

2209 F

Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

4/2021

5. August 2021
48. Jahrgang
Seiten 443–584

Chefredaktion:
Dr. Carl v. Jagow

Redaktionsbeirat:
Thomas Boch
Dr. Marcus Girnau
Dietrich Gorny
Prof. Dr. Matthias Horst
Prof. Dr. Friedhelm Hufen
Prof. Dr. Hans-Jörg Koch
Prof. Dr. Stefan Leible
Susanne Langguth
Thomas Mettke
Kurt-Dietrich Rathke
Prof. Dr. Olaf Sosnitza
Prof. Dr. Rudolf Streinz

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

Aus dem Inhalt

▶ Editorial

Sosnitza

Fairness und Nachhaltigkeit – „gerechtes“ Lebensmittelrecht?

▶ Abhandlungen

Klaus/Klaus

Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

Holle

Novel Food, Cannabis und der ganze Rest

Grube/Langen

Die „Fleischdrehspieße“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes und ihre Folgen für die praktische Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2073/2005 über mikrobiologische Kriterien für Lebensmittel

Eberlein/Kietz

Verordnung (EU) 2021/382 zur Änderung der Lebensmittelhygiene – Haftungsrechtliche Auswirkungen auf Lebensmittelunternehmen

▶ Rechtsprechung

EuGH – „Kalkrotalgen“ – *Natterer*

EuGH – „Spreewälder Gurken“ – *Wachsmuth*

OLG Frankfurt a. M. – „Darlegungslast“ – *Reinhart*

▶ Stellungnahmen und Berichte

Horst/Oelrichs

Zum tabakrechtlichen Zusatzstoffregime – Voraussetzungen und Grenzen des Inverkehrbringungsverbotes nach § 4 i. V. m. Anlage 1 TabakerzV

Wallau

Anmerkungen zu *H. Mehlhorn/B. Mehlhorn*, Zecken, Milben, Fliegen, Schaben ..., 4. Aufl. 2020

IMPRESSUM

ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE LEBENSMITTELRECHT (ZLR)

Vereinigt mit EFLR European Food Law Review
48. Jahrgang

dfv Mediengruppe

Verlag: *Deutscher Fachverlag GmbH*

Gründer: *Wilhelm Lorch* †

Geschäftsführung: *Peter Esser (Sprecher),
Sönke Reimers (Sprecher), Thomas Berner,
Markus Gotta*

Aufsichtsrat: *Andreas Lorch, Catrin Lorch,
Peter Ruß*

Adresse: Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt
am Main, www.dfv.de

Gesamtverlagsleitung Fachmedien Recht und Wirtschaft: *RA Torsten Kutschke*

Telefon: 069 7595-1151, Telefax: 069 7595-1150

E-Mail-Adresse: torsten.kutschke@dfv.de

ZLR-Redaktion

Chefredaktion und presserechtlich verantwortlich:

Rechtsanwalt *Dr. Carl von Jagow*

Redaktion:

Rechtsanwalt *Dr. Tobias Teufer, LL.M.*

Rechtsanwalt *Dr. David Zechmeister*

Anschrift der Redaktion: KROHN Rechtsanwälte,
Alsterufer 3, 20354 Hamburg

Tel.: 040 356 10-0, Telefax: 040 356 10-180

E-Mail-Adresse: zlr@krohnlegal.de

Internet: www.krohnlegal.de

ZLR wird herausgegeben in Zusammenarbeit mit
Thomas Boch

Bundesministerium für
Ernährung und Landwirtschaft, Bonn

Dr. Marcus Girnau

Stellv. Hauptgeschäftsführer, Lebensmittelverband
Deutschland, Berlin

Dietrich Gorny,

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Prof. Dr. Matthias Horst,

Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Dr. Friedhelm Hufen,

Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz

Prof. Dr. Hans-Jörg Koch,

Amtsgerichtsdirektor a.D., Wörrstadt

Susanne Langguth,

Direktorin, Südzucker AG Mannheim/Ochsenfurt

Prof. Dr. Stefan Leible,

Universität Bayreuth

Thomas Mettke,

Rechtsanwalt, München

Kurt-Dietrich Rathke,

Rechtsanwalt, Dießen/Ammersee

Prof. Dr. Olaf Sosnitzer,

Julius-Maximilian-Universität, Würzburg

Prof. Dr. Rudolf Streinz,

Ludwig-Maximilians-Universität, München

Vertrieb: *Konrad Eckes*, Tel. 069 7595-1154

Anzeigen: *Eva Triantafyllidou*, Tel. 069 7595-2713

Bereichsleitung Finanzen und Medienservices:

Thomas Berner, 069 7595-1147

Leitung Produktion: *Hans Dreier*, 069 7595-2463

Leitung Logistik: *Ilja Sauer*, 069 7595-2201

Kundenservice: Tel. 069 7595-27 88

Fax: 069 7595-27 60

Erscheinungsweise: 6 × jährlich

Jahresbezugspreis für das Inland: EUR 649,- (inkl. Versandkosten und MwSt.). Ermäßigter Jahresbezugspreis für Studenten bei Vorlage der Studienbescheinigung: EUR 223,30. Einzelpreis des Heftes: EUR 109,- EU-Jahresbezugspreis mit ID-Nr. EUR 611,77 (inkl. Versandkosten); Weltpreis: Jährlich EUR 622,27 (inkl. Versandkosten). Luftpost auf Anfrage.

Nicht eingegangene Exemplare können nur bis 10 Tage nach Erscheinen des nächstfolgenden Heftes kostenlos reklamiert werden.

Die Abonnementsgebühren sind im Voraus zahlbar.

Abonnementskündigung nur mit dreimonatiger Frist zum Ende des jeweiligen Berechnungszeitraumes möglich.

Anzeigenpreisliste Nr. 31 vom 1.1.2021

Bankverbindungen:

Frankfurter Sparkasse Frankfurt am Main

Kto.-Nr. 34926 IBAN DE56 5005 0201 0000 0349 26

BLZ 500 502 01 SWIFT BIC HELADEF 1822

Commerzbank

Kto.-Nr. 586 555 500 IBAN DE68 5004 0000 0586 5555 00

BLZ 500 400 00 SWIFT BIC COBADEFF XXX

Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH,

Hildastraße 4, 69502 Hemsbach

Druck: Plump Druck & Medien GmbH,

Rolandsecker Weg 33, 53619 Rheinbreitbach

Gedruckt auf umweltfreundlich-chlorfreiem Papier

Der Innenteil der ZLR Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht ist auf matt Recyclingpapier oberflächengeleimt aus 100 % Altpapieranteilen ohne optische Aufheller gedruckt.

Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Ohne Genehmigung des Verlages ist eine Verwertung strafbar. Dies gilt auch für die Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und für die Vervielfältigung auf CD-ROM.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechteübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM oder andere Verfahren) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen.

Im Deutschen Fachverlag, Fachmedien Recht und Wirtschaft, erscheinen außerdem folgende Fachzeitschriften: Betriebs-Berater (BB), Compliance-Berater (CB), Datenschutz-Berater (DSB), Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Geldwäsche & Recht (GWuR), Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTer), Kommunikation & Recht (K&R), Netzwirtschaften & Recht (N&R), Recht Automobil Wirtschaft (RAW), Recht der Finanzinstrumente (RdF), Recht der Zahlungsdienste (RdZ), Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), Sanierungs-Berater (SanB), Der Steuerberater (StB), Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG), Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) und Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss).

ISSN: 0342-3476

© 2021 Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main

Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

Betrachtungen zur Einführung des Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-Richtlinie und anderen Änderungen der Omnibus-Richtlinie

Rechtsanwältin *Dr. Barbara Klaus*, Nürnberg/Mailand, und
Rechtsanwalt *Ulrich Klaus*, Berlin

Was anfangs zumindest in Deutschland kaum einer für möglich hielt, wurde dennoch auf EU-Ebene durchgesetzt: die Einführung eines eigenständigen Irreführungstatbestands für Produkte zweierlei Qualität, sog. „Dual Quality“, durch die Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019. Diesen müssen die Mitgliedstaaten bis zum 28. November 2021 ins nationale Recht umsetzen und ab dem 28. Mai 2022 anwenden. Es geht hierbei um die Frage, ob die Vermarktung von Lebensmitteln in mehreren EU-Mitgliedstaaten mit derselben Verpackung und unter derselben Marke, aber mit Unterschieden in der Zusammensetzung oder hinsichtlich anderer Merkmale, unlauter ist. Der Beitrag beschäftigt sich mit der bisherigen Rechtslage sowie mit Inhalt und Auslegung des neuen Unlauterkeitstatbestands, insbesondere mit der Frage, wann eine Irreführung in diesen Fällen überhaupt vorliegt. Zudem wird ein Überblick zur Umsetzung ins deutsche Lauterkeitsrecht und ein Ausblick, was damit insbesondere auf die Unternehmen zukommt, geben.¹

I. Einführung

Es kann vorkommen, dass Lebensmittelunternehmen ihre Produkte in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten unter derselben Marke und in identischer Verpackung, aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung der Inhaltsstoffe (Rezeptur) anbieten. Die Gründe für diese Unterschiede sind mannigfaltig: Verbrauchervorlieben, Einkommensunterschiede, Haltbarkeit und Klima, Ernährungsgewohnheiten und kulinarische Traditionen, besondere (regulatorische) Anforderungen vor Ort, regionale/saisonale Verfügbarkeit bestimmter Inhaltsstoffe oder auch neue, innovative Rezepturen. Allerdings wurde dies auch zunehmend kritisiert mit dem Vorwurf, es gebe bei diesen Unterschieden in der Zusammensetzung, trotz einer Marke und Verpackung, auch qualitative Unterschiede (gefühlte und/oder objektiv) wie z.B. ein geringerer

¹ Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag von Frau RA *Dr. Barbara Klaus* auf dem 33. Deutschen Lebensmittelrechtstag am 12. Oktober 2020 in Wiesbaden. Alle Hervorhebung/Unterstreichungen im Aufsatz durch die Verfasser.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

Koffein- oder höherer Zuckergehalt bei Kaffee, ein geringerer Anteil an Fisch in Fischstäbchen oder unterschiedliche süßende Zutaten (Zucker vs. Süßstoff) in Erfrischungsgetränken. Kritik an dieser „Dual Quality-Praxis“ von Lebensmittelherstellern kam in der Vergangenheit vor allem immer wieder aus den „neuen EU-Mitgliedstaaten“ Mittelosteuropas², die sich mitunter durch diese (angeblich) niedrigere Qualität auf ihren Heimatmärkten herabgesetzt fühlten („*Schweinefutter für Osteuropa*“, „*double standards*“, „*food apartheid*“).

Die anhaltenden politischen Forderungen aus diesen Staaten führten 2019 schließlich mit der sog. Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161³ (im Folgenden „Omnibus-RL“) zur Einführung eines eigenständigen „Dual Quality-Tatbestands“ in der europäischen⁴ bzw. nachfolgend in den nationalen⁵ Wettbewerbs-/Lauterkeitsrechtsordnungen, der ab Mai 2022 Anwendung finden wird. Die Notwendigkeit eines solchen neuen Tatbestandes wurde (zumindest in Deutschland) hinterfragt und lange die tatsächliche regulatorische Umsetzung bezweifelt.⁶ Richtigerweise ist es schwer nachvollziehbar, die gerügte Geschäftspraxis als irreführend im Sinne der wettbewerbsrechtlichen, aber auch lebensmittelrechtlichen Irreführungstatbestände anzusehen.⁷ Entsprechend umstritten war dann auch während des Gesetzgebungsverfahrens die Formulierung, die Tragweite und Kompatibilität dieses neuen Tatbestands mit der herkömmlichen Regelungssystematik im Hinblick auf unlautere Geschäftspraktiken.⁸ Hinzu kommt, dass mit der Omnibus-RL darüber hinaus auch härtere Sanktionsmöglichkeiten für die zuständigen Behörden im Kampf gegen unlautere Geschäftspraktiken sowie neue Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung für Verbraucher eingeführt wurden. Im Folgenden soll ein Überblick darüber gegeben werden.

2 Siehe auch *Vaqué*, Possible Unfair Practices in the Marketing of Differentiated Food Products in the Single Market – The Concept of the „Legitimate Expectations“ of Consumers, *EFFL* 6 / 2017, 482 m. w. N.

3 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, *ABl. L* 328 vom 18.12.2019, S. 7. Die Bezeichnung „Omnibus-Richtlinie“ rührt daher, dass mit ihr gleichzeitig vier bestehende Richtlinien in den Bereichen des Verbraucherschutzes und des Wettbewerbsrechts geändert wurden (2011/83/EU – Verbraucherrechte-Richtlinie, 98/6/EG – Richtlinie über Preisangaben, 2005/29/EG – Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, 93/13/EWG – Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln).

4 Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (im Folgenden: UGP-RL), *ABl. L* 14 vom 11.6.2005, S. 22.

5 In Deutschland: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

6 v. *Jagow*, Unterschiedliche Qualitäten von Markenprodukten, *ZLR* 2017, 776 ff.; v. *Jagow*, Der neue Irreführungstatbestand für Produkte zweierlei Qualität – Anmerkungen zu Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL, *Festschrift für Harte-Bavendamm*, S. 249 ff.; *Dröge*, Der „New Deal for Consumers“ – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, *WRP* 2019, 160 ff.

7 So v. *Jagow*, *ZLR* 2017, 776 f.; v. *Jagow*, *Festschrift für Harte-Bavendamm*, S. 249.

8 v. *Jagow*, *Festschrift für Harte-Bavendamm*, S. 250 m. w. N.

