

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](http://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> . . . . .	39
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 Willensentschließungsfähigkeit . . . . .	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



## Einleitung

So wie die Grundrechte das Recht bewegen, so bewegt das Recht die Grundrechte. Das gilt auch und in besonderer Weise für den Schutz der Wettbewerbsfreiheit in der Europäischen Union, die sich von Anfang an als Wettbewerbsgemeinschaft verstanden hat und bis heute im Wesentlichen so versteht. Wenn sich die vorliegende Schrift auf die Suche nach dem bisher im Dunkeln gebliebenen Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit begibt, wenn sie fragt, ob und mit welchem Inhalt ein solches Grundrecht als geltend anzuerkennen ist, dann wird sie die Grundrechte deshalb aus ihrer Rolle in der Rechtsordnung heraus zu verstehen und zu definieren haben.<sup>1</sup> Zu dieser Ordnung gehören das europäische Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, also die Summe der Normen, deren gedankliche Klammer das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs ist, und speziell das Kartellrecht,<sup>3</sup> das der Schrift als wichtigstes Referenzgebiet dienen soll.

Ein in diesem Sinne reflexives, vom übrigen Recht lernendes Grundrechtsverständnis zu entwickeln, hat die europäische Rechtswissenschaft allen Anlass. In der europäischen Mehrebenenordnung kann die neue Charta der Grundrechte nicht einfach an die Spitze gesetzt, sondern muss mit dem übrigen, zumeist älteren Primärrecht auf einer Ebene verwoben werden. Eine formale Hierarchie wird durch den Grundsatz der Gleichrangigkeit von Grundrechten

---

<sup>1</sup> N. Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 201: „Wer von Grundrechten handelt, kann nicht nur von Grundrechten handeln.“

<sup>2</sup> Der Begriff des Wettbewerbsrechts wird hier in einem weiten Sinne verstanden, der Grundfreiheiten, Kartellrecht, Beihilfenrecht, Vergaberecht und das Recht gegen unlautere Geschäftspraktiken (Lauterkeitsrecht) umfasst. Unter „Wettbewerbsrecht“ allein das Lauterkeitsrecht zu verstehen (K. M. Meessen, in: U. Loewenheim/K. M. Meessen/A. Riesenkampff [Hrsg.], Kartellrecht, Einf. Rn. 5) ist im Unionsrecht nicht sinnvoll (vgl. Überschrift Dritter Teil, Titel VII, Kapitel 1 AEUV; für ein weites Verständnis auch im nationalen Recht H. Köbler, in: ders./J. Bornkamm, Einl. UWG Rn. 6.12). Auch ein auf das Kartell- und das Lauterkeitsrecht (vgl. statt vieler F. Rittner/M. Dreher/M. Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Einleitung Rn. 1) oder nur auf das Kartellrecht verengtes Verständnis ist nicht zweckmäßig. Damit würde der Schutz des Wettbewerbs vor hoheitlichen Beschränkungen und Verfälschungen weitgehend ausgeblendet. Zu den „vertikalen“ Schutznormen des Wettbewerbsrechts im hier zugrundegelegten Sinne gehören insbesondere das Beihilfenrecht und auch die Grundfreiheiten (anders etwa J. Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 45).

<sup>3</sup> Der Begriff des Kartellrechts wird hier als Synonym für das gesamte Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, also die eigentlichen Kartellverbote sowie die Missbrauchsverbote und die Fusionskontrolle, verstanden. Vgl. statt vieler F. Rittner/M. Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, § 14 Rn. 6; K. Schmidt, AcP 206 (2006), S. 169 (173).

und Primärrecht ausgeschlossen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV). An ihre Stelle treten einzelne argumentativ zu begründende, „materielle“ Vorrangbeziehungen, die durch den Spezialitätsgrundsatz allein nicht vollständig und nicht sicher zu beherrschen sind. Mit Blick auf den Schutz der Wettbewerbsfreiheit geht es im Folgenden darum, zwei Anliegen miteinander zu vereinbaren, die einander zunächst zu widersprechen scheinen:

Zum einen ist die Rolle des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit als Bestandteil des Wettbewerbsrechts zu bestimmen. Es ist zu zeigen, dass es weder überflüssig noch „beinah systemfremd“<sup>4</sup> ist, einem ohnehin schon auf freien und unverfälschten Wettbewerb ausgerichteten Recht einen grundrechtlichen Schutz der Wettbewerbsfreiheit hinzuzufügen und entgegenzustellen (wobei es allerdings, wie ebenfalls deutlich werden wird, ein *eigenständiges*, neben die geschriebenen Garantien der Grundrechtecharta tretendes Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit nicht gibt). Zum anderen ist einer Vergrundrechtlichung des Wettbewerbsrechts die Stirn zu bieten, wie sie sich am Horizont der Rechtsentwicklung im Prozess der europäischen Ordnungsbildung abzeichnet. Die Karlsruher Lüth-Doktrin,<sup>5</sup> der zufolge die zu Werten erhobenen Grundrechte auf die gesamte Rechtsordnung ausstrahlen und dieser den Weg weisen, hatte ihre Berechtigung für das nach dem Krieg am Boden liegende deutsche Recht. Aus der Not geboren, hat die grundrechtliche Wertordnung die Rechtsentwicklung unter dem Grundgesetz so tief geprägt, dass ein die Grundrechte verschlankender Neuanfang kaum realistisch und schon wegen seiner „Transaktions- und Folgekosten“ zumindest mittelfristig nicht wünschenswert ist. Das deutsche Denken von den Grundrechten her<sup>6</sup> sollte aber nicht unbesehen auf Europa übertragen werden. Eine adäquate europäische Grundrechtstheorie sieht die Einheit des europäischen Rechts nicht in höchsten Zielen und Begriffen, auf die alle Normen zulaufen, sondern in produktiven Verschiedenheiten, die der Betrachter durch Theorie und Dogmatik aufeinander zu beziehen und in diesem Sinne zu einer Rechts„ordnung“ zu fügen hat. Das europäische Recht kann nicht im Nachhinein als Vollzug eines imaginären grundrechtlichen Bauplans gedeutet werden. Recht ist, wie schon hier bemerkt sei, überhaupt niemals fertig oder determiniert. Recht ist die Summe der Spielregeln eines Entdeckungsverfahrens, das fortlaufend und mit nie sicher vorhersehbarem Ergebnis wiederum Recht erzeugt. Die Grundrechte sind Bausteine des Entdeckungsverfahrens Wettbewerbsrecht, dessen Produkte ihrerseits das *tatsächliche* Entdeckungsverfahren Wettbewerb<sup>7</sup> beeinflussen. Eine adäquate

<sup>4</sup> U. Di Fabio, ZWeR 2007, S. 266 (275).

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – Az. 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

<sup>6</sup> M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 76.

<sup>7</sup> F. A. v. Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *ders.*, Freiburger Studien, S. 249 (255).

Grundrechtstheorie wird das Gesamtarrangement im Blick haben und den Grundrechten dementsprechend Inhalte und Rollen zusprechen.

Es hat einen besonderen Reiz, sich des gewählten Themas gerade jetzt und damit in einer Zeit anzunehmen, in der die Europäische Union dem Wettbewerb zugunsten anderer Ziele politisch einen geringeren Stellenwert einräumt und es an Versuchen zu einer Neubesetzung des Wettbewerbsbegriffs nicht mangelt.<sup>8</sup> Es ist ein markantes Zeichen der neueren Entwicklung, dass der Vertrag von Lissabon,<sup>9</sup> der auch die Grundrechtecharta beinhaltet, den Grundsatz des freien Wettbewerbs aus dem prominent am Anfang der Verträge platzierten Katalog der Aufgaben der Gemeinschaft (Art. 4 Abs. 1 EGV) in den Titel über die Wirtschafts- und Währungspolitik verbannt (Art. 119 Abs. 1, Art. 120 Satz 2 AEUV), und dass er außerdem die Verpflichtung auf ein „System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“ (vormals Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV), in ein dem Vertrag angefügtes Protokoll<sup>10</sup> ausgliedert.<sup>11</sup> Im Strudel der intellektuellen Folgen der Finanz-, Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise, welche die europäische Wirtschaftsverfassung einschließlich des Haushaltsrechts und schlussendlich das Recht selbst<sup>12</sup> seit einigen Jahren auf eine Bewährungsprobe<sup>13</sup> stellen, sind leise Abgesänge auf die Marktwirtschaft zu vernehmen<sup>14</sup> – zumeist jenseits der rechtswissenschaftlichen Argumentation, aber nicht außer Hörweite. Der Wettbewerb wird heute vermehrt als Steuerungsinstrument der Hoheitsgewalt, als Mittel zur „Herstellung“ von Gemeinwohl thematisiert,<sup>15</sup> während er für den Ordoliberalismus, der das europäische Wirtschaftsrecht in seinen Anfängen prägte,<sup>16</sup> noch Inbegriff einer „herrschaftsfreien Ordnung“ war.<sup>17</sup>

<sup>8</sup> Ähnlich *T. Müller*, Wettbewerb und Unionsverfassung, S. 6f.; *G. Kirchhof*, in: ders./S. Magen/S. Korte (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 23f.

<sup>9</sup> Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007.

<sup>10</sup> Das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb erlangt allerdings über Art. 51 i. V. m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, Art. 26 Abs. 1 AEUV primärrechtliche Verbindlichkeit, vgl. EuGH, Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527 (Rn. 20).

<sup>11</sup> *P.-C. Müller-Graff*, ZHR 173 (2009), S. 443 (446); *W. Kabl*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 26 AEUV Rn. 7; *S. Thomas*, JZ 2011, S. 485 (486f.); *E. Schmidt-Aßmann*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 5 Rn. 95ff.

<sup>12</sup> *P. Kirchhof*, Deutschland im Schuldensog, S. 43ff.

<sup>13</sup> *P.-C. Müller-Graff*, EWS 2009, S. 201 (201).

<sup>14</sup> *C. Obler*, AöR 134 (2009), S. 132 (132); *K. Schwenn*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.3.2009, S. 11; *H.D. Barbier*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.1.2010, S. 11; a. A. *R. Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105 (107f.).

<sup>15</sup> Ausführlich dazu *J. Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (308ff.). Vgl. zum Wandel der Perspektive auch *U. Di Fabio*, ZWeR 2007, S. 266 (266). Die Entwicklung auf den Begriff eines „öffentlichen Wettbewerbsrechts“ bringend *S. Magen*, in: G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 5.

<sup>16</sup> *P.-C. Müller-Graff*, in: Festschrift H. Konzen, S. 583 (601).

<sup>17</sup> *F. Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 120.

Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs entstehen nicht nur aus der wachsenden Zahl unionsrechtlicher Normen und Politiken, die zur Aufgabe der positiven Binnenmarktintegration hinzugetreten sind<sup>18</sup> und eigenständige Ziele verfolgen, sondern auch aus dem Inneren des Wettbewerbsrechts. Das Wettbewerbsrecht, das sich bisher auch durch das definierte, was es *nicht* regelte und der Hoheitsgewalt *nicht* erlaubte, öffnet sich unmittelbar für bisher nur „hinter“ dem Recht stehende Gemeinwohlanliegen. Es erlaubt dem Rechtsanwender, sich direkt am öffentlichen Interesse zu orientieren und die Privatautonomie zu beschränken. Statt der unsichtbaren Hand zu vertrauen, wird mit sichtbarer Hand regiert. Deutlich wird das an der neueren, unter dem Namen „More Economic Approach“ firmierenden Wettbewerbspolitik der Kommission, die das Wettbewerbsrecht in den Dienst ökonomisch definierter „Effizienz“-Ziele stellt. Soweit das Nachfolgende als Antwort auf diese Entwicklungen zu lesen ist, erfüllt sich in ihm ein Gesetz der Wissenschaft, dem zufolge jede These ihre Antithese selbst hervorbringt.<sup>19</sup>

Doch ist das nicht alles. Ein wichtiges Ergebnis der Untersuchung wird sein, dass sich die Bedeutung der Grundrechte als Teil des europäischen Verfassungsrechts<sup>20</sup> nicht *allein* aus der Diversifizierung und Politisierung der Europäischen Union und aus einer instrumentellen Sichtweise des Wettbewerbsrechts erklärt. Der tiefere Grund liegt vielmehr in der nicht zu überbrückenden Differenz zwischen dem grundrechtlichen Begriff der Freiheit und der Konzeption eines „freien“ und „unverfälschten“ Wettbewerbs, auf die das Primärrecht ausgerichtet ist. Entgegen der namentlich in der deutschen, ordoliberal geprägten Rechtswissenschaft verbreiteten Vorstellung ist Wettbewerbsfreiheit *nicht* das (alleinige) Ziel des Wettbewerbsrechts. In jedem Wettbewerbsrecht – auch in einem am ordoliberalen Modell orientierten – finden Gemeinwohlziele wie etwa die wirtschaftliche Effizienz Berücksichtigung. Unterschiede zeigen sich nur bei der Gewichtung dieser Ziele im Verhältnis zu Freiheit und Gerechtigkeit und außerdem bei den zur Zielerreichung eingesetzten Mitteln. Selbst ein den Grundsätzen des freien und unverfälschten Wettbewerbs vollständig entsprechendes Recht bedarf mithin einer grundrechtlichen Ergänzung und Kontrolle, welche die Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Utilitarismus der Gesellschaft verteidigt.

<sup>18</sup> Vgl. W. Kahl, in: Festschrift R. Schmidt, S. 75 (108).

<sup>19</sup> Allgemein J. H. Klement, JöR 61 (2013), S. 115 (115 ff.).

<sup>20</sup> Unter europäischem „Verfassungsrecht“ wird hier das Primärrecht verstanden. Zur Diskussion über die Verwendung des Begriffs „Verfassung“ statt vieler P.-C. Müller-Graff, in: ders. (Hrsg.), Perspektiven des Rechts der Europäischen Union, S. 183 (185 ff.); N. Petersen, ZaöRV 2004, S. 420 (445 ff.).

Um den Leser von der Differenz zwischen Grundrechten und Wettbewerbsrecht zu überzeugen, wird mit großem Aufwand versucht, sie zu überwinden. Das letztlich vergebliche Bemühen um einen Freiheitsbegriff, der Wettbewerbsrecht und Grundrechte gemeinsam überwölben könnte, steht im Mittelpunkt des zweiten Teils der Untersuchung. Dabei kommt den aus dem nationalen Diskurs bekannten, hier als „institutionell“ bezeichneten Grundrechtstheorien eine Schlüsselrolle zu. Die institutionellen Theorien komponieren Vorstellungen von der im Ergebnis erwünschten gesellschaftlichen Ordnung in den Freiheitsbegriff hinein und können damit auch der ordoliberalen Konzeption des Wettbewerbsrechts dienstbar gemacht werden – man denke hier beispielhaft an Hans Carl Nipperdeys Schrift „Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz“, aber auch an die „normgeprägte Wettbewerbsfreiheit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ein rein individueller, beim Handeln und Entscheiden des Einzelnen ansetzender Freiheitsbegriff kann die Grundrechte und das Wettbewerbsrecht hingegen nicht zusammenführen.

