

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	15
Einleitung	21
I. Gegenstand, Erkenntnisziel und Gang der Untersuchung	21
II. Das Abwehrrecht des Konkurrenten gegen eine Subvention als Referenzproblem	24
1. Gründe für die Wahl des Referenzproblems	24
2. Zum Begriff der Subvention	26
3. Die regulierungstheoretische Bewertung der Subvention	27
a) Die Subvention in der Marktwirtschaft	27
b) Die Subvention im Gewährleistungsstaat	30
(1) Zum Begriff des Gewährleistungsstaates	31
(2) Steuerung und Regulierung	33
(3) Die Subvention als Steuerungsinstrument	36
III. Zum grundrechtsdogmatischen Ansatz der Arbeit	39
Teil 1: Das europäische Rechtsschutzsystem und der Konkurrenzschutz im europäischen Beihilfenrecht	44
§ 1. Das Rechtsschutzsystem des Gemeinschaftsrechts	45
I. Die mitgliedstaatlichen Gerichte im gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystem	45
1. Der dezentrale Rechtsschutz und die mitgliedstaatliche Verfahrenautonomie	45
2. Der Einzelne als Implementationshelfer des Gemeinschaftsrechts	46
3. Recht des Einzelnen, Rechtsschutzauftrag und Rechtsbehelf	47
II. Voraussetzungen eines gemeinschaftsrechtlichen Rechts des Einzelnen	48
1. Anerkannte Koordinaten einer Dogmatik der Rechte des Einzelnen	48
a) Unmittelbare Anwendbarkeit als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung	49
b) Keine Anwendung der deutschen Schutznormtheorie	49
c) Keine Übertragung der Kriterien des Art. 230 Abs. 4 EG	50
2. Auffassungen in der Literatur	53
a) Echte Interessentenklage	53
b) Einfache und qualifizierte normative Interessentenklage	53
3. Die Rechte des Einzelnen in der Rechtsprechung des EuGH	55
a) Kein zwingender Anhaltspunkt für die echte Interessentenklage	55

(1) Fall Butterfahrten	55
(2) Fall Verholen	57
b) Anhaltspunkte für die normative Interessentenklage	59
(1) Rechtsprechung zu umweltrechtlichen Richtlinien	59
(2) Fall Munoz	61
(3) Rechtsprechung zu Notifizierungsverstößen	62
4. Eigener Ansatz	65
III. Ergebnis	67
§ 2. Rechte des Einzelnen im EG-Beihilfenrecht	69
I. Das Rechtsschutzinteresse des Einzelnen vor nationalen Gerichten im europäischen Beihilfenrecht	69
II. Rechtsbegründung im EG-Beihilferecht	70
1. Unmittelbare Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Normen	70
2. Rechtlich geschütztes Interesse	71
3. Geschützter Interessentenkreis	74
a) Europäische Konkurrenten als Berechtigte	75
b) Keine weitere Begrenzung des geschützten Personenkreises	76
III. Ergebnis	78
Teil 2: Die dogmatische Neukonzeption der grundrechtlichen Wettbewerbsfreiheit	79
§ 3. Eine Arbeitsdefinition von Wettbewerbsfreiheit	81
§ 4. Koordinaten einer Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	83
I. Schutzbereichsansatz – Schutz der Integrität einer Ordnung statt Schutz natürlicher Freiheit	83
1. Ansatz der herrschenden Meinung	83
a) Schutzbereich	83
b) Zurechnungskriterien der Eingriffsprüfung	84
(1) Intensität	85
(2) Finalität	88
(3) Berufsregelnde Tendenz	91
(4) Schutzzweck der Norm	92
2. Analyse und Kritik der herrschenden Meinung	94
a) Notwendigkeit eines Ansatzes auf Schutzbereichsebene	94
b) Natürliche Freiheit und Freiheit im Sozialen	96
c) Bedeutung des Umgehungsgedankens	101