II. Omnibus-Richtlinie und die Genese des „Dual Quality-Tatbestands“ – Art. 6 Absatz 2 Buchst. c) UGP-RL

Bereits 2009 erhielt die EU-Kommission die Anfrage eines rumänischen EU-Abgeordneten zu dem Thema „*zweierlei Qualität von Lebensmitteln*“.⁹ In der Antwort räumte diese ein, dass eine „Lokalisierung“, d. h. Anpassung bzw. Änderung von Lebensmittelrezepturen für ein Produkt in den verschiedenen Mitgliedstaaten, eine irreführende und somit verbotene Praxis nach der UGB-RL darstellen kann. Dies hänge aber immer von den jeweiligen Erwartungen eines Durchschnittsverbrauchers an das Lebensmittel ab und müsse im Einzelfall durch nationale Gerichte und Behörden geprüft werden.¹⁰

Bei einer Untersuchung von Lebensmittelprodukten in der Slowakei wurden 2011 unterschiedliche Rezepturen für „ein“ Markenprodukt in verschiedenen Mitgliedstaaten sowie, laut einer Umfrage des slowakischen Verbraucherverbands, eine niedrigere Qualität bei vergleichbaren Produkten in den „neuen EU-Mitgliedstaaten“ Osteuropas festgestellt.¹¹ Die Kommission stellte jedoch die Repräsentativität dieser Umfrage in Frage. Außerdem wies sie richtigerweise darauf hin, dass die Hersteller durchaus das Recht haben, zu entscheiden, welche Produkte sie auf einem bestimmten Markt bzw. Mitgliedsstaat anbieten. Etwaige Unterschiede in der Zusammensetzung seien durch Abweichungen im Geschmack und von den Verbrauchererwartungen (inkl. der Preise) bzw. durch unterschiedliche technische Spezifikationen und Unterschiede bei lokal verfügbaren Rohstoffen zu rechtfertigen.¹²

2013 folgte eine Entschließung des Europäischen Parlaments zu einer „Neuen europäischen Agenda der Verbraucherschutzpolitik“. Gemäß dieser sei deutlich geworden, dass bei Verbrauchern die Besorgnis bestünde, dass Produkte ein und derselben Marke und in derselben Verpackung in den verschiedenen Mitgliedstaaten kein einheitliches Qualitätsniveau aufweisen. Eine solche Verbraucherdiskriminierung sei inakzeptabel. Die Kommission wurde zu einer aussagekräftigen Untersuchung aufgefordert, um herauszufinden, ob in diesem Bereich regulatorische Schritte notwendig seien.¹³

-
- 9 Written Question E-4962/09 by *Rareș-Lucian Niculescu* (PPE) to the Commission, Subject: Same brand, different product formulation, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2009-4962_EN.html?redirect. Alle in den Fußnoten genannten Links sind zuletzt abgerufen am 17. Juli 2021.
- 10 Parliamentary questions, 16 November 2009, Answer given by Ms. *Kuneva* on behalf of the Commission, Question reference: E-4962/2009, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2009-4962-ASW_EN.html?redirect.
- 11 Die Studie umfasste Produktproben aus DE, AT, CZ, PL, HU, RO, BG und SK. – „Food products: ‘lower quality’ in Eastern EU?“, 13. Apr. 2011, <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/food-products-lower-quality-in-eastern-eu/>.
- 12 Joint answer given by Mr. *Dalli* on behalf of the Commission, E-004388/2011(ASW) (Written questions: E-004388/11, E-005055/11, E-005563/11, E-005756/1), 04 July 2011, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2011-004388-ASW_EN.html?redirect.
- 13 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. Juni 2013 zu einer neuen europäischen Agenda der Verbraucherschutzpolitik (2012/2133(INI)), Nr. 9, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0239_DE.html.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

Nach weiteren Untersuchungen osteuropäischer Mitgliedstaaten¹⁴ veröffentlichte die Kommission 2016 Leitlinien zur Umsetzung und Anwendung der UGP-RL. Sie stellte dabei aber fest, dass die Verwendung unterschiedlicher Inhaltsstoffe in Lebensmitteln, die unter derselben Marke vermarktet werden, nach dem europäischen Verbraucherrecht grundsätzlich nicht rechtswidrig ist.¹⁵ Ein unlauteres Verhalten käme allenfalls dann in Betracht, wenn Gewerbetreibende ein Produkt mit der Behauptung bewerben, es habe dieselbe Qualität und Zusammensetzung wie die Produkte der betreffenden Handelsmarke, die in anderen Mitgliedstaaten vermarktet werden, dies jedoch nicht zutreffend ist.

Die offizielle politische Initialzündung für das Tätigwerden im Rahmen der Gesetzgebung erfolgte schließlich mit dem sog. Visegrád-Gipfel (Visegrád = Polen, Tschechien, Slowakei und Ungarn) im März 2017, auf dem konkrete regulatorische Maßnahmen der EU gefordert wurden.¹⁶ Ungarn notifizierte bei der Kommission parallel ein Gesetzesvorhaben über die „Duale Qualität von Markenlebensmitteln“. Hiermit sollten Lebensmittelhersteller zur Anbringung von Hinweisen auf Produkten verpflichtet werden, sobald sich die Inhaltsstoffe von denen in anderen Mitgliedstaaten unterscheiden.¹⁷

Die Kommission wehrte die Notwendigkeit weiterer Rechtsvorschriften anfangs noch ab, sagte aber zu, ihr Engagement im Kampf gegen unlautere Geschäftspraktiken zu verstärken.¹⁸ Allerdings brachte der damalige Kommissionspräsident *Junker* in seiner „Rede zur Lage der Union“ am 13. September 2017, die auch als Kehrtwende kommentiert wurde¹⁹, dann klar zum Ausdruck, dass solche „Dual Quality“ Praktiken als unzulässig anzusehen seien, ohne jedoch eine rechtlich nachvollziehbare Begründung hierfür zu liefern:

„In einer Union der Gleichberechtigten kann es auch keine Verbraucher zweiter Klasse geben. Ich kann nicht akzeptieren, dass den Menschen in manchen Teilen Europas, vornehmlich in Mittel- und Osteuropa, qualitativ schlechtere Lebens-“

14 Dual quality of branded food products Addressing a possible east-west divide, European Parliament Briefing, 20.06.2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS_BRI\(2017\)607265_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607265/EPRS_BRI(2017)607265_EN.pdf).

15 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, Dokument SWD(2016) 163 final vom 25.5.2016.

16 Extraordinary V4 Summit over „Garbage Can“ Food Quality in Central and Eastern Europe, February 28, 2017, <https://visegradpost.com/en/2017/02/28/extraordinary-v4-summit-over-garbage-can-food-quality-in-central-and-eastern-europe/>; Billigwaren: Schweinefutter für Osteuropäer?, FAZ, 5. März 2017, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/oestliche-eu-laender-kritisieren-schlechte-lebensmittel-14908021.html>.

17 Notifikation, 2017/199/HU, Gesetz Nr. ... von 2017 zur Änderung des „Gesetzes Nr. XLVI von 2008 über die Lebensmittelkette und deren behördliche Beaufsichtigung“, 19/05/2017, <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2017&num=199>.

18 Outcome of the Council Meeting, 3556th Council Meeting, Agriculture and Fisheries, Brussels, 17 and 18 July 2017, <https://www.consilium.europa.eu/media/22107/st11324en17.pdf>.

19 Europe's 'food apartheid': are brands in the east lower quality than in the west?, The Guardian, 15. September 2017, <https://www.theguardian.com/inequality/2017/sep/15/europes-food-apartheid-are-brands-in-the-east-lower-quality-than-in-the-west>.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

*mittel verkauft werden als in anderen, obwohl Verpackung und Markenkennzeichnung identisch sind. Slowaken haben nicht weniger Fisch in Fischstäbchen verdient, Ungarn nicht weniger Fleisch in Fleischgerichten oder Tschechen weniger Kakao in der Schokolade. Das EU-Recht verbietet solche Praktiken schon jetzt. Und nun müssen wir die nationalen Behörden mit umfassenderen Befugnissen ausstatten, sodass diese flächendeckend gegen diese, ja, illegalen Praktiken vorgehen können.*²⁰

Bereits zwei Wochen später folgte eine Bekanntmachung der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität als Orientierungshilfe für die Anwendung der bis dahin bereits bestehenden einschlägigen Vorschriften (d.h. Lebensmittel-Basis-Verordnung Nr. 178/2002²¹ – Basis-VO, Lebensmittelinformations-Verordnung – LMIV²² und UGP-RL).²³ Sinn und Zweck dieser Leitlinien war es, den nationalen Aufsichtsbehörden die Entscheidung zu erleichtern, ob ein Unternehmen, welches in verschiedenen Mitgliedsstaaten Lebensmittel unter derselben Marke, aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung oder unterschiedlichen Merkmalen vermarktet, gegen die lebensmittelrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Vorschriften verstößt. Zudem stellte die Kommission darin in Aussicht, dass die Gemeinsame Forschungsstelle (Joint Research Centre – JRC) Leitlinien für ein gemeinsames Prüfverfahren erstellen wird. Diese wurden als unerlässlich angesehen, um den Umfang des Problems ermitteln und eine solide Datengrundlage für die zu treffenden Maßnahmen bereitstellen zu können.

Ende April 2018 veröffentlichte die Gemeinsame Forschungsstelle dann vorerst eine Testmethodik zu Lebensmitteln zweierlei Qualität.²⁴ Unter der Anwendung dieser Methode sollten nach einem definierten Schema Produkte ausgewählt und untersucht werden, um relevante Unterschiede bei unter gleicher Marke und Aufmachung vertriebenen Lebensmittel in unterschiedlichen Mitgliedstaaten zu identifizieren. Erst im Juni 2019²⁵ und März 2021²⁶ folgten die Ergebnisse der JRC-Studie.

20 Infoblatt der EU-Kommission, Rede zur Lage der Nation 2017 – Lebensmittel von zweierlei Qualität https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dual-food_de.pdf.

21 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 031 vom 1.2.2002, S. 1.

22 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 18.

23 Bekanntmachung der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel, (2017/C 327/01), 29. September 2017.

24 Framework for selecting and testing of food products to assess quality related characteristics: EU harmonised testing methodology, 25 April 2018, https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/eu_harmonised_testing_methodology_-_framework_for_selecting_and_testing_of_food_products_to_assess_quality_related_characteristics.pdf.

25 JRC, Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of food products, June 2019, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117088>.

26 JRC, Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of branded food products. Part 2 – Sensory testing, March 2021, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC124491>.

Der erste Teil der Studie, der 2019 veröffentlicht wurde, konzentrierte sich auf Unterschiede in der Zusammensetzung von Lebensmitteln. Diese Studie umfasste Daten zu mehr als 1000 Produkten und kam unter anderem zu folgenden Ergebnissen. 33 % der untersuchten Produkte waren identisch in der Zusammensetzung. Unterschiede in der Zusammensetzung bei identischen oder zumindest ähnlichen Verpackungen wurden für 9 % bzw. 22 % der Lebensmittel festgestellt. 27 % hatten sowohl eine unterschiedliche Zusammensetzung als auch ein unterschiedliches Aussehen der Verpackung. Somit waren die Vorwürfe der osteuropäischen Staaten jedenfalls nicht *en masse* vorzufinden und auch kein einheitliches geographisches Muster erkennbar. Auch bedeuteten die Unterschiede in der Zusammensetzung nicht zwingend Unterschiede in der Qualität der Lebensmittel.²⁷

Ziel des zweiten Teils der Studie, der Ende März 2021 veröffentlicht wurde²⁸, war es, herauszufinden, ob diese Rezepturunterschiede von den menschlichen Sinnen überhaupt wahrgenommen werden können. Allerdings bestätigten die Ergebnisse diejenigen der ersten Studie: Die Unterschiede bei den Lebensmitteln folgten keinem geografischen Muster. Sensorische Unterschiede sind zudem nur dann deutlich wahrnehmbar, wenn es große Unterschiede in der Produktzusammensetzung gibt (z.B. signifikante Unterschiede im Zuckergehalt von Frühstückscerealien). Der Kommentar der Kommissarin für Innovation, Forschung, Kultur, Bildung und Jugend, *Mariya Gabriel*²⁹, dass dieser zweite Teil der Studie weitere Belege für das Ausmaß des Problems der doppelten Qualität liefere und die Verbraucherschutzbehörden und Verbraucherorganisationen dabei unterstütze, dieses Problem wirksam anzugehen, ist daher nicht nachvollziehbar.

Noch im Laufe dieses Jahres sollen weitere Untersuchungsergebnisse der JRC-Studie(n) aus Osteuropa folgen. Bis Juni 2022 will die JRC weiterhin analysieren, wie Verbraucher Unterschiede in der Verpackungsgestaltung von scheinbar identischen Lebensmitteln wahrnehmen und überprüfen, wie sich die Produktgestaltung und -zusammensetzung entwickelt haben. Von den ursprünglich von der Kommission der Gemeinsamen Forschungsstelle (JRC) für die Entwicklung der einheitlichen Testmethodik zur Verfügung gestellten 1 Mio. EUR³⁰, belaufen sich mittlerweile die Kosten für den europäischen Haushalt für den gesamten JRC-Studienprozess (von Erstellung der Methodik 2017 bis zu den Auswertungen 2022) auf ca. 5 Mio. EUR.³¹

27 JRC, Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of food products, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117088>.

28 Dual food quality: Commission releases study on sensory differences in food products <https://ec.europa.eu/jrc/en/news/dual-food-quality-commission-releases-study-sensory-differences-food-products>.

29 Zitiert in der Pressemitteilung vom 23.3.2021 „Dual food quality: Commission releases study on sensory differences in food products“, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1301.

30 Siehe Informationsblatt der Europäischen Kommission https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dual-food_de.pdf.

31 EU-wide testing campaign, Capacity-building projects, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/coordinated-actions_en#dual-quality-of-food.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

Auch vor dem Hintergrund dieses finanziellen Aufwands, hätten die Studienergebnisse zumindest abgewartet werden müssen, um sie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens entsprechend berücksichtigen zu können. Denn ohne das Vorhandensein zuverlässiger und vergleichbarer Daten zur angeblichen Problematik der Lebensmittel von zweierlei Qualität ist eine sachgerechte Regulierung und die Entscheidung über die Frage, ob eine solche überhaupt notwendig ist, im Grunde nicht möglich.³²

Entsprechend war das hingegen bereits im April 2018 im Zusammenhang mit der Initiative „New Deal for Consumers“³³ eingeleitete Gesetzgebungsverfahren im Grunde bereits zum Scheitern verurteilt. Denn in dessen Rahmen veröffentlichte die Kommission zur „Sicherstellung der Gleichbehandlung von Verbrauchern im Binnenmarkt“ und „Bekämpfung des Problems der „Zweierlei Qualität“ von Verbrauchsgütern“ zeitgleich bereits einen Vorschlag für eine Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften.³⁴

Der Vorschlagstext sah in Art. 1 Nr. 2 mit einem zukünftigen Art. 6 Absatz 2 Buchst. c) der UGP-RL als eigenständigen „Dual Quality-Tatbestand“ folgende Fassung vor:

„c) jegliche Art der Vermarktung eines Produkts als identisch mit demselben in mehreren anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Produkt, obgleich sich diese Produkte in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden.“

Im September 2018 forderte das Europäische Parlament diesbezüglich hingegen sogar eine Erweiterung der sog. „schwarzen Liste“ (Anhang I der UGP-RL), also ein absolutes Verbot bzgl. zweierlei Qualität von Lebensmittelerzeugnissen. Konkret sollte dort das Verbot der unterschiedlichen Qualität von Produkten derselben Marke etabliert werden, sofern es diskriminierend ist und den Verbrauchererwartungen nicht gerecht wird:

„34. ist jedoch der festen Überzeugung, dass ungerechtfertigte Fälle der zweierlei Qualität am wirksamsten im Wege einer Änderung von Anhang I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken bekämpft werden könnten, bei der ein weiterer Punkt in die „schwarze Liste“ der unter allen Umständen verbotenen Praktiken aufgenommen wird, in dem ausdrücklich die zweierlei Qualität von Produkten derselben Marke – wenn sie diskriminierend ist und den Verbrauchererwartungen nicht gerecht wird – genannt wird.“³⁵

32 Kritik daran, dass die Ergebnisse dieser Studie nicht abgewartet worden sind, übt zu Recht auch v. Jagow, ZLR 2017, 776 f.; v. Jagow, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 250.

