

Crailsheimer Stadtblatt, dortmund.de, muenchen.de und gesund.bund.de

– Zur Auslotung der Grenzen publizistischer Betätigung der öffentlichen Hand durch die Wettbewerbsgerichte*

Karl-E. Hain

I. Einleitende Bemerkungen

Publizistische Vielfalt ist der Zentralwert des deutschen Medienrechts¹. Diesem Zentralwert und der Bekämpfung in dieser Hinsicht dysfunktionaler Medienkonzentration fühlt sich mein geschätzter und mit dieser Festschrift geehrter Kollege *Georgios Gounalakis* verpflichtet, wie nicht zuletzt sein zusammen mit *Zagouras* verfasstes Werk zum Medienkonzentrationsrecht² erweist. Dem Kampf gegen die vorherrschende Meinungsmacht³ im privaten Mediensektor hat sich der Jubilar auch praktisch gewidmet: Seit 2007 ist er Mitglied der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)⁴, seit 2017 deren Vorsitzender.

Ich werde mich in diesem Beitrag einem anderen Risiko für den Prozess freier Meinungsbildung und die publizistische Vielfalt zuwenden, nämlich der bereits seit einiger Zeit zu verzeichnenden, über anerkannte Öffentlichkeits- und Informationsarbeit hinausgehenden publizistischen Aktivitäten von Kommunen, aber auch des Bundesministeriums für Gesundheit. Gegen diese Aktivitäten haben die private Presse bzw. ein privater Onlineportalbetreiber bereits mehrfach klageweise wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gemäß den §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG geltend gemacht. Die Begründungsstruktur der daraufhin ergangenen gerichtlichen Entscheidungen soll unter Einbeziehung der literarischen Diskussion einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

* Die Bearbeitung wurde im März 2024 abgeschlossen.

1 Vgl. im Hinblick auf die Rundfunkordnung *K.-E. Hain*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., 2019, Allgemeines C, Rn. 65 m.w.N.

2 *G. Gounalakis/G. Zagouras*, Medienkonzentrationsrecht, 2008.

3 Vgl. §§ 60 ff. MStV.

4 § 104 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 MStV.

II. Die Bausteine der Begründung einschlägiger wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen

Das grundlegende Urteil, auf dem nachfolgende Entscheidungen aufbauen, bildet das Urteil „Crailsheimer Stadtblatt II“ des Bundesgerichtshofs⁵. In der Folge ergingen die Urteile des Bundesgerichtshofs in Sachen „dortmund.de“⁶, „muenchen.de“⁷ sowie die Entscheidungen des Landgerichts Bonn⁸ und jüngst des Oberlandesgerichts Köln⁹ zu „gesund.bund.de“. Diese wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen stehen im Zentrum der nachfolgenden Betrachtung.

1. Geschäftliche Handlung?

Eine tatbestandliche Voraussetzung des in Rede stehenden Unterlassungsanspruchs bildet das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG). Was das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG a.F. (nunmehr § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) angeht, wird angenommen, ein erwerbswirtschaftliches Handeln der öffentlichen Hand stelle immer eine geschäftliche Handlung dar. Dagegen sei bei einer Tätigkeit zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben weiter danach zu unterscheiden, ob die öffentliche Hand aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich tätig werde. Sei dies der Fall, sei ihre Betätigung einer Überprüfung anhand des Wettbewerbsrechts entzogen, solange sich das Handeln innerhalb der Ermächtigungsgrundlage bewege, die insoweit den Handlungsspielraum vorgebe. Handele die öffentliche Hand zwar zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, werde sie aber ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig, sei eine geschäftliche Handlung nicht ausgeschlossen. Eine geschäftliche Handlung sei allerdings auch in diesen Fällen nicht ohne weiteres zu vermuten, sondern anhand einer umfassenden Würdigung der relevanten Umstände des Einzelfalls besonders festzustellen¹⁰. Aus einem Verstoß

5 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 ff.

6 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 ff.

7 BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 ff.

8 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 ff.

9 OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de). Mit diesem Beschluss wird die in der vorherigen Fn. zitierte Entscheidung des LG Bonn über den Unterlassungsanspruch aufgehoben. Gleichwohl sollen die in dieser Entscheidung vorgebrachten Argumente in die kritische Würdigung einbezogen werden.

10 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (195).

gegen den Grundsatz der Staatsferne der Presse bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wird in der Entscheidung „Crailsheimer Stadtblatt II“ geschlossen, die öffentliche Hand bewege sich außerhalb ihres Aufgabebereichs, so dass das Wettbewerbsrecht einschlägig sei¹¹. In Bezug auf „gesund.bund.de“ wurde aufgrund einer restriktiven verfassungskonformen Interpretation der einfach-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage anhand des Grundsatzes der Staatsferne der Presse angenommen, es liege eine geschäftliche Handlung vor, da dieses Angebot die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage überschreite¹².

Im Verkauf eines „erweiterten“ Amtsblatts bzw. im kostenpflichtigen Angebot entsprechender Internet-Dienste sowie in der entgeltpflichtigen Veröffentlichung einer Werbeanzeige liegen geschäftliche Handlungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Daher hätte der Bundesgerichtshof bei Entgeltpflichtigkeit von Erwerb oder Abdruck von Anzeigen unabhängig von der Frage der Wahrung der Kompetenzen durch die Kommunen oder andere der staatlichen Seite zuzurechnenden Institutionen stets das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung bejahen können.

In der Tat liegt aber in der unentgeltlichen Veröffentlichung eines Inhalte-Angebots ohne entgeltpflichtigen Anlagenteil durch die öffentliche Hand kein unternehmerisches Handeln im Sinne eines Verhaltens zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens¹³, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob die öffentliche Hand sich innerhalb oder außerhalb ihrer Kompetenzen bewegt. Mit Recht wendet

11 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (195).

12 LG Bonn 28.6.2023 – I O 79/21, MMR 2023, 701 (703 ff.).

13 Zutreffend weist C. Peter, Staatsferne der Presse: Stadtportale und das nationale Gesundheitsportal des Bundes in der Schnittmenge von Verfassungs- und Wettbewerbsrecht, GRUR 2022, 624 (627), darauf hin, in der Erwähnung eines Unternehmens liege keine geschäftliche Handlung, wenn dies im Rahmen eines breiten, vielfältigen Informationsangebots mit einer Fülle an Inhalten und Unternehmen handele, es also um allgemeine Wirtschaftsfürsorge gehe.

