Lauterkeits- zum Markenrecht.

a) Das Verhältnis vor der UGP-Richtlinie

Zunächst ist das Verhältnis von Lauterkeitsrecht und Markenrecht vor der zu ändernden UGP-Richtlinie zu betrachten.

aa) § 2 MarkenG als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Betrachtung bildet § 2 MarkenG. Hier heißt es: „Der Schutz von Marken [...] nach diesem Gesetz schließt die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz dieser Kennzeichen nicht aus.“

Seit seiner Existenz im Markengesetz ist es umstritten, welche Funktion dem § 2 MarkenG (der in dem gleichen Wortlaut auch im aktuellen Markengesetz zu finden ist) zukommt. Während in der Literatur unter anderem von *Fezer*⁵⁶ die Auffassung vertreten wird, dass das Markenrecht keine abschließende Regelung darstelle und somit auch das Lauterkeitsrecht anwendbar sein muss, da ansonsten § 2 MarkenG bedeutungslos wäre, schloss sich ein anderer Teil der Literatur der sogenannten Vorrangthese des BGH an.

bb) Die Vorrangthese des BGH

Nach der sog. Vorrangthese des BGH stellt das Markengesetz trotz des § 2 MarkenG mit Blick auf seine Anwendbarkeit eine abschließende Regelung dar.⁵⁷

In der Grundsatzentscheidung BGH „*MAC Dog*“ hat sich der BGH 1988 ganz klar gegen eine parallele Anwendung von Markenrecht und Lauterkeitsrecht ausgesprochen.⁵⁸ Stattdessen gebühre dem Markenrecht grundsätzlich der Vorrang. Gleich-

⁵⁶ *Fezer* (Fn. 27), § 2 Rn. 1, 26 ff.; vgl. auch *Bork*, Irreführende Produktvermarktung – unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Markenrecht und Wettbewerbsrecht nach Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, 2013, S. 200 ff.

⁵⁷ *Berlit*, GRUR 2002, 572 (573); *Bork* (Fn. 48), Rn. 442.

⁵⁸ BGH Ur. v. 30.4.1998 – I ZR 268/95 = BGH GRUR 1999, 161 (162).

zeitig stellt der BGH klar, dass beim Versagen des Schutzes durch das Markenrecht auch eine Anwendung des Lauterkeitsrechts, also des UWG, als ergänzender Schutz herangezogen werden kann.⁵⁹

cc) Relativierung der Vorrangthese

Trotz der in der Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Vorrangthese, wird sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur davon ausgegangen, dass ein Vorrang des Markenrechts nach der Vorrangthese keineswegs so streng zu handhaben ist, wie es grundsätzlich möglich wäre. Dies kann der offenen Formulierung des BGH („grundsätzlich“) in seiner „MAC Dog“-Entscheidung entnommen werden.⁶⁰

Sodann formuliert der BGH in einer Reihe weiterer Entscheidungen Fallgruppen, in denen der Anwendungsbereich des Markenrechts nicht berührt werde und deshalb eine Anwendung von lauterkeitsrechtlichen Regelungen möglich ist:

Erstens soll der Vorrang des Markenrecht dann durchbrochen werden, wenn im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Bewertung entweder weitere wettbewerbswidrige Umstände hinzutreten⁶¹ oder der Sachverhalt unter einem anderen Gesichtspunkt beurteilt wird.⁶²

Zweitens dann, wenn für die rechtliche Bewertung Umstände maßgeblich sind, die in der markenrechtlichen Prüfung nicht zu berücksichtigen sind.⁶³

Und drittens soll der Anwendungsvorrang des Markenrechts auch dann eingeschränkt sein, wenn der Sachverhalt im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung von einem anderen Blickwinkel betrachtet wird.⁶⁴

dd) Zwischenergebnis

Danach bleibt festzuhalten, dass vor der Umsetzung der UGP-Richtlinie das Markenrecht trotz § 2 MarkenG grundsätzlich Anwendungsvorrang genoss, dies aber Stück für Stück durch die Rechtsprechung selbst relativiert wurde und die Anwendbarkeit von lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen nicht zwingend ausschloss. Dies gilt

⁵⁹ So auch *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2010, § 2 Rn. 1; Vgl. auch *Bärenfänger*, Das Spannungsfeld von Lauterkeitsrecht und Markenrecht unter dem neuen UWG, 1. Auflage 2010, S. 69.

⁶⁰ *Bornkamm*, GRUR 2005, 97 (98); *Bork* (Fn. 48), Rn. 449.

⁶¹ BGH Urt. v. 12.7.2001 – I ZR 100/99 = BGH GRUR 2002, 340 (342).

⁶² BGH Urt. v. 30.10.2003 – I ZR 236/97 = BGH GRUR 2004, 235 (238).

⁶³ BGH Urt. v. 6.12.2007 – I ZR 169/04 = BGH GRUR 2008, 628.

⁶⁴ BGH Urt. v. 21.9.2006 – I ZR 270/03 = BGH GRUR 2007, 339.

insbesondere dann, wenn das Kennzeichnen nicht nur Hinweis auf die betriebliche Herkunft ist, sondern zudem besondere Gütevorstellungen erweckt.⁶⁵

Bei Anwendung dieser Rechtslage auf den Fall des Verkaufs von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke würde dies bedeuten, dass bereits aufgrund der unterschiedlichen Betrachtungsweisen und dem Umstand, dass der Fall von „dual quality“ nicht durch das MarkenG ausdrücklich geschützt ist, die lauterkeitsrechtlichen Regelungen jedenfalls ergänzend Anwendung finden würden. Die fehlende markenrechtliche Regulierung also keine Sperrwirkung gegenüber dem Lauterkeitsrecht entfaltet.

b) Das Verhältnis nach der UGP-Richtlinie

Die Umsetzung der UGP-Richtlinie stelle den von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannten Vorrang des Kennzeichenrechts in Frage.⁶⁶

Nach *Köhler* sei gerade nach der UGP-Richtlinie die Abkehr von der Vorrangthese geboten.⁶⁷ Seiner Meinung nach ist der mit der Richtlinie verfolgte Zweck eines höheren Verbraucherschutzes mit dem Vorrang des Markenrechts nicht mehr vereinbar.⁶⁸

Anderer Meinung ist hingegen *Sosnitza*, der aufgrund von § 5 Abs. 2 UWG als Generalklausel keinen Grund dafür sieht, von der Vorrangthese abzuweichen.⁶⁹ Begründet wird dies unter anderem damit, dass kein eigenständiges Verbraucherinteresse an einem Schutz vor Irreführung mittels eines Kennzeichens bestehe.⁷⁰

Eine vermittelnde Ansicht nimmt *Bornkamm* ein. Nach seiner Auffassung sei seit der UGP-Richtlinie jedenfalls der Vorrang des Markenrechts zu verwerfen und auf eine konstant parallele Anwendung von Markenrecht und Lauterkeitsrecht abzustellen.⁷¹

Ferner berührt nach Erwägungsgrund 9 der UGP-Richtlinie die Richtlinie nicht die nationalen und europäischen Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums, also auch nicht das Markenrecht. Ein Vorrang des einen Rechts vor dem anderen ist

⁶⁵ BR-Drucks. 345/08, S. 30.

⁶⁶ BR-Drucks. 345/08(B), S. 30.

⁶⁷ *Köhler*, GRUR 2007, 548 (550).

⁶⁸ *Köhler*, GRUR 2007, 548 (550).

⁶⁹ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 708.

⁷⁰ *Sosnitza* (Fn. 61), § 5 Rn. 708.

⁷¹ *Bornkamm*, GRUR 2011, 1 (2).

zumindest dem Wortlaut des Erwägungsgrundes nicht zu entnehmen.⁷² Somit lässt sich im Ergebnis wohl auch für das Verhältnis von Markenrecht und Lauterkeitsrecht nach der UGP-Richtlinie die Vorrangthese des BGH nicht weiter aufrechterhalten.

Mit Blick auf die Problematik von „dual quality“-Produkten lässt sich aber festhalten, dass das Markenrecht seit seiner Einführung besondere Unlauterkeitstatbestände inkorporiert bekommen hat. So ist insbesondere der Verwechslungsschutz (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), sowie die Rufausbeutung (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) in das Markengesetz aufgenommen worden. Mit Blick hierauf scheint es also nur logisch, in Fällen von Marken dem Zeichenrecht als *lex specialis* den Vorrang zu gewähren, was jedoch – wie oben ausgeführt – die Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht zwingend ausschließt.

Auf Fälle des Verkaufs von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke scheinen diese Grundsätze jedoch nicht ohne weiteres übertragbar zu sein. Anders als in den aus der Rechtsprechung bekannten Fällen zum Verhältnis von Markenrecht und Lauterkeitsrecht gibt es im Markenrecht keinen speziellen Tatbestand der in Fällen von „dual quality“ Schutz gewährt. Somit kommt eine direkte Kollision zwischen Markenrecht und Lauterkeitsrecht in diesen Fällen ohnehin nicht in Betracht.

