

## § 1 Generalklausel

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

	Rdn.
A Schutz der Mitbewerber . . . . .	
B Schutz der Verbraucher . . . . .	
C Schutz sonstiger Marktteilnehmer („Stufenwettbewerb“) . . . . .	C 1–222
D Schutz der Institution Wettbewerb („allgemeine Marktbehinderung“) . . . . .	D 1– 83
E Die öffentliche Hand . . . . .	E 1– 70
F Leistungsschutz . . . . .	
G Rechts- und Normverstöße . . . . .	
H Preis- und Vertriebsbindung . . . . .	

*Die Kommentierung des § 1 wird in mehreren Lieferungen erfolgen, beginnend mit den Abschnitten C–E. Beim Vorliegen der Abschnitte A, B kann diese Seite entfernt werden.*



## C. Schutz sonstiger Marktteilnehmer („Stufenwettbewerb“)

## Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Überblick und Grundlagen</b>		<b>II. Ausgewählte Einzelfragen des Absatzmarketings</b>	
1. Begriff des Stufenwettbewerbs	C 1–9	1. Direktvertrieb	
2. Handelsstufen und Handelsrecht . . . . .	C 10–15	a) Begriff und Erscheinungsformen . . . . .	C 101–105
3. Handelsökonomische Aspekte . . . . .	C 16–41	b) Grundsätzliche lauterkeitsrechtliche Bewertung . . . . .	C 106–112
4. Sedes materiae außerhalb § 1 UWG		c) Unzulässigkeit aufgrund „besonderer Umstände“? . . . . .	C 113–125
a) <i>Exkurs:</i> Das österreichische Nahversorgungsgesetz (öNVG) . . . . .	C 42–44	2. Umsatzprämien	
b) Kartellrechtliches Mißbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§§ 22, 26 GWB) . . . . .	C 45–47	a) Begriff und Funktion im Marketing . . . . .	C 126–128
c) Wettbewerbsregeln (vgl. § 28 GWB)		b) <i>Exkurs:</i> Umsatzprämien im Lichte des § 12 UWG . . . . .	C 129–135
aa) Wettbewerbsregeln des (deutschen) Markenverbandes . . . . .	C 48–49	c) Verbotslückenschließung durch § 1 UWG . . . . .	C 136
bb) Beispielskatalog des Bundeswirtschaftsministeriums . . . . .	C 50–53	aa) Prämien für Handelskunden . . . . .	C 137–143
cc) Gemeinsame Erklärung der Spitzenorganisationen der (deutschen) gewerblichen Wirtschaft . . . . .	C 54–55	bb) Prämien für Mitarbeiter des Handelskunden . . . . .	C 144–146
d) §§ 6 a und 6 b UWG . . . . .	C 56–58	d) Sittenwidrigkeit wegen Verstoß gegen § 12 UWG? . . . . .	C 147–149
5. Ansatzpunkte lauterkeitsrechtlicher Wertung innerhalb § 1 UWG . . . . .	C 59	e) <i>Exkurs:</i> Umsatzprämien und § 1 ZugabeVO . . . . .	C 150–153
a) Rechtsprechung		3. Gewinnspiele/ Preisausschreiben	
aa) „Anzapfen“ . . . . .	C 60–62	a) Begriff und Abgrenzung . . . . .	C 154
bb) Irreführung . . . . .	C 63–64	b) Gewinnspiele/ Preisausschreiben für Handelskunden . . . . .	C 155–159
cc) Behinderung . . . . .	C 65	c) Gewinnspiele/ Preisausschreiben für Mitarbeiter des Handelskunden . . . . .	C 160–163
dd) Nachahmung . . . . .	C 66	4. Schaufensterwettbewerbe . . . . .	C 164–166
ee) Ausübung von Marktmacht/Nötigung . . . . .	C 67–68	5. Schaufenster-, Regal- und Platzmiete . . . . .	C 167–172
ff) Funktionswidriges Handelsverhalten . . . . .	C 69–77	6. Verkaufs- und Werbehilfen . . . . .	C 173–175
b) Kritik und eigene Stellungnahme . . . . .	C 78	7. Vorverkaufende Werbung . . . . .	C 176–181
aa) „Anzapfen“ . . . . .	C 79–81	8. Vorspannen . . . . .	C 182–185
bb) Behinderung der Konkurrenten oder der Marktgegenseite . . . . .	C 82	<b>III. Einzelfragen des Beschaffungsmarketing</b>	
cc) Enttäuschung der Verbrauchererwartung . . . . .	C 83	1. Schnittstellenproblematik . . . . .	C 186–187
dd) Funktionswidrigkeit . . . . .	C 84–90	2. Ordergebühren, insbes. „Eintrittsgelder“ . . . . .	C 188–195
ee) „Haupt“- und „Nebenleistung“? . . . . .	C 91–93	3. Distributionslogistik . . . . .	C 196–210
ff) Sonstiges . . . . .	C 94–100	4. Betriebsexterne Qualitätssicherung . . . . .	C 211–215
		5. Konditionenspreizung . . . . .	C 216–218
		<b>IV. Wertungsperspektive . . . . .</b>	<b>C 219–222</b>

## Alphabetische Übersicht

- Abhängigkeitsvermutung C 47  
 Absatzmarketing C 101 ff, 154  
 Allgemeininteresse C 70, 74, 82, 131, 183 f, 190  
 Angebotswettbewerb C 63  
 Anlocken C 156 ff, 166  
 Anzapfen C 60 ff, 79 ff, 187, 200, 205  
 Anzeigebblätter C 37  
 Arzneimittel, apothekenpflichtige C 108 f  
 Ausstellungsstücke C 173
- Behinderung C 65, 80 ff, 165 f, 178 f, 213  
 Belegschaftshandel C 101  
 Berufsstandesvergessenheit C 107  
 Beschaffungsmarketing C 186 ff  
 Beschaffungsmarkt C 47, 190 ff  
 Bestechung  
 – von Mitarbeitern C 129 ff  
 – des Handelskunden C 137 ff  
 Betriebsformen C 23 f, 94  
 Betriebstypen s. Betriebsformen  
 Bezug  
 – Begriff C 134  
 Bindungssysteme C 221
- Dauer als Sittenwidrigkeitsmerkmal C 165, 208  
 Direktmarketing C 101 ff, s. a. Direktvertrieb  
 Direktvertrieb C 4, 8 f, 29, 36, 101  
 – „getarnter“ C 114 ff  
 Dienstleistungsvertrieb C 7 ff, 13, 16  
 Direktversicherung C 8  
 Diskriminierungsverbot C 43, 45 ff, 124  
 Dispensierverbot C 108  
 Display-Artikel C 173  
 Distributionslogistik C 28, 196 ff  
 Doppelrolle C 2 f, 32, 38, 115
- Eigenwerbung C 168, 171  
 Eintrittsgeld C 4, 34, 36, 47, 74, 92, 188 ff  
 Einkaufsprämie C 126 ff  
 Einzelhandel C 1 ff, 10 ff, 15, 21  
 Exklusivhändler C 135
- Fabrikverkauf C 4  
 Fernwirkung, axiologische C 136, 145  
 Fremdwerbung C 168, 171  
 Funktionsechtheit s. Funktionswidrigkeit  
 Funktionsgerechtigkeit s. Funktionswidrigkeit  
 Funktionsrabatt C 34 ff, 119  
 Funktionsuntreue s. Funktionswidrigkeit
- Funktionsverlagerung s. Funktionswidrigkeit  
 Funktionsverschiebung s. Funktionswidrigkeit  
 Funktionswidrigkeit C 42, 69 ff, 76 f, 84 ff, 99, 120, 140 f, 162 f, 168, 183 f, 205, 209 s. a. Handelsfunktionen
- Gegenleistung C 36, 93, 192, 200  
 Geheimwettbewerb C 122, 201  
 Gewinnspiele C 154 ff  
 Großhandel C 1 ff, 10 ff, 21 ff  
 Grundfunktionen, transpositorische C 20 f
- Handel  
 – als „Erfüllungsgehilfe“ C 31  
 – als „Trehänder“ C 94  
 – funktionaler C 16  
 – institutioneller C 16  
 – Konzentration C 18, 30, 42  
 – Produktivität C 19, 33 ff  
 Handelsfunktion C 20 ff, 47, 69 ff, 84 ff, 99, 140 f, 183 f, 190, 199, 207, 209  
 – des Facheinzelhandels 140 f, 162 f, 168  
 Handelsgewerbe C 11 ff  
 Handelsökonomik s. Wirtschaftswissenschaft  
 Handelsrecht C 11 ff  
 Handelsspanne C 37, 92, 168  
 Hauptleistung s. Nebenleistung  
 Hauptware s. Hauptleistung  
 Herstellerwerbung s. Werbung, vorverkaufende
- Investitionszuschüsse C 4, 59, 92  
 Irreführung C 63 f, 83, 162, 168, 205 f
- Jubiläumsaufwendungen C 72  
 Just-in-time C 212
- Kalkulationsfreiheit C 133  
 Kartellrecht C 44 ff, 74, 80 f, 193, 210, 217  
 – Sperrwirkung C 81, 218  
 Kartellverbot C 2, 48, 50  
 Kaufscheinhandel C 101 ff, 110 ff  
 Kaufzwang C 157, 174  
 Konditionenspreizung C 4, 42, 47, 216 ff  
 Koppelung C 155 f, 166  
 Kreditkartenunternehmen C 41  
 „Kundenfang“ C 156 ff  
 Kundenkontakt C 206
- Leistungswettbewerb C 77, 85 f, 96, 98, 107, 154, 168 ff  
 Listungsgebühr C 4, 188