Hinter der Bevorzugung eines individuellen Freiheitsbegriffs steht gewiss die Auffassung, dass Freiheit als solche einen Wert besitzt,<sup>21</sup> der nicht von guten Wirkungen ihres Gebrauchs abhängt.<sup>22</sup> Die Untersuchung wird aber weitere, weniger wertungsabhängige Argumente für ein individuelles Freiheitsverständnis und damit für eine Differenz von Grundrechten und Wettbewerbsrecht entwickeln. Zum einen wird sie – in der Tradition analytischer Rechtswissenschaft – die begriffliche Unmöglichkeit eines institutionellen Freiheitsverständnisses darlegen. Zum anderen will sie zeigen, dass gerade die institutionellen Grundrechtstheorien unbeschadet ihrer hohen gedanklichen Komplexität auf einer unzulässigen Vereinfachung beruhen. Im Glauben an eine dirigierende Kraft der Grundrechte zeichnen sie ein zu schlichtes Bild vom Verhältnis von Normen und Wirklichkeit, das der Rolle des außerhalb der Grundrechtskataloge stehenden „technischen“ Rechts und der gestaltenden Kraft der Freiheit nicht gerecht wird. Das Klischee von „egoistischen“ individuellen Grundrechtstheorien und „gemeinwohlorientierten“ institutionellen Lehren ist zu überwinden. Die individuelle Freiheit ist nicht als gegen die Ordnung gerichtet, sondern als der Ordnung dienlich zu begreifen. Der dienende Bezug liegt allerdings auf einer Ebene oberhalb der Begriffsbildungen der Grundrechtsdogmatik. Die Grundrechte stellen nicht den Gemeinwohlanspruch des Gesamtsystems in Abrede, zu dem sie selbst gehören, sondern fördern die Erfüllung dieses Anspruchs durch Kritik und Kontrolle einzelner Normen und Handlungen. Das

---

<sup>21</sup> So I. Berlin, Freiheit, S. 62f. und passim; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 325; K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 37; C.-W. Canaris, AcP 200 (2000), S. 273 (286); M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 51 f.; S. Magen, in: G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 55.

<sup>22</sup> Vgl. B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 168f.; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 271f.

Anliegen, grundrechtstheoretische und grundrechtsdogmatische Aussagen in eine Beziehung zur Gesamtheit des Rechts zu setzen und das Recht wiederum als ein Teilelement der in einer Gesellschaft wirksamen Regeln und Umstände zu begreifen, durchzieht die gesamte Untersuchung und wird, wie zu hoffen ist, immer wieder hervorscheinen. Wer Freiheit und Gemeinwohl nur als Antagonisten sehen wollte, verfehlte den Sinn des komplexen Zusammenspiels verschiedener Faktoren rechtlicher und außerrechtlicher Gemeinwohlerzeugung. Ein individueller Freiheitsbegriff, der die erwünschten Ergebnisse des Freiheitsgebrauchs nicht schon in sich trägt, ist Voraussetzung für die hoheitskritische und die Hoheitlichkeit gerade dadurch legitimierende und stärkende Funktion der Grundrechte. Das Recht steuert, auch wenn es paradox klingt, zuweilen gerade dadurch, dass es auf Steuerung verzichtet. Die Selbstbeschränkung der Hoheitsgewalt und damit der Demokratie ist ein Mittel zu ihrer Verwirklichung. Die institutionelle Bedeutung der Freiheit liegt in ihrer Distanz zu den Institutionen.

Die Suche nach einem Begriff der Wettbewerbsfreiheit, der dem Wettbewerbsrecht und zugleich den Grundrechten als Schutzgut und Normzweck zugeordnet werden könnte, setzt notwendigerweise oberhalb des positiven Rechts an und geht über das positive Recht hinaus. Wenn man unter Rechtsdogmatik die Lehre vom geltenden Recht versteht, bewegt sich die Untersuchung also auf dem Feld der Grundrechtstheorie. Nichtsdestotrotz mündet sie in begründete Vorschläge für das Verständnis des geltenden Rechts, eine „Theorie für Dogmatik“.

Der Gang der Untersuchung ist rasch dargelegt. An ein Prolegomenon, das die methodischen Prämissen darlegt und den Begriff der Grundrechtstheorie näher erläutert, schließt sich ein Dreischritt an:

Im ersten Teil werden zwei Thesen betreffend das Verhältnis von Grundrechten und Wettbewerbsrecht vorgestellt, an denen sich die Untersuchung orientiert: die Identitätsthese und die Differenzthese. Daran anschließend werden die beiden Bestandteile des Begriffs der Wettbewerbsfreiheit entfaltet und es wird die für das weitere Nachdenken grundlegende Unterscheidung von individueller und institutioneller Freiheit eingeführt.

Der zweite Teil widerlegt die Identitätsthese. Damit wird gezeigt, dass selbst das auf einen freien und unverfälschten Wettbewerb ausgerichtete europäische Wettbewerbsrecht eines grundrechtlichen Korrektivs bedarf. Der Freiheitsbegriff des Kartellrechts lässt sich mit dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff nicht zur Deckung bringen. Die Kartellrechtsordnung ist nicht als Konkretisierung oder Vollzug des grundrechtlichen Schutzauftrags zu interpretieren. Auf dem Weg zu diesem Ergebnis setzt sich die Untersuchung vor allem mit zwei in unterschiedlichen philosophischen Traditionslinien stehenden Varianten der institutionellen Grundrechtstheorie auseinander, nämlich mit der positiv-institutionellen und der negativ-institutionellen Variante. Als nicht tragfähig er-

weist sich auch die vom Bundesverfassungsgericht vertretene Theorie einer normgeprägten Wettbewerbsfreiheit.

Der dritte Teil entwickelt eine auf dem individuellen Freiheitsverständnis beruhende Dogmatik des grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit durch die Grundrechtecharta. Es wird gezeigt, dass ein dogmatisch *eigenständiges* Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit *de lege lata* nicht anzuerkennen, der grundrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit aber durch die geschriebenen Grundrechte überzeugend zu leisten ist. Schließlich wird verdeutlicht, worin die Aufgaben der Grundrechte als Bestandteile des europäischen Wettbewerbsrechts im Zusammenspiel mit den Grundsätzen des freien und unverfälschten Wettbewerbs und den sie ausfüllenden Normen liegen.

## Prolegomenon

Der Begriff der Wettbewerbsfreiheit ist zwar für das positive Recht, aber nicht allein aus ihm heraus zu entwickeln. Die Untersuchung beginnt nicht bei der Europäischen Grundrechtecharta und nicht beim Vertrag von Lissabon. Eine Exegese der Schutzbereiche und Schutzrichtungen der geschriebenen Grundrechte muss ebenso warten wie eine Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Das Wort „Wettbewerbsfreiheit“ steht zunächst nur für die These, dass es *begrifflich möglich* ist, Grundrechten und Wettbewerbsrecht einen gemeinsamen normativen Fluchtpunkt zuzuweisen. Das Vorausdenken von Grundrechtsentwicklungen und die Manifestation von Vorschlägen für zukünftige Dogmatiken gehört gerade in den unruhigen Zeiten einer Rechtsordnung zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft und in Sonderheit der Grundrechtswissenschaft. In Abgrenzung zur Rechtsdogmatik, die fertige Lösungen aufbewahrt und für zukünftige Fälle verfügbar hält, können für diesen Aspekt der Disziplin die Begriffe der Rechtstheorie und Grundrechtstheorie verwendet werden. Nutzen und Methoden der Theorie sind im Folgenden ins rechte Licht zu setzen.

### *I. Vom Nutzen europäischer Grundrechtstheorie*

#### 1. Von der Offenheit des Diskurses über die europäischen Grundrechte

Der europäische Grundrechtsdiskurs war stets, und zwar mehr noch als der deutsche,<sup>1</sup> von Rechtsprechungspositivismus<sup>2</sup> geprägt. Die europäischen

---

<sup>1</sup> Vgl. *M. Jestaedt*, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, S. 241 (249f.). Siehe auch die Warnung bei *R. Wahl*, *JZ* 2005, S. 916 (917), den deutschen Verfassungsgerichtspositivismus durch ein „europaweites EuGH-Glossatorentum“ noch zu übertreffen.

<sup>2</sup> Begriffsprägend *B. Schlink*, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 (163): „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“; neuere Kritik bei *dems.*, *JZ* 2007, S. 157 (160); *C. Enders*, in: *Festschrift R. Wahl*, S. 283 (291). In der Bewertung differenzierend zwischen „grundrechtlichen Einzelfragen“, bei der Rechtsprechungspositivismus unvermeidlich sei, und der Grundrechtstheorie *W. Schmidt*, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, S. 188 (193ff.); *M. Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 38 Fn. 5. Ausdifferenzierung verschiedener Formen von Verfassungsgerichtspositivismus bei *dems.*, *Verfassungsgerichtspositivismus*, in: *Festschrift J. Isensee*, S. 183 (190ff.). Kritik an der Kritik am „Bundesverfas-

Grundrechte gelten praktisch so, wie der Gerichtshof sie auslegt, und die Literatur kommentiert sie in diesem Sinne.<sup>3</sup> Das ist kein Zufall und gab bisher wenig Anlass zur Kritik, denn es blieb bekanntlich dem Gerichtshof überlassen, die Grundrechte im Wege der Rechtsvergleichung als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ richterrechtlich zu bilden. Wenn sich die Wissenschaft mit diesen Grundrechten befasste, war sie deshalb schon durch die Wahl ihres Gegenstands auf die Rechtsprechung bezogen und blieb es selbst dann, wenn sie sich im Einzelfall kritisch mit ihr auseinandersetzte.<sup>4</sup>

Das Inkrafttreten der Charta der Grundrechte am 1. Dezember 2009 ist in dieser Hinsicht eine Zäsur.<sup>5</sup> Die textliche Basis, auf der alles weitere Nachdenken über die Grundrechte nun steht, kann die Vorhand der Rechtsprechung gewiss nicht unterlaufen. Die Autorität des Geschriebenen stärkt aber doch die offene europäische Gesellschaft der Grundrechtsinterpreten,<sup>6</sup> weil sie für alle Akteure gleich, allgemein bekannt und nicht von Fall zu Fall veränderbar ist. Auf der verlässlichen Grundlage eines positiven Rechts kann der juristische Diskurs seine Stärken ausspielen.<sup>7</sup> Ein vordringliches Anliegen ist dabei die Konturierung der grundrechtlichen Schutzbereiche, die vom Gerichtshof aus Gründen richterlicher Zurückhaltung zugunsten einer schnellen „Flucht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung“ oftmals vernachlässigt worden sind. Gerade in der Auseinandersetzung mit dem Leitbegriff der Freiheit kann die europäische Rechtswissenschaft mehr als bisher zu einem Referenzpunkt und Bezugsrahmen der Rechtspraxis werden und einen Beitrag für ein *besseres* Recht leisten.

In der Praxis wird diese normative Erwartung bisher allerdings nur unzureichend eingelöst. Obgleich der Text der Grundrechtecharta schon seit einigen Jahren vorliegt, scheint der juristische Diskurs nicht unbedingt Gefallen an seiner Deliberation zu finden.<sup>8</sup> Das Beharrungsvermögen der vor der Positivie-

---

sungsgerichtspositivismus“ bei *H. Schulze-Fielitz*, in: Festschrift R. Wahl, S. 405 (426f.), der die Wechselbezüglichkeit von Gericht und Wissenschaft betont (ebd., S. 417ff.); ähnlich *P. Lerche*, BayVBl. 2002, S. 649. Die Entwicklungslinien des Verhältnisses von Grundrechtswissenschaft und Rechtsprechung nachzeichnend *W. Schmidt*, a. a. O. – Vermehrten Rechtsprechungspositivismus im Zivilrecht beobachtet *W. Zöllner*, AcP 188 (1988), S. 85 (88).

<sup>3</sup> So die Einschätzung von *R. Smend*, Das Bundesverfassungsgericht, in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 581 (582), für das Verhältnis von Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht.

<sup>4</sup> Vgl. *W. Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130 (131): Auch ein „grundsätzlicher Kampf gegen eine Dogmatik bedeutet in gewissem Grade eine – negative – Bindung an sie“.

<sup>5</sup> So auch die Einschätzung von *G. Nicolaysen*, EuR 38 (2003), S. 719 (727).

<sup>6</sup> In Anlehnung an *P. Häberle*, JZ 1975, S. 297.

<sup>7</sup> In diese Richtung auch *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 1 Rn. 34; *U. Mager*, EuR Beiheft 3 (2004), S. 41 (48f.). Siehe auch die von *C. Starcke*, EuGRZ 1981, S. 545 (548f.), für einen geschriebenen Grundrechtskatalog vorgebrachten Argumente. Nach *T. v. Danwitz*, EuGRZ 2013, S. 253 (257), hat die Anwendung der Charta bereits zu einer „Spezifizierung“ des Grundrechtsschutzes geführt.

<sup>8</sup> Möglicherweise ist dies auch eine Fernwirkung gewisser autoallergischer Reaktionen der Rechtswissenschaft, die der eigenen Theorien überdrüssig geworden ist. Schon vor annä-

nung der Grundrechte eingespielten Auslegungsroutinen ist beträchtlich und lässt neuen Sichtweisen und Argumenten oft nur wenig Raum.<sup>9</sup> Anteil daran haben, wie es scheint, neben tiefer liegenden, hier nicht weiter zu erörternden Faktoren,<sup>10</sup> auch die mehrfachen, durch den EUV bestätigten (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3, Abs. 3) Selbstbindungen der Charta an die Tradition: an die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 52 Abs. 4 GRCh), an die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 52 Abs. 3 Satz 1, Art. 53 GRCh), an die Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Abs. 5 Satz 1 Präambel GRCh) und schließlich an die sog. Charta-Erläuterungen, die den einzelnen Artikeln des Grundrechtskatalogs zu ihrer Auslegung beigegeben sind. Sie stammen vom Präsidium des Konvents, der den Entwurf der Charta erarbeitet hat. Indem sie die Grundrechte in den Rahmen des Herkömmlichen stellten, völkerrechtlich kontextualisierten und sie aus diesen Bezügen heraus verstanden, dienten sie gleichsam der Zähmung des Innovationspotentials und damit der politischen Durchsetzbarkeit der Charta. Dementsprechend begrenzen die Charta-Erläuterungen heute zumindest faktisch den Raum des argumentativ Möglichen. Auch wenn der vertragliche Bindungswille der Mitgliedstaaten sie nicht unmittelbar umfasst, sind die Interpretationshilfen doch – so wollen es die Präambel der Charta (Abs. 5 S. 2), Art. 52 Abs. 7 GRCh und Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV – von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten „gebührend zu berücksichtigen“. Die Erläuterungen stellen damit eine Art Selbstinterpretation der Charta dar. In einer für das Unionsrecht typischen Weise objektivieren sie die Methode der subjektiven Auslegung.<sup>11</sup> Gerade für die Wettbewerbsfreiheit ist das, wie noch deutlich werden wird, von besonderer Bedeutung.

Als zu konservativ erweist sich gleichwohl die Einschätzung, die Inhalte der Charta seien kraft dieser Rückbindungen gleichsam in Stein gemeißelt, ihr Inkrafttreten sei also nicht bloß ein weiterer Schritt, sondern der vorläufige End-

---

hernd 40 Jahren meinte *F. Ossenbühl*, NJW 1976, S. 2100, es sei reizvoll, den „gelehrten Stapel von Grundrechtstheorien beiseite zu legen und zu fragen, wie das BVerfG Grundrechte versteht und wie es mit den Grundrechten umgeht“.

