



Michael Kieffer

**Die Informationspflichten des
§ 5a UWG und die Bedeutung des
Informationsmodells für das Privatrecht**

Michael Kieffer

**Die Informationspflichten des § 5a UWG und
die Bedeutung des Informationsmodells für das
Privatrecht**

Herbert Utz Verlag · München 2014

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung
Band 792

EBook-Ausgabe:

ISBN 978-3-8316-7101-4 Version: 1 vom 14.01.2015

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Alternative Ausgabe: Softcover

ISBN 978-3-8316-4343-1

Copyright© Herbert Utz Verlag 2014

Michael Kieffer

**Die Informationspflichten des § 5a UWG
und die Bedeutung des Informationsmodells für
das Privatrecht**



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 792



Zugl.: Diss., München, Univ., 2014

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.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2014

ISBN 978-3-8316-4343-1

Printed in EC
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Dezember 2013 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich all den Personen danken, die zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Michael Lehmann, der mich in der Zeit der Erstellung dieser Arbeit in jeder Hinsicht unterstützt hat. Seine Anmerkungen, Hinweise, Ratschläge und Ermutigungen waren eine unschätzbare Hilfe und Antrieb. Herrn PD Dr. Thomas Jaeger möchte ich danken, dass er sich freundlicherweise dazu bereit erklärt hat, das Zweitgutachten zu erstellen.

Nicht unerwähnt sollen an dieser Stelle die Herren Dr. Dominik Senn, Dr. Marc Michelsen und Dr. Vincent Braunschweig bleiben. Der gemeinsame Gedankenaustausch während der Erstellung der Arbeit war eine wertvolle Bereicherung.

Besonders herzlich danken möchte ich meinen Eltern Ute und Rolf. Sie haben mich mein Leben lang begleitet und mich dabei immerwährend und unermüdlich unterstützt und gefördert.

Einen entscheidenden Beitrag zum Gelingen der Arbeit trug meine Frau Andrea. Sie stand mir in allen Lebenslagen zur Seite und stellte hierbei nicht selten ihre eigenen Interessen zurück. Hierfür möchte ich mich bei ihr besonders bedanken.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1.

Einleitung	1
I. Gang der Untersuchung	1
II. Die Information	2

Kapitel 2.

Die Bedeutung von Informationen und der Nutzen von Informationspflichten	5
I. Die Bedeutung der Information und Anforderungen an Informationspflichten aus Sicht der Ökonomie	6
1. Suchkosten als Ausgangspunkt	8
2. Die vollkommene Information	12
3. Marktversagen	12
a) Adverse Selection	14
b) Moral Hazard	15
c) Hold-up	16
d) Zusammenfassung	17
4. Umgang mit der Informationsasymmetrie	18
a) Lösungen durch den Markt	18
b) Hilfe der Gesetzgebung	19
5. Zusammenfassende Beurteilung vorvertraglicher Informationspflichten	20
II. Die Bedeutung der Information und der Informationspflicht aus Sicht des Verbraucherschutzes	23
1. Der Verbraucherbegriff	24
2. Gründe für den Verbraucherschutz unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Information	27
a) Produktunkenntnis	28
b) Erfahrungsmangel	30
c) Anderweitige Gründe	31
3. Der Verbraucherschutz im nationalen Recht	31
4. Der Verbraucherschutz im Unionsrecht	35
5. Verbraucher und Information	38
a) Verbraucher- und Informationsleitbild	38

b)	Das verbraucherpolitische Modell	39
c)	Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung	44
d)	Das Informationsmodell in der Gesetzgebung, ein Paradigmenwechsel	47
6.	Zusammenfassung: Verbraucherschutz durch Information	54
III.	Der Begriff der Informationspflicht	56

Kapitel 3.

Entwicklung der Informationspflichten im Lauterkeitsrecht anhand des Irreführens durch Unterlassen **59**

I.	Entwicklung der Informationspflicht anhand des UWG bis 2004	60
1.	Das Verbot der aktiven Irreführung	60
2.	Normierung des Irreführens durch Unterlassen	63
3.	Keine generellen Informationspflichten	66
II.	Irreführen durch Unterlassen aus Sicht der Rechtsprechung bis 2004	68
III.	Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	73
1.	Diskussion über Informationskonzepte bei Entwurf des Art. 7 UGP-RL	73
2.	Zweck der Richtlinie	76
3.	Anwendungsbereich	77
4.	Aufbau der Richtlinie	79
a)	Artikel 5 UGP-RL	79
b)	Artikel 7 UGP-RL	80
5.	Die UGP-RL und das Vertragsrecht (Art. 3 UR-RL)	82
6.	Echte Informationspflichten in Art. 7 UGP-RL?	83

Kapitel 4.

Irreführen durch Unterlassen 2008 (§ 5a UWG) **91**

I.	Die unionsrechtlichen Vorgaben	91
1.	Die Prägung des UWG durch das Unionsrecht	91
2.	§ 5a UWG – Umsetzung der UGP-RL	92
II.	Der Anwendungsbereich des § 5a UWG	92
III.	§ 5a Abs. 1	94
1.	Struktur	94

INHALTSVERZEICHNIS

2.	Tatbestandliche Voraussetzungen	96
a)	Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung	98
b)	Eignung zur Beeinflussung der Entscheidung	100
c)	Interessenabwägung	101
d)	Zeitlicher Anwendungsbereich	103
3.	Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2-4	104
IV.	§ 5a Abs. 2	106
1.	Struktur	106
2.	Richtlinienkonformität	107
3.	Tatbestandliche Voraussetzungen	108
a)	Information	109
b)	Wesentlichkeit	110
c)	Berücksichtigung aller Umstände	132
d)	Benötigen für eine informierte geschäftliche Entscheidung	132
e)	Vorenthalten	133
f)	Relevanz	139
V.	§ 5a Abs. 3	144
1.	Aufforderung zum Kauf	145
a)	Kommerzielle Kommunikation	146
b)	Vertragsarten	149
c)	In der Lage einen Kauf zu tätigen	150
d)	Merkmale des Produkts und Preis	151
e)	Beschränkung des Kommunikationsmittels	153
f)	Zusammenfassung	154
2.	Die Basisinformationen	154
a)	§ 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG – wesentliche Merkmale des Produkts	154
b)	§ 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG – Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden	161
c)	§ 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG – Preis und Kosten	162
d)	§ 5a Abs. 3 Nr. 4 UWG – Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, Beschwerden	164
e)	§ 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG – Rücktritts- oder Widerrufsrecht	167
f)	Ist die Liste in Abs. 3 abschließend?	168

3.	Sich aus den Umständen ergebende Informationen	170
4.	Relevanz	170
VI.	§ 5a Abs. 4	171
1.	Allgemeines	171
2.	Anforderungen an die unionsrechtlichen Normen	171
3.	Konkurrenzen	172
4.	Anhang II der UGP-RL	173
5.	Weitere unionsrechtliche Bestimmungen i.S.v. Abs. 4	178
6.	Relevanz	179
VII.	§ 5a UWG unter dem Blickwinkel aufgezeigten Zielvorgaben an Informationspflichten	179
1.	Ziel des Kollektivschutzes und der ökonomischen Effizienz	180
2.	Träger der Informationspflicht	181
3.	Orientierung an Gütergruppen	182

Kapitel 5.

