

JAN HENRIK KLEMENT

Wettbewerbsfreiheit

Jus Publicum

246

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 246



Jan Henrik Klement

Wettbewerbsfreiheit

Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie

Mohr Siebeck

Jan Henrik Klement, geboren 1975; 2002–05 Wissenschaftlicher Mitarbeiter Justus-Liebig-Universität Gießen; 2006 Promotion; Referendariat am Landgericht Frankfurt am Main; 2007 Zweites Juristisches Staatsexamen; Akademischer Rat an der Universität Bayreuth und der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; 2011–13 Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Hamburg und Mannheim; 2013 Habilitation; seit November 2013 Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-153760-8

ISBN 978-3-16-152876-7

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Dorothee

Vorwort

Die vorliegende Schrift enthält eine überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Jahr 2013 vorgelegen hat. Ohne meinen verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Wolfgang Kahl, M.A., wäre sie nicht geschrieben worden. Ich danke ihm dafür, dass er meinen Weg in die Wissenschaft geebnet und mich seit meiner Studienzeit in Gießen mal mit sichtbarer und mal mit unsichtbarer Hand unterstützt und begleitet hat. Die Jahre der Tätigkeit als Akademischer Rat an seinem Lehrstuhl in Bayreuth und am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht in Heidelberg haben mich geprägt und bleiben unvergessen. Ein besonderer Dank gilt außerdem Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof und Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff für die weitere Begutachtung der Schrift im Habilitationsverfahren.

Mit Literaturrecherchen und Korrekturen waren im Laufe der Jahre viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter betraut, die mich mit ihrem juristischen Sachverstand und ihrem großen Einsatz beeindruckten und denen ich dankbar verbunden bleibe. Zu nennen sind meine wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Frau Ass. iur. Nadja Kronenberger und Frau Dipl. iur. Anna Pohl, mein wissenschaftlicher Mitarbeiter Herr Dipl. iur. Georg Varentsov (alle Saarbrücken) sowie Jens Ritter (Heidelberg), Lisa Freihoff (Mannheim), Simon Dörrenbächer, Dipl. iur. Maribel Jung, Thomas Meiser, Tim Nolte und Johannes Rupp (alle Saarbrücken).

Die Verwertungsgesellschaft Wort hat die Veröffentlichung in der vorliegenden Form finanziell ermöglicht.

Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Ende Oktober 2014; in Einzelfällen konnten auch spätere Veröffentlichungen berücksichtigt werden.

Saarbrücken, im Mai 2015

Jan Henrik Klement

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
Prolegomenon.	8
I. Vom Nutzen europäischer Grundrechtstheorie	8
II. Die schwache Grundlage der Wettbewerbsfreiheit	17
III. Lernende Grundrechtstheorie.	20
<i>Erster Teil: Grundlagen</i>	37
Erstes Kapitel: Grundrechte und Wettbewerbsrecht	39
I. Freiheit als Zweck des Wettbewerbsrechts	39
II. Identitätsthese und Differenzthese	49
Zweites Kapitel: Der Begriff des Wettbewerbs	56
I. Vorbemerkung	56
II. Zwei Grundannahmen zum Begriff des Wettbewerbs	57
III. Kognitiver Wettbewerbsbegriff	61
IV. Wettbewerb als Interpretation des Rechts	68
V. Der Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs	72
VI. Recht als Bedingung des Wettbewerbs?	73
VII. Wettbewerb als Ziel des Rechts	81
Drittes Kapitel: Der Begriff der Freiheit	84
I. Freiheit als normbezogener und als normativer Begriff.	84
II. Theorien zum grundrechtlichen Freiheitsbegriff	85
III. Der Bezug der Freiheit auf die Person	92
IV. Positiver und negativer Begriff der individuellen Freiheit	92
V. Institutioneller Freiheitsbegriff	105