<sup>9</sup> Der Umgang mit der Grundrechtecharta ist hier kein Einzelfall: Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 vermochte das Pandektenrecht nur ganz allmählich zu überformen, vgl. *F. Rittner*, in: Festschrift U. Immenga, S. 319 (328). Der Verwaltungsrechtswissenschaftler mag auch an die zögerliche und bis heute unvollständige Rezeption der durch das Verwaltungsverfahrensgesetz von 1976 positivierten Fassung des Begriffs des Verwaltungsakts in der Rechtsprechung denken, vgl. *H. Meyer*, in: Festgabe 50 Jahre BVerwG, S. 551 (553 ff.).

<sup>10</sup> Der direkte wissenschaftliche Diskurs über die Ländergrenzen hinweg ist bis heute eine Ausnahme. Der „europäische Jurist“, den Peter Häberle in seiner St. Galler Abschiedsvorlesung beschrieb (*P. Häberle*, Der europäische Jurist; s. auch *ders.*, Europäische Verfassungslehre, S. 143 ff.), ist Angehöriger einer seltenen Spezies.

<sup>11</sup> Näher *J. H. Klement*, JöR 61 (2013), S. 115 (136).

punkt der europäischen Grundrechtsentwicklung.<sup>12</sup> Auch wenn sich die Charta entsprechend dem Mandat des Konvents<sup>13</sup> selbst nur die Aufgabe zuspricht, die Grundrechte „sichtbar“ zu machen (Abs. 4 Präambel), ist sie keine bloße Verschriftlichung des Richterrechts:

Zum einen scheidet eine Gleichsetzung der Charta-Grundrechte mit den Inhalten der Rechtsprechung schon daran, dass ein Gericht wie der Gerichtshof nur vergangene Fälle zu entscheiden, aber nicht abstrakt-generelle Normen für zukünftige Fälle zu formulieren hat (wenngleich es ein Gebot der Klugheit für staatliche Entscheider sein kann, sich an den Entscheidungen der Gerichte zu orientieren, diese mithin eine „faktische Regelungswirkung“ haben). Soweit in den Entscheidungsgründen abstrakt-generelle dogmatische Sätze gebildet werden, ist dies nur ein Mittel der argumentativen Rückbindung an vorfindliche Maßstäbe und zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen. Die Urteile des Gerichtshofs antworten auf unterschiedliche tatsächliche Konstellationen und Rechtsschutzbegehren im steten Wandel der grundrechtspolitischen Kontexte. Oft sind sie geprägt von der Auseinandersetzung mit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, in welcher der jeweilige Rechtsstreit wurzelt, und lassen sie Rechtsprechungslinien gerade in Grundsatzfragen nur in der inhaltsarmen Argumentationsform der Selbstreferenz durch Zitatketten erkennen. Selbst wenn die Autoren der Charta also darauf abzielten, nur die Rechtsprechung zu kondensieren, war ihr Unternehmen im Mindesten ein Akt der Selektion, Ordnung und Verallgemeinerung und schon deshalb schöpferischer Natur. Bei genauerer Betrachtung der Charta steht sogar zu vermuten, dass die wissenschaftliche Interpretation der Rechtsprechung oft stärker rezipiert wurde als die Rechtsprechung selbst und dass dabei die „deutsche“ Perspektive auf die Grundrechte tonangebend war.

Zum anderen ist der Prozess der Grundrechtsbildung mit dem Inkrafttreten der Charta nicht beendet.<sup>14</sup> Grundrechtstheorie und -dogmatik sind mehr als nur das Verstehen und der Vollzug eines entäußerten Willens des Verfassungsgebers. Was als singulärer Willensakt der Verfassungsgebung erscheint, ist in Wahrheit ein aus vielen Quellen gespeister, eher tastender Prozess der Normkreation.<sup>15</sup> Der Normgeber gibt die Norm nicht, er gibt sie in etwas „hinein“: in den juristischen Diskurs, einen Wettbewerb der Meinungen und Methoden,

---

<sup>12</sup> Das Innovationspotential der Charta wird unterschiedlich eingeschätzt. Während etwa *E. Pache/F. Rösch*, EWS 2009, S. 393 (397), „nur partielle“ inhaltliche Auswirkungen der neuen Charta erwarten, gehen andere von einer Verdichtung der rechtlichen Vorgaben für den politischen Prozess aus, vgl. *A. v. Bogdandy*, JZ 2001, S. 157 (167); *C. Grabenwarter*, DVBl. 2001, S. 1 (10). Ausführlich zu der Frage mit einer ersten Auswertung der Rechtsprechung *S. Iglesias Sánchez*, CML Rev. 49 (2012), S. 1565 ff.

<sup>13</sup> *C. Grabenwarter*, DVBl. 2001, S. 1 (10).

<sup>14</sup> Zutreffend schon *I. Pernice*, DVBl. 2000, S. 847 (850).

<sup>15</sup> Vgl. *P. Kirchhof*, in: Festschrift E. Jayme, S. 1165 (1170): das „rechtsstaatliche Bemühen um ein verstetigtes Gespräch über die Inhalte von Rechtssätzen“.

dessen Verlauf von gestaltbaren Regeln und Bedingungen abhängt, dessen Ergebnis aber stets in einem gewissen Maß offen ist. Aus der sprachlichen Hülle der Norm wird so die Norm selbst.<sup>16</sup> Es ist gerade dieses Verfahren mit – besonders bei nicht dicht gewobenen Texten wie denen einer Verfassung – ex ante nicht gewissem Ausgang, auf dem einige der positiven gesellschaftlichen Funktionen des Rechts beruhen. Selbst verbindlich vorgegebene Interpretationsregeln wie die Erläuterungen des Konvents determinieren nicht die Ergebnisse, ja sie können nicht einmal die „richtigen“ Auslegungsmethoden festlegen, denn als Inhalte des positiven Rechts sind sie ihrerseits auslegungsbedürftig und unvollständig.<sup>17</sup> Unbeschadet der Charta-Erläuterungen, die eine „zusätzliche“ historische und die subjektiv-teleologische Auslegung scheinbar entbehrlich machen, wird der Jurist deshalb letztlich doch wieder auf das Feld der Methodenlehre zurückgeworfen. Er wird dabei in den Blick zu nehmen haben, dass die Charta-Erläuterungen nicht von allen Mitgliedern des Konvents, sondern nur von seinem Präsidium verabschiedet wurden, und er wird sehen müssen, dass die Charta-Erläuterungen nicht zeitgleich mit der Charta verfasst wurden, sondern ein Akt *nachträglicher* Sinnzuschreibung sind.<sup>18</sup> Mit dem „historischen Willen“ des Normgebers – was auch immer damit gemeint ist – haben die Charta-Erläuterungen nichts zu tun.

## 2. Die „Theorie einer Dogmatik“

In dieser offenen Situation ist es das Unternehmen der vorliegenden Schrift, die Theorie einer Dogmatik des grundrechtlichen Schutzes der Freiheit im Wettbewerb zu entwickeln.<sup>19</sup> Die Theorie einer Dogmatik erhebt nicht den die Dogmatik kennzeichnenden Anspruch auf rechtliche Geltung.<sup>20</sup> Sie versteht sich aber als eine Theorie „für“ Dogmatik.<sup>21</sup> Der Leser wird nicht mit „reiner“ Theorie

<sup>16</sup> Zur Unterscheidung von Normtext und Norm *T. Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 23 ff.; *G. H. v. Wright*, Norm and Action, S. 93 f.; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 42 ff.

<sup>17</sup> *J. H. Klement*, JöR 61 (2013), S. 115 (137 f.). Ähnlich *U. Becker*, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 52 GRCh Rn. 21.

<sup>18</sup> Darauf hinweisend *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 52 GRCh Rn. 43.

<sup>19</sup> *R. Dreier*, in: Festschrift H. Schelsky, S. 103 (105), definiert juristische Theorien als „Theorien über Normen“. Ähnlich *O. Lepsius*, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, S. 1 (5).

<sup>20</sup> So zum Begriff der Dogmatik auch *M. Eifert*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 79 (87).

<sup>21</sup> Dass eine Theorie auf geltende Normen bezogen ist, macht sie mithin entgegen *R. Dreier*, in: Festschrift H. Schelsky, S. 103 (106), noch nicht zur dogmatischen Theorie (in diesem Sinne auch *C. Waldhoff*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider [Hrsg.], Was weiß Dogmatik?, S. 17 [30 ff.]). Mit dem Bezug auf das geltende Recht ist weder die Innengrenze zwischen Rechtstheorie und Rechtsdogmatik bestimmt – auch Rechtstheorie kann auf geltendes Recht bezogen sein – noch wird die Außengrenze der dogmatischen Jurisprudenz zu den Nachbarwissen-

konfrontiert, deren Ziel und Nutzen etwa darin liegen mag, ohne Bezug zur Unterscheidung von Recht und Unrecht einem kulturellen Grundbedürfnis nach Reflexion<sup>22</sup> Rechnung zu tragen. Es wird auch nicht ein allgemeiner Teil entworfen, der Aussagen über das Recht „an sich“ trifft und von den Inhalten des geltenden Rechts abstrahiert.<sup>23</sup> Beabsichtigt ist vielmehr ein Beitrag zur Rechtsfindung und Rechtsfortbildung in der Europäischen Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon. Die Theorie einer Dogmatik ist auf die Möglichkeit angelegt, in den Rang einer Dogmatik hineinzuwachsen. Um die Theorie zu entwickeln, zu verfeinern und zu verteidigen mag es zwar durchaus hilfreich und sogar erforderlich sein, das Recht auch von außen zu betrachten – etwa durch die Brille ökonomischer Wohlfahrtsbegriffe, soziologischer Gesellschaftsmodelle, philosophischer Vorstellungen von Gerechtigkeit oder der Demokratietheorie. Niemals aber wird die Grundrechtstheorie im hier verstandenen Sinne zur „Beobachterdisziplin“<sup>24</sup>, stets verfolgt sie den Zweck, die Innenperspektive des Rechts zu schärfen.

Gelegentlich heißt es, rechtswissenschaftliche Theorie habe es zur Aufgabe, die Routinen der juristischen Dogmatik und deren angebliche Selbstsicherheit durch Komplexität zu irritieren.<sup>25</sup> Es sollte aber nicht die positive, stabilisierende und auch vereinfachende Funktion der Theorie vergessen werden. Gewiss kann eine Theorie auf kritische Distanz zu einer defizitären Praxis gehen. Sie kann Störungen einblenden, die in der Rechtspraxis ausgeblendet werden müssen, und nicht selten wird sie zeigen, wie brüchig manche Grundannahme der Dogmatik ist. Der Modus des kritischen Weiterdenkens, des Hinterfragens selbst der Axiome macht die Rechtstheorie zu einer Teildisziplin einer als Methode verstandenen Philosophie<sup>26</sup> und zu einer Störung für alle, die sich auf dem

---

schaften klar. Rechtsnormen verweisen z. B. auch auf historische Tatsachen, ohne dass deshalb Theorien der Geschichtswissenschaft rechtsdogmatischen Charakter annehmen; die Soziologie kann die soziale Funktion juristischer Dogmatik reflektieren (*N. Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 187), bleibt dabei aber Soziologie; die Philosophie kann geltendes Recht in den Kategorien „Richtig“ und „Falsch“ bewerten (*G. Roellecke*, JZ 2011, S. 645 [652]: Rechtsphilosophie als „Public-Relations-Abteilung des Rechtssystems“), wird damit aber nicht zu einer Teildisziplin der Rechtsdogmatik. An anderer Stelle klassifiziert Dreier die auf das Recht bezogenen Theorien deshalb zu Recht nicht nach dem Gegenstand, sondern nach dem Erkenntnisinteresse als juristische, philosophische und soziologische Theorien: *R. Dreier*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Die Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, S. 309 (317).

<sup>22</sup> Dafür *R. M. Kiesow*, JZ 2010, S. 585 (591).

<sup>23</sup> *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 21 f., nennt (nur) solche Theorien „rechtstheoretische Theorien“. Einen in diesem Sinne rechtstheoretischen Ansatz wählt z. B. *E. Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, S. 3: eine „allgemeine, d. h. vom Inhalt bestimmter Rechtsordnungen abstrahierende Rechtslehre“.

<sup>24</sup> *M. Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 19.

<sup>25</sup> *M. Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 40; ähnlich *T. Vesting*, Rechtstheorie, Rn. 16.

<sup>26</sup> Siehe die entsprechende Fassung des Begriffs der Philosophie bei *H. Lenk*, Von Deutungen zu Wertungen, S. 7.

Kissen der herrschenden Meinungen ausruhen wollen. Theorie irritiert mit ihrer Kritik aber nicht „die“ Dogmatik als solche, sondern nur ihre Inhalte, ihren praktischen Gebrauch, sowie ein unfruchtbares, weil erkenntnistheoretisch naives oder „bequemes“ Verständnis von Rechtswissenschaft. Die Dogmatik selbst wird durch inhaltliche Kritik nicht irritiert, sondern gestärkt. Im Übrigen wird die Theorie die etablierte Dogmatik in vielen Fällen auch verteidigen, etwa indem sie den Gerechtigkeitsgehalt oder die Effizienz allgemeiner Regeln offenlegt und sie auf diese Weise gegen im Namen von Einzelfallgerechtigkeit geführte „Querschläge“ abschirmt. In alledem bleibt die Theorie dem Ziel einer Stabilisierung der Unterscheidung von Recht und Unrecht und damit dem wohlverstandenen Anliegen juristischer Dogmatik verpflichtet.

Wenn die vorliegende Schrift „nur“ eine Theorie der Wettbewerbsfreiheit entwickelt, dann könnte man dahinter eine besondere Form des Skeptizismus, nämlich die Überzeugung vermuten, dass die Rechtswissenschaft mangels Rechtserzeugungskompetenz nicht den Anspruch erheben kann, im Modus rechtlicher Geltung zu sprechen.<sup>27</sup> Zweifellos trifft es ja zu, dass die Wissenschaft die Ergebnisse des aus vielen Quellen gespeisten diskursiven Prozesses der Normerzeugung, dessen Bestandteil sie selbst ist, nicht vorwegnehmen kann, dass dieser Prozess auch durch Kompetenzen geleitet und letztlich durch Kompetenzen (wenngleich stets nur vorläufig) „abgeschlossen“ wird, dass Rechtswissenschaft nicht allein als Wissenschaft, sondern immer auch als Kunst begriffen werden muss. Gleichwohl teilt die Untersuchung nicht die Bedenken, die gegenüber der angeblichen „Selbstermächtigung“<sup>28</sup> der juristischen Dogmatik zur Weiterbildung des Rechts vorgebracht werden. Gerade weil die Wissenschaft keine zwangsbewehrte Verbindlichkeit erzeugt, benötigt sie für ihre Normgeltungsbehauptungen keine Kompetenz – im Übrigen ist die Teilnahme der Wissenschaft am diskursiven Rechtserzeugungsprozess in der vom Normsetzer vorgefundenen und genutzten Rechtsordnung von Anfang an mitgedacht.

Es geht also nicht darum, Rechtsdogmatik zu ersetzen oder aus dem Kreis der Gegenstände von Rechtswissenschaft auszuschließen, sondern darum, sie zu ergänzen. Die normative Funktion der Wissenschaft erfüllt sich im juristischen Diskurs auch im Vorausdenken des *Möglichen*.<sup>29</sup> Das Proprium der Gerichte ist es, Rechtsfragen letztverbindlich zu entscheiden. Sie können diese Funktion ge-

<sup>27</sup> M. Jestaedt, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 241 (266, 272f.); Die Rechtsdogmatik dürfe sich nicht als Rechtserzeuger „gerieren“. Entgegengesetzte Position etwa bei W. Hassemer, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 3 (10f.); M. Eifert, ebd., S. 79 (91ff.); U. Neumann, in: Gedächtnisschrift W. Brugger, S. 249 (251).