33 Mitteilung der Kommission, Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher, COM(2018) 183 final, 11.4.2018, S. 13 f.

34 Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993, der Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018)185, 12/04/2018.

35 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. September 2018 zu zweierlei Qualität von Erzeugnissen im Binnenmarkt (2018/2008(INI)).

Mit Erlass der Richtlinie (EU) 2019/2161 am 27. November 2019 (Omnibus-RL) wurde zwar diese zweifelsohne zu weit gehende Forderung des Europäischen Parlaments letztendlich nicht umgesetzt, mit dem neu eingefügten Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL jedoch ein spezifischer Irreführungstatbestand bzgl. unterschiedlicher Produktqualität geschaffen, Art. 3 Nr. 3 Omnibus-RL. Dieser weicht jedoch gerade durch Hinzufügung eines Rechtfertigungstatbestandes von der Fassung des ursprünglichen Kommissionsvorschlags ab:

„c) jegliche Art der Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware, obgleich sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist;“

In Fachkreisen umstritten war und bleibt zu recht die Frage, welchen rechtlichen Mehrwehrt dieser neue spezielle Dual Quality-Tatbestand mit sich bringt; denn zumindest für Deutschland ist es eher zweifelhaft, ob es in der Praxis tatsächlich Anwendungsfälle geben wird.

Daneben wurden, was in Deutschland einen rechtlichen Paradigmenwechsel³⁶ darstellt, durch die Omnibus-RL im Bereich des Lauterkeitsrechts die Bereiche des Rechtsschutzes und der Rechtsbehelfe, gerade für individuelle Verbraucher, und der Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den unlauter handelnden Unternehmen durch die zuständigen nationalen Behörden nicht unbedeutend ausgeweitet, um hier bestehende „Lücken im nationalen Recht“ zu schließen.³⁷ Diese Neuerungen sind zwar streng genommen nicht mit der Einführung des neuen Dual Quality-Tatbestandes verbunden. Gleichwohl kommt es für Lebensmittelunternehmen auch hier zu entscheidenden Änderungen im Hinblick auf die Compliance und Praxis.

Die Mitgliedstaaten müssen diese Regelungen bis 28. November 2021 in nationales Recht umsetzen und ab 28. Mai 2022 anwenden (zur Umsetzung in Deutschland siehe unten VII). Einige osteuropäische Staaten, z.B. Tschechien und Rumänien, scheinen entschieden an einer scharfen Umsetzung bzw. darüberhinausgehenden Regelungen zu arbeiten (z.B. Betätigungsverbote für Händler).³⁸ Schwerpunkt des vorliegenden

36 Ausführlich hierzu Dröge, Der „New Deal for Consumers“ – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, WRP 2019, 160 ff.

37 Vgl. Erwägungsgrund 3 Omnibus-RL „Die Union hat bereits eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, um Verbraucher, Unternehmer und Angehörige der Rechtsberufe besser für die Rechte der Verbraucher zu sensibilisieren und für eine wirksamere Durchsetzung der Verbraucherrechte und des Rechtsschutzes für Verbraucher zu sorgen. Allerdings gibt es nach wie vor Lücken im nationalen Recht hinsichtlich wirklich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen, um von Verstößen innerhalb der Union abzuschrecken und diese zu ahnden, hinsichtlich unzureichender individueller Rechtsbehelfe, die Verbrauchern, die durch Verstöße gegen die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (3) geschädigt wurden, zur Verfügung stehen [...]“.

38 Falkner, Protektionismus – Oststaaten nutzen Dual-Quality-Bann, Lebensmittelzeitung, 31. Januar 2020, <https://www.lebensmittelzeitung.net/politik/nachrichten/Protektionismus-Oststaaten-nutzen-Dual-Quality-Bann-144547>.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

Beitrags sind allerdings die Umsetzung in Deutschland und Fragen rund um die Auslegung und konkrete Anwendung des neuen Dual Quality-Tatbestands. Hierzu und um die Tragweite der Neuerungen richtig beurteilen zu können, ist es jedoch sinnvoll, sich erst einmal den bisherigen Rechtsrahmen im Hinblick auf „Dual Quality“ Geschäftspraktiken vor Augen zu führen.

III. Bisheriger Rechtsrahmen für die Bewertung von „Dual Quality“

Bezüglich Lebensmitteln sind bei der Untersuchung einer Irreführung von Verbrauchern in den Mitgliedstaaten aufgrund einer unterschiedlichen Zusammensetzung oder Qualität von Lebensmitteln desselben Herstellers und derselben Marke folgende Rechtsakte zu beachten: Auf europäischer Ebene ist zum einen die Lebensmittelinformationsverordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV) und zum anderen die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (EG) Nr. 2005/29 (UGP-RL) relevant. Letztere wird im nationalen deutschen Recht durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) umgesetzt. Weiterhin enthält die Basis-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 Vorschriften zum Schutz der Verbraucher, insbesondere auch gegen Irreführung. Daneben gibt es für zahlreiche Lebensmittel spezialgesetzliche Vorschriften für deren Zusammensetzung (sog. Standards).³⁹ In diesen Fällen ist die Bedeutung einer bestimmten Bezeichnung oder die Beschaffenheit eines Lebensmittels gesetzlich normiert. Relevant sind für die vorliegenden Betrachtungen jedoch insbesondere die lebensmittelrechtlichen Vorschriften der LMIV und die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften der UGP-RL bzw. des UWG, weshalb auf diese im Folgenden näher eingegangen wird.

1. Lebensmittelrecht – Lebensmittelinformationsverordnung (EU) Nr. 1169/2011 – LMIV

Gemäß Art. 7 LMIV (Lauterkeit der Informationspraxis) dürfen Kennzeichnung, Aufmachung und Werbung von Lebensmitteln nicht über die Eigenschaften, u. a. die Art, Identität, Zusammensetzung, irreführen. Eine Information über Lebensmittel ist irreführend, wenn sie konkret zur Täuschung geeignet ist.⁴⁰ Zur Täuschung geeignet ist eine Information dann, wenn sie den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspricht (Stichwort: Divergenz zwischen „Ist“ und „Soll“) und daher geeignet ist, bei den angesprochenen Verkehrskreisen zumindest auch unrichtige Vorstellungen über

³⁹ Hierzu zählen z. B. die Verkehrsbezeichnungen gem. Art. 3 der Richtlinie 2001/112/EG des Rates vom 20. Dezember 2001 über Fruchtsäfte und bestimmte gleichartige Erzeugnisse für die menschliche Ernährung (ABl. L 010, 12.1.2002, S. 58) sowie die geschützten Bezeichnungen aus der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 671).

⁴⁰ Siehe Voit/Grube/Grube LMIV Art. 7 Rn. 45 ff.

das Produkt zu erwecken.⁴¹ Informationen über Lebensmittel müssen darüber hinaus zutreffend, klar und für den Durchschnittsverbraucher leicht verständlich sein (Art. 7 Abs. 2 LMIV).

Zudem besteht gem. Art. 9 LMIV (Verzeichnis der verpflichtenden Angaben) die Pflicht zu einer umfassenden Kennzeichnung mit bestimmten Angaben, um die Verbraucher in die Lage zu versetzen, das gewünschte Lebensmittel zu finden, in geeigneter Weise zu verwenden und eine Wahl zu treffen, die ihren individuellen Ernährungsbedürfnissen entspricht. So müssen u.a. die Bezeichnung des Lebensmittels, die Zutaten und deren Menge, Allergene, das Mindesthaltbarkeitsdatum, Aufbewahrungs- und Verwendungshinweise, der Herkunftsort und eine Nährwertdeklaration angegeben werden.

Angemerkt sei zudem, dass auch Art. 16 BasisVO (Aufmachung) vorschreibt, dass alle Informationen über Lebensmittel, gleichgültig ob sie sich aus der Kennzeichnung, Werbung oder Aufmachung ergeben, nicht irreführend sein dürfen. Allerdings greift diese Regelung nur, wenn keine spezifischen Irreführungsverbote, wie z.B. Art. 7 LMIV, vorrangig anwendbar sind. Nach Art. 8 Basis-VO (Schutz der Verbraucherinteressen) müssen zudem Praktiken des Betrugs oder der Täuschung sowie alle sonstigen Praktiken, die den Verbraucher irreführen können, verhindert werden, wobei u.a. die LMIV diese Forderung konkret umsetzt.

2. Lauterkeitsrecht – Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)/Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Gem. Art. 5 UGP-RL bzw. § 3 UWG ist eine Geschäftspraxis unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Dies kann durch irreführende (Art. 6 und 7 UGP-RL / § 5 und 5a UWG) oder aggressive (Art. 8 und 9 UGP-RL / § 4a UWG) geschäftliche Handlungen bzw. Unterlassungen geschehen.

In Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Anhang I UGP-RL bzw. § 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang UWG (sog. „schwarze Liste“) sind diejenigen irreführenden Geschäftspraktiken aufgeführt, die absolut verboten, d.h. stets unzulässig sind. Diese Liste umfasst u.a. z.B. die Behauptung von nicht vorhandenen Verhaltenskodexen oder Gütezeichen, Falschangaben zur begrenzten Verfügbarkeit oder Sicherheit des Produktes oder den Betrieb eines Schneeballsystems zur Verkaufsförderung. Wie diese kurze Aufzählung an Beispielen bereits zeigt, wäre es tatsächlich systemwidrig gewesen, der Forderung des Europäischen Parlaments nachzukommen und auch die zweierlei Qualität von Lebensmittelerzeugnissen in diese Liste aufzunehmen.

⁴¹ Meyer/Streinz/Meyer, 2. Aufl. 2012, LFGB § 11 Rn. 18; Streinz/Meisterernst/Meisterernst, Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch § 11 Rn. 26.

Verboten ist darüber hinaus gem. Art. 6 Abs. 1 UGP-RL bzw. § 5 Abs. 1 UWG eine Irreführung durch falsche Angaben oder aber auch durch sachlich richtige Informationen, die einen Durchschnittsverbraucher täuschen und dazu geeignet sind und ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Diese Angaben können sich u. a. beziehen auf die wesentlichen Merkmale eines Produkts, wie z. B. die Zusammensetzung, Beschaffenheit und Qualität. Ferner erfasst Art. 6 Abs. 2 lit. a) UGP-RL bzw. § 5 Abs. 2 die Verwechslungsgefahr mit Konkurrenzprodukten, bei der unter den dort beschriebenen Voraussetzungen eine Irreführung vermutet wird („*Geschäftspraxis gilt ferner als irreführend*“ bzw. „*geschäftliche Handlung ist auch irreführend*“).

Art. 7 UGP-RL bzw. § 5a UWG (Irreführung durch Unterlassen) stellen insofern klar, dass eine Geschäftspraxis auch dann als irreführend gilt, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte.

Mit Ausnahme der Praktiken der schwarzen Liste ist aber immer eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, ob in dem konkreten Fall eine Irreführung vorliegt. Hierbei muss der Nachweis der konkreten Irreführungseignetheit erbracht werden, also ebenso wie im Rahmen des Art. 7 LMIV, ein Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit bei dem angesprochenen Kundenkreis bzw. dem Durchschnittsverbraucher.

Grundsätzlich hat das deutsche Lauterkeitsrecht bislang primär wettbewerber- und wettbewerbsschützende Funktion und bezweckt keinen Individualschutz für Verbraucher. Die Rechtsdurchsetzung kann also nur durch Mitbewerber, Verbände, Einrichtungen, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Verbraucherzentralen verfolgt werden, nicht aber durch den individuellen Verbraucher selbst. Bei der Rechtsdurchsetzung in Deutschland bestehen derzeit gem. §§ 8 und 9 UWG verschuldensunabhängige Beseitigungs- und Unterlassungs- bzw. Schadensersatzansprüche. Gleiches gilt für das Instrument der Gewinnabschöpfung in § 10 UWG.⁴² Die Instrumente der Abmahnung und Unterwerfung ermöglichen durch eine außergerichtliche Streitbeilegung (§ 13 Abs. 1 UWG) eine schnelle Rechtsdurchsetzung. Darüber sind bestimmte Formen der Werbung strafbar (§ 16 UWG – z. B. irreführende Werbung durch öffentliche Bekanntmachung in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen) und bestimmte geschäftlicher Handlungen (§ 20 UWG – z. B. Werbung durch Telefonanrufe ohne vorherige Einwilligung) sind als Ordnungswidrigkeit verfolgbar. Daneben existieren mögliche weitere

⁴² Siehe zum Verschulden auch *Dröge*, Der „New Deal for Consumers“ – ein Paradigmenwechsel im deutschen UWG, WRP 2019, 163.

Rechtsansprüche aus (Kauf-) Vertrags- (§§ 280, 434 BGB) und/oder Deliktsrecht (§ 823 BGB).