Auswirkung auf die sonstigen Informationspflichten des UWG	183
I. Allgemeines	183
II. § 4 Nr. 4 UWG	184
III. § 4 Nr. 5 UWG	189
IV. § 4 Nr. 4 und 5 UWG im Strom des Paradigmenwechsels	189
V. § 4 Nr. 11	190

Kapitel 6.

Informationspflichten des BGB im Umfeld von § 5a UWG	193
I. Übertragung der Verkehrspflichten der c.i.c. auf § 5a UWG	194
1. Gründe für das Modell der c.i.c.	194
2. Persönlicher Anwendungsbereich	197
3. Anknüpfungspunkt beider Informationsregime	197
4. Tatbestandliche Voraussetzungen – das Gebot von Treu und Glauben	202
a) Informationsbeschaffungspflicht	205
b) Information ist von besonderer Bedeutung	206

c)	Weitergabe kann nach Treu und Glauben erwartet werden	209
d)	Pflichtenmaßstab	211
5.	Zusammenfassung	218
II.	Übertragung der besonderen Verkehrspflichten des BGB auf § 5a UWG	221
1.	§ 312c BGB	222
2.	§ 312g BGB	225
3.	§ 360 BGB	226
4.	§ 492 BGB	227
5.	§ 482 BGB	229
6.	§ 655a Abs. 2 BGB	231
7.	§ 477 BGB	231
8.	Zusammenfassung	232
Kapitel 7.		
Rechtsfolgen des § 5a UWG		235
I.	Kollektive Ansprüche	235
1.	Ansprüche aus § 5a UWG	235
2.	Ansprüche nach dem UKlaG	236
3.	Zusammenfassung	237
II.	Möglichkeiten, den Vertrag nach den Regeln des BGB aufzulösen	238
1.	Nichtigkeit des Vertrags	239
2.	Anfechtung	239
a)	Erklärungsirrtum	240
b)	Inhaltsirrtum	240
c)	Eigenschaftsirrtum	241
d)	Arglistige Täuschung	245
3.	Verlängerung der Überlegungsfrist	252
4.	Rücktritt oder Kündigung	252
III.	Schadensersatz	253
1.	c.i.c.	253
2.	Unerlaubte Handlung	253

IV.	Zusammenfassung und Analyse	258
1.	Ergänzung der Informationspflichten durch die Rechtsfolgen	258
2.	Die Rechtsfolgen als Spiegelbild der Systematik	260
Kapitel 8.		
Zusammenfassung		261
I.	Einflüsse von Ökonomie und Verbraucherschutz	261
II.	Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5a UWG	261
III.	§ 5a UWG im Umfeld einer informierten Verbraucherentscheidung	263
IV.	Gemeinsamkeiten der Informationspflichten von § 5a UWG und dem BGB	264
V.	Die Verkehrspflichten des BGB unter dem Blickwinkel des § 5a UWG	265
VI.	Formulierung rechtsgebietsübergreifender Verkehrspflichten?	267
Abkürzungsverzeichnis		269
Literaturverzeichnis		273

Kapitel 1. Einleitung

I. Gang der Untersuchung

Im Jahre 2008 wurde das deutsche Lauterkeitsrecht grundlegend reformiert. Mit dieser Reform wurde § 5a UWG eingeführt, der Stoff für eine Fülle von Aufsätzen und Meinungsstreitigkeiten lieferte. Die bislang erschienenen wissenschaftlichen Untersuchungen zu § 5a UWG betrachten dessen Tatbestandsmerkmale näher, wobei – überspitzt gesagt – geradezu ein Wettbewerb entstand, neue Problemfelder zu finden, sodass man sich nicht dem Eindruck entziehen kann, dass diese Norm mehr Probleme schaffte als Lösungen. Zudem herrscht Streit, ob es inhaltlich und strukturell beim Alten blieb oder ob etwas Neues in das Lauterkeitsrecht eingeführt wurde, das mit dem deutschen Verständnis des lautereren Wettbewerbs wenig systemkonform ist.

In der vorliegenden Arbeit soll gezeigt werden, dass § 5a UWG tatsächlich einen für das UWG revolutionären Ansatz verfolgt, der sich in die bestehende Rechtsordnung einfügt und diese ergänzt. Die Untersuchung beschränkt sich daher nicht darauf, die Tatbestandsvoraussetzungen von § 5a UWG darzustellen und Lösungsansätze für offene Auslegungsfragen zu schaffen. Vielmehr sollen auch das Konzept hinter der Norm und die Verknüpfung mit dem Vertragsrecht dargestellt werden.

Da § 5a UWG besondere wettbewerbsrechtliche Informationspflichten zum Gegenstand hat, ist es für den Gang der Untersuchung unerlässlich, zunächst aufzuzeigen, worin die Gefahren fehlender Informationen liegen und welche Bedeutung Informationspflichten allgemein haben (Kapitel 2). Dies ist nicht nur für das Verständnis des Tatbestandes von § 5a UWG relevant, sondern erlaubt es Kriterien zu bestimmen, anhand deren Informationspflichten, insbesondere die des § 5a UWG, zu messen sind und bestehende Auslegungsprobleme des § 5a UWG gelöst werden können.

Viele Probleme und der neue Ansatz des § 5a UWG werden zudem erst verständlich, wenn man die Historie der wettbewerbsrechtlichen Informationspflichten und des Verbots der Irreführung durch Unterlassen kennt. Daher wird in die Entstehungsgeschichte der Norm und deren Vorgänger dargestellt (Kapitel 3), bevor der Tatbestand und das revolutionäre Konzept des

wettbewerbsrechtlichen Verbots des „Irreführens durch Unterlassen“ dargestellt wird (Kapitel 4). Ein Schwerpunkt der Untersuchung ist dabei der offen formulierte § 5a Abs. 2 UWG mit dessen Bezugnahme auf „wesentliche Informationen“. Was mit diesem Merkmal gemeint und wie es auszulegen ist, ist in der Rechtswissenschaft noch immer umstritten. Wie zu zeigen sein wird, verkörpert dieses Merkmal den neuen Ansatz des UWG und stellt eine Brücke in das Schuldrecht dar.

