

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 296

# Denationalisierung und Europäisierung im Informationsmodell des UWG

Die Irreführung durch Unterlassen zwischen Transparenzgebot  
und Wahrheitsgebot

Von

Mark-Oliver Mackenrodt



Duncker & Humblot · Berlin

MARK-OLIVER MACKENRODT

Denationalisierung und Europäisierung  
im Informationsmodell des UWG

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 296

# Denationalisierung und Europäisierung im Informationsmodell des UWG

Die Irreführung durch Unterlassen zwischen Transparenzgebot  
und Wahrheitsgebot

Von

Mark-Oliver Mackenrodt



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft  
der VG WORT.

Das Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Forschungsuniversität  
in der Helmholtz-Gemeinschaft, hat diese Arbeit im Jahre 2016  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-15062-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-55062-3 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85062-4 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Herzlich danke ich für hilfreichen Rat, wertvolle Anregungen sowie freundliche Förderung der Arbeit Herrn Professor Dr. Thomas Dreier, M.C.J. (NYU), sowie Herrn Professor Dr. Christof Weinhardt, Institut für Informationswirtschaft und Marketing (IISM), als Doktorvater und Betreuer. Für das der Arbeit entgegengebrachte Interesse sowie für ihre Mitwirkung im Prüfungsverfahren danke ich zudem Herrn Professor Dr. Maximilian Haedicke, LL.M. (Georgetown), und Herrn Professor Dr. Thomas Lützkendorf.

Dankbar verbunden bin ich dem Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Forschungsuniversität in der Helmholtz-Gemeinschaft, und seinen Mitarbeitern. Außerdem danke ich dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb für hervorragende Forschungsmöglichkeiten und das freundliche wissenschaftliche Umfeld, dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort für die Unterstützung der Arbeit sowie dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Der Studienstiftung des Deutschen Volkes sowie dem Bundesministerium für Wirtschaft gilt mein herzlicher Dank für Studienförderung und besonders für die damit verbundenen Studienmöglichkeiten an der New York University (NYU), an der Stern Business School sowie in Law and Economics in Harvard. Mit großem Dank widme ich die Arbeit meinen lieben Eltern und meiner lieben Familie.

München, im Mai 2017

*Mark-Oliver Mackenrodt*



# Inhaltsübersicht

|   |     |
|---|-----|
| <b>§ 1 Einleitung</b> .....   | 19  |
| A. Forschungsgegenstand und Gang der Untersuchung .....   | 19  |
| B. Methodische Vorgehensweise .....   | 22  |
| <b>§ 2 Die zentralen Bausteine des europäischen Informationsmodells im<br/>Lauterkeitsrecht</b> .....     | 24  |
| A. Das Transparenzgebot als Paradigmenwechsel und das lauterkeitsrechtliche<br>Informationsmodell .....   | 24  |
| B. Die Ausweitung des Lauterkeitsrechts zu einem Recht der Marktkommunikation.                            | 48  |
| C. Europäisierung und Denationalisierung des lauterkeitsrechtlichen<br>Informationsmodells .....          | 61  |
| <b>§ 3 Die Ausgestaltung des Transparenzgebots und Gegenüberstellung mit dem<br/>Wahrheitsgebot</b> ..... | 89  |
| A. Die lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten in § 5a Abs. 2–5 UWG als<br>Transparenzgebot .....    | 89  |
| B. Das traditionelle Irreführungsverbot nach § 5a Abs. 1 UWG als Wahrheitsgebot .                         | 172 |
| <b>§ 4 Einzelergebnisse zur Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG</b> .....                         | 222 |
| A. Das Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–4 UWG .....  | 222 |
| B. Das traditionelle Wahrheitsgebot in § 5a Abs. 1 UWG .....  | 223 |
| <b>§ 5 Übergreifende Schlussfolgerungen</b> .....   | 225 |
| A. Kritik an der dogmatischen Doppelspurigkeit des § 5a UWG .....   | 225 |
| B. Auswirkung der UGP-Richtlinie auf das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell                         | 232 |
| C. Bruchstellen und Komplexitäten des Lauterkeitsrechts im Spiegel von § 5a UWG                           | 240 |



|   |     |
|---|-----|
| <b>§ 6 Ausblick: Schlussfolgerungen bezüglich eines lauterkeitsrechtlichen Informationsmodells für den unternehmerischen Geschäftsverkehr</b> ..... | 249 |
| <b>Anhang: Gesetzestexte</b> .....  | 251 |
| <b>Entscheidungsverzeichnis</b> .....   | 277 |
| <b>Verzeichnis der Rechtsakte und Gesetzesmaterialien</b> .....   | 284 |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....   | 286 |
| <b>Stichwortverzeichnis</b> .....   | 293 |