IV. Unlauterkeit von Dual Quality Produkten

Die Vermarktung von Waren mit derselben Verpackung und Markenkennzeichnung, aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung, Rezeptur und/oder unterschiedlichem sensorischen Profil ist nicht von der „schwarzen Liste“ der UGP-RL / des UWG erfasst und damit unter dem derzeit noch geltenden lebensmittelrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Normen grundsätzlich zulässig. Dies hat auch die Kommission in ihrer Orientierungshilfe zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität klargestellt:

„Freier Warenverkehr bedeutet aber nicht unbedingt, dass jedes Produkt in jedem Winkel des Binnenmarkts identisch sein muss. So wie es den Verbrauchern freisteht, die Produkte ihrer Wahl zu kaufen, so steht es auch den Unternehmen frei, Waren mit unterschiedlicher Zusammensetzung oder unterschiedlichen Merkmalen zu vermarkten und zu verkaufen, sofern sie voll und ganz mit den EU-Rechtsvorschriften (über die Produktsicherheit und die Kennzeichnung sowie sonstigen horizontalen oder sektoralen Vorschriften) im Einklang stehen. Um erfolgreich zu bleiben, müssen Unternehmen auf unterschiedliche Nachfragetrends, logistische Probleme und neue Technologien reagieren und kontinuierlich ihre Produkte anpassen und innovieren. Auch Produkte derselben Marke können aufgrund legitimer Faktoren wie dem Herstellungsort oder Verbraucherpräferenzen in den Bestimmungsregionen unterschiedliche Merkmale aufweisen. Anlass zur Besorgnis besteht jedoch, wenn unterschiedlich zusammengesetzte Waren unter derselben Marke in einer Weise vermarktet werden, die geeignet ist, den Verbraucher irrezuführen.“⁴³

Eine solche Geschäftspraxis ist also nur dann unlauter i.S.d. UGP-RL/des UWG bzw. nach Art. 7 LMIV verboten, wenn im Einzelfall nachgewiesen werden kann, dass die konkrete Art und Weise der Vermarktung geeignet ist, den angesprochenen Verkehrskreis bzw. die Verbraucher über eine Eigenschaft des Lebensmittels, sprich die Zusammensetzung, Beschaffenheit oder Qualität, irrezuführen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Vorstellungen, die durch eine Information (Art. 7 LMIV) oder eine sonstige Geschäftspraxis (UGP-RL/des UWG) bei den Verbrauchern ausgelöst werden, mit dem tatsächlichen Zustand, insbesondere den tatsächlichen Eigenschaften des Lebensmittels nicht übereinstimmen.⁴⁴ Um das festzustellen, ist es freilich

⁴³ Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 1.

⁴⁴ Siehe zur Feststellung einer Irreführung ausführlich Zipfel/Rathke Lebensmittel/Rathke LMIV Art. 7 Rn. 54 ff.; Streinz/Meisterernst/Meisterernst Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch § 11 Rn. 31 ff.;

zuerst notwendig, zu ermitteln, ob überhaupt, und wenn so, welche Vorstellungen eine bestimmte Information oder sonstige Verhaltensweise bzgl. eines Lebensmittels beim Verbraucher hervorrufen. Dabei ist nach der ständigen Rechtsprechung⁴⁵ auf die mutmaßliche Erwartung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Abgesehen von eindeutigen Fällen bzw. von Fällen, in denen die Bedeutung einer bestimmten Bezeichnung oder die Beschaffenheit eines Lebensmittels gesetzlich normiert ist⁴⁶, ist die Feststellung der Vorstellungen der Verbraucher, die eine bestimmte Information, Aufmachung oder sonstige geschäftliche Verhaltensweise bzgl. eines Lebensmittels auslöst, komplex. Dies ermitteln die Gerichte i. d. R. aus eigener Sachkunde und Urteilskraft, Sachverständigengutachten und Meinungsumfragen sind nur ausnahmsweise notwendig.⁴⁷ Dies kommt auch im Erwägungsgrund 18 der UGP-RL zum Ausdruck:

„Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers beruht dabei nicht auf einer statistischen Grundlage. Die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden müssen sich bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem gegebenen Fall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen.“

Es versteht sich daher von selbst, dass die Notwendigkeit einer solchen Beurteilung der Geeignetheit zur Irreführung im Rahmen von Art. 7 LMIV bzw. Art. 5 ff. UGP-RL/ §§ 3 ff. UWG zu Rechtsunsicherheit für die Rechtsanwender führt, sprich in erster Linie für die betroffenen (Lebensmittel-) Unternehmer, die für die Konformität ihrer Geschäftspraktiken verantwortlich sind, wie auch für die nationalen Aufsichtsbehörden, die die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen und lauterrechtlichen Irreführungsverbote überwachen und im Falle von Verstößen sanktionieren müssen.

Die Kommission hat versucht, diese Schwierigkeit der Rechtsauslegung mit der Ausarbeitung von „Orientierungshilfen“ zu lösen, die im September 2017 veröffentlicht wurden.⁴⁸ Dort hat sie bestimmte Anforderungen aufgestellt, die von den nationalen Aufsichtsbehörden nachgewiesen werden müssen, um in Fällen, in denen Waren des-

Voit/Grube/Grube LMIV Art. 7, Rn. 41 ff.; Peifer/Obergfell in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, 4. Auflage 2021, § 5 UWG Rn. 201 ff.

45 Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-446/07, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung. Vgl. zur deutschen Rechtsprechung anstelle vieler BVerwG, Urteil 1 C 1.99 vom 23.3.1999; BGH, Urteil 45/13 vom 2.12.2015.

46 Ist die inhaltliche Bedeutung einer Kennzeichnung, Angabe oder Aufmachung oder die Beschaffenheit eines Lebensmittels gesetzlich normiert, so ist eine Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht zulässig. Gesetzliche Vorschriften einschließlich der auf Gesetz beruhenden Vorschriften in Rechtsverordnungen haben Vorrang. Dies gilt auch dann, wenn die gesetzlich normierte Angabe von einem Teil der Verbraucher missverstanden wird oder wenn die Verbraucher unter einer Bezeichnung eine andere als die gesetzlich bestimmte Beschaffenheit des Lebensmittels erwarten; s. zum Ganzen auch OLG Stuttgart, Urteil vom 18.12.2008 – 2 U 86/08 m. w. N.

47 Vgl. EuGH, Urt. v. 13. 1.2000, Rs. C-220/98.

48 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017.

selben Herstellers, die unter derselben Marke, aber mit Unterschieden in Zusammensetzung oder Qualität in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten vermarktet werden, einen Verstoß gegen die lebensmittelrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbote festzustellen. Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass diese Leitlinien nur bedingt hilfreich für die Prüfung der Irreführungsgeeignetheit bestimmter „Dual-Quality“ Praktiken ist. In der Rechtspraxis vieler Mitgliedstaaten, inklusive Deutschland, haben diese jedenfalls nicht dazu geführt, dass solche Geschäftspraktiken als unzulässig erklärt bzw. sanktioniert wurden.

Diese Frage beantwortet auch die Kommission in ihrer „Orientierungshilfe“ nicht, sondern ist in der Tat sehr kritisch zu sehen.⁴⁹ Obwohl die Kommission die Vollzugsbehörden darin anweist, immer zuerst zu prüfen, ob im konkreten Fall die Anforderungen der LMIV eingehalten sind, wird die Frage, wann eine bestimmte Kennzeichnung, Aufmachung oder Werbung gegen Art. 7 LMIV verstößt, im Grunde nicht beantwortet und es werden auch keine Kriterien an die Hand gegeben, um dies zu prüfen. Vielmehr konzentriert sich die „Orientierungshilfe“ auf die Prüfung eines Verstoßes gegen die UGP-RL. Insofern weist sie zwar darauf hin, dass die sektorspezifischen Vorschriften des EU-Rechts, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln (z. B. LMIV), als *lex specialis* den Regeln der UGP-Richtlinie vorgehen (Art. 3 Abs. 4 UGP-RL).⁵⁰ Für mögliche sonstige Aspekte der Geschäftspraktiken, die nicht unter die sektorspezifischen Bestimmungen fallen, gelte jedoch weiter die UGP-Richtlinie und *„kann daher in der Regel ergänzend zu sektorspezifischen EU-Vorschriften angewendet werden“*.⁵¹ Fraglich ist freilich in der Praxis, ob es aufgrund der Weite des lebensmittelrechtlichen Irreführungsverbots in Art. 7 LMIV Geschäftspraktiken geben kann, die nicht nach dieser spezialgesetzlichen Regelung, sondern nur nach Art. 5-7 UGP-RL (§ 5 UWG) wegen Irreführung verboten sind.⁵² Dies möglicherweise dann, wenn eine bestimmte Verhaltensweise durch gesetzliche Fiktion als irreführend erklärt wird (gesetzlich normierte Irreführungsgeeignetheit). Wir kommen hierauf zurück (siehe Abschnitt V.1. zum neuen abstrakten Irreführungstatbestand).

Diese Frage beantwortet auch die Kommission nicht, sondern widmet sich vielmehr der Problematik, wann eine „Dual Quality“ Geschäftspraktik unlauter i. S. d. UGP-RL ist. Im Grunde ist diese Frage auch nicht praxisrelevant, da aufgrund der sich

49 Siehe hierzu auch die berechtigte Kritik durch *v. Jagow*, ZLR 2017, 773 ff.

50 So auch EuGH, Urt. v. 10.9.2020, C-363/19, Rdn. 59: *„Danach findet die RL 2005/29 nur dann Anwendung, wenn keine speziellen Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten und, wie sich aus dem 10. ErwG der Richtlinie ergibt, keine spezifischen Vorschriften der Union, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, wie etwa Informationsanforderungen oder Regeln darüber, wie dem Verbraucher Informationen zu vermitteln sind, greifen.“*

51 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 3.

52 Siehe auch *v. Jagow*, ZLR 2017, 772 ff. m. w. N. und Kritik an der Auslegung der Kommission bzgl. des verbleibenden lauterkeitsrechtlichen Anwendungsbereich.

nur zum Teil überschneidenden Zielrichtungen der Rechtsgebiete die lebensmittelrechtlichen und allgemein wettbewerbsrechtlichen Irreführungsvorschriften uneingeschränkt nebeneinander angewendet werden.⁵³ Dies nicht nur in Deutschland, sondern auch in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Fall (so z.B. in Italien, wo die Rechtsfrage des Verhältnisses zwischen LMIV und UGP-RL bzw. nationalem Umsetzungsgesetz überhaupt nicht diskutiert wird). Vertreten wurde hierzu jedoch in Deutschland bislang, dass ein und derselbe Sachverhalt nicht wettbewerbsrechtlich unlauter sein kann, wenn er nach lebensmittelrechtlichen Vorschriften zässig ist und umgekehrt eine nach den lebensmittelrechtlichen Spezialnormen irreführende Lebensmittelinformation stets auch als wettbewerbsrechtlich irreführend anzusehen ist.⁵⁴ Ob das auch nach Einführung des neuen Irreführungstatbestands (siehe hierzu V.1.) in dieser Absolutheit behauptet werden kann, muss hinterfragt werden. Kernfrage, der sich auch die Kommission in ihrer „Orientierungshilfe“ widmet, ist damit, wann die Vermarktung von Lebensmitteln desselben Herstellers mit derselben Verpackung und Markenkennzeichnung, aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung und/oder unterschiedlichem sensorischen Profil und/oder unterschiedlicher Qualität in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, irreführend und damit lebensmittelrechtlich und/oder wettbewerbsrechtlich unzulässig ist.

Grundsatz hierbei ist, wie auch die Kommission richtigerweise hervorhebt, dass die Frage, ob eine Geschäftspraxis gegen die UGP-Richtlinie verstößt, im Einzelfall geprüft und entschieden werden muss.⁵⁵ Im Falle der „Dual Quality“ Problematik geht die Kommission von einem Verstoß aus, wenn:

- der Verbraucher berechnete besondere Erwartungen an ein Produkt im Vergleich zu einem „Referenzprodukt“ hat und das Produkt erheblich von diesen Erwartungen abweicht;
- der Gewerbetreibende es unterlässt oder versäumt, dem Verbraucher angemessene Informationen bereitzustellen, und dieser nicht erkennen kann, dass ein Unterschied zu seinen Erwartungen bestehen könnte;
- diese unangemessenen oder unzureichenden Informationen geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers zu beeinflussen, etwa indem sie ihn zum Kauf eines Produkts veranlassen, das er sonst nicht gekauft hätte.⁵⁶

Diese Anhaltspunkte, die im Grunde die Entscheidungsfindung über eine Irreführung erleichtern sollen, werfen freilich zahlreiche weitere Fragen auf. Denn auf-

53 Siehe Voit/Grube/Grube LMIV Art. 7 Rn. 23.

54 Siehe Voit/Grube/Grube LMIV Art. 7 Rn. 23 m. w. N.

55 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 4.

56 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 4.

grund der Pflicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b) LMIV, die Zutaten eines Lebensmittels anzugeben, wird der Verbraucher über dessen Zusammensetzung korrekt informiert bzw. wenn diese Angabe fehlt oder unvollständig ist, liegt bereits ein Verstoß gegen die Pflichtkennzeichnung vor, so dass die Frage der Irreführung im Grunde keine Rolle mehr spielt. Allein die Tatsache, dass ein Lebensmittel mit derselben Marke und Verpackung, aber in unterschiedlicher Zusammensetzung in den EU-Mitgliedstaaten vermarktet wird, kann daher keinen Verstoß gegen die lebensmittelrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbote darstellen.⁵⁷ Es fragt sich daher, welche Fälle überhaupt in Betracht kommen, bei denen der Verbraucher berechnete besondere Erwartungen an ein Produkt im Vergleich zu einem „Referenzprodukt“ hat und das betreffende Produkt erheblich von diesen Erwartungen abweicht und was überhaupt ein „Referenzprodukt“ ist.

Die Kommission versucht, in der „Orientierungshilfe“ krampfhaft weitere Kriterien zu entwickeln, um die „berechtigten besonderen Erwartungen“ des Verbrauchers an ein Produkt feststellen zu können, was Voraussetzung dafür ist, um entscheiden zu können, ob ohne angemessene Information der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst worden ist, die er sonst nicht getroffen hätte. Denn dies ist wie gesagt Voraussetzung einer Irreführung, jedenfalls nach den Lauterkeitsregeln in Art. 5 UPG-RL, § 5 UWG.