II.	Kein grundrechtliches Leitbild des Wettbewerbs	102
	1. Lübbe-Wolffs Konzept des Wettbewerbs als grundrechtliche Ordnungsentscheidung	103
	2. Faktischer Wettbewerb und normative Wettbewerbsordnung	104
	3. Ordnungsentscheidung für den Wettbewerb und wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes	105
	a) Die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes	106
	b) Keine Ordnungsentscheidung für den Wettbewerb	109
	(1) Keine positive Ordnungsentscheidung	110
	(2) Keine negative Ordnungsentscheidung	113
III.	Keine allgemeine Pflicht des Staates zur Wettbewerbsneutralität	115
	1. Die Lehre von der Staatsfreiheit des konkurrierenden Grundrechtsgebrauchs	115
	2. Freiheit im Sozialen und Trennung von Staat und Gesellschaft	116
	3. Keine allgemeine Pflicht des Staates zur Neutralität gegenüber konkurrierendem Grundrechtsgebrauch	118
	4. Keine spezifische Pflicht des Staates zur Neutralität gegenüber dem wirtschaftlichen Wettbewerb	119
IV.	Ergebnis	122
§ 5.	Die neuere Rechtsprechung des BVerfG als Ausgangspunkt einer Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	124
I.	Die maßgeblichen Entscheidungen des BVerfG	124
	1. Die neue Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit im Glykolwein-Beschluss	124
	2. Das Festbetrags-Urteil: Fortführung der neuen Dogmatik	128
	3. Der Osho-Beschluss und die differenzierte Analyse grundrechtlicher Schutzgehalte	131
	4. Das funktionale Äquivalent eines Eingriffs als Sonderfall	132
	5. Der Vertragsarztbeschluss: Der Grundrechtsschutz von Konkurrenten im Rahmen regulierter Wettbewerbsordnungen	134
	6. Das Vergaberecht als Testgebiet der neuen Dogmatik	138
	a) Der Schwellenwert-Beschluss und die Grenzen der Wettbewerbsfreiheit	138
	b) Der Tariftreue-Beschluss als Anwendungsfall des funktionalen Äquivalents eines Eingriffs	140
	7. Ergebnis	141
II.	Zu Missdeutungen der neuen Rechtsprechung	142
	1. Vermengung oder Aufgabe der systematischen Stufen der Grundrechtsprüfung?	143
	2. Gleichstellung von privatem und staatlichem Handeln?	144
	3. „Marktwirtschaftliches Naturrecht“?	145

III.	Mängel der neuen Rechtsprechung	145
1.	Grundrecht auf Wahrung der Zuständigkeitsordnung?	145
2.	Mittelbare oder unmittelbare Beeinträchtigung?	147
IV.	Die neue Rechtsprechung als Ausgangspunkt für eine neue Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	148
§ 6.	Die vorgeschlagene Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	149
I.	Das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Freiheit des Wettbewerbsverhaltens	149
II.	Die Wettbewerbsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht	155
1.	Keine bloße Grundrechtskonkretisierung	155
2.	Die Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht	157
a)	Begriff und Voraussetzungen normgeprägter Grundrechte	158
b)	Wettbewerbsfreiheit und Normprägung	159
3.	Die doppelte Atypizität der Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht	161
a)	Transformation objektiven Rechts in subjektives Recht	161
b)	Keine spezifische Bindung des ausgestaltenden Gesetzgebers	162
4.	Zur Angemessenheit des Begriffs der Wettbewerbsfreiheit	164
5.	Die Wettbewerbsfreiheit als Abwehrrecht	165
III.	Der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit	168
1.	Sachlicher Schutzbereich	168
a)	Wirtschaftsordnungsnormen als ausgestaltendes Recht	169
b)	Der Wettbewerb als Zweck oder Mittel – Arten von geschriebenen Wirtschaftsordnungsnormen	170
(1)	Wirtschaftsordnende Strukturnormen	170
(2)	Wirtschaftsordnende Regulierungsnormen	176
c)	Ungeschriebene Strukturnormen als Wirtschaftsordnungsnormen	182
(1)	Gewinnung ungeschriebener Strukturnormen durch Extrapolation	183
(2)	Die Verdichtung allgemeiner Rechtsprinzipien als ergänzendes Argument	185
d)	Die Segmentierung der Wettbewerbsfreiheit	186
2.	Persönlicher Schutzbereich	187
3.	Schutzrichtung	192
a)	Einzelnormen des positiven Rechts	192
(1)	Subjektivierung der Wirtschaftsordnungsnorm durch norminterne Grundrechtswirkung	193
(2)	Recht auf effektiven Rechtsschutz	193
(3)	Keine Änderung des Normprogramms der Wirtschaftsordnungsnorm	195
b)	Ungeschriebene Strukturnormen	196