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <b>§ 1 Einleitung</b> .....   | 19 |
| A. Forschungsgegenstand und Gang der Untersuchung .....   | 19 |
| B. Methodische Vorgehensweise .....   | 22 |
| <b>§ 2 Die zentralen Bausteine des europäischen Informationsmodells im Lauterkeitsrecht</b> .....         | 24 |
| A. Das Transparenzgebot als Paradigmenwechsel und das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell .....      | 24 |
| I. Europarechtliche Vorgaben für das Irreführungsverbot in § 5a UWG .....                                 | 25 |
| 1. Harmonisierungstechnik .....   | 26 |
| 2. Schutzzweck und persönlicher Anwendungsbereich .....   | 27 |
| 3. Sachlicher Anwendungsbereich .....   | 27 |
| 4. Das Irreführungsverbot in der Werbe-Richtlinie und seine Umsetzung .....                               | 28 |
| 5. Die Regelungsstruktur der UGP-Richtlinie und des Transparenzgebots .....                               | 29 |
| a) Die Dreistufigkeit der UGP-Richtlinie .....  | 29 |
| b) Das Transparenzgebot als Prüfungsmaßstab für Unternehmenskommunikation .....                           | 30 |
| II. Das traditionelle Konzept eines Irreführungsverbotes als Wahrheitsgebot in § 5a Abs. 1 UWG .....      | 30 |
| 1. Die Normgenese des traditionellen Verbotes der Irreführung durch Unterlassen .....                     | 31 |
| 2. Die dogmatische Struktur des traditionellen Irreführungsverbotes als Wahrheitsgebot .....              | 32 |
| 3. Die Debatte um Informationspflichten in der UWG-Reform 2004 .....                                      | 34 |
| 4. Die zurückhaltende Position von Gesetzgeber und Rechtsprechung im Umfeld der UWG-Reform 2004 .....     | 36 |
| a) Die verhaltene Position in der UWG-Novelle des Jahres 2004 .....                                       | 36 |
| b) Die kritische Position der Rechtsprechung gegenüber lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten ..... | 37 |
| III. Das moderne Konzept eines Irreführungsverbotes als Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG .....       | 39 |
| 1. Die Normgenese des Irreführungsverbotes als Transparenzgebot .....                                     | 39 |

|   |    |
|---|----|
| 2. Die dogmatische Struktur des Irreführungsverbot  | 41 |
| a) Markttransparenz als Telos des Irreführungsverbot  | 41 |
| b) Absenkung der Schwelle zur lauterkeitsrechtlichen Haftung durch das<br>Transparenzgebot                      | 42 |
| c) Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten als Kompensation für eine<br>Lockerung beim Verbraucherleitbild  | 42 |
| d) Der marktordnungsrechtliche Charakter des Transparenzgebots und<br>seine Nähe zum Rechtsbruchtatbestand      | 43 |
| e) Existenz echter Informationspflichten auch in § 5a Abs. 2 UWG?   | 44 |
| f) Das Transparenzgebot als Baustein für ein lauterkeitsrechtliches In-<br>formationsmodell                     | 47 |
| <br>B. Die Ausweitung des Lauterkeitsrechts zu einem Recht der Marktkommunikation                               | 48 |
| I. Erstreckung des Irreführungsverbot   | 49 |
| II. Die Ausweitung des Irreführungsverbot   | 50 |
| 1. Definition von Geschäftspraktiken und geschäftlichen Handlungen  | 50 |
| 2. Das Weglassen einer Information als geschäftliche Handlung   | 51 |
| 3. Keine strikte Begrenzung auf den Vertragsschluss   | 53 |
| 4. Keine strikte Begrenzung auf eine Wettbewerbswirkung   | 55 |
| 5. Kein Erfordernis einer Wettbewerbsabsicht  | 56 |
| 6. Anwendbarkeit auf Kommunikationsverhalten durch Beauftragte  | 58 |
| 7. Anwendbarkeit auch bei Erfüllung von gesetzlichen Informationspflichten                                      | 59 |
| <br>C. Europäisierung und Denationalisierung des lauterkeitsrechtlichen Informations-<br>modells                | 61 |
| I. Europäisierung des Informationsmodells im Lauterkeitsrecht   | 62 |
| II. Denationalisierung des Informationsmodells im Lauterkeitsrecht  | 62 |
| 1. Vollharmonisierung und Vorrang der UGP-Richtlinie  | 63 |
| 2. Der Anwendungsbereich als Grenze der Sperrwirkung  | 63 |
| 3. EuGH-Rechtsprechung zur Europäisierung und Denationalisierung durch<br>die UGP-Richtlinie                    | 64 |
| a) Sperrwirkung gegenüber strengeren nationalen Informationspflichten   | 65 |
| b) Sperrwirkung gegenüber fehlenden oder mildereren nationalen Rege-<br>lungen                                  | 65 |
| c) Sperrwirkung gegenüber strengeren nationalen Regelungen  | 66 |
| d) Sperrwirkung gegenüber nationalen <i>per se</i> -Verboten  | 66 |
| e) Sperrwirkung bereits bei gemischter Zwecksetzung   | 67 |
| f) Sperrwirkung bereits bei unmittelbarem Kontakt mit Verbrauchern  | 69 |
| 4. Nationale Informationspflichten als Hindernis im Binnenmarkt und<br>Funktionsgrenzen des Informationsmodells | 70 |