<i>Zweiter Teil: Kritik des institutionellen Begriffs der Wettbewerbsfreiheit</i>	111
Viertes Kapitel: Das Freiheitsparadox des Kartellrechts	113
I. Das „Nullsummenspiel“ des individuellen Freiheitsbegriffs.	113
II. Die einseitigen „Leiden des Privatrechts“	123
III. Vom „Nullsummenspiel“ zum institutionellen Freiheitsbegriff. . .	125
Fünftes Kapitel: Wettbewerbsfreiheit als positiv-institutionelle Freiheit	130
I. Begriff der positiv-institutionellen Freiheit	130
II. Positiv-institutionelles Verständnis der Wettbewerbsfreiheit	137
III. Ergebnis	144
Sechstes Kapitel: Wettbewerbsfreiheit als negativ-institutionelle Freiheit	
– Grundlagen	145
I. Materieller und prozeduraler Freiheitsbegriff	145
II. Die Brücke von der Freiheit zur Richtigkeit	147
III. Horizontale und vertikale Freiheit	151
Siebtens Kapitel: Freiheit als Mittel zum Zweck	158
I. Wohlfahrtsorientierter Freiheitsbegriff	158
II. Wettbewerbsfreiheit als Wahlfreiheit des Verbrauchers	185
III. Ergebnis	200
Achstes Kapitel: Freiheit als Gerechtigkeit zweckfreier Normen.	201
I. Das Recht als Spielregel	201
II. Das Versprechen zweckfreier Gerechtigkeit	204
III. Die Uneinlösbarkeit des Versprechens der Zweckfreiheit	229
IV. Das Zieldreieck des Wettbewerbsrechts: Freiheit, Gerechtigkeit, Nützlichkeit	242
Neuntes Kapitel: Wettbewerbsrecht als Entdeckungsverfahren	246
I. Das Recht als Medium	246
II. Rückwirkungen des Mittels auf den Zweck	251
III. Demokratie als Grenze der Zweckmäßigkeit	253
IV. Zwei Ausgestaltungen des Entdeckungsverfahrens	254
V. Ergebnis	265
VI. Inkurs: Kartellrecht zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht	265
Zehntes Kapitel: Argumente gegen die institutionelle Grundrechtstheorie	272
I. Das Scheitern der vertragstheoretischen Legitimation	272
II. Die Nachteile einer Vergrundrechtlichung des Wettbewerbsrechts	276
III. Ergebnis und Ausblick	301

Elftes Kapitel: Inkurs: Theorie der Wettbewerbsfreiheit als norm- geprägtes Grundrecht	303
I. Begriff und Inhalte	303
II. Warum die Theorie nicht „wirtschaftspolitisch neutral“ ist	313
III. Fazit: Ende der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes	332
<i>Dritter Teil: Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit</i>	<i>333</i>
Zwölftes Kapitel: Variablen der Freiheitsgrundrechte	335
I. Bestimmung der Variablen des Freiheitsbegriffs	335
II. Bestimmung der die Freiheit schützenden Normen.	337
Dreizehntes Kapitel: Variablen der Wettbewerbsfreiheit	348
I. Schutz des Handelns im Wettbewerb.	348
II. Schutz des Entscheidens im Wettbewerb.	361
III. Schutz des Erfolgs im Wettbewerb	369
IV. Ergebnis	382
Vierzehntes Kapitel: Das Grundrecht auf Erfolg im Wettbewerb	383
I. Wettbewerbsfreiheit in der deutschen Grundrechtsdogmatik	383
II. Wettbewerbsfreiheit in der europäischen Diskussion.	394
III. Kritik eines Grundrechts auf Erfolg im Wettbewerb	416
IV. Alternativen zur Erfolgswettbewerbsfreiheit.	434
V. Ergebnis	449
Fünfzehntes Kapitel: Die Grundrechte im Wettbewerbsrecht	451
I. Die Grundsätze des freien und unverfälschten Wettbewerbs	451
II. Ergänzungs- und Verstärkungsfunktion der Grundrechte.	476
III. Begrenzungsfunktion der Grundrechte	525
IV. Verteidigungsfunktion der Grundrechte.	543
V. Ergebnis	547
Zusammenfassung in Thesen	549
Literaturverzeichnis	563

