

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 815

**Der verfassungsrechtliche
Schutz der Wettbewerbsfreiheit
und seine Einwirkung auf
die privatrechtlichen Beziehungen**

**Eine grundrechtliche Untersuchung im deutschen
Wirtschaftsverfassungsrecht mit einer Erweiterung
im Wirtschaftsverfassungsrecht der EG/EU**

Von

Charalambos Tsiliotis



Duncker & Humblot · Berlin

CHARALAMBOS TSILIOTIS

**Der verfassungsrechtliche Schutz
der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung
auf die privatrechtlichen Beziehungen**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 815

Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen

Eine grundrechtliche Untersuchung im deutschen
Wirtschaftsverfassungsrecht mit einer Erweiterung
im Wirtschaftsverfassungsrecht der EG/EU

Von

Charalambos Tsiliotis



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Tsiliotis, Charalambos:

Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit
und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen :
eine grundrechtliche Untersuchung im deutschen Wirtschaftsverfassungs-
recht mit einer Erweiterung im Wirtschaftsverfassungsrecht
der EG/EU / von Charalambos Tsiliotis. – 1. Aufl. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 815)

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09637-1

D 16

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-09637-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Meinen Eltern
Michael und Margarita Tsiliotis

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im April 1998 angenommen wurde, befaßt sich mit dem grundrechtlichen Schutz der wirtschaftlich-unternehmerischen Betätigung, wobei der Schwerpunkt bei der Wettbewerbsfreiheit als Freiheit zum und im Wettbewerb liegt. Dieser Schwerpunkt bezweckt zweierlei: Die Einordnung dieses grundrechtlichen Schutzes in die Problematik der Wirtschaftsverfassung und seine Anpassung an die deutsche Grundrechtsdogmatik, wie sie sich insbesondere unter der Geltung des GG durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre entwickelt hat. Bei der Einordnung des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit in die Grundrechtslehre und -dogmatik nimmt seine Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen unter Privaten eine besondere Stellung ein. Obwohl der Verfasser die "Gefahr" des großen Umfangs der Arbeit erkannt hat, ist er der großen Versuchung erlegen, die betroffene Problematik um das Wirtschaftsverfassungsrecht der EG/EU zu erweitern. Die Behandlung der einschlägigen Fragen im deutschen Recht hat eine solche Herausforderung durchaus nahegelegt. Darüber hinaus war es für den Verfasser eine große wissenschaftliche Bereicherung, den enormen Einfluß der deutschen Grundrechtslehre auf die Konzeption und Entwicklung der Grundrechtslehre des Europäischen Rechts feststellen zu können.

Für die Betreuung dieser Doktorarbeit möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Helmut Steinberger, Richter am Bundesverfassungsgericht a.D., bedanken. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ulrich Beyerlin für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Paul Kirchhof, Richter am Bundesverfassungsgericht, Herrn Prof. Dr. Peter-Christian Müller-Graff, Herrn Prof. Dr. Prodromos Dagtoglou, Frau Prof. Dr. Julia Iliopoulos-Strangas, Herrn Dr. Hans-Joachim Cremer und Herrn Dr. Hans-Christian Röhl, mit denen ich besondere Fragen meiner Doktorarbeit diskutieren konnte. Für einen kleineren Teil der sprachlichen Korrekturen möchte ich mich auch bei Frau Dr. Dagmar Richter bedanken.

Insbesondere bin ich meiner Freundin Uta Wancke dankbar, nicht nur für die sprachlichen Korrekturen meiner Dissertation, sondern auch für die moralische Unterstützung, die sie mir in den Jahren meines Aufenthaltes in Heidelberg gegeben hat.

Bei meinen Recherchen bezüglich Literatur und Rechtsprechung, die bis einschließlich August 1998 berücksichtigt wurden, habe ich oftmals von der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg Gebrauch gemacht. Dafür möchte ich mich bei dem Bibliotheksdirektor des Instituts, Herrn Schwietzke, bedanken. Einen großen Teil der Doktorarbeit hat die Friedrich-Naumann-Stiftung finanziert, deren Stipendiat ich war. Dafür möchte ich mich ebenfalls an dieser Stelle bedanken.

Der größte Dank gilt jedoch meinen Eltern, Michael und Margarita Tsiliotis, denen die Arbeit auch gewidmet ist, für all das, was sie mir bezüglich meiner Ausbildung ermöglicht haben.

Athen/Heidelberg im Herbst 1999

Charalambos Tsiliotis

Inhaltsverzeichnis

Einführung	29
A. Der Wettbewerb als wissenschaftlicher und soziologischer Begriff.....	29
B. Begriffsdefinition des wirtschaftlichen Wettbewerbs.....	30

Erster Teil

Die Rechtslage in Deutschland	32
A. Die Wettbewerbsfreiheit in der Wirtschaftsverfassung	32
I. Die Wettbewerbsfreiheit in der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	32
1. Begriff der Wirtschaftsverfassung	32
2. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.....	33
a) Inhalt	33
b) Der "Streit" um den Charakter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung.....	35
aa) Der Diskussionsstand	35
α) Die These Nipperdeys	35
β) Die Theorie der "gemischten Wirtschaftsverfassung"	36
γ) Die Lehre Abendroths.....	37
δ) Die Lehre der "wirtschaftspolitischen Neutralität des GG" oder der "Garantie der wirtschaftsrechtlichen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers"	37
bb) Bilanz der Diskussion - Stellungnahme	39
c) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Marktgarantie?	41
3. Die Wettbewerbsfreiheit als besondere Ausprägung der verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit	47
II. Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsrecht	49
1. Die Quellen des Wettbewerbsrechts (i. w. S.).....	49