III. Zwischenergebnis

Somit ist in dem Richtlinienvorschlag vom 11.4.2018 COM (2018) 185 final grundsätzlich ein großer Schritt in Richtung gestärkter Verbraucherschutz zu sehen. Insbesondere der Vorschlag einer lauterkeitsrechtlichen Regelung des Verkaufs von „Produkten zweierlei Qualität“ unter derselben Marke in Art. 1 Nr. 2 ist ein wichtiger Schritt in Richtung Verbraucherschutz, indem das Vertrauen der Verbraucher in eine bestimmte Qualität mitunter als schützenswertes Interesse anerkannt wird. Es spricht viel dafür, die lauterkeitsrechtliche Regulierung als europäisches Anerkenntnis einer Qualitätsfunktion im rechtlichen Sinne zu deuten. Auch wenn dies mittels des Lauterkeitsrechts vermeintlich „durch die Hintertür“ erfolgt.

⁷² So im Ergebnis auch *Bork*, Irreführende Produktvermarktung – unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Markenrecht und Wettbewerbsrecht nach Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, 2013, Rn. 472.

C) Internationale und nationale Umsetzung des Vorschlags

Bei der Idee der Kommission, die Fälle der Doppelqualität von Waren lauterkeitsrechtlich zu regulieren, handelte es sich zunächst nur um einen Vorschlag der EU-Kommission. Dieser entfaltet weder auf Unionsebene noch im nationalen Recht eine unmittelbare Rechtswirkung. Um den Kommissionsvorschlag rechtsverbindlich auf Unionsebene und im nationalen Recht zu integrieren, bedurfte es noch zwei weitere Schritte. Zum einen muss der Vorschlag in einer Richtlinie überführt werden. Aber auch diese findet keine unmittelbare Anwendung im nationalen Rechtssystem.⁷³ Daher bedarf es ferner einer Umsetzung der EU-Richtlinie in das nationale Recht.

I. Vom Kommissionsvorschlag zur EU-Richtlinie

Der Vorschlag der EU-Kommission wurde schließlich auf Unionsebene im Jahr 2019 in Gesetzesform gegossen. Die nunmehr vom Europäischen Parlament und des Rates der Europäischen Union am 27.9.2019 erlassene sog. "Omnibus-Richtlinie"⁷⁴ sieht eine Vielzahl von Richtlinienänderungen zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherrechtsvorschriften vor. Unter anderem sieht Art. 3 Nr. 3 der RL EU/2019/2161 die von der Kommission vorgeschlagene Änderung des Art. 6 Abs. 2 der UGP-Richtlinie vor.

Nach dem neu eingefügten Art. 6 Abs. 2 lit. c) ist *"jegliche Art der Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in einem anderen Mitgliedstaat vermarkteten Ware als [irreführend anzusehen], obgleich sich diese Ware in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden"*.⁷⁵

Die Richtlinie geht jedoch noch über den Vorschlag der Kommission hinaus und beinhaltet die Möglichkeit einer Rechtfertigung des identischen Vertriebs trotz unterschiedlicher Qualitäten. So heißt es in Art. 6 Abs. 2 lit. c) weiter: *"sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist"*.⁷⁶

Insofern wurde dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 EUV Rechnung getragen. Als in Betracht kommende legitime und objektive Gründe

⁷³ Zu der Frage, wann eine EU-Richtlinie ausnahmsweise in Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendung findet, vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.1986 - C-152/84, Marshall, S. 748.

⁷⁴ RL EU/2019/2161 v. 27.11.2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328, S. 7.

⁷⁵ RL EU/2019/2161 v. 27.11.2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328, S. 19.

⁷⁶ RL EU/2019/2161 v. 27.11.2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328, S. 19.

kommen nach dem Richtliniengeber insbesondere in Betracht:

- Vorgaben des nationalen Rechts
- Verfügbarkeit oder Saisonabhängigkeit von Rohstoffen
- freiwillige Strategien zur Verbesserung des Zugangs zu gesunden und nährstoffreichen Lebensmitteln sowie
- die Anpassung von Waren derselben Marke an unterschiedliche geografische Märkte.⁷⁷

Diese Aufzählung ist indes nicht abschließend, sondern lediglich beispielhaft, so dass auch andere objektive und legitime Faktoren eine entsprechende geschäftliche Handlung rechtfertigen können.⁷⁸

Darüber hinaus fällt auf, dass sich die durch den Europäischen Ausschuss der Regionen vorgeschlagene Änderung und Konkretisierung, wann ein Produkt als identisch vermarktet gilt, sich nicht durchsetzen konnte.⁷⁹

II. UWG-Novelle 2022

Die Umsetzung der “Omnibusrichtlinie” und damit auch die Umsetzung der lauterkeitsrechtlichen Regelung des Verkaufs von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke erfolgte in Deutschland nunmehr durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht.⁸⁰

Der Verkauf von Produkten zweierlei Qualität unter derselben Marke soll insofern in § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG normiert werden. Danach ist eine geschäftliche Handlung auch dann **“irreführend, wenn [...] mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Markt bereitgestellten Ware vermarktet wird, obwohl sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder in ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist.”**⁸¹

⁷⁷ Erwägungsgrund Nr. 53 der RL EU/2019/2161 v. 27.11.2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328, S. 16.

⁷⁸ Vgl. RefE des BMJV, S. 29, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 14.1.2022.

⁷⁹ Vgl. hierzu B.II.2., S. 19 f.

⁸⁰ BGBl 2021, Teil I Nr. 53, 3504.

⁸¹ Hervorhebungen nur hier durch den Autor.

Der deutsche Gesetzgeber orientiert sich damit stark am Richtlinienwortlaut. Als legitimer und objektiver Faktor zur Rechtfertigung etwaiger geschäftlicher Handlungen nennt der Referentenentwurf zudem als möglichen Rechtfertigungsgrund die Anpassung des Produkts an eine unterschiedliche Verbraucherpräferenz.⁸² Ob für die identische Vermarktung als geschäftliche Handlung ein legitimer und objektiver Grund vorliegt und diese deshalb unter die Rückausnahme fällt, bedarf der Prüfung im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände. Die Vielzahl denkbarer (ggf. legitimer) Faktoren zur Begründung der Ausnahmeregelung bürgt im Grundsatz jedoch die Gefahr, dass der Irreführungstatbestand des § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG im Ergebnis leerläuft und ein besserer Verbraucherschutz sich in der Praxis nicht durchzusetzen vermag.

Im Ergebnis wurde durch die Verankerung einer Rückausnahme iSe Rechtfertigung des identischen Vertriebs trotz unterschiedlicher Qualität die Einwände der Hersteller berücksichtigt. Die Rückausnahmen dürften darüber hinaus mit Blick auf das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 GG) erforderlich gewesen sein.⁸³

III. Ist die Gesetzesänderung in dieser Form erforderlich?

Fraglich ist darüber hinaus, ob eine solche Gesetzesänderung auf Unionsebene und nationaler Ebene überhaupt erforderlich war, oder ob Fälle von „dual quality“ nicht schon vor der Richtlinie EU/2019/2161 und dem UWG in seiner Fassung vom 1.12.2021 erfasst war.

Hierauf deutet bereits Erwägungsgrund Nr. 52 der RL (EU) 2019/2161 hin, in dem es heißt: „Um die Anwendung *des geltenden Unionsrechts* [...] *zu erleichtern*“. Bereits dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass der bewusste Vertrieb von Waren mit „Doppelqualität“ unter das zuvor geltende EU-Recht fielt und die ausdrückliche Schaffung eines Irreführungstatbestandes lediglich klarstellender Natur ist.⁸⁴

Darüber hinaus hat die EU-Kommission bereits mit Bekanntmachung vom 29.9.2017 Leitlinien entwickelt, wie die mitgliedstaatlichen Behörden mit Fällen

⁸² Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, S. 334, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf;jsessionid=FB6E8CE0BFF3945052C9DC014F7F2399.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 10.2.2022.

⁸³ Hierzu auf Unionsebene bereits unter C.I., S. 34 f.

⁸⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 52 der RL (EU) 2019/2161.

von Waren zweierlei Qualität unter der bisherigen Rechtslage umzugehen haben.⁸⁵ Dabei weist die Kommission explizit darauf hin, dass die UGP-Richtlinie nach Art. 3 Abs. 4 *lex specialis* zu den sektorspezifischen Vorschriften (hier ist insbesondere die sog. Lebensmittelinformationsverordnung zu nennen) ist.⁸⁶ Dementsprechend genießt die UGP-Richtlinie Anwendungsvorrang, wenn es um die Frage irreführender Geschäftspraktiken geht.

