

von Rechtsanwalt **Phil Salewski**

## FAQ: Dual-Quality-Vermarktungsverbot (Verbot der Vermarktung verschiedener Produkte als identisch) in der EU seit dem 28.05.2022

**Vor allem, aber nicht ausschließlich in Bezug auf Lebensmittel bezeugen diverse EU-Studien ein Qualitätsgefälle von Westen nach Osten bei scheinbar identischen Produkten (sog. "Dual Quality" - "zweispurige Qualität"). Dies hat der EU-Gesetzgeber zum Anlass genommen, die Vermarktung eigentlich unterschiedlicher Waren als gleichwertige Produkte als neuen Wettbewerbsverstoß zu definieren. Seit dem 28.05.2022 gilt das Dual-Quality-Vermarktungsverbot unmittelbar auch in Deutschland. Diese FAQ geben Aufschluss über das Ziel, den Inhalt sowie die Ausnahmen des neuen Verbotstatbestands und veranschaulichen ihn mit diversen Praxisbeispielen.**

### I. Wo ist das neue Dual-Quality-Vermarktungsverbot geregelt?

Das Verbot, qualitativ oder von der Zusammensetzung unterschiedliche Produkte als identisch zu vermarkten, gilt seit dem 28.05.2022 aus einem neuen § 5 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hervor.

Die Vorschrift besagt, dass eine geschäftliche Handlung irreführend ist, wenn

*mit ihr eine Ware in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als identisch mit einer in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Markt bereitgestellten Ware vermarktet wird, obwohl sich diese Waren in ihrer Zusammensetzung oder in ihren Merkmalen wesentlich voneinander unterscheiden, sofern dies nicht durch legitime und objektive Faktoren gerechtfertigt ist.*

Konkret verbietet die neue Vorschrift, eine Ware, die sich in zwei EU-Mitgliedsstaaten bzgl. der Qualität, der Zusammensetzung oder sonstigen kaufentscheidungsrelevanten Merkmalen wesentlich unterscheidet, als identisch anzubieten und zu bewerben.

Untersagt ist es damit vor allem, in einem anderen EU-Mitgliedsstaat eine Ware minderer Qualität oder Güte so zu vermarkten, als handle es sich dabei um ein ebenbürtiges, gleichwertiges Pendant des qualitativ höherwertigen Pendants aus einem anderen Mitgliedsstaat.

**Beispiel:**

Hersteller A mit Sitz in Deutschland produziert Unterhaltungselektronik, darunter auch einen 65-Zoll-Fernseher. In Deutschland hat dieser Fernseher eine Ultra-HD-Auflösung von 3840 x 2160 Pixel. In Polen wird der Fernseher als dasselbe Modell vertrieben, hat dort aber nur eine Auflösung von 1920 x 1080 Pixel und ist damit kein Ultra-HD-, sondern nur ein Full-HD-Modell. Darauf wird allerdings in sämtlichem Produktmaterial nicht hingewiesen.

Hersteller A vermarktet mithin in zwei EU-Mitgliedsstaaten zwei unterschiedliche Produkte ungerechtfertigterweise als identisch bzw. gleichwertig und verstößt damit gegen § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

## II. Was gab den Anlass für die Einführung des neuen Dual-Quality-Vermarktungsverbots?

Anlass für das neue Verbot, unterschiedliche Produkte in zwei Mitgliedsstaaten als identisch zu vermarkten, gaben Enthüllungen aus der EU-Lebensmittelindustrie.

Von einigen osteuropäischen Mitgliedsstaaten durchgeführte Studien belegten, dass in Osteuropa Markenlebensmittel mit geringerer Qualität als in Westeuropa vertrieben wurden, obwohl diese Lebensmittel sich in Aufmachung, Bezeichnung und Kennzeichnung nicht unterschieden.

Festgestellt wurden etwa höhere Zuckeranteile und größere Mengen an Zusatzstoffen.

Zwar kam **eine durch das Joint Research Centre der EU (JRC) 2019 durchgeführte Studie** zu keinem eindeutigen Ergebnis über ein Ost-West-Gefälle bei der Qualität von Lebensmitteln.