a) Das Wettbewerbsrecht i. e. S.....	50
aa) Die gesetzlichen Normen.....	50
bb) Der Schutzzweck des UWG.....	51
cc) Das Wettbewerbsverhältnis	53
b) Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht).....	54
aa) Nationales Recht - das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).....	54
α) Entstehungsgeschichte des GWB.....	54
β) Inhalt und Systematik des GWB	55
γ) Der Schutzzweck des GWB.....	55
δ) Das Verhältnis des GWB zu dem UWG und seine Bedeutung für das Wettbewerbsrecht (i. w. S.).....	57
bb) Das Kartellrecht der EG/EU.....	58
2. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Quellen des Wettbewerbsrechts (i. w. S.).....	58
B. Die Wettbewerbsfreiheit in der Grundrechtsdogmatik	59
I. Die verfassungsrechtliche Definition der Wettbewerbsfreiheit.....	60
1. Ihr Begriff	60
2. Ihre verfassungsrechtliche Natur.....	61
a) Problemstellung.....	61
b) Die älteren Meinungen.....	62
c) Die neuere Meinung	63
3. Die Wettbewerbsfreiheit als subjektives Abwehrgrundrecht	68
II. Schutzbereich.....	70
1. Problemstellung	70
2. Sachlicher Schutzbereich	72
a) Die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG als grundrechtliches Fundament der Wettbewerbsfreiheit.....	72
aa) Der Begriff "Beruf" i. S. d. Art. 12 I GG.....	72
α) Der Berufsbegriff in der Rechtsprechung des BVerfG.....	72
β) Kritik und alternative Vorschläge.....	73
γ) Stellungnahme	74

bb) Die Berufsfreiheit als in Art. 12 I GG garantiertes einheitliches Grundrecht.....	79
cc) Die ausführliche Inhaltsbestimmung des Schutzbereiches der Wettbewerbsfreiheit.....	80
α) Positive Bestimmung des Schutzbereichs	80
β) Negative Bestimmung des Schutzbereichs.....	88
b) Wettbewerbsfreiheit und Eigentum.....	91
aa) Das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als Eigentumsrecht	92
bb) Der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit und das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"	96
cc) Die Abgrenzung der Art. 12 und 14 GG im Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit.....	101
c) Die Wettbewerbsfreiheit in bezug auf die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG.....	102
aa) Art. 9 I GG als Garantie der wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit	102
bb) Die Wettbewerbsfreiheit im Schutzbereich der wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit	105
d) Wettbewerbsfreiheit und Art. 5 I GG.....	107
aa) Wettbewerbsfreiheit und wirtschaftliche Werbefreiheit	107
bb) Wirtschaftliche Werbefreiheit als Meinungsfreiheit i. S. d. Art. 5 I GG	108
α) Die These des Schrifttums und der Rechtsprechung	108
β) Stellungnahme.....	111
e) Wettbewerbsfreiheit und Gleichheitssatz	114
aa) Problemstellung.....	114
bb) Der verfassungsrechtliche Sinn des Gleichheitssatzes	114
cc) Das Gleichheitsgebot im wirtschaftlichen Wettbewerb	116
f) Ist Art. 2 I GG einschlägig?	119
3. Persönlicher Schutzbereich.....	120
a) Problemstellung.....	120
b) Die Privaten als Träger der Wettbewerbsfreiheit	120
aa) Natürliche Personen.....	120
α) Wettbewerbsfreiheit für Nicht-Deutsche?	120

β) Wettbewerbsfreiheit für Minderjährige oder Wettbewerbsfreiheitsmündigkeit?	125
bb) Juristische Personen und andere Personenvereinigungen	127
c) Die öffentliche Hand als Träger der Wettbewerbsfreiheit?	132
aa) Die allgemeine Problematik der Grundrechtsträgerschaft der öffentlichen Hand.....	132
bb) Die öffentlich-wirtschaftliche Tätigkeit - Problemstellung.....	135
cc) Die öffentlich-wirtschaftliche Tätigkeit als Frage der Grundrechtsberechtigungsproblematik gemäß der Rechtsprechung des BVerfG	136
α) Die öffentlichen Unternehmen	137
β) Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.....	139
γ) Zwischenergebnis	140
dd) Stellungnahme.....	141
α) Prinzipiell keine Grundrechtsberechtigung für die öffentliche Hand.....	141
β) Keine Wettbewerbsfreiheit für die öffentlichen Unternehmen.....	142
γ) Wettbewerbsfreiheit für gemischtwirtschaftliche Unternehmen? ..	145
III. Die Grundrechtsadressaten der Wettbewerbsfreiheit.....	147
1. Problemstellung	147
2. Die Bindung der Gesetzgebung an die Wettbewerbsfreiheit	149
3. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an die Wettbewerbsfreiheit	150
a) Der Begriff "vollziehende Gewalt" i. S. d. Art. 1 III GG	150
b) Grundrechtsbindung der Verwaltung in ihrer privatrechtlichen Handlung?.....	152
aa) Grundrechtsbindung im Bereich des sog. Verwaltungsprivatrechts .	152
bb) Grundrechtsbindung der Verwaltung nach dem Abschluß der Bedarfsdeckungs(hilfs)geschäfte.....	154
cc) Grundrechtsbindung der Verwaltung in ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit.....	155
dd) Sonderproblem der Grundrechtsbindung: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der öffentlichen erwerbs- und sozialwirtschaftlichen, wettbewerblichen Betätigung als Grundrechtsbindungsfrage.....	156
IV. Die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit	161

