

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 eigentümlich mäßige 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.