Die Kommission arbeitete insofern heraus, dass es stets einer Prüfung im Einzelfall bedürfe. Unter anderem sei ein Verstoß gegen die UGP-Richtlinie insbesondere dann denkbar, wenn „der Verbraucher berechnete besondere Erwartungen an ein Produkt im Vergleich zu einem „Referenzprodukt“ hat und das Produkt erheblich von diesen Erwartungen abweicht“.⁸⁷

Zur Beschreibung des „Referenzproduktes“ seien die Vermarktung des Produkts unter derselben Verpackung und Markenkennzeichnung, der Verkauf unter einer ganz bestimmten Zusammensetzung sowie die Wahrnehmung des Produkts durch die Verbraucher maßgeblich.⁸⁸

Ein Verstoß gegen die UGP-Richtlinie und damit auch gegen das UWG, das in großen Teilen bereits auf EU-Recht beruht, kam demnach bereits vorher in Betracht, wenn das betroffene Produkt zwar den sektorspezifischen Vorschriften entspricht, es aber trotz unterschiedlicher Zusammensetzung unter derselben Marke und Verpackung beworben wird, ohne dass die Verbraucher über den Qualitätsunterschied hinreichend informiert wurden.⁸⁹

D) Markenrechtliche Regulierung als *lex specialis*?

Ferner stellt sich die Frage, ob das Markenrecht *lex specialis* ist und es gerade deshalb an der Zeit wäre, die Qualitätsfunktion als eigenständige und rechtlich geschützte Markenfunktion anzuerkennen und den mit ihr verbundenen Schutz des Verbrauchers als Teil des Markenrechts in das Markengesetz zu integrieren. Dann wäre eine lauterkeitsrechtliche Regelung obsolet.

⁸⁵ ABl. C 327 vom 29.9.2017, S. 1 ff.

⁸⁶ ABl. C 327 vom 29.9.2017, S. 4.

⁸⁷ ABl. C 327 vom 29.9.2017, S. 4.

⁸⁸ ABl. C 327 vom 29.9.2017, S. 4.

⁸⁹ S. hierzu das Schaubild in ABl. C 327 vom 29.9.2017, S. 7.

I. Das Ausschließlichkeitsrecht als Kern des Markenrechts

Dem scheint auf den ersten Blick grundsätzlich entgegenzustehen, dass das Markenrecht im Kern die individuellen und wirtschaftlichen Interessen des Markeninhabers schützt. Dies ist bereits daraus zu entnehmen, dass § 14 Abs. 1 MarkenG dem Markeninhaber das ausschließliche Recht verleiht, seine Marke zu benutzen. Damit gewährleistet das Markenrecht in seiner Konzeption wie wir sie heute kennen hauptsächlich nur einen Individualschutz zugunsten des Markeninhabers. Dem Markengesetz ist an einigen Stellen jedoch auch - zumindest sekundär - ein Schutz des Verbraucherinteresses zu entnehmen. Dies wird vor allem auch dadurch deutlich, dass nach Art. 1 des MaMoG⁹⁰ vom 11.12.2018 die Gewährleistungsmarke in das deutsche Markengesetz aufgenommen werden sollte.

Nunmehr gewährleistet nach § 106a MarkenG *„der Inhaber der Gewährleistungsmarke [...] für die Waren und Dienstleistungen, für die sie angemeldet wird [...] die Qualität [...]“*.

Insofern ist der demokratisch legitimierte Gesetzgeber bereits bemüht, die Verbraucher und ihr Vertrauen in eine bestimmte Qualität von Markenwaren über das Markenrecht zu schützen. So wird in dem entsprechenden Gesetzesentwurf ausgeführt:

„Gewährleistungsmarken zeichnen sich dadurch aus, dass im Vergleich zur Individualmarke nicht die Herkunftsfunktion, sondern die Garantiefunktion im Vordergrund steht.“⁹¹

Dies kann nach der hier vertretenen Auffassung jedoch dem Schutz der Verbraucher in tatsächlicher Hinsicht nicht genügend Rechnung tragen. Sinn und Zweck der Gewährleistungsmarke ist, dass Unternehmen bei Erfüllung von bestimmten Voraussetzungen für ihre Produkte eine Art markenrechtlich geschütztes Gütesiegel erwerben können, was die Qualität ihrer Produkte bescheinigt, sodass die Kunden aufgrund des Gütesiegels die Produkte kaufen.⁹²

Letztendlich führt dies grundsätzlich nur dazu, dass Unternehmen sich damit stetig anwachsende Gewinne und steigende – zumindest aber konstant bleibende – Käuferzahlen erhoffen. Das Vertrauen der Verbraucher in die Qualität eines Produktes aufgrund eines Gütesiegels (welches künftig als Gewährleistungsmarke geschützt werden soll) scheint gerade aufgrund bestimmter Negativbeispiele nicht besonders stark zu sein. Dass ein Gütesiegel kein Garant für eine bestimmte – insbesondere für

⁹⁰ Markenrechtsmodernisierungsgesetz.

⁹¹ BT-Drucks. 19/2898, S. 2.

⁹² BT-Drucks. 19/2898, S. 2.

eine gute – Qualität ist, machte das ZDF⁹³ deutlich.

So gründete ein ZDF-Reporter in der Sendung „*Frontal 21*“ eine Scheinfirma und „panschte“ eine Wurst zusammen, welche insgesamt nur aus 9% Fleisch bestand. Die verbleibenden 91% waren Wasser und sogenanntes Separatorenfleisch. Die so hergestellte Wurst wurde sodann an die Deutsche Landwirtschafts-Gesellschaft (DLG) gesandt, welche die Wurst trotz ihrer qualitativ schlechten Zusammensetzung mit dem silbernen DLG-Preis auszeichnete.⁹⁴ Dabei wirbt die DLG in ihrem Flyer selbst damit, dass Ihre Prüfzeichen „für den Beweis höchster Produktqualität“ stehen.⁹⁵ Dem scheint offensichtlich nicht so zu sein.

Unabhängig von diesem Beispiel und der hier vertretenen Auffassung, soll die Gewährleistungsmarke zumindest objektiv und nach dem Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers dem Verbraucherschutzinteresse des Markengesetzes Rechnung tragen.⁹⁶

Eine solche Verbraucherschutzfunktion des Kennzeichenrechts bejahte bereits der EuGH 1976 in seiner Entscheidung „Terranova/Terrapin“. Der EuGH führt aus, dass es „[...] die Hauptfunktion des Warenzeichens [ist], dem **Verbraucher**⁹⁷ die Identität des Warenursprungs zu garantieren [...]“.

Damit scheint es nicht gänzlich abwegig, den verbraucherschützenden Aspekt des Markenrechts auch dahingehend fortzuentwickeln, dass das Markengesetz nicht weiter nur als Katalog der Rechte eines Markenrechtinhabers, sondern ebenfalls als ein Pflichtenkatalog zu verstehen ist. Somit käme statt einer Änderung des Lauterkeitsrecht eine Änderung des Markengesetzes in Betracht.

II. Ein Irreführungstatbestand im MarkenG?

Es wäre damit der Vorschlag zu unterbreiten, einen eigenen Irreführungstatbestand, der dem Wortlaut des Kommissionsvorschlags gleicht, in das Markengesetz zu inkorporieren. Nur dann scheint eine klare Rechtsdurchsetzung und ein Schutz der

⁹³ Abk. für Zweites Deutsches Fernsehen, Anstalt des öffentlichen Rechts, ZDF-Straße 1, 55127 Mainz.

⁹⁴ *Focus Online*, Wie gefährlich ist Separatorenfleisch? ZDF-Reporter setzt Prüfern gepanschte Ekel-Wurst vor – die vergeben Gütesiegel, https://www.focus.de/gesundheit/ernaehrung/zdf-magazin-frontal-21-gepanschte-wurst-erhaelt-silbermedaille-der-deutschen-landwirtschafts-gesellschaft_id_8743328.html, zuletzt abgerufen am 26.3.2019.

⁹⁵ *DLG*, <https://www.dlg.org/fileadmin/downloads/tests/DLG-ANERKANNT.pdf>, zuletzt abgerufen am 26.03.2019.

⁹⁶ BT-Drucks. 19/2898, S. 2.

⁹⁷ Hervorgehoben durch den *Autor*.

Qualitätsfunktion unter markenrechtlichen Aspekten möglich zu sein.

Dies entspricht auch den modernen Anforderungen an eine Marke. Die Marke als Kennzeichen für bestimmte Produkte eines Unternehmens muss in einer schnelllebigen und kommunikativen Gesellschaft mehr können, als nur Hinweis auf die Herkunft eines Produkts zu sein.

