

Inhaltsverzeichnis

Einführung	5
1. Das Werk in seiner Zeit	5
2. Adam Smith Rezeptionen	6
3. Die herrschaftsfreie Sozialordnung (Privatrechtsgesellschaft)	8
4. Die Absage an Wohlfahrtstheorien	12
Vorwort	15
I. Teil Die Begriffe des Wettbewerbes und des Monopolkampfes	31
I. Kapitel Der Unterschied im Kampfziel (subjektiver Unterschied)	31
1. Einleitung	31
2. Das Kampfziel des Wettbewerbers	31
3. Das wirtschaftliche Kampfziel des Monopolkampfes	32
a) Monopolbesitz und Monopolstreben	32
b) Die Kampfsituation des Monopolisten	35
aa) Wahl des freien Unternehmers zwischen Monopolbeteiligung oder Selbständigkeit	35
bb) Wahl des freien Unternehmers zwischen Monopolbeteiligung oder freier Ausnutzung des Monopolschattens (die typische Außenseiterposition)	35
cc) Die Methoden zur Verhinderung des Außenseitertums (Abfindung und Kampf)	36
dd) Der Kampf insbesondere	37
II. Kapitel Wesen und Begriff der Monopolstellung	39
1. Die Schwierigkeiten der Monopoldefinition	40
a) Vorläufige Definition	40
b) Definition des vollkommenen (absoluten) Monopols	41
c) Die Schwierigkeit der Einbeziehung abgeschwächter Monopolgrade in die Definition	43
2. Marktmacht und marktmäßige Machtlosigkeit	45
3. Der psychologische Mechanismus der Konkurrenz	47
4. Konkurrenz, absolutes Monopol, relatives Monopol	51
5. Das relative Monopol insbesondere	53
6. Die Ergiebigkeitsgrenzen der Monopolmacht (marktstarke und marktschwache Monopole)	55

7. Ursache der Elastizität der Ergiebigkeitsgrenze	57
8. Die Fernwirkungen der Ausbeutung starker und der Überspannung schwacher Monopolmacht	58
a) Bei Ausbeutung starker Monopolmacht	58
b) Bei Überspannung schwacher Monopolmacht	62
9. Der Monopolbegriff im Rechtsleben	64
10. Abschließende Anmerkungen zur Monopoldefinition	67
III. Kapitel Die Verschiedenheit der Kampfmethode (objektiver Unterschied)	84
1. Fragestellung	84
a) Ist die Unterscheidung von Kampfarten nach ihrem Kampfzwecke ausreichend und durchführbar?	84
b) Monopolistischer und nichtmonopolistischer Schädigungszweck	86
c) Verfolgung des Nutzenzweckes mit verschiedenen Mitteln	86
d) Die Kombinationen von objektiven und subjektiven Unterscheidungsmöglichkeiten	87
2. Die möglichen Gesichtspunkte zur Unterscheidung zwischen Kampfmethoden	89
a) Der allgemein-juristische Gesichtspunkt	89
b) Der technisch-privatwirtschaftliche Gesichtspunkt	90
c) Der institutionell-volkswirtschaftliche Gesichtspunkt	90
3. Die Überlegenheit des institutionell-volkswirtschaftlichen Gesichtspunktes	91
4. Der gewerbliche Wettbewerb als Auslesekampf (Leistungsprinzip)	91
5. Der Begriff des Monopolkampfes	92
6. Arten des Nichtleistungskampfes	92
7. Der Einfluß des subjektiven Kampfzweckes auf die objektive Beschaffenheit des Leistungskampfes und des Nichtleistungskampfes	94
a) Einfluß des Kampfzweckes auf die soziale Nutzenwirkung des Leistungswettbewerbes	94
b) Einfluß des Kampfzweckes auf die soziale Störungswirkung des Nichtleistungskampfes	95
aa) Problemstellung	95
bb) Die von der Judikatur bisher mißbilligten Kampfzwecke	98
cc) Die Anwendbarkeit des Nichtleistungskampfes im Dienste normaler Wettbewerbszwecke	99
dd) Die Anwendbarkeit des Nichtleistungskampfes im Dienste des Monopolzweckes	100
ee) Die Wirkung des nichtmonopolistischen Nichtleistungskampfes auf das System der freien Verkehrswirtschaft	102
ff) Die Wirkung des monopolistischen Nichtleistungskampfes auf das System der freien Verkehrswirtschaft	103