Die berechtigten besonderen Erwartungen des Verbrauchers ließen sich laut Kommission durch eine nähere Beschreibung des „Referenzprodukts“ ermitteln, verstanden als (i) ein Produkt, das in mehreren Mitgliedstaaten mit „derselben Verpackung und Markenkennzeichnung“ vermarktet wird; (ii) und das in den meisten dieser Mitgliedstaaten in einer bestimmten Zusammensetzung verkauft wird; (iii) und dessen wesentliche Merkmale in der Wahrnehmung des Verbrauchers der Zusammensetzung dieses Produkts entsprechen, wie es in den meisten dieser Mitgliedstaaten beworben wird.⁵⁸ Zudem vertröstete die Kommission in ihrer „Orientierungshilfe“ aus dem Jahr 2017 auf die damals bei der Gemeinsamen Forschungsstelle in Auftrag gegebene Testmethodik zu Lebensmitteln zweierlei Qualität. Aus dieser würden sich „weitere Indikatoren zur Verfeinerung der Vergleichsprüfungen für Lebensmittel ergeben“.⁵⁹

Diese Testmethodik wurde Ende April 2018 veröffentlicht⁶⁰ und beschreibt einen harmonisierten Rahmen für die Auswahl, Probenahme und Prüfung von Lebensmitteln zur Bewertung ihrer qualitätsbezogene Merkmale. Sie ist vor allem an die natio-

57 So auch v. Jagow, ZLR 2017, 771 f. mit der Klarstellung, dass in solchen Fällen auch kein Imitat i. S. d. Art. 7 Abs. 1 lit. d LMIV vorliegt.

58 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzes auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 4.

59 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzes auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 4.

60 Vgl. im Detail „Framework for selecting and testing of food products to assess quality related characteristics: EU harmonised testing methodology“, https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/eu_harmonised_test

nationalen Aufsichtsbehörden gerichtet, die diese verwenden sollen, um Markttests durchzuführen, die Produktvergleiche zwischen verschiedenen Regionen und Ländern anstellen, um dann einzelfallbezogen beurteilen zu können, ob bestimmte Vermarktungspraktiken im Bereich „Dual Quality“ auf unlautere Geschäftspraktiken hinauslaufen könnten. Zusammengefasst sollen die Tests wie folgt erfolgen:

Bzgl. der Produktauswahl ist zunächst zu beachten, dass nur Produkte, die in mehreren Mitgliedstaaten unter derselben Verpackung und demselben Markennamen vermarktet werden, in Frage kommen, wobei sowohl Marken- und Eigenmarkenprodukte sowie ein ausgewogener geographischer Querschnitt der EU-Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind. Zudem sollen vorzugsweise Produkte, zu denen bisher Unterschiede festgestellt wurden, die der Markeninhaber nicht plausibel erklären konnte, ausgewählt werden; der Markeninhaber soll hierzu angehört werden. Die Probeentnahme soll in die (normale) amtliche Kontrolltätigkeit integriert werden. Werden Unterschiede festgestellt, so ist eine Zweitprobe zu entnehmen. Die Untersuchung unterteilt sich in zwei Schritte. Zuerst erfolgt ein Vergleich der auf dem Etikett angegebenen Informationen (Nährwertdeklaration und Zutatenliste) und einer sensorischen Analyse. Wird ein Unterschied festgestellt, erfolgen weitere chemische oder sensorische Tests. Bei erheblichen Unterschieden in Zusammensetzung und sensorischer Analyse von Produkten, die unter derselben Marke und Verpackung angeboten werden, ist der Markeninhaber anzuhören. Zum Schluss muss dann eine Einzelfallentscheidung über das Vorliegen einer unlauteren Geschäftspraktik von der zuständigen Aufsichtsbehörde getroffen werden.

Bei Grund zur Annahme, dass Differenzierungspraktiken eines bestimmten Lebensmittelunternehmers möglicherweise unlautere Geschäftspraktiken darstellen, empfiehlt die Kommission den nationalen Vollzugsbehörden also Markttests anhand dieser Testmethodik durchzuführen und dann, wenn der Test ergibt, dass ein Lebensmittel scheinbar identisch aufgemacht sind, allerdings erhebliche Unterschiede in der Zusammensetzung aufweist, konkret zu prüfen, ob eine Irreführung vorliegt.⁶¹ Somit klärt die Testmethodik zwar, dass eine rechtliche Entscheidung nur getroffen werden kann, wenn zuvor spezifische Ermittlungen (Tests und Anhörung des Betroffenen) durchgeführt worden sind. Die Entscheidung, ob sich aufgrund dieser dann tatsächlich eine Irreführungsgeeignetheit einer bestimmten Geschäftspraktik im Einzelfall nachweisen lässt, verbleibt jedoch nach wie vor bei den nationalen Behörden.

Dies scheint auch der Kommission bewusst gewesen zu sein. Um bei diesem schwierigen Unterfangen der Beurteilung der Irreführungsgeeignetheit weiterzuhelfen, verstrickt sie sich in ihrer „Orientierungshilfe“ dann auch immer weiter in die Darstel-

ing_methodology_-_framework_for_selecting_and_testing_of_food_products_to_assess_quality_related_characteristics.pdf

61 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 5.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

lung abstrakter und in der Praxis kaum anwendbarer Prüfkriterien, indem sie vorschlägt, im Rahmen der Einzelfallprüfung Folgendes zu untersuchen:

- die wesentlichen Merkmale eines Produkts, die der Durchschnittsverbraucher bei seiner Kaufentscheidung berücksichtigen dürfte und die Eingang in seine positive oder negative geschäftliche Entscheidung finden;
- ob die Produktaufmachung/-werbung bei dem Verbraucher die Vorstellung hervorruft, dass das Produkt überall in der EU dasselbe ist (z.B. Betonung der Einzigartigkeit, des Herstellungsorts, seine Originalität, der/des traditionell einzigartigen Herstellung/Rezepts oder seiner Herstellung nach einem vor vielen Jahren an einem bestimmten Ort entstandenen Rezept);
- ob Informationen über die wesentlichen Merkmale eines bestimmten Produkts fehlen oder unklar sind (z.B. Marketingstrategien für verschiedene Versionen eines Produkts, die beim Verbraucher zu Verwechslungen führen könnten – Vertrieb eines Markenprodukts innerhalb der EU von unterschiedlichen Qualitätsklassen aber Vertrieb der niedrigeren Qualitätsklassen nur in bestimmten Ländern/Regionen ohne ausreichende Informationen);
- ob wegen der fehlenden oder unklaren Informationen über die wesentlichen Merkmale eine Änderung der geschäftlichen Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers wahrscheinlich ist.⁶²

Diese Übersicht macht deutlich, wie sich die Kommission aufgrund des bereits dargestellten großen politischen Drucks, im Bereich des angeblichen Problems der „Lebensmittel von zweierlei Qualität“ tätig zu werden „geradezu im Kreis auf der Suche nach dem Unlauterkeitsmoment“ dreht.⁶³ Problematisch bleibt jedenfalls der für „Dual Quality“-Praktiken nach den bisherigen lebensmittelrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Vorschriften notwendige Nachweis einer konkreten Irreführungseignetheit, der ein Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit des angesprochenen Verkehrs und damit die Feststellung einer „berechtigten Verbrauchererwartung“ voraussetzt, was nahezu unmöglich ist.⁶⁴

Insbesondere ist dies nicht automatisch dann der Fall, wie hingegen die Kommission suggeriert⁶⁵, wenn ein Hersteller eines Markenprodukts die Bestandteile in der Zusammensetzung im Vergleich zu früher in bestimmten Mitgliedstaaten ändert, so durch Einführung eines neuen Rezepts, während sie in anderen Mitgliedstaaten

62 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 4 ff.

63 So sehr anschaulich ausgedrückt von v. Jagow, ZLR 2017, 774.

64 Siehe hierzu v. Jagow, ZLR 2017, 774.

65 Bekanntmachung (Orientierungshilfe) der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel (2017/C 327/01) vom 29. September 2017, S. 6.

gleich bleiben, ohne die Verbraucher darüber zu informieren. Solange der Verbraucher durch eine vorschriftsgemäße Kennzeichnung, insbesondere der Zutaten, über die Zusammensetzung des jeweiligen Produkts informiert wird, ist grundsätzlich bei der Rezepturänderung nicht von einer Irreführungseignetheit auszugehen.

Nur in den auch von der Kommission angedeuteten krassen Fällen, in denen ein Lebensmittel in der gesamten EU unter derselben Marke mit Auslobungen wie „Originalrezept“ angeboten wird, in einzelnen Mitgliedstaaten jedoch nicht die so beworbene Rezeptur aufweist, ist ein Verstoß gegen Art. 7 LMIV bzw. Art. 5, 6 UGP-RL/§§ 5, 5a UWG anzunehmen. Ebenso in Fällen, in denen die Aufmachung oder Werbung für ein Lebensmittel derart sind, dass sie eine berechtigte Erwartung im Verbraucher dahingehend begründen, dass das Produkt überall in der EU dasselbe ist und das nicht stimmt, oder sonstige Angaben, die geeignet sind, über dessen Zusammensetzung, Beschaffenheit oder Qualität irrezuführen, obwohl es vorschriftsgemäß nach der LMIV gekennzeichnet ist.

Solche offensichtlichen Fälle sind allerdings die Ausnahme, so dass die „Orientierungshilfe“ der Kommission wie gesagt in der mitgliedstaatlichen Praxis nicht dazu geführt hat, dass Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit der „Dual Quality“ Problematik vermehrt als unzulässig erklärt bzw. sanktioniert wurden. Fraglich ist, inwieweit die Gesetzesänderung dazu führt, dass künftig an die Unlauterkeit bzw. Unzulässigkeit der Vermarktung eines Lebensmittels mit derselben Verpackung und Markenkennzeichnung in den Mitgliedstaaten, aber unterschiedlicher Zusammensetzung oder sonstigen Merkmalen wie sensorischem Profil, geringere Anforderungen gestellt werden. Darauf soll im folgenden Abschnitt eingegangen werden.

V. Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161

1. Neu: Spezieller Irreführungstatbestand bzgl. „Dual Quality“, Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL

Durch Art. 3 Nr. 3 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 wurde ein neuer Irreführungstatbestand bzgl. der „Dual Quality“ von Waren (nicht beschränkt auf Lebensmittel) in die UGP-RL eingefügt:

„Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL

(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:*
[...]

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

c) jegliche Art der Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware, obgleich sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist.⁶⁶

Der Umstand, dass die neue Regelung nicht mit Aufnahme in die schwarze Liste erfolgte, was ein absolutes Verbot dieser Geschäftspraktik begründet hätte, beruht wohl auf einer Abwägung zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit zwischen Verbraucherschutz auf der einen und unternehmerischer Freiheit (Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) bzw. Warenverkehrsfreiheit auf der anderen Seite.⁶⁶ Festzuhalten ist damit, dass die mitgliedstaatenübergreifende Vermarktung von Waren, inklusive Lebensmitteln, unter derselben Marke bzw. in (nahezu) identischer Aufmachung aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung oder sonstigen Unterschieden in den Merkmalen (z.B. sensorisches Profil) auch künftig nicht per se verboten ist. Vielmehr ist eine Einzelfallabwägung und -entscheidung der zuständigen nationalen Behörden und Gerichte notwendig, um festzustellen, ob eine bestimmte „Dual Quality“ Geschäftspraktik im Einzelfall unlauter ist.⁶⁷

Fraglich ist jedoch, ob im Vergleich zur bisherigen Rechtslage durch die Einführung eines speziellen Irreführungstatbestands in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL der konkrete Nachweis der Irreführungseignetheit der „Dual Quality“ Geschäftspraktik immer noch notwendig ist. Denn dies hat in der Vergangenheit zu Problemen geführt, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben. Dies insbesondere deshalb, weil die Feststellung der berechtigten Verbrauchererwartung, die notwendig ist, um prüfen zu können, ob eine Divergenz zwischen „Ist“- und „Soll“-Beschaffenheit vorliegt, in den Fällen der „Dual Quality“ ein nahezu unmögliches Unterfangen darstellt⁶⁸, wie oben anschaulich dargestellt (siehe Abschnitt IV).

Bei der Frage, ob der europäische Normgeber mit diesem neuen Tatbestand einen abstrakten Irreführungstatbestand schaffen wollte oder nach wie vor der Nachweis der konkreten Geeignetheit zur Irreführung notwendig ist, deutet eine Auslegung auf Ersteres. Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sowohl der Wortlaut (in den verschiedenen Sprachfassungen der EU-Amtssprachen) als auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgt werden.⁶⁹ Geht man vom Wortlaut der neuen Vorschrift aus, so deuten die unterschiedlichen Sprachfassungen klar auf einen abstrakten Irreführungsschutz hin, da eine Irreführung der Geschäftspraxis bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des neuen Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL angenommen wird: „Geschäftspraxis gilt ferner als irreführend“, „shall al-

66 Siehe Erwägungsgrund 51 Omnibus-RL (EU) 2019/2161.

67 Siehe Erwägungsgrund 52, 53 Omnibus-RL (EU) 2019/2161.

68 So auch v. Jagow, ZLR 2017, 774.

69 Siehe EuGH-Urteil vom 13. November 2003, Rs. C-294/01 m. w. N.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

so be regarded as misleading“, „altresì considerata ingannevole“, „est également réputée trompeuse“, „También se considerará engañosa“. Dies wird durch eine systematische Auslegung bestätigt.

Der Gesamtzusammenhang des Regelungswerks deutet auf abstrakten Irreführungsschutz hin, da die Notwendigkeit der konkreten Geeignetheit zur Irreführung in Art. 6 Abs. 1 UGP-RL, auf den sich die Prüfung der „Dual Quality“ Geschäftspraktiken bislang stützte, ausdrücklich vorausgesetzt ist, im neuen Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL hingegen nicht. In der Tat sind die in Art. 6 Abs. 2 geregelten spezifischen Irreführungstatbestände als „Mittelding“ zwischen der Notwendigkeit des Nachweises der konkreten Irreführungsgeeignetheit einer Geschäftspraxis und den absoluten Verbotstatbeständen („schwarze Liste“) konzipiert.

