



Jendrik Odewald

Faktische und mittelbare
Eingriffe in die
Wettbewerbsfreiheit

Eine Untersuchung
zu Beeinträchtigungen durch
öffentliche Informationen und
administrative Begünstigungen
von Konkurrenten



PETER LANG

Einleitung

A. Einführung

Öffentliche Informationen treten als „weiche“ Steuerungsinstrumente¹ zunehmend neben die klassischen, mit Befehl und Zwang verbundenen Handlungsinstrumente der Verwaltung². Die öffentliche Gewalt steht dem Einzelnen nicht mehr nur als monopolisierte Staatsgewalt gegenüber, sondern zeigt sich verstärkt als auf Kooperation und Partizipation setzender Partner des Bürgers. Als indirekte Steuerungsmittel, die weder gebieten noch verbieten, vielmehr ein staatlich erwünschtes Verhalten durch positive oder negative Anreize zu erreichen suchen³, reihen sich Informationen in die Klaviatur informalen Staatshandelns ein. Die öffentliche Hand erreicht mit ihrer Informationstätigkeit Ziele, die sie andernfalls durch die klassischen Eingriffsmittel entweder gar nicht oder nicht gleich effektiv realisieren könnte. Information ist damit in vielen Fällen nicht nur Ersatz für klassische Instrumente, sondern füllt eine bestehende Lücke im Handlungsinstrumentarium des Staates. Diese Lücke resultiert zu einem guten Teil aus den gestiegenen Anforderungen einer komplexer werdenden, sich rasant verändernden Realität. Die steigende Beteiligung von Hoheitsträgern am gesellschaftlichen Kommunikationsprozess im heutigen Leistungsstaat ist nicht lediglich eine Anpassung an die wachsende Rolle der modernen Informations- und Kommunikationsmedien und die daraus resultierenden Erfordernisse an staatliche Aufgabenerfüllung⁴. Sie ist auch eine Reaktion auf neu aufkommende Gefahren oder Risikolagen⁵ – oder solche, die man a priori dafür halten mag – wie auch die Er-

1 Gramm, Der Staat 30 (1991), 51 (53); Lübbe-Wolff, NJW 1987, 2705 (2705); Volkmann, JZ 2005, 261 (264).

2 Dazu und zur Überlagerung mit klassischen Instrumenten, etwa im Bereich des Umweltrechts Volkmann, JuS 2001, 521 (522ff.).

3 Kloepfer, Staatliche Informationen, S. 8.

4 In diese Richtung vor allem BVerfGE 105, 252 (268f.).

5 Beispielhaft sei hier nur der Bereich des Lebensmittelrechts genannt. In einer globalisierten Welt, in der der Lebensmittelhandel längst die nationalen Grenzen überschritten hat, genügen klassische Instrumente wie gesetzliche Verbote, z.B. absolute Herstellungs-, Behandlungs- und Verkehrsverbote oder administrative Überwachungsinstrumente, insb. die Überwachung der Erzeugerbetriebe zum Schutz der Gesundheit der Verbraucher nicht mehr. Vgl. zum Ganzen auch Lipowicz, FS Brohm, S. 433ff.

kenntnis der Effizienz alternativer, indirekter Steuerungsmethoden⁶ und Folge eines veränderten Selbstverständnisses des Staates⁷. Mögen Informationen aufgrund von Gefahren- oder Risikosituationen auch die markantesten und aus praktischer Sicht bedeutsamsten Fälle darstellen, so ist die Informationstätigkeit zugleich nicht darauf beschränkt. Öffentliche Informationstätigkeit kann mit allgemeiner Zielrichtung ebenso der Bewusstseinsbildung der Bürger über relevante Zusammenhänge des täglichen Lebens zu dienen bestimmt sein. Staatliches Informationshandeln findet letzten Endes in den verschiedensten Lebensbereichen statt, was seine tatsächliche wie rechtliche Erfassung wesentlich erschwert.