14 So bereits H. Köhler, Das Gebot der „Staatsferne der Presse“ als Schranke kommunaler Öffentlichkeitsarbeit, GRUR 2019, 265 (266). A.A. Ch. Degenhart, Marktverhaltensregeln im Wettbewerb der Medien, AfP 2018, 189 (191); ders., Erweitertes Amtsblatt, Stadtzeitung und kommunales Internetportal nach dem Urteil des BGH „Crailsheimer Stadtblatt II“, AfP 2020, 185 (190); J. Fabi/L. Struß, Rechtsschutz gegen staatliche Pressetätigkeit, GRUR 2020, 144 (145).

sich nun das Oberlandesgericht Köln¹⁵ gegen die Annahme, aus einer aus der Überschreitung des Aufgabenbereichs resultierenden Verletzung des Gebots der Staatsferne als Marktverhaltensregelung folge stets das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung. Eine solche zirkelschlussartige Argumentation, die gemäß der von der Klägerin ausdrücklich so vertretenen Ansicht darauf hinausliefe, dass jeder Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse denklogisch immer auch eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG darstelle und ohne weiteres zu einem Unterlassungsanspruch aus den §§ 8, 3a UWG in Verbindung mit dem Gebot der Staatsferne der Presse als Marktverhaltensvorschrift führe, überzeuge nicht. Letztlich würden die Anwendbarkeit des UWG und der daraus folgende Rechtsweg zu den Zivilgerichten mit dem Verstoß gegen einen Tatbestand des UWG begründet. Dies sei dogmatisch nicht haltbar.

Die wettbewerbsrechtliche Frage nach dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung einerseits und die staatsorganisations- oder verwaltungsrechtliche Frage nach der Wahrung von Kompetenzen von Hoheitsträgern liegen – das kann hier festgehalten werden – auf zwei verschiedenen Ebenen – und ihre Klärung muss auf verschiedenen Rechtswegen erfolgen¹⁶.

2. Konkretes Wettbewerbsverhältnis?

Für die Kläger in den hier angesprochenen Verfahren kann sich die Aktivlegitimation aus einem Status als Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ergeben. Das setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG). Die Rechtsprechung hat ein solches Wettbewerbsverhältnis mit Recht bejaht, wenn die Parteien um Werbeanzeigen konkurrieren¹⁷.

Darüber hinaus wurde ein wettbewerblicher Bezug aber bereits angenommen mit Blick auf redaktionelle Inhalte eines Stadtportals, die „typischerweise von der Presse besetzt[e] Themen“ behandeln¹⁸ bzw. wegen der

15 OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de), Rn. 31 ff.

16 Vgl. H. Köhler, GRUR 2019, 265 (266). Krit. auch K.-N. Peifer, Rezension „Crailsheimer Stadtblatt II“, WRP 2019, 325 (326): „Dass solche Kämpfe vor den Zivilgerichten stattfinden, ist konzeptionell verfehlt, [...]“ – Zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zutreffend F. Schoch, Kommunales Amtsblatt und Lokalpresse im Konflikt, AfP 2019, 93 (95).

17 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (196); BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

18 BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

Ähnlichkeit von Inhalten und Aufmachung von den Parteien betriebener Gesundheitsportale¹⁹. Auch *Degenhart* nimmt an, unabhängig von einer Konkurrenz auf dem Anzeigenmarkt begründe der Wettbewerb auf dem Lesermarkt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Bereits durch die Verteilung einer Stadtzeitung mit redaktionellem Teil werde, wenn diese die lokale Zeitung auch nur partiell zu substituieren vermöge, auf deren Absatz eingewirkt²⁰. Dem wird zutreffend entgegengehalten, bei Unentgeltlichkeit und fehlendem Anzeigenteil könne kein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen, da es bereits an einem unternehmerischen bzw. gewerblichen²¹ Handeln fehle²².

Die privaten Inhaltenanbieter verfügen also im Hinblick auf den geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch nicht über die notwendige Aktivlegitimation.

3. Der Grundsatz der Staatsferne als Marktverhaltensregelung?

Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

Der Bundesgerichtshof²³ wie auch das Landgericht Bonn²⁴ haben angenommen, der Grundsatz der Staatsferne stelle eine Marktverhaltensregelung dar. Das für den Staat bestehende, aus der Garantie des Instituts der freien Presse des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Gebot, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen, regele – so

19 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (702 f.).

20 Ch. *Degenhart*, AfP 2018, 189 (192).

21 So C. *Peter*, GRUR 2022, 624 (627).

22 H. *Köhler*, GRUR 2019, 265 (267). S.a. jüngst OLG Köln 7.2.2024 – 6 U 109/23 (juris.de), Rn. 28, in Bezug auf das Portal „gesund.bund.de“: „Das Bundesministerium für Gesundheit tritt durch die Erfüllung der ihm in § 395 SGB V zugewiesenen öffentlichen Aufgabe nicht als Unternehmer in ein konkretes Wettbewerbsverhältnis mit den Anbietern anderer Gesundheitsportale, weil das sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage haltende Informationsangebot kostenfrei und nicht werbefinanziert ist.“ Das Gericht, a.a.O., Rn. 17, hat die Unterlassungsklage an das zuständige Verwaltungsgericht verwiesen.

23 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191); BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1338); BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

24 LG Bonn 28.6.2023 – 1 O 79/21, MMR 2023, 701 (703).

grundlegend der Bundesgerichtshof in der „Crailsheimer Stadtblatt II“-Entscheidung²⁵ – die Frage, wie sich Hoheitsträger und von Hoheitsträgern beherrschte Unternehmen im Falle ihrer Teilnahme am Wettbewerbsgeschehen auf dem Gebiet der Presse zu verhalten hätten. Dieses Gebot sei im Sinne des § 3a UWG zumindest auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Das Gebot der Staatsferne der Presse setze der am Markt tätigen öffentlichen Hand zugunsten der anderen Marktteilnehmer – insbesondere der institutionell geschützten Presse, aber auch im Interesse der Bürgerinnen und Bürger an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung – enge Grenzen. Es solle nicht bestimmte Anbieter von bestimmten Märkten fernhalten, sondern lasse zu, dass private und staatliche Stellen sich in einem überschneidenden Bereich auf dem Markt begegneten. In der Entscheidung „dortmund.de“²⁶ wird hinzugefügt, das Gebot der Staatsferne der Presse schütze auch vor Substitutionseffekten kommunaler Online-Informationsangebote.

In der Literatur ist bereits streitig, ob der Grundsatz der Staatsferne der Presse eine bloße, von § 3a UWG nicht erfasste Marktzutrittsregelung²⁷ oder eine Marktverhaltensregelung im Sinne dieser Vorschrift²⁸ darstellt. Selbst wenn angenommen wird, dieser Grundsatz solle nicht Angebote der staatlichen Seite zuzuordnende Stellen von bestimmten Märkten fernhalten, wirft diese Sichtweise einige Probleme auf. Fraglich erscheint zunächst, ob ein hochabstrakter verfassungsrechtlicher Grundsatz dazu taugt, daraus konkrete Marktverhaltensregeln abzuleiten²⁹. Weiterhin leitet der Bundesgerichtshof den Grundsatz der Staatsferne der Presse aus der „Garantie des Instituts der freien Presse“ ab³⁰. Gemeinhin wird diese normative Figur als objektiv-rechtlicher Gehalt der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) verstanden³¹. Aus einer objektiv-rechtlichen Institutsgarantie, die primär an den Gesetzgeber im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtordnung

25 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191).

26 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1340).

27 So J. Fabi/L. Struß, GRUR 2020, 144 (149).

28 So etwa Ch. Degenhart, AfP 2020, 185 (190); H. Ludyga, Die Presseberichterstattung von Gemeinden in kommunalen Amtsblättern und das Wettbewerbsrecht, ZUM 2016, 706 (707 ff). Zweifelnd, M. Cornils, in: Burkhardt, Presserecht, 7. Aufl., 2023, § 1 LPG, Rn. 147i.