Sodann soll das Verhältnis von § 5a UWG zu den sonstigen Informationspflichten des UWG erörtert werden (Kapitel 5). Denn vor der Einführung des neuen Tatbestands gab es schon entsprechende Pflichten im Lauterkeitsrecht, die jedoch einem älteren Konzept entsprungen und daher auf den ersten Blick mit dem neuen Konzept unvereinbar erscheinen.

Da nicht nur das Lauterkeitsrecht Informationspflichten kennt, sondern diese Pflichten vielmehr ihren Ursprung im Zivilrecht haben, werden anschließendzunächst die allgemeinen und besonderen Informationspflichten des BGB dargestellt und herausgearbeitet mit dem Fokus, ob und wie sie Erkenntnisse für die Anwendung des § 5a UWG anbieten können (Kapitel 6). Zudem soll, was in den bisherigen Darstellungen von § 5a UWG vernachlässigt wurde, der Zusammenhang und das Zusammenspiel zwischen den neuen lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten und denen des BGB dargestellt werden. Das sich aus dem Vergleich der Tatbestände ergebende Gesamtbild soll anschließend hinsichtlich der Rechtsfolgende bestätigt werden (Kapitel 7). Es wird gezeigt, dass sich die lauterkeitsrechtlichen und schuldrechtlichen Informationspflichten auch auf der Rechtsfolgende ergänzen.

Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst (Kapitel 8).

II. Die Information

Im Zusammenhang mit § 5a UWG widmet sich diese Arbeit vertieft der Information und den Informationspflichten, welche durch § 5a UWG in den Fokus des Lauterkeitsrechts gerückt wurden.

Die Information hat, wie zu zeigen sein wird, eine besondere Bedeutung im Wettbewerb und auf den Märkten. Der Grund hierfür liegt darin, dass

der Besitz von relevanten Informationen die Möglichkeit eröffnet, sich gegenüber anderen, schlechter Informierten einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen.¹ Da es für sie, anders als bei anderen Gütern, aufgrund ihrer immateriellen Eigenschaft nahezu keine Substitute gibt, kann ein Informationsvorsprung und die damit verbundene Machtposition wiederum nur mit Informationen ausgeglichen werden. George J. Stigler² fasst dies in seinem bedeutenden Aufsatz „The Economics of Information“ wie folgt zusammen³:

“One should hardly have to tell academicians that information is a valuable resource: knowledge is power.”

Mit anderen Worten: Besteht eine Informationsasymmetrie in der Form, dass eine Person mehr Informationen hat als eine andere, so hat Erstere einen Vorsprung durch Wissen. Diesen Vorsprung machen sich in der Praxis nicht nur Nachfrager von Waren und Dienstleistungen, sondern auch Anbieter und sonstige Marktteilnehmer zum Vorteil. Dies hat zur Folge, dass die Information zum einen die Märkte beeinflusst⁴ und auf der anderen Seite einen eigenen Markt bildet.

Ein Beispiel dafür ist die Stiftung Warentest. Sie vergleicht und bewertet Eigenschaften und Merkmale von Produkten, wie es einem durchschnittlichen Verbraucher kaum möglich wäre. Über die Tests werden die Verbraucher informiert, die sich wiederum bei ihrer Kaufentscheidung an den Informationen der Stiftung Warentest orientieren. Welche Bedeutung diese Informationen für die Marktteilnehmer haben und wie sehr sie die Märkte beeinflussen, zeigt sich bereits daran, mit welchem Aufwand Unternehmen, deren Produkte schlecht abgeschnitten haben, versuchen, juristisch gegen die

1 „Information ist Information, weder Materie noch Energie.“ So der amerikanische Mathematiker Norbert Wiener im Zusammenhang mit seinen Forschungen im Bereich Kybernetik.

2 George J. Stigler zählt zu den bedeutendsten Wirtschaftswissenschaftlern auf dem Gebiet der Informationsökonomie und erhielt 1982 den Nobelpreis „for his seminal studies of industrial structures, functioning of markets and causes and effects of public regulation“ (Quelle: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1982, zuletzt aufgerufen 14.07.2013).

3 Stigler, 69 The Journal of Political Economy 213 ff.(1961).

4 Was die neoklassischen Modelle der Ökonomie vernachlässigen.

Bewertungen vorzugehen.⁵ Auf der anderen Seite zeigt die Stiftung Warentest auch, dass sich mit Informationen Handel treiben lässt. Die Verbraucher kaufen schließlich die Informationen. Hier seien beispielhaft die Zeitschriften „Test“ und „Finanztest“ genannt, mit denen sich die Stiftung Warentest unter anderem finanziert.⁶ Die Information bildet damit einen eigenen Markt.

In der Konsequenz berühren die Informationen verschiedenste Interessenkreise, wozu insbesondere die Ökonomie, das Wettbewerbsrecht und der Verbraucherschutz zählen. Daher gilt der Informationsasymmetrie und der Möglichkeit, durch Informationspflichten alle drei Bereiche zu beeinflussen, ein besonderes Interesse dieser Arbeit.

5 Vgl. nur das berühmte Skibindungsurteil des BGH, dem die Klage eines Herstellers von Skibindungen gegen eine Bewertung der Stiftung Warentest zugrunde lag, BGHNJW 1976, 620.

6 Mit beiden Zeitschriften erzielte die Stiftung Warentest zusammen € 32.705 bei einem Gesamtumsatzerlös 2012 von € 45.140 (Quelle: Website der Stiftung Warentest: <http://www.test.de/unternehmen/zahlen> zuletzt aufgerufen 14.07.2013).

Kapitel 2. Die Bedeutung von Informationen und der Nutzen von Informationspflichten

§ 5a UWG⁷ enthält lauterkeitsrechtliche Verpflichtungen der Unternehmer, bestimmte Informationen mitzuteilen. Um diese Norm und den dahinterstehenden Gedanken erläutern zu können, ist es unerlässlich, zunächst auf die Bedeutung der Information bzw. der Informationspflicht einzugehen sowie die allgemein an diese Pflicht zu stellenden Anforderungen zu untersuchen. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse erlauben es, § 5a UWG aus einem vom Lauterkeitsrecht losgelösten Blickwinkel zu betrachten. Zudem bilden sie ein Grundwissen, welches für die Untersuchung des § 5a UWG erforderlich ist und es ermöglicht, den derzeitigen Stand des Wissens weiterzuentwickeln.

Daher soll in diesem Kapitel zunächst die Informationspflicht aus ökonomischer Sicht analysiert werden. Diese Analyse zeigt nicht nur auf, worin aus ökonomischer Sicht die Bedeutung der Informationspflicht liegt und was die Folgen von Informationsasymmetrien sind, sondern auch, welche Anforderungen an die Rechtsordnung in diesem Zusammenhang zu stellen sind.