Als Marktführer gezielter staatlicher Informationstätigkeit haben sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten der Gesundheits- und Umweltbereich erwiesen, ohne sich zugleich in diesem zu erschöpfen: Informationen über diethylenglykolversetzten Wein⁸, mikrobiell verseuchte Teigwaren⁹, gesundheitsschädliches Quellwasser¹⁰, Plakataktionen zugunsten von Mehrwegverpackungen¹¹, Aufrufe zur Nichtverwendung von umweltschädlichen Toilettensteinen¹² oder Informationen über die Umwelt- und Gesundheitsverträglichkeit von sog. Weichmachern¹³ haben die Öffentlichkeit ebenso beschäftigt wie Warnungen vor neuen Glaubensgemeinschaften¹⁴, sog. Jugendsektoren¹⁵ oder Psychogruppen¹⁶. Im Rahmen fast schon periodisch wiederkehrender, die Öffentlichkeit erregender Skan-

6 Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690). Vermehrt werden Informationen auch in den Gesamtzusammenhang des sog. Gewährleistungsstaates gerückt, der sich auf die Initierung, Anleitung und Absicherung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure beschränken soll, vgl. *Baer*, Bürger, S. 197ff.; *Bumke*, DV 37 (2004), 3 (3ff.); *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), 203 (226ff.). Zur Begrenztheit der Steuerungsfähigkeit der Rechtssetzung vgl. *G. Müller*, FS Maurer, S. 229ff.

7 Dazu *Bumke*, DV 37 (2004), 3 (8f.).

8 Vgl. BVerfGE 105, 252ff.; BVerwGE 87, 37ff.

9 Vgl. den dem sog. Flüssigei-Skandal zugrunde liegenden Sachverhalt in LG Stuttgart NJW 1989, 2257 (2257f.), sowie OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 (2690f.).

10 Vgl. LG Göttingen NVwZ 1992, 98ff.

11 Zur sog. Plakatkampagne „Die Schöne und das Biest“ vgl. VGH Kassel NVwZ 1995, 611f.

12 Vgl. den Nachweis bei *Ossenbühl*, Umweltpflege, S. 1.

13 Vgl. die Pressemitteilung 003/2007 des Umweltbundesamts vom 07.02.2007 mit der Überschrift „Phthalate: nützliche Weichmacher mit unerwünschten Nebenwirkungen – Empfehlung des Umweltbundesamtes zum schrittweisen Ersatz“. Abrufbar unter <http://www.umweltbundesamt.de/uba-info-presse/2007/pd07-003.htm> (Stand: 15. Mai 2010).

14 Vgl. VGH München NVwZ 1995, 793ff.

15 Vgl. BVerfGE 105, 279ff.; BVerwGE 82, 76ff.; 90, 112ff.; BVerwG NJW 1991, 1770ff. Vgl. auch jüngst BVerwG NJW 2006, 1303ff.

16 Vgl. OVG Münster NJW 1996, 3355ff.; NVwZ 1997, 302ff.; VGH München NVwZ 2003, 998ff.

dale um dioxinverseuchte Futtermittel, Antibiotika im Schweinefleisch, BSE-verseuchtes Rinderfleisch oder sog. Gammelfleisch wird die Rolle des Staates insbesondere im Rahmen der Produktinformation immer wieder aufs Neue thematisiert¹⁷. Vor dem Hintergrund der Skandale um Gammelfleisch Ende 2005 fragte der ehemalige Geschäftsführer von Greenpeace International *Dr. Thilo Bode*: „Wo bleiben die Verbraucherrechte?“¹⁸. Angesichts dieses Lebensmittelskandals beschwore auch ein Vorstandsmitglied des Verbraucherzentrale Bundesverbands, dass endlich „Ross und Reiter genannt werden“ sollen¹⁹. In der Tat treten in den unmittelbaren Anlasssituationen zunächst die gefährdeten Rechtsgüter in den Blickpunkt der öffentlichen Diskussion – und wird der wirksame Schutz gefährdeter Rechtsgüter zu Recht gefordert. Angesichts neuer, nicht selten kurzfristig auftretender Herausforderungen ist in der Bevölkerung die Erwartung vorherrschend, dass der Staat angemessen auf Krisen reagieren und dem Einzelnen auch durch Aufklärung zur eigenen Orientierung verhelfen müsse. In Anbetracht des Risikos, von den Bürgern zumindest im Nachhinein vorgeworfen zu bekommen, der Staat habe wieder einmal zu spät gehandelt und die Rechte potenzieller Opfer missachtet²⁰, mögen auch Volksvertreter und Verwaltung zu erhöhter Vorsicht und einer Betonung des staatlichen Sicherheits- und Schutzauftrages neigen. Eine isolierte Betrachtung der mit der Information regelmäßig berechtigterweise verfolgten Zwecke und der unabweisbaren öffentlichen wie individuellen Interessen, in erster Linie solcher des Gesundheits- und Umweltschutzes, würde der Bandbreite der mit öffentlichen Informationen verbundenen rechtlichen Probleme in des nicht gerecht.

