

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 503

# Selbstbedienungsgroßhandel und Verfassungsrecht

Zu den Verfassungsschranken des Wettbewerbsrechts

Von

Walter Leisner



Duncker & Humblot · Berlin

**WALTER LEISNER**

**Selbstbedienungsgroßhandel und Verfassungsrecht**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 503**

# Selbstbedienungsgroßhandel und Verfassungsrecht

Zu den Verfassungsschranken des Wettbewerbsrechts

Von

Professor Dr. Walter Leisner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Leisner, Walter:**

Selbstbedienungsgrosshandel und Verfassungsrecht: zu  
d. Verfassungsschranken d. Wettbewerbsrechts / von  
Walter Leisner. — Berlin: Duncker und Humblot, 1986.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 503)

ISBN 3-428-06007-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1986 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Günter Schubert, Berlin 65

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06007-5

## Vorwort

Ausgangspunkt dieser Arbeit waren Untersuchungen, welche der Verfasser früher für Unternehmen des C+C-Handels durchgeführt hat. Sie wurden wesentlich erweitert und vertieft.

Ausgangspunkt sind die wichtigsten richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Wettbewerbsrechts im Bereiche des SB-Großhandels. Sie werden zunächst aus der Sicht des Rechts des Unlauteren Wettbewerbs behandelt, aber bereits in verfassungsrechtlich akzentuierter Fragestellung (Teil B). Sodann wird dieses Wettbewerbsrecht an der Verfassung gemessen, insbesondere an Artikel 12 des Grundgesetzes (Teil C).

Über den hier beispielhaft behandelten Problemkreis hinaus hat diese Untersuchung weithin grundsätzlichen Charakter. Es geht um die bedeutsame Frage, ob die Grundrechte des Grundgesetzes unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt zugunsten des Rechtes des Unlauteren Wettbewerbs stehen, der es dem Gesetzgeber — und dem Richter — erlaubt, den Unlauterkeitsbegriff frei von verfassungsrechtlichen Bindungen zu bestimmen.

Demgegenüber wird der Nachweis versucht, daß die Verfassungsbindungen ernst zu nehmen sind, und daß sich jede nähere Bestimmung des Unlauterkeitsbegriffes am Grundgesetz muß messen lassen. Vor-konstitutionelle Vorstellungen, insbesondere aus den 20er und 30er Jahren, können hier nicht unkritisch weiter tradiert werden; die liberalen Entscheidungen der Verfassung für den Schutz der „Freiheit der Aktivität“ müssen auch im Wettbewerbsrecht durchgesetzt werden. Bedenken erwecken Tendenzen, durch richterrechtliche Bestimmung von „Handelsfunktionen“ ständestaatsähnlichen Vorstellungen Vorschub zu leisten und durch übersteigerte wettbewerbsrechtliche Anforderungen einen „Schutz vor der Konkurrenz“ zu bieten, den das Grundgesetz aber ablehnt.

Der Verfasser beschäftigt sich seit vielen Jahren immer wieder mit Problemen aus dem Grenzbereich von Privatrecht und Verfassungsrecht. Er setzt dies hier an einer wichtigen Nahtstelle beider Bereiche fort, in der Hoffnung, damit einen Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Schranken des Wettbewerbsrechts zu liefern.

Erlangen, den 1. März 1986

Walter Leisner



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Vorbemerkung: Gegenstand und Fragestellungen der Untersuchung</b>	11
I. Das Richterrecht zum „funktionsechten Selbstbedienungsgroßhandel“ und die verfassungsrechtlichen Maßstäbe .....	11
II. Aufbau der Untersuchung .....	14
<b>B. Problemkreise des Richterrechts zum Wettbewerbsverhalten der SB-Großmärkte</b>	17
I. Die dynamischen Entwicklungen im Handel und die neuen Vertriebsformen der SB-Großmärkte .....	17
1. Die Abgrenzung Großhandel—Einzelhandel — „funktionsechter Großhandel“ als Grundbegriff des Wettbewerbsrechts der SB-Großmärkte .....	17
a) Die Einzelhandels(schutz)gesetze und die Abgrenzung der „Handelsfunktionen“ .....	17
b) Die Zulässigkeit der „Direktverkäufe“ und „Mischformen“ von Einzelhandel und Großhandel .....	20
c) Die „Funktionsrechtsprechung“ des BGH .....	22
d) Einzelhandel durch Großhändler nur in „sachbezogenen“ Grenzen — die BGH-Rechtsprechung zum Ladenschlußgesetz — Vorläufer der „Funktionsechtheits-Judikatur“ ....	24
e) Der „funktionsechte“ Großhandel nach dem Metro I-Urteil des BGH .....	27
2. Die SB-Großmärkte — eine neue Erscheinungsform in der dynamischen Entwicklung des Handels .....	29
a) Das Vordringen der SB-Großmärkte in „Marktlücken“ ....	29
b) Die allgemeinen rechtlichen Folgerungen: Notwendigkeit freiheitsbewahrender Flexibilität des Wettbewerbsrechts ..	32
II. Irreführende Angaben und Schutzwürdigkeit .....	35
1. Irrtumserregung — Verhinderung der Irreführung als Gesetzeszweck im Wettbewerbsrecht der SB-Großmärkte .....	35
a) Ladenschlußrecht .....	36
b) § 6 a UWG .....	37
c) § 6 b UWG .....	42
d) Die PreisangabenVO .....	44
2. Die hochgesteigerte Werbungs-Wahrheitspflicht im Wettbewerbsrecht .....	46