29 Vgl. F. Schoch, AfP 2019, 93 (94).

30 Vgl. nur BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (191).

31 Vgl. nur H. Bethge, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 5 Rn. 72; A.-B. Kaiser, in: Dreier, GG, 4. Aufl., 2023, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 199.

des Pressewesens gerichtet ist³², eine drittschützende Norm zugunsten der institutionell geschützten Presse sowie der an einer unabhängigen Information und Meinungsbildung interessierten Bürgerinnen und Bürger zu machen, die mittels des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs durchgesetzt werden kann, ist indes alles andere als trivial. Eine überzeugende Begründung, die sich etwa mit der Frage der Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Schutzpflichten³³ zu beschäftigen hätte, bleibt der Bundesgerichtshof schuldig.

Davon abgesehen ist nicht erkennbar, dass der Grundsatz der Staatsferne im Interesse der Marktteilnehmer ein Marktverhalten (vgl. § 3a UWG) regelte. Der Zweck dieses Grundsatzes besteht im Schutz der Meinungsvielfalt und der Freiheitlichkeit des Prozesses der Meinungsbildung, ist also publizistisch und nicht wie die gegen unlauteren Wettbewerb gerichteten Vorschriften des UWG am Schutz der Integrität ökonomischer Märkte orientiert³⁴. Soweit private und staatliche Inhalteanbieter überhaupt auf einem ökonomischen Markt konkurrieren, handelt es sich, sofern sie Anzeigen in ihren Angeboten platzieren, um den Anzeigenmarkt. Für diesen Markt enthält aber der Grundsatz der Staatsferne keinerlei Verhaltensvorgaben. Auch betrifft der Grundsatz der Staatsferne nicht Verbraucher als Marktteilnehmer, sondern Bürgerinnen und Bürger als Teilnehmer am Meinungsbildungsprozess.

Nach alledem kommt der Grundsatz der Staatsferne nicht als Marktverhaltensnorm im Sinne des § 3a UWG in Betracht.

4. Staatsleitung oder kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Kompetenzgrundlagen für „erweiterte“ publizistische Aktivitäten staatlicher Akteure?

Als kompetenzielle Grundlage für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Regierungsmitgliedern betrachtet das Bundesverfas-

32 S. dazu nur *H. Bethge* (Fn. 31), Art. 5, Rn. 73.

33 Der Staat, primär der Gesetzgeber, hat eine Schutzpflicht – vgl. nur BVerfGE 80, 124 (133) – Postzeitungsdienst – für die Bewahrung der durch das Institut freie Presse geschützten Funktionsbedingungen eines freien Pressewesens; vgl. *H. Bethge* (Fn. 31), Art. 5 Rn. 73.

34 *H. Köhler*, GRUR 2019, 265 (266): „Unter einem Markt ist [...] nicht etwa der ‚Meinungsmarkt‘ [...] zu verstehen, sondern der [virtuelle] Ort, auf dem Waren und Dienstleistungen angeboten und nachgefragt werden.“

sungsgericht die Kompetenz zur Staatsleitung, die als integralen Bestandteil die Befugnis der Bundesregierung zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit einschlieÙe³⁵. Darauf rekurriert auch das Landgericht Bonn im Hinblick auf „gesund.bund.de“, ein Angebot des Bundesministeriums für Gesundheit³⁶. Die in Rede stehende Kompetenz soll die Darlegung und Erläuterung der Regierungspolitik hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme sowie die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über die Bürgerinnen und Bürger unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit einschließlich Empfehlungen und Warnungen umfassen³⁷. Die Kompetenz zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit umfasst demnach grundsätzlich einen thematisch weit gefassten Bereich.

Im Hinblick auf die in Rede stehende Kompetenz hat das Landgericht Bonn hervorgehoben, eine sehr weitgehende und umfangreiche Information ohne jeglichen konkreten Anlass, bei der es weder um gefahrenbezogene Information noch um Erklärung und Darstellung der Regierungspolitik gehe, könne nicht auf die Kompetenz zum staatlichen Informationshandeln gestützt werden; ein allgemeiner thematischer Aufgabenbezug reiche nicht aus³⁸.

In Bezug auf kommunale Inhalteangebote nimmt der Bundesgerichtshof eine Kompetenz aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie³⁹ (Art. 28 Abs. 2 GG und korrespondierende landesverfassungsrechtliche Normen) bzw. besonderen einfach-rechtlichen Normen an. Dabei wird hinsichtlich der inhaltlichen kompetenziellen Reichweite auf die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Rahmen der Staatsleitung rekurriert⁴⁰. Spezifisch

35 Vgl. nur BVerfGE 148, 11 (27).

36 LG Bonn 28.6.2023 – I O 79/21, MMR 2023, 701 (704).

37 Vgl. nur BVerfGE 148, 11 (28).

38 LG Bonn 28.6.2023 – I O 79/21, MMR 2023, 701 (704).

39 So auch *H. Gersdorf*, Staatliche Kommunikationstätigkeit, AfP 2016, 293 (296); *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtliche Grenzen kommunaler Publikationen, DVBl. 2017, 1 (1 f.); *F. Schoch*, AfP 2019, 93 (96 f.); *K.-A. Schwarz/D. Dorsch*, Online-Stadtportale nach der Entscheidung des BGH in der Rechtssache dortmund.de, NVwZ 2022, 1329 (1331); *J. Fabi/L. Struß*, GRUR 2020, 144 (148); *M. Cornils* (Fn. 28), § 1 LPG, Rn. 147j.

40 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192); darauf rekurrierend BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339); darauf rekurrierend BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1302).

im Hinblick auf die aus der Selbstverwaltungsgarantie fließenden Kompetenzen wird ausgeführt, die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gewährleiste den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft seien diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzelten oder auf sie einen spezifischen Bezug hätten, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam seien, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde beträfen. Bezugspunkt der Allzuständigkeit der Gemeinden seien dabei jedoch immer die Angelegenheiten, die als Aufgaben der öffentlichen Verwaltung anzusehen seien⁴¹. Kommunale Pressearbeit sei von innen begrenzt durch das Erfordernis eines spezifischen Orts- und Aufgabenbezugs. Zwar gehe die Zuständigkeit der Kommunen über Verwaltungshandeln im bürokratischen-technischen Sinne hinaus. Ein Bezugspunkt für ihre Zuständigkeit könne auch im Hinblick auf Angelegenheiten gegeben sein, mit denen sich die Gemeinde aufgrund eigener Betroffenheit im Vorfeld künftiger eigener Aufgabenwahrnehmung befassen dürfe. Es wird dabei aber betont, ein lokaler oder gemeinschaftsstiftender Bezug allein mache eine Angelegenheit noch nicht zu einer solchen der örtlichen Gemeinschaft⁴². Ihre äußere Grenze fänden kommunale Publikationen in der institutionellen Garantie des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, die ihrerseits nicht durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, Grundrechte Dritter oder das Sozialstaatsprinzip eingeschränkt werde⁴³.