Trotz der Bezeichnung als weiche Handlungs- oder Steuerungsinstrumente können öffentliche Informationen harte und sehr reale Folgen für die von ihnen betroffenen Hersteller oder Händler haben, die die Wirkungen eines unmittelba-

17 Vgl. zu dem zum 1. Mai 2008 in Kraft getretenen Verbraucherinformationsgesetz (VIG) etwa den Antrag der Fraktion „Bündnis 90/Die Grünen“ im Bundestag vom 29.11.2005 anlässlich des Skandals um sog. Gammelfleisch im November 2005, BT-Drs. 16/111. Zu den Anfängen des geplanten Verbraucherinformationsgesetzes und seiner Entwicklung Knitsch, ZRP 2003, 113ff.

18 *Bode*, ZRP 2006, 73 (73).

19 Vgl. Pressemitteilung vom 28.06.2006 unter <http://www.vzbv.de/go/presse/743/index.html> (Stand 15. Mai 2010).

20 Vgl. DIE WELT vom 30.01.2006, S. 9, angesichts des Skandals um vergammeltes Wildfleisch in Bayern: „Bayerische Behörden versagten“; Pressemitteilung der Fraktion „Die Grünen“ im Bayerischen Landtag vom 13.11.2006 aus selbigem Anlass mit dem Titel: „Gammelfleisch: Peinliches Versagen im Ministerium“, abrufbar unter http://www.gruene-fraktion-bayern.de/cms/presse/dok/156/156553.gammelfleisch_peinliches_versagen_im_min@lb.html (Stand: 15. Mai 2010).

ren staatlichen Zwangseingriffs erreichen oder bei weitem übersteigen²¹. Amtliche Warnungen vor Naturkatastrophen oder Seuchen berühren in der Regel niemandes Interessen, nützen allen und provozieren keinerlei Konflikte zwischen dem Staat und seinen Bürgern. Sobald staatliche Instanzen indes vor der aviären Influenza (Vogelgrippe), deren Übergreifen auf Nutztiere und dem Konsum von Hühner- oder Putenfleisch aus bestimmten Herstellerbetrieben warnen, geraten die rechtlich geschützten Interessen der betroffenen Unternehmen ins Blickfeld. Staatliche Mitteilungen, insbesondere solche zu konkreten Produkten, können eine einschneidende Auswirkung auf Verkaufs- und Umsatzzahlen der inkriminierten Produkte haben. Darüber hinaus bergen sie das Risiko, infolge umfassenden Konsumverzichts hinsichtlich weiterer, nicht zu beanstandender Erzeugnisse des selben Unternehmens zu Absatzverlusten bezüglich der nicht informationsbetroffenen Waren zu führen, welche die Folgen für inkriminierte Produkte deutlich übersteigen. Öffentliche Informationen können erhebliche Beeinträchtigungen des selbst erarbeiteten „guten Rufes“ des Unternehmens zur Folge haben und letzten Endes gar den „wirtschaftlichen oder bürgerlichen Tod“²² für den Produzenten bedeuten. Inwieweit der „decente Staat“²³ auch wirklich unauffällig und zurückhaltend agiert, wird sich erst nach einer Analyse der Auswirkungen seines Handelns für die von der Information Drittbetroffenen erweisen.