Gerade auch mit Blick auf die Harmonisierung des Markenrechts im Binnenmarkt und dem Verlangen der Union nach einem höheren Verbraucherschutz scheint es nötig, dass das Markenrecht neben etwaigen Privilegierungen auch Grenzen und Pflichten aufzeigt, an die sich ein Unternehmen im Rahmen des Allgemeininteresses und Verbraucherschutzes zu halten hat. Dazu zählt auch, dass ein Markeninhaber unter einer Marke nicht gleiche Produkte in unterschiedlichen Qualitäten oder Zusammensetzungen vertreibt. Markeninhabern ist es aufgrund ihres wirtschaftlichen Privilegs in Form eines Ausschließlichkeitsrechts auch zumutbar, die Mehrkosten für etwaige Hinweise oder andere Maßnahmen aufzuwenden, die zur Vermeidung von Irrtümern bei den Verbrauchern beitragen.

An dieser Stelle sei erneut beispielhaft auf die Vermarktungsstrategie von *COCA-COLA* hingewiesen, welche in ihren verschiedenen Ausführungen unter abgewandelten Marken (zB „Coca-Cola light“ oder „Coca-Cola zero“) vertrieben wird.⁹⁸

III. Lösung von Konkurrenzfragen

Die Inkorporierung eines Tatbestandes in das Markengesetz, welcher dem Schutz der Qualitätsfunktion dient, würde zudem zur Lösung möglicher Konflikte im Verhältnis zwischen Markenrecht und Lauterkeitsrecht führen. Bedenken dahingehend, dass bei Anwendung des Lauterkeitsrechts spezialgesetzliche Regelungen oder Wertungen des Markenrechts unterlaufen werden würden, würden dadurch beseitigt werden.

Im Ergebnis spräche somit vieles für eine Änderung beziehungsweise Anpassung des Markengesetzes statt einer Novellierung des UWGs in Fällen von „dual quality“.⁹⁹

Gegen diese Ansicht spricht jedoch der Umstand, dass das Lauterkeitsrecht für Irreführungstatbestände *lex specialis* ist und Irreführungstatbestände in anderen Regelungsmaterien eher die Ausnahme als die Regel darstellen. Dieses

⁹⁸ Vgl. hierzu bereits unter B) II. 3. b) aa), S. 27.

⁹⁹ Im Ergebnis auch gegen den ausschließlichen Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht/UWG: Henning-Bodewig/Kur (Fn. 19), S. 280.

Regel-Ausnahme-Verhältnis sollte nicht einfach verworfen werden.

Indes bedürfte es einer lauterkeitsrechtlichen Regulierung schon gar nicht, wenn nunmehr eine Qualitätsfunktion im rechtlichen Sinne anerkannt und entsprechend durch das Markengesetz geschützt werden würde.

E) Fazit

Im Ergebnis ist die Änderung des UWG und die lauterkeitsrechtliche Regulierung des Verkaufs von Produkten unterschiedlicher Qualitäten unter derselben Marke ab dem 28.5.2022 in § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG dennoch zu begrüßen und als positiver Schritt in Richtung erhöhter Verbraucherschutz zu bewerten. Denn wie *Jean-Claude Juncker* in seiner Rede zur Lage der Union 2017 richtiger Weise appellierte, darf es keinen Verbraucher zweiter Klasse geben. Die Interessen der Markenrechtsinhaber und derjenigen der Verbraucher müssen in ein ausgewogenes Gleichgewicht gebracht werden. Ob jedoch eine lauterkeitsrechtliche Regulierung im Kern der richtige Weg ist, darf durchaus kritisch betrachtet werden.¹⁰⁰

Vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass eine lauterkeitsrechtliche Regelung einer Verortung im Markengesetz nicht entgegensteht, solange das subjektive Recht an der Marke als Kern des MarkenG unberührt bleibt.¹⁰¹ Vielmehr wurde insbesondere mit Verweis auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verdeutlicht, dass eine solche Regelung im MarkenG nicht völlig systemfremd wäre.

Jedenfalls waren die Fälle der Doppelqualität von Waren auf dem europäischen Binnenmarkt bereits von der UGP-RL in ihrer alten Fassung uU erfasst.¹⁰² Nicht bestreitbar ist jedoch, dass mit der ausdrücklichen gesetzlichen Normierung eines Irreführungstatbestandes der Grad an Rechtssicherheit für Verbraucher, Behörden, Gerichte und Hersteller signifikant steigt. Mittelbar kann die Richtlinie und die auf dieser beruhende UWG-Änderung als Eingeständnis einer Qualitätsfunktion im rechtlichen Sinne betrachtet werden.

¹⁰⁰ Gegen den ausschließlichen Schutz der Qualitätserwartungen von Verbrauchern durch das UWG: *Henning-Bodewig/Kur* (Fn. 19), S. 280.

¹⁰¹ Vgl. auch *Henning-Bodewig/Kur* (Fn. 19), S. 280.

¹⁰² Hierzu oben unter C) III., S. 36 f.

Dr. Christopher Salm

Praktikum oder Referendarstation im Ausland?

– Ein Reisebericht aus Estland

Dieser Reisebericht über meine Zeit in einer Anwaltskanzlei in Tallinn soll diejenigen ermutigen, die während ihres Studiums oder juristischen Vorbereitungsdienstes mit einer Station im Ausland liebäugeln.



Juristische Grundlagen

Der Jurist kommt natürlich nicht umhin, vorab die juristischen Grundlagen eines Praktikums oder einer Referendarstation im Ausland darzustellen.¹

Betreffend das Praktikum während des Studiums heißt es in § 7 des Juristenausbildungsgesetzes (JAG)² schlicht, dass der Student während der vorlesungsfreien Zeit für die Dauer von insgesamt drei Monaten an praktischen Studienzeiten teilzunehmen hat. Die Regelung des § 7 JAG wird durch § 2 der Juristenausbildungsordnung (JAO)³ präzisiert. Die praktischen Studienzeiten können gem. § 2 Abs. 1 litt. a) – i)

¹ Die juristischen Grundlagen für ein Praktikum oder eine Referendarstation im Ausland beziehen sich im Folgenden auf ein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes und den juristischen Vorbereitungsdienst am Saarländischen Oberlandesgericht.

² Gesetz Nr. 1228 über die juristische Ausbildung (Juristenausbildungsgesetz - JAG -) vom 6. Juli 1988 in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juni 2015.

³ Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über die juristische Ausbildung

JAO bei gesetzgebenden Körperschaften, Verwaltungsbehörden, Gerichten, Staatsanwaltschaften, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, Rechtsanwälten, Notaren, Rechtsabteilungen von Verbänden und Wirtschaftsunternehmen oder sonstigen Stellen, die der Präsident des Landesprüfungsamtes für geeignet erklärt, abgeleistet werden. Der Präsident des Landesprüfungsamtes für Juristen bei dem Ministerium der Justiz ist zuständig für die Anerkennung von im Ausland abgeleiteten Praktika.⁴ Um etwaige Probleme zu vermeiden, empfiehlt es sich, bei dem zuständigen Präsidenten des Landesprüfungsamtes für Juristen nachzufragen, ob die konkret ins Auge gefasste Station im Ausland auch anerkannt werden kann. Die Mindestdauer eines Praktikums soll nach § 2 Abs. 2 Satz 1 JAO einen Monat nicht unterschreiten.

Gem. § 24 Abs. 2 Nr. 4 JAG wird der Rechtsreferendar vier Monate bei einem Rechtsanwalt (Rechtsanwalt II) ausgebildet, wobei nach § 24 Abs. 3 Satz 2 HS. 1 JAG die Ausbildung bei einem ausländischen Rechtsanwalt erfolgen kann. Des Weiteren wird nach § 24 Abs. 2, 4 JAG der Rechtsreferendar bei einer von ihm ausgewählten Wahlstation ausgebildet, die die praktische Ausbildung des Rechtsreferendars sachgerecht ergänzen soll. Der saarländische Referendar hat demnach die Möglichkeit sowohl seine Rechtsanwalt II Station als auch seine Wahlstation im Ausland zu absolvieren.

Ausbildungsstellen im Ausland

Passende Ausbildungsstellen im Ausland finden sich am einfachsten durch eine einschlägige Internetrecherche, beispielsweise über die Internetpräsenz des Saarländischen Oberlandesgerichtes unter dem Reiter „Referendariat im Saarland – Stationsangebote“⁵ oder die der Botschaften der Bundesrepublik Deutschland über den Konsularservice. Dieser enthalten Listen von Anwälten und Notaren, die insbesondere eine eigene Kategorie der Bereitschaft zur Aufnahme deutscher Rechtsreferendare zur Ausbildung haben.⁶

(Juristenausbildungsordnung - JAO -) vom 3. Oktober 1988 in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Januar 2004, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 27. Januar 2021 (Amtsbl. I S. 222).

⁴ Siehe hierzu <https://www.uni-saarland.de/en/faculty/r/studium/haeufige-fragen-zum-studien-gang-rechtswissenschaft-faq/praktische-studienzeiten.html> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

⁵ <https://www.olg-saarland.de/referendariat-im-saarland/stationsangebote/> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

⁶ <https://tallinn.diplo.de/blob/2189398/48bfeac08727a11497baca878d97b83c/listen-anwaelte-2019-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.03.2022).