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
Prolegomenon	8
I. Vom Nutzen europäischer Grundrechtstheorie	8
1. Von der Offenheit des Diskurses über die europäischen Grundrechte	8
2. Die „Theorie einer Dogmatik“	12
II. Die schwache Grundlage der Wettbewerbsfreiheit	17
III. Lernende Grundrechtstheorie	20
1. Lernen von der nationalen Grundrechtstheorie	21
2. Lernen vom einfachen Recht	23
a) Die induktive Methode	23
b) Einheitsbildung durch Grundrechtstheorie	25
3. Lernen vom Zivilrecht	29
a) Die „wechselseitigen Auffangordnungen“ im Kartellrecht	29
b) Von der Grenze zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht	31
4. Lernen von der Ökonomie	33
Erster Teil: Grundlagen	37
<i>Erstes Kapitel: Grundrechte und Wettbewerbsrecht</i>	<i>39</i>
I. Freiheit als Zweck des Wettbewerbsrechts	39
1. Zwei Perspektiven auf die Zwecke des Rechts	39
2. Die Außenperspektive: „Regieren für den Wettbewerb“	43
3. Die Innenperspektive: Wettbewerbsfreiheit als Rechtsbegriff	44
II. Identitätsthese und Differenzthese	49

1. Identitätsthese	49
2. Differenzthese	54
<i>Zweites Kapitel: Der Begriff des Wettbewerbs</i>	56
I. Vorbemerkung	56
II. Zwei Grundannahmen zum Begriff des Wettbewerbs	57
1. Wettbewerb als Inbegriff interagierender Handlungen	57
2. Ökonomisches Verhaltensmodell	60
III. Kognitiver Wettbewerbsbegriff	61
1. Notwendigkeit eines kognitiven Wettbewerbsbegriffs	61
2. Merkmale	62
a) Erkannte Rivalität um einen Wettbewerbsgegenstand.	63
b) Subjektive Annahme einer Erfolgsmöglichkeit	64
c) Annahme angemessener Kosten	65
d) Beschränkte Rationalität des Wettbewerbs	67
IV. Wettbewerb als Interpretation des Rechts	68
1. Wettbewerb aus der Beobachterperspektive	68
2. Wettbewerb als Rechtsbegriff	70
V. Der Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs	72
VI. Recht als Bedingung des Wettbewerbs?	73
1. Herstellung des Wettbewerbs durch Recht	73
2. Beseitigung des Wettbewerbs durch Recht	77
3. Rechtlicher Schutz des Wettbewerbs „vor sich selbst“	79
4. Veränderung des Wettbewerbs durch Recht	81
VII. Wettbewerb als Ziel des Rechts	81
<i>Drittes Kapitel: Der Begriff der Freiheit</i>	84
I. Freiheit als normbezogener und als normativer Begriff	84
II. Theorien zum grundrechtlichen Freiheitsbegriff	85
1. Der Kanon der Grundrechtstheorien	86
2. Individuelle und institutionelle Theorien zum Freiheitsbegriff.	89
III. Der Bezug der Freiheit auf die Person	92
IV. Positiver und negativer Begriff der individuellen Freiheit	92
1. Variablen des negativen Freiheitsbegriffs	92
2. Relativität der negativen Freiheit	94
3. Neutralität der negativen Freiheit	96
4. Der positive Freiheitsbegriff	98
5. Zwei Missverständnisse zum Begriff der positiven Freiheit.	101
6. Der positive Kern des negativen Freiheitsbegriffs	103
V. Institutioneller Freiheitsbegriff	105
1. Doppelnatur der Grundrechte	105