Auch im Rahmen einer historischen und teleologischen Auslegung deutet die Intention des Normgebers auf die Einführung eines abstrakten Irreführungsschutzes hin. So ist dem Erwägungsgrund 53 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 klar zu entnehmen, dass bislang Rechtsunklarheit herrschte im Hinblick auf die Frage, wann die Vermarktung von Waren desselben Herstellers unter derselben Marke und Verpackung, aber mit Unterschieden in Zusammensetzung oder Qualität, in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten irreführend ist. Die Einführung des speziellen Irreführungstatbestands bzgl. „Dual Quality“ in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL dient daher der Regelung dieses konkreten Falls, was als notwendig angesehen wurde, um Rechtssicherheit zu schaffen:

„Die Erfahrungen bei der Durchsetzung haben jedoch gezeigt, dass es für Verbraucher, Gewerbetreibende und zuständige nationale Behörden mangels einer ausdrücklichen Bestimmung möglicherweise nicht klar ist, welche Geschäftspraktiken gegen die Richtlinie 2005/29/EG verstoßen könnten. Um sowohl für Gewerbetreibende als auch für Durchsetzungsbehörden Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte die genannte Richtlinie daher geändert werden und ausdrücklich den Fall regeln, dass eine Ware als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware vermarktet wird, obgleich sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden.“⁷⁰

Zwar weist der Erwägungsgrund 52 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 darauf hin, dass eine Einzelfallbeurteilung der relevanten Elemente bei der Prüfung des Verstoßes gegen die UGP-RL notwendig ist, wobei nach Erwägungsgrund 53 die zuständigen Behörden bei der Beurteilung berücksichtigen sollen, ob solche Unterschiede in der Zusammensetzung von den Verbrauchern leicht zu erkennen sind aufgrund von Verfügbarkeit und Angemessenheit von Informationen. Dies könnte zugegebenermaßen dafür sprechen, dass auch künftig der Nachweis einer Irreführungsgereignetheit trotz Vorliegens der Tatbestandmerkmale des neuen Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL im

⁷⁰ Erwägungsgrund 51 Omnibus-RL (EU) 2019/2161.

konkreten Fall notwendig ist. Der Wortlaut, die Systematik und letztendlich auch der objektive Gesetzeszweck, der mit der Einführung des spezifischen Irreführungstatbestands erreicht werden soll, insbesondere die Schaffung von Rechtssicherheit und die Lösung des Interessenskonflikts (unternehmerische Freiheit *versus* Verbraucherschutz), sprechen für einen abstrakten Irreführungsschutz. Diese Auslegung verwirklicht auch den Zweck der Norm am effektivsten („*effet utile*“).

Festzuhalten ist damit, dass der Nachweis der konkreten Irreführung des Verbrauchers durch Vermarktung von Waren (Lebensmitteln) als identisch, obgleich sie sich in ihrer Zusammensetzung oder ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, grundsätzlich nicht notwendig ist. Eine konkrete Irreführungseignung wird wohl aber bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale (identisch, wesentliche Unterscheidung, Rechtfertigung durch legitime und objektive Faktoren, Eignung zur Veranlassung einer sonst nicht getroffenen geschäftlichen Entscheidung) zu berücksichtigen sein. Die Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale wird sich aufgrund der Formulierung unbestimmter Begriffe und Konzepte jedoch als problematisch erweisen, weshalb berechtigte Zweifel daran bestehen, ob mit der Schaffung des speziellen Irreführungstatbestands in Art. 6 Abs. 2 c) UGP-RL tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen werden kann.⁷¹

Umfasst ist grundsätzlich „*jegliche Art der Vermarktung einer Ware in einem Mitgliedstaat als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Ware*“. Das Tatbestandsmerkmal „*als identisch*“ wurde bislang unter dem Stichwort „*Vermarktung desselben Produkts unter derselben Marke mit identischer oder sehr ähnlicher Verpackung*“ diskutiert.⁷² Zwar knüpft der Gesetzeswortlaut selbst nicht an die Vermarktung unter derselben „*Marke*“ an, der Ausdruck findet sich aber ausdrücklich z. B. in Erwägungsgrund 53 Omnibus-RL. Dieser Begriff wird daher dahingehend ausgelegt, dass nur bei Verwendung derselben Marke und einer zumindest vom Gesamteindruck her identischen Schauseite eine Vermarktung unter identischer Aufmachung vorliegt.⁷³

Problematisch dabei ist, dass der neue Irreführungstatbestand vermutet, dass eine Marke eine Aussage über die Produktzusammensetzung/-qualität macht. Dies ist jedoch verfehlt.⁷⁴ Denn Hauptfunktion einer Marke ist der Herkunftshinweis auf ein bestimmtes Unternehmen.⁷⁵ Ein solches Warenzeichen hat hingegen keine Garantiefunktion im Rechtssinne, d. h. Marken treffen grundsätzlich keine Aussage zu einer bestimmten Qualität bzw. Rezeptur.⁷⁶ Zu bedenken ist zudem, dass identische natio-

71 Kritisch äußert sich auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 249 ff.

72 Vgl. z. B. Europäische Kommission – Lebensmittel von zweierlei Qualität: Fragen und Antworten, 24. Juni 2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/QANDA_19_3333.

73 Vgl. hierzu auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 253.

74 Siehe auch *Dröge*, WRP 2019, 160, 164 f.

75 Vgl. EuGH, 08.06.2017, Rs. C 689/15.

76 Siehe auch *Unland/Grube*, Doppelstandards bei der Qualität von Lebensmitteln („Dual Quality“), ZLR 2019, 341 f.

nale Marken in verschiedenen Ländern von unterschiedlichen Herstellern für gleiche, aber nicht identische Produkte benutzt werden. Dies beweist, dass Verbraucher nicht automatisch erwarten (können), dass Produkte der gleichen Marke auch immer identisch sind. Bei Auslegung des Tatbestandmerkmals „*identisch*“ müssen daher die Kennzeichnung, Aufmachung, Werbung des Produkts im konkreten Einzelfall bzw. Marketingstrategien berücksichtigt werden. Diese müssen im angesprochenen Verkehrskreis die Vorstellung generieren, dass die Ware (das Lebensmittel) identische Eigenschaften (Zusammensetzung oder andere wesentliche Merkmale) wie ein in anderen Mitgliedstaaten vermarktetes Produkt (Lebensmittel) habe.

Notwendig ist zudem, dass sich als identisch vermarktete Waren in den Mitgliedstaaten in der Zusammensetzung oder ihren Merkmalen „*wesentlich voneinander unterscheiden*“. Diese vage Formulierung wirft freilich die Frage auf, welche Unterschiede umfasst sind. Im Hinblick auf Lebensmittel kann insoweit auf die Orientierungshilfe der Kommission zurückgegriffen werden, die Bezug auf sensorische Eigenschaften sowie auf Abweichung einer/mehrerer Hauptzutaten eines Produkts oder ihrer prozentualen Anteile vom „Referenzprodukt“ nimmt.⁷⁷ Auch die im Juni 2019 veröffentlichte JRC-Studie gibt zumindest Anhaltspunkte dafür, wann eine wesentliche Abweisung in Betracht zu ziehen ist: Ein Unterschied in der Menge einer wertbestimmenden bzw. auf dem Etikett hervorgehobenen Zutat, die damit zu einer Abweichung in der Quid-Kennzeichnung führt (Art. 21 LMIV) sowie eine Abweichung in den deklarierten Nährwerten von mehr als 10 %.⁷⁸

Rein rechtlich gesehen ist eine Entscheidung darüber, ob es sich um eine „*wesentliche*“ Unterscheidung i. S. d. neuen Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL handelt, wohl abhängig davon zu machen, ob die Abweichungen geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers so zu beeinflussen, dass sie ihn zum Kauf eines Produkts veranlassen, das er sonst nicht gekauft hätte. Damit obliegt trotz Schaffung eines abstrakten Irreführungstatbestands im Grunde auch künftig den nationalen Behörden und Gerichten die zum Teil komplexe Beurteilung der Marktentscheidungsrelevanz einer Geschäftspraktik.

Denn nach wie vor verlangt der neu eingeführte spezielle Irreführungstatbestand bzgl. „Dual Quality“, dass die mitgliedstaatenübergreifende Vermarktung von Lebensmitteln als identisch, obgleich diese sich in Wirklichkeit in ihrer Zusammensetzung oder ihren Eigenschaften wesentlich voneinander unterscheiden, „*im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände einen Durchschnitts-*

77 Bekanntmachung der Kommission zur Anwendung des EU-Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts auf Fragen der Produkte von zweierlei Qualität – Der besondere Fall der Lebensmittel, (2017/C 327/01), 29. September 2017, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0929\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0929(01)&from=DE).

78 JRC, Results of an EU wide comparison of quality related characteristics of food products, June 2019, S. 11 <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC117088>; s. auch v. Jagow, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 253.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte“ (Art. 6 Abs. 2 UGP-RL).

Auch wenn ein konkreter Irreführungsnachweis nicht notwendig ist, ist die Geeignetheit der Geschäftspraktik, das Marktverhalten, insbesondere den Kaufentschluss der Verbraucher, zu beeinflussen, daher nach wie vor ausschlaggebend. Der Begriff der „geschäftlichen Entscheidung“ umfasst hierbei sämtliche Entscheidungen, die mit der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts unmittelbar zusammenhängen (Art. 2 Buchst. k UGP-RL, § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG).⁷⁹ Erforderlich ist, dass die Geschäftspraktik geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen über marktrelevante Umstände hervorzurufen und daher die zu treffende Marktentscheidung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen. Eine Marktentscheidungsrelevanz liegt zudem nur vor, wenn ein Durchschnittsverbraucher die voneinander unterschiedlichen Produktmerkmale bei der Kaufentscheidung überhaupt berücksichtigen würde, wären sie ihm bekannt. Dies ist in der Regel nur anzunehmen, wenn es sich um einen wesentlichen Unterschied handelt, was wiederum, wie oben schon angesprochen, in die Auslegung des Tatbestandmerkmals der „wesentlichen Unterscheidung“ einfließen muss. Wie diese Marktentscheidungsrelevanz in der Behördenpraxis festgestellt werden soll, bleibt allerdings unklar. Allein die Anzahl von Unionsbürgern, die Erwartungen an ein Markenprodukt in mehreren Mitgliedstaaten haben, dürfte sehr begrenzt sein.⁸⁰ Wenn es sich um Unterschiede handelt, die für den Verbraucher relevant sind, muss jedoch zusätzlich geprüft werden, ob er bei der Kenntnis der Unterschiede die geschäftliche Entscheidung nicht getroffen hätte, z. B. vom Kauf abgesehen hätte. Dies ist nicht der Fall, wenn der Verbraucher die Produktmerkmale gutheißt oder akzeptiert, obwohl ihm die Unterschiede nicht bekannt sind bzw. ihm die Unterschiede egal sind.

All dies zeigt, dass auch künftig die Beurteilung von „Dual Quality“ Praktiken als unlauter eher die Ausnahme bleiben wird, zumindest in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten wie z. B. Italien. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber als weiteres Tatbestandmerkmal eine Rechtfertigungsmöglichkeit⁸¹ geschaffen hat, bei deren Vorliegen die Vermarktung von Lebensmitteln als identisch, obgleich in der Zusammensetzung wesentlich voneinander abweichend, ausnahmsweise keine verbotene Geschäftspraktik darstellt. Der Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL selbst enthält keinen abschließenden Katalog legitimer und objektiver Rechtfertigungsfaktoren. Erwägungsgrund 53 der Omnibus-RL nennt aber nationales Recht (z. B. Schwellen, Herkunftsbezeichnung von Rohstoffen), Verfügbarkeit oder Saisonabhängigkeit von Rohstoffen, freiwillige Strategien zur Verbesserung des Zugangs zu gesunden und nährstoffreichen Lebensmitteln. Als weitere Beispiele kämen hier etwa Weiterentwicklung und Innovation, Warenvielfalt, Haltbarkeit (Klima, Logistik) in Frage.

79 EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C 281/12, Rn. 38.

80 Siehe hierzu auch v. Jagow, ZLR 2017, 774 ff.

81 Sehr kritisch hierzu Dröge, WRP 2019, 165 f.

Der Nutzen der Einführung dieses weiteren Tatbestandmerkmals der Rechtfertigung aufgrund „*legitimer und objektiver Faktoren*“ ist aufgrund der sehr vagen Formulierung fraglich. Er schafft wohl mehr Rechtsunsicherheit als Rechtsklarheit.⁸² Zudem ist eine solche Rechtfertigung dem bisherigen Lauterkeitsrecht systemfremd. Denn das Verbot irreführender Geschäftspraktiken hängt bislang allein davon ab, ob eine Täuschung (konkret oder abstrakt) vorliegt, die den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine weitere Interessensabwägung ist nicht mit dem tradierten Schema der UGP-RL vereinbar. Rechtfertigungsprüfungen sind im Grunde auch nicht notwendig, da die berechtigten Interessen bereits bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Geschäftspraxis unlauter ist, im Rahmen der Einzelfallbeurteilung auch bislang berücksichtigt wurden. Es fragt sich insbesondere, ob es zulässig ist, nicht identische Produkte unter derselben Marke ohne differenzierende Hinweise innerhalb der EU zu vertreiben, auch wenn dies zu einer Irreführung und Geschäftshandlung des Verbrauchers führt, die er ansonsten nicht vorgenommen hätte, nur weil ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Der neue Irreführungstatbestand in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL scheint dies zuzulassen. Zum Teil wird jedoch die Ansicht vertreten, dass im Falle einer Rechtfertigung die Unterschiede für den Verbraucher erkennbar sein müssen.⁸³ Dies sei dem Erwägungsgrund 53 der Omnibus-RL zu entnehmen, in dem davon ausgegangen wird, dass der Unternehmer die Verbraucher angemessen über die Gründe für die Abweichung, d. h. über die Unterschiede zwischen den Waren aufgrund legitimer und objektiver Faktoren aufklären soll. Ob allerdings eine solche über den Wortlaut hinausgehende Auslegung gerechtfertigt ist, ist fraglich. Laut Rechtsprechung des EuGH können die Erwägungsgründe zwar Aufschluss über die Intention des Gesetzgebers geben, müssen sich aber im Gesetzestext selbst niederschlagen, weil sie an sich nicht verbindlich sind. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Notwendigkeit der Erkennbarkeit der Unterschiede zwecks Rechtfertigung im Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL niedergeschlagen hat.

Der neue Tatbestand war gerade in Deutschland nicht unumstritten.⁸⁴ Sowohl die Kommission,⁸⁵ als auch ein Großteil der Literatur gingen davon aus, dass diese Sachverhalte schon bislang (ausreichend) erfasst waren und die Einführung wohl eher einer politischen Berücksichtigung der Interessen und einer engeren Bindung der

82 Zu konkreten Beispielen siehe auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 254.

83 So *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 254f.

84 Vgl. hierzu auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 251 m. w. N.; Stellungnahme Referentenentwurf Deutscher Anwaltsverband, Dezember 2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/121120_Stellungnahme_DAV_RefE_StaerkungVS.pdf?__blob=publicationFile&v=2; Stellungnahme Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (GRUR), 7. Dezember 2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/120720_Stellungnahme_GRUR_RefE_StaerkungVS.pdf?__blob=publicationFile&v=3; *Dröge*, WRP 2019, 160, 164 ff.; *Württembergischer/Freischem*, Stellungnahme zum Vorschlag der EU-Kommission vom 11.4.2018 zur Änderung der RL 2005/29/EG im Hinblick auf Produkte von zweierlei Qualität, GRUR, 2019, 709; *Unland Grube*, ZLR 2019, 342.