Die Information besitzt aber nicht nur aus ökonomischer Sicht eine besondere Bedeutung, auch die Verbraucher sind darauf angewiesen. Weil die europarechtlichen Vorgaben zu § 5a UWG zentral den Verbraucher schützen wollen, werden des Weiteren die Informationspflichten aus Sicht des Verbraucherschutzes dargestellt.

7 Werden im Folgenden Normen des UWG ohne Jahrgangsangabe genannt, so beziehen sich diese stets auf die aktuell gültige Fassung des UWG. Wird in Klammern eine Jahreszahl genannt wie beispielsweise UWG (2004), so bedeutet dies, dass die Fassung des UWG gemeint ist, welche in dem genannten Jahr in Kraft getreten war.

I. Die Bedeutung der Information und Anforderungen an Informationspflichten aus Sicht der Ökonomie

Im Folgenden wird untersucht, welche Folgen Informationsasymmetrien aus ökonomischer Sicht haben und welche Erkenntnisse daraus im Hinblick auf die Gestaltung von Informationspflichten wie § 5a UWG gewonnen werden können.⁸ Obwohl die dargestellten Grundsätze für einen Wirtschaftswissenschaftler absolute Grundlagen darstellen, werden sie von Rechtswissenschaftlern überwiegend übersehen. Sie bieten jedoch die Möglichkeit, das Recht durch die Brille ökonomischer Modelle zu analysieren⁹ und wirtschaftlich effizient und zielführend zu gestalten. Die Rechtswissenschaft muss sich bewusst sein, dass bei der Auslegung einer Rechtsmaterie, die wie das Lauterkeitsrecht das Marktverhalten regelt, stets die ökonomischen Zusammenhänge im Auge behalten werden müssen. Daher muss auf diese Analyse in den späteren Kapiteln immer wieder Bezug genommen werden.

Obwohl sich das Privatrecht seit Längerem mit Informationsdefiziten beschäftigt¹⁰, stellen diese erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit in den Wirtschaftswissenschafteneinen bedeutenden Diskussionspunkt dar.¹¹ Zunächst ließen die Ansätze der Marktanalyse das Thema der Informationsdefizite au-

8 An dieser Stelle soll nur ein kurzer, nicht abschließender Einblick in die Erkenntnisse dieser Wissenschaft gewährt werden, der für die weiteren Ausführungen dienlich ist. Eine genauere Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Dazu näher *Schumann/Meyer/Ströbele*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 8. Aufl., S. 453 ff.; *Goebel*, Neue Institutionenökonomik; *Richter*, Neue Institutionenökonomik; *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, Kap 17; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 162 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht; *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 98 ff.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Kap. 10; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588.

9 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 163; einen Überblick über die ökonomische Analyse des Rechts gibt *Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 27 ff.

10 So beschäftigte sich bereits Cicero in „de officiis“ mit der Verheimlichung von Informationen durch die Marktgegenseite (vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 21). Zu dieser Zeit war es nach römischem Recht gestattet, Informationsvorteile gegen die Marktgegenseite einzusetzen (*Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 23).

11 Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 93.

ßer Acht.¹² Man ging von vollkommen informierten Marktteilnehmern aus¹³ und ließ den Gedanken des Vorsprungs durch Information zunächst außen vor. Dies war eine der Grundannahmen vieler neoklassischer Modelle.¹⁴ Darin kannten die Marktteilnehmer alle wichtigen Faktoren und wussten über das Verhalten ihrer Konkurrenten Bescheid. Diese Prämissen erleichterten es deutlich, die Märkte zu erklären und Strategien zu entwickeln. Zwar gibt es Märkte, bei denen diese Modelle von den tatsächlichen Verhältnissen nicht sehr abweichen. Dazu zählen insbesondere die Kapitalmärkte. Ein genaues Abbild der Wirklichkeit stellen sie jedoch grundsätzlich nicht dar.¹⁵ George J. Stigler rückte in seinem Aufsatz „The Economics of Information“¹⁶ das Thema der Informationsasymmetrie¹⁷ in den Fokus weiterer ökonomischer Überlegungen.¹⁸ Wie bedeutend es ist, zeigt sich insbesondere darin, dass 2001 Akerlof, Spencer und Stiglitz für ihre Analysen zur Informationsasymmetrie den Nobelpreis für Wirtschaft erhielten.¹⁹

-
- 12 Vgl. *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 98; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht; *Kamp/Ricke*, BRK 2003, 527, 528; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589.
- 13 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 93; *Kamp/Ricke*, BRK 2003, 527, 528.
- 14 *Kamp/Ricke*, BRK 2003, 527, 528; *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 158 ff.; Die Neoklassik ging von einem vollkommenen Markt aus, auf dem eine vollständige Information aller Marktteilnehmer herrscht (Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort neoklassische Mikroökonomik).
- 15 Was jedoch wissenschaftstheoretisch nicht von Nachteil sein muss.
- 16 *Stigler*, 69 *The Journal of Political Economy* 213 ff. (1961). Der Aufsatz von *Stigler*, siehe dazu vertiefend im Folgenden, wird allgemein als Meilenstein betrachtet. Zwar wurde seine Theorie wiederholt überarbeitet, doch ist sie noch immer der allgemeine Ausgangspunkt der Informationsökonomie.
- 17 Eine Informationsasymmetrie liegt vor, wenn eine Vertragspartei besser informiert ist als die andere, vgl. *Kamp/Ricke*, BRK 2003, 527.
- 18 Vertiefend hierzu auch *Joel E. Urbany*, 13, No. 2 *Journal of Consumer Research* 257 ff. (1986).
- 19 *George A. Akerlof*, *A. Michael Spence* und *Joseph E. Stiglitz* erhielten den Nobelpreis „for their analyses of markets with asymmetric information“ (http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2001, zuletzt aufgerufen 14.07.2013), denn „sie legten in den siebziger Jahren das Fundament zu einer allgemein gültigen Theorie über Märkte mit asymmetrischen Informationen.““ (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.10.2001).