- Marktstärke s. Marktmacht  
 Marktbezogene Unlauterkeit C 82, 200  
 Markteinheit C 40  
 Marktmacht C 67, 202, 215  
 Mitgehartikel C 70, 182 ff
- Nachahmungsgefahr C 66, 82, 166, 168, 190  
 Nachfragekonkurrenz s. Nachfragewettbewerb  
 Nachfragemacht  
 – abgeleitete C 41  
 – als Angebotsmacht C 39  
 – des Handels C 31 ff, 39 ff, 42, 47, 67, 186 ff, 193, 197, 200, 210, 216 ff  
 Nachfragewettbewerb C 3  
 – Schutzwürdigkeit C 80 f  
 Nahversorgung C 42, 86, 90  
 Nebenleistung C 36, 43, 70, 91 ff, 181 f, 192, 201  
 Nebenleistungswettbewerb C 4, 36 ff, 47, 99, 212  
 Nominalgüter C 16  
 Nötigung C 67 f, 190, 199
- Offenbarungspflicht des Großhändlers C 115, 118  
 Ökonomisierung der Distribution C 25 ff, 90  
 Orderdruck C 176 f  
 Ordergebühren C 188 ff
- Parallelmarkt C 32  
 Parallelimport-Beschränkungen C 222  
 Personalleihe C 4, 36, 186, 198, 205 ff, 210, 215  
 – getarnte C 206 f  
 – dauerhafte C 208  
 Platzmiete C 167 ff  
 Prämie C 154  
 s. a. Umsatzprämie  
 Preisausschreiben C 65, 154 ff  
 Preisauszeichnung C 4, 36, 196, 199 f, 203 f, 206, 210  
 Preisrätsel C 154  
 Produktwissen C 161  
 Proportionalität C 203
- Qualitätssicherung, betriebsexterne C 211 ff  
 Qualitätssicherungsvereinbarungen C 211
- Realgüter C 16  
 Rechtfertigung, sachliche C 46  
 Regalmiete C 167 ff  
 Regalpflege C 4, 36, 92, 196, 200, 204, 210  
 Reziprozität C 33 ff, 92, 170
- Sachkunde d. Einzelhandels C 70 f, 74, 83, 140 f, 162 f, 168, 183 f  
 Schaufenstermiete C 167 ff  
 Schaufensterwettbewerb C 65, 164 ff  
 Schmiergeld C 129 ff  
 Selbstbedienungsgroßhandel C 23, 111 ff  
 Sprungwerbung C 176 ff  
 Strafbarkeit C 129 ff  
 Stufenwettbewerb C 5 ff  
 Sündenregister C 51, 95, 98, 136, 168, 189, 212  
 Synallagma C 32, 38, 40, 170
- Telefonkommunikation C 9  
 Transaktionskostenökonomik C 29, 202  
 Treueprämie C 126, 138  
 Treuerabatt s. Treueprämie
- Umsatzprämie C 4, 34, 64, 92, 126 ff, 158 ff, 186  
 – Kasuistik C 142 f  
 – und Verkehrsauffassung C 153  
 – und ZugabeVO C 150 ff  
 Unrechtsvereinbarung C 144  
 Urkundengeschäft C 110
- Verbleibgelder C 188  
 Verbrauchererwartung C 83, 162, 207  
 Verbraucherleitbild C 163  
 Verbraucherschutz C 58, 63 f, 108, 178, 183 f  
 Verfassungsrecht C 94  
 Verkaufshilfen C 173 ff  
 Verkaufskraft C 173  
 Verkaufsprämie C 126 ff  
 Verkehrsauffassung C 153  
 – normierte C 83, 157  
 Versicherungswesen C 8, 16  
 Vertriebsbindung C 221 f  
 Vertriebsleistung C 33 f, 92 f, 127, 137, 146, 151 ff, 158, 164, 170, 192  
 Volksgesundheit C 109  
 Vorfeldthese C 67, 82  
 Vorspannangebote C 182 ff  
 Vorsprung durch Rechtsbruch C 105, 109, 125, 131, 148
- Warenausgangskontrolle C 211  
 Wareneingangskontrolle C 211  
 Werbehilfen C 173 ff  
 Werbekostenzuschuß C 4, 34  
 Werbung  
 – vorverkaufende C 68, 176 ff, 209  
 Wertreklame C 155, 166, 178

Wettbewerbsfunktion C 81  
 Wettbewerbsregeln C 48 ff, 73 f, 96  
 – als „Erkenntnishilfe“ C 96 ff  
 Wettbewerbsverhältnis C 59  
 Wettbewerbsverzerrung C 48, 51 ff, 77, 79,  
 98 ff, 217  
 Wettbewerbszweck C 59

Wirtschaftsgeschichte C 5, 10 ff, 17 ff, 27,  
 42 f  
 Wirtschaftsverfassung C 94, 107 f  
 Wirtschaftswissenschaft C 16–41  
 Zugabeverbot C 150 ff  
 Zweitnutzen C 173