Zu diesem Zeitpunkt war das Gesetzgebungsverfahren zur Omnibusrichtlinie (RL (EU) 2019/2161), das in Art. 3 Ziffer 3 das Dual-Quality-Vermarktungsverbot enthält, aber bereits weitgehend abgeschlossen. Einflussnahmen diverser Mitgliedsstaaten hatten den EU-Gesetzgeber unabhängig von den offiziellen Studienergebnissen bereits zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung veranlasst.

### III. Betrifft das Dual-Quality-Vermarktungsverbot nur Hersteller oder auch Händler?

Das Dual-Quality-Vermarktungsverbot betrifft **in erster Linie die Hersteller von Waren**.

Es sind insofern die Hersteller, welche über die Rezeptur einer Ware und ihre Eigenschaften entscheiden und Aufmachung sowie die Verpackungen gestalten.

Üblicherweise übernehmen Hersteller auch die Werbung für ihre Waren in Kommunikationsmedien und sind so direkte Adressaten des Verbots, sich in EU-Mitgliedsstaaten unterscheidende Waren nicht als identisch zu vermarkten.

Allerdings gilt das Verbot keineswegs ausschließlich für Hersteller.

Zwar fällt der bloße Handel mit Waren fremder Hersteller in mehreren EU-Mitgliedsstaaten selbst dann nicht unter die Vorschrift, wenn sich die Waren von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat qualitativ unterscheiden und der Händler dies (ggf. mangels Kenntnis) nicht kenntlich macht).

**Händler** können aber dann gegen das Verbot verstoßen, wenn sie **durch eigene Vermarktungsmaßnahmen** den Anschein erwecken, dass die Waren in Zusammensetzung und Merkmalen identisch mit in anderen Mitgliedstaaten vermarkteten Waren sind.

Denkbar ist dies vor allem, wenn Händler Produktabbildungen oder -beschreibungen für ausländische Produkte von ausländischen Herstellern oder Großhändlern übernehmen, die das Produkt in Deutschland aber in einer anderen Zusammensetzung oder mit einer anderen Qualität liefern.

#### **Beispiel:**

Ein Online-Händler, der seinen Shop auf Verbraucher in Deutschland ausgerichtet hat, übernimmt die Produktbilder und die Produktbeschreibung eines Holzspielzeugs aus dem Webkatalog eines Webshops aus Frankreich, übersetzt die Beschreibung und veröffentlicht diese in seinem Shop. Das beworbene Holzspielzeug wird für den französischen Markt allerdings aus einem anderen Holz geschnitzt als für den deutschen Markt. Der deutsche Händler weist nun auf diesen bedeutsamen Unterschied der Ware zur französischen Ware nicht hin und vermarktet so das deutsche Produkt unlauter als mit dem französischen Pendant identisch.

## IV. Ist die Vermarktung qualitativ unterschiedlicher, gleichartiger Produkte nun verboten?

Ausdrücklich nicht.

Aus Sicht der EU ist eine unterschiedliche Zusammensetzung von Produkten innerhalb der EU (nur) dann ein Problem, wenn diese Produkte als identische, also gleichwertige Produkte vermarktet und beworben werden. Deshalb wird die Vermarktung von unterschiedlichen Waren als identisch verboten.

Der Gesetzgeber verbietet somit ausdrücklich nicht, in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten Waren in unterschiedlicher Zusammensetzung bzw. mit unterschiedlichen Merkmalen anzubieten. Nur darf ein Unternehmen nicht unterschiedliche Waren als identische Waren vermarkten, d.h. beispielsweise auch nicht als identische Waren anbieten oder bewerben.

## V. Gilt das neue Verbot nur bei grenzüberschreitendem Bezug zwischen zwei Mitgliedsstaaten?

Ja, das neue Verbot der Dual-Quality-Vermarktung gilt nur bei zwischenstaatlichem Bezug, wenn also sich eigentlich qualitativ unterscheidende Produkte in zwei EU-Mitgliedsstaaten als identisch angeboten werden.