<sup>28</sup> O. Lepsius, in: T. Vesting/S. Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, S. 149 (161); ders., in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 40 (43ff., 52).

<sup>29</sup> Für das europäische Recht P. Dann, GLJ 6 (2005), S. 1453 (1457); für die Verfassungs-

genüber der Rechtsetzung und der Verwaltung aber nur mit der spezifisch juristischen Rationalität ihrer Argumentation rechtfertigen und verteidigen. In der Fiktion eines normativ geschlossenen Rechts, der Erzeugung von Recht aus nichts anderem als vorgefundenem Recht und Tatsachen,<sup>30</sup> liegt die materielle Rechtfertigung der Gewaltenteilung. Das Proprium der „kompetenzlosen“ Wissenschaft hingegen ist es, nicht in den rechtlichen Hierarchien und Prozeduren denken zu müssen und die Freiheit des unverbindlichen Entwurfs zu haben.<sup>31</sup> Ihr Beitrag zur Fortentwicklung des Rechts liegt darin, den Kanon der Methodenlehre kontrolliert zu überschreiten, den „Sprung über die normativen Ebenen“ hinweg zu wagen, den Platz eines Rechtsinstituts im „rechtskulturellen“ Zusammenhang zu finden<sup>32</sup> und auch nach dem richtigen statt nur nach dem geltenden Recht zu fragen.<sup>33</sup> Die Rechtswissenschaft tritt in die strukturelle Lücke zwischen der Entwicklungs Offenheit des Rechts und dem normativen Postulat einer vergangenheitsbezogenen Geschlossenheit der administrativen und gerichtlichen Rechtsanwendung. Für diese hält sie den Kontakt mit der „Umwelt“ des Rechts und organisiert die erforderlichen<sup>34</sup> Transfers,<sup>35</sup> ohne damit den Einzelfall zu belasten.<sup>36</sup> Zugespitzt: Ohne die offene Flanke der Theorie wäre eine geschlossene Rechtspraxis nicht zu haben.<sup>37</sup>

---

rechtswissenschaft *P. Lerche*, BayVBl. 2002, S. 649 (650). Vgl. auch *O. Lepsius*, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, S. 1 (19ff.).

<sup>30</sup> Das Ideal der Geschlossenheit beschreibt *G. Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, S. 8, mit den Worten: „Positives Recht ist selbstproduziertes Recht – nicht nur im Sinne eines von Menschenhand gemachten Rechts, sondern im Sinne eines durch Recht hergestellten Rechts.“ Die Theorie des autopoietischen Rechts geht selbst nicht von einer Geschlossenheit, sondern von einer (allerdings vom Recht selbst bestimmten) Kommunikation des Rechts mit seiner Umwelt aus (deutlich ebd., S. 30f.). Das entspricht in etwa dem, was im Folgenden unter einem (rechtstheoriegeleiteten) Lernen des Rechts verstanden wird.

<sup>31</sup> Ähnlich *W. Krawietz*, in: *H. Albert u.a.* (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. II (1972), S. 12 (15 mit Fn. 14); *H. Schulze-Fielitz*, in: *Festschrift R. Wahl*, S. 405.

<sup>32</sup> Vgl. *P. Häberle*, *Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates*, *Rechtstheorie* 22 (1991), S. 431 (445).

<sup>33</sup> Sehr viel freimütiger wird in der Zivilrechtswissenschaft von einer „Aufgabenteilung“ zwischen Gesetzgebern, Gerichten und Wissenschaft bei der Fortbildung des Rechts gesprochen, vgl. *K. Schmidt*, *JZ* 2009, S. 10 (11). Die Habilitationsschrift von *Peter Ulmer* (*Der Vertragshändler*, 1969), nennt Schmidt gar ein „Rechtsfortbildungsprogramm“.

<sup>34</sup> Wie *C. Möllers*, *Gewaltengliederung*, S. 13f., bemerkt, lässt sich Dogmatik gegenüber der Theorie niemals „völlig immunisieren“; zur Kontextabhängigkeit der europarechtlichen Dogmatik *U. Haltern*, *Europarecht*, Rn. 13ff.; *A. v. Bogdandy*, *JZ* 2011, S. 1 (6); *F. Snyder*, *New Directions in European Community Law*, S. 13f. Allgemein *M. Jestaedt*, in: *ders./O. Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, S. 185 (187).

<sup>35</sup> *E.-J. Mestmäcker*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.9.2009, S. 8: Die im Recht „aufbewahrten“ Ordnungsprinzipien müssen mit der Hilfe der Nachbarwissenschaften immer wieder neu zur Geltung gebracht werden.

<sup>36</sup> Zur Arbeitsbelastung von BVerfG und EuGH als Grund für Defizite im wechselseitigen Lernen *W. Hoffmann-Riem*, *EuGRZ* 2002, S. 473 (479).

<sup>37</sup> Nach *J. Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*,

An europäischen Rechtstheorien gibt es einen über die Grundrechtcharta hinausweisenden Bedarf.<sup>38</sup> Die Ausdifferenzierung von Zielen und Politiken der Union, eine gewachsene Sensibilität für das Prinzip der Subsidiarität und für das rechtsstaatliche Erfordernis der Transformation von Prinzipien in Regeln sowie nicht zuletzt Tendenzen zu einer neuen Austarierung der Gewichte von Wettbewerb und politischer Entscheidung bei der Allokation von Ressourcen<sup>39</sup> verlangen nach Erklärung, Ordnung und Anleitung. Auch die Judikatur des Gerichtshofs wächst allem Anschein nach allmählich aus ihrer Rolle als „Motor der Integration“<sup>40</sup> heraus,<sup>41</sup> und lässt sich nicht mehr auf die alte Ein-Punkt-Formel des „Effet utile“ bringen.<sup>42</sup> Die Positivierung der Grundrechte verstärkt diese Entwicklung, denn bei allem Streit um die Grundrechtsdimensionen wird man doch sagen können, dass sie der politischen Gestaltung eher Grenzen setzen als sie befördern, vordergründig also Gegenspieler des „Effet utile“ sind.<sup>43</sup> Wenn es außerdem stimmt, dass ein Rechtswandel durch Rechtserzeugung auf der Ebene des Primärrechts nach den Schwierigkeiten mit der Ratifikation des Vertrags von Lissabon auf längere Sicht eher unwahrscheinlich

---

S.7, ist ein „schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fall-Praxis und den Formkräften der Schule“ notwendig. Für eine Funktionsteilung von Theorie und Praxis auch R. *Dubischar*, Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft, S.96f., 134; M. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, S.42, 63, 82 und passim; H. *Schulze-Fielitz*, in: Festschrift R. Wahl, S.405 (406). Nach J. *Isensee*, in: Festschrift E. Schmidt-Jortzig, S.269 (272), stellt die Theorie der Interpretation „wissenschaftlich aufbereitetes Vorverständnis zur Verfügung“. Ähnlich M. *Mahlmann*, EuR 2011, S.469 (477).

<sup>38</sup> R. *Wahl*, JZ 2005, S.916 (916f.); M. *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S.106f.; M. *Mahlmann*, EuR 2011, S.469 (477f.); M. *Morlok*, in: R. Lhotta/J. Oebbecke/W. Reh (Hrsg.), Deutsche und Europäische Verfassungsgeschichte, S.113 (113).

<sup>39</sup> Man nehme als Beispiele nur die den Begriff der Beihilfe einschränkende Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747), des Weiteren die neuere extensive Interpretation der Vorschriften über die Gewährleistung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art.106 Abs.2 Satz 1 AEUV, Art.14 AEUV); siehe dazu C. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S.62, 552ff.; C. *Koenig/J. Paul*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art.106 AEUV Rn.36) und schließlich die sog. (Re-)Politisierung des Vergaberechts (M. *Burgi*, in: Festschrift W. Brohm, S.35 [42ff.; 46ff.]) durch die Zulassung „vergaberechtsfremder Zwecke“ (vgl. nunmehr Art.18 Abs.2, Art.67 Abs.2 S.1, S.3 lit. b, Art.70 S.2 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, sog. Basisvergaberichtlinie).

<sup>40</sup> Distanziert J. *Kokott/C. Sobotta*, EuGRZ 2013, S.465: zwar nicht Motor, aber eine der „wichtigsten Werkstätten“ der Integration.

<sup>41</sup> Aus dem Recht der Grundfreiheiten wird in diesem Zusammenhang oft auf EuGH, Urt. v. 19.5.2009 – Rs. C-171/07 und C-172/07, Doc Morris, Slg. 2009, I-4171 (Rn.35ff.), verwiesen, wo der EuGH den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Kompetenz zubilligt, innerhalb eines „Wertungsspielraums“ über das „Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu entscheiden“. Kritisch zu dieser Entscheidung C. *D. Classen*, Jura 2010, S.56ff.

<sup>42</sup> Vgl. A. v. *Bogdandy*, Der Staat 40 (2001), S.3 (24): Das Unionsrecht ist aus seiner „Ein-dimensionalität“ und „Einseitigkeit“ herausgetreten und „multifunktional“ geworden.

<sup>43</sup> Zur Spannungslage zwischen Grundrechtsschutz und „Effet utile“ L. *Manthey/L. Unseld*, ZEuS 2011, S.323ff.

ist und nur durch außergewöhnliche Ereignisse angestoßen werden kann,<sup>44</sup> wird das europäische Recht schließlich auch aus diesem Grund einer höheren Dosis an Theorie bedürfen, will es einerseits mit der Zeit gehen und andererseits den Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft gegenüber mancher Nonchalance der Politik und hoher Behörden verteidigen.<sup>45</sup>

## II. Die schwache Grundlage der Wettbewerbsfreiheit

Was den Schutz der Wettbewerbsfreiheit anbelangt, so folgen die Offenheit der europäischen Grundrechtsentwicklung und der Bedarf an Grundrechtstheorie aus den Lücken des geschriebenen Rechts. Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält sich nahezu jeder Aussage über wirtschaftliche Freiheiten. Sie formuliert nicht einmal ein Grundrecht der Berufsfreiheit; die Eigentumsfreiheit wird nur in einem nachträglich verabschiedeten Zusatzprotokoll geregelt. In die Grundrechtecharta wurden zwar neben der Eigentumsfreiheit (Art. 17 GRCh) weitere wirtschaftsrelevante Grundrechte aufgenommen, namentlich die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) und die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh). Das Wort „Wettbewerb“ aber kennt auch die Charta nicht.

Dass dies allein nicht daran hindert, über einen grundrechtlichen Schutz des Wettbewerbs nachzudenken und sogar einem speziellen Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit das Wort zu reden, zeigt das Beispiel der deutschen Rechtswissenschaft, die im Grundgesetz einen noch dürftigeren textlichen Ausgangsbefund vorfindet.<sup>46</sup> Gleichwohl wäre die Geschichte der Wettbewerbsfreiheit in der Grundrechtecharta möglicherweise schneller erzählt und fände weniger Aufmerksamkeit, enthielten die Charta-Erläuterungen des Präsidiums nicht eine sprachlich eher ungenau gefügte, inhaltlich verschlungene Wendung zum Grundrecht der „unternehmerischen Freiheit“<sup>47</sup>, die so gelesen werden kann, als erhebe sie einen subjektiv-rechtlichen Schutz des Wettbewerbs zu geltendem Recht. Mehr im Stile eines Notars, der Geschehenes beurkundet, denn eines spiritus rector europäischer Verfassungsgebung nennt das Konventspräsidium zwei normative Grundlagen, auf die sich das Grundrecht der unternehmeri-

---

<sup>44</sup> Vgl. Beschl. des Europäischen Rates v. 25.3.2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (2011/199/EU).

<sup>45</sup> Allgemein zur rechtsschöpferischen Rolle der Interpretation als Reaktion auf ein geringeres Maß an autonomer Wandlungsfähigkeit des Rechts *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 277; auf diesen Zusammenhang hinweisend auch *P.-C. Müller-Graff*, in: Festschrift H. Konzen, S. 583 (585 Fn. 18); *C. Tomuschat*, in: Festschrift G. Ress, S. 857 (861).

<sup>46</sup> 14. Kap., I., S. 383 ff.; zur Theorie der „normgeprägten Wettbewerbsfreiheit“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 11. Kap., S. 303 ff.

<sup>47</sup> Englisch: „freedom to conduct a business“; französisch: „liberté d'entreprise“; italienisch: „libertà d'impresa“, spanisch: „libertad de empresa“.

schen Freiheit stützen soll: zum einen die Rechtsprechung des Gerichtshofs, welche die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und die Vertragsfreiheit<sup>48</sup> anerkannt habe, und zum anderen „Artikel 119 Absätze 1 und 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in dem der freie Wettbewerb anerkannt wird“.

Es überrascht nicht, dass diese Wendung einige Autoren dazu veranlasst, die Wettbewerbsfreiheit als eigenständiges subjektives Recht<sup>49</sup> zu qualifizieren.<sup>50</sup> Bei näherem Hinsehen aber bestätigt sich, dass sich die Jurisprudenz mit dem Hinweis auf den quasi-positivierten Interpretationsvorschlag nicht der Mühe eigenen Nachdenkens entledigen kann. Das gilt nicht allein deshalb, weil die Grundrechtecharta nur eine „gebührende Berücksichtigung“ der Erläuterungen des Präsidiums verlangt, diese also nicht zum alleinigen Maßstab erklärt. Auch der *Inhalt* der Erläuterungen zu Art. 16 GRCh ist nicht eindeutig und bedarf seinerseits der Auslegung. Enigmatisch ist der Hinweis auf den im Vertrag „anerkannten“ freien Wettbewerb schon hinsichtlich des „Ob“ eines Rechts der Wettbewerbsfreiheit. Sicher ist nur, dass eine im AEUV enthaltene objektiv-rechtliche Gewährleistung des „freien Wettbewerbs“ als eine von mehreren „Stützen“ des subjektiven Rechts auf unternehmerische Freiheit angeführt wird. Es ist logisch nicht zwingend und nicht einmal naheliegend, daraus auf eine Subjektivierung der objektiv-rechtlichen Gewährleistung zu schließen, also den Wettbewerb unmittelbar zum Schutzgut eines Grundrechts zu machen.<sup>51</sup> Sicherlich sind Synergieeffekte von Grundrechts- und Wettbewerbschutz nicht zu bestreiten. Man mag noch einen Schritt weitergehen und einen rein objektiv-rechtlichen Schutz des Wettbewerbs ohne subjektive (Grund-) Rechte für auf Dauer ungeeignet halten.<sup>52</sup> Doch lässt sich daraus weder ein Argument für die Notwendigkeit speziell eines *grundrechtlichen* subjektiven Rechts gewinnen noch schlussfolgern, dass ein grundrechtlicher Schutz des Wettbewerbs die Wettbewerbsfreiheit als solche zum grundrechtlichen Schutz-

<sup>48</sup> Zur Vertragsfreiheit als ungeschriebenem primärrechtlichen Grundsatz *K. Riesenhuber*, in: K. J. Hopt/R. Veil/J. A. Kämmerer (Hrsg.), Kapitalmarktgesetzgebung im Europäischen Binnenmarkt, S. 23 (28 ff.).

<sup>49</sup> Trotz der – aus der französischen Begrifflichkeit herrührenden – Unterscheidung von Rechten und Freiheiten in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1, 3 EUV, Abs. 7 Präambel GRCh besteht kein Zweifel daran, dass auch die Freiheiten der Grundrechtecharta (Art. 6–19) durch subjektive Rechte bewehrt sind. Vgl. *H. D. Jarass*, GRCh, Einleitung Rn. 46.