a) Die Werbungs-Wahrheitspflicht — Allgemeines .....	47
b) Die Grundsätze zur Lockvogel-Werbung — doch keine übersteigerte Wahrheitspflicht .....	49
3. Grenzen der Schutzwürdigkeit und des Verbraucherschutzes ..	52
a) Verbraucherschutz .....	52
b) Insbesondere: Der Einzelhändler als Verbraucher .....	54
c) Mittelstandsschutz als Verbraucherschutz? .....	56
<i>III. „Privatkäufe“ in SB-Großmärkten — Toleranzgrenze .....</i>	<i>58</i>
1. Wesen und Sinn der Toleranzgrenze .....	59
2. Die Problematik der Bestimmung der Toleranzgrenze .....	60
a) Die Toleranzgrenze als „gegriffene Größe“ .....	60
b) Interessenabwägung und Rechtsstaatlichkeit .....	62
c) Höhere Toleranzgrenzen? .....	63
3. Das Problem der „betriebsfremden Waren“ .....	65
a) Der Begriff des „betriebsfremden Eigenbedarfs“ im Richterrecht .....	65
b) Kritik: „Betriebsfremde Waren“ — ein vollziehbarer Begriff? .....	66
aa) Wiederverkäufer .....	66
bb) (Andere) Gewerbetreibende .....	67
<i>IV. Kontrollpflichten und Kontrollmöglichkeiten in SB-Großmärkten nach Wettbewerbsrecht .....</i>	<i>69</i>
1. Die Rechtsprechung des BGH .....	70
2. Zutrittsausweise .....	72
a) Gewerbetreibende und Verbraucher .....	73
b) Wiederverkäufer .....	73
3. Eingangskontrollen .....	76
a) Grenzen der Identitätskontrollen .....	76
b) Auftragskäufe .....	78
4. Ausgangskontrollen .....	79
a) Die Forderung nach Ausgangskontrolle .....	79
b) Die Ausgangskontrolle — eine wettbewerbsrechtlich ungeeignete Maßnahme .....	81
5. Allgemeine Grenzen der Kontrollverpflichtungen .....	83
<b>C. Die Verfassung als Maßstab des Wettbewerbs-Richterrechts der SB-Großmärkte .....</b>	<b>88</b>
<i>I. Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab des Richterrechts des Unlauteren Wettbewerbs — Allgemeines .....</i>	<i>88</i>
1. Prüfung privatrechtlicher Normen auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz .....	88
a) Privatrechtliches Gesetzesrecht als Prüfungsgegenstand .....	88