1. Suchkosten als Ausgangspunkt

Stigler beleuchtet in seinem Beitrag die Zusammenhänge zwischen Suchkosten und Informationsasymmetrien. Sofern ein Marktteilnehmer als Nachfrager Informationsmängel bezüglich des Preises einer Ware hat, muss er Kosten im weiten Sinne tragen, um das Produkt zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen. Diese Kosten zeigen sich in verschiedenen Erscheinungsformen. Um einen möglichst günstigen Preis zu erzielen, kann der Käufer den Verkäufer kontaktieren, er kann Fachzeitschriften lesen²⁰ oder Preislisten studieren. Dies spiegelt sich in gewissen Aufwendungen von Zeit oder Geld wider²¹ und führt dazu, dass ein Käufer nicht nur den Kaufpreis, sondern darüber hinaus auch entsprechende Suchkosten zu tragen hat.²² In einer stark vereinfachten Formel²³ bedeutet dies:

$$\text{Endpreis für Käufer} = \text{Ausgangspreis} - \text{Preisminderung} + \text{Suchkosten}$$

Aus Sicht des einzelnen Käufers wird der Preis für ein Produkt umso teurer, je mehr er sucht. Er wird aber nur solange suchen, wie sich die Suche lohnt. Überschreiten die Suchkosten die durch die Suche angestrebte Minderung des originären Preises, erleidet der Suchende sogar Verluste (vgl. „Abb. 1“: Schnittpunkt der Kurven). Wenn die Suchkosten höher sind als die Preisminderung, so steigt der Endpreis. Soweit wird der Konsument jedoch nicht gehen. Wenn die Grenzkosten den Grenzertrag überschreiten (vgl. „Abb. 1“: Max. Differenz), wird die Suche ineffizient.²⁴

20 Beispielsweise die Testzeitschriften der Stiftung Warentest, vgl. S. 3.

21 *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 194; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589.

22 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589.

23 Vgl. dazu ausführlich *Ehrlich/Fisher*; ⁷² *The American Economic Review* 366 ff. (1982), die die Formel *voller Preis = Marktpreis + (Opportunitätskosten x Zeitverlust)* verfeinert haben und den Einfluss von Verkaufsbemühungen, Werbung, Einkaufsmenge und Kenntnisse des Käufers aufgenommen haben. Zusammenfassend *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589.

24 *Mackaay*, *Economics of Information and Law*, S. 109 ff.; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 590.

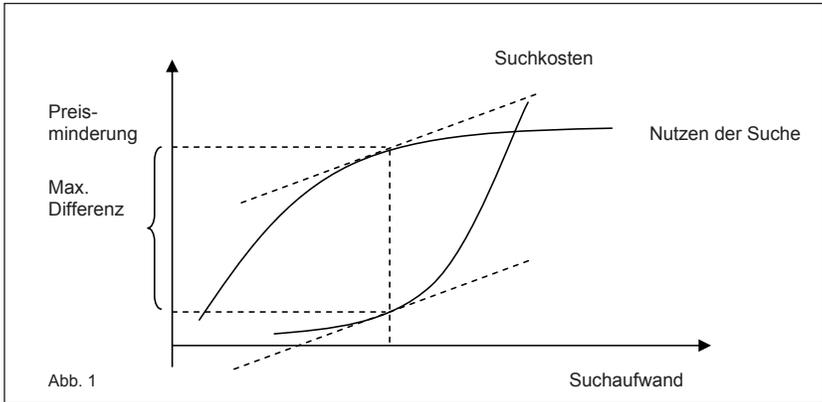


Abb. 1

Stigler legte seinen Untersuchungen die einseitige Preiskenntnis zugrunde. Dieser Ansatz der Suchkosten lässt sich grundsätzlich auch auf die Qualitätskenntnis übertragen, wobei sich jedoch einige Abweichungen in den zugrundeliegenden Prämissen zeigen. Denn der Preis ist eine einheitliche Größe, wohingegen die Qualität eines Produktes unterschiedliche Facetten haben kann. Zudem ist die Qualität nicht immer auf den ersten Blick erkennbar. Aus diesem Grund wird hinsichtlich der Qualitätskenntnis auf die berühmte Unterscheidung von *Nelson*²⁵ zurückgegriffen. Es ist zwischen Suchgütern (search goods), Erfahrungsgütern (experience goods) und Vertrauensgütern (credence goods) zu unterscheiden.²⁶

Suchgüter kann der Käufer untersuchen und deren Qualität vor dem Erwerb kostengünstig feststellen.²⁷ Als Beispiel sei Kleidung genannt.²⁸ Dage-

25 *Nelson*, 78 *Journal of Political Economy* 311 f. (1970), der eine Zweiteilung vornahm in search goods und experience goods. Die dritte Kategorie wurde wesentlich von Darby und Karni geprägt, vgl. *Darby/Karni*, 16 *Journal of Law and Economics* 67 (1973). Dazu näher *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

26 *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 195; *Menke*, GRUR 1993, 718, 719; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589; *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 100; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

27 *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 195; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

28 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 591.

gen kann der Käufer bei Erfahrungsgütern vor deren Erwerb ihre Qualität nicht feststellen, sondern muss sie ausprobieren (z.B. Konserven).²⁹ Beim nächsten Kauf kann er lediglich auf die gewonnenen Erkenntnisse zurückgreifen. Vertrauensgüter kann der Käufer selbst nach dem Konsum nicht sicher beurteilen (z.B. Arztbesuch, Autoreparatur).³⁰

Diese vereinfachte Kategorisierung zeigt, dass das Gewicht der Informationsasymmetrie bei *Suchgütern* potenziell am geringsten, bei *Erfahrungsgütern* höher und bei *Vertrauensgütern* am deutlichsten ausgeprägt ist.³¹ Veranschaulichen lässt sich dies einfach anhand der folgenden „Übersicht 1“ nach Fritsch³²:

Produkt	Beschaffenheit	Grad der Informationsasymmetrie
Güter nach neoklassischem Modell	Konsument ist bereits vollständig informiert	Keine
Suchgüter	Qualität kann noch vor Vertragsschluss kostengünstig beurteilt werden	Kaum
Erfahrungsgüter	Qualität kann nach Konsum beurteilt werden	Mittel
Vertrauensgüter	Qualität kann selbst nach dem Konsum nicht sicher beurteilt werden	Hoch

Übersicht 1

29 Van den Bergh/Lehmann, GRUR Int. 1992, 588, 591.

30 Darby/Karni, 16 Journal of Law and Economics 67, 67, 69 (1973); Van den Bergh/Lehmann, GRUR Int. 1992, 588, 591; Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 195; Leistner, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 101.

31 Menke, GRUR 1993, 718, 719.

32 Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 253.