|   |    |
|---|----|
| 5. Folgen der Denationalisierung für die Sanktionierung von Informationspflichtverstößen .....                            | 71 |
| a) Deckungsgleichheit zwischen mitgliedstaatlicher Informationspflicht und unionsrechtlicher Vorgabe .....                | 71 |
| b) Keine Sanktionierung mitgliedstaatlicher Informationspflichten bei überschießender Umsetzung .....                     | 71 |
| c) Keine Sanktionierung rein mitgliedstaatlicher Informationspflichten .....  | 72 |
| d) Keine Anwendung der Generalklausel zur Umgehung der Sperrwirkung .....   | 73 |
| III. Folgerungen für das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell des UWG ..  | 73 |
| 1. Der Rechtsbruchtatbestand als bisherige Zentralnorm des lauterkeitsrechtlichen Informationsmodells .....               | 73 |
| 2. Rechtsprechung zur Einwirkung der UPG-Richtlinie auf das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell in Deutschland ..... | 75 |
| a) Keine Sanktionierung von überschießenden nationalen Informationsanforderungen der PAngV .....                          | 75 |
| b) Keine Sanktionierung von überschießenden nationalen Informationsanforderungen des EnWG .....                           | 76 |
| c) Beschränkung der Sanktionierung auf den Umfang der europäischen Vorgaben bei der Emissionskennzeichnung .....          | 77 |
| 3. Beschränkungen bei der Durchsetzung der deutschen Preisangabenverordnung (PAngV) .....                                 | 78 |
| 4. Rechtsprechung des EuGH zum lauterkeitsrechtlichen Informationsmodell des UWG .....                                    | 80 |
| a) Keine Sperrwirkung bei Fehlen einer Geschäftspraktik .....   | 80 |
| b) Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen .....  | 82 |
| IV. Das Vertragsrecht und das Informationsmodell .....  | 84 |
| 1. Asymmetrie bei nationalen Informationspflichten .....  | 84 |
| 2. Beispiele für Abweichungen der Informationsmodelle im Lauterkeits- und Vertragsrecht .....                             | 84 |
| a) Asymmetrie bei Verstößen gegen die Pflicht zur Widerrufsbelehrung .....  | 84 |
| b) Asymmetrie bei Verstößen gegen die Pflicht zur Identitätsangabe ...  | 86 |
| c) Asymmetrie bei fehlender Übergabe eines reiserechtlichen Sicherungsscheines .....                                      | 86 |
| 3. Die Annäherung der Informationsmodelle im Lauterkeits- und Vertragsrecht .....   | 87 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>§ 3 Die Ausgestaltung des Transparenzgebots und Gegenüberstellung mit dem Wahrheitsgebot</b> ..... | 89  |
| A. Die lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten in § 5a Abs. 2–5 UWG als Transparenzgebot .....   | 89  |
| I. Dogmatische Grundlagen des § 5a Abs. 2 UWG .....   | 89  |
| 1. Die Verbrauchergeneralklausel in § 5a Abs. 2 UWG .....   | 89  |
| 2. Keine Dichotomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....                                       | 90  |
| II. Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern .....   | 91  |
| 1. Die Schaffung eines Sonderwettbewerbsrechts für Verbraucher .....                                  | 91  |
| a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer überschießenden Richtlinienumsetzung .....                       | 91  |
| aa) Folgen einer überschießenden Richtlinienumsetzung .....   | 92  |
| bb) Überschießende Richtlinienumsetzung und inhaltliche Übererfüllung .....                           | 93  |
| cc) Die UGP-Richtlinie und überschießende Umsetzung .....   | 93  |
| b) Rechtspolitische Erwägungen bei einer überschießenden Richtlinienumsetzung .....                   | 94  |
| 2. Der Begriff des Verbrauchers und seine europarechtskonforme Auslegung .....                        | 96  |
| a) Irrelevanz eines tatsächlichen Vertragsschlusses .....   | 96  |
| b) Zulässigkeit eines weiteren mitgliedstaatlichen Verbraucherbegriffs .....                          | 97  |
| III. Vorenthalten einer Information .....   | 98  |
| 1. Information und ihre Bezugspunkte .....  | 98  |
| 2. Zusammenhang mit einer geschäftlichen Entscheidung .....   | 101 |
| 3. Abgrenzung des Vorenthaltes vom Verschweigen und Irrelevanz einer Fehlvorstellung .....            | 102 |
| 4. Echtes Schweigen als Vorenthalten von Information .....  | 102 |
| 5. Positives Tun und beredtes Schweigen als ein Vorenthalten? .....                                   | 103 |
| a) Unklare, unverständliche oder zweideutige Angaben als Vorenthalten .....                           | 103 |
| b) Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen .....  | 105 |
| 6. Berücksichtigung von Beschränkungen des Kommunikationsmittels .....                                | 107 |
| a) Richtlinienvorgaben und Ungenauigkeiten in der ersten deutschen Umsetzung .....                    | 107 |
| aa) Die Zuordnung der Medienklausel zum Merkmal des Vorenthaltes .....                                | 108 |
| (1) Die Medienklausel als Teil des Vorenthaltes von Information .....                                 | 108 |
| (2) Die alte deutsche Medienklausel als Teil der Wesentlichkeit? .....                                | 109 |
| (3) Signifikanz und Europarechtswidrigkeit der Zuordnung zur Wesentlichkeit .....                     | 109 |
| bb) Berücksichtigung ausschließlich von medienbezogenen Beschränkungen .....                          | 110 |