### Literatur

*Ahlert/Siebenbrock* Der Großhandelsbegriff im Spannungsfeld marketing-wissenschaftlicher, wettbewerbspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Betrachtungen, BB 1987, Beil. 15; *Barth* Betriebswirtschaftslehre des Handels (1988); *Berg* Die Entscheidungspraxis zur Nachfragemacht im Handel: Formeln statt Fakten?, WRP 1986, 577; *Biedenkopf* Zur Problematik der Direktverkäufe durch den Großhändler, JuS 1962, 65; *Böger* Konditionenspreizung der Hersteller gegenüber dem Lebensmittelhandel (Wirtschaftspolitische Studien Heft 80) (1990); *Dietrich* Die wettbewerbsrechtliche Qualität der Sonderzuwendungspraktiken unter Kaufleuten, DB 1978, 525; *Droste* Der unzulässige Direktverkauf, WRP 1960, 27; *Droste* Schaufenstermiete in wettbewerbsrechtlicher Sicht, MA 1961, 745; *Droste* Der Direktverkauf als täuschende Werbung, DB 1961, 1185; *Droste* Rechtsfragen zum Direktverkauf, GRUR 1961, 67; *Droste* Rechtsprobleme des „Direktverkaufs“, WRP 1963, 253; *Engelhardt* Wandel der Marketing-Strategien im Bereich der Distribution, MA 1980, 50; *Exner* Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von Sonderleistungen nach deutschem Recht (1984); *Franzen/Giessen* Einzelhandel und Nachfragemacht, BB 1978, 1642; *Gaedertz* Das „Anzapfen“ in wettbewerbsrechtlicher Sicht, WRP 1973, 250; *Gieseke* Die Untersagung von Parallelimport-Beschränkungen durch EG-Kommission und EuGH, Diss. Dortmund (1994); *Gillert* Die rechtliche Bewertung des sogenannten Anzapfens nach § 1 UWG (1980); *Gillert* Handelsfunktion und Nebenleistung, BB 1981, 702; *Graeff* Konsumgenossenschaftlich-gemeinwirtschaftlicher Einzelhandel und BGH-Funktionstheorie, BB 1981, 1801; *Gröner/Köhler* Der Selbstbedienungs-großhandel zwischen Rechtszwang und Wettbewerb (1986); *Gümbel* Handel, Markt und Ökonomik (1985); *Hansen* Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels<sup>2</sup> (1990); *Hereth* Großhandel und Wettbewerbsrecht, WRP 1988, 352; *Herrmann* Anzapfverbote im Einzelhandel und privatrechtlicher Verbraucherschutz, GRUR 1982, 395; *Hiersemann* Verkäuferprämien, WRP 1964, 222; *Kaufer* Anmerkungen zur anekdotischen Wettbewerbslehre des Bundesgerichtshofs, BB 1992, 1731; *Kaligin* Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des „Anzapfens“ nach § 1 UWG und § 26 GWB (nF), WRP 1981, 129; *Hölzler/Satzky* Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen. Möglichkeiten und Grenzen ihrer Kontrolle (1980); *Kilian* Schutz des Verbrauchers oder der Handelsstrukturen? (1987); *Köhler* Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht (1979); *Köhler* Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung (1986); *Krahe* Zum Begriff „Großhandel“ bei Direktverkäufen, DB 1961, 1313; *Leipold* Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie, Ordo 36 (1985), 31; *Leo* Die Gewährung von sogenannten Verkäuferprämien – eine Methode der Absatzförderung, WRP 1966, 153; *Löhr* Sonderforderungen des Handels in wettbewerbsrechtlicher Sicht, MA 1973, 210; *Loewenheim* „Eintrittsgelder“ und Sittenwidrigkeit, GRUR 1976, 224; *G. Meier* Zur Sicherung des Leistungswettbewerbs (1977); *G. Meier* Verhaltensregeln der Wirtschaft und „Leistungswettbewerb“, WRP 1978, 514; *G. Meier* Maßnahmen des Nebenleistungswettbewerbs als unlauteres und marktmißbräuchliches Verhalten im Lebensmittel-Einzelhandel, DB 1980, 721; *Merz* Die Vorfeldthese (1988); *v. Moeller* Marktprozesse in der Distributionswirtschaft (1995); *Monopolkommission* Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1977); *Monopolkommission* Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel (1985); *Müller-Hagedorn* Handelsmarketing (1984); *Nieschlag/Dichtl/Hörschgen* Marketing<sup>16</sup> (1991); *Pernicel/Pröpfer* Funktionen des Einzelhandels und UWG-Relevanz, WRP 1979, 272; *Picot* Transaktionskosten im Handel. Zur Notwendigkeit einer flexiblen Strukturentwicklung in der Distribution, BB 1986,

Beilage 13; *Rödding* Scheinargumente im Wettbewerbsrecht, DB 1969, 1877; *Sack* Wettbewerbsverzerrungen durch „Anzapfen“, WRP 1975, 261; *Schenk* Geschichte und Ordnungstheorie der Handelsfunktionen (1970); *Schricker* Funktionstreu des Großhandels – ein Rechtswert?, GRUR 1990, 567; *Schricker/Lehmann* Der Selbstbedienungs-großhandel<sup>2</sup> (1987); *Seyffert* Wirtschaftslehre des Handels<sup>5</sup> (1972); *Siebenbeck* Zur Preisauszeichnung im Einzelhandelsbetrieb durch den Lieferanten, DB 1977, 1352; *Siebeneck* Verstoß gegen Einzelhandelsfunktion als Akt unlauteren Wettbewerbs?, BB 1979, 1475; *Sölter* Betriebs- und Belegschaftshandel in wirtschaftspolitischer Sicht, WuW 1956, 332; *Sölter* Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung<sup>2</sup> (1960); *Spengler* Die Ausschaltung von Handelsstufen als ein Problem des Wettbewerbsrechts?, WuW 1957, 539; *Tietz* Der Handelsbetrieb (1985); *Treis* Zur Erklärung von Händlerverhalten mittels der Lehre von den Handlungsfunktionen, GRUR 1985, 955; *Warzecha* „Eintrittsgelder“ für die Aufnahme von Markenartikeln ins Sortiment, BB 1975, 1602; *Weyhenmeyer* Der wettbewerbsrechtliche Großhandelsbegriff, WRP 1988, 141; *Wilde* Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht (1979); *Wirtz* Der unlautere Handel mit dem Handel, GRUR 1985, 15.

## I. Überblick und Grundlagen

### 1. Begriff des Stufenwettbewerbs

Im traditionellen Mittelpunkt des Lauterkeitsrechts steht die Einzelhandelsstufe, C 1 auch Endhandelsstufe oder Endverbraucherstufe genannt, schlagwortartig verstanden als der letzte Absatzschritt in der Warendistribution von einem (gewerblichen) Anbieter zu einem (privaten) Nachfrager als Verbraucher. Der im Laufe der Zeit stattfindenden Einbeziehung des Verbraucherschutzes (dazu Einl. B Rdn. 32, 42 und 47; Einl. C Rdn. 4 ff; 24 ff) stand diese Blickwinkelverengung auf die Einzelhandelsstufe nicht im Wege, unterstützte sie eher noch.

Auf der vorgeordneten Marktstufe des Großhandels – wie der Einzelhandel wiederum in einer Doppelrolle jedenfalls des Nachfragers gegenüber den Herstellern und des Anbieters gegenüber dem Einzelhandel (näher, insbes. zur sog. Reziprozität, s. § 1 C Rdn. 32 ff) – war wohl schon begriffsbedingt weniger Raum für Verstöße gegen die guten Sitten iS des § 1 UWG, insoweit man für das Rechtsregime an irgendeinen kaufmännischen Ehrenkodex, an das Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise etc. anknüpfen wollte (zur Konkretisierung der „guten Sitten“ grundsätzlich Einl. D Rdn. 1–136). Gleichwohl „anstößige“ Praktiken mußten jedenfalls nicht unbedingt mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts bekämpft werden, weil dagegen unter der Ägide einer lange nicht nur geduldeten, sondern namentlich in Krisenzeiten geradezu propagierten und von der Rspr. (RGZ 28, 238, 243 f; 38,155) von Anfang an mitgetragenen Kartellfreiheit<sup>1</sup> vielfach ein gesellschaftsrechtliches Instrumentarium zur Disziplinierung im Rahmen und iS einer – bestenfalls – selbstverwalteten Wirtschaft<sup>2</sup> zu Gebote stand. C 2

Das Inkraftsetzen eines grundsätzlichen Kartellverbotes durch das GWB (BGBl. C 3 I 1957, 1081) mit Wirkung zum 1. 1. 1958 einerseits, ein sich zunehmend verschärfender, die herkömmlichen Handelsstrukturen teilweise grundsätzlich in Frage stellender Wettbewerb andererseits, haben vor allem seit den ausklingenden 60er Jahren

<sup>1</sup> Bezeichnend schon *Kleinwächter* Die Kartelle (1883), S. 201: Kartelle als „Kinder der Not“. Zur (deutschen) Kartellgeschichte vgl. hier neben *Emmerich* Kartellrecht<sup>5</sup> (1988) § 2, 2 nur *Rittner*<sup>4</sup> (1993) § 5 A II 1–3 sowie auch Großkomm.-Schünemann Einl. B Rdn. 18 ff.