Die Diskussion um die Zulässigkeit öffentlicher Informationstätigkeit im Allgemeinen wie deren grundrechtliche Relevanz im Speziellen ist, wie bereits die aufgeführten Beispiele vermuten lassen, nicht jüngsten Datums. Entsprechend resultiert die Aktualität des Themas nicht daher. Vor allem im Gefolge mehrerer Entscheidungen des BVerwG zur öffentlichen Informationstätigkeit – Transparenzlisten, Glykolweinlisten, Warentests – und deren grundrechtlicher Erheblichkeit hat sich im wissenschaftlichen Schrifttum seit Mitte der 1980er Jahre eine weitgehend konsentierte Einschätzung der Eingriffsqualität entsprechender Informationen eingestellt²⁴. Neuen Aufwind hat die zwischenzeitlich deutlich verstummte Diskussion durch die höchinstanzliche Entscheidung des BVerfG zum Glykolweinurteil des BVerwG im Jahr 2002 erhalten²⁵. Das BVerfG hat dort zwar die Veröffentlichung entsprechender Listen wie zuvor schon das BVerwG im Ergebnis gebilligt, seine Entscheidung jedoch in grundrechtlicher Hinsicht auf

21 Tremml/Nolte, NJW 1997, 2265 (2266).

22 Ossenbühl, Umweltpflege, S. 58.

23 Volkmann, JuS 2001, 521 (521).

24 Vgl. etwa Murswieck, NVwZ 2003, 1 (2).

25 S. BVerfGE 105, 252ff., sowie den weitgehend identischen Beschluss des selben Tages zur Zulässigkeit staatlicher Informationen betreffend sog. Jugendsektengesetz, BVerfGE 105, 279ff.

eine vollständig andere Weise begründet. In wesentlichen Punkten, namentlich im Hinblick auf die Eingriffsqualität und die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes in seiner bislang anerkannten Gestalt, haben die obersten Verfassungsrichter mit der ganz überwiegenden Ansicht gebrochen, ohne auch nur im Ansatz den bis dato aufgewendeten Argumentationsansätzen Beachtung zu schenken. Die divergierenden Lösungsansätze von BVerwG und Literatur einerseits sowie von BVerfG andererseits und deren überwiegend ablehnende Rezeption im Schrifttum geben hinreichenden Anlass, diese Thematik erneut aufzugreifen.

Weniger aktuell ist demgegenüber die zweite in dieser Arbeit aufzugreifende Thematik, die Frage nach der Eingriffsqualität administrativer Begünstigungen durch die Zulassung von Konkurrenten und die Erteilung von Ausnahmebewilligungen an diese. Die gewerberechtliche Genehmigungsbedürftigkeit war schon der preußischen Gewerbeordnung bekannt²⁶ und hat in verschiedenen Formen Eingang in wirtschaftsrelevante Vorschriften unter dem Grundgesetz gefunden. An objektive Umstände anknüpfende Bedürfnisprüfungen im Berufszulassungsrecht gehören ebenso zum klassischen Bestand des Verwaltungsrechts wie an subjektive Voraussetzungen gebundene Genehmigungserfordernisse. Insbesondere im Falle von Bedürfnisprüfungen, die auf den ersten Blick die Vermutung nahe legen, dass sie den Schutz der bereits im Beruf Etablierten bezwecken, haben Konkurrenzschutzbegehren gegen einen als lästig empfundenen neuen Wettbewerb immer wieder die Gerichte beschäftigt. Begehren gegen das Auftreten neuer oder die selektive Begünstigung einzelner Konkurrenten, die deren Wettbewerber nicht erhalten, werden die Rechtsschutzinstanzen auch künftig erreichen. Ob Klagen gegen die Zulassung nach § 13 Abs. 2, 4 PBefG²⁷, § 8 HandwO oder durch die Ermächtigung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten (§ 116 S. 1 SGB V, § 31a Ärzte-ZV)²⁸ – stets werden sich etablierte Konkurrenten durch die Zulassung weiteren Wettbewerbs in ihren wirtschaftlichen Freiheiten beeinträchtigt sehen. Die Problematik der Zulassung von Wettbewerbern und ihre Bedeutung für die Grundrechte der vorhandenen oder potenziellen Unternehmer stellt sich überall dort, wo die Ausübung beruflicher Tätigkeiten von einer Erlaubnis der zuständigen Behörde abhängig ist, ohne dass man diese Erscheinungsformen weiter kategorisieren könnte²⁹. Soweit der Staat in