Inhaltsverzeichnis

8. Die juristische Fragestellung	105
9. Schlußbemerkung (die rechtspolitische Eigenbedeutung des Monopolkampftatbestandes)	106
II. Teil Wettbewerb und Monopolkampf als rechtliches Problem	108
1. Abschnitt Theoretische Grundlegung	108
IV. Kapitel Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung des objektiven Unterscheidungsmerkmals (Leistungskampf und Nichtleistungskampf)	108
1. Einleitung (Der wirtschaftliche Wettbewerb in der Wirtschaftsgeschichte)	108
a) Die zwei Perioden der Wirtschaftsgeschichte	108
b) Die vier Regelungen des Tauschverhältnisses	109
c) Das Zunftprinzip	111
d) Das Privilegienprinzip	111
e) Das System des Merkantilismus	112
f) Das System der freien Verkehrswirtschaft	114
g) Überleitung zur juristischen Fragestellung	117
2. Der Kampf im Recht	120
a) Auslesekampf und Selbsthilfekrieg	120
aa) Auslesekampf	121
bb) Selbsthilfekrieg	122
b) Verhältnis zwischen den beiden Arten des Kampfes einerseits und dem Rechte andererseits	122
aa) Verhältnis zwischen Recht und Selbsthilfekrieg	122
bb) Verhältnis zwischen Recht und Auslesekampf	123
c) Einbettung der beiden Kampfarten in die Rechts- und Sozialordnung (die Funktion des Richters in beiden Fällen)	125
d) Die öffentlich-rechtliche Seite des wirtschaftlichen Kampfrechtes	127
e) Die Frage der Betrachtung privatrechtlicher Institutionen unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten	128
aa) Die Bedeutung der Fragestellung	128
bb) Das Problem der herrschaftsfreien Sozialordnungen	129
cc) Die rechtliche Struktur einer herrschaftsfreien Sozialordnung	130
aaa) Der öffentlich-rechtliche Bestandteil herrschaftsfreier Sozialverfassungen	130
bbb) Der privatrechtliche Bestandteil herrschaftsfreier Sozialordnungen	131
f) Die Institution des Kampfes im Rahmen einer herrschaftsfreien Wirtschaftsverfassung	134

Inhaltsverzeichnis

V. Kapitel	Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung des subjektiven Unterscheidungsmerkmals (Monopolstreben)	137
1.	Der Einfluß des monopolistischen Kampfziels auf die Beweislage	137
a)	Das Leistungsprinzip als Grundsatz des geltenden Wettbewerbsrechts	137
b)	Ist das Leistungsprinzip auf dem Wege der Gewohnheitsrechtsbildung beseitigt worden?	139
c)	Die notwendigen Durchbrechungen des Leistungsprinzips	141
d)	Die beweistechnische Bedeutung des subjektiven Unterscheidungsmerkmals	142
2.	Das monopolistische Kampfziel als unerlaubter Kampfzweck?	144
a)	Zulassung des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln für die Zwecke des normalen erlaubten Überflügelungskampfes?	144
b)	Der Einwand, daß der Zweck nicht die Mittel heiligen dürfe	145
c)	Die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des Leistungsprinzips im gewerblichen Wettbewerb	148
3.	Das monopolistische Kampfziel als privilegierter Kampfzweck?	150
a)	Fragestellung	150
b)	Die Rechtfertigungstheorien zugunsten des monopolistischen Kampfprivilegs	154
c)	Die volkswirtschaftliche These	156
aa)	Wirtschaftsfreiheit als Selbstverwaltungsfreiheit der Produzenten	157
bb)	Die praestabilisierte Harmonie in einer monopolisierten freien Gruppenwirtschaft	167
d)	Die juristische These	173
2. Abschnitt	Die bisherige Rechtsentwicklung	179
VI. Kapitel	Die bisherige Stellungnahme der Rechtslehre zu der Frage des Kampfprinzips und der Wirtschaftsverfassung	179
1.	Die Unterscheidung zwischen Leistungskampf und Nichtleistungskampf	179
a)	Adolf Lobe	179
b)	Die Rechtsentwicklung seit Lobe	180
c)	Nipperdey	182
d)	Ulmer	185
2.	Die Frage der Wirtschaftsverfassung (die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise privatrechtlicher Institutionen)	187
a)	Allgemeine Vorberachtung	187
b)	Die Verfassung der freien Verkehrswirtschaft als Forschungsgegenstand der Wirtschaftsrechtslehre	189