<sup>50</sup> *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Art. 16 GRCh Rn. 2; *J. Kersten*, VVD-StRL 69 (2010), S. 288 (308); *J. Schwarze*, EuZW 2001, S. 517 (518); *ders.*, EuZW 2004, S. 135 (139); *H. D. Jarass*, GRCh, Art. 16 Rn. 9.

<sup>51</sup> Zweifel auch bei *R. Streinz*, in: *ders.* (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 16 GRCh Rn. 6; *N. Bernsdorff*, in: *J. Meyer* (Hrsg.), GRCh, Art. 16 Rn. 14; *W. Durner*, Wirtschaftliche Grundrechte, in: *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/1, § 162 Rn. 27; offen *M. Hilf/S. Hörmann*, NJW 2003, S. 1 (5 f.); *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 20 Rn. 801 ff.; *H.-W. Rengeling*, DVBl. 2004, S. 453 (459).

<sup>52</sup> Zu diesem Gedanken 15. Kap., II. 4. a) aa), S. 507.

gut erheben muss. Es ist zwischen den Inhalten und den Wirkungen einer Norm zu unterscheiden. Wettbewerbskonstituierende Rechte müssen nicht durch den Begriff des Wettbewerbs konstituiert sein. Die Charta-Erläuterungen geben deshalb für ein Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit kaum etwas her.

Auch die Analysen der Judikatur des Gerichtshofs bringen keine klare Bestätigung oder Widerlegung der These eines selbstständigen Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit.<sup>53</sup> Die Interpreten der Rechtsprechung sind sich uneins, ob der Gerichtshof ein solches Recht anerkennt,<sup>54</sup> nicht anerkennt,<sup>55</sup> „noch nicht anerkennt“<sup>56</sup> oder sich bisher weder in die eine noch in die andere Richtung festgelegt hat.<sup>57</sup> In zwei neueren Entscheidungen stellt der Gerichtshof in obiter dicta ausdrücklich fest, dass der durch Art. 16 GRCh gewährte Schutz den „freien Wettbewerb“ umfasse, ohne aber näher darzulegen, was darunter zu verstehen sei und ohne das Verhältnis zum übrigen Wettbewerbsrecht zu klären.<sup>58</sup> Der Blick auf die Dogmatik des deutschen öffentlichen Wirtschaftsrechts, das in wesentlichen Teilen von Verfassungsrecht dirigiert ist, schärft ebenfalls eher den Sinn für die Schwierigkeiten eines grundrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit als direkt zu einer Lösung zu führen.<sup>59</sup> Im deutschen Diskurs fehlt es zwar nicht an klaren Stellungnahmen zugunsten eines Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit. Neuere Deutungen der Wettbewerbsfreiheit als Teilhaberecht<sup>60</sup> oder als normgeprägtes Grundrecht<sup>61</sup>, wie sie auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugeschrieben werden, harren aber

---

<sup>53</sup> Näher 14. Kap., II. 2., S. 397 ff.

<sup>54</sup> P. VerLoren van Themaat, in: Festschrift H. v. der Groeben, S. 425 (435); N. Löw, Der Rechtsschutz des Konkurrenten gegenüber Subventionen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, S. 78; L. Cronen, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 111; S. Storr, Der Staat 36 (1997), S. 547 (557).

<sup>55</sup> F. C. Mayer, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 41. Ergänzungslieferung Juli 2010, nach Art. 6 EUV Rn. 196; C. Nowak, in: P. Behrens/E. Braun/C. Nowak (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, S. 23 (29).

<sup>56</sup> P. v. Dietze, Verfahrensbeteiligung und Klagebefugnis im EG-Recht, S. 134, Hervorhebung vom Verfasser.

<sup>57</sup> N. Bernsdorff, in: J. Meyer (Hrsg.), GRCh, Art. 16 Rn. 14; N. Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 109; E. Staebe, Rechtsschutz bei gemeinschaftswidrigen Beihilfen vor europäischen und deutschen Gerichten, S. 78, 82; W. Durner, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/1, § 162 Rn. 27.

<sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11, Sky Österreich, EuZW 2013, S. 347 (Rn. 42); Urt. v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12, Herbert Schaible, AUR 2014, S. 22 (Rn. 25).

<sup>59</sup> Vgl. den Befund bei M. Brenner, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V/II, § 115 Rn. 7f., 18.

<sup>60</sup> So zur Rechtsprechung des BVerfG S. Rixen, in: A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, S. 109.

<sup>61</sup> M. Bäcker, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht. Zum Begriff des normgeprägten Grundrechts M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 30.

der wissenschaftlichen Bewältigung.<sup>62</sup> Es will sogar scheinen, als trage jeder neue praktisch zu lösende Fall – etwa aus dem Beihilfenrecht, dem Kommunalwirtschaftsrecht, dem Vergaberecht, dem Informationsrecht oder einem anderen Referenzgebiet – eher zur weiteren Zerfaserung als zur Konsolidierung der Dogmatik bei. Das lässt vermuten, dass der europäische Grundrehtediskurs zwar vom nationalen Recht „lernen“, ihm aber nicht nachfolgen sollte.

### III. Lernende Grundrechtstheorie

Die Ungewissheit gegenüber der Wettbewerbsfreiheit hängt auch mit der schon vor mehr als vier Jahrzehnten beobachteten „skeptischen Resignation“ der Verfassungsrechtler gegenüber dem Kartellrecht<sup>63</sup> und allgemein der „Sprachlosigkeit“<sup>64</sup> zwischen den juristischen Disziplinen zusammen. Das bequeme und leider auch durch universitäre Strukturen motivierte Lagerdenken sollte die deutsche Rechtswissenschaft gerade im Kontext des europäischen Rechts um der Sache willen und sich selbst zuliebe überwinden. Die Grundrechtstheorie kann von kartellrechtlichen Studien profitieren, so wie umgekehrt die Kartellrechtsdogmatik einen Nutzen von grundrechtlichen Untersuchungen haben kann.<sup>65</sup> Ein doppeltes wechselseitiges Lernen ist möglich und geboten: zwischen den beiden Teilrechtsordnungen und zwischen Theorie und Dogmatik. Der Gedanke einer „lernenden Grundrechtstheorie“ greift aber noch weiter aus. Er wird im Nachfolgenden auch für das Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht und von Recht und Ökonomie fruchtbar gemacht. Dieser integrative Ansatz zwingt sicherlich mitunter zu professionellem Dilettantismus, nimmt Vereinfachungen in Kauf und kann Übertragungsfehler nicht ausschließen. Doch ist das Verbinden von Diskursen das beste, das einzige Mittel gegen zwei viel größere Gefahren für die Rechtswissenschaft: gegen die Fliehkräfte des Spezialistentums, die Diskurse „vermachen“ und ein Denken in Zusammenhängen erschweren,<sup>66</sup> sowie gegen die Isolation von den Geistes- und Sozialwissenschaften.

<sup>62</sup> Siehe die Einschätzung bei *P. F. Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 204, zu einem aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit: Eine ausdifferenzierte Rechtsdogmatik zu diesem Grundrecht sei nicht entwickelt worden, sein Schutzbereich sei kaum konkretisiert; ähnlich *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 235; *J. Hellermann*, in: Festschrift R. Wahl, S. 323 (325).

<sup>63</sup> So im Jahr 1968 *H. H. Rupp*, in: E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, S. 187 (189).

<sup>64</sup> *M. Jestaedt*, in: ders./O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, S. 185 (201 f.); ähnlich *F. Rittner*, JZ 2011, S. 269 (269). Von einem „tiefen Graben“, den kaum noch jemand zu überspringen vermag, spricht *W. Zöllner*, AcP 188 (1988), S. 85 (90).

<sup>65</sup> Für ein Verständnis des Wettbewerbsrechts als gemeinsame Aufgabe *P. Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (505 f.); *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), S. 169 (172 f.).

<sup>66</sup> Zu dem im Verwaltungsrecht erkannten Bedarf an „Reintegration“ *A. Voßkuhle*, in:

## 1. Lernen von der nationalen Grundrechtstheorie

Die supranationale europäische Rechtsordnung ist darauf angelegt, ihre Inhalte gegenüber dem partikularen nationalen Recht durchzusetzen, ihren formellen Anwendungsvorrang also auch materiell einzulösen. Im Interesse der Vereinheitlichung ist gelegentlich der Preis einer Irritation oder Zerstörung von „etablierten“ Dogmatiken zu zahlen. Der Selbststand des europäischen Rechts hindert aber nicht daran, europäische Theorien (auch) vor dem Hintergrund nationaler Erfahrungen zu entwickeln<sup>67</sup> und „Reaktionsmuster“ des nationalen Rechts auf bestimmte Sachfragen wegen ihrer inhaltlichen Überzeugungskraft für den Export anzubieten.<sup>68</sup> Insbesondere kann die Rechtswissenschaft aus dem verfassungsrechtlichen Erfahrungsschatz der Mitgliedstaaten fruchtbare Gegenentwürfe zur Rechtsprechung des Gerichtshofs gewinnen<sup>69</sup> und die Grundrechtecharta auf diese Weise mit Leben füllen. Während die bisherigen Rezeptionsverläufe hinsichtlich des europäischen Organisationsrechts, des Verwaltungsrechts und des Prozessrechts nur mit Mühe nachzuzeichnen sind – die anfänglich starke Prägung durch das französische und auch deutsche Recht scheint hier einer angelsächsischen Dominanz (Prozeduralisierung!) gewichen zu sein<sup>70</sup> – wird man für die Grundrechtsdogmatik von einem Erfolg des Grundgesetzes in seiner Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht sprechen dürfen.<sup>71</sup> Aus dem nationalen verfassungsrechtlichen Erfahrungsschatz sind etwa die dreistufige Prüfung der Abwehrgrundrechte, der Verhält-

---

W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 1 Rn. 43 ff.; für das Staatsrecht H. Schulze-Fielitz, JöR 50 (2002), S. 1 (36); für das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht P. D. Pichler, Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, S. 175 ff.; allgemein für das Zivilrecht C. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 8.

<sup>67</sup> In diesem Sinne auch P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 1094; grundlegend zum Lernen vom Fremden P. Häberle, JZ 1992, S. 1033 ff. Ähnlich G. Nicolaysen, in: Gedächtnisschrift C. Sasse, Bd. II, S. 651 (654 f.); T. Schmitz, JZ 2001, S. 833 (837); M. Holoubek, in: Festschrift J. Schwarze, S. 109 (109 f.).

<sup>68</sup> Grundlegend zur wechselseitigen Durchlässigkeit der nationalen und supranationalen Rechtsordnungen M. Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Zu dem sich auch durch Rechtsetzung vollziehenden Lernen des Unionsrechts vom nationalen Recht vgl. P.-C. Müller-Graff, in: Festschrift H. Konzen, S. 583 ff., der von einer Spielart des „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“ spricht (ebd., S. 597); R. Wabl, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 868 (875); ders., JZ 2012, S. 861 (865). Nach M. Nettesheim, in: Festschrift J. Isensee, S. 733 (742), lässt der EuGH in gewissem Umfang auch „Rücksichtnahme und Entgegenkommen“ gegenüber den nationalen Rechtsordnungen erkennen“. Die Motivation zum Lernen sei also nicht allein die Verbesserung der eigenen „Qualität“.

<sup>69</sup> A. v. Bogdandy, JZ 2001, S. 157 (158 f.); vgl. W. Hoffmann-Riem, EuGRZ 2002, S. 473 (479).

<sup>70</sup> M. Ruffert, Die Verwaltung Beiheft 7 (2007), S. 253 (255 ff.); W. Hoffmann-Riem, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 3 Rn. 11; J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. CXIV.

<sup>71</sup> Siehe P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, S. 1093.

nismäßigkeitsgrundsatz (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh)<sup>72</sup> und die in den meisten anderen Mitgliedstaaten nicht fest verwurzelte<sup>73</sup> Dogmatik des Vertrauensschutzes übernommen worden.

Auch die hier zu entwickelnde Grundrechtstheorie will die nationalen Grundrechte und die zu ihnen entwickelten Theorien als Erkenntnisquelle für die Grundrechtecharta nutzen. Schon die Vorstellung, es bedürfe überhaupt einer von „bloßer“ Dogmatik zu unterscheidenden Theorie und umgekehrt einer Dogmatik, die sich nicht in „bloßer“ Theorie erschöpft, ist wohl „typisch deutsch“.<sup>74</sup> Gerade solche Eigenarten<sup>75</sup> – und nicht der (vermeintliche) „Mainstream“ – sind in den supranationalen Diskurs einzuspeisen. Das europäische Recht wird umso stärker und besser, je mehr nationale Entwürfe es prüft und verarbeitet, je mehr Wettbewerb der Rechtsordnungen und der Rechtswissenschaften in dieser Hinsicht stattfindet. Rechtswissenschaftliche Theorie im europäischen Raum der Forschung (Art. 179 Abs. 1 AEUV) wird schon angesichts der Vielfalt der Grundverständnisse von Rechtswissenschaft und der Methoden, Verfassungstexte zu studieren, nie aus einem Kanon allgemein akzeptierter Lehrsätze bestehen, sondern immer aus Emergenzen einer vielstimmigen Kommunikation, die allen chancengleich offenstehen sollte und eben darum in einem guten Sinne „europäisch“ ist.<sup>76</sup>

Das „Lernen“ vom nationalen Recht meint nicht die direkte, blinde Übernahme von Inhalten,<sup>77</sup> nicht die Hochzoning nationaler Rechtsinstitute, kein Schreiben „von den eigenen Paradigmen her“<sup>78</sup>. Ebenso wenig ist der (vertikalen) Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“<sup>79</sup> das Wort zu reden; die Erkenntnis des Fremden hat keinen unmittelbaren rechtsnormativen Eigenwert.<sup>80</sup> „Lernen“ ist vielmehr die Antwort des aufnehmenden Rechts auf die Fragen, die ein anderes Recht ihm stellt. Es handelt sich nicht nur um einen

<sup>72</sup> Siehe dazu *O. Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>73</sup> *K.-D. Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 15 ff.

<sup>74</sup> Dazu in ähnlichem Zusammenhang *P. Dann*, GLJ 6 (2005), S. 1453 (1455 f.); vgl. auch *P. Häberle*, ZSE 2005, S. 235 (236).

<sup>75</sup> *A. v. Bogdandy*, JZ 2011, S. 1 (2): „markant eigene Duftnoten“.

<sup>76</sup> Ganz in diesem Sinne leitet *P. Häberle*, ZSE 2005, S. 235 (236), ein: „Wenn hier eine ‚Verfassungstheorie für Europa‘ skizziert wird, so kann dies zum einen nur in Selbstbescheidenheit geschehen: Es wird sich um eine ‚deutsche Ansicht‘ handeln, die der Ergänzung durch mindestens 24 andere, jüngere und ältere Autoren aus den übrigen EU-Ländern bedarf.“ Warnung vor einer Aufgabe der nationalen Diskursebene auch bei *M. Jestaedt*, JZ 2012, S. 1 (9).

<sup>77</sup> *P. Häberle*, Der europäische Jurist, S. 39; *G. Nicolaysen*, EuR 38 (2003), S. 719 (719); ähnlich *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, S. 463 (549, 555). Hervorgehoben für den grundrechtlichen Freiheitsbegriff bei *T. Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, S. 4.

<sup>78</sup> *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 158.