26 Dazu *Wahl*, FS Kutschkeidt, S. 199.

27 Vgl. etwa OVG Koblenz LKV 2006, 276ff.

28 Vgl. BVerfG NZS 2005, 199ff.; BSG NJW 1991, 2989ff.

29 Dies zeigt sich bspw. bei der Einordnung als Zulassung „neuer“ Konkurrenz, mittels derer dem sog. Newcomer eine gleichberechtigte Wettbewerbstteilnahme ermöglicht wird, davon abhängig, welche Befugnisse der etablierte Unternehmer bereits besitzt. Hat er dieselben administrativ zugesprochenen Möglichkeiten, so stellt sich die

Gestalt der Verwaltung knappe Güter verwaltet und verteilt oder schlicht mit der Genehmigung eines für einen dritten Unternehmer störenden Verhaltens ein positives Verhalten an den Tag legt, stellt sich die Frage, inwieweit Wettbewerber hiergegen grundrechtlichen Schutz aufbieten können. Zu unterscheiden und hier zu analysieren sind insoweit vor allem die Fälle der Zulassung neuer Konkurrenz einerseits und die Ausnahmebewilligungen an einzelne Konkurrenten andererseits und deren jeweilige Bedeutung für die etablierten Unternehmer.

Die Problematik der belastenden Drittewirkung entsprechender Erlaubnisse hat die Gerichte schon frühzeitig beschäftigt und konnte lange Zeit als im Grundsatz geklärt angesehen werden. Insbesondere die Zulassung neuer Konkurrenz hat Gerichten wie Literatur unter Eingriffsaspekten bezüglich der vorhandenen Unternehmer nie wirkliche Schwierigkeiten bereitet. Ihre Behandlung im vorliegenden Zusammenhang resultiert daher vor allem aus dogmatischen Gründen betreffend die grundrechtliche Prüfungsfolge. Auch für den Bereich der Ausnahmebewilligungen hat sich eine Rechtsprechung entwickelt, die lange Zeit auch als in der Literatur weitgehend konsentiert gelten durfte. Geradezu unbestritten war in der Judikatur die Ansicht, dass ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit eines Drittbe troffenen durch die staatliche Maßnahme erst dann vorliegen soll, wenn seine Freiheit in unerträglichem Maße eingeschränkt bzw. seine Fähigkeit zur Teilnahme am Wettbewerb als verantwortlicher Unternehmer überhaupt tangiert sei. Angesichts der neueren Entwicklung der Rechtsprechung zu Eingriffen in die Wettbewerbsfreiheit unter dem Blickwinkel öffentlicher Informationen, die in eine weniger restriktive Richtung weisen, wie auch der Verortung der Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG und der daraus zwischen BVerfG und BVerwG resultierenden divergierenden Eingriffsvoraussetzungen bedarf auch diese Problematik der neuerlichen Überprüfung.

Gemeinsamer Bezugspunkt der in dieser Arbeit zu untersuchenden Konstellationen ist ein Dauerthema des Staats- und Verwaltungsrechts, nämlich die Frage nach der rechtlichen Behandlung der Folgen staatlichen Handelns für Dritte. In dem gedanklichen Konstrukt des „Drittbe troffenen“ bedarf es zunächst der Festlegung des „Ersten“ und „Zweiten“. Dies ist der Staat einerseits, konkreter die Verwaltung, und der Adressat der Verwaltungsmaßnahme andererseits, in der Regel ein grundrechtsberechtigter Bürger. Verbindendes Charakteristikum der zu behandelnden Erscheinungsformen ist die Ambivalenz der staatlichen Maßnahmen. Die „Begünstigung“ einzelner Personen oder einer Vielzahl von Personen,

Gleichstellung für ihn als Zulassung neuer Konkurrenz dar; hat er weniger Befugnisse, dann stellt die administrative Erlaubnis ihm gegenüber eine Begünstigung des Konkurrenten dar, die er nicht erhält.