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, eine dieser Stationen in einer Großkanzlei zu absolvieren, die oft weltweit über Dependancen verfügen. In Gesprächen mit Großkanzleien bei dem Veranstaltungsformat „Perspektive Wirtschaftskanzlei“ des Online-Stipendiums und Karrierenetzwerkes *e-fellows* wurde mir von jeder Kanzlei auf die Frage nach einer Station im Ausland geantwortet, dass dies grundsätzlich möglich sei und regelmäßig dann angeboten werde, wenn zumindest auch eine Station im Inland abgeleistet werden würde – meiner Meinung nach ein fairer Deal.

Für ein Praktikum oder die Wahlstation stehen als weitere Ausbildungsstellen auch die Botschaften selbst oder die Auslandshandelskammern zur Verfügung.

Ich hatte mir die Kanzleien über die Liste der Botschaft angesehen, habe jede der Kanzleien in die Google-Suchmaschine eingegeben und mich schließlich für die Kanzlei *bnt Advokaadibüroo OÜ* in Tallinn entschieden. Auf eine schlichte E-Mail mit dem grundsätzlichen Interesse an einer Referendarstation im Ausland habe ich binnen zwei Tagen als Antwort bekommen, dass ich mich einfach telefonisch melden solle. Zertifizierte Sprachniveaus oder eine gewisse Examensnote wurden nicht verlangt; es wurde sich vielmehr über mein Interesse gefreut.

Wer sich also für eine Station im Ausland interessiert, den kann ich nur ermutigen, sich über geeignete Ausbildungsstellen über eine Internetrecherche zu informieren und den Schritt zu wagen, einfach zu beginnen.

Länderbericht Estland

Estland liegt zwischen den Breitengraden 57°30' N und 59°49' N und den Längengraden 21°46' E und 28°13' E und fast die Hälfte des Landes ist mit Wald bedeckt.⁷ Die gemessene Rekordkälte ist – 43,5 °C und die wärmste je gemessene Temperatur beträgt 35,6 °C.⁸

Die Republik Estland, liebevoll auch baltischer Tiger genannt, ist mit ihren fast 1,33 Mio. Einwohnern⁹ der viertkleinste Mitgliedsstaat der Europäischen Union und gehört neben den Republiken Lettland und Litauen zu den sog. baltischen Staaten.

⁷ Climate ADAPT, <https://climate-adapt.eea.europa.eu/countries-regions/countries/estonia> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

⁸ Estonian Weather Service, <http://www.ilmateenistus.ee/kliima/rekordid/ohutemperatuur/?lang=en> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

⁹ Eurostat, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/TPS00001/bookmark/table?bookmarkId=c0aa2b16-607c-4429-abb3-a4c8d74f7d1e> (zul. abgerufen am 28.03.2021).

Schon seit dem Mittelalter gab es Handel zwischen frühhansischen Kaufleuten und dem Gebiet des heutigen Estland und Lettland, das bis in die Frühe Neuzeit hinein als „Livland“ bezeichnet wurde.¹⁰ Der dänische König verlieh Tallinn (früher Reval) im Jahr 1248 das Lübsche Stadtrecht und Tallinn gehörte neben anderen estnischen Städten zur Hanse.¹¹ Im Jahre 1346 verkaufte der dänische König das Herzogtum Estland an den Deutschen Orden, der es seinem Herrschaftsgebiet einverleibte.¹² Selbst in den anschließenden Jahren schwedischer (1561 bis 1710) und russischer (1710 bis 1918) Herrschaft dominierte der deutsche Einfluss fast siebenhundert Jahre lang Estland.¹³

Während des ersten Weltkrieges folgte auf die Proklamation der Unabhängigkeit und der Gründung der Republik Estland am 24.02.1918 unmittelbar die Besetzung Estlands durch deutsche Truppen.¹⁴ Die Unabhängigkeit Estlands konnte jedoch erst nach dem baltischen Freiheitskrieg von 1918 bis 1920 durch den Friedensvertrag von Dorpat vom 02.02.1920, in dem Russland auf Gebietsansprüche verzichtete, durchgesetzt werden.¹⁵ Allerdings währte die Unabhängigkeit nicht lange, denn durch die Unterzeichnung des sog. Hitler-Stalin-Paktes¹⁶ wurde das Schicksal der baltischen Staaten besiegelt und Estland 1940 in die Sowjetunion eingegliedert.¹⁷ Mit dem Überfall Hitlers auf die Sowjetunion im Sommer 1941 wurden die baltischen Länder und Weißrussland von der deutschen Besatzungsmacht zum „Reichskommissariat Ostland“ zusammengefasst.¹⁸ Nachdem die Sowjetunion das Baltikum in den Jahren 1944/45 zurückeroberte, wurde Estland wieder Teil und Spielball der Sowjetunion.¹⁹ Seine Unabhängigkeit erlangte Estland erst am 20. August 1991

¹⁰ *Angermann/Brüggemann*, Geschichte der baltischen Länder, 2021, S. 11 f.

¹¹ *Chertkov*, Estland: Eine kurze Einführung in die Geschichte und Kultur, <https://www.vistestonia.com/de/uber-estland/estland-eine-kurze-einfuehrung-in-geschichte-und-kultur> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

¹² *Angermann/Brüggemann*, Geschichte der baltischen Länder, 2021, S. 12.

¹³ *Lucius*, Drei baltische Wege, 2011, S. 120.

¹⁴ *Garleff*, in: Die baltischen Staaten. Der Bürger im Staat, Lpb Baden-Württemberg (Hrsg.), Heft 2/3 2004, S. 92 (96 f.).

¹⁵ *Garleff*, in: Die baltischen Staaten. Der Bürger im Staat, Lpb Baden-Württemberg (Hrsg.), Heft 2/3 2004, S. 92 (97).

¹⁶ Nichtangriffsvertrag zwischen Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken als offizielle Bezeichnung; auch als *Molotow-Ribbentrop-Pakt* bekannt.

¹⁷ *Garleff*, in: Die baltischen Staaten. Der Bürger im Staat, Lpb Baden-Württemberg (Hrsg.), Heft 2/3 2004, S. 92 (99 f.).

¹⁸ *Garleff*, in: Die baltischen Staaten. Der Bürger im Staat, Lpb Baden-Württemberg (Hrsg.), Heft 2/3 2004, S. 92 (99).

¹⁹ Bpb, Vor 30 Jahren: Estland und Lettland erklären Unabhängigkeit, 19.08.2021, <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/338777/vor-30-jahren-estland-und-lettland-erklae-ren-unabhaengigkeit> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

wieder und wurde 2004 Mitglied der Europäischen Union und der NATO.²⁰

Von der bewegten Geschichte Estlands ins Hier und Jetzt: Estland gilt als führende Nation im Bereich der Digitalisierung. Die Computerzeitschrift Wired titelte bereits 2016 „Welcome to E-stonia, the world's most digitally advanced society“²¹ und in der Tat sind im Bereich des *E-Government* bereits 99 % der Behördendienste online.²² Einzige Ausnahmen sind Heirat, Scheidung und Grundstücksgeschäfte.²³ Estland ist auch das erste Land, das mit der sog. *e-Residency* eine Art digitale Identität vergibt, die den *e-Residents* einen Zugang zum estnischen Markt eröffnet, indem sie weltweit online eine Gesellschaft mit Sitz in der Europäischen Union gründen können.²⁴ Hier wird Digitalisierung als ein Geschäftsmodell verstanden und die Gründung eines Unternehmens dauert im Regelfall keine 48 Stunden. Als Estland im Rahmen der COVID-19-Pandemie erstmals am 16.03.2020 die Schulen schloss, konnte der Unterricht nicht nur sofort digital umgestellt werden, sondern Estland bot anderen Ländern seine digitalen Bildungslösungen sogar kostenlos zur Unterstützung an.²⁵

Reisebericht

Vor Ablauf der Frist für das Zuweisungsgesuch der Rechtsanwältin II Station überlegte ich, warum nicht nach den schriftlichen Prüfungen zum 2. Examen dem Lerntritt, den eigenen vier Wänden entfliehen, ein kleines Abenteuer wagen und die Komfortzone verlassen? Viele der Studentinnen und Studenten an der Universität des Saarlandes und der Referendarkollegen leiden vermutlich genau wie ich an der sog. Saarländer-Krankheit: im Saarland geboren, aufgewachsen, zur Schule gegangen, seine Jugend verbracht, hier studiert und sich natürlich auch für das Referendariat im Saarland entschieden. Gegen Krankheiten hilft bekanntlich nur Medizin und in diesem Fall lautet das Rezept raus aus der gewohnten Umgebung und rein in ein fremdes Land und eine unbekannte Stadt. Wobei mir die Stadt Tallinn gar nicht so unbekannt war, denn bereits ein Jahr zuvor besuchte ich die Stadt mit einer Stiftung

²⁰ Garleff, in: Die baltischen Staaten. Der Bürger im Staat, Lpb Baden-Württemberg (Hrsg.), Heft 2/3 2004, S. 92 (101); Kasekamp, integration, Heft 4/2013, S. 279 (283 f.).