- cc) Die Zweigliedrigkeit der Medienklausel und das Erfordernis einer anderweitigen Übermittlung der Information ..... 111
- b) Beschränkungen des Kommunikationsmittels ..... 112
- c) Anderweitiges Zur-Verfügung-Stellen der Information und Interessenabwägung ..... 113
- d) Generelle kommunikationsmittelbezogene Einschränkung von Informationspflichten im UWG? ..... 115
- e) Zwischenergebnis: Zweck und Inhalt der Medienklausel ..... 116
- 7. Zwischenergebnis zum Vorenthalten von Informationen ..... 117
- IV. Die Einzelfallklausel ..... 118
- V. Die Wesentlichkeit einer Information ..... 119
- 1. Die Reichweite der Wesentlichkeitsvermutung in § 5a Abs. 3 und § 5a Abs. 4 UWG ..... 120
- 2. Vermutung der Wesentlichkeit bei europarechtlichen Informationsgeboten, § 5a Abs. 4 UWG ..... 121
- a) Unionsrechtliche Informationspflichten zur kommerziellen Kommunikation ..... 121
- b) Überschießende Umsetzung unionsrechtlicher Informationspflichten und § 5a Abs. 4 UWG ..... 122
- c) Bewertung von § 5a Abs. 4 UWG ..... 125
- 3. Vermutung der Wesentlichkeit nach § 5a Abs. 3 UWG ..... 126
- a) Anbieten von Waren und Dienstleistungen ..... 127
- aa) Rechtspolitische Erwägungen bei Auslegung des Angebotsbegriffs ..... 127
- bb) Europarechtliche Anforderungen bei Auslegung des Angebotsbegriffs ..... 128
- (1) Europäische Begriffsvorgabe: „Aufforderung zum Kauf“ ..... 128
- (2) Kein pauschaler Rückgriff auf nationale Rechtsbegriffe ..... 130
- cc) Keine Beschränkung auf Kaufverträge und Angebote im Sinne des BGB ..... 131
- dd) Bindende Angebote und invitatio ad offerendum ..... 131
- ee) Ausschluss von Aufmerksamkeits- und Imagewerbung ..... 133
- ff) Werbung mit Eckpreisen und für Produktvarianten als Aufforderung zum Kauf ..... 134
- gg) Die Preisangabenverordnung (PAngV) als Modell? ..... 136
- hh) Zwischenergebnis zum Anbieten von Waren und Dienstleistungen ..... 137
- b) Informationspflichten in Bezug auf wesentliche Merkmale der Ware, § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG ..... 138
- aa) Die Merkmalbezogenheit der Aufklärungspflicht aus § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG ..... 139
- bb) Funktionsbezogene Auslegung des Merkmals der Wesentlichkeit ..... 139
- (1) Bewusste Ungleichheit der Vorschriften beim Beispielkatalog ..... 140

|   |     |
|---|-----|
| (2) Dogmatische Unterscheidung zwischen Transparenzgebot und Wahrheitsgebot .....   | 141 |
| (3) Gefahr einer Pflicht zur Überinformation .....  | 141 |
| (4) Zwischenergebnis .....  | 142 |
| cc) Wesentliche Produktmerkmale und Zivilrecht .....  | 142 |
| (1) Wesentliche Produkteigenschaften und die §§ 312a ff. BGB .....  | 142 |
| (a) Parallelität in Wortlaut und Telos von § 312a ff. BGB und von § 5a Abs. 3 Nr. 1–5 UWG .....                               | 143 |
| (b) § 5a Abs. 3 Nr. 1–5 UWG als Verallgemeinerung der Informationspflichten aus den §§ 312d Abs. 1 BGB .....                  | 144 |
| (2) Wesentliche Eigenschaften im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB .....   | 144 |
| dd) Gesetzliche Informationspflichten und wesentliche Merkmale im Sinne von § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG .....                       | 145 |
| (1) Vorrang des § 5a Abs. 4 UWG für europäische Kennzeichnungspflichten .....   | 145 |
| (2) Produktkennzeichnungspflichten als normative Wertungen .....  | 146 |
| ee) Kasuistik zu § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG .....  | 148 |
| ff) Wesentliche Eigenschaften bei Werbung für Produktvarianten .....  | 149 |
| gg) Beschränkung der Informationspflicht in § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG .....   | 150 |
| (1) Das Medienelement und Unterscheidung von der Medienklausel .....  | 150 |
| (2) Das Warenelement .....  | 151 |
| hh) Zwischenergebnis zu wesentlichen Produktmerkmalen .....   | 152 |
| c) Informationspflichten in Bezug auf die Identität, § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG .....  | 153 |
| d) Informationspflichten in Bezug auf Preise, § 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG .....   | 154 |
| e) Informationspflichten in Bezug auf Vertragsbedingungen, Rücktritts- und Widerrufsrechte, § 5a Abs. 3 Nr. 4 und 5 UWG ..... | 156 |
| 4. Wesentlichkeit nach § 5a Abs. 2 UWG .....  | 156 |
| a) Eigenständige Auslegung der „Wesentlichkeit“ in § 5a Abs. 2 UWG .....  | 157 |
| b) Wesentlichkeit und Interessenabwägung .....  | 158 |
| VI. Kein Erfordernis eines Sorgfaltspflichtverstoßes .....  | 161 |
| 1. Die deutsche Rechtslage vor der UWG-Reform des Jahres 2015 .....   | 161 |
| 2. Kritik in der Literatur .....  | 162 |
| 3. Kein Sorgfaltserfordernis nach der UGP-Richtlinie .....  | 163 |
| 4. Kein Sorgfaltserfordernis nach der EuGH-Rechtsprechung .....   | 163 |
| 5. Kein Sorgfaltserfordernis nach der UWG-Novelle des Jahres 2015 .....   | 164 |
| VII. Geschäftliche Relevanz .....   | 165 |
| 1. Verzicht auf eine Relevanzprüfung durch den Bundesgerichtshof .....  | 165 |
| 2. Ablehnung einer Relevanzprüfung in der Literatur .....   | 167 |
| 3. Erfordernis einer selbstständigen Relevanzprüfung .....  | 168 |