1. Allgemeines	161
a) Der Begriff "Grundrechtseingriff" als Terminus technicus in der Grundrechtslehre.....	161
b) Abgrenzung des Begriffs "Grundrechtseingriff" von anderen Begriffen.....	163
c) Der Begriff "Grundrechtseingriff" im heutigen grundrechtsdogmatischen Verständnis.....	166
2. Die Eingriffe in den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit.....	169
a) Art. 12 GG.....	171
aa) Die "klassischen" Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit nach dem Modell der "Dreistufentheorie".....	172
α) Eingriffe in das Verhalten im Wettbewerb (Wettbewerbsfreiheit i. e. S.).....	172
β) Eingriffe in die freie Berufswahl als subjektive Beschränkungen der Freiheit zum Wettbewerb.....	175
γ) Eingriffe in die freie Berufswahl als objektive Beschränkungen der Freiheit zum Wettbewerb.....	177
bb) Kritik der "Dreistufentheorie" in bezug auf die Wettbewerbsfreiheit.....	178
cc) Sonderprobleme der Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit.....	179
α) Die Normen des Unlauterkeitsrechts.....	179
β) Das Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).....	183
αα) Allgemeine Problematik.....	183
ββ) Die einzelnen Vorschriften des GWB.....	185
γ) Die öffentlichen Monopole.....	188
dd) Die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit nach dem modernen grundrechtsdogmatischen Verständnis.....	194
α) Eingriffe durch steuerrechtliche Normen.....	194
β) Eingriffe durch Förderung.....	196
αα) Eingriff durch Subventionierung.....	197
ααα) Die Subventionierung als Berufslenkungsmittel.....	197
βββ) Die Subventionsförderung als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nach dem modernen Eingriffsverständnis..	200

γγ) Die neuere Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG zu der Frage der Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit nach dem modernen Eingriffsverständnis	206
ββ) Kein "Eingriff durch neuen Wettbewerb"	210
γγ) Andere Eingriffe durch fördernde staatliche Tätigkeit.....	213
γ) Neue Eingriffstypen in die Wettbewerbsfreiheit nach den neuen Entwicklungslinien der Rechtsprechung	214
αα) Eingriff durch Ausnahmebefreiung von einer Einschränkung	214
ββ) Eingriff durch Nicht-Anerkennung einer beruflichen Qualifikation.....	215
γγ) Eingriff durch Nicht-Aufnahme auf eine berufliche Liste	216
δδ) Eingriff durch eine Subventionsrichtlinie	217
εε) Zwischenergebnis	218
δ) Eingriff durch Information und Warnung.....	220
αα) Allgemeines.....	220
ββ) Das Transparenzlisten-Urteil des BVerwG.....	221
γγ) Das Diethylglykolweine-Urteil des BVerwG.....	223
δδ) Zwischenergebnis - Stellungnahme.....	226
εε) Eingriff durch Produktkennzeichnung.....	231
ζζ) Der Streit um den Topos der Finalität als Eingriffskriterium..	232
ααα) Die Rechtsprechung des BVerwG.....	232
βββ) Einschätzung - Kritik	235
γγγ) Stellungnahme	237
ε) Eingriff durch öffentlichen Wettbewerb	239
αα) Allgemeines.....	239
ββ) Die Ansicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit	240
γγ) Kritik - Stellungnahme.....	241
δδ) Zwischenergebnis.....	246
ee) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der auf die Berufsfreiheit bezogenen Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit.....	248
α) Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG	248

αα) ... und die sog. "klassischen" Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit	248
ββ) ... und die sog. Wesentlichkeitstheorie.....	252
ααα) Problemstellung.....	252
βββ) Die Wesentlichkeitsdoktrin und die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit.....	255
γγ) ... und die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit nach dem modernen Grundrechtseingriffsverständnis	258
ααα) Gesetzesvorbehalt und "Eingriffe durch Subventionierung"	259
βββ) Gesetzesvorbehalt und "Eingriffe durch öffentlichen Wettbewerb"	265
γγγ) Gesetzesvorbehalt und "Eingriffe durch Information und Warnung"	269
δδδ) Gesetzesvorbehalt und andere neue Eingriffstypen	274
δδ) ... und die grundrechtlich nicht geschützten Interessen der Wettbewerbsteilnehmer	275
β) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Eingriffe in die aus Art. 12 I GG resultierende Wettbewerbsfreiheit..	277
αα) Begründung und Inhalt.....	277
ββ) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die sog. Dreistufentheorie.....	279
ααα) Die "Dreistufentheorie" als konkretisierte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.....	279
βββ) "Legitime Zwecke" als Rechtfertigung der Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit.....	280
γγγ) Die Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Proportionalitätsprüfung der Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit	286
b) Art. 14 GG	293
aa) Inhalts- und Schrankenbestimmungen.....	294
bb) Enteignung.....	297
cc) Besondere Probleme der Eingriffe in die eigentumsmäßige Wettbewerbsfreiheit	299
α) Der enteignungsgleiche und enteignende Eingriff	299
β) Eingriff durch Besteuerung?.....	304