Entscheidend ist also, dass

- Produkte in einem EU-Mitgliedsstaat sich hinsichtlich der Zusammensetzung, ihrer Qualität oder sonstigen wesentlichen Merkmalen unterscheiden von gleichartigen Produkten in einem anderen Mitgliedsstaat unterscheiden **und**
- diese Produkte in beiden Mitgliedsstaaten als identisch angeboten und beworben werden

**Daraus folgt aber nicht, dass es erlaubt wäre, innerhalb eines Mitgliedsstaats, also nur auf nationaler Ebene, unterschiedliche Produkte als identisch zu vermarkten.**

Vermarktet ein Unternehmen auf nationaler Ebene eigentlich qualitativ verschiedene Waren als identische Ebenbilder, erfüllt dies bereits den allgemeinen Irreführungstatbestand über die wesentlichen Warenmerkmale nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG und ist in gleicher Weise wettbewerbswidrig.

## VI. Was zählt als Vermarktung unterschiedlicher Waren als identisch?

Die neue Vorschrift des § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG enthält keine Klarstellungen dazu, in welchen Fällen eine Vermarktung unterschiedlicher Waren als identisch gegeben sein soll.

Nach Ansicht des Gesetzgebers hängt dies von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab und erfordert daher stets eine Einzelfallprüfung (s. **Gesetzesbegründung, S. 32**).

Dabei kommt es unter anderem auf die Verfügbarkeit und die Angemessenheit von diesbezüglichen Informationen an, also inwieweit etwa in der Werbung gegenüber Verbrauchern auf die Unterschiedlichkeit aufmerksam gemacht wird, sodass sie hinreichend erkennbar wird.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das **Etikett** der Waren:

Ist das Etikett in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten hinreichend und erkennbar unterschiedlich gestaltet, spricht dies gegen eine Vermarktung als identische Waren.

Nicht ausreichend dürfte es im Umkehrschluss aber sein, wenn Unterschiede nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Kennzeichnungselementen ersichtlich sind. Dies hat vor allem für Lebensmittel Relevanz, für die auf der Verpackung die Ausweisung von Zutaten und Nährwerten vorgeschrieben ist.

Ergeben sich wesentliche Unterschiede in der Zusammensetzung nur durch Studieren des Zutaten- oder Nährwertverzeichnisses, wird eine hinreichende Aufklärung über die Unterschiede nicht anzunehmen sein - erstens, weil es dem Verbraucher nicht zuzumuten ist, Unterschiede ohne ausdrücklichen Hinweis dort im Detail zu prüfen, und zweitens, weil Verbrauchern regelmäßig die abweichende Kennzeichnung für das Vergleichsprodukt aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht vorliegen dürfte.

### **Beispiel:**

In Portugal wird die Cola eines Brauseherstellers mit einem Zuckeranteil von 10 Prozent vermarktet, in Belgien hingegen mit einem Anteil von 20 Prozent. Die Etiketten sind in beiden Ländern gleich gestaltet. Das Kleingedruckte auf der Colaflasche ist in der jeweiligen Landessprache gehalten. In der aufgedruckten Nährwerttabelle ist der Zuckergehalt jeweils richtig angegeben. Wenn dies die einzigen Informationen sind, die Verbrauchern im Rahmen der Vermarktung der Cola zur Unterscheidung der Waren zur Verfügung gestellt werden, ist dies wohl als unzulässige Vermarktung nur scheinbar identischer Waren anzusehen, also als Gesetzesverstoß.

## VII. Müssen Unterschiede konkret benannt werden, um die verbotene Vermarktung als identische Produkte auszuschließen?

Nein, dies fordert das Gesetz nicht.

Es muss nicht verdeutlicht werden, worin, also in welchen konkreten Punkten sich die jeweiligen Waren in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten unterscheiden.

Es genügt vielmehr, wenn deutlich gemacht wird, dass es sich nicht um exakt identische Waren handelt. Auch ist grundsätzlich nicht verboten, die unterschiedlichen Waren in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten unter derselben Marke zu vertreiben.