Inhaltsverzeichnis

VII. Kapitel Die bisherige rechtliche Behandlung des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln in der Rechtsprechung	191
1. Der derzeitige Stand der Judikatur	191
2. Die Auswirkungen der von der Judikatur aufgestellten Grundsätze	193
3. Eignung der von der Judikatur aufgestellten Grundsätze zur Verfeinerung des Wettbewerbsrechtes im Sinne des Leistungsprinzips?	195
a) Die Eignung des Grundsatzes von der Sittenwidrigkeit der Mittel	195
b) Die Eignung des Grundsatzes von der Sittenwidrigkeit des Vernichtungszweckes	199
c) Die Eignung des Grundsatzes von der Sittenwidrigkeit der unverhältnismäßigen Schadenszufügung	200
III. Teil Der privatrechtliche Bestandteil der Rechtsverfassung der freien Verkehrswirtschaft (Die Lehre vom Leistungswettbewerb)	206
Einleitung	206
VIII. Kapitel Leistungswettbewerb und Nichtleistungskampf (Arten des Nichtleistungskampfes)	207
1. Der Begriff des Leistungswettbewerbs	207
a) Die drei Elemente des Begriffes Leistungswettbewerb	207
b) Die Verknüpfung des Ordnungselementes mit dem Leistungselement	208
aa) Die Kampfformen des Zweikampfes und des Parallelkampfes	208
bb) Leistungselement und Kampfform	209
c) Die Verknüpfung des Ordnungselementes mit dem Wettelement	209
aa) Die Wette als Einfügung eines außerkämpferischen Kampfzweckes	210
bb) Die technischen Möglichkeiten der Verknüpfung von Wette und geordnetem Kampf	212
aaa) Kampfabrede und Auslobung	212
bbb) Kampfabrede und Okkupation	213
ccc) Kampfabrede und Abschluß eines lukrativen Rechtsgeschäftes mit einem Dritten	214
d) Die Verknüpfung des Ordnungselementes mit dem Wettelementen im gewerblichen Wettbewerb insbesondere	215
aa) Die Begründung des Kampf- und Wettverhältnisses auf außervertraglicher Grundlage durch das objektive Recht	215
bb) Worin besteht der Wettlohn bei Abschluß eines entgeltlichen Kundengeschäftes?	216
cc) Die kampfrechtliche Beurteilung des Verzichtes auf den Wettlohn	217