αα) Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG.....	304
ββ) "Grundfreibetrag" und "Vermögenssteuer": Wende oder Konkretisierung der Rechtsprechung?.....	305
γγ) Kritik - Stellungnahme.....	306
δδ) Eingriff durch Besteuerung nach dem modernen Eingriffsverständnis?	308
γ) Eingriff durch öffentliche wirtschaftliche Betätigung?.....	309
αα) Das Eigentum und die öffentliche Teilnahme am Wettbewerb im Lichte der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.....	310
ββ) Der Anschluß- und Benutzungszwang im Lichte der Rechtsprechung des BGH und des BVerwG.....	311
γγ) Kritik - Stellungnahme.....	312
δ) Eingriff durch Subventionierung?	314
ε) Eingriff durch Information und Warnung?.....	317
dd) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	321
α) Das "Sozialmodell" des Art. 14 I, II GG und der Gesetzesvorbehalt.....	321
β) Die Regelungen des Art. 14 III GG.....	324
γ) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs?	326
δ) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 14 I 1 GG.....	328
c) Art. 9 GG.....	332
aa) Die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 9 I GG	332
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	334
d) Art. 5 GG	335
aa) Die Eingriffe in die Wettbewerbs- bzw. Werbefreiheit aus Art. 5 I 1 GG.....	335
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	339
α) Die Schrankenregelungen des Art. 5 II GG.....	339
β) Die Schranken des Art. 5 II GG und die "immanenten Grundrechtsschranken"	343

γ) Die "Wechselwirkungslehre" des BVerfG und die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG	346
e) Art. 3 GG.....	349
aa) Problemstellung.....	349
bb) Eingriffsarten in eine Wettbewerbslage mit dem Gleichheitssatz als Prüfungsmaßstab	351
α) Eingriffe durch steuerrechtliche Ungleichbehandlung	351
β) Eingriffe durch Subventionierung.....	353
γ) Eingriffe durch öffentlichen Wettbewerb	354
δ) Eingriffe durch Vergabe von öffentlichen Aufträgen.....	356
ε) Eingriffe durch Information und Warnung.....	358
ζ) Eingriffe im Bereich des Gewerbe- und Berufsrechts	358
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?	359
α) Problemstellung	359
αα) Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BVerfG - aus der Willkürverbotskontrolle zu der "neuen Formel"?.....	359
ββ) Die Rechtsprechung der beiden Senate des BVerfG im Vergleich - Verhältnismäßigkeitsprüfung mit oder auch ohne "neue Formel"?	365
β) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der	366
αα) ... Eingriffe aus steuerlicher Ungleichbehandlung	366
ββ) ... Eingriffe durch Subventionierung	369
γγ) ... Eingriffe durch öffentlichen Wettbewerb	371
δδ) ... Eingriffe durch Vergabe öffentlicher Aufträge	372
εε) ... Eingriffe durch Information und Warnung.....	373
ζζ) ... Eingriffe im Gewerbe- und Berufsrecht	373
V. Die Wettbewerbsfreiheit in der Problematik des Verhältnisses der Grundrechte untereinander.....	374
1. Die Wettbewerbsfreiheit in der Problematik der Grundrechtskonkurrenzen	375
a) Problemstellung.....	375
b) Die Wettbewerbsfreiheit als Musterbeispiel der Grundrechtskonkurrenzen	381

aa) Das Konkurrenzverhältnis zwischen Freiheitsrechten untereinander am Beispiel der Wettbewerbsfreiheit	381
α) Art. 2 I GG und die speziellen Grundrechte.....	381
β) Das Konkurrenzverhältnis der Art. 12 I und 14 I GG untereinander.....	383
γ) Das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 12 I, 14 I GG und Art. 9 I GG	389
δ) Das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 12 I, 14 I GG und Art. 5 I 1 GG	389
ε) Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Grundrechten aus Art. 12 I, 14 I GG und den Grundrechten aus Art. 5 I 2 GG.....	391
ζ) Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Grundrechten aus Art. 12 I, 14 I GG und Art. 11 I GG.....	394
η) Das Konkurrenzverhältnis der Art. 12 I, 14 I GG zu anderen Grundrechten.....	395
bb) Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Freiheitsrechten und den Gleichheitsrechten am Beispiel der Wettbewerbsfreiheit	398
cc) Allgemeine Würdigung der Grundrechtskonkurrenzlehre.....	402
2. Die Wettbewerbsfreiheit in der Problematik der Grundrechtskollisionen ..	402
a) Problemstellung.....	402
aa) Begriff	402
bb) Grundrechtskollisionen und die "Immanenzlehre" des BVerfG	404
cc) Instrumente und Kriterien der Grundrechtskollisionslösungen	407
dd) Allgemeine Würdigung der Grundrechtskollisionslehre.....	413
b) Die Wettbewerbsfreiheit als Musterbeispiel der Grundrechtskollisionen	414
aa) Allgemeines.....	414
bb) Die Kollision der Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten untereinander	414
cc) Die Kollisionen der Wettbewerbsfreiheit mit Grundrechten anderer 418	
α) Wettbewerbsfreiheit vs. Verbraucher(grund)rechte	418
β) Wettbewerbsfreiheit der Arbeitgeber vs. Grundrechte der Arbeitnehmer.....	421
γ) Wettbewerbsfreiheit vs. Grundrechte von Dritten	426

αα) Die Wettbewerbsfreiheit als "Störer" der Ausübung von Grundrechten Dritter in einer Grundrechtskollision	427
ββ) Die Grundrechte Dritter als "Störer" bei der Ausübung der Wettbewerbsfreiheit in einer Grundrechtskollision	430
δ) Wettbewerbsfreiheit vs. Gleichheitsrechte.....	433
dd) Die Kollisionen der Wettbewerbsfreiheit mit anderen Verfassungsgütern.....	433
VI. Die Wettbewerbsfreiheit in der Problematik der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates	436
1. Problemstellung	436
2. Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates als Frage der Grundrechtslehre	436
a) Konzeption und verfassungsrechtliche Begründung - die Frage nach dem "Ob"	436
aa) Die Rechtsprechung des BVerfG.....	436
bb) Die Literatur.....	439
cc) Zwischenergebnis - Stellungnahme.....	440
b) Adressaten und Berechtigte der Schutzpflicht	444
aa) Adressaten	444
α) Die Legislative	444
β) Die Exekutive	445
γ) Die Judikative	447
bb) Die Schutzpflichtberechtigten.....	450
c) Grundrecht auf Schutz?	450
aa) Die grundrechtliche Schutzpflicht im Verhältnis zum negativen Abwehr- und zum positiven Leistungsgrundrecht.....	450
bb) Von der objektivrechtlichen Schutzpflicht zu dem subjektivrechtlichen Recht auf Schutz	452
d) Tatbestand der Schutzpflicht.....	454
aa) Gegenstand	454
bb) Inhalt - die Frage nach dem "Wann" und dem "Wie"	455
e) Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates und Grundrechtskollisionen	460
3. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für die Wettbewerbsfreiheit? ...	466

a) Konzeption einer Schutzpflicht für die Wettbewerbsfreiheit - Problemstellung	467
b) Schutzpflicht im grenzüberschreitenden Wettbewerb?	468
aa) Schutzpflicht nach dem Territorialkriterium?.....	468
bb) Schutz vor dem Wettbewerb ausländischer Konkurrenten?.....	469
cc) Schutz gegenüber auswärtigen Staaten?	473
α) Die Rechtsprechung des BVerfG	473
β) Stellungnahme	474
c) Die staatliche Erfüllung der Schutzpflicht für die Wettbewerbsfreiheit im Wettbewerbsrecht i. w. S.	476
aa) Insbesondere die Rolle des GWB und UWG.....	476
bb) Verfassungsrechtliche Grundlage	479
d) Schutz vor Fremdbestimmung im Wettbewerb?	480
aa) Das Problem der Wettbewerbsbeschränkungen.....	481
bb) Das Problem des Wettbewerbsverbots	481
α) Die Rechtsprechung des BVerfG unter besonderer Berücksichtigung des sog. Handelsvertreter-Urteils	482
β) Anmerkung - Stellungnahme: Abwehr- oder Schutzrecht?	485
e) Sonderprobleme der staatlichen Pflicht zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit.....	489
aa) Schutz durch materielle Leistung?.....	490
α) Das sog. Zweitregister-Urteil des BVerfG als Ausschnitt aus seiner Schutzpflichtrechtsprechung - Anmerkung.....	490
β) Das sog. Zweitregister-Urteil des BVerfG und die Schutzpflicht durch materielle Leistung für die Wettbewerbsfreiheit	491
bb) Schutzpflicht gegen die Wettbewerbsfreiheit.....	493
cc) Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates und das Staatsziel Umweltschutz des neuen Art. 20 a GG.....	494
C. Die Wettbewerbsfreiheit in den privatrechtlichen Beziehungen	495
I. Die allgemeine Problematik der Grundrechtswirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen.....	495
1. Das Konzept der sog. Drittwirkungslehre.....	495
2. Abgrenzung der sog. Drittwirkungslehre von anderen benachbarten Fragestellungen	497

3. Die wichtigsten "Drittwirkungstheorien"	499
a) Die Frage nach dem "Ob" einer "Drittwirkung"	499
b) Die sog. "unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte"	500
aa) Die These Nipperdeys	500
bb) "Unmittelbare Drittwirkung" gegenüber sozialer Macht oder Gewalt	501
c) Die Lehre der sog. mittelbaren Drittwirkung oder Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	502
aa) Die These Dürigs	502
bb) Die "Ausstrahlungswirkungsthese" des BVerfG	503
α) Die Rechtsprechung des BVerfG unter besonderer Berücksichtigung des sog. Lüth-Urteils als Leitentscheidung	503
β) Die Fortsetzung und Entwicklung der Lüth-Rechtsprechung	506
d) Die Theorie Schwabes	509
e) Stellungnahme	510
4. Überprüfung einer eventuellen Anwendung von Sonderproblemen der allgemeinen Grundrechtslehre in bezug auf die privatrechtlichen Beziehungen - Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und	519
a) ... Grundrechtskollisionen	519
b) ... Vertragsfreiheit	520
c) ... Verhältnismäßigkeitsprinzip	525
d) ... Wechselwirkungslehre	527
e) ... Schutzpflicht des Staates	528
II. Die Einwirkung des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit auf die wettbewerbsrechtlichen Beziehungen zwischen Privaten	529
1. Die Einwirkung der Wettbewerbsfreiheit auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Privaten	529
a) Besondere Berücksichtigung des Problems des Wettbewerbsverbots	529
aa) Das Wettbewerbsverbot der Gesellschafter bzw. Organmitglieder von Gesellschaften	530
α) Allgemeine Problematik	530
β) Die Rechtsprechung des BGH und der unteren Zivilgerichte	532
bb) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Übernahme eines Gewerbes oder einer freiberuflichen Praxis	536

cc) Sonstige vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen Gewerbetreibender	539
dd) Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH im Vergleich.....	541
b) Wettbewerbsfreiheit und Arbeitsverhältnis.....	546
aa) Allgemeines.....	546
bb) Die Einwirkung der Grundrechte bei dem Abschluß des Arbeitsvertrags (Einstellung).....	548
cc) Die Einwirkung der Grundrechte bei der Bestimmung des Vertragsinhalts, der Vertragserfüllung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	550
c) Die Einwirkung der Grundrechte auf die wettbewerbsrechtlichen Verhältnisse unter dem Gesichtspunkt des GWB	554
aa) Allgemeines.....	554
bb) Die öffentliche wirtschaftliche Tätigkeit, das Diskriminierungsverbot i. S. d. § 26 II GWB und die Grundrechte: Ausstrahlungswirkung oder Grundrechtskonkretisierung?	556
cc) Die Einwirkung der Grundrechte auf das Diskriminierungsverbot des § 26 II GWB.....	561
2. Die Einwirkung der Wettbewerbsfreiheit auf die außergeschäftlichen Beziehungen zwischen Privaten	565
a) Die Einwirkung der Grundrechte bzw. der Wettbewerbsfreiheit auf den § 1 UWG.....	565
aa) Allgemeines.....	565
bb) Wettbewerbs- als Werbefreiheit und Privatsphäre	566
cc) Neue Aspekte in der Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf den § 1 UWG - die neue Rechtsprechung des BGH	570
α) Das sog. Busengrapscher/Schlüpfertürmer-Urteil	570
β) Die sog. Benetton-Rechtsprechung	573
αα) Die Benettonwerbung im Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit als Meinungsäußerungsfreiheit i. S. d. Art. 5 I 1 GG?	573
ββ) Die Benettonwerbung, der § 1 UWG und die Wechselwirkungslehre	575
γγ) Benettonwerbung und "Drittwirkung" der Grundrechte?	576
δδ) Sitten- bzw. Wettbewerbswidrigkeit der Benettonwerbung? ..	577

εε) Benettonwerbung und Menschenwürde.....	580
ζζ) Benettonwerbung und Art. 12 I, 14 I 1 GG.....	583
γ) Die "Feuer, Eis & Dynamit"-Rechtsprechung	585
b) Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Boykottaufrufs unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits auf die Generalklauseln des Privatrechts	588
aa) Allgemeines.....	588
bb) Die grundrechtliche Stellung der Adressaten eines Boykottaufrufs.	589
cc) Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Boykottaufrufs.....	590
α) Die einfachrechtlichen Grundlagen als Einbruchstellen der Grundrechte in das einfache Recht bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit eines Boykottaufrufs	591
β) Die Rechtsprechung des BVerfG.....	592
αα) Darstellung	592
ββ) Einschätzung.....	596
γ) Die Rechtsprechung des BGH und der unteren Zivilgerichte in einem Vergleich zu derjenigen des BVerfG.....	598
dd) Neue Aspekte bei der Frage der Rechtmäßigkeit des Boykottaufrufs unter dem Gesichtspunkt der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	601
α) Problemstellung	601
β) Dialogpflicht und Einflußgleichheit zwischen den Streitparteien als Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit eines Boykottaufrufs?..	602
γ) Verhältnismäßigkeitsprüfung der Boykottmaßnahme unter neuen Aspekten?.....	603

Zweiter Teil

Die Wettbewerbsfreiheit in der EU-Verfassungsordnung	608
A. Das europäische Verfassungsrecht	609
I. Konzeption.....	609
II. Quellen und Inhalt	611
1. Geschriebenes Verfassungsrecht.....	611
2. Ungeschriebenes Verfassungsrecht.....	612

3. Entwicklung des europäischen Verfassungsrechts nach dem EU-Vertrag..	614
B. Das Wirtschaftsverfassungsrecht der Gemeinschaft.....	616
I. Allgemeines	616
II. Inhalt.....	617
1. Das geschriebene Wirtschaftsverfassungsrecht der EG	617
a) Die Wirtschaftsverfassung des ursprünglichen EWGV.....	617
b) Die Wirtschaftsverfassung des EWGV nach dem Inkrafttreten der EEA	619
c) Die Wirtschaftsverfassung des EGV nach dem EUV.....	620
2. Das ungeschriebene Wirtschaftsverfassungsrecht der Gemeinschaft.....	621
III. Der Charakter der Wirtschaftsverfassung der EG	622
1. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft im Verhältnis zur Gemeinschaft	622
2. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitglieds- staaten	624
a) ... allgemein	624
b) ... vor dem EUV	624
c) ... nach dem EUV	627
C. Die Wettbewerbsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht.....	630
I. Der Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht	630
1. Allgemein	630
2. Konzeption und Grundlagen.....	631
a) Konzeption des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes durch das Richterrecht der EuGH-Rechtsprechung	631
b) Die Regelungen des EGV	634
3. Umfang und Tragweite der Rechtserkenntnisquellen des gemeinschaft- lichen Grundrechtsschutzes.....	637
a) Begriff und Inhalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemein- schaftsrechts.....	637
b) Die Bedeutung der EMRK für die Bestimmung des Grundrechts- schutzes im Gemeinschaftsrecht und ihre Beziehung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts.....	640
c) Die Rechtserkenntnismethode bezüglich der Gemeinschaftsrechts- grundrechte unter besonderer Berücksichtigung der sog. wertenden Rechtsvergleichung.....	643

d) Die Bedeutung des sog. Soft Law der Gemeinschaft, der Präambel der EEA und des Art. F II EUV für den Grundrechtsschutz der Gemeinschaft	647
II. Die Wettbewerbsfreiheit im Grundrechtssystem der Gemeinschaftsordnung.	650
1. Das Grundrecht Wettbewerbsfreiheit im Sinne des europäischen Gemeinschaftsrechts	650
2. Die Rechtsprechung des EuGH.....	651
3. Die Rechtsgrundlagen für die Ableitung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts "Wettbewerbsfreiheit"	653
a) Die Wettbewerbsfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung	654
aa) Die Berufs-, Gewerbe- und Handelsfreiheit als Fundamente der Wettbewerbsfreiheit.....	654
bb) Die Wettbewerbsfreiheit als Eigentumsfreiheit.....	658
cc) Die Wettbewerbsgleichheit und der allgemeine Gleichheitssatz	661
dd) Die Wettbewerbs- bzw. Werbefreiheit als Meinungsfreiheit	665
b) Der grundrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit im Rahmen des EGV	669
aa) Die Wettbewerbsfreiheit in den Grundfreiheiten des EGV	669
α) Allgemeines	669
β) Die Warenverkehrsfreiheit	670
γ) Die Niederlassungsfreiheit	671
δ) Die Dienstleistungsfreiheit	672
ε) Die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit.....	672
bb) Die Wettbewerbsfreiheit und die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EGV	673
α) Das Recht gegen die Wettbewerbsbeschränkungen	673
β) Das Beihilfeverbot.....	675
4. Die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit	676
a) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung....	676
aa) Die Schranken	676
bb) Die Schranken-Schranken.....	678
b) Die Grundfreiheiten und die Wettbewerbsregeln.....	681
5. Die Grundrechtsbindung an die Wettbewerbsfreiheit.....	682

a) Allgemeines.....	682
b) Bindung der Mitgliedstaaten an die Wettbewerbsfreiheit als Grundrecht der Gemeinschaftsrechtsordnung?	683
aa) Die Rechtsprechung des EuGH	683
bb) Kritik - Erläuterung.....	686
cc) Eigene Position.....	694
c) Bindung der Gemeinschaftsorgane an die Wettbewerbsfreiheit als grundrechtsähnliche Freiheit?.....	697
6. Abgrenzung der Rechtsgrundlagen der Wettbewerbsfreiheit.....	697
a) Konkurrenzen zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	697
b) Kollisionen zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten	700
7. "Drittwirkung" der Wettbewerbsfreiheit im Gemeinschaftsrecht?.....	703
a) Allgemeine Problematik.....	703
aa) "Drittwirkung" der Grundfreiheiten und anderen EGV-Vorschriften	703
bb) "Drittwirkung" der Grundrechte der Gemeinschaftsrechtsordnung?	707
b) Die "Drittwirkung" der Wettbewerbsfreiheit im Gemeinschaftsrecht....	709
aa) "Drittwirkung" der Wettbewerbsfreiheit als Ausfluß der Grundfreiheiten.....	709
α) Allgemeines	709
β) "Drittwirkung" der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ..	709
bb) Die "Drittwirkung" der Warenverkehrsfreiheit als besondere "Drittwirkungsfrage"	710
α) Warenverkehrsfreiheit contra Gemeinschaftsgrundrechte.....	711
αα) "Buy national"-Werbekampagnen und "Drittwirkung" der Warenverkehrsfreiheit	712
ββ) Boykottaufruf-Kampagne und "Drittwirkung" der Warenverkehrsfreiheit.....	715
γγ) Sonstige Fälle einer "Drittwirkung" der Warenverkehrsfreiheit.....	715
δδ) Die Frage nach der Rechtfertigung der privaten Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit	716

β) "Drittwirkung" der Warenverkehrsfreiheit und Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums nach Art. 36 EGV: Ausstrahlungswirkung der Warenverkehrsfreiheit auf das innerstaatliche Privatrecht? 721

cc) Die Abgrenzung der Grundfreiheiten von den Wettbewerbsregeln der Art. 85 f. EGV bei der "Drittwirkungsfrage" 724

dd) "Drittwirkung" der Wettbewerbsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht? 727

D. Schlußergebnis 727

Dritter Teil

Deutsche Grundrechtslehre und Gemeinschaftsrechtsordnung 730

Thesen 734

Erster Teil..... 734

Zweiter Teil..... 742

Dritter Teil..... 745

Literaturverzeichnis..... 746

Wichtige Urteile..... 791

A. Bundesverfassungsgericht 791

B. Bundesverwaltungsgericht..... 792

C. Bundesgerichtshof 793

D. Europäischer Gerichtshof 794

Sachwortverzeichnis..... 796

Einführung

A. Der Wettbewerb als wissenschaftlicher und soziologischer Begriff

Was ist Wettbewerb? Diese Frage, die viele Theoretiker und Praktiker der verschiedensten Wissenschaften beschäftigt hat, ist nicht einfach zu beantworten. Man sollte zunächst definieren, in welchem Bereich des menschlichen Handelns man das Phänomen Wettbewerb ansiedeln möchte, denn er ist im Sport, in der Wissenschaft, in der Politik, in der Wirtschaft, sowie in zahlreichen anderen gesellschaftlichen Aktivitäten vorstellbar¹. Im gängigen Sprachgebrauch wird der Begriff "Wettbewerb" in dem Sinne verstanden, daß es "ein Verhalten mehrerer Personen ist", das dadurch gekennzeichnet ist, "daß eine Person etwas zu gewinnen strebt, was auch eine andere zur gleichen Zeit zu gewinnen strebt"².

Soziologisch betrachtet hängt der Begriff mit dem Streben des Menschen zusammen, durch sein persönliches Engagement die beste Leistung und dadurch die entsprechende Würdigung in seinem Beruf, seiner Wissenschaft, letzten Endes in der Gesellschaft selbst zu erreichen. Seine Befürworter verbinden den Wettbewerb mit Fortschritt, denn der Antagonismus zwischen mehreren Konkurrenten bezüglich des Erreichens eines Zieles, das bisher durch einen einzelnen alleine eben nicht erreichbar war, könne es einfacher, schneller und effektiver in erreichbare Nähe bringen. Ist dieses Ziel schließlich erreicht, so profitiert davon nicht nur der einzelne (Wohl des einzelnen), sondern auch die Allgemeinheit (Allgemeinwohl)³. Seine Gegner hingegen werten ihn als Ausfluß der menschlichen Eitelkeit und Selbstsucht. Das Streben nach dem "Besten" bedeute nichts anderes als die Verwirklichung der egoistischen und materialistischen Tendenz des Menschen, nämlich mit jedem Mittel über seine Mitmenschen zu herrschen⁴.

¹ Helmstädter, in: FS Benisch, S. 18.

² Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rd. 1; vgl. auch Hayek, Individualismus, S. 127.

³ Vgl. Hoppmann, in: ORDO 1990, S. 5 f.; Vanberg, Wettbewerb in Markt und Politik, S. 11, unter Hinweis auf Böhm, in: Stützel u. a. (Hg.), Grundtexte, S. 135 ff.; vgl. ferner Isensee, in: HdDSr, V, § 115, Rd. 252.

Es wäre sehr interessant, sich mit dem philosophischen oder soziologischen Charakter des Wettbewerbs auseinanderzusetzen oder sich mit der Art und Weise des Wettbewerbs in den verschiedenen Bereichen zu befassen, aber das soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Was hier von Belang ist, ist der wirtschaftliche Wettbewerb und die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebende Freiheit seiner Subjekte, an ihm teilzunehmen sowie ihre verfassungsrechtliche Möglichkeit, Gebrauch von dieser Freiheit zu machen.

B. Begriffsdefinition des wirtschaftlichen Wettbewerbs

Auch wenn man sich nur auf den wirtschaftlichen Wettbewerb konzentrieren möchte, können die Probleme nicht vermieden werden, die die allgemeine Definition des Begriffes "Wettbewerb" mit sich bringt,⁵ denn die Gesetze, die ihn zum Gegenstand haben, definieren ihn kaum ausdrücklich, sondern setzen seine Definition voraus⁶.

Seit dem Beginn des Jahrhunderts wurde von Rechtswissenschaftlern, insbesondere nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), mehrmals versucht, seinen Begriff genau zu definieren.⁷ Deshalb kann nunmehr das Risiko getragen und versucht werden, den wirtschaftlichen "Wettbewerb" als "das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" zu definieren⁸.

Aus dieser Definition ergibt sich, daß zwei Arten von Wettbewerb unterschieden werden können:

1. Den Wettbewerb unter Anbietern bezüglich der Verwertung ihrer Produkte auf einem bestimmten Markt und

⁴ Vgl. die Darstellung der Argumente der Wettbewerbskritiker bei *Hoppmann*, in: ORDO 1990, S. 6 ff.

⁵ *Hoppman*, Wirtschaftsordnung, S. 235 ff.; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 2; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg. Rd. 2 ff.

⁶ *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, Rd. 195.

⁷ s. u. a. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158, 3644; *Behrens*, in: NJW 1958, S. 481 ff.; *Knöpfle*, Der Rechtsbegriff, S. 97 ff., wo er die Theorienentwicklung bezüglich der Definition des Begriffes "Wettbewerb" seit dem ORDO-liberalen Wettbewerbsbegriff der Freiburger Schule mit weiteren Nachweisen darstellt; *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung, S. 235 ff.

⁸ So *Borchardt/Fikentscher*, in: *Fikentscher*, Recht und wirtschaftliche Freiheit, S. 15; vgl. auch *Brugger*, in: WuW 1959, S. 477; *Benisch*, in: WuW 1960, S. 844.

2. den Wettbewerb unter Nachfragern, der den Erwerb der angebotenen Produkte auf einem bestimmten Markt betrifft⁹.

Der Wettbewerb unter Anbietern, der hier von Interesse ist, liegt vor, wenn der einzelne Unternehmer zwei oder mehrere Mitbewerber hat, mit denen er beim Abschluß von Geschäften mit Dritten (Marktpartnern oder Kunden) konkurrieren kann¹⁰. Die Marktpartner müssen Alternativen bezüglich Preis, Qualität, Service und - warum nicht? - persönlichen Beziehungen und Präferenzen¹¹ bei dem wettbewerblichen Verhalten der Anbieter zur Auswahl haben¹². Dieses Verhalten wird erst dadurch gestaltet, daß der eine Anbieter sein Angebot auf dem Markt durchzusetzen und das Angebot eines anderen Anbieters (Konkurrenten) vom Markt zu verdrängen versucht. Diese Beziehung zwischen Konkurrenten und Kunden wird in der Terminologie des Wettbewerbsrechts "Wettbewerbsverhältnis" genannt¹³.

⁹ Vgl. *Helmstädter*, in: FS Benisch, S. 18; weiterhin *Himmler*, Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, S. 20.

¹⁰ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rd. 4.

¹¹ Für diese Unterscheidung des Wettbewerbsproblems s. bei *Himmler*, Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, S. 20.

¹² *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rd. 4.

¹³ s. auch unten sub II 1 a cc. *Himmler*, Öffentlich-rechtliche Wettbewerbsbeschränkungen, S. 20, beschreibt unter Vorbehalten noch eine dritte Wettbewerbsart, die unter Anbietern und Nachfragern besteht, damit diese die bestmöglichen Bedingungen erreichen. Daß es in diesem Fall nicht um ein Wettbewerbsverhältnis, sondern um ein Austauschverhältnis zwischen den beiden Wettbewerbssubjekten geht, stellt *Hefermehl*, in: *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg., Rd. 10 dar.