85 Siehe z. B. Infoblatt der EU-Kommission, Rede zur Lage der Nation 2017 – Lebensmittel von zweierlei Qualität https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dual-food_de.pdf.

„neuen Mitgliedstaaten“ Osteuropas dienen sollte.⁸⁶ Angesichts des Ergebnisses und der Rechtsunsicherheit, die der neue Irreführungstatbestand mit sich bringt, anstelle die geforderte Rechtsklarheit zu schaffen und auch im Hinblick auf die „Kosten“, die diese Änderung (z.B. Kosten der institutionellen Befassung, tatsächliche Kosten der JRC-Studien, rechtliche und prozessuale (Folge-)Kosten neuer Auslegungsunsicherheiten⁸⁷) mit sich gebracht haben, ist die Sinnhaftigkeit dieser Neuregelung sehr in Frage zu stellen.

2. Neu: Schadensersatzanspruch für Verbraucher und wirksamer (Individual-) Rechtsschutz, Art. 11a UGP-RL⁸⁸

Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL (EU) 2019/2162 weitet zudem den Rechtsschutz der Verbraucher im Falle unlauterer Geschäftspraktiken, inklusiver solcher, die vom neuen Dual Quality-Tatbestand gedeckt sind, nicht unwesentlich aus, indem ein neuer Art. 11a in die UGP-RL eingefügt wird, der wie folgt lautet:

„Art. 11a UGP-RL

Rechtsschutz

(1) Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, haben Zugang zu angemessenen und wirksamen Rechtsbehelfen, einschließlich Er-satz des dem Verbraucher entstandenen Schadens sowie gegebenenfalls Preis-minderung oder Beendigung des Vertrags. Die Mitgliedstaaten können die Vo-raussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe festlegen. Die Mitgliedstaaten können gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, den dem Verbraucher entstandenen Schaden sowie weitere relevante Umstände berücksichtigen.

(2) Diese Rechtsbehelfe berühren nicht die Anwendung anderer Rechtsbehelfe, die den Verbrauchern nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zur Ver-fügung stehen.“⁸⁹

Erwägungsgrund 16 Omnibus-RL hält Folgendes fest:

„Zur Beseitigung jeglicher Folgen unlauterer Geschäftspraktiken sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verbrauchern, die durch solche Geschäfts-praktiken geschädigt wurden, Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Ein klarer Rahmen für individuelle Rechtsbehelfe würde die private Rechtsdurchsetzung erleichtern. Die Verbraucher sollten die Möglichkeit haben, in verhältnismäßi-ger und wirksamer Form Schadenersatz sowie gegebenenfalls eine Preisminde-rung zu erhalten oder den Vertrag zu beenden. Den Mitgliedstaaten sollte es

86 Treffend umschrieben von v. Jagow, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 252 – „Der neue Irreführungstatbestand zeigt, dass politischen Befindlichkeiten Vorrang vor dogmatischen Erwägungen eingeräumt wurde.“

87 Siehe auch v. Jagow, ZLR 2017, 774.

88 Zu Art. 11a und mögliche Umsetzung im deutschen Recht siehe Dröge, WRP 2019, 160 ff.

89 Siehe dazu auch Erwägungsgründe 2,3 und 14 Omnibus-RL (EU) 2019/2161.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

freistehen, Rechte im Zusammenhang mit weiteren Rechtsbehelfen, etwa Reparatur oder Ersatzlieferung, für Verbraucher, die durch unlautere Geschäftspraktiken geschädigt wurden, beizubehalten oder einzuführen, um sicherzustellen, dass die Folgen solcher Geschäftspraktiken vollständig beseitigt werden. Den Mitgliedstaaten sollte es freistehen, Voraussetzungen für die Anwendung und die Folgen der Rechtsbehelfe für die Verbraucher festzulegen. Bei der Anwendung der Rechtsbehelfe könnten gegebenenfalls die Schwere und Art der unlauteren Geschäftspraktik, der dem Verbraucher entstandene Schaden sowie weitere relevante Umstände, etwa Fehlverhalten oder Vertragsverstoß seitens des Unternehmers, berücksichtigt werden.“

Die neuen Vorgaben in Art. 11a Omnibus-RL bzgl. der nationalen Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung gehen klar über die oben dargestellten derzeitigen Möglichkeiten im deutschen UWG, Gewährleistungs- und Deliktsrecht hinaus.

Bereits bei Erlass dieser neuen Vorschrift wurde die Frage aufgeworfen, unter welchen Umständen genau ein Recht der Verbraucher auf individuelle Rechtsbehelfe entstehen soll. Ist etwa das bloße Bejahen des neuen Irreführungstatbestandes in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL ausreichend oder muss konkreter Schaden vorliegen? Unklar bleibt auch, wie weit der Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Schaffung dieser Rechtsbehelfe reicht; Richtschnur nach dem Wortlaut ist nur, dass Rechtsbehelfe angemessen und wirksam sind. Ist hier die Schaffung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs des geschädigten Verbrauchers gegen den Unternehmer, der „nur“ gegen seine unternehmerische Sorgfalt verstoßen hat, notwendig? Müssen individuelle Rücktritts- und/oder Preisminderungsansprüche für den Verbraucher für alle Formen des unlauteren Handelns geschaffen werden?

Der Bundesrat hatte die Ausweitung der Rechtsbehelfe bereits vor Erlass der Omnibus-RL (EU) 2019/2161 als nicht notwendig kritisiert.⁹⁰ (Zur bislang geplanten Umsetzung in Deutschland, siehe unten unter VII).

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Nebenblick auf die neue Richtlinie (EU) 2020/1828 vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, die die Mitgliedstaaten bis Ende Juni 2023 umzusetzen und anzuwenden haben.⁹¹

3. Neu: Bußgeldsanktionen, Art. 13 UGP-RL

Art. 3 Nr. 6 Omnibus-RL (EU) 2019/2161 ändert den bisherigen Art. 13 UGP-RL wie folgt:

⁹⁰ Bundesrat, Beschluss v. 6.7.2018, Drucksache 153/18, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2018/0101-0200/153-18\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2018/0101-0200/153-18(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1), Nr. 24.

⁹¹ Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 409 vom 4.12.2020, S. 1.

„Artikel 13 Sanktionen

(1) Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften über Sanktionen, die bei Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind, und treffen alle für die Anwendung der Sanktionen erforderlichen Maßnahmen. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei der Verhängung der Sanktionen folgende als nicht abschließend zu verstehende und beispielhafte Kriterien, sofern zutreffend, berücksichtigt werden:

- a) die Art, die Schwere, der Umfang und die Dauer des Verstoßes;*
- b) Maßnahmen des Gewerbetreibenden zur Minderung oder Beseitigung des Schadens, der Verbrauchern entstanden ist;*
- c) frühere Verstöße des Gewerbetreibenden;*
- d) vom Gewerbetreibenden aufgrund des Verstoßes erlangte finanzielle Vorteile oder vermiedene Verluste, wenn dazu die entsprechenden Daten verfügbar sind;*
- e) Sanktionen, die gegen den Gewerbetreibenden für denselben Verstoß in grenzüberschreitenden Fällen in anderen Mitgliedstaaten verhängt wurden, sofern Informationen über solche Sanktionen im Rahmen des aufgrund der Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates (*) errichteten Mechanismus verfügbar sind;*
- f) andere erschwerende oder mildernde Umstände im jeweiligen Fall*

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Rahmen der Verhängung von Sanktionen nach Artikel 21 der Verordnung (EU) 2017/2394⁹² entweder Geldbußen im Verwaltungsverfahren verhängt werden können oder gerichtliche Verfahren zur Verhängung von Geldbußen eingeleitet werden können oder beides erfolgen kann, wobei sich der Höchstbetrag solcher Geldbußen auf mindestens 4 % des Jahresumsatzes des Gewerbetreibenden in dem (den) betreffenden Mitgliedstaat(en) beläuft. Unbeschadet der genannten Verordnung können die Mitgliedstaaten die Verhängung von Geldbußen aus verfassungsrechtlichen Gründen beschränken auf:

- a) Verstöße gegen die Artikel 6, 7, 8 und 9 sowie gegen Anhang I dieser Richtlinie und*
- b) die fortgesetzte Anwendung einer Geschäftspraktik durch einen Gewerbetreibenden, die von der zuständigen nationalen Behörde oder dem zuständigen nationalen Gericht als unlauter eingestuft worden ist, wenn diese Geschäftspraktik keinen Verstoß gemäß Buchstaben a darstellt.*

(4) Für den Fall, dass eine Geldbuße gemäß Absatz 3 zu verhängen ist, jedoch keine Informationen über den Jahresumsatz des Gewerbetreibenden verfügbar

92 Anmerkung durch die Verfasser: Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABL. L 345 vom 27.12.2017, S. 1.

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

sind, sehen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen mit einem Höchstbetrag von mindestens 2 Mio. EUR vor.

(5) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission ihre Vorschriften und Maßnahmen nach Absatz 1 bis zum 28. November 2021 mit und unterrichten sie unverzüglich über etwaige spätere Änderungen dieser Vorschriften und Maßnahmen.⁹³

Auch für die Sanktionierung kommt es damit wie bei den Rechtsbehelfen zu einem Paradigmenwechsel⁹⁴ in Deutschland. Galt bislang, dass die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige, abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken normieren müssen, wird nunmehr ein nicht abschließender Katalog von Kriterien eingeführt, welche bei Verhängung von Sanktionen gegen unlautere Geschäftspraktiken zu berücksichtigen sind: Art, Schwere, Umfang und Dauer des Verstoßes, Zahl der geschädigten Verbraucher, frühere Verstöße, Maßnahmen des Gewerbetreibenden zur Minderung oder Beseitigung des Schadens, vom Gewerbetreibenden aufgrund des Verstoßes erlangte finanzielle Vorteile oder vermiedene Verluste, Sanktionen, die gegen den Gewerbetreibenden für denselben Verstoß in grenzüberschreitenden Fällen in anderen Mitgliedstaaten verhängt wurden.

Bei weit verbreiteten Verstößen i. S. d. Art. 21 Verordnung EU 2017/2394⁹⁵ besteht nun die Möglichkeit, entweder Geldbußen im Verwaltungsverfahren und/oder Geldstrafen durch gerichtliches Verfahren bis zu einem Höchstbetrag von mindestens 4 % des Jahresumsatzes des Unternehmens zu verhängen, bei fehlenden Informationen zum Jahresumsatz bis zu einem Höchstbetrag von mindestens 2 Mio. EUR. Fraglich bleibt, ob künftig die Einführung von Straf- und Bußgeldvorschriften für alle Fälle unlauterer Geschäftspraktiken anhand des neuen Kriterienkatalogs erfolgen soll.

VI. Umsetzung der Omnibus-RL in Deutschland – UWG

Die EU-Mitgliedstaaten sind gem. Art. 7 Omnibus-RL verpflichtet, die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen bis zum 28. November 2021 zu erlassen und zu veröffentlichen sowie die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis setzen. Ab dem 28. Mai 2022 sind die entsprechenden Rechtsvorschriften dann anzuwenden.

Die Omnibus-RL lässt den Mitgliedstaaten hierbei nur einen begrenzten Umsetzungsspielraum.⁹⁶

⁹³ Vgl. Erwägungsgründe 3 bis 11 Omnibus-RL (EU) 2019/2161.

⁹⁴ Vgl. hierzu auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 255 ff.

⁹⁵ Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. L 345 vom 27.12.2017, S. 1.

⁹⁶ Siehe etwa Stellungnahme Referentenentwurf Deutscher Anwaltsverband, Dezember 2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/121120_Stellungnahme_DAV_RefE_StaerkungVS.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 4, Vorbemerkung.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz legte am 4. November 2020 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht“ vor. In Art. 1 wird die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entsprechend den Vorgaben der Omnibus-Richtlinie vorgeschlagen. Die Bundesregierung folgte mit einem Regierungsentwurf am 20. Januar 2021.⁹⁷ Am 24. März 2021 wurde der Gesetzesentwurf der Bundesregierung im Deutschen Bundestag eingebracht, inkl. Stellungnahme des Bundesrates vom 5. März 2021 (Anlage 3) und Gegenäußerung der Bundesregierung (Anlage 4) hierauf.⁹⁸ Der Regierungsentwurf folgt in großen Teilen dem BMJV-Referentenentwurf.

Der Gesetzentwurf wurde gem. der Beschlussempfehlung und des Berichts des BT-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 9. Juni 2021⁹⁹ am 10. Juni 2021 nach Dritter Lesung im Bundestag mehrheitlich angenommen.¹⁰⁰ Der Ausschuss änderte auf Empfehlung des Bundesrates noch Regelungen zu Verjährungsfristen der Schadensersatzansprüche der Verbraucher. Gem. Art. 3 treten die Änderungen des UWG am 28. Mai 2022 in Kraft. Der Rechtsausschuss des Bundesrates empfahl bzgl. des Gesetzes nicht den Vermittlungsausschuss gem. Art. 77 Abs. 2 GG anzurufen.¹⁰¹ Der Bundesrat folgte in seiner Sitzung am 25. Juni 2021 dieser Empfehlung.¹⁰²

1. Dual Quality-Tatbestand, § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG neu

Der neue Dual Quality-Tatbestand aus Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) UGP-RL wird mit leichten sprachlichen Änderungen in einem neuen § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG umgesetzt, Art. 1 Nr. 3 UWG Reg-Entw.:

*„(3) Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn
[...]*

2. mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem

97 Vgl. BMJV, (Referenten-) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht v. 4. November 2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf;jsessionid=4498A5539E50A7_741A36A47F4A54AA61.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2; Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf;jsessionid=4498A5539E50A7741A36A47F4A54AA61.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2.

98 BT-Drucksache 19/27873, 24. März 2021, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/278/1927873.pdf>.

99 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucksache 19/19/30527, lit. a, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/305/1930527.pdf>.

100 Plenarprotokoll des BT, 233. Sitzung des Bundestages, 10. Juni 2021, Plenarprotokoll 19/233, S. 220, <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19233.pdf#P.30122> (Dafür: CDU/CSU, SPD; Dagegen: FDP, Die Linke; Enthaltung: Die Grünen).