2. Schutz von Normen und Tatsachen	107
3. Von der Doppelrolle der Freiheit.	108
 Zweiter Teil: Kritik des institutionellen Begriffs der Wettbewerbsfreiheit	 111
 <i>Viertes Kapitel: Das Freiheitsparadox des Kartellrechts</i>	 113
I. Das „Nullsummenspiel“ des individuellen Freiheitsbegriffs.	113
1. Freiheitsbeschränkungen	113
a) Beschränkung rechtlicher und natürlicher Freiheit	113
b) Europäisches Kartellrecht als Korrektur des allgemeinen (nationalen) Privatrechts	115
2. Freiheitserweiterungen	119
3. Folgen für den Wettbewerb.	122
II. Die einseitigen „Leiden des Privatrechts“	123
III. Vom „Nullsummenspiel“ zum institutionellen Freiheitsbegriff.	125
1. Lösung der Freiheitskonflikte im Begriff der Freiheit selbst	125
2. Das institutionelle Begriffsverständnis als Grundlage der Identitätsthese	126
3. Erträge der Schutzzweckdiskussion im Kartellrecht.	128
 <i>Fünftes Kapitel: Wettbewerbsfreiheit als positiv-institutionelle Freiheit</i>	 130
I. Begriff der positiv-institutionellen Freiheit	130
1. Die Institution als „Versöhnung“ von Willkür und Vernunft.	130
2. Das Gemeinwohlinteresse an der Institution	133
3. Die Freiheit in der Institution	135
II. Positiv-institutionelles Verständnis der Wettbewerbsfreiheit	137
1. Konstruktion.	137
2. Kritik	139
a) Allgemeine Einwände gegen ein positiv-institutionelles Grundrechtsverständnis	139
b) Einwände speziell hinsichtlich des positiv-institutionellen Begriffs der Wettbewerbsfreiheit.	142
III. Ergebnis	144
 <i>Sechstes Kapitel: Wettbewerbsfreiheit als negativ-institutionelle Freiheit</i> <i>– Grundlagen</i>	 145
I. Materieller und prozeduraler Freiheitsbegriff	145
II. Die Brücke von der Freiheit zur Richtigkeit	147

III. Horizontale und vertikale Freiheit	151
1. Die Unterscheidung	151
2. Beschränkung auf vertikale Freiheiten	152
3. Kombinationsmodelle	155
<i>Siebtens Kapitel: Freiheit als Mittel zum Zweck.</i>	158
I. Wohlfahrtsorientierter Freiheitsbegriff	158
1. Freiheit als „Wohlfahrt“	159
a) Pareto-Effizienz und vollkommener Wettbewerb	159
b) Effizienz nach Kaldor-Hicks	162
2. More Economic Approach	164
a) Begriff.	164
b) Erscheinungsformen.	165
aa) Kartellverbot	165
(1) Abstrakt-generell gefasste Ausnahmen vom Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen	165
(2) Wohlfahrtsorientierung bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen	166
(3) Direkte Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV	170
bb) Fusionskontrolle	172
cc) Missbrauchskontrolle	177
c) More Economic Approach und Wettbewerbsfreiheit	178
3. Lehren für die Grundrechtstheorie	184
II. Wettbewerbsfreiheit als Wahlfreiheit des Verbrauchers.	185
1. Wahlfreiheit des Verbrauchers und Vertragsfreiheit	185
2. Vertragsfreiheit durch Wettbewerb	188
a) Materialisierung der Vertragsfreiheit	188
b) Kartellrecht als Kontextsteuerung.	192
3. Lehren für die Grundrechtstheorie	195
a) Eigenständigkeit der Wettbewerbsfreiheit	195
b) Inkurs: Kartellrechtliche Bedeutung des Grundrechts der Vertragsfreiheit	197
III. Ergebnis	200
<i>Achtes Kapitel: Freiheit als Gerechtigkeit zweckfreier Normen</i>	201
I. Das Recht als Spielregel	201
II. Das Versprechen zweckfreier Gerechtigkeit	204
1. Widerstand gegen politischen Interventionismus	204
2. Freiheit als Freiheit unter dem Gesetz	207
3. „Horizontale“ Wettbewerbsfreiheit als zweckfreie Gerechtigkeit	209
a) Eingriffe in die Freiheit um der Freiheit willen.	209