Gegen die Heranziehung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als Grundlage kommunaler Publikationen wird allerdings angeführt, dass es sich bei dieser Garantie um ein verfassungsrechtliches Staatsaufbauprinzip handele⁴⁴, das die Institution Gemeinde als politische Einheit⁴⁵ und den

41 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192). Weitergehend *M. Cornils* (Fn. 28), § 1 LPG, Rn. 147j, der ausführt, eine (subsidiäre) Ersatzkompetenz der Gemeinden zur Berichterstattung über lokale Angelegenheiten als Daseinsvorsorgeleistung lasse sich, wenn diese nicht durch eine private Lokalpresse erfolge, kaum schon definitorisch zuverlässig aus dem Begriff der Verwaltung ausschließen.

42 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339) m.w.N.; BGH 13.7.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1301).

43 Grundlegend BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192 f.).

44 Vgl. nur *A. Engels*, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 28, Rn. 34.

45 Vgl. nur *A. Engels* (Fn. 44), Art. 28, Rn. 41. – Zusätzlich wird Art. 28 Abs. 2 GG ein subjektives staatsgerichtetes Recht der Kommunen entnommen; *ders.*, a.a.O., Rn. 40, 42.

Kommunen gegenüber Bund und Ländern einen Kompetenzbereich – denjenigen aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – gewährleiste. Dementsprechend habe die Selbstverwaltungsgarantie eine ausschließlich staatsgerichtete Funktion und entfalte keine Wirkung im Verhältnis zwischen Staat und gesellschaftlicher Sphäre⁴⁶, könne also auch nicht herangezogen werden, um Reichweite und Grenzen kommunaler Kompetenzen zur publizistischen Tätigkeit im Verhältnis zu privaten Inhalteanbietern zu bestimmen. „Mit einer Legitimation in die Sphäre der Gesellschaft hat“ – so Müller-Franken⁴⁷ – „der bürgerlich-partizipative Aspekt kommunaler Selbstverwaltung nichts zu tun“. Sie sei „kein Kompetenztitel, um auf Aufgaben zuzugreifen, die von Privatrechtssubjekten wahrgenommen werden“⁴⁸. Es ist zutreffend, dass die Garantie kommunaler Selbstverwaltung ausschließlich die Abgrenzung gemeindlicher Kompetenzen gegenüber Bund und Ländern bezweckt. Gleichwohl gehört die Wahrung der Kompetenznormen, die stets der Abgrenzung von Kompetenzen im Verhältnis verschiedener Hoheitsträger zueinander dienen, zu den Voraussetzungen der Rechts- und Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns und wird auf eine zulässige Klage vor den Verwaltungsgerichten bzw. eine zulässige Verfassungsbeschwerde (der Presse) hin überprüft. Der hier diskutierte Einwand führt also nicht weit.

Für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Bereich der Staatsleitung und der kommunalen Selbstverwaltung bestehen also schon verfassungsrechtliche, z.T. auch einfach-rechtliche Kompetenzen, die über die Grenzen der verfassungsrechtlichen Kompetenzen nicht hinausgehen dürfen⁴⁹.

Bereits auf der Ebene der Auslegung hinsichtlich der an sich großen Reichweite der verfassungsrechtlichen Kompetenzen aus Staatsleitung und kommunaler Selbstverwaltungsgarantie nehmen gerichtliche Entscheidungen, wie sich gezeigt hat, eine Bestimmung und damit zugleich bestimmte Eingrenzungen der zulässigen Gegenstände der Öffentlichkeitsarbeit und des Informationshandelns staatlicher Akteure vor. Dies zeigt sich etwa an der Betonung des notwendigen Orts- und Aufgabenbezugs kommunaler Inhalteangebote. Gerade wegen des Erfordernisses des Aufgabenbezugs sollen

46 Vgl. nur A. Engels (Fn. 44), Art. 28, Rn. 40.

47 S. Müller-Franken, Die Verfassungsgarantie der Freiheit der Presse, AfP 2019, 103 (108).

48 E. Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“, in: FS Sendler, 1991, 121 (131).

49 Vgl. S. Müller-Franken, AfP 2019, 103 (105 f.).

Gegenstände von lokaler, aber bloß gemeinschaftsstiftender Bedeutung als Anknüpfungspunkte kommunaler Information ausscheiden.

Die Bezeichnung der zulässigen Gegenstände staatlichen Öffentlichkeits- und Informationshandelns, also die Antwort auf die Frage, ob bezüglich bestimmter Gegenstände eine Kompetenz bzw. Aufgabe besteht, erfolgt zweckgesteuert, genauer anhand des Kriteriums, ob ein (notwendig zu verfolgender) Zweck die Behandlung bestimmter Gegenstände im Rahmen des Handelns staatlicher Akteure zur Öffentlichkeitsarbeit oder zur Information erfordert⁵⁰. Kompetenzen bezüglich bestimmter Gegenstände bestehen, soweit damit notwendige Inputs staatlicher Institutionen und Amtsträger in den Prozess freiheitlicher Meinungsbildung gegeben werden, um die Bürger zur Aktualisierung ihrer privaten wie politischen Autonomie im Hinblick auf ihre Meinungsbildung zu befähigen. Aus diesem Grund wird der Regierung, einzelnen Regierungsmitgliedern und den gesetzgebenden Körperschaften die Kompetenz eingeräumt, ihr politisches Programm und ihr erfolgtes, aktuelles und/oder in Aussicht genommenes Handeln – ggf., in Auseinandersetzung mit daran geübter Kritik – zu erklären und darzustellen⁵¹. Die Darstellung und Erklärung von Regierungshandeln wird dadurch nicht bei den zur Staatsleitung Berufenen monopolisiert, aber diese müssen Möglichkeit haben, ihr eigenes Handeln und politisches Programm authentisch selbst darzustellen und zu erläutern. Dies trägt i.Ü. nicht zuletzt auch zur Gewinnung von Legitimation bei – ebenso wie mangelnde Öffentlichkeitsarbeit zur Delegitimation beitragen kann. Entsprechendes gilt für die Öffentlichkeitsarbeit von Kommunen und ihrer Amtsträger. Eine auf Gegenstände außerhalb des eigenen politischen Programms und des eigenen Handelns der staatlichen Akteure bezogene Kompetenz für Öffentlichkeitsarbeit ist weder erforderlich noch gegeben.

Das Informationshandeln beinhaltet nicht nur, durch die rechtzeitige öffentliche Information die Bewältigung von Konflikten in Staat und Gesellschaft zu erleichtern, sondern auch, auf diese Weise neuen, oft kurzfristig auftretenden Herausforderungen entgegenzutreten, auf Krisen schnell und sachgerecht zu reagieren sowie den Bürgern zu Orientierungen – ggf. in

50 Die Frage, ob die Behandlung eines Gegenstands von der Öffentlichkeits- und Informationsarbeit umfasst ist, ist eine Frage nach der Reichweite von Kompetenzen. Die Frage nach der Notwendigkeit neutraler und sachlicher Behandlung eines Gegenstands – also nach dem *Wie* der Ausübung einer Kompetenz – ist demgegenüber eine materiell-verfassungsrechtliche Frage.

51 Deutlich bereits BVerfGE 44, 125 (147).

Gestalt von Warnungen und Empfehlungen – zu verhelfen und dadurch Legitimationsverluste zu verhindern⁵². Auch das Informationshandeln soll dem Zweck der Ermöglichung individueller Meinungsbildung dienen⁵³. Wiederum gilt Entsprechendes für das kommunale Informationshandeln im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung.