## VIII. Wann liegt eine wesentliche Unterscheidung von scheinbar identischen Waren vor?

Nach dem Wortlaut der neuen Vorschrift greift das Dual-Quality-Vermarktungsverbot nur ein, wenn

- Unterschiede in der Zusammensetzung oder in den Merkmalen der betroffenen Waren gegeben und
- diese Unterschiede wesentlich sind

Unter die **Zusammensetzung und Merkmale** soll nach gesetzgeberischer Begründung auch die Produktqualität eingeordnet werden, also die Beschaffenheit und Güte von Waren.

**Nicht erfasst** werden aber ausdrücklich nur geringfügige Abweichungen, die für die Kaufentscheidung von Verbrauchern nicht wesentlich sind, diese also regelmäßig nicht beeinflussen.

Wann eine Unterscheidung wesentlich ist, wird vom Gesetzgeber allerdings nicht definiert.

Vielmehr sollen hierfür wiederum die Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich sein.

Als ein Kriterium für die Bewertung könnte herangezogen werden, ob die Unterschiedlichkeit in der Zusammensetzung der Ware aus Sicht der angesprochenen Verbraucher bedeutsam ist. Würde die Kaufentscheidung von Verbrauchern in einigen Fällen anders ausfallen, wenn sie über die vorliegenden Unterschiede der Waren hinreichend informiert würden, spricht dies für eine Wesentlichkeit der betreffenden Unterschiede. Falls es hierüber im Einzelfall zum Streit kommt, haben am Ende die Gerichte das letzte Wort.

## IX. Wann kann die Vermarktung von Waren als identisch gerechtfertigt sein, obwohl sich die Waren wesentlich unterscheiden?

Nicht jede Vermarktung von sich wesentlich unterscheidenden Waren in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten als identisch ist nach § 5 Abs. 3 Nr. 2 UWG unlauter und verboten.

Das Gesetz sieht vor, dass "legitime und objektive Faktoren" eine Vermarktung als identische Waren rechtfertigen, also erlauben können.

Die zugrundeliegende Omnibus-Richtlinie (**RL (EU) 2019/2161**) nennt in Erwägungsgrund 53 die folgenden Beispiele als mögliche Faktoren:

- Vorgaben aus dem jeweiligen nationalen Recht eines EU-Mitgliedstaats
- Verfügbarkeit oder Saisonabhängigkeit von Rohstoffen
- freiwillige Strategien zur Verbesserung des Zugangs zu gesunden und nährstoffreichen Lebensmitteln, Waren derselben Marke an unterschiedliche geografische Märkte anzupassen
- das Angebot von Waren derselben Marke in Packungen mit unterschiedlichem Gewicht oder unterschiedlicher Füllmenge auf verschiedenen geografischen Märkten

Die deutsche Gesetzesbegründung nennt zudem die Anpassung einer Ware an unterschiedliche Verbraucherinteressen als möglichen weiteren Rechtfertigungsgrund für eine Vermarktung als identisch trotz wesentlicher Unterschiede von Waren (**s. Gesetzesbegründung, S. 32**).

### Beispiel:

Die Packung Cornflakes eines Herstellers von Cerealien wird in Frankreich in Packungsgrößen zu je 650 Gramm vertrieben, während der Hersteller in Deutschland dieselben Cornflakes in Packungsgrößen zu je 875 Gramm vertreibt. Hintergrund ist die Erfahrung des Herstellers, dass sich etwas größere Packungen in Deutschland besser verkaufen lassen.

Die Vermarktung dieser unterschiedlich großen Cornflakes-Packungen in Frankreich und Deutschland als identisch, z.B. mittels desselben Werbespots auf einem Videoportal, ist für sich genommen kein UWG-Verstoß, selbst wenn diese - nicht nur geringfügigen - Unterschiede bei den Packungsgrößen in der Vermarktung nicht besonders kenntlich gemacht wird. Vielmehr liegen der Vermarktung der unterschiedlichen Packungsgrößen unterschiedliche Verbraucherbedürfnisse zugrunde.

Autor:

**RA Phil Salewski**

Rechtsanwalt