b) Das Kriterium des Leistungswettbewerbs	211
aa) Herkunft	211
bb) Konkretisierung	213
cc) Leistungswettbewerb als Kriterium kommutativer Gerechtigkeit	215
4. Formale Kriterien freiheitlichen Rechts	218
a) Vom Sinn formaler Kriterien	218
b) Verbotscharakter des Rechts	219
c) Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes	220
d) Das Postulat der Per-se-Regel	223
aa) Ausschluss von Ermessensentscheidungen.	224
bb) Ausschluss von Erkenntnispielräumen	224
cc) Ausschluss unbestimmter Rechtsbegriffe	226
III. Die Uneinlösbarkeit des Versprechens der Zweckfreiheit	229
1. Die guten Wirkungen der Freiheit	229
a) Die notwendige Mittelbarkeit der Gemeinwohl- verwirklichung.	229
b) Von Hayeks und Hoppmanns „Anmaßung von Wissen“	230
2. Die Zwecke hinter der Wettbewerbsfreiheit	232
a) Effizienz des Leistungswettbewerbs	233
aa) Alternative Konzepte der horizontalen Gerechtigkeit	233
bb) Effizienz als dritter Wert	236
b) Effizienz des Privatrechts.	239
IV. Das Zieldreieck des Wettbewerbsrechts: Freiheit, Gerechtigkeit, Nützlichkeit	242
<i>Neuntes Kapitel: Wettbewerbsrecht als Entdeckungsverfahren</i>	<i>246</i>
I. Das Recht als Medium	246
II. Rückwirkungen des Mittels auf den Zweck	251
III. Demokratie als Grenze der Zweckmäßigkeit	253
IV. Zwei Ausgestaltungen des Entdeckungsverfahrens	254
1. Lehre von der Wettbewerbsfreiheit	255
2. „More Economic Approach“	258
V. Ergebnis	265
VI. Inkurs: Kartellrecht zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht	265
1. Dynamische Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht.	265
2. Politisches Privatrecht	267
3. Grenzverwischungen im geltenden Recht.	269

<i>Zehntes Kapitel: Argumente gegen die institutionelle Grundrechtstheorie</i>	272
I. Das Scheitern der vertragstheoretischen Legitimation	272
1. Keine Einigung über die Spielregeln	272
2. Die Freiheit um ihrer selbst willen	274
II. Die Nachteile einer Vergrundrechtlichung des Wettbewerbsrechts	276
1. Begriff der Vergrundrechtlichung	276
2. Vergrundrechtlichung jenseits eines formellen Vorrangs	277
a) Konstruktive Möglichkeit	277
b) Begünstigende Faktoren	280
c) Vorboten	283
3. Institutionelle Grundrechtstheorie als Kompetenztheorie	284
a) Rechtsetzung durch den Rechtsanwender.	284
b) Schwächung der demokratischen Legitimation.	288
c) Eingriff in Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten	289
aa) Erweiterung der Aufgaben der Union	289
bb) Steuerung des mitgliedstaatlichen Handelns	290
4. Entdifferenzierung des Rechts	292
5. Institutionelle Grundrechtstheorie als Neuerfindung des Rechts	294
a) Die EU als „Grundrechtsgemeinschaft“.	295
b) „Neuerfindung“ des europäischen Rechts	298
III. Ergebnis und Ausblick	301
 <i>Elftes Kapitel: Inkurs: Theorie der Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht</i>	 303
I. Begriff und Inhalte	303
1. Die Theorie als institutionelle Grundrechtstheorie	303
2. Der Anspruch auf wirtschaftspolitische Neutralität.	305
3. Zwei Begriffe der Freiheit beim Bundesverfassungsgericht	306
a) Fortbestehender Schutz individueller Freiheit	306
b) Das Verhältnis der beiden Freiheiten zueinander.	307
aa) Anpassung des Schutzes individueller Freiheit	308
bb) Sperrwirkung des institutionellen Freiheitsschutzes	310
c) Fazit.	312
II. Warum die Theorie nicht „wirtschaftspolitisch neutral“ ist	313
1. Von der falschen Gleichsetzung von Freiheit und Ordnung	313
2. Von der Notwendigkeit eines materiellen Wettbewerbsbegriffs	317
a) Die Auswahl der geschützten Normen	317
b) Die Subjektivierung des einfachen Rechts.	320
3. Das Gebot der Markttransparenz – Ein Beispiel hintergründigen Wirkens von Wettbewerbstheorien beim Bundesverfassungsgericht.	323