Die Kompetenzen staatlicher Akteure⁵⁴ zur Öffentlichkeitsarbeit und zum Informationshandeln sind demnach durch deren legitime Zwecke gleichermaßen getragen wie begrenzt⁵⁵. So ist die Öffentlichkeitsarbeit auf die Selbstdarstellung und -erklärung wie ggf. auf die Verteidigung staatlicher Akteure hinsichtlich ihres politischen Programms und ihres erfolgten, aktuellen und/oder in Aussicht genommenen Handelns zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben beschränkt. Ein Ausgreifen in den Bereich politischer Diskussionen um die Bewertung von Regierungspolitik und -handeln ist nicht von vornherein ausgeschlossen, aber an die Einhaltung materiell-verfassungsrechtlicher Vorgaben gebunden. Das Informationshandeln dient der Gewinnung von Orientierung der Bürger im Hinblick auf Konflikte wie kurzfristig auftretenden Herausforderungen und Krisen. Demgemäß sind eine Öffentlichkeitsarbeit ohne Bezug zu politischem Programm und Aufgaben staatlicher Akteure und ein nicht aufgaben- bzw. anlassbezogenes, kontinuierliches und thematisch umfassendes Informationshandeln über Vorgänge innerhalb des kommunalen Bereichs schon auf kompetenzzieller Ebene nicht zulässig. Auch einfach-rechtliche Kompetenz-/Aufgabenbestimmungen müssen sich im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Grenzen bewegen.

Nach alledem besteht bereits keine Kompetenz staatlicher Akteure für über die markierten Grenzen hinausgehende redaktionelle Teile. Diese Kompetenzgrenzen sind nicht durch wertende Gesamtbetrachtungen relativierbar. Also sind auch vereinzelte allgemeine Beiträge über ortsansässige Unternehmen, die Bewertung privater Initiativen oder die allgemeine Beratung der Leserinnen und Leser, Berichte über rein gesellschaftliche Ereignisse, etwa aus den Bereichen Sport, Kunst und Musik, und eine nicht anlassbezogene allgemeine Berichterstattung über alle nicht-amtli-

52 BVerfGE 105, 252 (269 f.).

53 BVerfGE 105, 252 (269); 148, 40 (53).

54 Mit Recht weist *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (295) darauf hin, der Staat müsse seine Urheberschaft offenlegen.

55 Vgl. *Ch. Starck/A.L. Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 166: „Diese Normen legitimieren und limitieren zugleich.“ S.a. *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (294).

chen Themen nicht erst durch das Gebot der Staatsferne verboten, sondern bereits kompetenziell nicht gedeckt⁵⁶.

5. Staatsleitung oder kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Ermächtigungsgrundlagen für pressemäßige Aktivitäten von staatlicher Seite?

Einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit im Zusammenhang mit der Staatsleitung soll es nicht bedürfen⁵⁷. Vielmehr liege bei der Staatsleitung in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln⁵⁸.

Das ist – jedenfalls im Hinblick auf Kommunikationen, die die Sphäre von Grundrechtsträgern betreffen – schwerlich haltbar. Zunächst ist nicht zuletzt um der Effektivität des Freiheitsschutzes willen die Formulierung von Intensitätsschwellen für hoheitliches Handeln, deren Überwindung Voraussetzung für den Zugang zum Grundrechtsschutzbereich sein soll, schwerlich zu rechtfertigen⁵⁹. Der Schutzbereich ist in sachlicher Hinsicht bereits eröffnet, wenn ein staatliches Handeln den Schutzbereich der Grundrechte bestimmter Grundrechtsträger nur berührt⁶⁰.

Nach dem Stand der allgemeinen Grundrechtsdogmatik sind weiterhin auch faktische und mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen prinzipiell als Grundrechtseingriffe anerkannt⁶¹. Die Formulierung restriktiver Voraussetzungen für die Annahme eines Eingriffs durch derartige Grundrechtsbeeinträchtigungen wie derjenigen der Finalität und der eingriffsäquivalenten Wirkung⁶² sind – ganz davon abgesehen, dass eine dogmatische Klärung hinsichtlich solcher Voraussetzungen bislang nicht erfolgt ist⁶³ – im Grunde mit der inneren Logik der Erweiterung des Eingriffsbe-

56 So aber BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (193 f.).

57 Vgl. BVerfGE 105, 252 (270); 105, 279 (304 f.).

58 BVerfGE 105, 252 (268).

59 So aber etwa BVerfGE 105, 252 (265 ff.).

60 G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 12, Rn. 87, behandelt den Bezug zu bestimmten Grundrechtsträgern als Voraussetzung der Annahme eines Eingriffs. M.E. ist aber bereits der Schutzbereich in subjektiv-rechtlicher Hinsicht nicht eröffnet, wenn sich kein Bezug zu der grundrechtlichen Freiheit bestimmter Grundrechtsträger herstellen lässt.

61 Vgl. dazu nur Sauer, in: Dreier, GG, 4. Aufl., 2023, vor Art. 1, Rn. 145 m. zahlr. N.

62 Vgl. nur BVerfGE 148, 40 (51).

63 Vgl. Sauer (Fn. 61), vor Art. 1, Rn. 147.

griffs nicht vereinbar. Die konkrete, durch einen Träger von Staatsgewalt verursachte Beeinträchtigung der vom jeweiligen Schutzbereich erfassten Freiheit bestimmter Grundrechtsträger muss lediglich einem Träger von Staatsgewalt zurechenbar sein⁶⁴. Unter dieser Voraussetzung spricht nichts dagegen, auch hinsichtlich der Presse- und der Rundfunkfreiheit grundsätzlich jede hoheitliche Einwirkung – auch Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Träger von Staatsgewalt – als Eingriff zu begreifen⁶⁵. Auf dieser Grundlage sind in der Tat die einschränkenden Vorgaben für die Annahme von Eingriffen durch Informationshandeln staatlicher Einheiten kaum dogmatisch zu rechtfertigen⁶⁶.

Schließlich bedarf regelmäßig ein staatlicher Eingriff nach Maßgabe der verschiedenen speziellen Gesetzesvorbehalte im Hinblick auf die verschiedenen Grundrechte oder nach dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt⁶⁷ einer gesetzlichen Grundlage. Einer gesetzlichen Grundlage unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit wegen Grundrechtsrelevanz bedürfen auch hoheitliche Akte, die den Garantiebereich objektiv-rechtlicher Gehalte wie denjenigen des Instituts freie Presse betreffen⁶⁸. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in der *Osho*-Entscheidung angenommen, das Informationshandeln entziehe sich wegen Vielgestaltigkeit und Veränderlichkeit der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte, der Vielfalt der Zwecke staatlichen Informationshandelns sowie der Ungewissheit der Wirkungen und weiteren Folgen des Informationshandelns für die Bürger

64 Ch. Starck, in: v Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 1, Rn. 265.

65 In diesem Sinne G. Manssen (Fn. 60), Rn. 75, im Hinblick auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

66 Vgl. G. Manssen (Fn. 60), Rn. 88.

67 Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist der allgemeine Gesetzesvorbehalt nicht aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern ist als Konkretisierung des demokratischen Prinzips unter den Bedingungen der horizontalen Gewaltenteilung bei unterschiedlichem Legitimationsniveau der verschiedenen Teile der Staatsgewalt zu verstehen; K.-E. Hain, Grundsätze des Grundgesetzes, 1999, S. 334. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt greift bei Eingriffen in schrankenlose Grundrechte ein.