<sup>2</sup> Zum nationalsozialistischen Zwangskartellgesetz vom 15. Juli 1933 (RGBl. I 1933, 488), das die im vordergründig privatrechtlichen Kontext agierende Wirtschaft in Wahrheit der Fremdverwaltung durch die Exekutive unterwarf, ausführlich *Brunner* Zwangskartelle (1936).

dieses Jahrhunderts das wettbewerbsrechtliche Augenmerk verstärkt auf einschlägige Phänomene gelenkt: Es geht hier um Besonderheiten in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von oft neuartigen Maßnahmen im Wettbewerb etwa von Anbietern (Produzenten) um Großhändlern (Zwischenhändlern) und umgekehrt um die rechtliche Einschätzung von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit deren Nachfragekonkurrenz gegenüber Lieferanten. Im Verhältnis zwischen Groß- und Einzelhandel stellen sich prinzipiell die gleichen Fragen, deren Eigenart häufig in eben der **Doppelrolle des Handels** auf der Groß- und Einzelhandelsstufe als Anbieter ebenso wie als Nachfrager gründet. Der hierbei zu thematisierende wettbewerbsrechtliche Schutz dieser sonstigen, nicht den (privaten) Verbrauchern zuzurechnenden Marktteilnehmer schließt wegen der Komplexität und Vernetzung der Gesamtwirtschaft freilich nicht aus, daß in der einen oder anderen Fallgruppe auch Verbraucherinteressen involviert sind.

**C 4** Unter dem wenig aussagekräftigen Stichwort „Nebenleistungswettbewerb“ (s. z. B. die „Gemeinsame Erklärung von Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft“ von November 1975, abgedruckt in § 1 C Rdn. 55; ferner *Meier* DB 1980, 721; *Herrmann* GRUR 1982, 395 ff) werden so die verschiedenartigsten Vorgänge thematisiert, wie z. B. die Auslobung von **Umsatzprämien** oder die **Regal- und Schaufenstermiete** durch Produzenten bzw. Großhändler einerseits, das Verlangen von Zahlungen für die Aufnahme eines Produktes in das Handelssortiment („**Eintrittsgelder**“), die Abwälzung der **Preisauszeichnung** und der **Regalpflege** an vorgelegte Wirtschaftsstufen seitens des (Einzel-)Handels andererseits. Zu dem Themenkreis des sog. Nebenleistungswettbewerbs wird ferner gerechnet das Verlangen von **Werbekostenzuschüssen** und von Sonderleistungen bei Neueröffnungen (etwa durch **Personalleihe**), von **Listungsgebühren** und **Investitionszuschüssen** etwa im Zusammenhang mit Geschäftseinrichtungen, von besonders weitgesteckten Zahlungszielen. Diskutiert wird schließlich z. B. die sog. **Konditionenspreizung**, allgemein: das Durchsetzen günstigerer Beschaffungsbedingungen durch marktstarke Nachfrager in Relation zu marktschwächeren (vgl. *Böger* S. 79 ff unter Einbeziehung auch kostenbedingter Preisunterschiede). Problematisch mag dann erst recht erscheinen, ob eine Umgehung von Groß- und Einzelhandel durch die Produzenten (**Direktvertrieb** iE, „**Fabrikverkauf**“) oder die Herstellung unmittelbarer Leistungsbeziehungen zwischen Großhandel und Verbraucher unter Ausschaltung des Einzelhandels, also der **Direktvertrieb** iW<sup>3</sup>, mit den „guten Sitten“ in Einklang steht.

**C 5** Die derart skizzierten zahlreichen Versuche, die traditionelle Aufgabenverteilung zwischen Hersteller, Groß- und Einzelhandel etwa durch die Schaffung von verhältnismäßig neuartigen Handelsbetriebsformen wie den Großbetriebsformen des Selbstbedienungshandels substantiell zu verändern, paralisieren die **historisch gewachsenen Absatzstrukturen** mit teilweise durchgreifenden gesamtgesellschaftlichen Effekten (z. B. Innenstadtverödung, Existenzbedrohung des Mittelstandes als typischem Träger des Einzelhandels)<sup>4</sup>. Das gesamte Problemfeld zentriert sich somit um die Interessen der Produzenten sowie des Groß- und Einzelhandels und deren wettbewerbsrechtliche Schutzwürdigkeit unter dem ökonomischen Druck des Wettbewerbsprozesses und seines Innovationspotentials auch bezüglich der Ausgestal-

<sup>3</sup> S. a. auch *Droste* WRP 1963, 253, 259: Der direktvertriebende „Großhändler“ überspringe gar nicht den Einzelhandel, sondern übe ihn schlicht aus.

<sup>4</sup> S. a. *Monopolkommission* Sondergutachten 14, Rdn. 74 ff.

tung des Absatzes im Spannungsfeld zwischen Produzenten und Konsumenten. Plakativ und bei entsprechendem Vorverständnis doch durchaus treffend formuliert handelt es sich hier insgesamt um Probleme des sog. **Stufenwettbewerbs** (Begriff wohl von *Sölter* Nachfragemacht S. 43), also des Wettbewerbs innerhalb der bzw. zwischen den Handelsstufen, ja, um die Existenzfrage einer Handelsstufe überhaupt.

Gelegentlich wird der **Begriff des Stufenwettbewerbs** aber auch in einem anderen Sinn verstanden: So wird unter dem Stichwort Stufenwettbewerb auch diskutiert, welchen Einfluß das Verhalten der Marktgegenseite, z. B. also das der Nachfrager, auf das Verhalten der Anbieter und ihre Marktstellung hat (vgl. *Knöpfle* Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens (1966), S. 281 f. mzN). Stufenwettbewerb wird hierbei somit als Synonym für den wettbewerblichen Austauschprozeß (vgl. Einl. A Rdn. 10) und das ihm eigene Spannungsverhältnis zwischen den beiden Marktseiten gebraucht (vgl. *Engelhardt* MA 1980, 50: Stufenwettbewerb als „Wettbewerb zwischen Hersteller und Handel“). Dagegen ist sachlich nichts einzuwenden, denn in der Tat wirkt wirtschaftlicher Wettbewerb nicht nur im Parallelprozeß, wie es einem recht laienhaften Verständnis von Wettbewerb entspricht, sondern auch im Austauschprozeß (eingehend Einl. A Rdn. 10 f, 29; Einl. D Rdn. 226 ff).

Vielfach werden die Rechtsfragen des Stufenwettbewerbs unter einer unsachgerechten Blickwinkelerengung auf die **Warendistribution** formuliert und diskutiert. Vertriebsstufen sind nämlich nicht nur denkbar, sondern auch existent im **Dienstleistungsbereich**. Dieser volkswirtschaftlich sog. tertiäre Sektor hat allerdings auf weite Strecken der Wirtschaftsgeschichte gegenüber der Warenproduktion und -distribution nur eine untergeordnete Rolle gespielt, wenig Aufmerksamkeit gefunden und dementsprechend auch in der Ausbildung des Handelsbegriffs kaum Spuren hinterlassen.

Beispiele für den **gestuften Dienstleistungsvertrieb** sind etwa im **Versicherungswesen** zu finden: Der Vertrieb des Produktes „Versicherung“, im wesentlichen also die Organisation der Umverteilung von Versichertengeldern auf die Mitglieder der Solidargemeinschaft<sup>5</sup>, erfolgt überwiegend durch selbständige (Klein-)Unternehmer, die als sog. Versicherungsagenten entgegen landläufigen Vorstellungen über den Handelsbegriff handelsrechtlich bezeichnenderweise als Inhaber eines Handelsgewerbes (!) nach §§ 1 Abs. 2 Nr. 7 i. V. mit 84 ff, 92 Abs. 1 HGB und damit als Kaufleute zu qualifizieren sind. Auch eine Binnenstufung wird hier erkennbar, und zwar in Gestalt des sog. Generalagenten (quasi der „Großhändler“) einerseits und der sonstigen Versicherungsagenten andererseits. Auch das Pendant, die **Direktversicherung** ohne Einschaltung eines „Zwischenhandels“ durch Versicherungsagenten, wird in der Praxis zunehmend vorgefunden.

Eine ähnliche paradigmatische Vertriebsgestaltung im Dienstleistungsbereich tritt in der modernen **Telefonkommunikation** (Mobilfunk) entgegen, wobei neben dem Direktvertrieb (der Telefonkunde verabredet die Teilnahme am Telefonverkehr eines Netzbetreibers unmittelbar mit diesem) sogar eine Art Groß- und Einzelhandel unterscheidbar sind: Zwischen einem „Einzelhändler“, der als Vertragspartner des

<sup>5</sup> So im Kern ganz richtig – mit immensen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen – gegen eine durchweg sehr vordergründig, ja oft haltlos argumentierende hM andeutungsweise schon

*H. D. Meyer* ZRP 1990, 424. Eingehend nun *Schünemann* BB 1995, 417, 419; *ders.* JZ 1995, 430, 431 ff; *ders.* JuS 1995, 1062.