|  |            |
|--|------------|
| 4. Rechtsprechung des EuGH zum Relevanzfordernis . . . . .   | 169        |
| 5. Die Unzulässigkeit nationaler per se-Verbote nach der UGP-Richtlinie . . . . .                        | 169        |
| 6. Inhaltliche Abweichung im früheren deutschen Lauterkeitsrecht . . . . .                               | 170        |
| 7. Die eigenständige Relevanzklausel in § 5a Abs. 2 UWG 2015 . . . . .                                   | 171        |
| VIII. Zwischenergebnis zu § 5a Abs. 2–5 UWG . . . . .  | 171        |
| <b>B. Das traditionelle Irreführungsverbot nach § 5a Abs. 1 UWG als Wahrheitsgebot . . . . .</b>         | <b>172</b> |
| I. Normgenese und Dogmatik . . . . .   | 173        |
| II. Übertragbarkeit der Kasuistik zur alten Rechtslage auf § 5a Abs. 1 UWG . . . . .                     | 175        |
| III. Tatsachenbegriff und fehlende Begrenzung von § 5a Abs. 1 UWG auf Regeltatbestände . . . . .         | 177        |
| IV. Verschweigen und seine Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung . . . . .                        | 179        |
| 1. Das Erfordernis einer Aufklärungspflicht in § 5a Abs. 1 UWG . . . . .                                 | 180        |
| 2. Bedeutung für die Geschäftsentscheidung des Käufers und Aufklärungspflichten . . . . .                | 181        |
| 3. Abwägung mit Interessen des Verkäufers und Aufklärungspflichten . . . . .                             | 184        |
| V. Eignung zur Irreführung . . . . .   | 185        |
| 1. Abgrenzung zum Transparenzgebot . . . . .   | 186        |
| 2. Irreführungsmaßstab und mögliche Annäherung an ein Transparenzgebot . . . . .                         | 187        |
| 3. Anlockwirkung und Irreführung . . . . .   | 188        |
| 4. Empfängerhorizont und Irreführung . . . . .   | 189        |
| 5. Geforderter Aufmerksamkeitsgrad und Produkttypus . . . . .  | 191        |
| a) Suchgüter . . . . .   | 192        |
| b) Erfahrungsgüter . . . . .   | 193        |
| c) Vertrauensgüter . . . . .   | 195        |
| 6. Empirische oder normative Bestimmung der Irreführung . . . . .  | 196        |
| a) Beweislast für das Entstehen einer Fehlvorstellung . . . . .  | 196        |
| b) Empirische Feststellung der Irreführungsgefahr . . . . .  | 198        |
| aa) Formen der empirischen Vorgehensweise . . . . .  | 198        |
| bb) Zweistufige Bestimmung der Irreführungsquote . . . . .   | 199        |
| c) Normative Feststellung des Irreführungserfolges . . . . .   | 199        |
| aa) Konsequenzen einer normativen Vorgehensweise . . . . .   | 200        |
| bb) Gründe für eine normative Vorgehensweise . . . . .   | 200        |
| cc) Unionsrechtliche Vorgaben für eine normative Vorgehensweise . . . . .                                | 201        |
| d) Empirische und normative Vorgehensweise im Wandel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . . | 203        |
| aa) Empirische Vorgehensweise und normative Korrekturen . . . . .  | 203        |
| bb) Abstellen auf eine feste Irreführungsquote . . . . .   | 204        |
| cc) Abstellen auf eine variable Irreführungsquote und Änderung des Verbraucherleitbildes . . . . .       | 206        |
| dd) Stärkere normative Orientierung an Erfahrungssätzen . . . . .  | 207        |



