

*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 Richtlinienvorschlags 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 Markenrechtsinhabers, 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 Urt. 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 Verbraucherschutzvorschriften 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.