a) Transparenz als Wettbewerbsbedingung?	323
b) Ist Transparenz staatlich herstellbar?	326
III. Fazit: Ende der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes	332
 Dritter Teil: Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	333
 <i>Zwölftes Kapitel: Variablen der Freiheitsgrundrechte.</i>	335
I. Bestimmung der Variablen des Freiheitsbegriffs.	335
II. Bestimmung der die Freiheit schützenden Normen.	337
1. Grundrechtsträger und Freiheitsträger	337
2. Grundrechtsadressaten	338
a) Grundrechtsbindung bei Eingriff in Grundfreiheit	338
b) Grundrechtsbindung bei indirektem Vollzug von Unionsrecht	340
3. Pflichten zum Tun und Unterlassen	342
4. Dimensionen der Grundrechte	344
a) Schutzpflichten.	344
b) Leistungspflichten	347
 <i>Dreizehntes Kapitel: Variablen der Wettbewerbsfreiheit.</i>	348
I. Schutz des Handelns im Wettbewerb.	348
1. Freiheitsgegenstand	348
a) „Mechanischer“ und „sozialer“ Handlungsbegriff.	348
b) Wettbewerbsfreiheit als Handlungsfreiheit	353
2. Freiheitshindernis	357
a) Rechtliches Hindernis.	358
b) Faktisches Hindernis	359
aa) Arten faktischer Hindernisse	359
bb) Faktischer Grundrechtseingriff.	360
II. Schutz des Entscheidens im Wettbewerb.	361
1. Schutz der Entscheidungsfaktoren	362
a) Schmälerung der Attraktivität der Handlung.	362
b) Schutz vor attraktiveren Handlungsmöglichkeiten	364
2. Schutz der Informationsaufnahme.	365
3. Schutz vor hoheitlicher Information.	366
4. Schutz der Willensentschlussfähigkeit	367
5. Schutz der „Einstellungsfreiheit“	368
III. Schutz des Erfolgs im Wettbewerb	369
1. Freiheitsgegenstand	369