|   |            |
|---|------------|
| ee) Befugnisse des Richters bei der Feststellung der Irreführung . . . .                    | 207        |
| (1) Der Richter als Teil des angesprochenen Verkehrskreises . . . .                         | 208        |
| (2) Differenzierung zwischen Bejahung und Verneinung der Irreführung . . . . .              | 208        |
| ff) Zwischenergebnis . . . . .  | 210        |
| 7. Gesetzliche Informationspflichten und normative Verkehrsauffassung . .                   | 210        |
| a) Normative Verkehrsauffassung und Irreführung durch positives Tun . . . .                 | 211        |
| aa) Gesetzlich zwingende Vorgaben . . . . .   | 212        |
| (1) Abstellen auf die Soll-Verkehrsauffassung . . . . .                                     | 212        |
| (2) Beispielsfall . . . . .   | 212        |
| bb) Übernahme von Bezeichnungen aus dem EU-Recht . . . . .                                  | 213        |
| cc) Übernahme von offiziellen Begriffen bei unsicherem Verkehrsverständnis . . . . .        | 214        |
| (1) Verweisende Verkehrsvorstellung . . . . .   | 214        |
| (2) Beispielsfälle . . . . .  | 214        |
| dd) Übernahme von offiziellen Begriffen und abweichende Verkehrsauffassung . . . . .        | 215        |
| ee) Abweichen von einem offiziellen Sprachgebrauch . . . . .                                | 216        |
| ff) Zwischenergebnis . . . . .  | 217        |
| b) Normative Verkehrsauffassung und Irreführung durch Unterlassen . . . .                   | 218        |
| aa) Wirkung einer normativen Verkehrsauffassung bei Unterlassungen . . . .                  | 218        |
| bb) Fallbeispiel . . . . .  | 218        |
| cc) Bewertung . . . . .   | 219        |
| VI. Das Fehlen einer Medienklausel in § 5a Abs. 1 UWG . . . . .                             | 220        |
| <b>§ 4 Einzelergebnisse zur Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG . . . . .</b>       | <b>222</b> |
| A. Das Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–4 UWG . . . . .                                      | 222        |
| B. Das traditionelle Wahrheitsgebot in § 5a Abs. 1 UWG . . . . .                            | 223        |
| <b>§ 5 Übergreifende Schlussfolgerungen . . . . .</b>                                       | <b>225</b> |
| A. Kritik an der dogmatischen Doppelspurigkeit des § 5a UWG . . . . .                       | 225        |
| I. Terminologische Konsequenzen der dogmatischen Doppelgesichtigkeit des § 5a UWG . . . . . | 225        |
| 1. Terminologische Differenzierung zwischen Verschweigen und Vorenthalten . . . . .         | 226        |
| 2. Irreführung als gesetzliche Überschrift . . . . .  | 226        |
| 3. Informationsgebote und Aufklärungspflichten . . . . .                                    | 227        |
| II. Redaktionelle Kritik an der Hybridstruktur des § 5a UWG . . . . .                       | 227        |
| 1. Fehlende Präzision im Wortlaut . . . . .   | 227        |

|   |            |
|---|------------|
| 2. Vermischung mit Sonderprivatrecht für Verbraucher .....  | 228        |
| 3. Keine Vorgabe der Hybridstruktur durch die UGP-Richtlinie .....  | 228        |
| 4. Die Unsicherheit der Abgrenzung zwischen Unterlassen und positivem<br>Tun .....  | 228        |
| a) Keine Beschränkung des § 5a UWG auf Fälle des Unterlassens .....   | 229        |
| b) Fälle des Unterlassens in § 5 UWG? .....   | 230        |
| c) Klärungsbedarf bei der alten Dogmatik zur Abgrenzung von positivem<br>Tun und Unterlassen .....  | 231        |
| 5. Die Unüblichkeit separater Unterlassungsnormen im Privatrecht .....  | 231        |
| III. Redaktioneller Vorschlag .....   | 231        |
| B. Auswirkung der UGP-Richtlinie auf das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell   | 232        |
| I. Europäisierung des Informationsmodells .....   | 233        |
| II. Denationalisierung des Informationsmodells .....  | 233        |
| III. Sanktionierbarkeit von Verstößen gegen Informationspflichten .....   | 234        |
| 1. Sanktionierung bei europäischen Informationspflichten .....  | 234        |
| 2. Keine Sanktionierung bei mitgliedstaatlichen Informationspflichten .....   | 235        |
| 3. Annäherung der Informationsmodelle des Lauterkeitsrechts und des Ver-<br>tragsrechts .....   | 235        |
| 4. Ablösung des Rechtsbruchtatbestandes als Zentralnorm des Informati-<br>onsmodells im deutschen UWG .....   | 236        |
| IV. Beschränkungen des harmonisierten Transparenzgebots bei der Schaffung<br>eines europäischen Informationsmodells .....                                 | 236        |
| 1. Fehlende Harmonisierung bei den lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen  | 236        |
| 2. Fehlende Harmonisierung bei der institutionellen Durchsetzung .....  | 238        |
| 3. Beschränkung der Harmonisierungswirkung auf Verbrauchergeschäfte   | 238        |
| V. Funktionelle Grenzen des Informationsmodells im UWG .....  | 239        |
| C. Bruchstellen und Komplexitäten des Lauterkeitsrechts im Spiegel von § 5a UWG   | 240        |
| I. Das Nebeneinander von harmonisierten und nicht harmonisierten Regelun-<br>gen im UWG .....   | 241        |
| II. Verbraucherschutz und die deutsche Schutzzwecktrias .....   | 242        |
| 1. Die ausschließliche Verbraucherorientierung der UGP-Richtlinie .....   | 242        |
| 2. Dualismus im deutschen UWG .....   | 243        |
| 3. Das Integrationsmodell im deutschen UWG .....  | 244        |
| 4. Sonderwettbewerbsrecht für Verbraucher in § 5a Abs. 2–5 UWG .....  | 246        |
| <b>§ 6 Ausblick: Schlussfolgerungen bezüglich eines lauterkeitsrechtlichen Informati-<br/>onsmodells für den unternehmerischen Geschäftsverkehr .....</b> | <b>249</b> |
| <b>Anhang: Gesetzestexte .....</b>  | <b>251</b> |
| A. § 5a UWG Irreführung durch Unterlassen in der Fassung 2015 .....   | 251        |
| B. § 5a UWG Irreführung durch Unterlassen in der Fassung 2008 .....   | 252        |