Zusammenhänge lassen sich aber nicht nur zwischen den Güterkategorien und der Ausprägung der Informationsasymmetrie erkennen. Geht man einen Gedankenschritt weiter, dann zeigen sich auch die Zusammenhänge zwischen den Güterkategorien und dem potenziell missbräuchlichen Verhalten einer Partei. Denn eine Informationsasymmetrie hat typischerweise ein Verhalten der besser informierten Vertragspartei zur Folge, welches die Schwelle des noch zuzubilligenden Verhaltens überschreitet. Hierzu zählen neben der bloßen Ausnutzung der Uninformiertheit der anderen Partei (was in der Folge Kosten bei dieser verursacht) auch unverständliche oder gar irreführende Informationen. Denn auch diese führen zu Kosten³³, denen kein „sozialer Nutzen gegenübersteht“.³⁴

Bei Suchgütern kann der Konsument schnell falsche oder irreführende Angaben durchschauen, sodass – mit Blick auf den gesamten Markt der entsprechenden Güter – die natürlichen Marktkräfte ungewollten Handlungen entgegenwirken. Bei Vertrauensgütern besteht dagegen höchste Gefahr, dass fehlende Kenntnisse der einen Vertragspartei durch die andere Partei in unlauterer oder betrügerischer Weise ausgenutzt werden.³⁵ Man kann feststellen, dass hier am ehesten die Marktkräfte versagen.³⁶ An dieser Stelle sind staatliche Korrekturen, beispielsweise durch Informationspflichten und Irreführungsverbote, angezeigt.

Die Erkenntnis des Zusammenhangs zwischen Güterkategorie, Informationsasymmetrie und potenziell gefährlichem bzw. Kosten verursachendem Verhalten ermöglicht aber auch, Lösungswege aufzuzeigen. Neben der Statuierung von Informationspflichten kann es sinnvoll sein, Erfahrungsgüter an Suchgüter anzunähern.³⁷ Dies lässt sich beispielsweise durch gesetzliche Gewährleistungsansprüche oder Garantien erreichen.³⁸ Zwar bleiben sie weiterhin Erfahrungsgüter, das Qualitätsproblem spielt für den Konsumenten

33 Vgl. dazu *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 98; *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 253; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 593.

34 *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 253.

35 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

36 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 597 zeigen die Zusammenhänge zwischen der Güterkategorie und der Irreführungsgefahr auf.

37 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

38 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 119.

jedoch keine Rolle mehr. Ob die Aussage des Verkäufers stimmt, muss nicht mehr zu den Überlegungen des Käufers zählen.³⁹

Die Bedeutung dieses Weges zeigt sich mit der zunehmenden Spezialisierung auf den Märkten. Diese hat zu einer latenten Steigerung der Informationsasymmetrien⁴⁰ und der Zunahme der Erfahrungsgüter geführt.

2. Die vollkommene Information

Bei aller Kritik an dem Informationsdefizit darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass das Ziel einer Rechtsordnung die „vollkommene Information“⁴¹ sei. Eine Reduzierung der Informationskosten ist zwar erstrebenswert, nicht aber deren völlige Beseitigung.⁴² Ein Informationsungleichgewicht und die damit verbundenen Informationskosten sind keineswegs grundsätzlich negativ zu beurteilen.⁴³ Müssten die Verbraucher keinerlei Kosten für die Suche aufwenden, würde ein vollständig informierter Markt vorliegen. Auf einem solchen Markt würden mit der Zeit sämtliche Unterschiede in Preis und Qualität eingeebnet werden, wodurch letztendlich auch der Wettbewerb zum Erliegen kommen würde.⁴⁴ Dieses Ergebnis ist aus ökonomischer und wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht erstrebenswert, in der Praxis aber aufgrund der Vielzahl von Informationen und Informationskosten auch nicht zu erwarten.⁴⁵

3. Marktversagen

Dass ein Informationsmangel sogar zu einem Versagen der Märkte führen kann, lässt sich mit der sog. Principal-Agent-Theorie erklären, die sich ebenfalls des Problems der Informationsasymmetrie annimmt.

39 *Tirole*, Industrieökonomik, S. 232.

40 So auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 105.

41 Die die Grundlage der neoklassischen Modelle ist.

42 *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 98; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 590; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1137.

43 *Angermann*, Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten, S. 77 f.

44 So *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 590.

45 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 590.

Die Principal-Agent-Theorie gehört neben der Transaktionskostentheorie und der Property-Rights-Theorie⁴⁶ zu der sogenannten Institutionenökonomie.⁴⁷ Alle drei Theorien beeinflussen und ergänzen sich gegenseitig. Das ist an dieser Stelle insofern von Bedeutung, als der oben genannte Ansatz der Suchkosten sich in der Transaktionskostentheorie⁴⁸ wiederfindet. Letztere beleuchtet die einzelne Transaktion wie zum Beispiel den Kauf eines Produktes und analysiert die in diesem Zusammenhang entstehenden Aufwendungen (Transaktionskosten⁴⁹).⁵⁰ Die Suchkosten⁵¹ sind ein Teil der Aufwendungen.⁵²

Gegenstand der Principal-Agent-Theorie⁵³ ist das Verhältnis zwischen einem Auftragnehmer (Agent), der gut informiert ist, und einem Auftrag-

-
- 46 Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 45.
- 47 Ein Definitionsversuch der (neuen) Institutionenökonomie findet sich bei Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie S. 585: „Im engeren Sinne beschäftigt sich die NIÖ[Neue Institutionenökonomie] mit der ökonomischen Analyse von Institutionen in der Erkenntnis, daß die Schaffung und Benutzung von Institutionen den Einsatz realer Ressourcen (Transaktionskosten, s.d.) erfordert [...]. Im weiteren Sinne geht es der NIÖ um die Steuerung rational handelnder Individuen durch Normen oder Spielregeln [...], um „rational choice institutionalism [...]“ Vertiefend zur Institutionenökonomik Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 38 ff.
- 48 Vertiefend zur Transaktionskostentheorie Schumann/Meyer/Ströbele, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie S. 488 ff.; Williamson, The Economic Institution of Capitalism S. 15 ff.; eine Definition der Transaktionskosten findet sich bei Coote/Ulen, Law and Economics S. 46: „A transaction cost is a cost incurred in making an economic exchange“.
- 49 Schumann/Meyer/Ströbele, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, S. 489, definieren Transaktionskosten als „Kostenvertraglicher Beziehungen“, die für die „Vorbereitung, den Abschluss, die Ausführung und die Kontrolle der Verträge“ anfallen. Wobei eine genaue Definition kaum möglich ist, wie Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 57 ff., zeigen.
- 50 Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 49; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 59.
- 51 S. o. S. 6 f.
- 52 Zu den Aufwendungen gehören neben den Suchkosten auch die Anbahnungs-, Vereinbarungs-, Entscheidungs-, Überwachungs-, Abwicklungs-, und Anpassungskosten (Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461 Fn. 1; näher dazu Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 59 ff.).
- 53 Zur Abgrenzung der Transaktionskostentheorie und der Principal-Agent-Theorie vgl. Schumann/Meyer/Ströbele, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, S. 504.