Netzbetreibers nicht nur die erforderlichen technischen Einrichtungen an den Kunden liefert, sondern auch durch „Freischalten“ der Telefonkarte mittels einer elektromagnetischen Manipulation diesem den Zugang zum Netz des Betreibers eröffnet, schiebt sich nicht selten als „Großhändler“ ein sog. service-provider: Aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen zum Netzbetreiber eröffnet der service-provider den Einzelhändlern von Mobilfunkgeräten erst seinerseits die Möglichkeit zum Freischalten der einschlägigen Telefonkarten unter Einbeziehung seines eigenen Serviceangebotes (Hotellreservierung, Pannenhilfe, elektronische „Mail Box“ etc.). Damit gleitet der service-provider freilich von der Rolle des „Großhändlers“ quasi in die des „Herstellers“.

## 2. Handelsstufen und Handelsrecht

- C 10** Die in der wettbewerbsrechtlichen Argumentation immer wieder aufgegriffenen Kategorien Groß- und Einzelhandel sind keine originären Resultate juristischer Dogmatik, sondern **wirtschaftswissenschaftlich besetzte Begriffe**, die sich vor dem wirtschaftsgeschichtlichen Hintergrund einer Entwicklung gebildet haben, welche im merkantilistischen Fernhandel, im kontinuierlichen, nicht messtypisch periodischen „Gewölbehandel“ und ähnlichen vertikalen Ausdifferenzierungen der Absatzwirtschaft ihren Anfang nahm und im ausgehenden 19. Jahrhundert mit der deutlichen Ausbildung einer **zweistufigen Warendistribution** ihren (vorläufigen) Abschluß gefunden zu haben schien (*Henzler HdSW (1965) S. 664*, Stichwort: Großhandelsbetrieb; *Seyffert Wirtschaftslehre S. 87 ff, 239 ff*)<sup>6</sup>.
- C 11** Dieser Prozeß fand seinen Niederschlag auch in **handelsrechtlichen Unterscheidungen**. Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 etwa grenzte in seinem 2. Teil, Titel 8, 7. Abschnitt: „Von Kaufleuten“ durch § 486 ALR die „Krämer ..., Hausierer, Trödler und gemeine Viktualienhändler“ aus dem Kaufmannsbegriff aus und beschränkte das handelsrechtliche Regelungsfeld sonach ganz auf den Großhandel heutiger Lesart. Dem Handwerker war durch das ALR lediglich die Befugnis eingeräumt, „die von ihm verfertigte Arbeit in seinem Zunftbezirke, auch außerhalb des Hauses, anzubieten“. Den Fabrikanten dagegen war ohne Aufnahme in eine Kaufmannsgilde der Vertrieb eigener Produkte hinwiederum nur mit der Einschränkung gestattet, daß keine „Vereinzelung ihrer Fabrikwaren“, also gerade kein Einzelhandel, stattfand (näher zu den einschlägigen Vorschriften des ALR sowie zu sonstigen Quellen des 18. Jahrhunderts und den dort vorgenommenen handelsrechtlichen Unterscheidungen von Groß- und Einzelhandel: *Spengler WuW 1957, 539 f*). Während der Entwurf des ADHGB von 1848/1849 jede Unterscheidung von Groß- und Einzelhandel dezidiert abgelehnt hatte<sup>7</sup>, wies Art. 10 ADHGB die „Höker, Trödler ...“ etc. dann doch wiederum in eine handelsrechtliche Sonderstellung ein, schloß diese Einzelhandelsbetriebsformen aber immerhin nicht mehr vom Kaufmannsstatus schlechthin aus.
- C 12** Der heutige § 4 Abs. 1 HGB, die Nachfolgeregelung des Art. 10 ADHGB, knüpft an das Erfordernis kaufmännischer Innenorganisation des Betriebes an (Notwendigkeit geordneter Buchführung, geordneter Material- und Personalwirtschaft sowie Auftragsverwaltung etc.). Die dadurch bewirkte **Grenzziehung** zwischen voll- und

<sup>6</sup> Zu den handelsökonomischen Eckdaten der Rechtsprobleme des Stufenwettbewerbs vgl. durchweg sehr instruktiv und prägnant *Schriker/Lehmann S. 1–96*.

<sup>7</sup> Texte und Materialien bei *Baums (Hrsg.)*, Beiheft Nr. 54 zu ZHR 146 (1982), hier S. 66.

minderkaufmännischem Handelsgewerbe deckt sich aber angesichts der Großbetriebsformen der Absatzwirtschaft auf einer zweiten Distributionsstufe, damit ex definitione eben auf der Stufe des „Einzelhandels“, nicht mit dessen Abgrenzung gegenüber dem Großhandel. Zahlreiche Einzelhandelsbetriebe haben vollkaufmännischen Status, während in der Tat Großhandelsbetriebe mit minderkaufmännischem Zuschnitt kaum vorstellbar sind.

Die heutige handelsrechtliche Irrelevanz der Distributionsstufen für irgendeine spezifische normative Anknüpfung kann nicht verwundern, sprengt doch schon § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB mit der Einbeziehung von Produktionsbetrieben in das Handelsgewerbe eine absatzwirtschaftliche Begriffsform überhaupt. Die übrigen in § 1 Abs. 2 HGB bezeichneten Gewerbe zielen grundsätzlich auf Dienstleistungen ab und sind damit ebenfalls nicht mehr dem Handel iS von Warendistribution zuzuordnen. Vollends löst sich das Handelsrecht von irgendeinem gegenständlich oder funktional näher bestimmten Begriff des Handels, wenn § 2 HGB generalklauselartig jeden Betrieb bei Notwendigkeit kaufmännischer Innenorganisation als potentiellen Handelsbetrieb erscheinen läßt, oder wenn man an den Handelsbetrieb kraft Rechtsform (vgl. etwa § 13 Abs. 3 GmbHG i. V. mit §§ 6 Abs. 1, 1 Abs. 1 HGB) denkt. Das Handelsrecht schafft damit von vornherein einen Freiraum für eine „konkurrenzbedingte Evolution“ des Handels und vermeidet insb. eine „Festschreibung bestimmter Warenverteilungsstrukturen“ ebenso wie eine Festlegung von handelspezifischen Betriebsformen (*Schricker/Lehmann* S. 15). Ob de lege lata die normativen Begriffs-kriterien des „Handelsgewerbes“ gleichwohl zu eng oder überhaupt unsachgerecht, ja verfassungswidrig konzipiert sind<sup>8</sup>, ist eine von dieser Feststellung unabhängige Frage.

Auch unter der Geltung des HGB gab es wiederholt massive Verstöße, eine festgefügte Statik von Erzeugern und einen nachgeschalteten zweistufigen Vertrieb mit Groß- und Einzelhandel rechtlich zu gewährleisten. Besonders hervorzuheben hat sich dabei der nationalsozialistische Gesetzgeber. So ermächtigte das sog. Wirtschaftsaufbaugesetz<sup>9</sup> den Reichswirtschaftsminister, Branchenorganisationen zu schaffen. In der Reichsgruppe „Handel“ wurden demnach im Zuge der Umsetzung des Wirtschaftsaufbaugesetzes auch Groß- und Einzelhandel als jeweils eigene Gruppe instituiert. Sie grenzten sich ihrerseits untereinander durch das sog. Funktionsabkommen<sup>10</sup> mit einer enumerativ gefaßten Aufgabenverteilung und im übrigen auch insgesamt gegenüber Industrie und Handwerk klar ab<sup>11</sup>. Verfestigt wurde die Zweistufigkeit der Distribution durch mannigfache andere Rechtsakte, etwa durch das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels<sup>12</sup> und die Anordnung zum Schutz des Großhandels<sup>13</sup>.