<sup>79</sup> *P. Häberle*, JZ 1989, S. 913 (916 ff.); *M. Mablmann*, EuR 2011, S. 469 (475).

<sup>80</sup> *J. H. Klement*, Verantwortung, S. 103 f.; *S. A. E. Martens*, Rechtstheorie 42 (2011), S. 145

nachvollziehenden, sondern immer auch schöpferischen Akt,<sup>81</sup> der zwangsläufig an *eigenen* übergeordneten Gesichtspunkten (an Theorie) ausgerichtet ist.<sup>82</sup> (Eine gewisse Zirkularität des Denkens ist hier unvermeidlich: Das Lernen, das zur Theoriebildung beitragen soll, ist seinerseits theorieabhängig.) Ob das eigene Verfassungsrecht „das beste der Welt“ ist,<sup>83</sup> steht also nicht zur Debatte. Die europäische Grundrechtstheorie kann nicht nur von den Vorzügen, sondern gerade auch von Ungereimtheiten und (vielleicht nur historisch zu erklärenden) Fehlentwicklungen der nationalen Rechtsordnungen profitieren, indem sie sich bewusst für einen anderen Weg entscheidet. Mit seiner Methode der wertenden Rechtsvergleichung bei der Entwicklung des Grundrechtsschutzes hat sich der Gerichtshof letztlich eben dieser Technik eines kritischen und durchaus selektiven Lernens bedient.<sup>84</sup> Nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner des Grundrechtsschutzes hat der Gerichtshof allenfalls vordergründig gesucht.

## 2. Lernen vom einfachen Recht

### a) Die induktive Methode

Theorie lernt von Dogmatik,<sup>85</sup> und die Lehren von den Grundrechten lernen von Erkenntnissen über das einfache Recht.<sup>86</sup> In Anlehnung an die Naturwissenschaften und einen bei der Arbeit mit Referenzgebieten im Verwaltungsrecht<sup>87</sup> etablierten Sprachgebrauch kann man von einer „induktiven“ Methode der Theoriegewinnung sprechen, welche die übliche Denkrichtung vom Allgemeinen und Höherrangigen zum Besonderen und Untergeordneten ergänzt.

---

(150); distanziert auch *H. Schulze-Fielitz*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, S. 11 (45).

<sup>81</sup> *P. Häberle*, JZ 1992, S. 1033 (1035): schöpferische Re-Produktion.

<sup>82</sup> *M. Eifert*, in: Festschrift B.-O. Bryde, S. 355 (356): „autonome Anpassung“.

<sup>83</sup> Auf diese Überzeugung führt *A. v. Bogdandy*, in: ders./P.C. Villalón/P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, § 39 Rn. 87, den seiner Einschätzung nach geringen Einfluss der Rechtsvergleichung in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft zurück.

<sup>84</sup> Vgl. *P.-C. Müller-Graff*, in: Festschrift H. Konzen, S. 583 (591): Einwirkung des BVerfG „in Gestalt von inhaltlicher Überzeugungskraft“; *A. v. Bogdandy*, JZ 2001, S. 157 (168): Grundrechte als der wohl am wenigsten „autonome“ Teil der supranationalen Rechtsordnung.

<sup>85</sup> Ähnliche Denkrichtung bei *C. Möllers*, in: R. Kreide/A. Niederberger (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung*, S. 160 (172): „Umkehrung der Lernrichtung nicht nur von der Demokratietheorie zur Demokratie, sondern auch umgekehrt von Praxen, die als demokratische Anerkennung finden, zur Demokratietheorie“.

<sup>86</sup> Für das nationale Recht *E. Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1. Kap. Rn. 20; *K.F. Gärditz*, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, S. 8f.; *K. Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung*, S. 9 (12, 21); *M. Eifert*, in: Festschrift B.-O. Bryde, S. 355.

<sup>87</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1. Kap. Rn. 12.

Eine Grundrechtstheorie der Wettbewerbsfreiheit hat einerseits die Freiheitsbedrohungen zu kennen, die aus dem europäischen Recht für die Freiheit des Entscheidens, Handelns und Bewirkens im Wettbewerb erwachsen. Sie hat andererseits den Beitrag des einfachen Rechts zum Schutz der Freiheit in ihre Überlegungen einzubeziehen, ohne den auch die Grundrechte letztlich wirkungslos blieben. Die Rolle der Grundrechte wird damit positiv wie negativ durch das einfache Recht mitbestimmt.<sup>88</sup>

Die induktive Methode ist keine Anleitung für eine korrekte Auslegung oder Konkretisierung grundrechtlicher Begriffe in der Fallbearbeitung. Sie plädiert nicht dafür, grundrechtliche Normen direkt unter Rückgriff auf das einfache Recht „aufzufüllen“ und damit den Selbststand der Grundrechte<sup>89</sup> zu gefährden. Das Denken vom einfachen Recht her ist vielmehr nur ein Erkenntnismittel, ein heuristisches Prinzip zur Gewinnung einer rechtswissenschaftlichen Theorie im beschriebenen Sinne. Im Zeitraffer wird vollzogen, was in Rechtssetzung und Rechtsanwendung über längere Zeiträume hinweg ebenfalls zu beobachten ist: Die Evolution des Rechts verläuft nicht nur von „oben“ nach „unten“,<sup>90</sup> sondern in einer Art Gegenstromprinzip<sup>91</sup> auch von „unten“ nach „oben“. Verfassungsrechtliche Normen folgen dem Vorbild des einfachen Rechts;<sup>92</sup> der „Europäisierung“ genannte Prozess verändert nicht allein das nationale Recht, sondern auch das europäische Recht selbst;<sup>93</sup> die Interpretation des formal betrachtet höherrangigen Rechts wird auch aus den darunter liegenden Normschichten gespeist, die ihm historisch vorausliegen, die ihm die „Themen“ vorgegeben und in Genauigkeit und Tiefe zumeist überlegen sind. Praktische Erfahrungen von Verfassungsrichtern, die trotz der Engführung ihrer Kompetenz auf das Verfassungsrecht einen Großteil ihrer Arbeit in der Aufarbeitung des Sachverhalts und eben der Interpretation des einfachen Rechts sehen, bestätigen die Einschätzung, dass das einfache, grundrechtlich zu vermessende Recht den Raum des grundrechtlich Möglichen mitbestimmt. Speziell für das Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht wird von einem „Erkennt-

<sup>88</sup> Vgl. *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 29.

<sup>89</sup> Begriff bei *W. Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, S. 8.

<sup>90</sup> Zur Prägung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht statt vieler *H. C. Röhl*, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 821.

<sup>91</sup> *H. C. Röhl*, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 821 (831).

<sup>92</sup> Man denke hier nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den *M. Kloepfer*, Festgabe 50 Jahre BVerwG, S. 329 (330), als eine verfassungsrechtliche „Abstraktion des Verwaltungsrechts“ bezeichnet hat. Ähnliches gilt aber auch für Art. 33 Abs. 2 GG (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern) oder Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem). Weitere Beispiele bei *M. Eifert*, in: Festschrift B.-O. Bryde, S. 355 (362f.).

<sup>93</sup> *R. Wahl*, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 868 (878f.).

nisvorrang des Privatrechts“ gesprochen.<sup>94</sup> Die Grundrechte, wie dicht auch immer sie interpretiert werden, sind niemals einfach nur „Leitsterne“ des einfachen Rechts ohne Bodenkontakt. Sie müssen um ihrer eigenen Wirksamkeit willen inhaltliche Verbindungen mit dem einfachen Recht eingehen.

### b) Einheitsbildung durch Grundrechtstheorie

Kenntnis und Verarbeitung des einfachen Rechts sind für die europäische Grundrechtstheorie auch aus normativen Gründen ein Gebot der Stunde: Nur wenn die neuen Grundrechte vom Vorhandenen lernen, können die Einheit und die Kohärenz des Unionsrechts,<sup>95</sup> die Art. 256 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV wie selbstverständlich voraussetzt, angesichts der auf allen Ebenen munter sprudelnden Rechtsquellen hergestellt und erhalten bleiben.

Das Streben nach einer Einheit des Rechts entspringt nicht einer selbstzweckhaften juristischen Freude am System, sondern ist eine Bedingung gleichheitskonformen Entscheidens<sup>96</sup> und damit letztlich im Begriff des Rechts selbst angelegt. Die nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland angewandte Technik, die Einheit des Rechts von den Grundrechten her zu denken und durchzusetzen, kann die europäische Dogmatik des 21. Jahrhunderts aber nicht ohne Weiteres kopieren. Die Grundrechte haben sich in jüngerer Zeit nicht allein durch die Grundrechtecharta, sondern auch durch den (beabsichtigten) Beitritt der Union zur EMRK, durch sekundärrechtliche Normen<sup>97</sup> und durch manche „Erfindung“ der Rechtsprechung zwar zahlenmäßig vermehrt. Dass die Grundrechte es an die Spitze des europäischen Mehrebenensystems schaffen und von dort das Recht aus eigener Kraft regieren, ist aber trotz oder gerade wegen<sup>98</sup> des Grundrechtspluralismus keineswegs ausgemacht.

Selbst im nationalen Recht schwindet die einheitsbildende Kraft der Grundrechte.<sup>99</sup> Nicht genug damit, dass dort der formelle Vorrang<sup>100</sup> der Grundrechte

<sup>94</sup> M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 51.

<sup>95</sup> Zur Rolle der Einheit und Kohärenz des Unionsrechts E. Schmidt-Aßmann, in: Festschrift R. Wahl, S. 819 (828 ff.), der die beiden Begriffe überzeugend gegeneinander abgrenzt: „Einheit“ meine die Widerspruchsfreiheit und innere Stimmigkeit des Unionsrechts als einer für sich bestehenden Rechtsordnung, während „Kohärenz“ die wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Unionsrecht und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten betrachte (ebd., S. 830).

<sup>96</sup> W. Hoffmann-Riem, EuGRZ 2002, S. 473: Desiderat von Rechtssicherheit.

<sup>97</sup> Siehe etwa die Grundrechte aus den sog. Antidiskriminierungsrichtlinien, vgl. dazu T. Kingreen, EuR 2010, S. 338 (352 ff.).

<sup>98</sup> Warnung vor einer Schwächung der Grundrechte durch Grundrechtspluralismus bei P. M. Huber, NJW 2011, S. 2385.

<sup>99</sup> Dazu auch C. Schönberger, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht, S. 9 (61 ff.); M. Nettesheim, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8.9.2011, S. 8.

<sup>100</sup> Formellen Vorrang hat eine Norm, wenn sie ihren Geltungsbefehl kraft ihrer Stellung im Stufenbau der Rechtsordnung gegen eine mit ihr kollidierende Norm durchsetzt.

(Art. 1 Abs. 3 GG) vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts durchbrochen ist. Der materielle Vorrang, also die tatsächliche inhaltliche Durchsetzungsstärke gegenüber dem einfachen Recht,<sup>101</sup> wird auch aus anderen Gründen in Frage gestellt: durch die völkerrechtskonforme Auslegung des Grundgesetzes<sup>102</sup> und die Anerkennung einer „Orientierungs- und Leitfunktion“ der Rechtsprechung des EGMR,<sup>103</sup> vor allem aber durch nationales Recht, das zwar in der formellen Rangordnung unterhalb der Verfassung steht, als „Umsetzungsrecht“ aber mittelbar am Vorrang des Unionsrechts teilhat und mithin grundsätzlich – soweit die europäische Determination reicht – nur in formeller, nicht in materieller Hinsicht auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und insbesondere den Grundrechten überprüft wird.<sup>104</sup> Das einfache Recht gewinnt so an Selbststand, mehr noch: Die in seine Normen eingewobenen europäischen Vorgaben müssen über kurz oder lang auf die Verfassung selbst übertragen werden, um das System widerspruchsfrei zu halten.<sup>105</sup> Schließlich verliert sich, um ein Letztes zu nennen, die maßstabbildende Kraft der Verfassung in fachgebietsspezifischen „Sonderdogmatiken“.<sup>106</sup> Die rechtlichen Teildiskurse unterscheiden sich nicht

<sup>101</sup> Der Begriff des materiellen Vorrangs ist auf die Frage bezogen, welche von zwei Normen im Konfliktfall die effektiv geltende Norm inhaltlich bestimmt, sich also in der Sache durchsetzt. Diese Norm ist nach Abschluss der systeminternen Operationen der Rechtsfindung gewissermaßen die „Stimme“, mit der das Recht an seine Adressaten herantritt. Der materielle Vorrang wird durch einen formellen Vorrang zwar begünstigt, ist aber weder notwendigerweise mit ihm verbunden noch von ihm abhängig. Im Gegensatz zum formellen Vorrang erlaubt der materielle Vorrang graduelle Abstufungen – aus der Kollision zweier Normen kann eine dritte Norm erwachsen, die Anteile beider Normen enthält. Zwischen dem formellen und dem materiellen Vorrang der Verfassung unterscheidet auch *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 32 ff.

<sup>102</sup> BVerfG, Urt. v. 14.10.2004 – Az. 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (317). Näher dazu *W. Kahl*, AöR 131 (2006), S. 579 (582 ff.).

<sup>103</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – Az. 2 BvR 2365/09 u. a., BVerfGE 128, 326 (368 f.); dazu *U. Volkemann*, JZ 2011, S. 835 (837). Zu weiteren Formen der Einwirkung der EMRK auf die nationalen Grundrechte *W. Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, S. 473 (475); rechtsvergleichend *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, S. 463 (533 ff.).

<sup>104</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000 – Az. 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (164); Beschl. v. 13.3.2007 – Az. 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95 ff.); Urt. v. 30.6.2009 – Az. 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 (335); Urt. v. 2.3.2010 – Az. 1 BvR 256/08 u. a., BVerfGE 125, 260 (306 f.); BVerwG, Urt. v. 30.6.2005 – Az. 7 C 26.04, BVerwGE 124, 47 (56).

<sup>105</sup> Vgl. exemplarisch zur gemeinschaftsrechtlichen Determination des Art. 87 f GG *M. Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 6, 60. Ergänzungslieferung Oktober 2010, Art. 87 f Rn. 20 ff.; zu einer direkten Wirkung des Primärrechts auf das Grundgesetz siehe die Erweiterung des Tatbestands des Art. 19 Abs. 3 GG auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige juristische Personen durch BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – Az. 1 BvR 1916/09, NJW 2011, S. 3428 (3431).