|  |            |
|--|------------|
| C. § 3a UWG 2015 Rechtsbruch .....   | 253        |
| D. § 4 Nr. 11 UWG 2004 (aufgehoben) Rechtsbruch .....                            | 253        |
| E. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie 2005/29/EG) .... | 254        |
| <b>Entscheidungsverzeichnis .....</b>  | <b>277</b> |
| <b>Verzeichnis der Rechtsakte und Gesetzesmaterialien .....</b>                  | <b>284</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>286</b> |
| <b>Stichwortverzeichnis .....</b>  | <b>293</b> |

# § 1 Einleitung

## A. Forschungsgegenstand und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat die Denationalisierung und Europäisierung des Informationsmodells im Lauterkeitsrecht zum Gegenstand. Sie analysiert die grundlegende Neudefinition und Neuausrichtung, die das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-Richtlinie)<sup>1</sup> und durch die Einführung eines Transparenzgebots mit echten Informationspflichten in das deutsche Lauterkeitsrecht erfahren hat.

Zunächst identifiziert und analysiert die Arbeit drei zentrale, konstituierende Bausteine für ein Informationsmodell im Lauterkeitsrecht (siehe § 2).

Das wichtigste Element besteht in der Einführung von echten Informationspflichten durch das Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG (siehe § 2 A. der Arbeit): Die gesetzliche Überschrift von § 5a UWG benutzt den Terminus „Irreführungsverbot“ als Oberbegriff für das Wahrheitsgebot in § 5a Abs. 1 UWG und für das allgemeine Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG. Traditionell enthielt das Verbot der Irreführung durch Unterlassen lediglich ein Wahrheitsgebot, wie es heute in § 5a Abs. 1 UWG geregelt ist. Nach dieser rein nationalen Regelung erfolgt eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung nur dann, wenn durch das Unterlassen einer Information beim Kunden eine Fehlvorstellung entstehen kann. Die Unternehmenskommunikation muss nach diesem Wahrheitsgebot also lediglich so gestaltet sein, dass keine Täuschung des Kunden erfolgt; die Information muss also durch den Kunden der Wahrheit gemäß wahrgenommen werden. Eine Pflicht zur Vollständigkeit der Information besteht nach dieser traditionellen dogmatischen Konzeption des Irreführungsverbotes als Wahrheitsgebot nicht.

Demgegenüber stellt das auf europäischem Recht beruhende Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG für das deutsche Lauterkeitsrecht einen dogmatischen Paradigmenwechsel dar. Die praktische Tragweite dieses Systemwechsels hat häufig nur

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 149 vom 11. 6. 2005, S. 22–39.

untergeordnete Aufmerksamkeit gefunden.<sup>2</sup> Transparenzgebot bedeutet, dass eine Pflicht zur vollständigen Information des Kunden besteht. Bereits das bloße Weglassen einer bestimmten Basisinformation kann zu einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung führen. Das Entstehen einer Fehlvorstellung beim Kunden ist nicht erforderlich. Durch das Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG wurden erstmals allgemeine Informationspflichten als Grundlage für ein Informationsmodell in das Lauterkeitsrecht eingeführt. Die Informationspflichten sollen die Verbraucher in die Lage versetzen, eine informierte Entscheidung zu treffen. In einem Informationsmodell soll der Verbraucherschutz durch die Versorgung des Kunden mit bestimmten Basisinformationen gewährleistet werden.

Sodann wird als zweiter Baustein des lauterkeitsrechtlichen Informationsmodells die Ausweitung des Lauterkeitsrechts zu einem Recht der Marktkommunikation untersucht (siehe § 2 B.). Der Anwendungsbereich des Irreführungsverbotes war nämlich ursprünglich auf Werbeaussagen beschränkt. Mit seiner Ergänzung um ein Transparenzgebot wurde die Anwendbarkeit des Irreführungsverbotes nun umfassend auf alle geschäftlichen Handlungen erweitert, insbesondere auch auf solche, die erst nach Vertragsschluss erfolgen. Dadurch erhält das lauterkeitsrechtliche Informationsmodell eine größere Tragweite.