geber (Principal), der schlecht informiert ist.⁵⁴ Derartige Beziehungen gibt es in verschiedenen Vertragsbeziehungen wie etwa Arzt und Patient, Versicherung und Versicherter, Verkäufer und Käufer. Zwischen beiden herrscht erkennbar ein Informationsgefälle. Anhand dessen lassen sich drei Arten von Folgeproblemen aufzeigen. Diese werden *Adverse Selection*, *Moral Hazard* und *Hold-up* genannt.⁵⁵

a) Adverse Selection

Eine Erscheinungsform des Marktversagens wird „*Adverse Selection*“⁵⁶ (negative Auslese) genannt. Sie ist die Folge von einseitiger Qualitätsunkenntnis (*hidden characteristics*) und lässt sich am besten anhand des berühmten Beispiels von Akerlof⁵⁷ über den Markt für „Lemons“⁵⁸ erklären.⁵⁹

Auf einem Markt für Gebrauchtwagen gibt es qualitativ gute und schlechte Autos, wobei eine einseitige Unkenntnis hinsichtlich der Qualität der Fahrzeuge besteht. Der Händler kennt die tatsächliche Qualität der Fahrzeuge, der Käufer kann dagegen nicht unterscheiden, ob es sich um gute oder schlechte Autos handelt. Er muss daher aufgrund seiner individuellen Unkenntnis von einer Durchschnittsqualität ausgehen. Folglich ist er nur bereit, für die erwartete Durchschnittsqualität einen Durchschnittspreis zu entrichten.⁶⁰

Während der Verkäufer beispielsweise für gute Autos einen Preis von 20.000 € und für schlechte einen Preis von 10.000 € erzielen möchte, wird der Käufer, sollten genauso viele gute wie schlechte Autos auf dem Markt sein, höchstens den Durchschnittspreis, nämlich 15.000 €, für einen Ge-

54 Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 55.

55 Vertiefend Schumann/Meyer/Ströbele, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 8. Aufl., S. 450 ff.; Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 55; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 247 ff.

56 Ausführlich dazu Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 239 ff.

57 Akerlof, 84, No. 3 The Quarterly Journal of Economics 488 (Aug. 1970).

58 Qualitativ schlechte Autos bzw. „Montagsautos“ werden in den USA umgangssprachlich auch „lemons“ genannt.

59 Dieses Beispiel wird noch immer von zahlreichen Autoren für dieses Problemfeld angeführt. Vgl. Stiglitz/Walsh, Mikroökonomie, S. 386; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 258 ff.

60 Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 122.

brauchtwagen zahlen.⁶¹ Verkäufer von guten Autos werden in der Folge nicht mehr bereit sein, weiterhin ein Auto, mit einem objektiven Wert von 20.000 €, für den niedrigen Durchschnittspreis (15.000 €) zu verkaufen. Gute Autos werden damit immer seltener zum Verkauf angeboten, weshalb deren Verkäufer sich auf Dauer vom Markt zurückziehen werden. Es wird langfristig auf dem Markt nur noch Anbieter schlechter Autos geben. Da somit die Durchschnittsqualität auf dem Markt sinkt, werden die Käufer nicht mehr bereit sein den ursprünglichen Durchschnittspreis (15.000 €) zu zahlen, sondern nur noch den Durchschnittspreis für schlechte Fahrzeuge (10.000 €).⁶² Die gute Qualität wird mithin von der schlechten vom Markt gedrängt.⁶³ Dieser Prozess wird als „*Adverse Selection*“ bezeichnet.⁶⁴ Der Wettbewerb führt zu einer Qualitätsverschlechterung.

b) Moral Hazard

Ein ähnliches Problem wird mit „*Moral Hazard*“⁶⁵ (moralisches Risiko) bezeichnet. Hierbei hat eine Vertragspartei die Möglichkeit, einseitig nach Vertragsschluss Umstände, die für den Vertragsschluss wesentlich waren, zu ändern, ohne dass die andere Vertragspartei dies bemerkt.⁶⁶ Diese unbekanntenen Handlungen werden „*hidden actions*“ genannt. Als Beispiel ist die Sachversicherung zu nennen.⁶⁷ Ist der Versicherungsvertrag abgeschlossen, wird der Versicherungsnehmer mit der versicherten Sache sorgloser umgehen. Das Risiko der Beschädigung der versicherten Sache steigt.⁶⁸ Da die Versiche-

61 Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 251.

62 Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 251.

63 In diesem Zusammenhang verweist Akerlof (a.a.O., S. 490) auf das sog. „greshamsche Gesetz“, wonach bei Doppelwährungen „*bad moey drives out good because the exchange rate is even*“ (Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 122 Fn. 171).

64 Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 251; Stiglitz/Walsh, Mikroökonomie, S. 386 f.

65 Ausführlich dazu Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomie, S. 224 ff.; Stiglitz/Walsh, Mikroökonomie, S. 389 ff.

66 Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 141.

67 Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 141; Stiglitz/Walsh, Mikroökonomie, S. 389.

68 Extrem ausgedrückt, wenn die Versicherung mehr als 100 % des Schadens übernimmt, so würde dies sogar einen Anreiz für die Herbeiführung des Schadens

rung hinsichtlich des Verhaltens des einzelnen Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss ein Informationsdefizit hat, können die Versicherungssätze nicht an das individuelle Verhalten angepasst werden. Die Versicherung wird langfristig die Gesamtpreise an das durchschnittlich gesteigerte Risiko anpassen.⁶⁹ Das Informationsdefizit hat somit zur Folge, dass kein individuell angemessener Preis zustande kommt⁷⁰ und der Durchschnittspreis erhöht wird.

c) Hold-up

Die dritte Kategorie des Marktversagens wird „*Hold-up*“ bezeichnet.⁷¹ Die Gefahr liegt darin, dass eine Partei nach Vertragsschluss Lücken und Spielräume des Vertrags einseitig zum eigenen Nutzen ausbeutet (opportunistisches Verhalten⁷²). Die Informationsasymmetrie ist darin begründet, dass eine Partei bei Abschluss des Vertrags nicht die versteckten Absichten (*hidden intention*) der anderen Partei kennt. Im Gegensatz zu den „*Moral Hazard*“-Fällen, weiß die betroffene Vertragspartei von dem Risiko, sie hat jedoch keine Möglichkeit, dieses zu vermeiden⁷³, und kann auch nicht beurteilen, wie der Vertragspartner reagieren wird. Solche Fälle gibt es häufiger bei langfristigen Verträgen mit hohen Investitionskosten, die bei Vertragsabbruch hinfällig werden würden (sogenannte versunkene Kosten).

Das Stahlwalzwerk-Beispiel von Alfred Marshall⁷⁴ veranschaulicht die Situation. Ein Stahlwalzwerk lässt sich neben einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen nieder, um Anschluss an eine zuverlässige Stromquelle zu haben. Es tätigt dabei Investitionen, wobei die Profitabilität dieses Investments von einer gesicherten Stromabnahmemöglichkeit abhängt. Sobald dem Stahlwalzwerk durch die Investitionen irreversible Kosten (*sunk costs*)

darstellen, so *Stiglitz/Walsh*, Mikroökonomie, S. 389.