Nach 1945 definierte das später allerdings weitgehend für verfassungswidrig erklärte<sup>14</sup> und aufgehobene<sup>15</sup> Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel (BGBl. I 1957, 1121) und § 1 Abs. 1 noch einmal Status und Funktion des Einzel-

<sup>8</sup> Dazu eingehend unter umfassenden Nachweisen der Historie und des aktuellen Meinungsstandes: *Neuner* ZHR 157 (1993), 243 ff, insb. 286 ff.

<sup>9</sup> Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft vom 27. 2. 1934 (RGBl. I 1934, S. 185).

<sup>10</sup> Abdruck bei *Britsch* Der deutsche Großhandel. Seine Aufgabe und sein Recht (1940), S. 49. Referierend *Krahe* BB 1961, 1313.

<sup>11</sup> Vgl. *Gröner/Köhler* S. 20 ff.

<sup>12</sup> RGBl. I 1933, S. 262 mit Änderung RGBl. I 1934, S. 523.

<sup>13</sup> RWiMinBl 1940 Nr. 3.

<sup>14</sup> BVerfGE 19, 330, 336 f; 34, 71 ff.

<sup>15</sup> BGBl. I 1976, S. 2445.

**handels.** Einzelhandel betrieb demnach, „wer gewerbsmäßig Waren anschafft und sie unverändert oder nach im Einzelhandel üblicher Be- und Verarbeitung in einer oder mehreren offenen Verkaufsstellen zum Verkauf an jedermann feilhält“. Nicht nur durch die Anschauung einer in der Vergangenheit für jeden erfahrbaren ökonomischen Lebenswirklichkeit, sondern auch und gerade durch – in einem weiten Sinne: handelsrechtliche – Rechtsnormen konnten sich die auch heute noch vorhandenen, sich mit einer veränderten ökonomischen Realität allerdings permanent reibenden festen Vorstellungen über ein vermeintlich sachgesetzlich verankertes Wesen von Groß- und Einzelhandel stabilisieren (s. zu alledem und weiterführend *Kilian* S. 18 ff; *Schricker/Lehmann* S. 18 ff). Diese Stabilisierung war so nachhaltig, daß die Judikatur selbst aus der Aufhebung des Einzelhandelsgesetzes noch ein Argument für die fortbestehende Gültigkeit jener Einzelhandelsdefinition gewinnen zu können glaubte<sup>16</sup>. Hinzukam, daß der Gesetzgeber auch in der Zeit nach 1945 durch Rechtsnormen, in denen der Groß- bzw. Einzelhandel offen oder versteckt Tatbestandsmerkmal ist<sup>17</sup>, einen entsprechenden Definitionsbedarf erzeugte. Aus Sicht der Handelsökonomik wird damit freilich auf einen theoretisch wie realpraktisch sehr problematischen Begriff Bezug genommen.

### 3. Handelsökonomische Aspekte

**C 16** Wirtschaftswissenschaftlich wird von einem sehr weiten („funktionalen“) **Handelsbegriff** ausgegangen, schon wenn als Tauschobjekte<sup>18</sup> nicht nur **Realgüter** wie Gebrauchs-, Umsatz- und Investitionsgüter (juristisch jedenfalls als körperliche Gegenstände, also gemäß § 90 BGB als Sachen zu klassifizieren), sondern etwa auch **Nominalgüter** wie Geld oder Wertpapiere, Rechte und vor allem auch Dienstleistungen genannt werden (*Barth* S. 13; *Tietz* S. 4; *Müller-Hagedorn* S. 15). Handel ist dann die Gesamtheit aller Tätigkeiten von Herstellern, Groß- und Einzelhandelsbetrieben, Importeuren und Exporteuren, Lagerhaltern, Frachtführern, Reedern, Maklern, Handelsvertretern, Werbeagenturen, Marktforschungsunternehmen, Banken etc., die im Prozeß der Absatzmittlung die Spannungen zwischen Produktion und Konsumtion in räumlicher, zeitlicher, qualitativer und quantitativer Hinsicht zum Ausgleich bringen (*Hansen* S. 13 ff; *Treis* GRUR 1985, 955 f). Trotz dieses gedanklichen Ausgangspunktes wird aber tatsächlich die Problematik solcher unkörperlichen Wirtschaftsgüter als Tauschobjekte nicht im Rahmen der Handelsökonomik, sondern etwa in der speziellen Betriebswirtschaftslehre der Banken oder Versicherungen erörtert. Handelsökonomisch im Vordergrund steht damit doch der „**institutionelle**“ **Handel**, die Distribution von beweglichen Sachgütern durch sog. Warenhandelsbetriebe (unter Einschluß von Importeuren bzw. Exporteuren), häufig unter Einsatz begleitender Dienstleistungen (*Müller-Hagedorn* S. 16 f; *Tietz* S. 4). Dieser institutionelle handelsökonomische Handelsbegriff bildet ersichtlich auch die **Basis** für die lauterkeitsrechtliche Diskussion von Problemen des Stufenwettbewerbs.

<sup>16</sup> Vgl. OVG Münster als Landesoberverwaltungsgericht für Heilberufe, Entsch. v. 17. 1. 1990 – Az. 2 A 14/86 = Pharmazeutische Ztg. 1990, 92, 96.

<sup>17</sup> Vgl. z. B. § 6 a Abs. 2; § 7 UWG, § 1 LadenschlußG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 Preisangabenverordnung, § 43 AMG, § 11 Abs. 3 BauNVO; s. ferner *Ahlert/Siebenbrock* BB 1987, Beil. 15, S. 6; *Gröner/Köhler* S. 25 ff.

<sup>18</sup> Die Ökonomik verwendet den Tauschbegriff juristisch gesehen durchweg untechnisch, also nicht iS von § 515 BGB, sondern als Synonym für Erwerb/Veräußerung von Sachen bzw. Erbringen von Dienstleistungen gegen Entgelt.

Doch lassen sich hier bedenkenlos auch Phänomene eines weitergehenden („funktionalen“) Handelsbegriffs problematisieren.

Vor allem im Verlauf der **wirtschaftlichen Entwicklung** der letzten 100 Jahre ist in Deutschland wie in allen entwickelten Industrienationen ein kontinuierliches Wachstum des Anteils der Handelsleistung am Sozialprodukt festzustellen. Die Wachstumsraten des Handels als Teil des gesamtwirtschaftlich sog. tertiären Sektors sind, dabei bezogen auf die Urproduktion (primärer Sektor) und die verarbeitende Industrie (sekundärer Sektor), überproportional. Die Gründe dafür sind sehr vielfältig. So gehen etwa einerseits bei immer steigenden Produktionsmengen aufgrund von Degressionseffekten die Fertigungskosten pro Erzeugniseinheit zurück (economies of scale), andererseits aber steigt die Distributionsintensität zwecks Überwindung von Marktwiderständen gerade deshalb an. Die **Erhöhung der Distributionsaufgaben** ist ferner beispielsweise Folge einer veränderten Bevölkerungsstruktur und eines immer anspruchsvolleren Konsumentenverhaltens, dem bezüglich Warenverfügbarkeit in zeitlicher Hinsicht, Sortimentsbreite und -tiefe, hohen Beratungsbedarfs wegen hoher Produktkomplexität etc. Rechnung zu tragen ist, ohne daß wie in der Fertigung die Mechanisierung einen entscheidenden Rationalisierungsbeitrag leisten könnte (zu alledem s. nur *Barth* S. 15 ff mzN und statistischem Material; *Hansen* S. 26 f; v. *Moeller* S. 93 ff).