101 Tagesordnungspunkt 38, 1006. Sitzung des Bundesrates, 25. Juni 2021, <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/TO/1006/tagesordnung-1006.html>.

102 520/21 Beschluss des Bundesrates vom 25. Juni 2021, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0501-0600/520-21\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0501-0600/520-21(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1).

ZLR 4/2021 B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden

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.“

Die Tatsache, dass das deutsche Gesetz bei Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale vom Vorliegen einer unlauteren Geschäftspraktik ausgeht („*Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn ...*“), bestätigt die hier vertretene Auslegung, dass es sich hierbei um einen abstrakten Irreführungstatbestand handelt (siehe Abschnitt V.1.).

2. Verbraucherschadensersatzanspruch und wirksame Rechtsdurchsetzung, §§ 9 Abs. 2, 11 Abs. 1 und 14 Abs. 4 UWG neu

Die Ausweitung der Schadensersatzpflicht bei unlauteren Handlungen mit Bezug auf Verbraucher findet sich im neuen § 9 Abs. 2 UWG, Art. 1 Nr. 5 UWG Reg-Entw.:

„(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§3a, 4 und 6.“¹⁰³

Eine Schadenersatzpflicht bzgl. des neuen Dual-Quality-Tatbestands als irreführende, unlautere und damit unzulässige Handlung kann sich somit künftig entlang der Normenkette § 9 Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG neu ergeben. Fraglich ist insofern, ob mit der Verwirklichung des Unlauterkeitstatbestands, wozu eine Verhaltensweise notwendig ist, die nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspricht, bereits der Fahrlässigkeitsvorwurf angenommen werden kann oder dies gesondert zu prüfen ist. Fahrlässig handelt zum einen, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den objektiven Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung (z.B. die mitgliedstaatenübergreifende Vermarktung von Waren, inklusive Lebensmitteln, als identisch aber mit unterschiedlicher Zusammensetzung oder sonstigen Unterschieden in den Merkmalen und ohne Rechtfertigung) nicht erkennt, aber hätte erkennen können oder wer die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, dass sie nicht eintreten werde. Damit geht der Fahrlässigkeitsvorwurf im zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sinne im Grunde über die Unlauterkeit eines Verhaltens nach dem UWG hinaus, was auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung zum Ausdruck gebracht hat, indem er Vorsatz und Fahrlässigkeit als Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ausdrücklich nennt.

¹⁰³ UWG § 3a Rechtsbruch, § 4 Mitbewerberschutz, § 6 Vergleichende Werbung.

B. Klaus/U. Klaus, Dual Quality – Zur Rechtfertigung von Rezepturunterschieden ZLR 4/2021

Die Zuständigkeit für eine entsprechende Rechtsdurchsetzung solcher Verbraucheransprüche wird im neuen Art. 14 Abs. 4 UWG geregelt, Art. 1 Nr. 6 UWG Reg-Entw.:

„(4) Abweichend von den Absätzen 1 bis 3 richtet sich die Zuständigkeit für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch nach § 9 Absatz 2 Satz 1 geltend gemacht wird, nach den allgemeinen Vorschriften.“

Somit sind an dieser Stelle im Gegensatz zum Mitbewerberschutz (§ 14 Abs. 1 UWG) nicht automatisch die Landgerichte zuständig, sondern es finden die allgemeinen, streitwertbezogenen Zuständigkeitsregeln des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) Anwendung.

Bzgl. einer wirksamen Rechtsdurchsetzung gibt es keine weiteren speziellen lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfsvorschriften in Bezug auf den Schadensersatzanspruch der Verbraucher. Der Gesetzgeber vertraut hier offenbar auf ein ausreichendes Funktionieren der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit bzw. vorhandenen prozessualen Klagemöglichkeiten bzgl. der Vorgaben des Art. 11a Omnibus-RL.¹⁰⁴

Der Bundestag änderte aber zu einer besseren Durchsetzungsmöglichkeit von Verbraucheransprüchen noch die Verjährungsfrist für individuelle Schadensersatzansprüche von Verbrauchern aus § 9 Absatz 2 Satz 1 UWG-E, die von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert wurde, § 11 Absatz 1 UWG-E und führt hierzu wie folgt aus:

„Verbraucherinnen und Verbraucher benötigen regelmäßig mehr Zeit für die Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche als Mitbewerber, da die Verbraucherinnen und Verbraucher in vielen Fällen erst externen Rat einholen müssen, um die Erfolgsaussichten von Durchsetzungsmaßnahmen einschätzen zu können. Auch mit Blick auf eine wirksame kollektive Durchsetzung solcher Ansprüche im Wege einer Abhilfeklage, die mit der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Abl. L 409 vom 4.12.2020, S. 1) ermöglicht werden muss, ist eine längere Verjährungsfrist zweckmäßig. Die einjährige Verjährungsfrist führt auch zu einem Gleichklang mit der Frist zur Anfechtung von Rechtsgeschäften bei Täuschung der Verbraucherinnen und Verbraucher der Anfechtungsfrist nach § 124 BGB.“¹⁰⁵

104 Vgl. hierzu auch Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Verbraucherschutz_Wettbewerbs-_und_Gewerberecht.pdf;jsessionid=4498A5539E50A7741A36A47F4A54AA61.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2, S. 18 f., Individuelle Rechtsbehelfe.

105 Siehe unten zum Gesetzgebungsverfahren in Bundestag und Bundesrat und Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucksache 19/ 19/30527, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/305/1930527.pdf>, S. 12, zu Buchst. d.

3. Sanktionsmöglichkeiten, §§ 19 i.V.m § 5c UWG

Die erweiterten Sanktionsmöglichkeiten der zuständigen Behörden bei der Verletzung von Verbraucherinteressen werden in den neuen § 19 i.V.m. § 5c UWG geregelt, Art. 1 Nr. 3 und 7 UWG Reg-Entw. Der geplante Gesetzestext sei nachfolgend lediglich wiedergegeben und liefert sicherlich viel Stoff für künftige Auseinandersetzung mit Inhalt und Tragweite in der Literatur und Rechtsprechung. Um eine in der Praxis einfach zu handhabende Sanktionsvorschrift handelt es sich mit Sicherheit nicht.

„§ 19 Bußgeldvorschriften bei einem weitverbreiteten Verstoß und einem weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 5c Absatz 1 Verbraucherinteressen verletzt

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden. Gegenüber einem Unternehmer, der in den von dem Verstoß betroffenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr mehr als eine Million zweihundertfünfzigtausend Euro Jahresumsatz erzielt hat, kann eine höhere Geldbuße verhängt werden; diese darf 4 Prozent des Jahresumsatzes nicht übersteigen. Die Höhe des Jahresumsatzes kann geschätzt werden. Liegen keine Anhaltspunkte für eine Schätzung des Jahresumsatzes vor, so beträgt das Höchstmaß der Geldbuße zwei Millionen Euro. Abweichend von den Sätzen 2 bis 4 gilt gegenüber einem Täter oder einem Beteiligten, der im Sinne des § 9 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten für einen Unternehmer handelt, und gegenüber einem Beteiligten im Sinne des § 14 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, der kein Unternehmer ist, der Bußgeldrahmen des Satzes 1. Das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße im Sinne des § 30 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist das nach den Sätzen 1 bis 4 anwendbare Höchstmaß.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann nur im Rahmen einer koordinierten Durchsetzungsmaßnahme nach Artikel 21 der Verordnung (EU) 2017/2394 geahndet werden.

(4) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind

1. das Bundesamt für Justiz,

2. die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bei einer Zuwiderhandlung, die sich auf die Tätigkeit eines Unternehmens im Sinne des § 2 Nummer 2 des EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetzes bezieht, und

3. die nach Landesrecht zuständige Behörde bei einer Zuwiderhandlung, die sich auf die Tätigkeit eines Unternehmens im Sinne des § 2 Nummer 4 des EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetzes bezieht.“

„§ 5c Verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen durch unlautere geschäftliche Handlungen

(1) Die Verletzung von Verbraucherinteressen durch unlautere geschäftliche Handlungen ist verboten, wenn es sich um einen weitverbreiteten Verstoß gemäß Artikel 3 Nummer 3 der Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004¹⁰⁶ (ABL L345 vom 27.12.2017, S.1), die zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2019/771 (ABL L136 vom 22.5.2019, S.28; L305 vom 26.11.2019, S.66) geändert worden ist, oder einen weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension gemäß Artikel 3 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2017/2394 handelt.

(2) Eine Verletzung von Verbraucherinteressen durch unlautere geschäftliche Handlungen im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn

1. eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 3 Absatz 3 in Verbindung mit dem Anhang vorgenommen wird,

2. eine aggressive geschäftliche Handlung nach § 4a Absatz 1 Satz 1 vorgenommen wird

3. eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 Absatz 1 oder § 5a Absatz 1 vorgenommen wird oder

4. eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 3 Absatz 1 fortgesetzt vorgenommen wird, die durch eine vollziehbare Anordnung der zuständigen Behörde im Sinne des Artikels 3 Nummer 6 der Verordnung (EU) 2017/2394 oder durch eine vollstreckbare Entscheidung eines Gerichts untersagt worden ist, sofern die Handlung nicht bereits von den Nummern 1 bis 3 erfasst ist.

Eine Verletzung von Verbraucherinteressen durch unlautere geschäftliche Handlungen im Sinne des Absatzes 1 liegt auch vor, wenn

1. eine geschäftliche Handlung die tatsächlichen Voraussetzungen eines der in Absatz 2 geregelten Fälle erfüllt und

2. auf die geschäftliche Handlung das nationale Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union anwendbar ist, welches eine Vorschrift enthält, die der jeweiligen in Absatz 2 genannten Vorschrift entspricht.“

VII. Fazit

Die bisherigen Erfahrungen bei der Durchsetzung haben gezeigt, dass es für Verbraucher, Gewerbetreibende und zuständige nationale Behörden mangels einer aus-

¹⁰⁶ Aufgehoben seit dem 17. Januar 2020 durch Verordnung (EU) 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02017R2394-20181203>.

drücklichen Bestimmung möglicherweise nicht klar ist, welche Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit „Dual Quality“ gegen die Richtlinie 2005/29/EG verstoßen könnten. Die bisherigen Erfahrungen bei der Durchsetzung haben gezeigt, dass es für Verbraucher, Gewerbetreibende und zuständige nationale Behörden mangels einer ausdrücklichen Bestimmung möglicherweise nicht klar ist, welche Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit „Dual Quality“ gegen die Richtlinie 2005/29/EG verstoßen könnten. Um sowohl für Gewerbetreibende als auch für Durchsetzungsbehörden Rechtssicherheit zu gewährleisten, wurde die Richtlinie dahingehend geändert, dass ein neuer Dual Quality-Tatbestand eingeführt wurde. Aufgrund der Formulierung unbestimmter Begriffe und Konzepte wird sich dessen Auslegung und Anwendung in der Praxis jedoch als höchst problematisch erweisen. Und es bleibt abzuwarten, ob in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten tatsächlich Fälle, in denen die Vermarktung eines Lebensmittels mit derselben Verpackung und Markenkennzeichnung in den Mitgliedstaaten, aber unterschiedlicher Zusammensetzung oder sonstigen Merkmalen wie sensorischem Profil, als unlauter eingestuft und damit sanktioniert werden.

Aufgrund der weitgehenden Rechtsfolgen, die sich für Lebensmittelunternehmer im Falle eines Verstoßes allerdings ergeben könnten, also insbesondere Schadensersatzansprüche der betroffenen Verbraucher und hohe Geldbußen in Deutschland, ist es andererseits ratsam, im Rahmen der Compliance-Regeln im Unternehmen zunehmend auch die sorgfältige Prüfung von Geschäftspraktiken zu erfassen.

Es bleibt abzuwarten, wie Lebensmittelunternehmen auf diese rechtlichen Entwicklungen reagieren werden. Empfinden sie einen faktischen Zwang, in allen Märkten jegliche Rezepturunterschiede in Zukunft zu vermeiden?¹⁰⁷ Dies würde einen nicht geringen Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen, die in den rhetorischen Abwägungen der Omnibus-RL ja gerade betont wird.¹⁰⁸ Zwar geben die nicht abschließend aufgezählten Rechtfertigungsgründe einen nicht geringen Spielraum für Lebensmittelunternehmen, dennoch drängt sie der neue Dual-Quality-Tatbestand damit in eine wohl aufwendige (Rechtfertigungs-)Rolle.¹⁰⁹ Darüber hinaus wird sich zeigen müssen, ob und wie die zuständigen Behörden tatsächlich ausreichend Handlungsbedarf/-druck gerade für ein grenzüberschreitendes, vergleichendes Vorgehen sehen werden bzw., ob dieses Vorgehen hinsichtlich Ressourcen, Informationen etc. überhaupt in der Praxis möglich sein wird.¹¹⁰ Dass insbesondere die deutschen Aufsichtsbehörden durch die „Monstervorschrift“ im neuen § 19 i.V.m. § 5c UWG, die erst einmal ausgelegt werden muss, um richtig angewendet werden zu können, vor eine große Herausforderung gestellt sind, wird wohl keiner anzweifeln. Rechtsstreitigkeiten und spannende Diskussionen in der Rechtsprechung und Literatur sind damit vorprogrammiert, sollte es in der Praxis denn tatsächlich zur An-

107 Noch deutlicher *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 258; *Dröge*, WRP 2019, 166.

108 So auch *v. Jagow*, ZLR 2017, 777.

109 Vgl. hierzu auch *v. Jagow*, Festschrift für Harte-Bavendamm, S. 254.

110 Vgl. *Unland/Grube*, ZLR 2019, 341.

wendung des neuen Dual Quality-Tatbestands und den daraus folgenden erweiterten Rechtsbehelfen und Sanktionsmöglichkeiten kommen.

Summary

What at first hardly anyone thought possible, at least in Germany, was nevertheless pushed through at EU level: the introduction of a new provision defining misleading practices for products of two different qualities, so-called „dual quality“, by Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019. The Member States must transpose this into national law by 28 November 2021 and apply it from 28 May 2022. The question is whether the marketing of foodstuffs in several EU Member States with the same packaging and under the same trademark, but with differences in composition or with regard to other characteristics, is unfair. The article deals with the previous legal situation as well as with the content and interpretation of the new misleading facts, in particular with the question of when misleading is actually present in these cases. In addition, an overview of the implementation into German Unfair Competition law and an outlook on what this means for companies in particular is given.