IV.	Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung	197
1.	Einzelnormen des positiven Rechts	198
2.	Ungeschriebene wirtschaftsordnende Strukturnormen	198
V.	Zu den Bindungen des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung	201
VI.	Mögliche Einwände gegen die vorgeschlagene Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	204
1.	Unangemessene Verkürzung des Grundrechtsschutzes?	204
a)	Die Kritik Rixens: Verkürzung individueller Freiheit durch sozialstaatliche Grundrechtsdeutung?	205
b)	Die Kritik Kahls: Verlust von Rechtsstaatlichkeit, Rationalität und Transparenz?	208
c)	Die Kritik Möllers': Schutzbereich unter Funktionsvorbehalt und Schwächung des Gesetzgebers?	212
2.	Ausuferung des Grundrechtsschutzes?	214
a)	Verkennung von Kollisionslagen?	215
b)	Materieller Grundrechtsschutz vor Konkurrenz?	217
c)	Prozessuale Lähmung wirtschaftlicher Tätigkeit?	219
3.	Überkomplexität der Grundrechtsdogmatik?	221
VII.	Ergebnis	223
§ 7.	Einzelfälle zu dem Abwehrrecht des Konkurrenten gegen eine Subvention	225
I.	Beispiele für geschriebene wirtschaftsordnende Strukturnormen	225
1.	§ 3 Nr. 6 Satz 2 GewStG, § 5 Nr. 9 Satz 2 KStG	225
a)	Systematik	226
b)	Stand der Diskussion	226
c)	Stellungnahme	227
d)	Anwendung der vorgeschlagenen Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	228
2.	Vorschriften des europäischen Beihilferechts	229
II.	§§ 1, 8 KHG als Beispiel für eine wirtschaftsordnende Regulierungsnorm	230
1.	Systematik	230
2.	Stand der Diskussion	231
a)	Fachgerichtliche Rechtsprechung	232
b)	Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 14. Januar 2004	233
c)	Stellungnahme	234
d)	Abwehrrecht des bereits Aufgenommenen gegen eine Neuaufnahme?	235
3.	Anwendung der vorgeschlagenen Dogmatik der Wettbewerbsfreiheit	236