der „Zweiten“, geht mit der Belastung einzelner oder mehrerer anderer Personen, der „Dritten“, einher³⁰. Die staatliche Maßnahme wirkt sich, unabhängig von ihrer eigenen Gestalt als förmlicher Rechtsakt oder schlicht-hoheitliches Handeln, gegenüber dem Dritten lediglich als rein tatsächliche Folge aus. Die grundrechtliche Problematik der staatlichen Informationstätigkeit resultiert entsprechend aus ihrer Wirkungsweise: der Staat ge- oder verbietet dem Bürger nicht ein Verhalten, sondern tritt ihm als informierender, hinweisender, suggerierender, anreizender, appellierender, empfehlender, warnender Partner unterstützend zur Seite und hilft ihm bei einer „eigenverantwortlichen“ Entscheidung. Die negativen Wirkungen für die Dritt betroffenen – gleichgültig ob Unternehmer, Jugendreligionen etc. – treten in tatsächlicher Hinsicht regelmäßig erst dadurch ein, dass die Adressaten der Information auf die staatliche Information reagieren und ihr Verhalten verändern. Der belastende Effekt neuer Konkurrenz zulassungen wie von Ausnahm ebewilligungen beruht darauf, dass die wirtschaftliche Betätigung des (neuen) Konkurrenten zu einer Veränderung der Anbieterseite führt und die etablierten Unternehmer Marktanteile kostet, weil Nachfrager das vermehrte Angebot in Anspruch nehmen – der Kuchen muss durch mehr Esser geteilt werden. Der am Antagonismus von staatlichem Zwang und bürgerlicher Freiheit orientierte klassische Eingriffs begriff muss hier versagen³¹.

Mit der grundsätzlichen Anerkennung faktischer und mittelbarer Grundrechtsbeschränkungen als relevante Grundrechtbeeinträchtigungen wird das dem klassischen Eingriffs begriff zugrunde liegende Zweierverhältnis Staat – Bürger um mindestens ein Element erweitert und so zum mehrpoligen Rechtsverhältnis³² Staat – Bürger – Dritter. Inwieweit auch durch vom Staat unabhängige Rechts subjekte vermittelte Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Freiheiten Dritter dem Staat als Grundrechtseingriffe zuzurechnen sind, ist bis heute nicht auf eine konsensfähige Weise geklärt. Trotz Jahrzehnte währender Diskussionen um nicht-klassische Eingriffe kann die Feststellung, dass in der Rechtswissenschaft hinsichtlich der Beurteilung der Eingriffsqualität ein „kaum mehr überschaubares dogmatisches Chaos“³³ herrscht, auch noch heute aufrechterhalten werden. Das moderne Grundrechtsverständnis geht davon aus, dass im Grundsatz jedes staat-

30 Freilich kommen auch gegenüber dem Adressaten belastende Maßnahmen, die sich gegenüber dem Dritten ebenfalls belastend auswirken, als Anknüpfungspunkt des Drittschutzes in Betracht. Sie haben indes eine geringe praktische Relevanz, weil sich mit der Belastung gegenüber dem Adressaten regelmäßig jemand vorfindet, der gegen die Belastung vorgehen kann und vorgehen wird.

31 Ossenbühl, Umweltpflege, S. 10.

32 Vgl. zu mehrpoligen (Verwaltungs-) Rechtsverhältnissen Gröschner, DV 30 (1997), 301ff.; Schmidt-Äßmann, in: Schoch/ders./Pietzner, VwGO, Einl. Rn. 192ff.