Inhaltsverzeichnis

dd) Umfaßt die Kampfaufgabe des gewerblichen Wettbewerbs den Abschluß eines lukrativen Kundengeschäftes?	219
2. Der Begriff der wirtschaftlichen Leistungskraft	222
a) Das persönliche und das sachliche Element der gewerblichen Leistungskraft	222
b) Die sozialpolitische Kritik an dem liberalen Leistungsbegriff	224
aa) Der Vorwurf der gesellschaftsauf lösenden Wirkung des wirtschaftlichen Individualismus	225
bb) Der Vorwurf der Verschärfung der Vermögensungleichheiten und Klassengegensätze	230
3. Die Arten des Nichtleistungswettbewerbes	240
a) Der Normaltatbestand des echten Leistungswettbewerbs	240
b) Die Arten des Nichtleistungskampfes	242
aa) Verletzung des Leistungsprinzips bei der Anpreisung	242
bb) Verletzung des Leistungsprinzips durch die rechtswidrige Ermöglichung eines eigenen oder durch die Verhinderung eines fremden Angebots	242
cc) Verletzung des Leistungsprinzips durch die rechtswidrige Ermöglichung der eigenen oder durch die Verhinderung der fremden Leistung	243
dd) Verletzung des Leistungsprinzips durch rechtswidrige Verbilligung der eigenen oder durch Verteuerung der fremden Leistung	244
ee) Verletzung des Leistungsprinzips durch Verlustpreisangebote	245
c) Wettbewerbsrechtliche Sonderfragen	245
aa) Kann ein korrekt erzielter Leistungsvorsprung wegen seines Ausmaßes unlauter werden?	246
bb) Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Ausbeutung des Monopolschattens durch freie Außenseiter	246
IX. Kapitel. Begriff und Inhalt der Kampfregel	248
1. Begriff der Kampfregel	248
a) Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung der Kampfregel	248
b) Die konfliktregelnden Rechtsnormen einer Friedensordnung	250
aa) Der allgemein konfliktregelnde Rechtsgrundsatz im Falle der Bewerbung mehrerer um die Willenserklärung eines Dritten	250
bb) Die Konfliktregel der Repartierung	251
cc) Die Konfliktregel der Reihenfolge	252
c) Die konfliktregelnden Rechtsnormen einer Kampf ordnung (Kampfregel)	253
aa) Unterschiede zwischen den konfliktregelnden Normen einer Friedens- und einer Kampf ordnung	254

Inhaltsverzeichnis

bb) Besonderheiten der Kampfregel im Falle des Wettstreites um eine Willenserklärung	254
cc) Besonderheiten der Kampfregel im Fall eines beruflichen Wettstreites	256
2. Inhalt der Kampfregel	257
3. Der Sozialeffekt einer kampfregelbeherrschten gewerblichen Wettbewerbsordnung	259
X. Kapitel Die kampfrechtliche Schiedsrichterfunktion des freien Kunden	260
1. Die Fiktion der Urteilsfähigkeit des freien Kunden	260
2. Die im Interesse einer gerechten Kampfentscheidung gebotene Wahrheitspflicht der Wettbewerber	262
3. Die beiden Gruppen der Abweichung vom leistungsmäßigen Wahrheitsgrundsatz	263
a) Die Abweichung durch allgemein rechts- und sittenwidrige Handlungen	263
b) Die Abweichung durch an sich zulässige Handlungen und Unterlassungen	264
4. Die rechtlichen Konsequenzen des Verbotes an sich zulässiger Handlungen und Unterlassungen (Kontrahierungzwang und Preisdiktat)	265
XI. Kapitel Das geschützte Rechtsgut	269
1. Die herrschenden Theorien (Persönlichkeitsrecht oder Unternehmen als geschützte Rechtsgüter)	269
2. Die legale Siegeschance (Rentabilität) als geschütztes Rechtsgut	270
a) Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Verlustpreiskampfes im normalen Wettbewerb	270
b) Die Siegeschance im wettbewerblichen Gesamtfeldzug (Rentabilitätsvorsprung)	271
3. Der mittelbare Schutz des Unternehmens und der Persönlichkeit durch das Wettbewerbsrecht	273
XII. Kapitel Nichtleistungswettbewerb mit erlaubten Mitteln und Monopolkampf unter besonderer Berücksichtigung des Kampfes mit Verlustpreisen	275
1. Die beiden Möglichkeiten des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln: der Schädigungs- und der Verlustpreiskampf	275
2. Die Möglichkeiten des Nichtleistungskampfes im normalen (nichtmonopolistischen) Vollerwerb	275
a) Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Verlustpreiskampfes	276