²¹ Reynolds, Welcome to E-stonia, the world's most digitally advanced society, 20.10.2016, <https://www.wired.co.uk/article/digital-estonia> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

²² <https://e-estonia.com/> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

²³ Vgl. Goldberg, Estland, der digitale Musterstaat, JuWissBlog Nr. 112/2017 vom 23.10.2020, <https://www.juwiss.de/112-2017/> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

²⁴ <https://e-resident.gov.ee/> (zul. abgerufen am 28.03.2021).

²⁵ <https://www.hm.ee/en/news/estonia-offers-its-digital-education-solutions-free-support-other-countries> (zul. abgerufen am 28.03.2021).

im Rahmen einer Studienreise, um sich über den digitalen Fortschritt Estlands im Bereich der Verwaltung zu informieren. Die Stadt hat mich sofort mit ihrem Charakter gefesselt. Durch die Geschichte Estlands ergibt sich in Tallinn ein einzigartiger Kontrast zwischen dem mittelalterlichen Stadtzentrum, den Gebäuden nach dem Ideal des Sowjetmenschen und der modernen Architektur des 21. Jahrhunderts. Die historische Altstadt (estnisch „Vanalinn“) mit ihren Ursprüngen im 13. Jahrhundert gehört seit 1997 zum UNESCO-Weltkulturerbe.²⁶

Innerhalb von zwei Wochen habe ich mich schnell in der Stadt und in der Kanzlei eingelebt. Die Kanzlei *bnt attorneys in CEE* hat sich auf deutsche Unternehmen in Mittel- und Osteuropa als Mandanten spezialisiert. Als Referendar am estnischen Standort in Tallinn habe ich aber auch den Partnern der anderen baltischen Standorte in Riga und Vilnius zugearbeitet. Nicht vergessen werde ich den ersten Fall, der mir anvertraut wurde: Ein deutscher Staatsangehöriger vermietet seinen PKW eines deutschen Automobilherstellers über eine estnische, digitale Vermittlungsplattform für Autovermietungen an eine Belgierin, die nach Ablauf des vereinbarten Rückgabedatums einen Wildunfall mit einem Elch verursachte. Das Auto ein Totalschaden, das zur Hilfe gerufene Abschleppunternehmen natürlich kein Vertragspartner der Vermittlungsplattform und die Versicherung verweigerte die Zahlung, denn der Versicherungsschutz war an die Mietzeit geknüpft und der Unfall ereignete sich zwei Stunden nach vereinbartem Rückgabetermin. Einen ikonischeren Sachverhalt kann sich wohl selbst ein wissenschaftlicher Mitarbeiter an einem Lehrstuhl nicht ausdenken. Zur Bearbeitung von Fällen deutscher Mandanten im Ausland braucht man als juristisches Handwerkszeug internationales Privat- und Zivilprozessrecht. Also musste ich erstmal tief in die Mottenkiste greifen, denn diese Rechtsdisziplinen werden bei der Vorbereitung auf das 1. und 2. Examen zu gern nur stiefmütterlich behandelt.

Vor meiner Abreise habe ich mir die Frage gestellt, wie es sich mit dem Thema Sprachen vor Ort verhält. Welches Gericht sich hinter einer Speisekarte auf Estnisch verbirgt, lässt sich bei den der estnischen Sprache typischen ä, ü, ö, õ weder auf den ersten noch den zweiten Blick entziffern. Gott sei Dank ist Tallinn eine Touristenstadt und in jedem Restaurant und im Supermarkt kommt man mit Englisch sehr gut zurecht. Ansonsten empfiehlt sich die online Übersetzungsplattform DeepL, mit der man fast problemlos Estnisch ins Deutsche oder Englische übersetzen kann. In der Kanzlei haben eine der beiden Partnerinnen und die Büroleiterin fließend deutsch gesprochen, ansonsten wurde sich auf Englisch unterhalten.

²⁶ World Heritage Convention, <https://whc.unesco.org/en/list/822/> (zul. abgerufen am 28.03.2022).

In der Freizeit hat Tallinn auch einiges zu bieten, denn Tallinn ist nicht nur mit ca. 425.000 Einwohner die mit Abstand größte Stadt Estlands, sondern als Hauptstadt eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union das wirtschaftliche und kulturelle Zentrum des Landes. So war Estland während meines Aufenthaltes eines von vier Gastgeberländern der Volleyball-Europameisterschaft der Männer 2021. Fußballfans dagegen hatten die Möglichkeit, in der A. Le Coq Arena Zeuge einer spektakulären 2:5 Niederlage der estnischen Fußballnationalmannschaft gegen Belgien zu werden. An fast jedem Wochenende finden Kunst- oder Musikfestivals in der Stadt und fast täglich Partyevents in den Bars und Clubs statt. Ich nahm in meiner zweiten Woche an einer Erasmus-Studentenparty teil und lernte Studenten unter anderem aus Deutschland, Nigeria, den Niederlanden und Irland kennen. Für mich war es die erste Party seit der Corona-Pandemie in einem Club. Nach Vorweisen des Impfpasses und Personalausweises galten keine weiteren Beschränkungen mehr, stattdessen tanzende Menschen Schweiß an Schweiß – ein Kompott aus mulmigem Gefühl, Unsicherheit, aber auch Freiheit und alter Normalität.

Die Freunde eines feinen Gaumens kommen auch auf ihre Kosten. Tallinn bietet eine große Variationsbreite an Restaurants und Cafés verschiedenster Länderküchen. Obwohl Tallinn direkt am Meer liegt, gibt es leider keine Fischbrötchen, die der Deutsche Ostseeurlauber eigentlich erwarten würde. Mein persönlicher kulinarischer Höhepunkt sind die Zimtschnecken der RØST Bakery im sog. Rotermann Viertel. Die Besonderheit dieses Viertels ist seine Architektur, denn die alten Industriegebäude wurden saniert, mit neuer Architektur verwoben und umgewidmet in moderne Büro- und Geschäftsgebäude, sodass eine besondere Atmosphäre entsteht.

Auch außerhalb von Tallinn gibt es in Estland viel zu erkunden. Zwei Stunden Zugfahrt von Tallinn entfernt liegt die Universitätsstadt Tartu (deutsch Dorpat) mit historischem Rathausgebäude und Domberg. Auf dem Domberg befinden sich neben der mittelalterlichen Domruine das Universitätsmuseum, der Oberste Gerichtshof (estnisch „Riigikohus“) und mehrere Universitätsgebäude. In Tartu habe ich das estnische Nationalmuseum besucht, das Ausstellungen zur Geschichte und Identität des Landes und zu anderen Themen bietet.

Für Naturliebhaber gibt es in den sechs Nationalparks des Landes eine Vielfalt an Wäldern, Wiesen, Mooren und Sümpfen und heimischen Tieren zu erleben.

Bei einem Blick auf die Landkarte wird schnell deutlich, welche weiteren Reisemöglichkeiten sich mit Tallinn als Ausgangspunkt ergeben: in vier Stunden mit dem Bus nach Riga, die Hauptstadt Lettlands, mit der Fähre binnen zwei Stunden nach Helsinki ins benachbarte Finnland oder mit der Nachtfähre die Ostsee ins benachbarte Stockholm überqueren. Vor Corona bestand auch die Möglichkeit mit einem

der zahlreichen Kreuzfahrtschiffe ins zaristische Sankt Petersburg zu fahren. Allerdings war während meines Aufenthaltes die Einreise nach Russland aus Estland nur russischen Staatsangehörigen erlaubt.

Fazit

Ein Auslandsaufenthalt in Tallinn bietet eine traumhafte Stadt, viele Ausflugsziele sowohl innerhalb Estlands als auch in den Nachbarländern, gutes Essen, Einblicke in eine fremde Rechtsordnung und eine einmalige Chance während des Studiums oder Referendariates. Ich kann nur jeden dazu ermutigen, die eigene Komfortzone zu verlassen und sich für eine solche Station ins Abenteuer zu wagen. Für mich selbst war es eine besondere Zeit und eine persönlich wichtige Erfahrung. Ich wurde für drei Monate von der Saarländer-Krankheit geheilt und habe für mich gelernt, dass ich auch in einem anderen Land nicht nur gut zurechtkomme, sondern das Leben dort auch genießen konnte.