a)	Ein wettbewerbskonstituiertes Recht	369
b)	Unterscheidung von erfolgsbezogenen Schutzgut- definitionen.	372
c)	Schutz von Erfolg und Erfolgchance	373
d)	Kausalkontexte als grundrechtliches Schutzgut	374
e)	Abgrenzung vom Schutz der Handlungsfreiheit	376
aa)	Schutz der Erfolgshandlungsfreiheit und von sozialen Handlungen	376
bb)	Erfolgshandlungsfreiheit und „Zwang“ zur Reaktion	377
2.	Freiheitshindernis	379
a)	Faktisches Hindernis	379
b)	Mittelbar-faktischer Grundrechtseingriff.	379
3.	Wettbewerbsfreiheit als grundrechtliches Querschnittsthema . .	381
IV.	Ergebnis	382
 <i>Vierzehntes Kapitel: Das Grundrecht auf Erfolg im Wettbewerb</i>		 383
I.	Wettbewerbsfreiheit in der deutschen Grundrechtsdogmatik	383
1.	Anerkennung und Funktion der Erfolgshandlungsfreiheit	383
2.	Verbindungslinien zum institutionellen Denken	387
II.	Wettbewerbsfreiheit in der europäischen Diskussion	394
1.	Begriffliche Unterscheidungen	394
2.	Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofes	397
a)	Das Urteil „Nold“ (1974)	397
b)	Das Urteil „ADBHU“ (1985)	398
c)	Die Urteile „S.p.A. Eridania“ (1979) und „Rau“ (1987)	400
d)	Das Urteil zur Bananenmarktverordnung (1994)	403
e)	Das Urteil „Metronome Musik“ (1998)	405
f)	Der Beschluss „Axel Springer“ (2004).	409
g)	Das Urteil „Sky Österreich“ (2013)	412
h)	Ergebnis.	415
III.	Kritik eines Grundrechts auf Erfolg im Wettbewerb	416
1.	Der entgegenstehende Schutzzweck der Freiheitsgrundrechte . .	416
a)	Der positive Zweck der Freiheit: Interaktion von Person und Umwelt	416
b)	Kein Anspruch auf die soziale Wirksamkeit des Handelns . .	418
2.	Die Überschreitung der Grenzen des Integritätsschutzes	420
a)	Integritätsschutz und Persönlichkeitsentfaltung	420
b)	Der Schutz vor Nachteilen	422
c)	Der Schutz der Erfolgchancen im Wettbewerb	423
aa)	Soziale Offenkundigkeit.	423
bb)	Individuelle Zurechenbarkeit	425
d)	Konflikte zwischen Integritäts- und Aktivitätsschutz.	426

e) Wettbewerbsfreiheit und Schutz des Gewerbebetriebs	427
3. Die Bestimmung des Eingriffs in die Erfolgsfreiheit.	430
a) Erfolgsschutz nicht notwendig mit modernem Eingriffsbegriff verbunden	430
b) Erfolgsschutz führt zu „Institutionalisierung“ des Eingriffsbegriffs	432
IV. Alternativen zur Erfolgsfreiheit	434
1. Der Schutz sozialer Freiheiten im Wirtschaftsverkehr.	434
a) Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit als soziale Freiheiten	434
b) Reichweite der sozialen Wirtschaftsfreiheit.	436
c) Dogmatik der sozialen Wirtschaftsfreiheit	439
aa) Interaktionsverbote an die Marktgegenseite.	439
bb) Faktische Behinderung der Interaktion	440
cc) Sanktionierung der Interaktion	441
d) Abgrenzung zur Erfolgsfreiheit	442
2. Integritätsschutz	443
3. Allgemeiner Gleichheitssatz	446
V. Ergebnis	449
 <i>Fünfzehntes Kapitel: Die Grundrechte im Wettbewerbsrecht</i>	 451
I. Die Grundsätze des freien und unverfälschten Wettbewerbs.	451
1. Normativer Selbststand der Grundsätze	451
2. Der unverfälschte Wettbewerb	454
a) Überkommenes Verständnis	455
b) Eine neue Bestimmung des Verhältnisses von „freiem“ und „unverfälschtem“ Wettbewerb	457
c) Inhalte und Funktionen des Prinzips des unverfälschten Wettbewerbs	461
3. Der freie Wettbewerb	464
a) Geltung des Grundsatzes	464
b) Inhalte	467
c) Eigenständige normative Funktionen	469
aa) Norminterne Wirkungen	469
bb) Normexterne Wirkungen	470
(1) Indirekte normexterne Wirkungen	470
(2) Direkte normexterne Wirkungen	470
(a) Mitgliedstaaten	470
(b) Europäische Union	471
4. Das Verhältnis zu den Grundrechten	475