33 Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 88.

liche Verhalten, das in zurechenbarer Weise eine grundrechtlich geschützte Freiheitsbetätigung unmöglich macht oder nicht nur unwesentlich einschränkt, einen Grundrechtseingriff darstellen kann. Zugleich besteht weitgehend auch Einigkeit darin, dass die extensive Anerkennung relevanter Grundrechtseinwirkungen aufgrund der mit nahezu jeder staatlichen Maßnahme verbundenen mittelbaren Folgewirkungen auf die verschiedensten rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen der Bürger den Grundrechtsschutz überdehnen würde. Judikatur und Literatur versuchen aus diesem Grunde gleichermaßen, wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen, die an den Grundrechten zu messenden Auswirkungen staatlichen Handelns auf Dritte von solchen Einwirkungen zu unterscheiden, die als Ausdruck eines allgemeinen Lebensrisikos von jedermann hinzunehmen sind. Relevant wird insoweit für die Beurteilung vor allem sein, inwieweit die beeinträchtigten Interessen des Dritten ihre grundrechtliche Absicherung auch gegenüber „lediglich“ tatsächlichen Folgen staatlichen Handelns erfahren haben – und sich der Dritte darauf berufen kann, von derartigen Einwirkungen auf seine Freiheitssphäre im Grundsatz verschont zu bleiben.

Diese Arbeit thematisiert die Phänomene der öffentlichen Informationstätigkeit und der administrativen Begünstigungen lediglich in Bezug auf ihre grundrechtliche Relevanz hinsichtlich der hiervon möglicherweise dritt betroffenen Unternehmer. Eingrenzend stehen nicht alle potenziell betroffenen Grundrechte im Mittelpunkt der Untersuchung, sondern ausschließlich die vom Grundgesetz gewährleistete Wettbewerbsfreiheit³⁴. Eine Arbeit, die sich mit Eingriffsfragen auseinander zu setzen beabsichtigt, kann mit der Untersuchung der relevanten Beeinträchtigungen allerdings nicht ihr Ende finden. Dies resultiert ganz allgemein aus der Bedeutung der Eingriffskonstruktion als das die verfassungsrechtliche Rechtfertigung auslösende rechtstechnische Moment. Erst in der Rechtfertigung eines Eingriffs fällt die Entscheidung zugunsten oder zulasten der Zulässigkeit einer staatlichen Maßnahme. Die Entscheidungen des BVerfG reflektieren dies mit ihren regelmäßig sehr kurzen Ausführungen zu Schutzbereichsbetroffenheit und Eingriff im Vergleich zu den in der Regel sehr ausführlichen Äußerungen zur Rechtfertigung der jeweiligen Beeinträchtigung³⁵. Speziell im Bereich öffentlicher Informationen ergibt sich die Erheblichkeit der Rechtfertigungsfrage aus einem weiteren Punkt: Wie in wohl keinem weiteren grundrechtlichen Themenbereich sind gerichtliche und wissenschaftliche Ausführungen zu Schutzbereich,

³⁴ Zum grundrechtlichen Schutz der Wettbewerbsfreiheit im Gemeinschaftsrecht vgl. *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, S. 630ff.; zum Konkurrentenschutz im Gemeinschaftsrecht insg. *P.M. Huber*, EuR 1991, 31 (32ff.); *Nowak*, Konkurrentenschutz in der EG.

³⁵ Vgl. zuletzt BVerfG NJW 2006, 1261 (1262ff.).

Eingriff und Rechtfertigung so eng miteinander verwoben wie im Bereich staatlicher Informationstätigkeit. Entsprechend der rechtstechnischen Konstruktion des Eingriffs wird dabei scheinbar schon auf jeweils vorgelagerter Stufe die teilweise implizite, teilweise explizite Frage gestellt, ob und inwieweit staatliche Informationen überhaupt einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und der Auslösung des Gesetzesvorbehalts bedürfen.

Anliegen der Arbeit ist, die verschiedenen Positionen von Rechtsprechung und Literatur zu faktischen und mittelbaren Eingriffen in die Wettbewerbsfreiheit aufzuzeigen, zu analysieren und einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Zugleich wird die Geltung des Gesetzesvorbehalts für faktische und mittelbare Beeinträchtigungen untersucht und dessen Geltung – insbesondere hinsichtlich öffentlicher Informationstätigkeit – als anerkannte dogmatische Figur gegenüber alternativ erörterten Ansätzen von Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt.