<sup>106</sup> Ähnlich schon *H.H. Rupp*, in: E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, S. 187 (190): „eigener Problemwuchs“ der einzelnen Rechtsdisziplinen. Von „Teilverfassungen“ sprechen *T. Vesting/S. Koriath*, in: dies. (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, S. 1 (3); mit anderer Akzentuierung benutzt diesen Begriff *R. Wabl*, Der Vorrang der Verfassung, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, S. 121 (149 ff.).

mehr nur in den Normen „ihres“ speziellen Rechtsgebiets, sondern immer öfter und immer mehr auch darin, was sie von den überspannenden „allgemeinen Teilen“ und vom Verfassungsrecht wahrnehmen, wie sie das Wahrgenommene interpretieren und welche Konsequenzen sie daraus für die eigene Dogmatik ziehen. Geprägt von vielen oft zufälligen Faktoren, letztlich nur wissenschaftssoziologisch mit der Ausdifferenzierung der Teildisziplinen und deren informellen Codes<sup>107</sup> sowie aus individuellen „Fallerfahrungen“ erklärbar,<sup>108</sup> hat etwa ein Experte für Gewerberecht einen anderen Blick auf die Verfassung als sein vornehmlich mit dem Vergaberecht befasster Kollege, und die Perspektive des Zivilrechts unterscheidet sich von beiden noch einmal erheblich. Verschieden sind nicht nur die Fragen, die an die Verfassung gestellt werden, sondern auch die Antworten, die man ihr entnimmt. Diesem Prozess mit Systembildung zu begegnen setzt ein wechselseitiges Lernen der verschiedenen Schichten und Nischen des Rechts voraus.<sup>109</sup>

Um den Vorrang der europäischen Grundrechte als Teil des europäischen Verfassungsrechts steht es zumindest in formeller Hinsicht noch schlechter. Zwar entfaltet die EMRK der Grundrechtecharta gegenüber „nur“ eine materielle Leitfunktion (Art. 52 Abs. 3, Art. 53 GRCh)<sup>110</sup> ohne formellen Vorrang (arg. ex Art. 218 Abs. 11 AEUV<sup>111</sup>). Dieser relativen Autonomie im Außenverhältnis, die im Anwendungsbereich der Wirtschaftsgrundrechte angesichts des weitgehenden Schweigens der EMRK besonders stark ausgeprägt ist, steht aber eine formelle Schwäche im Innenverhältnis gegenüber. Die Grundrechtecharta ist mit dem übrigen Primärrecht „nur“ gleichrangig, hat diesem gegenüber also keine derogierende Kraft (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV).<sup>112</sup> Von „einfach-

<sup>107</sup> Dazu *H. Schulze-Fielitz*, in: ders. (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, S. 11 (35 ff.).

<sup>108</sup> Ein Beispiel für die primär fachgebietspezifische Rezeption von Entscheidungen des BVerfG geben *W. Höfling/S. Rixen*, RdA 2007, S. 360 (363). Sie sprechen treffend von einer „dogmatischen Ungleichzeitigkeit in den Teilrechtsordnungen“.

<sup>109</sup> Zur Umkehrung der Normenhierarchie *W. Krawietz*, in: T. Eckhoff/L. M. Friedman/J. Usitalo (Hrsg.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart, Rechtstheorie Beiheft 10* (1986), S. 281 (300); *G. Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, S. 9f.: Die höchste Hierarchieebene der Rechtsquellen speist sich aus der niedersten. Siehe auch *J. H. Klement*, JöR 61 (2013), S. 115 (151 f.).

<sup>110</sup> Zum Einfluss des EGMR auf den EuGH *W. Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, S. 473 (478).

<sup>111</sup> Allgemein für das Primärrecht *S. Lorenzmeier*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 43. Ergänzungslieferung März 2011, Art. 218 AEUV Rn. 80.

<sup>112</sup> Anders auf der Grundlage einer eher naturrechtlich anmutenden Argumentation *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, *Grundrechte in der Europäischen Union*, § 3 Rn. 255; ähnlich *E. Pache*, in: S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, § 4 Rn. 135. Allgemein kritisch gegenüber einer formellen Hierarchisierung des Primärrechts *W. Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, S. 364 ff.; *M. Nettesheim*, EuR 2006, S. 737 (740 ff.); siehe auch *H. C. Röhl*, in: H.-H. Trute u. a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, S. 821 (831 f.).

chem“ Recht ist deshalb insbesondere mit Blick auf das Wettbewerbsrecht, das in wesentlichen Teilen unmittelbar im AEUV geregelt ist,<sup>113</sup> nur gleichsam in Anführungszeichen zu sprechen. Lediglich dort, wo das Primärrecht den Grundrechtsadressaten Spielräume belässt, wo es ihnen insbesondere Kompetenzen zur Sekundärrechtsetzung einräumt, wirken die Grundrechte in „klassischer“ Weise über den formellen Vorrang auf die Rechtsfindung ein. Insoweit bestimmen sie Ermessensgrenzen, leiten sie die Auslegung und Anwendung des Rechts und können sie Sekundärrecht derogieren.<sup>114</sup> Wo das Grundrecht hingegen direkt auf „hartes“ Primärrecht trifft, versagt die formelle Direktionsgewalt. Die Frage ist, welche Konfliktschlichtungsprogramme an die Stelle der Hierarchie treten. Im Vergleich mit der nationalen Grundrechtstheorie hat die europäische deshalb eine noch stärkere Veranlassung, vom „einfachen“ Recht zu lernen. Nur so lassen sich ein unkoordiniertes Nebeneinander und Normenkonflikte vermeiden, die weder über die Vorrangregeln der Normenpyramide noch mit dem systematisch ohnehin unbefriedigenden Lex-posterior-Grundsatz auflösbar sind, und nur so ist die Gefahr grundrechtlicher Versprechen zu bannen, die sich in der Realität des operativen Rechts nicht halten lassen und dadurch die Normativität der Charta beschädigen.

Der Gerichtshof hat bei der Formung der Grundrechte im Wege wertender Rechtsvergleichung eben deshalb nicht nur von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten „gelernt“. Er hat auch darauf geachtet, dass sich die Grundrechte „in die Struktur der Ziele der Gemeinschaft einfügen.“<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Das gilt namentlich für das Beihilfenrecht, die Grundfreiheiten sowie das Kartell- und Missbrauchsverbot (Art. 101 f. AEUV). Das Recht der präventiven Fusionskontrolle hingegen ist nicht primärrechtlich vorgegeben (vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973 – Rs. 6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215 [Rn. 18 ff.]), sondern beruht ausschließlich auf der vom Rat auf der Grundlage von Art. 83, 308 EGV (heute Art. 103, 352 AEUV) erlassenen Verordnung (EG) Nr. 139/2004 vom 20. 1. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (sog. Fusionskontrollverordnung, FKVO). Das Lauterkeitsrecht hat ebenfalls nur sekundärrechtlich durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern) eine – zudem eng begrenzte – unionsrechtliche Prägung erfahren.

<sup>114</sup> Ausdrücklich verweist der 37. Erwägungsgrund der Kartellverordnung (Verordnung [EG] Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln) auf die Notwendigkeit, die Verordnung in Übereinstimmung mit den Grundrechten und Prinzipien, „die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“, auszulegen und anzuwenden. Ein ähnlicher Hinweis findet sich im 36. Erwägungsgrund der FKVO. – Entsprechend wird auch über eine grundrechtskonforme Auslegung der sog. Beihilfenverfahrensordnung (Verordnung [EG] Nr. 659/1999 des Rates v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags) nachgedacht, vgl. C. Nowak, DVBl. 2000, S. 20 (25 ff.).

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125 (Rn. 4); verfehlte Kritik bei D. Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, S. 146. Siehe nunmehr auch EuGH, Urt. v. 3.10.2013 – Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, EuZW 2014, S. 22 (Rn. 50).

Die wertende Rechtsvergleichung hatte damit neben der externen von Anfang an eine – zu wenig beachtete – interne, auf die Einheit des Gemeinschaftsrechts bezogene Dimension. Schon früh – noch vor der Unterzeichnung der Römischen Verträge und lange vor dem Aufkommen der Idee europäischer Grundrechte – sprach der Gerichtshof davon, es könne nicht darum gehen, die „in gleicher Weise verbindlich[en]“ Bestimmungen des Vertrages in „Gegensatz zu bringen, sondern nur darum, sie gleichzeitig ins Auge zu fassen, um sie sinnvoll anzuwenden“<sup>116</sup>. Die Rechtswissenschaft darf sich diese Perspektive nicht vorstellen. Die Sicherung von Einheit und Kohärenz des Rechts in Europa ist Teil ihres Auftrags zur Rechtspflege.

### 3. Lernen vom Zivilrecht

#### a) Die „wechselseitigen Auffangordnungen“ im Kartellrecht

Eine Grundrechtstheorie der Wettbewerbsfreiheit, die auf das übrige Wettbewerbsrecht Bezug nimmt und aus ihm lernt, ist auch ein „intradisziplinäres“ Projekt.<sup>117</sup> Um an ihr Ziel zu kommen, darf die Untersuchung die Zweiteilung der Rechtsordnung in Zivilrecht und Öffentliches Recht nicht verwischen, muss die Grenze zwischen den Teilrechtsordnungen aber übertreten.<sup>118</sup> Das hängt damit zusammen, dass der Begriff des Wettbewerbsrechts Normen nicht anhand der sachgebietsneutralen Abstraktion der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht verklammert, sondern sich aus dem Wettbewerb als einer außerhalb des Rechts liegenden Wirklichkeit konstituiert, die durch die Befolgung von Normen hergestellt, gefördert und gesichert wird.<sup>119</sup> Das Wettbewerbsrecht berechtigt und verpflichtet Hoheitsträger wie auch private Unternehmen, gewährt ebenso Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche im direkten Verhältnis von Wettbewerbern zueinander, wie es ordnungsrechtliche

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 23.4.1956 – Rs. 7/54 und 9/55, *Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises*, Slg. 1956, 55 (90). Von einer wechselseitigen Beeinflussung der europäischen Grundrechte und des übrigen Primärrechts ohne abstrakte Vorrangregeln geht auch *H. D. Jarass*, GRCh, Einleitung Rn. 10, aus.

<sup>117</sup> Zu Begriff und Aufgabe der Intradisziplinarität *E. Schmidt-Aßmann*, JZ 1995, S. 2 (8); *M. Jestaedt*, in: ders./O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, S. 185 (189f., 202f.).

<sup>118</sup> Zur Notwendigkeit des Grenzübertrets im Wettbewerbsrecht *P. Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (505f.); *R. Schmidt*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 56ff.; *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), S. 169 (172). Allgemein zu den Vorzügen der Intradisziplinarität *M. Jestaedt*, in: ders./O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, S. 185 (201f.).

<sup>119</sup> Zur Ordnung des Rechts nach abstrakten juristischen Kategorien und nach Sachgebieten *P. Hilbert*, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 49ff.; ferner *K. Schmidt*, *Einheit der Rechtsordnung*, in: ders. (Hrsg.), *Einheit der Rechtsordnung*, S. 9 (12); speziell mit Blick auf das (öffentliche) Wettbewerbsrecht *S. Korte*, in: *G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte* (Hrsg.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, § 3 Rn. 9ff.

Grenzen setzt und administrativ bewachen lässt.<sup>120</sup> Die Systematisierung des Rechts anhand seiner Bezugspunkte zur Wirklichkeit, der etwa auch die Begriffe Verwaltungsrecht, Umweltrecht, Baurecht, Informationsrecht oder Kapitalmarktrecht folgen, scheint allenthalben im Vordringen zu sein. Sie ersetzt rechtsquellenorientierte (Verfassungsrecht, Europarecht) ebenso wie „innere“ Systematisierungen des Rechts (Allgemeine Rechtslehre, Grundrechtsdogmatik, Sachenrecht, Staatshaftungsrecht). Diese Entwicklung ist nicht zuletzt auch eine Konsequenz der nicht auf dogmatische Traditionen Rücksicht nehmenden, mehr anlassbezogenen als systematischen europäischen Rechtsetzung<sup>121</sup> und der Internationalisierung der Rechtswissenschaft namentlich in der Beziehung zu den stärker sachgebietsorientiert gegliederten Fakultäten in den Vereinigten Staaten.

Ein nach Sparten getrennter Blick auf das Wettbewerbsrecht wäre schon deshalb nicht sinnvoll, weil damit die Chance vertan wäre, beide Seiten – die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche – auch aus ihrer Beziehung zur jeweils anderen zu verstehen und zu formen,<sup>122</sup> wie dies etwa geschieht, wenn ein Unionsinteresse an einem Einschreiten der Kommission gegen eine Wettbewerbsbeschränkung wegen bestehender zivilrechtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten verneint wird.<sup>123</sup> Das Wettbewerbsrecht ist ein Beispiel dafür, wie Öffentliches Recht und Privatrecht als „wechselseitige Auffangordnungen“<sup>124</sup> verstanden werden können und – bis hin zur Gesetzgebung<sup>125</sup> – auch tatsächlich als solche verstanden werden.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, S. 118; R. Bechtold, *GWB*, Einf. Rn. 86.

<sup>121</sup> J. Basedow, *AcP* 210 (2010), S. 157 (166f.). Zum Schwinden der teildisziplinären Identitäten im Zuge der Europäisierung A. v. Bogdandy, *JZ* 2011, S. 1 (5f.); M. Burgi, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, § 18 Rn. 31. Zum „okkasionellen“ Charakter auch der nationalen Rechtsetzung C. Waldhoff, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, S. 17 (33f.).

<sup>122</sup> Wegweisend K. Schmidt, *Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht*, insbesondere S. 597ff. Allgemein zur Dreiteilung der deutschen „juristischen Welt“ in Privatrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht als „störende[r] Diskursbarriere“ in Europa M. Jestaedt, *JZ* 2012, S. 1 (10).

<sup>123</sup> Etwa *EuG*, Urt. v. 14.2.2001 – Rs. T-62/99, *Sodima/Kommission*, *Slg.* 2001, II-655 (Rn. 53f.); dazu C. Nowak, in: P. Behrens/E. Braun/C. Nowak (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, S. 23 (60).

<sup>124</sup> Zum Begriff grundlegend E. Schmidt-Aßmann, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, S. 7 (8); W. Hoffmann-Riem, *ebd.*, S. 261 (271).

<sup>125</sup> Vgl. die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf der 7. *GWB*-Novelle, *BT-Drs.* 15/3640, S. 35: effektives zivilrechtliches Sanktionssystem als Ausgleich für eine verminderte behördliche „Kontrolldichte“. Dazu D. Zimmer/J. Höft, *ZGR* 2009, S. 662 (684).

<sup>126</sup> H.-H. Trute, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, S. 167 (170); M. Burgi, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwal-*

b) *Von der Grenze zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht*

Intradisziplinarität ist noch aus einem weiteren Grund geboten. In der Konfrontation mit der Realität des Kartellrechts als Referenzgebiet erweist sich die Vorstellung von einer binären Aufteilung des positiven Rechts in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Normen, wie sie das Bild der „wechselseitigen Auffangordnungen“ unausgesprochen voraussetzt, als eine bloße regulative Idee. Die vorliegende Untersuchung wird an späterer Stelle<sup>127</sup> zeigen, dass die Abgrenzung zwischen den beiden Teilrechtsordnungen nicht auf die Inhalte der fertigen Normen zu beziehen ist, sondern nur im Hinblick auf den Normerzeugungsprozess – die Ableitung der Normen aus den Normtexten – und die in ihm verwendeten Argumente gelingen kann (dynamische Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht). Die Unterscheidung bleibt damit theoretisch klar und notwendig, verflüssigt sich aber im „gelebten“ Recht, denn regelmäßig können, wenngleich mit unterschiedlichem Gewicht, sowohl „öffentlich-rechtliche Argumente“ als auch „privatrechtliche Argumente“ zur Auslegung eines Normtextes verwendet werden. Illustrativ ist das von Ludwig Raiser geprägte „Bild einer Ellipse mit zwei Brennpunkten als Strahlungszentren, zwischen denen sich ein von beiden Zentren her beeinflusster Mittelbereich ergibt“<sup>128</sup>. Ob es sich bei den behördlichen Eingriffsbefugnissen des Kartellrechts, wie sie im AEUV und im Sekundärrecht normiert sind, um „Zivilrecht in öffentlich-rechtlichem Gewande“<sup>129</sup>, um eine „Fortsetzung des Privatrechts mit anderen Mitteln“<sup>130</sup> oder um materiell Öffentliches Recht – vielleicht um ein Teilgebiet des Polizeirechts<sup>131</sup> – handelt, lässt sich nicht konsensfähig in der einen oder anderen Weise beantworten. Die Rechtswissenschaft darf sich von ihren tradierten Binnengrenzen nicht den Blick für die Möglichkeit verstellen lassen, dass in den Verbotstatbeständen des Kartellrechts öffentlich-rechtliche (vertikale) und pri-

---

tungsrechts, Bd. I, § 18 Rn. 16; G. Wagner, AcP 206 (2006), S. 352 (438): „Verschränkung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Instrumente im Interesse gemeinsamer Steuerungsziele“. Von einem „unkoordinierten Nebeneinander“ von behördlichem und gerichtlichem Rechtsschutz im Kartellrecht sprach hingegen noch H.-J. Mertens, AcP 178 (1978), S. 227 (258 ff.).