Schließlich wird als drittes Element, welches das Informationsmodell konstituiert, die Europäisierung- und Denationalisierungswirkung der UGP-Richtlinie identifiziert (siehe § 2 C.): Die Einführung europaweit harmonisierter lauterkeitsrechtlicher Informationspflichten stellt eine Europäisierung des Informationsmodells dar (siehe § 2 C. I.). Die vorliegende Arbeit untersucht jedoch auch die häufig übersehene Tatsache, dass – im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie – das nationale Informationsmodell abgeschafft wurde: Aus dem Prinzip der Vollharmonisierung der UGP-Richtlinie folgt nämlich eine Sperrwirkung. Den Mitgliedstaaten wird es dadurch untersagt, durch ihr Lauterkeitsrecht Verstöße gegen mitgliedstaatliche Informationspflichten zu sanktionieren. Im lauterkeitsrechtlichen Informationsmodell können daher nur noch Verstöße gegen europäische Informationspflichten geahndet werden; hingegen müssen Verstöße gegen rein nationale Informationspflichten ohne lauterkeitsrechtliche Sanktion bleiben. Dies wird in dieser Arbeit als Denationalisierung des Informationsmodells interpretiert (siehe § 2 C. II.). Die Europäisierung geht also mit einer Denationalisierung einher, und es wird ein rein europäisches lauterkeitsrechtliches Informationsmodell geschaffen. Die Arbeit analysiert die Rechtsprechung des EuGH, die den Mitgliedstaaten die lauterkeitsrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen rein mitgliedstaatliche Informationspflichten untersagt.

Sodann werden die bedeutsamen Auswirkungen der Denationalisierung auf das deutsche Lauterkeitsrecht untersucht (siehe § 2 C. III.): Der deutsche Rechts-

---

<sup>2</sup> So – noch zwei Jahre nach der Novellierung – auch die Einschätzung von *Fezer*, WRP 2010, 577, 578.

bruchtatbestand in § 3a UWG<sup>3</sup> wurde nämlich – mit dem Ablauf der Übergangsfrist im Sommer 2013 – als bisherige Zentralnorm des lauterkeitsrechtlichen Informationsmodells durch § 5a Abs. 2–5 UWG abgelöst. Der deutsche Rechtsbruchtatbestand muss als rein nationale Vorschrift zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Europarecht nun einschränkend ausgelegt werden. Er darf – im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie – nicht mehr zur Sanktionierung von Verstößen gegen rein nationale Informationspflichten herangezogen werden.

Anschließend wird in § 3 der Arbeit die inhaltliche Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Informationsmodells in § 5a UWG untersucht. Dabei wird zunächst das dogmatisch neuartige Transparenzgebot in § 5a Abs. 2–5 UWG analysiert, das im Verhältnis zu Verbrauchern echte Informationspflichten etabliert (siehe unten § 3 A.). Das Transparenzgebot zählt zu den wichtigsten und umstrittensten dogmatischen und rechtspolitischen Neuerungen nach der Umsetzung der europäischen UGP-Richtlinie. Die Informationspflichten des Transparenzgebots wurden durch die UWG-Novelle des Jahres 2008<sup>4</sup> neu in das UWG eingeführt und durch die UWG-Novelle des Jahres 2015<sup>5</sup> überarbeitet. Zudem ist mittlerweile eine Konkretisierung der Vorschriften durch umfangreiche Rechtsprechung des EuGH, des BGH sowie durch das Schrifttum erfolgt. Die Arbeit analysiert, welche Konkretisierungsspielräume durch den Normtext und durch die europäischen Vorgaben beim Transparenzgebot ermöglicht werden und inwieweit den Voraussetzungen und Wirkungsmöglichkeiten eines Informationsmodells tatsächlich Raum gegeben werden kann. Ein Konterkarieren des verbraucherschutzrechtlichen Regelungszieles droht vor allem durch eine Überinformation. Zudem kann sich auf der Unternehmensseite eine zu starke Belastung mit Informationskosten ergeben. In praktisch-ökonomischer Hinsicht sind die untersuchten Fragen von großer Bedeutung für die Gestaltung der Unternehmenskommunikation.

Sodann wird eine Gegenüberstellung mit dem Wahrheitsgebot in § 5a Abs. 1 UWG vorgenommen (siehe unten § 3 B.), das dem traditionellen dogmatischen Konzept eines Irreführungsverbot es folgt. Für den Geschäftsverkehr zwischen zwei Unternehmen erfolgt eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle des unternehmerischen Informationsverhaltens beim Unterlassen einer Information ausschließlich über diese Vorschrift. Dabei wird auch untersucht, inwieweit bereits durch die Auslegung in der früheren Rechtsprechung eine punktuelle Annäherung dieser Vorschrift an ein Transparenzgebot erfolgt ist.

Schließlich werden im Rahmen der Schlussfolgerungen zunächst Einzelergebnisse zu § 5a UWG zusammengefasst (siehe § 4). Sodann erfolgt im Rahmen von

---

<sup>3</sup> Vor der UWG-Novelle des Jahres 2015 war der Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG 2004 geregelt.

<sup>4</sup> *Bundesregierung*, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, 2008, S. 1–41.

<sup>5</sup> *Bundesregierung*, Begründung Regierungsentwurf zum UWG, BT-Drucks. 18/4535, 2015, S. 1–27.