aa) Die spekulativen Bestandteile der Preisstellung	276
bb) Der defensive Anpassungspreis	277
cc) Die aggressiven Formen des Verlustpreiskampfes	280
aaa) Der radikale Tatbestand	280
bbb) Der Versilberungspreis	281
ccc) Der Werbepreis	282
1. Der Einführungspreis	282
2. Der Lockartikel	282
ddd) Der Schädigungspreis	283
eee) Der monopolistische Verlustpreiskampf in seiner offensiven und defensiven Form	285
b) Die wettbewerbsrechtlich erlaubten Arten des Verlustpreiskampfes	286
c) Die wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen der legalen Durchbrechungen des Leistungsprinzips	289
3. Die Möglichkeiten des Nichtleistungskampfes im Monopolkampf	291
a) Monopolkampf mit Nötigungscharakter (äußerer Organisationszwang)	291
aa) Die kampfrechtliche Beurteilung der Nötigungsabsicht	291
bb) Das Vorliegen der Nötigungsabsicht als Beweisindiz für den Nichtleistungscharakter der Kampfhandlung	292
b) Der defensive Verlustpreis im Monopolkampf	294
c) Die Anwendung der Grundsätze des <i>prima-facie</i> -Beweises bei Tatbeständen des Monopolkampfes	295
d) Die juristischen Schwierigkeiten der Meisterung des Monopolkampfproblems als Entstehungsgrund des monopolistischen Kampfprivilegs	296
IV. Teil Die Rechtsverfassung der freien Verkehrswirtschaft und das geltende öffentliche gewerbliche Verfassungsrecht	299
Einleitung: Die Rechtsquellen	299
XIII. Kapitel Die öffentlich-rechtlichen Bestandteile der Verfassung der freien Verkehrswirtschaft nach der Gewerbeordnung	300
1. Die öffentlich-rechtlichen Bestandteile einer mittelbar durch Kampf geordneten herrschaftsfreien Gewerbeverfassung	300
a) Die Bestimmung des mittelbaren Ordnungs- und Verteilungsprinzips	301
b) Die Befreiung der Individuen	301
c) Der dispositiv Charakter des Verkehrsrechtes, der zwingende Charakter des kämpferischen Ordnungsprinzips	302
2. Der Zweifel am Verfassungscharakter einer herrschaftsfreien Wirtschaftsordnung	303

Inhaltsverzeichnis

3.	Die außerstaatliche, „natürliche“ Gesetzmäßigkeit des mittelbar kampfgerelten Wirtschaftsverlaufes nach der Lehre der klassischen Nationalökonomie	306
XIV. Kapitel Die Rechtsverfassung der freien Verkehrswirtschaft und die Reichsverfassung		315
1.	Fragestellung	315
2.	Die geltende Ordnung des Wirtschaftslebens nach der Gesamtkonzeption der Reichsverfassung	316
3.	Der strukturelle verfassungsrechtliche Unterschied zwischen einer wirtschaftlichen Kampfordinnung (System der herrschaftsfreien Verkehrswirtschaft) und einer wirtschaftlichen Friedensordnung (System der Planwirtschaft)	322
4.	Die Frage der Inhaltsveränderung des Systems der freien Verkehrswirtschaft durch die Reichsverfassung	324
5.	Die dogmengeschichtliche Begründung der wirtschaftlichen Grundrechte	326
XV. Kapitel Die private Monopolisierung und das monopolistische Kampfprivileg nach den Bestimmungen der Reichsverfassung und der Kartellverordnung		328
1.	Zulässigkeit und rechtlicher Standort der privaten Monopolisierung nach geltendem wirtschaftlichen Verfassungsrecht	328
a)	Die Zulässigkeit der privaten Monopolisierung	328
aa)	Nach der Reichsverfassung	328
bb)	Nach der Kartellverordnung	329
b)	Die Eigenart des privatmonopolistischen Angriffs auf die Rechtsverfassung der freien Verkehrswirtschaft	331
c)	Der rechtliche Standort der privaten Marktherrschaft im Rahmen der wirtschaftsverfassungsmäßigen Gesamtordnung	332
2.	Das monopolistische Kampfprivileg nach geltendem wirtschaftlichem Verfassungsrecht	337
a)	Nach der Reichsverfassung	337
b)	Nach der Kartellverordnung	337
3.	Die privatrechtlichen Konsequenzen aus der Besonderheit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Stellung des privaten Monopolisten im Rahmen der wirtschaftlichen Gesamtordnung	340
Schlußbemerkung		342
Literaturverzeichnis		344
Sachregister		349