69 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 255.

70 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 255.

71 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 141; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 256.

72 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 256.

73 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 257.

74 *Marshall*, Principles of economics, S. 453 f., 626.

entstanden sind, kann das Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Strompreise erhöhen.⁷⁵

Dies führt letztendlich dazu, dass bei Unsicherheit über „Hidden Intentions“ und der damit verbundenen Gefahr solch opportunistischen Verhaltens Investitionen unterbleiben. Dies führt wiederum zu Wohlfahrtseinbußen.⁷⁶

d) Zusammenfassung

Die genannten Probleme lassen sich wie folgt veranschaulichen⁷⁷:

	<u>Hidden Characteristics</u>	<u>Hidden Action</u>	<u>Hidden Intention</u>
Mangelnde Information	Qualität der Leistung unbekannt	Verhalten bzw. Anstrengungen unbekannt	Absichten unbekannt
Verhaltensspielraum des Agenten	Vor Vertragsschluss	Nach Vertragsschluss	Nach Vertragsschluss
Gefahr	Adverse Selection	Moral Hazard	Hold-up

Übersicht 2

Informationsdefizite verursachen somit nicht nur Transaktionskosten und individuelle Gefahren, sondern können auch zum Marktversagen führen und schaden letztlich allen Marktteilnehmern. Denn durch Kenntnis des Marktversagens oder schlechte Erfahrungen verzichten potenzielle Vertragsparteien auf einen Vertragsschluss, obwohl dieser für beide Seiten objektiv günstig gewesen wäre.⁷⁸

75 Alchian/Woodward, 26 The Journal of Economic Literature 65, 67 (1988).

76 Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 257.

77 In Anlehnung an Picot/Reichwald/Wigand, Die grenzenlose Unternehmung, S. 59.

78 Vgl. Kamp/Ricke, BRK 2003, 527, 528.

4. Umgang mit der Informationsasymmetrie

Da sich Informationsasymmetrien nicht völlig vermeiden lassen, sind Wege zu suchen, mit diesen umzugehen.⁷⁹ Zwei Ansätze sind dabei zu beachten. Zum einen ist eine möglichst optimale Informationslage aufzubauen und die Suchkosten sind zu senken. Da aber Informationsdefizite weder vollständig unerwünscht noch beherrschbar sind, ist zum anderen ein Weg zu finden, um mit den verbleibenden Informationsdefiziten umzugehen. Hier sind sowohl die eigenen Marktkräfte als auch die ergänzende Unterstützung durch den Gesetzgeber gefragt.

a) Lösungen durch den Markt

Der Markt hat bereits Mechanismen entwickelt, um den genannten Problemen zu begegnen. So zeigt die *Principal-Agent-Theorie* im Zusammenhang mit *Hidden Characteristics* Wege auf, das Informationsgefälle zu verringern. Dazu zählen Screening, Signalling und Self-Selection-Verträge⁸⁰, welche ihrerseits jedoch wieder mit Kosten verbunden sind.

Im Rahmen des Screenings versucht der Principal, seine Unwissenheit durch Tests abzubauen, indem beispielsweise der Käufer eines Gebrauchtwagens diesen in einer unabhängigen Werkstattuntersuchen lässt⁸¹ oder indem sich ein Kreditgeber bei Kreditauskunfteien über den Kreditnehmer informiert.⁸² Im Rahmen des Signalling informiert der Agent selbst über seinen eigenen Charakter oder über den seiner Produkte.⁸³ Dies geschieht in der Regel durch Arbeitszeugnisse, Gütesiegel, Garantien oder den Aufbau einer Reputation.⁸⁴ Self-Selection-Verträge führen zu einer Reduktion der informativen Asymmetrie und zu einer Interessenharmonisierung. Durch Vor-

79 Vgl. *Leistner*, Richtiger Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 99; zu möglichen Lösungsansätzen *Kamp/Ricke*, BRK 2003, 527, 529.

80 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, S. 57.

81 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 141.

82 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, S. 57.

83 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, S. 57.

84 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 257; *Stiglitz/Walsh*, Mikroökonomie, S. 16, deutet an, dass Garantien unter Umständen Alternativen zu Informationspflichten sind.

gabe verschiedener Vertragsgestaltungen sollen verborgene Eigenschaften ausgeschaltet werden. Bei Versicherungsverträgen bietet die Versicherung Verträge mit unterschiedlichen Selbstbeteiligungen an.⁸⁵ Der Agent wird einen niedrigen Selbstbehalt wählen, wenn ein Schaden wahrscheinlich ist.⁸⁶ In diesem Fall wäre der Grundbeitrag erhöht.

Hidden Intentions kann durch Kontroll- und Überwachungsmechanismen (Monitoring) sowie durch Interessenangleichungen wie z.B. durch Erfolgsprämien begegnet werden.⁸⁷ Interessenangleichungen, z.B. in Form von langfristigen Vertragsbeziehungen, sind auch ein effizientes Abwehrmittel gegen Hidden Intentions.⁸⁸

b) Hilfe der Gesetzgebung

Die genannten Lösungen beheben das Problem der unvollständigen Information jedoch nicht vollständig, weshalb die Rechtsordnung unterstützend eingreifen muss.

Der Gesetzgeber versucht, insbesondere durch die folgenden Maßnahmen die Transaktionskosten zu senken und einem Marktversagen zu begegnen: Es werden Harmonisierungen⁸⁹ wie einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen, Mindeststandards, Gewährleistungsansprüche und Haftungsgrundlagen eingeführt.⁹⁰ Zudem gibt es vertragliche Absicherungsmöglichkeiten, wie Garantien und Kompensationsmodelle.⁹¹ Auch der Schutz vor falscher Information, also aktiver Irreführung, kann zu diesen Maßnahmen gerechnet werden.

Eines der wichtigsten Hilfsmittel, das in dieser Arbeit vertieft behandelt wird, ist jedoch die gesetzliche Informationspflicht.⁹² Damit ist es möglich,

85 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung S. 57.

86 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 266.

87 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, S. 58.

88 *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, S. 58.

89 Zu den ökonomischen Vorteilen der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts *Pflüger*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, S. 420.

90 Vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 257.

91 So *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 257.

92 Dass Informationspflichten alleine auch versagen können, zeigen *Stiglitz/Walsh*, Mikroökonomie, S. 15 am Beispiel von Enron, einer Ölhandelsfirma, die ihre Abschlusszahlen beschönigt hat, was letztlich zum Ende der Firma geführt hat. Ein