III. Das allgemeine Abwehrrecht des Konkurrenten gegen eine Subvention als Beispiel für eine ungeschriebene wirtschaftsordnende Strukturnorm	240
1. Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung	240
2. Anhaltspunkte im deutschen Recht	241
a) Grundentscheidung für eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung	241
b) Subventionsfeindlichkeit der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung	243
3. Anhaltspunkte im Gemeinschaftsrecht	245
a) Das Gemeinschaftsrecht als Quelle ungeschriebener Strukturnormen	245
b) Marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft	247
c) Gemeinschaftsrechtliche Wirtschaftsverfassung und Subventionen	248
4. Reichweite des allgemeinen Abwehrrechts	250
a) Eingriffsvorbehalt	251
(1) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Subventionen	252
(2) Erforderliche Regelungsdichte und Haushaltssubventionierung	254
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	257
c) Verfahrensrechte	259
§ 8. Die Wettbewerbsfreiheit im Kontext	261
I. Wettbewerbsfreiheit und subjektives öffentliches Recht	261
1. Wettbewerbsfreiheit und Schutznormtheorie	262
2. Wettbewerbsfreiheit und normative Interessentenklage	262
3. Ausblick: Fortentwicklung der Schutznormtheorie?	263
II. Wettbewerbsfreiheit und Konstitutionalisierung der Rechtsordnung	266
Teil 3: Ergänzung und Abgrenzung der Wettbewerbsfreiheit	270
Abschnitt 1: Abwehrrechtliche Neutralitätspflichten als Ergänzung der Wettbewerbsfreiheit	271
§ 9. Zur Dogmatik der abwehrrechtlichen Neutralitätspflichten	272
I. Begriff und Grundstruktur der abwehrrechtlichen Neutralitätspflichten	272
II. Herleitung und Reichweite abwehrrechtlicher Neutralitätspflichten	274
III. Abwehrrechtliche Neutralitätspflichten als prima-facie-Rechte	276
IV. Abwehrrechtliche Neutralitätspflichten und Schutz natürlicher Freiheit	278
V. Abwehrrechtliche Neutralitätspflicht und Wettbewerbsfreiheit	280
VI. Ergebnis	281

§ 10. Das Abwehrrecht gegen eine Pressesubvention als Beispiel für eine abwehrrechtliche Neutralitätspflicht	282
I. Die Pressefreiheit als Grundlage einer abwehrrechtlichen Neutralitätspflicht	282
II. Die Reichweite der abwehrrechtlichen Neutralitätspflicht	283
1. Publizistischer und wirtschaftlicher Wettbewerb	283
2. Der Grundsatz inhaltlicher Neutralität	285
a) Keine grundrechtliche Ordnungsentscheidung für wirtschaftlichen Wettbewerb im Pressewesen	287
b) Abgeleiteter Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen Presseunternehmen	291
c) Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes auf Grundrechtsgefährdungen – Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Pressesubventionen	292
III. Verhältnis zu der Wettbewerbsfreiheit	293
IV. Ergebnis	294
 Abschnitt 2: Abgrenzung der Wettbewerbsfreiheit zu anderen Grundrechten	 295
§ 11. Abgrenzung zu der Eigentumsgarantie	296
I. Die Eigentumsgarantie als normgeprägtes Grundrecht	296
II. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie	298
1. Das subjektive Recht als zentrales normatives Kriterium	299
2. Voraussetzungen eines subjektiven Rechts	300
III. Kein eigentumsrechtlicher Schutz des Unternehmens	303
1. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Zivilrecht	304
2. Auffassung des BGH und des BVerwG sowie der Literatur	306
3. Rechtsprechung des BVerfG	309
4. Stellungnahme	311
a) Kein subjektives Recht am Unternehmen	311
b) Schutz subjektiver Rechte und Schutz objektiver Ordnung	313
c) Bezug zum Staatshaftungsrecht	314
IV. Ergebnis	315
 § 12. Abgrenzung zu dem Gleichheitssatz	 317
I. Keine Garantie wirtschaftlicher Chancengleichheit	317
1. Der Begriff der Chancengleichheit	317
2. Chancengleichheit als grundrechtsdogmatische Kategorie	319

3. Keine eigenständige Gewährleistung der Chancengleichheit im wirtschaftlichen Wettbewerb	321
II. Gleichheitssatz und Grundrechtsbetroffenheit	322
1. Das Problem: Keine gleichheitsrechtliche Popularklage	322
2. Keine bloß faktische Betroffenheit	325
3. Das Erfordernis rechtlicher Betroffenheit	327
III. Ergebnis	328
Zusammenfassung	330
Literaturverzeichnis	341
Stichwortverzeichnis	367