68 Vgl. H.-J. Papier/M. Schröder, DVBl. 2017, 1 (3 ff.), die unter diesem Gesichtspunkt die Wesentlichkeit „erweiterter“ Amtsblätter aufwendig begründen (a.a.O., 5 ff.), dann aber die Notwendigkeit einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage verneinen, da für staatliches Informationshandeln eine Abschwächung des Gesetzesvorbehalts insoweit anerkannt sei, als schon eine (auch in der Verfassung selbst vorgesehene allgemeine Zuständigkeitszuweisung eine hinreichende Rechtsgrundlage sein könne (a.a.O., 7). Dass aber diese „Abschwächung“ gerade vor dem Hintergrund der Wesentlichkeit staatlichen publizistischen Handelns nicht überzeugend ist, wird sogleich gezeigt.

einer Normierung. Weder die rechtsstaatliche, grundrechtsschützende und den Rechtsschutz gewährleistende noch die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts fordere unter diesen Umständen eine über die Aufgabenzuweisung hinausgehende gesetzliche Ermächtigung. Gegenstand und Modalitäten staatlichen Informationshandelns seien so vielgestaltig, dass sie angesichts der eingeschränkten Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers allenfalls in allgemein gehaltenen Formeln und Generalklauseln gefasst werden könnten. Ein Gewinn an Messbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns sei für den Bürger auf diesem Wege regelmäßig nicht zu erreichen oder nur in einer Weise, die den Erfordernissen staatlicher Informationstätigkeit nicht gerecht werde. Gleiches gelte für das Ziel, die Entscheidung grundsätzlicher, insbesondere für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlicher Fragen aus Gründen der demokratischen Legitimation wenigstens in den Grundzügen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten⁶⁹. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem die Gesetzesvorbehalte flankierenden Bestimmtheitsgebot in anderen sich dynamisch entwickelnden und in ihrer Entwicklung nicht im Einzelnen vorhersehbaren Materien infolge von unbestimmten Rechtsbegriffen und/oder Ermessen hochgradig offene Normen zulässt⁷⁰ und nicht aus dieser Offenheit von Normen auf deren Verzichtbarkeit schließt. Zudem ist die in der Glykol-Entscheidung enthaltene Aussage, könnten Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung wie diejenige der Staatsleitung der Regierung mittels öffentlicher Informationen wahrgenommen werden, liege in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln⁷¹, nicht akzeptabel. Denn ein Kurzschluss von Kompetenz bzw. Aufgabe und Ermächtigung ist in der Tat auch im Verfassungsrecht unzulässig⁷². Es bedarf also für die Öffentlichkeitsarbeit und das Informationshandeln von Hoheitsträgern in Ermangelung einer verfassungsrechtlichen einer einfach-gesetzlichen Grundlage.

Auch im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie darf aus den soeben dargelegten Gründen nicht von einer Kompetenz bzw. Aufgabe auf eine Ermächtigung geschlossen werden.

69 BVerfGE 105, 279 (304 f).

70 Vgl. nur K.-P. Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 55), Art. 20, Rn. 289.

71 BVerfGE 105, 252 (268).

72 Vgl. G. Manssen (Fn. 60), Rn. 110 m.w.N.

Daher bedarf staatliche Öffentlichkeits- und Informationsarbeit in den Bereichen der Staatsleitung und der kommunalen Selbstverwaltung einer nicht bereits durch die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Kompetenzen zugleich gegebenen Ermächtigungsgrundlage.

6. Materiell-verfassungsrechtliche Grenzen

a) Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot

Wegen der aus dem demokratischen Prinzip (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) resultierenden Vorgabe der Freiheitlichkeit der von unten nach oben erfolgenden Meinungsbildung und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) gilt für Regierung und Regierungsmitglieder sowie auch für kommunale Amtsträger (in Ausübung der jeweiligen Ämter), dass diese den politischen Wettbewerb nicht zugunsten oder zulasten einzelner Parteien beeinflussen dürfen und sich daher neutral und sachlich zu äußern haben. Das Neutralitätsgebot und das Sachlichkeitsgebot gelten – ersteres ggf. in abgestufter Intensität – während und außerhalb des Wahlkampfs⁷³. Im politischen Meinungskampf unterliegen nicht parteibezogene Äußerungen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁴ lediglich dem Sachlichkeitsgebot. Informationshandeln erfordert Richtigkeit⁷⁵ und Sachlichkeit⁷⁶ der Darstellung.

b) Staatsferne

Der Bundesgerichtshof leitet den Grundsatz der Staatsferne der Presse bezüglich publizistischer Aktivitäten der Gemeinden aus objektiv-rechtlichen Gehalten der Pressefreiheit in Gestalt der „Freiheitlichkeit des Pressewesens

73 Vgl. dazu nur BVerfGE 148 II (23 ff.); 162, 207 (228 ff.). – Die Neutralitätspflicht des Bundespräsidenten soll gegenüber derjenigen der Regierung(-smitglieder) weniger intensiv sein; BVerfGE 136, 323 (336). Vgl. nur *Ferreau*, NVwZ 2017, 1259 (1260) m.w.N.

74 BVerwGE 159, 327 (335 f.).

75 BVerfGE 148, 40 (54).

76 BVerfGE 105, 252 (268), dort allerdings fälschlich als Voraussetzungen der Nicht-Beeinträchtigung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs behandelt.

insgesamt⁷⁷ unter Rekurs auf die „Institutsgarantie der Presse“⁷⁸ ab, die u.a. die privatwirtschaftliche Struktur der Presse schützen soll⁷⁹, und will die Reichweite der Staatsferne aus der Begrenzung der Kompetenzen zur Öffentlichkeits- und Informationsarbeit durch eben dieses Institut gewinnen⁸⁰. Der Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks, der eine ermöglichende Bedingung für den zentralen Wert inhaltlicher Vielfalt bildet, wird auf der Basis des Konzepts der „dienenden“ Rundfunkfreiheit⁸¹ ebenfalls als deren objektiv-rechtlicher Gehalt auf der Gewährleistungsebene des Grundrechts verstanden⁸².

Das Gebot der Staatsferne gilt für die Presse und den Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne⁸³. Es zielt darauf ab, dass der für die Demokratie essenzielle Prozess freier Meinungsbildung sich „von unten nach oben“ vollzieht sowie insbesondere in den Medien inhaltliche Vielfalt hervorbringt, und begrenzt daher staatlichen Einfluss „von oben“ auf die Medieninhalte. Daher ist es – was im hier gegebenen Kontext interessiert – ausgeschlossen, dass der Staat, soweit er nicht Kompetenzen zur Öffent-

77 BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (193). Bereits in seinem ersten Rundfunkurteil hat das Bundesverfassungsgericht – E 12, 205 (260) – ausgeführt, durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sei insbesondere auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung gewährleistet. Dieser Verfassungsgarantie widerspräche es, die Presse oder einen Teil von ihr unmittelbar oder mittelbar von Staats wegen zu reglementieren oder zu steuern. In diesem Dictum ist in der Rechtsprechung des Gerichts der Grundsatz der Staatsferne der Presse bereits angelegt.