Die Erhöhung der Distributionsaufgaben kontrastiert in gewisser Weise mit der schon seit der Wende zum 20. Jahrhundert festzustellenden, sich in den Jahren nach 1950 und vor allem in den 70er und 80er Jahren verstärkt abzeichnenden **Konzentrationsbewegungen im Handel** auf immer weniger voneinander unabhängige, unorganisierte Unternehmen<sup>19</sup>, die unter Wettbewerbsdruck vor allem auf den Beschaffungsmärkten zunehmend international agieren<sup>20</sup>. Die Entwicklung der Warenhauskonzerne, der Supermarkt- und Baumarktketten im Einzelhandel, der Cash- and Carry-Lager – zumal in Kettenform – im Großhandel<sup>21</sup>, steht hier als pars pro toto. Als Versuch einer Gegengewichtsbildung ist der Countervailing Power (dazu näher Einl. A Rdn. 21) entstanden auf der anderen Seite Kooperationen des mittelständischen Handels, zunächst Einkaufsgenossenschaften, später sog. freiwillige Ketten. Als diese dazu übergingen, im Interesse der Gruppeneffizienz innerorganisatorische Bereinigungen vorzunehmen und leistungsschwache Mitglieder zum Ausscheiden zu veranlassen, wurden sie unter Sinnerosion ihres Ursprungszwecks nicht selten selber Bestandteil des Konzentrationsphänomens (zu alledem s. *Hansen* S. 27 ff mzN).

Angesichts der über lange Zeit stetig gewachsenen Bedeutung des Handels nicht auf den ersten Blick einleuchtend ist, daß der Handel sich gleichwohl bereits in der hellinistischen Philosophie (*Platon*, *Aristoteles*), durch Scholastiker (*Thomas von Aquin*), Physiokraten (*Quesnay*) und frühe Sozialisten (*Fourier*, *Owen*) bis in die Gegenwart hinein des Verdachts und des Vorwurfs erwehren mußte und muß, er sei letztlich **unproduktiv** und die Handelsspanne die Manifestation einer ökonomisch ungerechtfertigten Bereicherung<sup>22</sup>. Von daher verständlich werden die Anstrengun-

<sup>19</sup> S. nur *Monopolkommission* Sondergutachten 7, S. 21 ff, 45 ff; *dies.* Sondergutachten 14, Rdn. 1 ff, 63 ff; s. a. *Böger* S. 59 ff mzN.

<sup>20</sup> Eingehend *Meissner/Simmet* in: *Trommsdorff* (Hrsg.) *Handelsforschung* 1990, 27 ff.

<sup>21</sup> Speziell zur Branchenstruktur des Großhandels vor dem Hintergrund des Konzentrationsprozesses s. *Schricker/Lehmann* S. 34 f.

<sup>22</sup> Vgl. zur einschlägigen Wirtschafts- und Wissen-

schaftsgeschichte insb. *Leitherer* *Geschichte der handels- und absatzwirtschaftlichen Literatur* (1961) S. 86 ff; *Gümbel* S. 13 ff, 25 ff, 193 ff; *Hansen* S. 585 ff; *Salin* *Politische Ökonomie. Geschichte der wirtschaftspolitischen Ideen von Platon bis zur Gegenwart* (1989) S. 3 ff, 60 ff, 93 ff; *Schenk* S. 1 ff – aaO S. 44 ff zu *Karl Marx* und seiner distanziernten Haltung gegenüber der Annahme einer „mehrwert“-schaffenden Pro-

gen der klassischen Handelsökonomik, die Leistung des Handels im Rahmen der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfungsprozesse nicht nur explikativ, in ihrer jeweiligen historischen Vorfindlichkeit, zu beschreiben, sondern zugleich mehr oder weniger normativ-legitimatorisch zu begreifen.

**C 20** Den methodischen Hebel dafür lieferte die traditionelle Lehre von den **Handelsfunktionen**, die zunächst als aufgegebene Verrichtungen<sup>23</sup> und im Falle ihrer tatsächlichen Erfüllung als Handelsleistung und damit als Legitimationsargument iS der Wertschöpfungsforderung figurieren (*Schenk* passim; s. a. *Barth* S. 45 f.). Die Lehre von den Handelsfunktionen unterscheidet dabei vier sog. **transpositorische Grundfunktionen**, die sich auf Güterumgruppierung, Bedarfsanpassung, Marktausgleichung und auch Sachgüteraufbereitung richten, wobei innerhalb des jeweiligen Funktionssegments dann auf hohem begrifflichen Niveau Differenzierungen vorgenommen werden<sup>24</sup>. **Güterumgruppierung** meint dabei die Umwandlung fertigungstechnisch bedingter Programme in bedarfsorientierte Sortimente, während die **Bedarfsanpassung** vor allem auf Überwindung räumlicher und zeitlicher Inkongruenzen zwischen Produzent und Verbraucher durch Transport und Lagerung, aber auch auf Beratung und Erbringung von Garantieleistungen zielt. Der Vorgang der **Marktausgleichung** bezieht sich auf Marktuntersuchung und Marktbeeinflussung, aber auch auf Umsatzakquisition und Umsatzabwicklung, also auf die eigentliche Abstimmung von Angebot und Nachfrage. Die **Sachgüteraufbereitung** schließlich umfaßt Maßnahmen der Sortierung, Mischung, Warenmanipulation, Montage, Wartung etc. Es handelt sich dabei strenggenommen um eine Güterumwandlungsfunktion, nicht um eine Handelsfunktion i.e.S. Sie wird jedoch als Handelsfunktion i.w.S. eingeordnet, weil sie aus Distributionsvorgängen erwächst oder traditionell in bestimmten Branchen als Handelsaufgabe betrachtet und wahrgenommen wird (*Barth* S. 46 f.; *Tietz* S. 14).

**C 21** Die gängige, weniger von theoretischen Einsichten als vielmehr von der konkreten Anschauung typischer Gestaltungen des Wirtschaftslebens motivierte Unterscheidung von Groß- und Einzelhandel wiederum knüpft nicht an diese transpositorischen Grundfunktionen an, die dem Handel ja schlechthin eignen sollen, sondern an der Art der Einbindung des Marktpartners. Der **Großhandel** (im „institutionellen“ Sinn, also der Großhandelsbetrieb) hat zum Unternehmensgegenstand die Umsatztätigkeit von Waren (und ggf. die Erbringung ergänzender Dienstleistungen) an Wiederverkäufer, Weiterverarbeiter, gewerbliche Verwender, sog. Freiberufler sowie Großverbraucher. Der **Einzelhandel** hingegen ist durch seine Tauschbeziehung mit (privaten) Letztverbrauchern unter Beschränkung auf Konsumgüter in kleineren Mengen gekennzeichnet, was in der Tendenz jedenfalls in früheren Epochen reflektorisch auf die jeweils relativ geringe Betriebsgröße im Einzelhandel einwirkte<sup>25</sup>.

duktivität des Handels; *Treis* GRUR 1985, 955 f.; *Weber* ZfB 1976, 47 ff.; ferner *Barth* S. 43 f.; *Tietz* S. 11.

<sup>23</sup> *Engelhardt* ZfB 1966, 160; *Seyffert* Über Begriff, Aufgaben und Entwicklung der Betriebswirtschaftslehre<sup>6</sup> (1971) S. 26.

<sup>24</sup> Hierzu und zum folgenden s. v. *Moeller* S. 29 ff.; *Oberparleiter* Funktionen und Risiken des Warenhandels<sup>2</sup> 1. Teil (1955); *Sundhoff* HdSW (1965) S. 762 ff., 766, Stichwort: Handel.

<sup>25</sup> Vgl. *Ausschuß* für Begriffsdefinitionen aus der Handels- und Absatzwirtschaft – angesiedelt beim Bundeswirtschaftsministerium, sog. Katalogkommission – 3. Ausgabe (1982) S. 20, 24; *Barth* S. 58; *Krabe* DB 1961, 1313; *Müller-Hagedorn* S. 25; *Seyffert* Wirtschaftslehre S. 146 ff.; *Tietz* S. 27, teilweise a. A. (Umsatzhöhe entscheidend) *Droste* DB 1961, 1185.