B. Gang der Untersuchung

In einem Ersten Teil wird die Problematik der Eingriffsqualifikation zunächst in den vor allem praktisch relevanten Gesamtkontext des öffentlich-rechtlichen Drittschutzes und der gerichtlichen Geltendmachung eines subjektiv-öffentlichen Rechts gestellt. Zugleich sollen die Wettbewerbskonstellationen in Kürze dargestellt werden, orientiert an den praktischen Fällen, welche die Gerichte in der Vergangenheit verschiedentlich beschäftigt haben. Der guten wissenschaftlichen Tradition folgend, das Allgemeine vor dem Speziellen zu erörtern, werden sodann allgemeine, bislang weitgehend anerkannte dogmatische Grundlagen der Grundrechtsprüfung dargestellt. Dem Schwerpunkt der Arbeit entsprechend werden der klassische Eingriffsbegriff und das moderne Eingriffsverständnis aufgezeigt und die bislang in Diskussion befindlichen Abgrenzungskriterien des erweiterten Grundrechtsverständnisses kritisch untersucht werden.

Im Zweiten Teil wird zunächst zum besseren Verständnis von *Wettbewerb* ein Überblick über seine allgemeine Bedeutung und seine Funktionen gegeben sowie die Diskussion um die grundgesetzliche Vorgabe einer Wirtschaftsverfassung aufgegriffen. Im Anschluss daran ist der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt einschließlich der voreilichen Frage der verfassungsrechtlichen Verortung der Wettbewerbsfreiheit zu bestimmen.

Im Dritten Teil wird untersucht, ob und inwieweit die verschiedenen staatlichen Maßnahmen einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit darstellen. Im Rahmen der zunächst zu erörternden Eingriffsfrage bezüglich öffentlicher Informationstätigkeit werden die Lösungsansätze der gewachsenen Rechtssprechung des BVerwG sowie die Reaktion des BVerfG dargestellt und analysiert, gefolgt von

den im Schrifttum vertreten wesentlichen Ansätzen zur Eingriffsbestimmung. Entgegen verbreiterter Darstellung im Schrifttum erfolgen weder die Darstellung noch die anschließende eigene Bewertung streng an den einzelnen aufgeworfenen Eingriffsmerkmalen. Dies zum einen deshalb, weil entsprechende grundlegende Erwägungen bereits in dem vor die Klammer gezogenen Teil über die Kriterien eines neuen Eingriffsbegriffs Erwähnung gefunden haben werden; und zum Zweiten, weil sich Schutzbereichs- und Eingriffserwägungen oftmals vermischen und Lösungskonzepte nur gesamtheitlich bewertet werden können. Der Bewertung folgt ein eigener Ansatz zu grundrechtlich relevantem Schutzgut und Eingriffskriterien, innerhalb derer aus logischen wie darstellungstechnischen Gründen auch differenzierende Aspekte der Eingriffsdiskussion in Rechtsprechung und Literatur aufzugreifen sind. In einem zweiten Unterkapitel wird die Eingriffsqualität der administrativen Begünstigung von Konkurrenten untersucht, aufgeteilt nach der Zulassung neuer Konkurrenz und der Erteilung von Ausnahmebewilligungen. Hinsichtlich letzterer wird die Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG miteinander verglichen und auf ihre Vereinbarkeit mit neueren Tendenzen des Eingriffsverständnisses überprüft.

Der Vierte Teil hat die Rechtfertigung der Eingriffe zum Gegenstand. Einer Darstellung der grundsätzlichen Bedeutung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes schließt sich die Eingriffsrechtfertigung öffentlicher Informationstätigkeit an. Dort ist zu klären, inwieweit der Vorbehalt des Gesetzes grundsätzlich auch für faktische und mittelbare Beeinträchtigungen Geltung beansprucht und ob staatliche Informationen hiervon möglicherweise aufgrund ihrer Eigenarten zu dispensieren sind. Sodann sind verschiedentlich erörterte verfassungsumittelbare Ermächtigungsgrundlagen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetzesvorbehalt zu überprüfen. Schließlich werden die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen öffentlichen Informationshandelns aufgezeigt und im Anschluss die Rechtfertigung von Eingriffen durch Ausnahmebewilligungen in Kürze behandelt.

Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit noch einmal zusammengefasst.