Persönliches

Ich studierte Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes. Von 2018 bis 2020 war ich zunächst studentische und dann wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Seit 2018 bin ich wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Abel und Kollegen Rechtsanwälte PartGmbH am Standort Koblenz. Nach der staatlichen Pflichtfachprüfung habe ich den Schwerpunkt Deutsches und internationales Vertrags- und Wirtschaftsrecht belegt. Im Dezember 2020 legte ich die Disputation meiner Doktorarbeit mit dem Thema „Die Haftung der Muttergesellschaft im grenzüberschreitenden Konzern: Deutschland, England, Frankreich im Rechtsvergleich“ ab. Mein Referendariat im Bezirk des Saarländischen Oberlandesgerichtes habe ich am 02.02.2022 mit dem 2. Staatsexamen erfolgreich abgeschlossen. Nach den schriftlichen Prüfungen zum zweiten Examen absolvierte ich die Rechtsanwält II Station in der Kanzlei *bnt Advokaadibüroo OÜ* in Tallinn/Estland.

Dr. Anna Pohl

Berufsbild Richter*in



I. Aufgabe

Nach Artikel 92 des Grundgesetzes ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut.

Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet Rechtsprechung im funktionellen Sinne als „die der Rechtskraft fähige (letzt-)verbindliche (Streit-)Entscheidung in einzelnen Rechtssachen ausschließlich nach rechtlichen Maßstäben, d.h. die Feststellung und der Ausspruch dessen, was im konkreten Fall rechtens ist, insbesondere Gesetzesanwendung in einem rechtsstaatlich geordnetem Verfahren durch eine an der Streitsache unbeteiligte, daher unparteiische und neutrale dritte Instanz (...), deren Mitglieder zumindest teilweise rechtskundig sind, bei ihrer Spruchfähigkeit weisungsfrei agieren, d.h. die sachliche Unabhängigkeit i.S.d. Art. 97 Abs. 1 GG genießen und zu deren Sicherung eine institutionell gesicherte (vgl. Art. 97 Abs. 2 GG) persönliche Unabhängigkeit besitzen“.¹

II. Der Weg dahin

Fünf Jahre Studium der Rechtswissenschaft, zwei Jahre juristischer Vorbereitungsdienst, zwei Staatsexamina, dazwischen drei Jahre Doktorarbeit und wissenschaftliche Mitarbeit an einem Lehrstuhl. Dann war es endlich soweit. Direkt im Anschluss

¹ *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 95. Ergänzungslieferung Juli 2021, Art. 92 Rn. 38.

an mein zweites juristisches Staatsexamen bewarb ich mich für den höheren Justizdienst im Saarland, meine erste Bewerbung, die ich voller Stolz keine zwei Wochen nach der mündlichen Prüfung in den Briefkasten des Justizministeriums einwarf.

Die Bewerbungsvoraussetzungen konnte ich auf der Internetseite des Justizministeriums des Saarlandes einsehen. Es werden aktuell Bewerbungen angenommen, wenn in beiden juristischen Staatsprüfungen wenigstens eine Prüfungsgesamtnote von 7,5 Punkten oder im zweiten Staatsexamen von wenigstens 9,0 Punkten erzielt wurde. Die Voraussetzungen sind etwas niedriger, wenn man Berufserfahrung vorweisen kann. Eine Bewerbungsfrist muss man nicht einhalten, man kann sich ganzjährig für die ordentliche sowie die Verwaltungsgerichtsbarkeit bewerben.

Dann musste ich erstmal warten. Bewerbungsgespräche finden im Saarland nach eigener Erfahrung nicht zu fest geplanten Terminen statt, sondern je nach Bedarf. Der Eingang der Bewerbung wird schriftlich per Post bestätigt. Man erhält per Brief eine Einladung zum Bewerbungsgespräch und zusätzlich die Information, auf welchem Rang man sich je nach Examensnote unter den Bewerbern befindet.

Beim Bewerbungsgespräch im Justizministerium sah ich mich insgesamt fünf Personen gegenüber, einem Richter, einer Staatsanwältin, einer Frauenbeauftragten, dem Geschäftsleiter und dem Leiter der Personalabteilung des Justizministeriums. Diese stellten sich zunächst vor. Danach sollte ich kurz meinen Lebenslauf sowie die Motivation meiner Bewerbung für den Justizdienst darstellen (etwa 5-10 Minuten). Anschließend wurde in einer Art Frage-Antwort-Gespräch getestet, wie ich auf bestimmte Situationen im Berufsalltag reagiere. Die Atmosphäre war insgesamt sehr professionell und angenehm. Zum Schluss durfte ich Präferenzen für einen möglichen Einsatz in der Justiz nennen und selbst Fragen stellen. Hier besteht die Gelegenheit, durch konkrete Fragen sein Interesse zu unterstreichen. Mein Gespräch dauerte insgesamt ca. 30-40 Minuten.

Etwa eine Woche nach dem Bewerbungsgespräch wurde mir mitgeteilt, dass ich überzeugen konnte. Auch wurde mir eröffnet, wann es in etwa losgeht. In der Zwischenzeit waren die Formalitäten, die Anforderung eines Führungszeugnisses und die amtsärztliche Untersuchung zu erledigen. Daneben muss man sich mit der Wahl der Krankenversicherung beschäftigen und eine Robe kaufen.

Circa zwei Wochen vor Arbeitsbeginn erfuhr ich, wo es tatsächlich hingehet. Ich wurde zunächst je zur Hälfte als Bußgeldrichterin und zur Hälfte als Strafrichterin an zwei Gerichten im Saarland eingesetzt.

Ziemlich genau elf Jahre nach Beginn meines ersten Semesters an der Universität des Saarlandes zum Wintersemester 2009/2010 trat ich am 15.10.2020 meinen

ersten „Arbeitstag“ als Richterin an. Ich stellte mich zunächst beim Vizepräsidenten des Landgerichts vor und leistete danach in einer Gerichtsverhandlung den Schwur, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen. Noch am selben Tag wurde ich von den Direktorinnen der beiden Amtsgerichte empfangen und mir wurden meine zukünftigen Arbeitsplätze gezeigt sowie die Kolleg*innen und Mitarbeiter*innen der Gerichte vorgestellt. Daneben stellte ich mich in den ersten Wochen auch bei dem Staatssekretär sowie der Präsidentin des Oberlandesgerichts vor.

III. Der Arbeitsalltag

1. Akten, Akten, Akten

Plötzlich sitzt man in seinem eigenen Büro, die Akten stapeln sich und man kann endlich loslegen. Erst da realisiert man, dass man zwar jede Menge theoretisches Wissen, aber kaum Praxiserfahrung hat. Im Referendariat konnte ich im Rahmen der Zivil- und Verwaltungsstation erste Einblicke in den Richterberuf sammeln. Ich durfte den Arbeitsalltag zweier Richterinnen erleben, war in Verhandlungen dabei, las Akten und entwarf Urteile. Aber nun hatte ich die Verantwortung, meine eigenen Dezernate als Einzelrichterin völlig eigenständig zu verwalten.

Was einem im Studium nicht begegnet und wovon man im Referendariat nur nebenbei hört, ist das essenzielle Handwerkszeug eines Richters zum Bearbeiten von Akte, die richterliche Verfügung, also die konkrete Anweisung an die Geschäftsstelle, was als nächstes zu tun ist.

Die Akten kommen in Strafsachen von der Staatsanwaltschaft mit der Anklage und in Ordnungswidrigkeiten von der Verwaltungsbehörde mit dem Bußgeldbescheid über die Staatsanwaltschaft zu Gericht. Die Akten erhalten mit Eingang bei Gericht ihr gerichtliches Aktenzeichen und werden nach dem Geschäftsverteilungsplan den Richter*innen zugeteilt. Die eingehenden Akten sind zu lesen und es ist zu entscheiden, was als nächstes zu tun ist. Es ist zum Beispiel ein Termin zu bestimmen, zum schriftlichen Verfahren anzuhören, weitere Unterlagen sind anzufordern oder der Verteidigung ist Akteneinsicht zu gewähren. Am Ende jeder Verfügung steht entweder die Übersendung der Akte an eine andere Stelle oder, in den meisten Fällen, die Wiedervorlage der Akte entweder zum Termin oder zu einer bestimmten Frist. Die Akte kommt daraufhin zur Geschäftsstelle, die die richterliche Verfügung ausführt und die Akte im Anschluss wieder vorlegt.

Hier ein herzliches Dankeschön an meine Kolleg*innen, die mich ermutigt haben, sie mit Fragen zu löchern statt Bücher zu wälzen und mir so einen sehr angenehmen Start ermöglicht haben und deren Türen auch heute für Fragen jederzeit offen sind.

Auch in die Vorbereitung der Verhandlungstermine muss man sich einarbeiten. Insbesondere am Amtsgericht besteht das Dezernat aus vielen Akten, die vom Umfang her geringer sind als etwa Akten am Landgericht. Die Akten werden im Abstand von circa zwei Wochen bis zu mehreren Monaten terminiert. Hier gilt es einen geschickten Weg zu finden, da man bis zum Termin natürlich nicht den Inhalt aller Akten behalten kann, aber versucht, die Termine so weit wie möglich vorzubereiten.