78 BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1339).

79 Vgl. nur *Ch. Degenhart*, in: BK GG, Losebl., Stand: 12/2023; Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 250 f.; *S. Müller-Franken*, Unzulässige Staatsmedien oder zulässige Informationstätigkeit, *AfP* 2016, 301 (303). Das Bundesverfassungsgericht führt bereits im Spiegel-Urteil aus – E 20, 162 (175) – aus, Presseunternehmen arbeiteten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen und ständen in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen dürfe. Was das objektiv-rechtliche Institut freie Presse betrifft, folgert es daraus die freie Gründung von Presseorganen.

80 Vgl. nur BGH 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189 (192 ff.).

81 Vgl. dazu nur *K.-E. Hain* (Fn. 1), Allgemeines, C, Rn. 62 ff. m.w.N., zur Kritik Rn. 122 ff. m.w.N.

82 Vgl. dazu nur *K.-E. Hain* (Fn. 1), Allgemeines, C., Rn. 65 m.w.N.

83 *D. Dörr*, Die verfassungsrechtliche Bewertung des vorgeschlagenen § 20 Abs. 3 Gemeindeordnung im Gesetzesentwurf der baden-württembergischen Landesregierung zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften (unveröffentlichtes Gutachten), 2015, ist der Ansicht, das Gebot der Distanz des Staates zu den Medien sei durch die Pressefreiheit stärker ausgeprägt als durch die Rundfunkfreiheit und spricht daher von der Staatsfreiheit der Presse.

lichkeits- und Informationsarbeit wahrnimmt, selbst Medien betreibt oder etwa durch Beteiligungen bestimmenden Einfluss auf privatrechtlich organisierte Medien hat bzw. nehmen kann⁸⁴.

Nun wurde bereits gezeigt, dass die eine erweiterte redaktionelle Berichterstattung ausschließenden Grenzen publizistischer Tätigkeit staatlicher Akteure schon auf kompetenzieller Ebene bestehen. Daher ist insoweit ein Rückgriff auf das Institut freie Presse und den Grundsatz der Staatsferne nicht erforderlich⁸⁵. Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive ist allerdings ein Rekurs auf Kompetenznormen problematisch, liegt es doch nahe, diese als Marktzutrittsregeln zu qualifizieren. Was öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten betrifft, sind die Kompetenzen Gegenstand der Prüfung der formellen Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit. Allerdings muss bei Verfassungsbeschwerden und auf Beseitigung/Unterlassung gerichtete Klagen Privater vor den Verwaltungsgerichten die Verletzung subjektiver (Grund-)Rechte geltend gemacht werden. Insofern reicht die Berufung auf ausschließlich objektiv-rechtliche Gehalte nicht aus. Nun ist die Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Gehalte wie grundrechtlicher Schutzpflichten zwar nicht ausgeschlossen. Jedoch dürfte eine Resubjektivierung objektiv-rechtlicher Gehalte aus dem Institut freie Presse wie der Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt bzw. der Wahrung der privatwirtschaftlichen Struktur der (gesamten) Presse nicht anzunehmen sein. Weiterhin wirkt eine Presse- oder Rundfunk Tätigkeit des Staates nicht direktiv auf die Inhalte privatwirtschaftlich betriebener Medien ein.

Es wird allerdings angenommen, das Gebot der Staatsferne schütze auch vor Substitutionseffekten kommunaler Informationsangebote, die dazu führten, dass die private Presse ihre besondere Aufgabe im demokratischen Gemeinwesen nicht mehr erfüllen könne⁸⁶. Auch diese Vorgabe dürfte als objektiv-rechtlicher Gehalt indes auf die Erfüllung der öffentlichen

84 BVerfGE 83, 239 (330) bezüglich des Rundfunks; s. insoweit auch BVerfGE 12, 205 (262 f.; 121, 30 (51 ff.)). Entsprechend für den Bereich der Presse *Ch. Degenhart* (Fn. 79), Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 253 f. m.w.N.

85 S.a. *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (295), der ausführt, die Grenzen zulässiger Kommunikationsarbeit des Staates seien allein aus der Kompetenzordnung zu gewinnen, und der Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien sei keine eigenständige Schranke dieser Kommunikationsarbeit.

86 *H.-J. Papier/M. Schröder* (Fn. 39), DVBi. 2017, 1 (6 f.), nehmen dies sowohl bezüglich gedruckter als auch hinsichtlich im Netz publizierter kommunaler Inhalteangebote an. Die von BGH 14.7.2022 – I ZR 97/21, GRUR 2022, 1336 (1340) angeführte Passage des soeben zitierten Aufsatzes bezieht sich nur auf Online-Publikationen; s.a. BGH 13.07.2023 – I ZR 152/21, GRUR 2023, 1299 (1302).

Aufgabe durch das Pressewesen insgesamt bezogen sein. Aus einem solchen objektiv-rechtlichen Gehalt könnten im Wege der „Resubjektivierung“ auch dann kaum individuelle Rechte von Presse-/Rundfunkhäusern abgeleitet werden, wenn nur ein oder zwei private Anbieter über einen bestimmten lokalen Raum berichten, also dort „die Lokalpresse“ oder „den Lokalfunk“ ausmachen.

Wollen sich einzelne Anbieter gegen Inhalteangebote etwa der Kommunen wehren, geht es letztlich um Schutz vor publizistischer und ökonomischer Konkurrenz⁸⁷ durch Träger hoheitlicher Gewalt. Ein Schutz vor publizistischer Konkurrenz ist – da sie vielfaltserweiternd wirkt – jedenfalls im Hinblick auf durch die Rundfunkfreiheit geschützten Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne kaum zu begründen⁸⁸. Diese Einschränkung kann indes im Hinblick auf publizistische Konkurrenz durch nicht ihrerseits durch Grundrechte geschützte Hoheitsträger zulasten privater Rundfunk- wie auch Presseunternehmen nicht gelten: Dem Staat zuzurechnende publizistische, für private(n) Presse oder Rundfunk spürbare Konkurrenz ist als Eingriff rechtfertigungsbedürftig.