b) Der unbedingte Primat der Verfassung — die Abgrenzung von Verfassungsrecht und UW-Recht als methodisches Problem .....	89
c) Richterrecht als Gegenstand der Normprüfung .....	91
d) Verfassungsprüfung von Privatrechtsnormen und Drittwirkung der Grundrechte .....	92
2. Wirkungsweise der Verfassung auf privatrechtliche Normen ..	96
a) Das Abwägungsgebot .....	96
b) Die Wirkung der Verfassungsschranken gegenüber der Freiheit des Gesetzgebers .....	98
3. Insbesondere: Generelle Unzulässigkeit Unlauteren Wettbewerbs? .....	100
<i>II. „Allgemeine Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsrecht“ .....</i>	<i>104</i>
1. „Verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit“ .....	104
a) Hinweise aus dem Wettbewerbsrecht .....	104
b) Das Verfassungsrecht und die Vorstellung von einer „Wirtschaftsfreiheit“ .....	106
2. Wirtschaftsfreiheit — doch eine „Wirtschaftsverfassung“? ....	108
a) Grundprinzip der Wirtschaft oder Wirtschaftsverfassung? ..	108
b) Die Direktivkraft der „Wirtschaftsfreiheit“: in dubio pro libertate .....	109
<i>III. Die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) .....</i>	<i>112</i>
1. Schwerpunkte der Berufsfreiheit mit Blick auf das Wettbewerbsrecht .....	112
a) Die Berufsbildlehre — das Betreiben von SB-Großmärkten als eigenständiger Beruf — Wettbewerbsrecht als staatliche „Berufsprägung“? .....	112
aa) SB-Großmarktstätigkeit — eine Erscheinungsform des „soziologischen“ Berufsbildbegriffs .....	112
bb) Betrieb von SB-Großmärkten als eigenständiger Beruf	114
cc) „Spezielle Berufsprägung durch Wettbewerbsrecht“? ..	116
b) Die besondere Persönlichkeitsprägung der Berufsfreiheit ..	120
c) Einzelne Freiheitsrechte des Art. 12 GG — Abschwächung oder Verstärkung des Freiheitsschutzes der SB-Großmärkte? ..	122
d) Das Verbot des Konkurrenzschutzes .....	124
e) Wettbewerbsrecht — Berufsausübungs- oder Berufswahlregelung? .....	126
f) Abwägung und Verhältnismäßigkeit — Grundforderungen im Bereich der Berufsfreiheit — Vorrang der „Aktionsfreiheit“ vor der „Zustandsbewahrung“ .....	129
2. Folgerungen für die wettbewerbsrechtlichen Problemkreise der SB-Großmärkte aus Art. 12 GG .....	132
a) „Funktionsechtheit“ — ein verfassungsrechtlich unhaltbarer Begriff .....	132
b) „Vermutung der Irreführung“ — eine Verletzung der Berufsfreiheit .....	138

c) Die Sortimentsgestaltungsfreiheit der SB-Großmärkte — berufsfreiheitsrechtliche Problematik der „Toleranzgrenzen“	145
d) Kontrollpflichten und Berufsfreiheit .....	148
3. Verfassungsschranken des Richterrechts aus der Berufsfreiheit der Kunden von SB-Großmärkten .....	153
a) „Funktionsechtheit“ — „Betriebsfremde Ware“ — Tole- ranzgrenze .....	154
b) Bevormundender „Schutz gegen eigenen Irrtum“ und Be- rufsfreiheit .....	156
c) Kontrollverpflichtungen und Kundenfreiheit — Die gebo- tene Achtung vor dem Geschäftsgeheimnis der Kunden ...	157
<b>IV. Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. I GG) ....</b>	<b>163</b>
1. Der Schutzbereich der „wirtschaftlichen Persönlichkeitsentfal- tung“ und die Stellung der SB-Großmärkte .....	163
2. Die Subsidiarität des Art. 2 Abs. I GG gegenüber Art. 12 GG	164
<b>V. Das Eigentumsgrundrecht .....</b>	<b>166</b>
1. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie im Wettbewerbsrecht	166
a) Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbe- betrieb .....	166
b) Die Unternehmensfreiheit .....	168
c) Die Werbefreiheit .....	169
2. Grundrechtskonkurrenz von Art. 14 und Art. 12 GG .....	172
<b>VI. Die Gleichheit (Art. 3 GG) .....</b>	<b>174</b>
1. Schutzwirkungen der Gleichheit — Allgemeines — die Wett- bewerbsgleichheit .....	174
2. Die Großbetriebe des Einzelhandels .....	176
3. Der „Fachgroßhandel“ .....	177
<b>VII. Rechtsstaatlichkeit .....</b>	<b>181</b>
1. Der Schutzbereich der Rechtsstaatlichkeit — Normklarheit ....	181
2. Der Inhalt des Wettbewerbs-Richterrechts und die Normklar- heit .....	182
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>185</b>
<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>203</b>

## A. Vorbemerkung: Gegenstand und Fragestellungen der Untersuchung

### I. Das Richterrecht zum „funktionsechten Selbstbedienungs- großhandel“ und die verfassungsrechtlichen Maßstäbe

1. Eine der großen Diskussionen des Wettbewerbsrechts ist in den letzten zwei Jahrzehnten über die Frage geführt worden, unter welchen Voraussetzungen sogenannte Selbstbedienungs-Großmärkte (im folgenden SB-Großmärkte) als „funktionsechter Großhandel“ anzusehen sind. Aus Kreisen des Einzelhandels wurde immer wieder Kritik an solchen Handelsunternehmen geübt: Sie gäben sich als Betriebe des Großhandels, in Wahrheit finde dort jedoch weithin, wenn nicht überwiegend, Einzelhandel statt. *Einkaufsausweise* würden längst nicht nur an Wiederverkäufer, Gewerbetreibende und Großverbraucher, sondern auch an andere Personen, an „rein private Endverbraucher“ ausgegeben. Eingangskontrollen erfolgten nur lückenhaft, meist ohne Identitätsüberprüfung, an den *Ausgängen* werde nicht hinreichend überwacht, ob der Kunde auch die gekaufte Ware in der Eigenschaft benötige, in welcher er einkaufsberechtigt sei. Durch diese umfangreiche Einzelhandelstätigkeit von SB-Großmärkten verstießen diese gegen Wettbewerbsrecht und schädigten auf solche Weise den Einzelhandel erheblich.

Die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels hat diese Vorwürfe neuerdings in Prozessen vorgebracht, die sie vor mehreren Landgerichten gegen Metro-SB-Großmärkte angestrengt hat. Sie verlangt, die Ausweisausgabe und die Kontrolle müßten so streng gehandhabt werden, daß „Einzelhandelsgeschäfte“ in SB-Großmärkten nicht mehr stattfinden könnten.

Die SB-Großmärkte, und vor allem Metro, haben stets die Berechtigung dieser Kritik grundsätzlich und in den Einzelheiten bestritten. Metro tritt ihr auch in den anhängigen Verfahren nachdrücklich entgegen: „Funktionsechter Großhandel“ werde in ihrem Bereich betrieben, die Kontrollen seien ausreichend, mehr sei ihr nicht zuzumuten, gelegentlicher „Privatverkauf an Endverbraucher“ lasse sich nie verhindern, von umfangreichem Einzelhandel in ihren Betrieben könne nicht die Rede sein. Schädigung des Einzelhandels liege daher nicht vor, von Wettbewerbsverstößen dürfe nicht gesprochen werden.

Der Streit geht nicht nur um einzelne (angebliche) Verpflichtungen der SB-Großmärkte von insgesamt marginaler Bedeutung, sondern um zentrale Formen des geschäftlichen Verhaltens der Metro-SB-Großmärkte. Wäre der Vorwurf des systematischen Einzelhandels berechtigt, so müßte Metro dem unter Umständen durch grundlegende Umgestaltung seines Vertriebssystems Rechnung tragen, wie im folgenden noch näher darzulegen sein wird. Es geht also — das ist schon heute aufgrund der bisherigen Diskussion deutlich — letztlich darum, ob SB-Großmärkte ihre Tätigkeit in der Form fortsetzen dürfen, die sie in den letzten Jahrzehnten entwickelt haben, oder ob dieser Typ der SB-Großmärkte aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht weiterbestehen kann.

2. Die gegen die SB-Großmärkte erhobenen Forderungen wurden und werden auch heute teilweise auf *Generalklauseln* des UWG gestützt (§§ 1, 3), zum Teil auch oder ausschließlich auf speziellere Normen dieses Gesetzes (§§ 6 a, b), auf die Preisangaben-VO oder das Ladenschlußgesetz. Auch diese letzteren gesetzlichen Tatbestände sind jedoch, gerade in den hier entscheidenden Punkten, wiederum recht allgemein gefaßt (z. B. Verkauf an jedermann), sie bedürfen daher, ebenso wie die Generalklausel des § 1 UWG, der *rechtsanwendenden Konkretisierung*.

Eine umfangreiche Rechtsprechung hat sich hier in den vergangenen Jahren entwickelt. Insbesondere ist der BGH seit längerem dabei, ein „*Wettbewerbs-Richterrecht*“ der SB-Großmärkte zu schaffen<sup>1</sup>. Mit Sicherheit ist anzunehmen, daß ihm die anhängigen Verfahren Gelegenheit bieten werden, dieses Richterrecht fortzuentwickeln. Diese Judikatur hat schon heute dazu geführt, daß das Wettbewerbsrecht der SB-

<sup>1</sup> Siehe vor allem BGH GRUR 1958, S. 557 — Direktverkäufe — Anm. v. Droste, aaO., S. 561;

BGH GRUR 1966, S. 323 — Ratio — Anm. v. Schramm, aaO., S. 327; vgl. auch Brose, C. D., WRP 1975, S. 88; Fezer, K.-H., BB 1976, S. 705; Gerstenberg, E., WRP 1976, S. 72;

BGH GRUR 1978, S. 173 (Metro I) — Anm. v. Schrickler, aaO., S. 178; vgl. auch Beckers, R., WRP 1978, S. 170; Lehmann, M., WRP 1978, S. 345; zu der Vorentscheidung (OLG Hamburg, WRP 1976, S. 109) u. a. Gerstenberg, E., aaO.; Wilke, D., WRP 1977, S. 69;

BGH GRUR 1979, S. 61 — *Schäfer-Shop* — Anm. v. Fritze, aaO., S. 63; vgl. auch später Schrickler, G., GRUR 1979, S. 413.

BGH GRUR 1979, S. 55 — Tierbuch — Anm. v. Fezer, GRUR 1979, S. 60; zu dieser Problematik (des Verkaufs „branchenfremder“ Artikel) vgl. bereits vorher grundlegend Schrickler/Lehmann, WRP 1977, S. 289; v. Münch, I., WRP 1977, S. 533, sowie auch Droste, H., GRUR 1976, S. 466;

BGH GRUR 1979, S. 411 — Metro II — Anm. v. Schrickler, GRUR 1979, S. 413; zur Problematik dieses Falles schon vorher Leitherer, E., BB 1977, S. 453; Pfaff, D., BB 1977, S. 456;

BGH WRP 1982, S. 526 — Flughafenverkaufsstelle.

Großmärkte in entscheidenden Punkten (etwa zum Begriff des „Letztverbrauchers“ oder zu den „Toleranzgrenzen“ bei Privatkäufen Verkaufsberechtigter in SB-Großmärkten) nicht mehr (allein) dem Gesetz, sondern im wesentlichen den erwähnten Grundsatzentscheidungen des BGH zu entnehmen ist. Dieses judikativ konkretisierte, wenn nicht geradezu gesetzte Recht gewinnt auch zunehmend an systematischer Geschlossenheit. Längst überwunden ist der Zustand der „punktuellen Einzelentscheidung“, in der „alles andere offen bleibt“. Die SB-Großmärkte müssen davon ausgehen, daß hier „ihr Wettbewerbs-Gesetz“ entsteht. Die zahlreichen und eingehenden Äußerungen des Schrifttums wirken bei diesem Prozeß „weiter-systematisierend“ mit<sup>2</sup>.

3. Hauptanliegen der folgenden Untersuchung ist die Ermittlung der *Bedeutung des Verfassungsrechts für dieses Richter-Wettbewerbsrecht der SB-Großmärkte*, insbesondere die Klärung der Frage, *welchen verfassungsrechtlichen Rahmen und welche verfassungsrechtlichen Orientierungen* die Judikative hier zu beachten hat.

Die Frage gewinnt rasch an grundsätzlichem Gewicht; denn es geht nicht mehr nur um die Bedeutung verfassungsrechtlicher Wertungen in dubio oder sonst in Einzelfällen. Vielmehr sind die von den obersten Wettbewerbsrichtern gesetzten judikativen Normen prinzipiell ebenso „am Maßstab der Verfassung“ zu beurteilen wie normative Entscheidungen des Gesetzgebers, wobei allerdings die Besonderheiten des Richterrechts beachtet werden müssen. Es ist nicht auszuschließen, daß durch eine bestimmte Rechtsprechungsentwicklung Grundrechte gewisser SB-Großmärkte verletzt oder sogar die allgemeine Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigt werden könnte — mit schwer abzusehenden Folgen, weit über diesen Bereich hinaus. Bedenklich wäre es, das mag schon an dieser Stelle gesagt sein, wenn grundrechtliche Freiheiten etwa allzu pauschal unter den Vorbehalt des Rechts des unlauteren Wettbewerbs gestellt, wenn sie in „UW-Recht leerlaufen“ würden. Begrifflichkeiten und Entscheidungen des UW-Rechts müssen vielmehr ihrerseits ständig an der Verfassung gemessen und aus deren Wertungen heraus korrigiert werden — sonst entwickelt sich ein „richterrechtliches Wirtschaftsverfassungsrecht“, das praktisch kaum abänderbar, mit dem Grundgesetz nurmehr schwer zu synchronisieren ist.

---

<sup>2</sup> Vgl. aus der Fülle der Literatur vor allem die grundlegende Abhandlung von *Schricker/Lehmann*, Der Selbstbedienungsgroßhandel 1976, sowie insbesondere noch, neben den vorstehend Genannten, *Nordemann*, W., Der Selbstbedienungsgroßhandel in der jüngsten BGH-Rechtsprechung, BB 1980, S. 71; *Eierhoff*, K., Das Kontrollsystem im Selbstbedienungsgroßhandel, BB 1983, S. 160; *Goll*, H., NJW 1975, S. 1822; *Schricker*, G., GRUR 1975, S. 349; *Schulze zur Wiesche*, J., WRP 1975, S. 636; *Weyhenmeyer*, H., WRP 1975, S. 484; *Fezer*, K.-H., BB 1976, S. 705.