Die Gestaltung des Arbeitstages, insbesondere die Verhandlungstermine, bestimmt man selbst. Man hat für gewöhnlich als Richter*in an einem Amtsgericht zwei Verhandlungstage in der Woche, an den übrigen Tagen werden neue Akten gelesen, Termine festgelegt, Urteile oder Beschlüsse geschrieben, Termine vorbereitet, die Post bearbeitet, u.s.w.

Mein erstes Urteil schrieb ich erst nach etwa einem Monat. Zunächst schaute ich mir die Verhandlungen von Kolleg*innen an, um mich auf meine eigenen Verhandlungen vorzubereiten und terminierte daneben schon fleißig. Einige Verhandlungen hatten meine Kolleg*innen bereits für mich terminiert. Zwei Wochen nach meinem Einstieg ging es auch schon mit den eigenen Verhandlungen los.

2. Verhandlungen

Verhandlungen machen natürlich einen bedeutenden Teil des Arbeitsalltages aus. Hier gilt es genau zu wissen, welche Verfahrensschritte vom Gesetz einzuhalten sind. Auch hier waren meine Erfahrungen in den ersten Wochen durchweg positiv. Die Staatsanwaltschaft sowie die Verteidiger*innen waren stets geduldig, wenn ich etwas nachschlagen musste und teilten ihre rechtliche Expertise. Sich in die Verhandlungsführung einzufinden, braucht auf jeden Fall neben Vorbereitung auch etwas Übung. Insbesondere bei der Befragung von Zeugen lernt man in den ersten Verhandlungen ständig dazu. Einfinden musste ich mich auch in die Bewertung von Zeugenaussagen, also die Einschätzung der Glaubwürdigkeit von Zeugen. Ich finde gerade die Interaktion mit anderen Menschen schafft den Ausgleich zum eher eintönigen Aktenstudium im Büro und macht den Beruf aus. In den Verhandlungen in Strafsachen übernehmen Urkundsbeamte die Protokollführung, wohingegen man die Protokollführung in Bußgeldsachen als Richter*in auch selbst übernehmen kann.

3. Urteilsfindung

Für mich zunächst ungewohnt war, dass in Straf- und Bußgeldsachen anders als etwa in Zivilsachen das Urteil unmittelbar nach der Verhandlung gefällt wird. Nachdem die Beweisaufnahme geschlossen ist, die Plädoyers gehalten sind und das letzte Wort erteilt wurde, zieht sich das Gericht zur Urteilsfindung zurück und verkündet daraufhin den Prozessbeteiligten das Urteil. Natürlich kann man sich hier vor der Verkündung die nötige Zeit nehmen und die Einlassung des bzw. der Angeklagten bzw. Betroffenen sowie die Zeugenaussagen und andere Beweismittel entsprechend würdigen und die Sache rechtlich erneut prüfen. Auf die Urteilsverkündung folgt die mündliche Bekanntgabe der wesentlichen Urteilsgründe. Danach wird das Urteil schriftlich abgefasst, wobei das Gesetz hier die Möglichkeit eines abgekürzten Urteils vorsieht, wenn weder der bzw. die Angeklagte bzw. Betroffene noch die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel einlegen. Nach Abwarten der Rechtsmittelfrist wird die Akte durch das Abfassen der Urteilsgründe und deren Zustellung an die Verfahrensbeteiligten von mir abgeschlossen und an die Staatsanwaltschaft zur Vollstreckung abgegeben.

4. Nach dem Urteil

Wenn in Strafsachen in einem Urteil eine Bewährungsstrafe ausgesprochen wird, hat das Gericht daneben auch die Bewährungszeit zu überwachen. In Bußgeldsachen ist man im Rahmen der Vollstreckung zuständig, wenn ein Antrag auf Anordnung der Erzwingungshaft bei Nichtzahlung der Geldbuße durch die Bußgeldbehörde gestellt wird.

IV. Fazit

Fasziniert hat mich am Richterberuf von Anfang an die richterliche Unabhängigkeit und die Bedeutung der Judikative für Demokratie und Rechtsstaat. Nach Art. 97 des Grundgesetzes sind Richter*innen unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.

Ich schätze die Freiheit in der Arbeitsgestaltung sehr. Natürlich bedeutet das nicht, dass man nur arbeitet, wenn man Lust hat, gerade am Anfang ist jeder Sachverhalt neu und man erkennt erst nach und nach wiederkehrende Konstellationen, die man natürlich schneller bearbeiten kann. Nach etwa anderthalb Jahren als Proberichterin habe ich mich in meinen Arbeitsalltag gut eingearbeitet und habe meine Berufswahl bislang keinen Tag bereut.

Rezension

Brönneke|Föhlisch|Tonner, Das neue Schuldrecht



Brönneke, Tobias/Föhlisch, Carsten/Tonner, Klaus, Das neue Schuldrecht, 278 Seiten, broschiert, Nomos Verlag, Baden-Baden 2022, 49,00 €, ISBN: 978-3-8487-7067-0

Zum 1. Januar 2022 hat das Schuldrecht ein wichtiges „digitales Update“ erhalten.¹ Mit der Umsetzung der „Digitale-Inhalte-Richtlinie“² und der „Warenkauf-Richtlinie“³ wurden nicht nur Neuregelungen für Verbraucherverträge über digitale Produkte geschaffen; auch das Kaufrecht hat wesentliche Änderungen erfahren. Eine solch umfassende Reform stellt eine große Herausforderung für die Rechtsanwendung dar. Das „neue Schuldrecht“ wird über kurz oder lang auch Einzug in die verschiedenen juristischen Prüfungen nehmen.⁴

Dem entsprechenden Bedürfnis nach einer (komprimierten) Handreichung zu der neuen Rechtslage ist das hier zu rezensierende Buch, das von *Tobias Brönneke*, *Carsten Föhlisch* und *Klaus Tonner* herausgegeben wird, pünktlich nachgekommen. In neun Kapiteln, an denen insgesamt elf Autorinnen und Autoren mitgewirkt haben, werden die wesentlichen Inhalte der neu geltenden Regelungen abgehandelt. Von allgemeinem Interesse dürften vor allem das zweite Kapitel zu den §§ 327 ff. BGB n.F. sowie das vierte Kapitel zum neuen Warenkaufrecht sein.

¹ Die Abteilung Zivilrecht befasste sich bereits auf dem 71. Deutschen Juristentag in Essen mit der Frage, ob das BGB ein „Update“ benötigt.

² Richtlinie (EU) 2019/770, ABl. L 136 v. 22.5.2019, S. 1.

³ Richtlinie (EU) 2019/771, ABl. L 136 v. 22.5.2019, S. 28.

⁴ *Kirchhefer-Lauber*, JuS 2021, 1125.

Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB n.F. sind lediglich auf bestimmte Verbraucher-Verträge anwendbar (siehe § 327 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.). Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen spielen sie indes keine Rolle; in der deutschen Gesetzgebung wurde von der Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung der „Digitale-Inhalte-Richtlinie“ also kein Gebrauch gemacht. Die fehlende Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Verträge zwischen Unternehmen sehen *Marina Tamm* und *Klaus Tonner* berechtigterweise kritisch (S. 33).

Der neue kaufrechtliche Mangelbegriff wird künftig viel Anlass für Streitigkeiten bieten und eignet sich gerade deshalb bestens als potenzieller Prüfungsgegenstand. *Tobias Brönneke*, *Ralph Schmitt* und *Andreas Willburger* widmen sich in einem eigenen Unterkapitel den Anforderungen an die Mangelfreiheit einer Kaufsache i.S.d. § 434 BGB n.F. (S. 140 ff.). Erfreulich ist dabei, dass die Autoren ein Prüfungsschema für die praktische Fallanwendung vorgeben (S. 141 f.) sowie erste Problemfelder identifizieren und praxisgerecht aufbereiten.

Obwohl sechs Autorinnen und Autoren eine Fachhochschulprofessur innehaben und ein Autor emeritierter Universitätsprofessor ist, handelt es sich bei dem vorliegenden Werk um kein Lehrbuch. Nicht umsonst ist es in der Reihe „NomosPraxis“ verlegt worden. Das Buch ist als Arbeitshilfe zu verstehen, um sich möglichst rasch die erforderlichen Kenntnisse über die neu anzuwendenden Vorschriften zu verschaffen. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Lektüre für Studierende völlig ungeeignet wäre. Dem studentischen Leserkreis sollte jedoch bewusst sein, dass die Darstellung nicht didaktisch aufbereitet ist. So fehlt es insbesondere an den aus der Ausbildungsliteratur gewohnten Fallbeispielen, Schaubildern und Zusammenfassungen.

Vorbehaltlich dessen kann das Buch allen Juristinnen und Juristen, gleich ob noch in Ausbildung befindlich oder bereits fest in der Berufspraxis angekommen, empfohlen werden. Auf nicht einmal 300 Seiten erhält die Leserschaft einen für den ersten Einstieg in die Materie völlig ausreichenden Abriss zum „neuen Schuldrecht“.

RA Veris-Pascal Heintz, LL.M.