Was ökonomische Konkurrenz betrifft, wird auf verfassungsrechtlicher Ebene⁸⁹ angenommen, Art. 12 Abs. 1 GG schütze nicht vor ökonomischer staatlicher Konkurrenz – die in den hier angesprochenen Konstellationen bei entgeltlich oder mit Anzeigenteil angebotenen kommunalen oder sonst von Trägern von Hoheitsgewalt verantworteten Publikationen vorläge –, es sei denn, es werde ein staatliches Monopol errichtet oder private Konkurrenz unerträglich eingeschränkt oder verdrängt bzw. deren Markteintritt verhindert⁹⁰. Diese restriktive Ansicht ist bereits im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht unbestritten⁹¹; teilweise wird bereits eine spürbare Beeinträchtigung als ausreichend zur Bejahung eines Eingriffs erachtet⁹². Nach

87 Dies klingt bereits bei *H.-J. Papier/M. Schröder*, DVBl. 2017, 1 (6) an.

88 BVerfGE 74, 297 (334 ff.).

89 Einen Schutz privater Anbieter vor ökonomischer Konkurrenz können die Vorschriften der Gemeindeordnungen zu den Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit bieten, soweit ihnen ein (auch) subjektiv-rechtlicher Charakter attestiert wird; vgl. dazu nur *A. Engels* (Fn. 44), Art. 28, Rn. 50 m.w.N. *Schwarz/Dorsch*, NVwZ 2022, 1329 (1332 f.) m.w.N., betonen indes, dass ein Anzeigenteil, wenn er lediglich einen wirtschaftlichen Nebenzweck darstelle, als zulässig erachtet werde. Gegen derartige Argumentationen mit bedenkenswerten Gründen *H. Gersdorf*, AfP 2016, 293 (297 f.).

90 Vgl. nur *Th. Mann*, in: Sachs, GG (Fn. 31), Art. 12, Rn. 16 m.w.N.

91 Vgl. *F. Wollenschläger*, in: Dreier, GG (Fn. 31), Art. 12, Rn. 84 m.w.N.

92 *Th. Mann* (Fn. 90), Art. 90, Rn. 95.

hier vertretener Ansicht⁹³ reicht für die Annahme faktischer und mittelbarer Eingriffe jede spürbare, dem Staat zurechenbare Beeinträchtigung der von dem jeweiligen Schutzbereich erfassten Freiheit. Die Voraussetzungen für die Annahme eines staatlichen Eingriffs unter Hinweis darauf höher zu schrauben, Konkurrenz sei einer auf Wettbewerb angelegten Wirtschaft immanent und der Staat grundsätzlich nur einer unter anderen dem Wettbewerbsrecht unterliegenden Wettbewerbern, überzeugt nicht: Der Staat ist Wettbewerbern aus der privatwirtschaftlichen Sphäre nicht gleichzustellen; wirtschaftliche Konkurrenz zulasten privater Wettbewerber durch den Staat stellt eine Ingerenz in den durch die Grundrechte in ihrer Abwehrdimension gerade geschützten gesellschaftlichen Sektor dar, die nicht *per se* ausgeschlossen, aber rechtfertigungsbedürftig ist. Soweit die wirtschaftlichen Grundlagen von Presseorganen – wie etwa der Anzeigenteil – durch die Pressefreiheit geschützt sind⁹⁴, dieser Schutz dann auch die Abwehr von Beeinträchtigungen durch staatliche Konkurrenz umfassen sollte⁹⁵ und man Entsprechendes – was naheläge – für den privaten Rundfunk annehmen könnte, kann bzw. könnte im Hinblick auf die Annahme eines Eingriffs nichts anderes gelten.

Nach alledem haben private Inhaltenanbieter einen subjektiv-rechtlichen Grundrechtsschutz nicht auf der Basis (resubjektivierter) objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte, sondern aus der klassischen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte gegen spürbare Eingriffe durch staatliche – publizistische wie ökonomische – Konkurrenz⁹⁶, der im Rahmen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten geltend gemacht werden kann.

III. Abschließende Bemerkungen

Geht es um das vom Bundesministerium für Gesundheit verantwortete nationale Gesundheitsportal (gesund.bund.de), besteht für diese deutlich über anlassbezogene Information hinausgehende publizistische Staatsaktivität – die auch zu politischen Zwecken missbraucht werden kann – be-

93 S.o. B IV.

94 Dazu *Ch. Degenhart* (Fn. 79), Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 237 m.w.N.

95 So etwa *Ch. Degenhart*, AfP 2020, 185 (187). A.A., aber ohne weitere Begründung *F. Schoch*, AfP 2019, 93 (102); dagegen wiederum mit guten Gründen *S. Müller-Franken*, AfP 2019, 103 (111).

96 Derartige Konkurrenz kann auf lokaler Ebene i.Ü. durchaus marktverdrängend oder einen Marktzutritt verhindernd wirken – und würde sich dann auch nach einem engeren Verständnis eines Eingriffs durch staatliche Konkurrenz als Eingriff darstellen.

reits keine Kompetenz. Soweit tatsächlich Defizite bezüglich objektiver und sachlicher Gesundheitsberichterstattung durch private Angebote bestehen, sind diese durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kompensierbar – es dürfte nicht schwerfallen, derartige publizistische Aktivitäten dem öffentlich-rechtlichen Grundversorgungsauftrag zuzurechnen. Diese Lösung wäre deutlich staatsferner als das nationale Gesundheitsportal.

Im Hinblick auf den kommunalen Bereich ist zu konzedieren, dass eine vielfältige Lokalberichterstattung durch private Akteure vielfach nicht mehr gewährleistet⁹⁷, aber für die Demokratie, die Meinungsbildung und den Zusammenhalt der Bürger der Gemeinden von großer Bedeutung ist. Um eine Lokalberichterstattung durch private Angebote weiterhin zu ermöglichen, wäre zunächst an eine verfassungsrechtlich notwendig inhaltsneutrale und den publizistischen Wettbewerb nicht verzerrende staatliche Förderung⁹⁸ zu denken. Soweit dadurch eine vielfältige Information durch private Anbieter nicht mehr zu gewährleisten ist, könnte der öffentlich-rechtliche Rundfunk verstärkt einen lokalen Auftrag wahrnehmen⁹⁹. Schließlich könnte daran gedacht werden, dass Gemeinden zusätzlich zu den amtlichen Verlautbarungen einen Raum für (intern) vielfältige Lokalberichterstattung zur Verfügung stellen, dabei aber abgesichert ist, dass sie selbst nicht redaktionell tätig werden und keinen Einfluss auf die Inhalte haben. Solche Modelle bedürften weiterer rechtlicher Konkretisierung insbesondere zur Gewährleistung der Vielfalt, der Wahrung der allgemeinen Gesetze und der redaktionellen Verantwortlichkeit, bei rechtlich abgesichertem Ausschluss einer inhaltlichen Einflussnahme der Kommunen würde aber jedenfalls gegen das Gebot der Staatsferne nicht verstoßen¹⁰⁰.

Es bestehen also durchaus Optionen im Vorfeld staatlich betriebener, über die kompetenziellen Grenzen staatlicher Öffentlichkeits- und Informationsarbeit hinausgehender Inhalteangebote, die in Bezug auf den freiheitlichen und vielfältigen Meinungsbildungsprozess „from the bottom to the top“ deutlich weniger Risiken bergen.

97 Vgl. F. Schoch, AfP 2019, 93 (93 f.).

98 So BVerfGE 80, 124 (133 f.) zur Presseförderung.

99 In Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist derzeit gemäß § 30 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 MStV eine flächendeckende lokale Berichterstattung verboten.

100 Soweit ein Ausschluss redaktioneller Tätigkeit nicht bereits auf der Kompetenz-Ebene angenommen werden sollte, wären die vorgenannten Gesichtspunkte jedenfalls im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung von staatlichen Akteuren verantworteter Inhalteangebote zu berücksichtigen.