<sup>127</sup> 9. Kap., VI. 1., S. 266 f.

<sup>128</sup> L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 22.

<sup>129</sup> Vgl. K. Schmidt, AcP 206 (2006), S. 169 (172 Fn. 8): Die „Sachfragen“ im Kartellrecht seien von Privatrechtlern zu entscheiden; ähnlich K. Paul, Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, S. 183.

<sup>130</sup> W. Möschel, in: Festschrift K. W. Nörr, S. 609 (610).

<sup>131</sup> So E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 66 f.; K. Vogel/W. Martens, in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 239; vgl. auch F. Böhm, Das Problem der privaten Macht, in: ders., Reden und Schriften, S. 25 (26); kritisch K.-H. v. Köbler, NJW 1959, S. 222 ff.

vatrechtliche (horizontale) Rationalität miteinander verbunden sind, dass das real geltende Recht eher hybride als modellplatonische Normen hervorbringt.

Eine vermehrte Überlappung der Forschungs- und Lehrgebiete der mit „Öffentlichem Recht“ und mit „Privatrecht“ befassten Wissenschaftler ist deshalb von der Sache her wünschenswert.<sup>132</sup> Es ist positiv zu bewerten, dass die früher feste „formale“ Anbindung des Kartellrechts an das Zivilrecht<sup>133</sup> (zu erklären auch mit der Rechtswegzuweisung des § 63 Abs. 4 GWB) im Zuge des Bedeutungsgewinns des europäischen Kartellrechts lockerer geworden ist.<sup>134</sup> Das europäische Recht misst einerseits der Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht eine geringere (meistens nur instrumentelle) Bedeutung zu und schleift damit auch manche nationale Empfindlichkeit. Das Kartellrecht hat deshalb in den zurückliegenden Jahren stärker die Aufmerksamkeit der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht gefunden, so wie umgekehrt seit jeher Zivilrechtswissenschaftler mit dem Kartellverfahrensrecht befasst sind. Zu dieser Entwicklung dürfte auch die „Zuständigkeit“ der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht<sup>135</sup> für die neueren Rechtsgebiete des sogenannten Regulierungsrechts<sup>136</sup> beigetragen haben, denn ohne das allgemeine Wettbewerbsrecht kann

<sup>132</sup> Die Ersetzung inhaltlicher Abgrenzungen durch Konventionen dürfte erklären, worüber Karsten Schmidt sich wundert: dass die auf Öffentliches Recht spezialisierten Wissenschaftler selbst die ihre Kernkompetenz berührenden Fragen des Kartellverfahrensrechts bisher kaum bearbeitet haben. Vgl. *K. Schmidt*, in: Festschrift P. Selmer, S. 499 (501); *ders.*, Einheit der Rechtsordnung, in: *ders.* (Hrsg.), Einheit der Rechtsordnung, S. 9 (18). Vor einer Verkürzung der Rechtswirklichkeit durch die rechtssystematische Kontrastierung von Öffentlichem Recht und Privatrecht allgemein warnend schon *P. Kirchhof*, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, S. 98 f.

<sup>133</sup> *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), S. 169 (172). *H.-H. Trute*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 167 (193); *S. Rixen*, in: *A. Schmehl/A. Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, S. 109 (130 Fn. 95); *G. Kirchhof*, in: *ders./S. Magen/S. Korte* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 11.

<sup>134</sup> Exemplarisch dafür *G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte* (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014. – Eine Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts zu einem „speziellen Verwaltungsrecht“, das sich „von der übrigen Rechtsordnung, namentlich auch dem Privatrecht, weitestgehend fernhält“, konstatiert *F. Rittner*, in: Festschrift U. Immenga, S. 319 (323, 329).

<sup>135</sup> *J. Hellermann*, VVDStRL 70 (2011), S. 366 (370); a. A. *F.J. Säcker*, AöR 130 (2005), S. 180 (183).

<sup>136</sup> Hier im engen Sinne verstanden als das spezielle, überwiegend europäisch fundierte Wettbewerbsrecht für die Sektoren Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Siehe die sehr unterschiedlichen Begriffsfassungen bei *T. v. Danwitz*, DÖV 2004, S. 977 (984); *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 14 f.; *M. Eifert*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 19 Rn. 1 ff.; *W. Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (482 f.); *O. Lepsius*, in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 19 Rn. 27 f.; *W. Durner*, VVDStRL 70 (2011), S. 398 (402 f.); *T. Ackermann/D. Petzold*, in: *J.F. Baur/P. Salje/M. Schmidt-Preuß* (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, Kapitel 8 Rn. 4 f.

dieses besondere Wettbewerbsrecht nicht befriedigend erklärt und fortentwickelt werden.<sup>137</sup>

#### 4. Lernen von der Ökonomie

Die Grundrechte nehmen auf Realsachverhalte Bezug, deren innere Gesetzmäßigkeiten und gesellschaftliche Kontexte andere Wissenschaften erforschen und mit Begriffen besetzen. Ohne die Forschungsleistungen der Wirtschaftswissenschaften wäre wohl nicht einmal der Gedanke aufgekommen, den Wettbewerb zwischen den Menschen nicht bloß als unvermeidbares gesellschaftliches Übel hinzunehmen und ihn, so gut es eben geht, in zivilisierte Bahnen zu lenken, sondern den Wettbewerb unter den Schutz des Rechts zu stellen. Zudem ist die Rechtswissenschaft in dem, was sie im „Strom der vielfältigen ineinander verwobenen gesellschaftlichen Abläufe“<sup>138</sup> als Wettbewerb *erkennt*, abhängig von Beschreibungen, Modellen und Erklärungen der Ökonomie.

Eine Grundrechtswissenschaft auf dem Feld des Wettbewerbsrechts kann deshalb nur eine „offene“ Rechtswissenschaft sein. Sie endet nicht an den Außengrenzen der Dogmatik, sondern fängt dort in mancher Hinsicht erst an. Deshalb von einem „interdisziplinären“ Charakter der vorliegenden Studie zu sprechen, wäre aber missverständlich. Es geht nicht darum, zur eigenen Disziplin einen Kranz anderer Disziplinen hinzuzunehmen, um auf einen gesellschaftlichen Problemzuschnitt reagieren zu können, der quer zur gegenwärtigen akademischen Ausdifferenzierung liegt.<sup>139</sup> Das Thema der Wettbewerbsfreiheit wird als ein rein rechtswissenschaftliches erkannt und bearbeitet. Die Grenzen der Rechtswissenschaft werden nicht überwunden, sondern nur im Hinblick auf das Erkenntnisinteresse adäquat definiert.<sup>140</sup> Der Begriff vom Wettbewerb und die Ziele der Wettbewerbspolitik (in der Ökonomie wird der Begriff der Politik zumeist als ein das „Instrument“ Recht einschließender Oberbegriff<sup>141</sup> verwendet) werden nicht dem reichen Angebot ökonomischer

---

<sup>137</sup> Für das Bemühen um eine das Regulierungsrecht und das Kartellrecht verbindende Systembildung stehen *J. Masing*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages; *K. F. Gärditz*, AöR 135 (2010), S. 251 (254 ff.); *J. Kersten*, VVDStRL 69 (2010), S. 288 ff.

<sup>138</sup> *F. Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, S. 9.

<sup>139</sup> Zu dieser Kennzeichnung der Interdisziplinarität *M. Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, S. 21; *E. Schmidt-Aßmann*, JZ 1995, S. 2 (7). Zu den Zufälligkeiten der akademischen Ausdifferenzierung *E. Hilgendorf*, JZ 2010, S. 913 (914).

<sup>140</sup> Treffend bemerkt *J. Mittelstraß*, Leonardo-Welt, S. 99, dass Interdisziplinarität „häufig nichts anderes als die Wiederherstellung der alten Disziplinarität“ bedeute. Manches sei vor der „Entdeckung“ der Interdisziplinarität der „wissenschaftliche und gebildete Normalfall“ gewesen (ebd., S. 97).

<sup>141</sup> Exemplarisch *E. Hoppmann*, in: N. Goldschmidt/M. Wohlgenuth (Hrsg.), Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik, S. 659 (664); *M. Hellwig*, in: Festschrift E.-J. Mestmäcker, S. 232 (235).

Theorie entlehnt, sondern es werden eigene, rechtswissenschaftliche Begriffe und Ziele gebildet.<sup>142</sup>

Kaum einmal ist das Konzept einer offenen Rechtswissenschaft so gelungen praktiziert worden wie auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik. Das beste Beispiel sind die Freiburger Schule und der von ihr ins Leben gerufene Ordoliberalismus.<sup>143</sup> Mehr oder weniger gemeinsame gesellschaftspolitische und zum Teil religiöse<sup>144</sup> Motive oder Prägungen<sup>145</sup> brachten schon während der nationalsozialistischen Herrschaft<sup>146</sup> Wissenschaftler unterschiedlicher Disziplinen zusammen, namentlich Ökonomen und Juristen. Die Empfehlungen der Freiburger Schule wurden nach dem Zweiten Weltkrieg vom nationalen Gesetzgeber,<sup>147</sup> von den „Herren der Verträge“ von Rom<sup>148</sup> und von den Gerichten aufgegriffen und bestätigt.<sup>149</sup> Die rechtswissenschaftlichen Erträge des Ordoliberalismus sind bis heute lebendig.<sup>150</sup> Der Erfolg ihrer gemeinsamen Sache wurde auch dadurch möglich, dass es den beteiligten Wissenschaftlern gelang, die Trennung

<sup>142</sup> Wie hier *R. Knöpfle*, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, S. 5; *W. Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 61: Wettbewerb als juristischer Zweckbegriff; *M. E. Stucke*, Mississippi Law Journal 81 (2011), S. 107 (111). – Zu Unrecht vertrat der Wirtschaftspolitische Ausschuss des Deutschen Bundestages im Verfahren zum Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Auffassung, der Begriff des Wettbewerbs empfangen seinen Inhalt bei der Anwendung des Gesetzes „aus einer der juristischen Auffassung vorgegebenen Disziplin“, vgl. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drs. 3644, S. 8; in jüngerer Zeit ebenso *G.-K. de Bronett*, EWS 2013, S. 1 (7).

<sup>143</sup> Die wichtigsten Texte der Freiburger Schule sind abgedruckt bei *N. Goldschmidt/M. Wohlgemuth* (Hrsg.), Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik. Entstehung und Entwicklung des Ordoliberalismus beleuchtet *R. Ptak*, Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft; siehe auch *A. Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln.

<sup>144</sup> Zu den christlichen Wurzeln des Denkens *Franz Böhm*s, *Walter Eucken*s und anderer Beteiligten des Freiburger Kreises *K. W. Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, S. 148 ff.; *C. Joerges*, in: Liber Amicorum *E. Schmidt*, S. 187 (195f.).

<sup>145</sup> Zu den Werturteilen des Ordoliberalismus *V. J. Vanberg*, Ordo 48 (1997), S. 707 ff.

<sup>146</sup> *A. Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln, S. 8, beginnt seine Erzählung im Jahr 1933, als *Walter Eucken* die Bekanntschaft mit *Franz Böhm* und *Hans Großmann-Doerth* machte.

<sup>147</sup> Zum Neoliberalismus als geistiger Wurzel des Gedankens der sozialen Marktwirtschaft *A. Müller-Armack*, Die Soziale Marktwirtschaft nach einem Jahrzehnt ihrer Erprobung, in: *ders.*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, S. 251 (252 ff., 260); distanzierter *ders.*, Das gesellschaftspolitische Leitbild der Sozialen Marktwirtschaft, ebd., S. 293 (296 f.).

<sup>148</sup> Dazu mit zahlreichen Nachweisen *C. Joerges*, in: Liber Amicorum *E. Schmidt*, S. 187 (198 f.).

<sup>149</sup> Regelmäßig wird die „soziale Marktwirtschaft“ als Übersetzung des Ordoliberalismus in die praktische Politik interpretiert (zugespitzt *R. Ptak*, Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft, S. 279: Soziale Marktwirtschaft als „Markenprodukt moderner politischer Massenwerbung“), zum Teil werden die Begriffe auch synonym verwendet (*W. Fikentscher*, Die Freiheit und ihr Paradox, S. 14).

<sup>150</sup> Kritisch aber *R. P. Lademann*, WuW 1988, S. 575 (575), der von „realitätsferne[m] Modellplatonismus“ spricht.

ihrer Disziplinen gerade in der Zusammenarbeit zu vollziehen, zu bestätigen und zu schärfen. Wenngleich Juristen wie Franz Böhm und in seiner Nachfolge Ernst-Joachim Mestmäcker sich mit ökonomischen Fragen beschäftigen und umgekehrt Ökonomen wie Friedrich A. von Hayek<sup>151</sup> und Viktor J. Vanberg tief auf das Gebiet der Rechtswissenschaft vordringen, bleibt ihre disziplinäre Identität erhalten – und ist zugleich Voraussetzung für die Fruchtbarkeit des Zusammenwirkens mit der jeweils anderen Seite.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Von Hayek hatte allerdings auch Rechtswissenschaft studiert.

<sup>152</sup> Allgemein *N. Lubmann*, Grundrechte als Institution, S. 205: Eigenständigkeit der Wissenschaften macht Kontakte überhaupt erst möglich und sinnvoll.



*Erster Teil:*

## Grundlagen

Der Weg zu einem grundrechtlichen Begriff der Wettbewerbsfreiheit führt über den Treibsand der seit vielen Jahren geführten Auseinandersetzung über den Schutzzweck des Wettbewerbsrechts. Sowohl die herrschende Lehre in Deutschland, die dem Ordoliberalismus nahesteht, als auch einige ihrer Antagonisten erklären die Wettbewerbsfreiheit, die Freiheit des Wettbewerbs oder den freien Wettbewerb zum Schutzzweck des Kartellrechts. Klare Definitionen bleiben beide Seiten aber schuldig; nach sicherem Halt sucht die lernende Grundrechtstheorie in diesem Diskurs vergebens. Um einen Anfangspunkt zu setzen, werden im nachfolgenden *ersten Kapitel* zwei Thesen zum Verhältnis von Grundrechten und Wettbewerbsrecht entwickelt: die Identitätsthese und die Differenzthese. Die beiden weiteren Kapitel des ersten Teils haben es zur Aufgabe, die Begriffe des Wettbewerbs (*zweites Kapitel*) und der Freiheit (*drittes Kapitel*) in der Tradition der analytischen Rechtswissenschaft zunächst abstrakt vom geltenden Recht und seinen „Engführungen“ aufzubereiten. Der weiteren Untersuchung wird damit ein noch sehr großes, aber schon gedanklich vermessenens Spektrum der Möglichkeiten zur Verfügung gestellt.