In der Systematik der Handelsfunktionen werden jedoch als **Großhandelsfunktionen** besonders die Momente der Distanz- und Zeitüberbrückung, der Qualitäts- und Quantitätstransformation sowie die Informationsfunktion des Großhandels betont (Ahlert/Siebenbrock BB 1987, Beil. 15, S. 3; Schrickler/Lehmann S. 29 ff mzN): Der Großhandel informiert die Marktpartner über Marktveränderungen auf der Beschaffungs- oder Absatzseite, gibt also einerseits dem Einzelhandel bei dessen schwierigen Einkaufsentscheidungen etwa angesichts der wachsenden Warenvielfalt und Sortimentsdiversifikation, aber auch angesichts bekanntgewordener Produkt Risiken wirksame Hilfestellung, andererseits übermittelt der Großhandel produktorientierte Nachfragewünsche an den Hersteller. Außerdem wird dem Großhandel aufgrund seines spezifischen Marktgewichts, das seinerseits auf der Verstetigung der Absatzkontingente für den Hersteller beruht, eine wichtige Rolle bei der Preisdämpfung zugewiesen. **C 22**

Auf jeder Handelsstufe hinwiederum hat sich im Laufe der Zeit mit zunehmender Geschwindigkeit eine große Vielfalt von **Betriebsformen**<sup>26</sup> entwickelt, die nach sehr unterschiedlichen Kriterien näher kategorisiert werden können (eingehend Müller-Hagedorn S. 26 f, 60 ff; Tietz S. 34 ff): So kennt der **Großhandel** namentlich Sortiments- und Spezialgroßhandelsbetriebe, Cash-and-Carry-Lager (Selbstbedienungsgroßhandel), den rack-jobber („Regalgroßhändler“: Großhändler, denen in Einzelhandelsbetrieben Verkaufsraum oder Regalfläche zur Verfügung gestellt werden und die dort für eigene Rechnung Waren anbieten, die ggf. das vorhandene Sortiment – nur – ergänzen), Großhandels- und Handelsvertreterzentren, Werkhandelsunternehmen und vieles mehr. **C 23**

Noch breiter ist das Spektrum der **Betriebsformen im Einzelhandel**: Hier finden sich neben Fach- und Spezialgeschäften (spezialisierte Fachgeschäfte) das Gemischtwarengeschäft, das Warenhaus, das Gemeinschaftswarenhaus (räumlicher und organisatorischer Verbund zumeist selbständiger Einzelhandelsbetriebe, z. B. ein „City-Center“), das Kaufhaus (branchenspezialisiertes Warenhaus, z. B. Textil- oder Bekleidungskaufhaus), der Verbrauchermarkt, der Supermarkt, der Fachmarkt, das Discountgeschäft, der Drugstore, der Nachbarschaftsladen (Convenience Store), die Boutique, der Katalogschauraum, der Duty-Free-Shop, der Filialbetrieb, das Franchiseunternehmen, das Versandgeschäft, der „Heimdienst“ (insb. für Tiefkühlkost) und der Verkaufswagenverkauf als Teil des ambulanten Handels<sup>27</sup>. Noch gar nicht voll abzuschätzen ist der Einfluß des informations- und kommunikationstechnischen Innovationsprozesses auf das Marketing und dabei speziell auf neue Betriebsformen des Handels<sup>28</sup>, wobei Telefon- und Btx-Verkauf beinahe schon zu vertrauten Absatzvarianten avanciert sind. **C 24**

Die Ausbildung der Handelsstufen selber ebenso wie die große Fülle unterschiedlicher Handelsbetriebsformen ist aus moderner wirtschaftswissenschaftlicher Sicht freilich nichts weiter als das Resultat einer umfassenden „**Ökonomisierung der Distribution**“<sup>29</sup>. Mit irgendwelche normativen Vorgaben kann sich diese Phänomene **C 25**

<sup>26</sup> Abweichend von der üblichen Nomenklatur (vgl. nur Müller-Hagedorn S. 25) spricht Barth S. 58 f hier vom „Betriebstyp“ (ähnlich Tietz S. 30), während er die „Betriebsform“ auf die Unterscheidung von Groß- und Einzelhandel münzt.

<sup>27</sup> Barth S. 94 ff; Müller-Hagedorn S. 26, 60 ff; Tietz S. 30 ff.

<sup>28</sup> Dazu Simmet Neue Informations- und Kommunikationstechnologien im Marketing des Lebensmitteleinzelhandels (1990).

<sup>29</sup> So der Titel des Werkes von Klein-Blenkers (1964); s. a. Barth S. 47 ff.

logie weder decken noch sich mit ihnen in Widerspruch setzen (s. a. *Treis GRUR* 1985, 955, 957). Da die auf dem Weg einer Ware zwischen Hersteller und Konsument zu erfüllenden Handelsfunktionen offensichtlich zu vielgestaltig und zu zahlreich sind, um sie alle gleichzeitig in einer einzigen Betriebsstätte zu bewirken, herrscht zwischen Produzent und Handel (im institutionellen Sinn) einerseits, innerhalb des Handels andererseits, eine sachliche und räumliche Arbeitsteilung. Nicht anders als in der Produktion ist auch in der Distribution das optimale Arrangement der „Produktions“-Faktoren der Handelsdienstleistung in Zeit, Raum, Qualität, Quantität, Kosten und Ertrag mit Blick auf die Erfüllung der Handelsfunktionen ex ante unbekannt. Erst der Wettbewerb liefert hier das Entdeckungsverfahren zur effizienten Koordination der auch in der Distribution herrschenden Arbeitsteilung und Verbesserung der handelsbetrieblichen Marktleistung durch erfüllte Handelsfunktionen.

- C 26** Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht stellt sich diese Ökonomisierung mithin als permanenter Rationalisierungs- und Auswahlprozeß möglichst wirtschaftlicher Funktionsausübung durch altbekannte wie innovative Absatzinstitutionen dar. Neue Ideen zur Marktbearbeitung und Marktsicherung, der technische Fortschritt, die Änderung der Konsumentenpräferenzen und des sozioökonomischen Umfeldes wie vieles andere mehr stellen die Handelsfunktionen selber, die Art ihrer Wahrnehmung, ihre Verteilung zwischen Hersteller, Groß- und Einzelhandel und die konkret vorfindliche Struktur der Absatzwirtschaft insgesamt ständig zur Disposition der wettbewerblichen Dynamik<sup>30</sup>.
- C 27** Die „wirtschaftliche Bedingtheit der distributiven Funktionen“ und ihrer Wahrnehmung auf verschiedenen Handelsstufen in diversen Betriebsformen (*Hansen* S. 15) bringt es mit sich, daß Aussagen über eine ökonomisch „richtige“ Funktionsaufteilung wegen der Unüberschaubarkeit der Marktfaktoren und deren stetiger Veränderung durch die Wettbewerbsprozesse selber wie durch exogene Einflußgrößen aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften unmöglich sind. Jede normative Funktionszuweisung trägt deshalb den Charakter einer „willkürlichen Fixierung eines zufälligen Zustandes“ (*Treis GRUR* 1985, 955, 957), die die Chancen einer zukünftigen Ökonomisierung der Distributionsvorgänge in einer – permanent erforderlichen – handelsspezifischen Anpassungsleistung verbauen müßte.
- C 28** Die Darstellung von Handelsfunktionen dient deshalb allein der **Beschreibung** und **Bestandsaufnahme** konkret vorfindlicher Distributionsverhältnisse in ihrer immer jeweiligen Historizität, und auch dies lediglich mit gesamtwirtschaftlichem Akzent. Die Lehre von den Handelsfunktionen taugt hingegen nicht, um in irgendein normatives Postulat, womöglich noch in bezug auf einzelbetrieblich übernommene, auf unternehmerischer Entscheidung beruhende Handelsfunktionen verkehrt zu werden. Die gegenteilige Auffassung würde, so wird in der handelsökonomischen Theorie betont, „einen Eckpfeiler marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnung“ stürzen (*Treis GRUR* 1985, 955, 958). Gerade dann, wenn ganz neue Aufgaben der **Distributionslogistik** wie etwa in Entsorgung bzw. Recycling zu bewältigen sind, muß jede konservativ-normative Konzeption der Handelsfunktionen ihre ganze unproduktive Hilfllosigkeit offenbaren. Das in der Wettbewerbsdynamik unter den Bedingungen von Handlungs- und Entschließungsfreiheiten der Wirtschaftssubjekte beschlossene Innovationspotential (dazu eingehend Einl. A Rdn. 28 ff, insb. 34) lie-

<sup>30</sup> *Engelhardt* MA 1980, 50; *Hansen* S. 15 ff; *Warzecha* BB 1975, 1602 f.