II. Ergänzungs- und Verstärkungsfunktion der Grundrechte.	476
1. Parallele Anwendbarkeit von Grundrechten und Wettbewerbsrecht	476
2. Abwehrrechtliche Wirkungen	479
a) Verstärkende Wirkung	479
b) Ergänzende Funktion	480
c) Insbesondere: Abwehrrechtlicher Drittschutz	482
aa) Fusionskontrollrecht	483
(1) Grundrechtseingriff durch hoheitliche Duldungs- pflicht	483
(2) Mittelbar-faktischer Grundrechtseingriff.	489
(3) Ergebnis	494
bb) Beihilfenrecht	494
cc) Verteilungsentscheidungen	496
3. Wirkungen in der Schutzdimension	499
a) Keine Pflicht zum Schutz von Chancen im Wettbewerb	500
b) Verbleibende Bedeutung der Schutzpflichten.	503
4. Wirkungen in Prozess und Verfahren	506
a) Prozessuale Wirkungen.	506
aa) Die Grundrechte als prozessuale Hebel	506
bb) Bedeutung subjektiver (Grund-)Rechte im prozessualen Trennungsmodell.	510
(1) Eigenverwaltungshandeln der Union	511
(2) Mitgliedstaatliche Durchführung des Unionsrechts	516
cc) Normexterne und norminterne Grundrechtswirkungen	519
(1) Normexterne Wirkungen.	519
(2) Norminterne Wirkungen	520
(a) Kartellrecht	520
(b) Beihilfenrecht	522
dd) Fazit	522
b) Verfahrensrechtliche Wirkungen.	523
III. Begrenzungsfunktion der Grundrechte	525
1. Begrenzung der positiven Binnenmarktintegration	525
2. Begrenzung des Wettbewerbsrechts durch Grundrechte Dritter	526
3. Schutz der Wettbewerbsfreiheit vor dem freien Wettbewerb	528
a) Nochmals: Identitätsthese und Differenzthese	528
b) Maßstäbe für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit	529
aa) Desiderat einer Rationalisierung der Verhältnismäßig- keitsprüfung	529
bb) Schwächerer Grundrechtsschutz gegen privatrechtliches Kartellrecht?	532
(1) Gegenseitige Schwächung der Grundrechte.	535

(2) Freiheitlichkeit der Institutionen des Privatrechts . . .	536
(3) Ausgleich privater Belange statt Durchsetzung öffentlicher Interessen.	538
cc) Der Blick durch den Schleier des Nichtwissens	539
IV. Verteidigungsfunktion der Grundrechte.	543
1. „Vertikalisierung“ des Kartellrechts – More Economic Approach	543
2. Regulierungsrecht	544
V. Ergebnis	547
Zusammenfassung in Thesen	549
Literaturverzeichnis	563

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AKP-Staaten	Gruppe der afrikanischen, karibischen und pazifischen Staaten
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel (auch im Plural)
AssÖR	Assistententagung Öffentliches Recht
Aufl.	Auflage
AUR	Agrar- und Umweltrecht (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
BAÖ	Bundesärzteordnung
BauGB	Baugesetzbuch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichts
CML Rev.	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders., dies., dems.,	derselbe, dieselbe(n), demselben,
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DuR	Demokratie und Recht (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
engl.	englisch
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (vormals: Gericht erster Instanz der europäischen Gemeinschaften)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (vormals: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht. Kurzkommentare
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum; Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (Zeitschrift)
f./ff.	und folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen EG-Fusionskontrollverordnung)
Fn.	Fußnote
franz.	französisch
GA	Generalanwalt, -anwältin beim Gerichtshof der Europäischen Union
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GFVO	Gruppenfreistellungsverordnung

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HessVGh	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. e.	id est
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz)
KrWG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz)
LG	Landgericht
lit.	littera
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr(n).	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVG Rh.-Pf.	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PostG	Postgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)

Rep.	Repositorium
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
s.	siehe
Sächs OVG	Sächsisches OVG
SGB V	Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
SIEC-Test	Significant Impediment to Effective Competition-Test
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts der Europäischen Union
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
S.R.L.	Società a responsabilità limitata
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGHE BY	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienstgerichtshofs für Richter und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb. Zeitschrift für Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht
WuW/E EU-R	Wirtschaft und Wettbewerb. Zeitschrift für Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht/Entscheidungssammlung, Europäische Union Rechtsprechung
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht