Amtliche Warnungen und Empfehlungen

Autor(en): **Tschannen, Pierre**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **118 (1999)**

Heft 4

PDF erstellt am: **03.07.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895815

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Amtliche Warnungen und Empfehlungen

Von Pierre Tschannen
Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern

Übersicht

I. Einleitung

II. Befund
- A. Warnungen und Empfehlungen als Teil des staatlichen Informationshandelns
- B. Typische Merkmale
- C. Denkbare Motive

III. Rechtsnatur
- A. Eine Standarddiagnose – und Wege zu ihrer Überprüfung
- B. Problemlösungsbeiträge der Handlungsformenlehre
- C. Problemlösungsbeiträge der Rechtsverhältnislehre
- D. Fazit: Bewirkung von Verwaltungsrechtsverhältnissen durch Warnungen und Empfehlungen?

IV. Grundrechtsrelevanz
- A. Grundrechtsverhältnis
- B. Grundrechtseingriff
- C. Fazit: Grundrechtseingriff durch Warnungen und Empfehlungen?

V. Zulässigkeitsvoraussetzungen
- A. Zuständigkeit
- B. Gesetzmässigkeit
- C. Öffentliches Interesse
- D. Verhältnismässigkeit
- E. Pflicht zur Objektivität

VI. Rechtsschutz
- A. Grundproblem: Rechtsschutz gegen Realakte
- B. Rechtsschutz gegen Warnungen und Empfehlungen
- C. Mitwirkungsrechte beim Erlass von Warnungen und Empfehlungen?

VII. Zusammenfassung

Inhalt

I. Einleitung 361

II. Befund 361

A. Warnungen und Empfehlungen als Teil des staatlichen Informationshandelns 362
1. Information 362
a. Information als Inhaltsbegriff und als Prozessbegriff 362
b. Gegenstand und Einwirkungsebenen 362
2. Staatliches Informationshandeln 364
a. Eingrenzung auf das Informationshandeln der Exekutive 364
b. Information als Regierungshandlung 364
c. Information als Verwaltungshandlung 364
3. Warnungen und Empfehlungen 365
a. Begriff 365
b. Abgrenzungen 367
4. Beispiele amtlicher Warnungen und Empfehlungen . 367
a. Gesundheitsvorsorge: Die «Stop-Aids»-Kampagne 368
b. Lebensmittelpolizei: Die Fälle «Tschernobyl» und «Vacherin Mont d'Or» 368
c. Sozialfürsorge: Die Fälle «infoSekta» und «Das Paradies kann warten» 370

B. Typische Merkmale 371
1. Träger 371
2. Vermittler 373
3. Adressaten und Drittbetroffene 374
4. Normative Struktur 375
5. Wirkungsweise 376

C. Denkbare Motive 376
1. Grenzen der rechtlichen Regelungstechnik – Warnungen und Empfehlungen als Mittel behelfsmässiger Verhaltenssteuerung 377
2. Grenzen der politischen Konsensbildung – Warnungen und Empfehlungen als Mittel ausweichlicher Verhaltenssteuerung 378

3. Grenzen der behördlichen Normvollziehung – Warnungen und Empfehlungen als Mittel eigenverantwortlicher Verhaltenssteuerung 378
4. Grenzen des rechtlichen Ansprechvermögens – Warnungen und Empfehlungen als Mittel zielgruppenspezifischer Verhaltenssteuerung 379

III. Rechtsnatur 380

A. Eine Standarddiagnose – und Wege zu ihrer Überprüfung 380
1. Warnungen und Empfehlungen als Realakt 380
2. Sinn und Zweck einer Rechtsnaturbestimmung 380
3. Rückgriff auf die Ordnungssysteme des Verwaltungsrechts 381

B. Problemlösungsbeiträge der Handlungsformenlehre . 382
1. Bedeutung der Handlungsformen 383
a. Standardisierung des Verwaltungshandelns 383
b. Disziplinierung des Verwaltungshandelns 383
c. Leistungsgrenzen 384
2. System der Handlungsformen 385
a. Zum Kreis der Handlungsformen 385
b. Kriterien der Systembildung 386
3. Der Realakt insbesondere 387
a. Begriff und Bedeutung 387
b. Arten des Realakts (1): Gliederung nach strukturellen Kriterien 388
c. Arten des Realakts (2): Gliederung nach prozeduralen Kriterien 389

C. Problemlösungsbeiträge der Rechtsverhältnislehre . . 391
1. Bedeutung der Rechtsverhältnislehre 391
a. Abgrenzung der Rechtsbindungen gegenüber ausserrechtlichen Steuerungsfaktoren 391
b. Erfassung der Rechtsbindungen in gesamthafter und differenzierter Weise 392
c. Leistungsgrenzen 393
2. System der öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse . 394
a. Probleme der Systembildung 394
b. Kriterien der Systembildung 394
3. Insbesondere zu Verfassungsrechtsverhältnis, Verfahrensrechtsverhältnis und Innenrechtsverhältnis 395

a. Verfassungsrechtsverhältnis 395
b. Verfahrensrechtsverhältnis 396
c. Innenrechtsverhältnis 397

D. Fazit: Bewirkung von Verwaltungsrechtsverhältnissen durch Warnungen und Empfehlungen? 399
1. Realakt und Verwaltungsrechtsverhältnis im Allgemeinen 399
2. Verwaltungsrechtsverhältnisse aus Anlass von Warnungen und Empfehlungen 400
3. Verwaltungsrechtsverhältnisse aufgrund von Warnungen und Empfehlungen 400

IV. Grundrechtsrelevanz 401

A. Grundrechtsverhältnis 403
1. Ausgangspunkt: Hauptelemente des herrschenden Grundrechtsverständnisses 403
2. Interpretation der Grundrechte als Verfassungsrechtsverhältnisse 404
3. Ertrag der Rechtsverhältnislehre für das Grundrechtsverständnis 405

B. Grundrechtseingriff 406
1. Ein Begriff in Auflösung 406
2. Möglichkeiten der Begriffsentlastung 407
a. Verkoppelung des Eingriffsbegriffs mit den subjektivrechtlichen Grundrechtsgehalten 407
b. Auslagerung materialer Begriffselemente 407
c. Verzicht auf die Qualifikationen «faktisch» und «mittelbar» 409
3. Grundrechtseingriff als staatliche Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche 410
a. Vorrangigkeit der Schutzbereichsfrage 410
b. Einzelne Begriffselemente 411

C. Fazit: Grundrechtseingriff durch Warnungen und Empfehlungen? 412
1. Hauptsächlich betroffene Grundrechte 412
2. Eingriff in Grundrechte der Informationsadressaten? . 413
a. Schutzbereichsfragen 413
b. Zurechenbarkeit 415
3. Eingriff in Grundrechte von Drittbetroffenen? 415
a. Schutzbereichsfragen 415
b. Zurechenbarkeit 417

V. Zulässigkeitsvoraussetzungen 420

A. Zuständigkeit 420
1. Im Allgemeinen 420
2. Bundesstaatlich 421
3. Sachlich, örtlich, funktionell 422

B. Gesetzmässigkeit 423
1. Im Allgemeinen 423
2. Anforderungen an die Regelungsstufe: Ausdrückliche formellgesetzliche Grundlage nur für breitenwirksame Warnungen und Empfehlungen 423
3. Anforderungen an die Regelungsdichte: Bestimmte Normierung nur der strukturellen Eckwerte 425
4. Hinweise auf bundesrechtliche Regelungen 426

C. Öffentliches Interesse 428
1. Im Allgemeinen 428
2. Warnung vor verkehrsfähigen Produkten? 429
3. Warnung vor Selbstgefährdung? 430

D. Verhältnismässigkeit 431
1. Im Allgemeinen 431
2. Eignung 431
3. Erforderlichkeit 431
4. Zumutbarkeit 432

E. Pflicht zur Objektivität 432
1. Im Allgemeinen 432
2. Erkennbare Amtlichkeit 434
3. Vollständigkeit und Sachlichkeit 434
4. Gesicherter Stand von Wissenschaft und Technik . . 435
5. Pluralismuskonformität 436
6. Vorwegnahme von Fehlinterpretationen und Pflicht zur Berichtigung 437

VI. Rechtsschutz 437

A. Grundproblem: Rechtsschutz gegen Realakte 438
1. Eingrenzung des Problems 438
2. Denkbare Lösungen 441
   a. Realakt als Gegenstand eines vorgängigen Verwaltungsverfahrens – Einkleidung von Realakten in Verfügungsform 441

b. Realakt als Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens – Anfechtung von Realakten durch Verwaltungsbeschwerde 442
c. Realakt als Gegenstand eines nachlaufenden Verwaltungsverfahrens – Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte 444
3. Würdigung 445

B. Rechtsschutz gegen Warnungen und Empfehlungen . 447
1. De lege lata: Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Warnungen und Empfehlungen 447
2. Notwendigkeit legislatorischen Handelns? 448

C. Mitwirkungsrechte beim Erlass von Warnungen und Empfehlungen? 449

VII. Zusammenfassung 450

I. Einleitung

1. Worauf haben uns die Ämter nicht schon hingewiesen: Langes Sonnenbaden begünstigt Hautkrebs; Eltern lassen ihre Kinder gegen Masern, Mumps und Röteln besser impfen; ohne Dings kein Bums; Rauchen gefährdet die Gesundheit; harte Eier gelingen auch bei ausgeschalteter Herdplatte.

2. Offenkundig wollen solche Warnungen und Empfehlungen *verhaltenswirksam* sein – und verstehen sich genauso offenkundig als *nicht rechtswirksam.* Die Kombination von staatlich beabsichtigter Verhaltensbindung bei staatlich bewusst vermiedener Rechtsbindung lässt an Formenmissbrauch denken; der Argwohn der Lehre konnte nicht ausbleiben. Schon sieht man in juristischen Alpträumen Behörden heranwachsen, die den Bürger mit Ratschlägen zu Fragen des guten Lebens überziehen und alle demokratischen und rechtsstaatlichen Sicherungen unterlaufen, die die Rechtsgemeinschaft in den vergangenen Jahrzehnten aufgebaut hat. Auch wer diese Befürchtungen nicht hegt, wird doch wissen wollen, wie weit sich der Staat den Charme des fürsorglich-unverbindlichen Werbeauftritts zunutze machen darf, um seine regulativen Intentionen zu realisieren. Dass der Staat seit längerem zum Abwurf überkommener Formen teils ermuntert, teils gedrängt wird, mag die derzeitige Konjunktur des amtlichen Informationshandelns mit erklären – allein die juristische Rechtfertigung ist damit noch nicht vorgelegt.

3. Dieser Beitrag behandelt die amtlichen Warnungen und Empfehlungen in fünf Schritten. Zu Beginn wird der tatsächliche Befund skizziert (II). Danach folgen Ausführungen zu Rechtsnatur und Grundrechtsrelevanz (III, IV). Ein weiterer Abschnitt gilt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen, denen amtliche Warnungen und Empfehlungen zu genügen haben (V). Abschliessend werden Probleme des Rechtsschutzes berührt (VI).

II. Befund

4. Hinter der Rede von «amtlichen Warnungen und Empfehlungen» verbirgt sich keine gefestigte verwaltungsrechtliche Kategorie. Die dogmatische Diskussion erfordert daher eine gewisse Vorbereitung. Vorweg sollen die Warnungen und Empfehlungen in der Gesamtheit des staatlichen Informationshandelns situiert werden (A). Zur ersten Systematisierung werden alsdann einige typischen Merkmale benannt (B) sowie die

denkbaren Motive diskutiert, aus denen der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben zu Informationsmitteln greift (C).

A. Warnungen und Empfehlungen als Teil des staatlichen Informationshandelns

1. Information

a. Information als Inhaltsbegriff und als Prozessbegriff

5. Information bedeutet Mitteilung, Botschaft, Nachricht, Auskunft – allgemein: *eine von einem Absender ausgehende und an einen Empfänger gerichtete Aussage.* So – im Sinne des gängigen Sprachgebrauchs – verwendet auch das Recht den Begriff[1]. Das Wort ist doppeldeutig. Als *Inhaltsbegriff* bezeichnet es den Gegenstand der Aussage, als *Prozessbegriff* den Übermittlungsvorgang, somit das Kommunizieren der Aussage vom Absender zum Empfänger.

«Information» ist abzuheben von «Wissen». Information erweitert wohl die Kenntnisse des Empfängers[2]; Wissen dagegen bedingt zusätzlich, dass der Empfänger die erworbenen Kenntnisse einordnet und mit den vorhandenen Kenntnissen verknüpft, sodass sie als Handlungsgrundlage verwendbar werden. «Wissen ist die organisierte und systematisierte Form von Information, die Verstehens- und Interpretationsvorgänge erlaubt.»[3]

b. Gegenstand und Einwirkungsebenen

6. Jede beliebige Aussage kann *Gegenstand* einer Information bilden, gleichgültig ob sie wahr ist oder falsch, plausibel oder absurd, sachgerecht oder irreführend. Information ist auch als Inhaltsbegriff inhaltsneutral. Die möglichen Informationsgegenstände lassen sich aber typisieren[4].

- Information kann sich auf *Tatsachen* beziehen; dann beinhaltet sie *Aussagen über objektive Gegebenheiten.* Ob die Gegebenheiten empirischer oder normativer Natur sind, spielt keine Rolle. In beiden Fällen – Bericht über den erfolgreichen Abschluss der Kartoffelernte, Bericht

1 Vgl. z.B. BARTHE, Informationstätigkeit, S. 10; DRUEY, Information, S. 5 f., 20 ff.; NÜTZI, Information, S. 9 f.; VON SURY, Information, S. 17; WEBER, Überblick, Rz. 20 ff. Für Deutschland vgl. nur SCHOCH, Informationsordnung, S. 166 ff. m.H.

2 Information als Zustand des Informiertseins; vgl. DRUEY, Information, S. 5, 13 f.

3 Zitiert nach SCHOCH, Informationsordnung, S. 167 Anm. 32.

4 Vgl. etwa GRAMM, Publikumsinformationen, S. 60; SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 104 f.

über die neue Saatkartoffelverordnung – handelt die Information von Fakten.
- Information kann sodann *Meinungen* zum Gegenstand haben. In solchen Fällen beinhaltet sie *Aussagen über subjektive Bewertungen* bestimmter Gegebenheiten.
- Information kann endlich *Verhaltenserwartungen* transportieren, d.h. *Aussagen über gesolltes Tun oder Lassen.*

Die Zuordnung einer Aussage mag im Einzelfall unsicher erscheinen. Man wird schon nicht behaupten können, die skizzierten Gegenstandstypen liessen sich klar gegeneinander abgrenzen. Gerade die Unterscheidung zwischen Tatsache und Meinung, Bericht und Kommentar – zentrale Begriffspaare in der Medienverfassung (Art. 93 Abs. 2 BV; Art. 4 RTVG) – bereitet die bekannten Schwierigkeiten[5]. Weil aber die rechtlich geforderte Informationsqualität je nach Informationsgegenstand differieren kann, darf die Typisierung nicht völlig aufgegeben werden (unten V/E).

7. Informationen können beim *Empfänger* in unterschiedlicher Weise ankommen. Angelehnt an die möglichen Informationsgegenstände (Nr. 6) sind drei *Einwirkungsebenen* zu unterscheiden:
- die *Kenntnisse* des Empfängers,
- seine *Einstellungen* zu bestimmten Kenntnissen sowie
- sein *Verhalten.*

Informationsgegenstand und Einwirkungsebene brauchen nicht parallel zu laufen. Nachrichten über erhöhte Ozonwerte mögen beim einen Empfänger blosses Achselzucken hervorrufen, beim andern einen Meinungsumschwung, beim dritten eine – vielleicht nur vorübergehende – Verhaltensänderung[6].

8. Vom *Absender* aus gesehen lässt sich das Informationshandeln entsprechend der beim Empfänger prioritär angezielten Einwirkungsebene wie folgt klassieren[7]:
- Der *Aufklärungskampagne* geht es hauptsächlich darum, Kenntnisse zu erweitern oder Ungewissheiten abzubauen. Oft werden solche Kampagnen als «Informations»kampagnen bezeichnet, doch erscheint diese Wortwahl nicht ratsam; Information ist als Oberbegriff schon mehr als genug besetzt.
- Sollen die Zielgruppen dazu gebracht werden, bestimmte Werthaltungen einzunehmen oder beizubehalten, spricht man von *Einstellungskampagne.*
- *Verhaltenskampagnen* schliesslich wollen die Adressaten motivieren, in gewünschter Weise tätig zu werden oder unerwünschte Handlungen zu unterlassen.

---

5 Exemplarisch etwa BGE 122 II 471 E. 4 f. S. 478 ff.; 121 II 29 E. 3 S. 33 ff.

6 Vgl. BARTHE, Informationstätigkeit, S. 103 f.; NÜTZI, Information, S. 39.

7 Vgl. NÜTZI, Information, S. 22, mit Hinweisen auf kommunikationswissenschaftliche Literatur.

2. *Staatliches Informationshandeln*

a. *Eingrenzung auf das Informationshandeln der Exekutive*

9. Versteht man unter «Information» jede von einem Absender ausgehende und an einen Empfänger gerichtete Aussage, dann wird sogleich klar: Auch der Staat «informiert» fortwährend, und dies in allen Rollen – als Gesetzgeber, als Regierung und Verwaltung, als Justiz. Die Informationshandlungen von Legislative und Judikative bleiben im Folgenden ausser Betracht.

b. *Information als Regierungshandlung*

10. Die Informationshandlungen der Exekutive können nach den *Funktionen* geordnet werden, die ihr obliegen; dabei beschränke ich mich auf die Stammfunktionen «Regieren» und «Verwalten». Im Wesentlichen meint *Regieren* die planende, zukunftsgerichtete und gemeinwohlbezogene staatliche Oberleitung[8]. Zu den Regierungsobliegenheiten gehören auch die «einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information» u.a. der Öffentlichkeit über «Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren» der Staatsleitungsorgane (Art. 10 Abs. 2 RVOG) sowie die Pflege der «Beziehungen zur Öffentlichkeit» (Art. 11 RVOG). Im steten Informationsfluss zwischen Staatsleitung und Bevölkerung liegt nicht nur die Voraussetzung wirksamen Regierens, sondern ebenso ein «élément indispensable de la démocratie»[9]. Besondere Regeln gelten für die Informationshandlungen der Regierung vor Wahlen und Abstimmungen; hier nimmt zusätzlich das Stimmrecht massgeblichen Einfluss auf die Anforderungen an Inhalt und Form der Information[10]. Die regierungsamtliche Information bildet nicht Gegenstand dieses Beitrags[11].

c. *Information als Verwaltungshandlung*

11. *Verwaltung* im funktionellen Sinne soll hier verstanden werden als die Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemein-

---

8 Vgl. EICHENBERGER in Kommentar BV, Art. 95, Rz. 43 f.; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 728, 837.

9 BGE 121 I 252 E. 2 S. 256.

10 Statt aller BGE 119 Ia 271 E. 3 S. 272 ff.

11 Vgl. hierzu das Referat von PASCAL MAHON.

wesen[12]. Die behördlichen Informationshandlungen im Kontext der Verwaltungsfunktion interessieren nur insofern, als die *Behörde* die Rolle des *Informationsabsenders* einnimmt. Die aktive Informationsrecherche durch die Verwaltung sowie die Entgegennahme von Informationen, die an die Verwaltung herangetragen werden, werden hier nicht weiterverfolgt[13]. Es lassen sich auseinander halten[14]:

(1) die Information über die *Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe im Allgemeinen* (z.B. in Geschäftsberichten oder amtlichen Informationsbulletins);
(2) die Information über *konkrete Verwaltungsgeschäfte* und die damit verbundenen Vorgänge (z.B. im Verlauf eines Verwaltungs- oder Planungsverfahrens);
(3) die Information über *Dienstleistungen und Produkte* eines Verwaltungsträgers (z.B. Hinweise auf Angebote staatlicher Anstalten und Betriebe);
(4) die Information als *Mittel zur Verhaltenssteuerung* und somit als eigenständiger materieller Beitrag zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe.

In den Fällen (1)–(3) bezieht sich die Informationstätigkeit *auf andere* Verwaltungshandlungen; die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bildet Gegenstand der Information. Bei (4) dagegen fällt die Informationstätigkeit mit der Verwaltungshandlung zusammen; die Information *ist selber schon* Aufgabenerfüllung[15]. Zu dieser Kategorie gehören auch die Warnungen und Empfehlungen.

3. Warnungen und Empfehlungen

a. Begriff

12. Amtliche Warnungen und Empfehlungen lassen sich beschreiben als *staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltens-*

---

12 In Anlehnung an GYGI, Verwaltungsrecht, S. 21. Auf die ungezählten Versuche, dem Begriff genauere Gestalt zu geben, ist hier nicht einzugehen. Übersichten bei FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, § 4; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 2–10; MOOR, Droit administratif I, S. 6 ff.

13 Hierzu KNAPP, Information, S. 46–55.

14 NÜTZI, Information, S. 32 ff. Ähnlich GRÜEBLER, Beziehungspflege, S. 176 ff.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 363 f.; SUTTER-SOMM, Werbung, S. 125 f. Weitere Übersichten, die teilweise anderen Ordnungskriterien folgen, bei BREITENMOSER/ÜBERSAX, Information, S. 321 ff.; KNAPP, Information, S. 76 ff.; SCHWEIZER/BURKERT, Verwaltungsinformationsrecht, Rz. 9 ff.

15 HEINTZEN, Grundrechtsproblem, S. 552; NÜTZI, Information, S. 36.

optionen. Ein gefestigter Sprachgebrauch besteht nicht[16]. *Warnungen* weisen auf die besondere Gefährlichkeit von Personen, Produkten oder Verhaltensweisen hin und zeigen Möglichkeiten der Gefahrenabwehr; sie sollen von der Realisierung risikobehafteter Optionen abhalten, zielen folglich auf Unterlassen. *Empfehlungen* heben besondere Vorzüge von Personen, Produkten oder Verhaltensweisen hervor; sie drücken amtliche Präferenzen für ganz bestimmte von mehreren als insgesamt unbedenklich oder ungefährlich eingestuften Optionen aus. Zwischen Warnungen und Empfehlungen genau zu unterscheiden ist tatsächlich kaum möglich und rechtlich auch nicht nötig. Durchgängig bezweckt die Behörde Verhaltenslenkung durch faktisches Einwirken auf Meinungsbildung und Entscheidfindung beim Bürger, ohne aber ein Missachten ihrer Warnungen und Empfehlungen für rechtlich vorwerfbar zu erklären[17]. Das erwünschte Verhalten soll vielmehr durch Änderung der Informationslage bei unveränderter Rechtslage herbeigeführt werden.

13. Zwei in der Lehre anzutreffende Differenzierungen werden hier nicht übernommen.

a) Mehrere Autoren sehen den Unterschied zwischen Warnungen und Empfehlungen (auch) in der *Intensität* der Verhaltenssteuerung: Warnungen wären dabei die stärker wirkende, Empfehlungen die schwächer bleibende Form der verhaltenssteuernden Information[18]. Einmal abgesehen davon, dass die Unterscheidung rechtlich folgenlos bleibt: Man kann schon seine Zweifel haben, ob die Zuordnung unterschiedlicher Verpflichtungsgrade in dieser allgemeinen Weise überhaupt gelingen kann. Natürlich wird die Stärke des Einflusses, den die verhaltenssteuernde Information auf Willensbildung und Entscheidfindung übt, von Fall zu Fall verschieden sein. Aber das ist zuvorderst eine Frage des konkreten Informationsinhalts sowie der Art und Weise seiner Vermittlung. Warnungen können blass bleiben, Empfehlungen nötigenden Charakter annehmen. Allein aus der negativen oder positiven Polung einer Aussage lassen sich keine Schlüsse auf typische Wirkungsgrade ziehen.

b) *Hinweise* sollen sich von Warnungen und Empfehlungen dadurch abheben, dass sie bloss über Ursachen und Wirkungen informieren, die Konsequenzen auf der Bewertungs- und Handlungsebene dagegen nicht ansprechen, sondern der Urteilskraft des mündigen Bürgers überlassen[19]. Nun können Faktenaussagen fallweise genauso verhaltenswirksam sein wie explizite Warnungen und Empfehlungen (Nr. 7 a.E.), und man darf wohl davon ausgehen, dass «überschiessende Effekte»[20] dieser Art dem Staat nicht immer ungelegen kommen. Auch die Qualifikation einer behördlichen Information als blosser «Hinweis» dispensiert also nicht davon, die (eingetretenen oder zu erwartenden) Steuerungseffekte konkret zu benennen.

---

16 Vgl. die Begriffsumschreibungen bei GRÖSCHNER, Öffentlichkeitsaufklärung, S. 620 f.; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 926 f.; NÜTZI, Information, S. 47 f.

17 LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 927 Sp. 1; NÜTZI, Information, S. 35; RICHLI, Informationsmittel, S. 154.

18 GRÖSCHNER, Öffentlichkeitsaufklärung, S. 621, und daran anschliessend etwa LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 926 Sp. 2; NÜTZI, Information, S. 49; KLÖPFER, Staatliche Informationen, S. 16 f.

19 Vgl. GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2925; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 926 Sp. 2 f.

20 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 364.

b. Abgrenzungen

14. Zur weiteren Schärfung der hier verwendeten Begrifflichkeit sind die amtlichen Warnungen und Empfehlungen gegen zwei verwandte Erscheinungen abzugrenzen: gegen Auskünfte und Zusicherungen einerseits, informelle Absprachen andererseits.

a) Mit *Auskünften* macht die Behörde Aussagen über Gegebenheiten, mit *Zusicherungen* solche über künftiges (behördliches) Verhalten[21]. Gleich den Warnungen und Empfehlungen gehören Auskünfte und Zusicherungen zum Bereich des hoheitlichen (einseitigen) Verwaltungshandelns, und sie dürften wohl in ähnlicher Weise verhaltenswirksam sein. Sie *intendieren* aber keine Verhaltenssteuerung; in diesem Punkt unterscheiden sie sich von Warnungen und Empfehlungen. Auskünfte und Zusicherungen haben nicht Massnahmencharakter und leisten keinen Beitrag zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben; sie erscheinen als blosse Wissens- und Absichtserklärungen der Behörde, die auf Anfrage hin zur Befriedigung privater Informations- und Sicherheitsbedürfnisse abgegeben werden. Solche Erklärungen können zwar im Einzelfall mit Ratschlägen verbunden werden; insoweit liegt dann aber wieder eine Warnung oder Empfehlung vor.

b) Unter *informellen Absprachen* versteht man die formlose Verständigung zwischen Behörde und Bürger über die einvernehmliche Regelung einer Verwaltungsangelegenheit[22]. Mit den Warnungen und Empfehlungen teilen sie den Zweck: Verhaltensbindung ohne Rechtsbindung. Der Unterschied liegt im Handlungsmodus. Informelle Absprachen bedingen Einvernehmlichkeit unter den Parteien und gehören daher zu den zweiseitigen (konsensualen) Formen des Verwaltungshandelns; Warnungen und Empfehlungen dagegen ergehen, wie bemerkt, einseitig.

4. Beispiele amtlicher Warnungen und Empfehlungen

15. Der Ausstoss amtlicher Warnungen und Empfehlungen ist mittlerweile kaum noch zu überblicken. Die folgenden Hinweise beschränken sich auf Warnungen und Empfehlungen, die entweder gut dokumentiert sind

---

21 FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, § 22 Rz. 97 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 701.

22 MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 14. Vgl. auch unten Nr. 56.

oder mit denen sich das Bundesgericht in substanzieller Weise zu befassen hatte[23].

a. *Gesundheitsvorsorge: Die «Stop-Aids»-Kampagne*

16. Aids wurde 1983 zum öffentlichen Thema, nachdem zwei Jahre zuvor erste Krankheitsfälle bekannt geworden waren[24]. Die Medien kümmerten sich anfangs wenig um Wissensvermittlung und Aufklärung; bis in die Mitte der 80er Jahre dominierten Spekulation, Sensationslust und Panikmache. Zur Beruhigung übertriebener Ängste liess das Bundesamt für Gesundheit 1986 allen Haushaltungen eine Broschüre verteilen, die im Sinne eines «klärenden Wortes» den damaligen Wissensstand zu Aids wiedergab.

Wenig später initiierte das Amt zusammen mit privaten Organisationen (namentlich der Aids-Hilfe Schweiz) die bis heute fortdauernde «Stop-Aids»-Kampagne. Die Kampagne ist allgemein bekannt und braucht hier nicht in den Einzelheiten resümiert zu werden. Im Wesentlichen sollte sie – und soll sie weiterhin – vier Aufgaben erfüllen: (1) Kenntnisse über die HIV-Infektion verbreiten, (2) die Einstellungen in der Bevölkerung zu Aids im Sinne der Präventionsbotschaften ändern, (3) die individuell relevanten Risikosituationen bewusst machen und (4) die nötigen Verhaltensänderungen auslösen. Die Kampagne operierte von Anfang an mit zwei Grundbotschaften: «Präservative schützen vor Aids», und: «Stets saubere Spritzen verwenden». Diese Grundbotschaften blieben sich über die Jahre hinweg gleich und wurden stets in Erinnerung gehalten, wenn auch der Auftritt der Kampagne mehrmals änderte. Zeitweise traten gewisse Sekundärmotive begleitend hinzu, wie «Treue schützt vor Aids», «Nie anfangen» (mit dem Drogenkonsum), «Was nicht ansteckt», «Solidarität» (mit HIV-positiven und aidskranken Menschen). Ausserdem wurden die Grundbotschaften mehrfach in Gestalt von Sonderkampagnen an die Adresse von Zielgruppen mit erhöhter Risikoexposition konkretisiert. Sämtliche Aktionen trugen ein gemeinsames Logo (den Schriftzug STOP AIDS mit einem «O» in Gestalt eines aufgerollten rosafarbenen Präservativs), was sie als Teil eines einheitlichen Kommunikationskonzepts erscheinen liess.

b. *Lebensmittelpolizei: Die Fälle «Tschernobyl» und «Vacherin Mont d'Or»*

17. *BGE 116 II 480 (Tschernobyl).* Als Folge des Reaktorunfalls nahe Tschernobyl im April 1986 gingen in weiten Teilen Europas radioaktive Stoffe nieder, so auch in der Schweiz. Namentlich auf Blattgemüse und Salat wurden erhöhte Strahlendosen gemessen. Im Mai 1986 empfahlen verschiedene Bundesstellen, Gemüse und Salat aus frischer Ernte vor dem Verzehr gründlich zu waschen. Schwangere Frauen und stillende Mütter sollten auf Gemüse und Salat einstweilen überhaupt verzichten; auch zur Ernährung von Kindern unter zwei Jahren seien die betroffenen Produkte besser nicht zu verwenden. Der Störfall selbst und die amtlichen

---

23 Die Energiesparkampagne des Bundes wird hier nicht referiert. Vgl. zuletzt UVEK, Aktionsprogramm Energie 2000, 8. Jahresbericht 1998, Bern 1998. Hinweise auf die Rechtsprechung deutscher Gerichte zum Thema bei GRÖSCHNER, Öffentlichkeitsaufklärung, S. 622 ff.; HEINTZEN, Grundrechtsproblem, S. 541 ff.; MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1022 ff.; PHILIPP, Verbraucherinformationen, S. 92 ff.; ROTH, Drittbetroffenheit, S. 188 ff.; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 134 ff.

24 Das Folgende aus BAG, Die Stop-Aids-Story 1987–1992 und 1993–1995. Die Kampagne wird ständig wissenschaftlich evaluiert; vgl. zuletzt: BAG, Bericht zur Evaluation der 1997er Stop-Aids-Kampagne, Zürich/Liebefeld/Bern 1998.

Empfehlungen fanden ein ausserordentliches Medienecho. Die Bevölkerung reagierte mit Verängstigung und verändertem Konsumverhalten; Gemüse- und Salaternten blieben teils unverkäuflich und mussten vernichtet werden.

Am 18. Dezember 1987 verabschiedete das Parlament einen Bundesbeschluss über die Leistungen des Bundes an Geschädigte der Katastrophe von Tschernobyl. Gestützt darauf richtete der Bund einem Teil der betroffenen Erzeuger freiwillige Entschädigungen aus. Ein Gemüsebaubetrieb, dessen Gesuch um Zusprache einer Entschädigung abgewiesen worden war, verklagte den Bund gestützt auf das Kernenergiehaftpflichtgesetz auf Schadenersatz.

Der Appellationshof des Kantons Bern und in der Folge auch das Bundesgericht bejahten die Haftung des Bundes (angeführter BGE, S. 482 f. und E. 6 S. 493). Die Parteien hatten sich vor allem um die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen amtlicher Empfehlung und Schadenseintritt gestritten. Nach Ansicht der Bundesbehörden war die radioaktive Verstrahlung so geringfügig geblieben, dass die grosse Mehrheit der Bevölkerung die betroffenen Produkte – sofern gründlich gewaschen – weiterhin gefahrlos habe verzehren können; dies sei in den amtlichen Warnungen deutlich zum Ausdruck gekommen. Das Bundesgericht liess den Einwand nicht gelten. Radioaktivität könne mit menschlichen Sinnen in keiner Weise wahrgenommen und abgeschätzt werden; bei einer solchen Gefahr entspreche es dem üblichen Lauf der Dinge, dass schon das blosse Wissen um die atomare Verseuchung zu Verunsicherung und Konsumverzicht führe (E. 3b S. 487). Auch die Empfehlungen der Behörden hätten zur Zurückhaltung der Verbraucher beigetragen; sie seien für den Umsatzeinbruch ebenfalls adäquat kausal. Immerhin anerkannte das Gericht, dass die amtlichen Empfehlungen ihrerseits Folge des Unfalls waren und daher der gleichen (vom Reaktorunfall herrührenden) Kausalkette zugeordnet werden mussten. «Eine Unterbrechung der ursprünglichen Kausalkette durch die behördlichen Verlautbarungen stünde nur dann in Frage, wenn diese so übertrieben gewesen wären, dass sie ihrerseits nicht mehr als adäquate Folge der radioaktiven Verstrahlung betrachtet werden könnten und alle anderen Ursachen für den Konsumverzicht völlig in den Hintergrund gerückt hätten.» (E. 3c S. 489.) Das Bundesgericht verwarf schliesslich den Einwand, in Wirklichkeit hätten die aussergewöhnlich weit gehenden ausländischen Massnahmen und die übertriebene Medienberichterstattung den Konsumverzicht herbeigeführt (E. 3d S. 489).

18. *BGE 118 Ib 473 (Vacherin Mont d'Or)*[25]. Im November 1987 wurden den Behörden mehrere Fälle von Listeriose gemeldet, einer Infektionskrankheit, die oft stumm verläuft, unter Umständen aber tödlich enden kann. Die Krankheitsfälle wurden mit verseuchtem Käse der Marke Vacherin Mont d'Or in Verbindung gebracht. Der Käse wurde aus dem Verkehr gezogen; zugleich warnte das Bundesamt für Gesundheit vor dem Verzehr und riet, bei rotgeschmierten Weichkäsen (zu denen auch der betroffene Vacherin gehörte) allgemein die Rinde wegzuschneiden. In der Folge ging der Absatz von Weichkäsen aller Sorten zurück. Mehrere Käseproduzenten reichten Staatshaftungsklagen gegen den Bund ein.

Das Bundesgericht wies die Klagen ab (angeführter BGE, E. 25 S. 485). Die Behörden seien zur Information der Bevölkerung über die Gefahren ansteckender Krankheiten aufgrund des Epidemiengesetzes verpflichtet; nach dem damaligen Wissensstand zu urteilen erscheine die amtliche Informationspolitik korrekt und sachgemäss. Insbesondere hätten die Behörden deutlich zwischen der befallenen Käsesorte und den übrigen Weichkäsen unterschieden. Widerrechtlichkeit im Sinne des Staatshaftungsrechts sei daher nicht gegeben (E. 7 S. 482 f.). Die Behörde müsse auch nicht zugunsten eines Produzenten intervenieren, wenn die Konsumenten aus Sorge um ihre Gesundheit bestimmte Erzeugnisse mieden (E. 5d S. 481). Eine Pflicht zur Richtigstellung bestehe nur, wenn Warnungen und Empfehlungen sich als unzulässig oder inkorrekt erwiesen oder wenn an sich nicht zu beanstandende Warnungen und

25 Besprechung des Entscheids bei RICHLI/NÜTZI in AJP 1993, S. 202.

Empfehlungen in den Medien verzerrt wiedergegeben würden (E. 18b S. 483). «Im vorliegenden Zusammenhang haben die Medien zum Teil selber recherchiert, und einzelne haben eine Geschichte aufgebaut, die mit der Behördeninformation nichts mehr zu tun hatte und auch nicht darauf zurückging.» (E. 18b S. 483.) Dafür habe der Bund nicht einzustehen. Es sei Erfahrungstatsache, dass Medienmeldungen über gesundheitsgefährdende Lebensmittel zu einer vorübergehenden Zurückhaltung beim Konsum ganzer Produktegruppen führen könnten. Solche Risiken müsse jeder Hersteller selber tragen, auch der, dessen Produkte einwandfrei seien (E. 18c S. 484).

c. *Sozialfürsorge: Die Fälle «infoSekta» und «Das Paradies kann warten»*

19. *BGE 118 Ia 46 (infoSekta)*[26]. Mit Beschluss vom 6. Februar 1991 gewährte der Zürcher Regierungsrat dem Verein *infoSekta* einen Beitrag von Fr. 75'000.–. Der Verein hatte sich zum Ziel gesetzt, die Öffentlichkeit und Einzelpersonen über soziale Probleme aufzuklären, welche durch die Aktivitäten von Sekten und sektenähnlichen Gemeinschaften entstehen können. Die Subventionsverfügung wurde durch die Scientology-Kirche und die Vereinigungskirche mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten.

Das Bundesgericht wies die Beschwerden ab (angeführter BGE, S. 49). Die Beschwerdeführer hatten in der Tätigkeit des Vereins eine «massive Beeinträchtigung ihrer Religionsfreiheit» gesehen: Treibende Kraft seien die Landeskirchen, welche über die *infoSekta* eigene religiöse Interessen verfolgten; und weil der Staat diesen Verein finanziell unterstütze, sei die Angelegenheit so zu beurteilen, als gingen die religiösen Kampfhandlungen direkt vom Staat aus. Das Bundesgericht hielt dazu fest, die Subventionierung eines privaten Vereins lasse diesen noch nicht zum Träger einer staatlichen Aufgabe werden; daher könnten sich die Beschwerdeführer gegenüber den Tätigkeiten des Vereins nicht auf die Religionsfreiheit berufen (E 4b–d S. 55 ff.). Allenfalls die Beitragsgewährung als solche könne grundrechtsrelevant sein. Der Beitrag an die *infoSekta* verletze die Pflicht des Staats zu religiöser Neutralität aber nicht. Er komme keiner Parteinahme in einer religiösen oder weltanschaulichen Auseinandersetzung gleich; vielmehr gehe es um einen fürsorgerischen Zweck: nämlich darum, die sozialen, familiären und psychischen Auswirkungen zu thematisieren, welche die Zugehörigkeit zu bestimmten Sekten mit sich bringen könne, sowie vor manipulativen Techniken zu warnen, mit denen neue Mitglieder angeworben und gewonnene Mitglieder in Abhängigkeit gehalten würden (E. 4e S. 58 ff.). Auch im Licht des Legalitätsprinzips – die Regierung hatte sich auf die Lotteriegesetzgebung gestützt, wonach Lotteriegelder für gemeinnützige und wohltätige Zwecke einzusetzen sind – sei die Beitragsgewährung nicht zu beanstanden (E. 5 S. 60 ff.).

20. *BGE 121 I 87 (Das Paradies kann warten)*[27]. Unter dem Titel «Das Paradies kann warten» erschien im November 1992 ein Buch mit kritischen Beiträgen über «Gruppierungen mit totalitärer Tendenz», wozu die Autoren auch das Opus Dei und den Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis VPM zählten. Die Schrift war im Auftrag und mit Unterstützung der Zürcher Erziehungsdirektion entstanden; sie wurde in allen Schulen verteilt. Der VPM führte Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat, welcher der Eingabe keine Folge gab.

---

26 Besprechung des Entscheids bei MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 100 ff.

27 Besprechungen des Entscheids bei RICHLI, in: AJP 1995, S. 357, und NÜTZI, Information, S. 144 ff.

Auf eine staatsrechtliche Beschwerde des VPM gegen den Regierungsentscheid trat das Bundesgericht nicht ein. Der Verein hatte sich auf Art. 13 EMRK berufen und geltend gemacht, er habe gestützt auf diese Konventionsnorm Anspruch auf einen wirksamen Rechtsschutz auch gegenüber verfügungsfreien Grundrechtsverletzungen. Das Gericht liess die Frage unbeantwortet. «Ob abweisende Aufsichtsentscheide oder allenfalls auch Realakte selber mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar sind, wenn sonst der nach Art. 13 EMRK gebotene Rechtsschutz nicht sichergestellt wäre», könne offen bleiben, denn der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit gehabt, eine Feststellungsverfügung über die Grundrechtskonformität der umstrittenen Realakte zu erwirken; er habe es indessen unterlassen, die erforderlichen und in casu auch zumutbaren Schritte einzuleiten (angeführter BGE, E. 1b S. 90 ff.).

B. Typische Merkmale

21. Im Folgenden werden einige typische Merkmale amtlicher Warnungen und Empfehlungen benannt und in ihren Varietäten beschrieben. Noch geht es nicht um verwaltungsrechtliche Einordnungen; die amtlichen Warnungen und Empfehlungen interessieren weiterhin nur als faktisches Phänomen. Zu erörtern sind die beteiligten Akteure (1–3), die Regelungsstruktur der Warnungen und Empfehlungen (4) und ihre Wirkungsweise (5).

1. Träger

22. *Träger* von Warnungen und Empfehlungen ist, wem diese Erklärungen als *verantwortlicher Herausgeber* zugerechnet werden müssen, oder anders: wem der beherrschende Einfluss auf den Entscheid über die Abgabe von Warnungen und Empfehlungen sowie auf Inhalt und Form der Aussagen zukommt.

23. Als Träger *amtlicher* Warnungen und Empfehlungen kommt jede *Verwaltungsbehörde* in Betracht, die solche Erklärungen *zur Erfüllung von* (gegebenen oder beanspruchten) *Verwaltungsaufgaben* abgibt oder abgeben lässt. Ob die Behörde dabei allenfalls ihre Zuständigkeit überschreitet oder sich hinter privaten Informationsvermittlern versteckt, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Auch wer unzuständigerweise amtliche Warnungen und Empfehlungen verfasst oder verdeckt agiert, bleibt doch deren Träger und hat dafür einzustehen, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt werden (unten V).

24. Mit der Suche nach dem Informationsträger wird man solange keine Mühe haben, als *Einheiten der Zentralverwaltung* auftreten. Auch öffentlichrechtliche Anstalten und Körperschaften oder beliehene Private lassen sich leicht als Träger amtlicher Warnungen und Empfehlungen identifizie-

ren. Schwieriger liegen die Dinge bei Informationshandlungen privater Beitragsempfänger (Nr. 25) und staatlicher Unternehmungen (Nr. 26).

25. Subventionen wirken aus der Sicht des Beitraggebers – auch – als Mittel der Verhaltenslenkung[28]. Dennoch dürfte es kaum je dazu kommen, dass die subventionierende Verwaltung für allfällige Warnungen und Empfehlungen *privater Beitragsempfänger* einzustehen hat.

a) Wo durch *Finanzhilfen* eine vom Empfänger gewählte Tätigkeit unterstützt wird (Art. 3 Abs. 1 SuG), scheitert die Zurechnung zum Staat am einfachen Umstand, dass die private Tätigkeit auch nach der Beitragsgewährung private Tätigkeit bleibt[29]. Es fehlt schon am Bestand einer (selbst usurpierten) Verwaltungsaufgabe. Sicherlich ist es dem Staat verwehrt, den Beitragsempfänger als Sprachrohr seiner Anliegen zu instrumentalisieren oder gezielt nur solche Empfänger zu unterstützen, von denen er weiss, dass sie in seinem Sinn öffentlich tätig werden. Geschieht dies doch, so wird primär die Beitragsgewährung unzulässig sein, weil gegen den Subventionserlass verstossend oder gegen die in seinem Kontext zu beachtenden Verfassungsgewährleistungen. Die Informationshandlungen der unterstützten Subjekte in staatliche Handlungen zu konvertieren erscheint als unnötiger Umweg[30].

b) Im Ergebnis nicht anders liegen die Dinge bei *Abgeltungen.* Zwar ist hier der Zusammenhang mit einer Verwaltungsaufgabe begriffsnotwendig gegeben; Abgeltungen sollen ja gerade die Lasten ausgleichen oder mindern, die dem Empfänger aus der Besorgung rechtlich vorgeschriebener oder ihm übertragener Aufgaben erwachsen (Art. 3 Abs. 2 SuG). Für Warnungen und Empfehlungen der Abgeltungsempfänger haben aber zunächst diese selbst in ihrer Rolle als Träger der abgegoltenen Aufgabe geradezustehen und nicht das Gemeinwesen, das die Abgeltung ausrichtet[31]. Unzulässige Warnungen und Empfehlungen sind nötigenfalls mit Subventionsentzug oder zusätzlichen Auflagen zu quittieren.

26. Bei Warnungen und Empfehlungen *staatlicher Unternehmen* (handle es sich um gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform) liegt das Problem nicht zuerst bei der Zurechnungsfrage. Wieweit der Staat über seine Vertreter in der Unternehmensführung auf die Verlautbarungen der Unternehmensorgane Einfluss nehmen kann, wird sich feststellen lassen. Die Frage ist vielmehr, ob überhaupt noch von *amtlichen* Erklärungen gesprochen werden kann.

---

28 Gygi, Verwaltungsrecht, S. 214 f.
29 BGE 118 Ia 46 E. 4d S. 57.
30 Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 4e S. 58 ff.
31 Vgl. BGE 118 Ia 46 E. 4d S. 57.

Jedenfalls wo sich eine staatliche Unternehmung in einem wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereich bewegt und die Teilnahme am Wettbewerb vom Gesetzgeber gewollt ist, muss man den Staat konsequenterweise von allen Bindungen freistellen, denen amtliche Warnungen und Empfehlungen sonst unterliegen. Es sind dann eben Erklärungen privater Wettbewerber, die ihre Grenzen allein (vom Zivil- und Strafrecht abgesehen) im Lauterkeitsrecht finden. Bestenfalls bei staatlichen Monopolunternehmen wird man noch – unbesehen der allenfalls zivilrechtlich regierten Kundenbeziehung – auf eine amtliche Natur allfälliger Verlautbarungen schliessen dürfen.

2. *Vermittler*

27. Als Vermittler von Warnungen und Empfehlungen fungiert, wer den *Informationstransport zu den Adressaten* besorgt. Vom Standpunkt des Verwaltungsträgers aus gesehen gibt es dafür direkte und indirekte Wege[32].

a) Von *indirekter* Information ist zu sprechen, wenn sich die Behörde unmittelbar nur den Medien, den Parteien oder sonstigen Organisationen mitteilt und es diesen Akteuren überlässt, die Warnungen und Empfehlungen über ihre eigenen Kanäle weiter zu verbreiten. Der indirekte Weg birgt Risiken, denn die Behörde kann nicht damit rechnen, dass ihre Verlautbarungen inhaltsgetreu oder gar wörtlich wiedergegeben werden. Die mediengerechte Aufbereitung von Pressemitteilungen und Medienkonferenzen mag aus den verschiedensten Gründen – Quotenkampf, Zeitdruck, fehlende Fachkenntnis – zu Verzerrungen führen, die unter Umständen hinterher amtlich richtiggestellt werden müssen[33]. Ohnehin sind die Medien nicht Sprachrohr der Verwaltung[34]; sie berichten und kommentieren vorweg in eigener Verantwortung.

b) *Direkte* Information meint den Fall, wo die Behörde die Informationsvermittlung selber besorgt, indem sie das, was sie zu sagen hat, umweglos an die Adressaten heranträgt. Dies kann durch Amtspublikationen oder unter Einsatz von Werbetechniken geschehen. Dass dabei häufig die Dienste professioneller Agenturen beansprucht werden, ändert an der Qualifikation als direkter Information nichts, solange der beherrschende Einfluss auf Inhalt und Form der Botschaften weiterhin bei der Behörde

32 BARTHE, Informationstätigkeit, S. 16 f.; KNAPP, Information, S. 56 ff.; NÜTZI, Information, S. 45 f.; SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 106 ff.; SUTTER-SOMM, Werbung, S. 123 f.; VON SURY, Information, S. 21.

33 Vgl. BGE 118 Ib 473 E. 18b S. 483; 116 II 480 E. 3c, d S. 488 f.

34 ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 86 f.

liegt (gleichgültig, ob sie ihn geltend macht oder die Agentur gewähren lässt). Die direkte Informationsvermittlung vermeidet die Risiken des indirekten Wegs bis zu einem gewissen Grad, wenn auch nicht vollständig. Immerhin kann die Behörde sicher sein, dass die amtliche Botschaft wenigstens *auch* in unverstellter Fassung auf den Markt der Meinungen gelangt.

28. Die *Tragweite der Unterscheidung* sollte nicht überschätzt werden. Mitunter ist schon die Klassierung der konkreten Informationshandlung zweifelhaft. Wohin gehört etwa die Verlautbarung in einem amtlichen Bulletin, das rechtlich zwar öffentlich ist, tatsächlich aber von niemandem gelesen wird und dessen Inhalte höchstens über die Massenmedien ins Publikum gelangen? Zudem beschreiten die Behörden oftmals beide Wege zugleich; die Medien ihrerseits benutzen als Informationsquelle nicht nur die amtlichen Mitteilungen, sondern unternehmen regelmässig eigene, weiter ausgreifende Recherchen. Wieweit die Medienberichterstattung über Gegenstände amtlicher Warnungen und Empfehlungen tatsächlich auf die Warnungen und Empfehlungen selbst zurückgeht, lässt sich dann rückblickend kaum noch zuverlässig rekonstruieren[35].

3. *Adressaten und Drittbetroffene*

29. Strukturell kann der Adressatenkreis von Warnungen und Empfehlungen – wie unten (4) noch zu zeigen – individuell oder generell bestimmt sein. In *materieller* Hinsicht lässt sich von den Adressaten wenig mehr sagen, als dass die Behörde an bestimmte *Zielgruppen* herantritt[36]. Zielgruppe mag im einen Fall die allgemeine Öffentlichkeit sein, im andern Fall ein umgrenztes Kollektiv, im dritten endlich das eine wie das andere. Warnungen und Empfehlungen können sich auch an behördeninterne Ardessaten wenden[37].

30. Selbst wenn die Informationen für definierte Zielgruppen bestimmt sind, so können die Auswirkungen doch über sie hinausreichen und nicht angesprochene Dritte in Mitleidenschaft ziehen. Informations*adressaten* und Informations*betroffene* müssen daher deutlich unterschieden werden[38]. Besonders bei Produktewarnungen lassen sich Drittbetroffenheiten regelmässig feststellen: Die angesprochenen Konsumenten müssen sich bloss nach anderen Angeboten umsehen; das veränderte Verbraucherverhalten aber trifft vor allem die Hersteller der als bedenklich eingestuften Erzeugnisse. Der Effekt hat sich im Gefolge der Tschernobyl- und der

35 Vgl. z.B. BGE 118 Ib 473 E. 18b S. 483 f.

36 Vgl. GRÜEBLER, Beziehungspflege, S. 167 f.; NÜTZI, Information, S. 44 f.

37 Vgl. BGE 120 Ia 321 (Merkblätter «Ökologisch Bauen»; wegen der Reform des Submissionsrechts teilweise überholt). Besprechung des Entscheids durch RICHLI, in: AJP 1995, S. 358.

38 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 381.

Vacherin-Angelegenheit ebenso eingestellt wie nach der Propagierung der Safer-Sex-Botschaften durch die «Stop-Aids»-Kampagne[39].

4. *Normative Struktur*

31. Warnungen und Empfehlungen verfolgen begriffsnotwendig (Nr. 12) eine normative Intention. Es liegt daher nahe, auf die Typologie der Rechtsakte zu blicken und nach *Analogien zu Erlass, Allgemeinverfügung und Verfügung* zu suchen. Dabei muss es aber bei Analogien auf der strukturellen Ebene bleiben; Schlüsse auf die Rechtsnatur von Warnungen und Empfehlungen dürfen daraus nicht gezogen werden. Mit diesem Vorbehalt lassen sich folgende Unterscheidungen treffen[40]:

- Warnungen und Empfehlungen können zunächst *generell-abstrakte* Regelungsstruktur aufweisen, d.h.: auf eine individuell nicht bestimmte Vielzahl von Personen gerichtet sein und dabei eine unbestimmte Vielzahl von Lebenssachverhalten regeln. Das bundesrätliche Eierkochrezept gehört in diese Kategorie, ebenso die Verhaltensempfehlungen der «Stop-Aids»-Kampagne, die Warnungen auf den Zigarettenpackungen usf. Allemal ist ein offener Personenkreis angesprochen, allemal beziehen sich die Verhaltensregeln auf eine indefinite Zahl von Ereignissen, die lediglich in der typisierenden Form eines Tatbestands umschrieben werden.
- *Generelle* Warnungen und Empfehlungen können sich vergleichbar einer Allgemeinverfügung auch nur auf ein *konkretes* Anordnungsobjekt beziehen. Dies war bei der Listeriose-Affäre der Fall. Die Warnung ging wohl an das allgemeine Publikum (und war insofern generell); sie betraf aber nur einen einzelnen Typ Käse, nämlich Vacherin Mont d'Or, somit ein konkretes Anordnungsobjekt. Im Grunde lag eine Art Typenprüfung mit negativem Ausgang vor. Anders die Tschernobyl-Empfehlungen: Sie waren generell-abstrakter Natur, denn als Anordnungsobjekt wirkten die (unbestimmt vielen) Blattgemüsepflanzen, von deren Verzehr abgeraten wurde[41].
- Schliesslich sind auch *individuell-konkrete* Warnungen und Empfehlungen denkbar: Ratsamkeitserklärungen an die Adresse einer einzelnen Person (oder einer Mehrzahl individuell bestimmter Personen) mit Bezug auf einen einzelnen Lebenssachverhalt. Zu denken ist an die schon erwähnte Empfehlung im Anschluss an eine Auskunft oder Zusicherung

---

39 Nachweise bei MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 393.

40 Vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 368 f.

41 Zur Abgrenzung von Erlass und Allgemeinverfügung JAAG, Die Allgemeinverfügung im schweizerischen Recht, ZBl 1984, S. 433, besonders S. 444 ff.

im Einzelfall (Nr. 14a), oder an den behördlichen Rat, ein Rechtsmittel wegen Aussichtslosigkeit zurückzuziehen[42].

5. *Wirkungsweise*

32. Warnungen und Empfehlungen können zur Verwirklichung ihrer normativen Intention nicht auf die Steuerungskraft des Rechts zurückgreifen, sie wollen es übrigens gar nicht. Der Appell an den Rechtsgehorsam und die Androhung von Rechtszwang entfallen; Warnungen und Empfehlungen sind auf den (rechtlich gesehen) autonomen Nachvollzug durch die Informationsempfänger angewiesen. Nun laufen Warnungen und Empfehlungen gewöhnlich auf Einschränkungen der Handlungsfreiheit hinaus, und solcher Inkonvenienz unterwirft sich niemand freiwillig, wenn dafür keine Vorteile in Aussicht gestellt werden oder wenn ein Übergehen der postulierten Einschränkungen erkennbar ohne Nachteile bleibt. So muss die Behörde – mangels rechtlicher Stütze – mit *ausserrechtlichen Gratifikationen und Sanktionen* operieren können[43]. Als Gratifikationen kommen *Sicherheitsgewinne* in Betracht (etwa die Abwendung von Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit, eine Minderung von Lebensrisiken, der Abbau von Ängsten), oder auch eine Verheissung *ideeller Vorteile* (eine Steigerung der Selbstachtung oder des gesellschaftlichen Ansehens, die Stärkung personaler Autonomie, die Entlastung von Schuldgefühlen). Die Sanktion besteht entsprechend in einer *relativen Schlechterstellung* jener, die die Warnungen und Empfehlungen ignorieren. Die mobilisierten Regulative sind teils faktischer, teils sittlicher, moralischer oder ethischer Natur; immer handelt es sich um Steuerungsmedien, die – anders als Rechtsregel und Rechtszwang – nicht im Monopolbereich des Staats liegen.

C. Denkbare Motive

33. Es bleibt die Frage nach den möglichen Beweggründen. Zu erklären ist dabei weniger das Bedürfnis des Staats nach Verhaltenssteuerung überhaupt als vielmehr der Hang, diese Steuerung mittels Ratsamkeitserklärung vorzunehmen, statt auf dem Wege rechtlicher Verbote und Gebote. Damit ist auch die Optik der folgenden Abschnitte gegeben: Die denkbaren

42 Vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 369.

43 VON ROEHL, Kampagnen, S. 34 f. Ferner FREIBURGHAUS, Action étatique, S. 10 f.

Motive dürften sich am ehesten von den *Grenzen des rechtlichen Steuerns* her erschliessen lassen[44].

Ich beschränke mich auf die Nennung grundsätzlich zulässiger Motive. Dem Staat soll einstweilen zugute gehalten werden, dass er Warnungen und Empfehlungen nicht aus purer Bosheit erlässt. Wohl mag es Versuche gegeben haben, Kompetenzlücken zu überspielen und Lästigkeiten der ordentlichen Rechtsetzung zu umgehen[45]. Aber es genügt, die Möglichkeit derartiger Aberrationen bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen aufzugreifen (unten V).

1. Grenzen der rechtlichen Regelungstechnik – Warnungen und Empfehlungen als Mittel behelfsmässiger Verhaltenssteuerung

34. Der Erlass von Rechtsnormen bedingt rein technisch eine Reihe von Gewissheiten beim Normsetzer. Erstens muss Klarheit über das Regelungsziel bestehen. Zweitens sind ausreichende Kenntnisse über den Regelungsgegenstand vorausgesetzt: über seinen Zustand, sein Funktionieren, seine Mängel und die dahinter stehenden Ursachen. Drittens und vor allem muss der Normsetzer die voraussichtlichen Wirkungen der in Frage kommenden Vorkehrungen abschätzen können. Diese *Evaluation ex ante* gelingt nur, wenn der Regelungsgegenstand eine gewisse Stabilität aufweist und von begrenzter Komplexität ist, sodass sich die zu regelnden Lebenssachverhalte in zeitkonstante Tatbestände übersetzen lassen, denen auf dem Hintergrund überblickbarer Kausalketten bestimmte Rechtsfolgen zugeordnet werden können. Nun mögen die genannten Voraussetzungen aus unterschiedlichen Gründen und in unterschiedlichem Grad beeinträchtigt sein, sodass auch die Möglichkeiten einer rechtsstaatlich und demokratisch verantwortbaren Normsetzung zurückgehen. Dennoch kann (wie beispielsweise im Umweltschutz) mit staatlicher Steuerung nicht immer bis zum Vorliegen gesicherter Erkenntnisse zugewartet werden. Warnungen und Empfehlungen erlauben dann immerhin das *Aussenden erster* – und erklärtermassen provisorischer – *Orientierungshilfen.* Sie bieten einen Ausweg aus der wenig konstruktiven Alternative eines Alles-oder-Nichts und ersparen dem Staat sowohl den Vorwurf des Abseitsstehens als auch jenen der übereilten Rechtsetzung. Warnungen und Empfehlungen erscheinen gewissermassen als experimentelle, widerrufliche, flexibel handhabbare Vorstufe zur – möglicherweise, aber nicht notwendig – noch folgenden rechtlichen Regulierung.

---

44 Weitere Darstellungen von Beweggründen z.B. durch FREIBURGHAUS, Action étatique, S. 11 ff.; GRAMM, Publikumsinformationen, S. 63 ff.; MORAND, Interventionnisme, S. 149 f.; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 45 ff.

45 Vgl. die Hinweise bei BARTHE, Information, S. 106; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 364 ff.; NÜTZI, Information, S. 24, 26; OSSENBÜHL, Informelles Hoheitshandeln, S. 32 f.; RICHLI, Informationsmittel, S. 152.

2. *Grenzen der politischen Konsensbildung – Warnungen und Empfehlungen als Mittel ausweichlicher Verhaltenssteuerung*

35. Kein demokratischer Staat bringt Rechtsnormen ohne ausreichenden politischen Konsens zustande. Dabei reicht ein Konsens in der Sache nicht aus. Ebenso und mehr noch muss sich der politische Prozess darüber einig werden, dass das *Recht* das *angemessene Regelungsmedium* sei und die ausserrechtlichen Regulative nicht ausreichen. Eindeutige Antworten lassen sich erfahrungsgemäss nicht immer geben. Möglicherweise erscheint die juristische Normierung einer bestimmten Verhaltensweise zwar noch als unangebracht, eine rein gesellschaftliche Regulierung aber bereits als ungenügend. In solchen Übergangsbereichen stossen Warnungen und Empfehlungen auf ein weiteres Wirkungsfeld. Mit ihrer Hilfe lassen sich gesellschaftlich präsente Kenntnisse, Einstellungen und Verhaltenskodizes abrufen und – nötigenfalls modifiziert und verstärkt – zur *Stützung staatlicher Aufgabenerfüllung* heranziehen. So erklären sich etwa die amtlichen Hinweise auf die Gefahren verkehrsfähiger Produkte wie der allbekannte Warnhinweis auf Zigarettenpackungen. Ein allgemeines Rauchverbot würde von der Rechtsgemeinschaft nicht akzeptiert; die juristisch gesehen ausweichliche Ratsamkeitserklärung dagegen verkörpert eine Regelungsmodalität, für die sich zur Zeit ein politischer Konsens finden lässt.

3. *Grenzen der behördlichen Normvollziehung – Warnungen und Empfehlungen als Mittel eigenverantwortlicher Verhaltenssteuerung*

36. Verwaltungsaufgaben bedingen nicht nur die materiellrechtliche Ordnung des Aufgabenbereichs, sondern schliessen in der Regel auch die Vollziehung des materiellen Rechts durch den Verwaltungsträger mittels Verfügung und Verwaltungszwangs ein. Jedermann weiss um die Grenzen dieses tradierten Modells. Ämter lassen sich nicht beliebig vergrössern, die Funktionäre wissen nicht alles, hinter jeden Bürger einen Polizisten stellen kann man nicht. Mittlerweile hat sich der Staat aus einer Reihe von Tätigkeitsbereichen mehr oder weniger weitgehend zurückgezogen und unter Titeln wie Deregulierung, Privatisierung, Kooperation usf. materialprozedural vormals komplette Regulierungen auf rechtliche Teil- oder Rahmenordnungen zurückgenommen. Auch Warnungen und Empfehlungen gehören in diesen Kontext. Sie *entlasten* die Behörde von einem Stück Verwaltungsverantwortung, genauer: von einem Stück *Vollziehungsverantwortung*. Erfüllungslast und Kontrolllast verschieben sich zum Adressaten der amtlichen Ratschläge. Aus Amtsverantwortung wird Eigenverant-

wortung, aus Fremdbestimmung Selbstbestimmung – wenn auch amtlich arrangierte Selbstbestimmung. Mit dem Verantwortungstransfer ändern zugleich die staatlichen Erwartungen an die Motive der Normbefolgung. Solange die Normvollziehung Sache der Behörden war, blieben dem Normadressaten die Motive der Normbefolgung freigestellt; der Rechtsstaat nötigt niemanden zur positiven Bewertung seiner Vorschriften. Warnungen und Empfehlungen dagegen funktionieren nur auf der Grundlage einer in ihrem Sinne modifizierten Motivation. Vom bedienten Adressaten erwarten sie nicht Gehorsam, sondern inneres Überzeugtsein. Warnungen und Empfehlungen bieten sich daher vor allem dort an, wo der Rechtsgehorsam behördlich nicht sichergestellt werden kann. Der Stellenwert der «Stop-Aids»-Kampagne verdankt sich zu einem guten Teil der begrenzten Effektivität und mangelnden Problemadäquanz des strafrechtlichen und seuchenpolizeilichen Instrumentariums.

4. *Grenzen des rechtlichen Ansprechvermögens – Warnungen und Empfehlungen als Mittel zielgruppenspezifischer Verhaltenssteuerung*

37. Dass die Gesellschaft vielfach zerteilt und pluralisiert erscheint, dass selbst der Staat wenig mehr verkörpert als ein Subsystem neben anderen, dessen politischer Führungsanspruch nicht mehr konkurrenzlos feststeht: All dies ist längst Gemeingut. Es bedarf keiner Erläuterung, dass auch die Gestalt des Rechts sich entsprechend verändert hat. Kein Streben mehr nach Rechtseinheit und grossen Kodifikationen; die Gegenwart begnügt sich mit problemorientierten, differenzierenden, der gesellschaftlichen Selbstorganisation Raum gebenden Bereichsregelungen. Dennoch bleibt rechtliches Steuern grobes Steuern von beschränkter Reichweite. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss ein Mindestmass an Einheitlichkeit und Klarheit gewahrt bleiben; überdies sollte kein Gesetzgeber damit rechnen, dass ihn alle Adressaten wirklich hören. In Warnungen und Empfehlungen findet der Staat demgegenüber ein Steuerungsmittel, das ein *subtileres Regulieren* ermöglicht und ein vergleichsweise *besseres Penetrationsvermögen* aufweist. Er kann Verhaltensimpulse formulieren, die in Inhalt und Form den spezifischen Lebensnormalitäten und Gruppenkodizes des jeweils angezielten Kollektivs Rechnung tragen und deswegen (und wohl nur deswegen) die Chance haben, verstanden und akzeptiert zu werden. So vermögen Warnungen und Empfehlungen kommunikative Leistungen zu erbringen, wie sie dem Recht wegen seiner abstrakten Begrifflichkeit und seines autoritativen Auftritts von vornherein nicht möglich sind.

III. Rechtsnatur

A. Eine Standarddiagnose – und Wege zu ihrer Überprüfung

1. *Warnungen und Empfehlungen als Realakt*

38. Nach gängiger Auffassung gelten amtliche Warnungen und Empfehlungen als *Realakte der Verwaltung*[46]. Nichts anderes ist gemeint, wenn in diesem Zusammenhang Begriffe wie «informales Verwaltungshandeln»[47] oder «schlichtes Verwaltungshandeln»[48] Verwendung finden. Informationen an die Adresse behördeninterner Akteure werden gelegentlich auch zu den Verwaltungsverordnungen gezählt[49]. Einig ist man sich aber darin, dass Warnungen und Empfehlungen eine wie immer geartete Rechtsverbindlichkeit im Staat-Bürger-Verhältnis bewusst vermeiden und daher nicht als aussenwirksame Rechtsakte qualifiziert werden können. Die Diagnose bewirkt Unbehagen. Dass Warnungen und Empfehlungen von der Regelungsferne des Realakts sollen profitieren dürfen, will nicht zu ihrem unverhohlenen Steuerungsanspruch und ihren regelmässig beträchtlichen Steuerungswirkungen passen; verbreitet ortet man *Regelungs- und Rechtsschutzdefizite*. So besteht aller Anlass, die Zuordnung der Warnungen und Empfehlungen zum Verwaltungsrealakt zu überprüfen.

2. *Sinn und Zweck einer Rechtsnaturbestimmung*

39. Der Realakt fungiert als Auffanggrösse für alles Verwaltungshandeln, das nicht als Rechtsakt qualifiziert werden kann[50]. Entsprechend diffus wirkt der Begriff. Wenn dennoch einige Mühe auf die verwaltungsrechtliche Einordnung der Warnungen und Empfehlungen (und damit – mittelbar – auch auf die Konturierung des Realakts) verwendet wird, so begründet sich dies vorweg mit dem *Rationalisierungs- und Systematisierungsauftrag des Allgemeinen Verwaltungsrechts*. Zwar unterliegen Realakte gewöhn-

---

46 FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 57; KNAPP, Droit administratif, Nr. 898bis; MOOR, Droit administratif II, S. 19 f.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 371; NÜTZI, Information, S. 70; RICHLI, Informationsmittel, S. 168. Ebenso in Deutschland; statt vieler MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 8 ff.

47 Etwa bei BROHM, Informelles Verwaltungshandeln, S. 134 Sp. 2; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 57 Rz. 5; M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 534.

48 GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2920 Sp. 1; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 602i; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 927 Sp.1; SPÄTH, Information, S. 46.

49 Vgl. BGE 120 Ia 321 E. 3a S. 325.

50 Statt vieler MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 1; MOOR, Droit administratif II, S. 19. Literaturübersicht bei PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 20–29. Neue monografische Darstellung durch SCHULTE, Schlichtes Verwaltungshandeln (1995).

lich nur wenigen rechtlichen Vorgaben. Doch auch das Handeln in Realakten ist, wie alles Verwaltungshandeln, rechtlich geleitetes Handeln. Soweit es sich in Zonen von ausgedünnter Normativität abspielt, müssen zumindest die Grenzen dieser Zonen einigermassen präzise benannt werden können. Der allgemeine Hinweis auf eine «zunehmende Abkehr von Formalisierungen»[51] kann davon nicht dispensieren. Ähnliches gilt vom Satz, die Formen des Verwaltungshandelns unterlägen keinem Numerus clausus. Das ist gewiss so, aber gerade deswegen stellt sich die Frage nach der begrifflichen Erfassung neuer Handlungsweisen umso schärfer. Das Allgemeine Verwaltungsrecht als «Ordnungsidee» (SCHMIDT-ASSMANN) kann sich grössere Ratlosigkeiten schon aus Rücksicht auf die Klarstellungsbedürfnisse der Rechtspraxis nicht leisten.

3. *Rückgriff auf die Ordnungssysteme des Verwaltungsrechts*

40. Wer nach der Rechtsnatur einer Verwaltungshandlung fragt, sucht die Antwort zuerst bei der Handlungsformenlehre. Dieser Zutritt führt gewöhnlich zum Erfolg. Die Handlungsformenlehre ist aber nur eines von mehreren Ordnungssystemen, die von unterschiedlichen Ansätzen her die sachgesetzlichen Regelungen verbindend und strukturierend durchziehen und insgesamt das ausmachen, was als Allgemeines Verwaltungsrecht bezeichnet wird. Zu diesen *Ordnungssystemen* zählen neben der Formenlehre üblicherweise[52]: das Verwaltungsorganisationsrecht, die Lehre von den Rechtsbindungen der Verwaltung (d.h. die Rechtsquellenlehre, die Lehre von den Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungsrechts, die Rechtsanwendungslehre), die Rechtsverhältnislehre, das öffentliche Verfahrensrecht, das öffentliche Entschädigungsrecht. Die einzelne Verwaltungshandlung gewinnt ihre materiale und prozedurale Gestalt (abgesehen von den Vorgaben des anwendbaren Sachgesetzes) stets aufgrund von Elementen aus mehreren der genannten Ordnungssysteme.

41. Die Rechtsnatur der amtlichen Warnungen und Empfehlungen im Besonderen ist aus noch darzulegenden Gründen (unten B/1, C/1) unter Zuhilfenahme sowohl der *Handlungsformenlehre* als auch der *Rechtsverhältnislehre*[53] zu bestimmen; erst diese doppelte Betrachtung ermöglicht eine zusammenfassende Bilanz (D). Die Bedeutung der übrigen Ordnungssysteme ist in anderem Zusammenhang zu erörtern:

---

51 PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 83.

52 Vgl. die Inhaltsverzeichnisse der gängigen Lehrbücher.

53 Rekurs auf beide Ordnungssysteme auch bei BARTHE, Informationstätigkeit, S. 115–123; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 372–376; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 512–515.

- organisationsrechtliche Probleme und Fragen der Rechtsbindungen unter dem Titel «Zulässigkeitsvoraussetzungen» (unten V);
- Verfahrensfragen unter dem Titel «Rechtsschutz» (unten VI).

Entschädigungsrechtliche Fragen werden in diesem Beitrag nicht behandelt[54].

42. Man könnte daran denken, Warnungen und Empfehlungen zu den Arten der Verwaltungsaufgaben (a) und zu den Arten der Aufgabenerfüllung (b) in Beziehung zu bringen. Keiner dieser Systematisierungsansätze ist ertragreich.

a) *Arten der Verwaltungsaufgaben.* Nach dem Zweck der Verwaltungstätigkeit unterscheidet man etwa *Ordnungsaufgaben, sozialpolitische Aufgaben, Lenkungsaufgaben, Infrastrukturaufgaben* u.ä.[55] Verhaltenssteuernde Information stellt per se keine Verwaltungsaufgabe dar, sondern wirkt als Erfüllungsgehilfe schon gegebener Aufgaben. In dieser Rolle kann sie grundsätzlich von jeder beliebigen Verwaltungsaufgabe abgerufen werden. Warnungen und Empfehlungen lassen sich daher nicht ‹als› Ordnungsaufgabe, Lenkungsaufgabe usf. charakterisieren.

b) *Arten der Aufgabenerfüllung.* Die Gegenüberstellung von *Eingriffsverwaltung* und *Leistungsverwaltung* nimmt auf die Wirkung der eingesetzten Verwaltungsmittel Bezug: Es wird darauf abgestellt, wie das Verwaltungshandeln beim Adressaten ankommt – ob in belastendem oder begünstigendem Sinn[56]. Auch diese Unterscheidung hat, nicht anders als die oben (a) genannte Begriffsgruppe, Anfechtungen zu bestehen[57]. Immerhin kann man ihr mit Blick auf das Legalitätsprinzip die rechtliche Relevanz nicht rundweg absprechen[58]. Setzt man die Unterscheidung von Eingriff und Leistung zu den Warnungen und Empfehlungen in Beziehung, so erkennt man auch hier: Verhaltenssteuernde Information kann sowohl eingreifende als auch leistende Verwaltungstätigkeit sein; oftmals ist sie – je nach Empfänger – beides zugleich. Im Schrifttum ist deshalb mehrfach vorgeschlagen worden, die verhaltenssteuernde Information als eigenständige Art der Aufgabenerfüllung zu erfassen, nämlich als *«Informationsverwaltung»*[59]. Das kann man sicher vertreten, die rechtliche Bedeutung einer solchen Abschichtung ist aber nicht erkennbar. Ich verzichte darauf, den Begriff zu verwenden.

B. Problemlösungsbeiträge der Handlungsformenlehre

43. Handlungsformen der Verwaltung – die Verfügung, die Verordnung, der Plan usf. – sind Gestalttypen von hoher begrifflicher Abstraktheit, in die hinein sich das Verwaltungshandeln unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Rechtsfolgen materialisiert und dadurch rechtlich

54 Hierzu ausführlich NÜTZI, Information, S. 195–305.

55 Die Unterteilungen schwanken erheblich. Vgl. EHLERS in: ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 1 Rz. 35–42; GYGI, Verwaltungsrecht, S. 24–29; MAURER, Verwaltungsrecht, § 1 Rz. 15–19; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 3 Rz. 5–11.

56 GYGI, Verwaltungsrecht, S. 30; MAURER, Verwaltungsrecht, § 1 Rz. 20, 22.

57 HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 22; MOOR, Droit administratif I, S. 21.

58 BGE 118 Ia 46 E. 5b S. 61 f.; 103 Ia 369 E. 5 S. 380 f. und E. 6e S. 383.

59 RICHLI, Informationsmittel, S. 154 f., und im Anschluss daran etwa BARTHE, Informationstätigkeit, S. 119.

greifbar wird[60]. Nach einem Blick auf die Bedeutung der Formenlehre (1) und auf das System der Handlungsformen (2) soll der Realakt als jene Handlungsform näher diskutiert werden, der die Warnungen und Empfehlungen gewöhnlich zugeordnet werden (3).

1. Bedeutung der Handlungsformen

a. Standardisierung des Verwaltungshandelns

44. Die Handlungsformen bewirken vorab eine Standardisierung des Verwaltungshandelns. Für jede Handlungsform gelten bestimmte Qualifikationsvoraussetzungen, jede Handlungsform ist mit bestimmten Rechtsfolgen fest verknüpft[61]. Mit dem In-Form-Bringen der konkreten Verwaltungshandlung aktiviert sich zugleich ein Angebot von vorgefertigten Antworten auf bestimmte Rechtsfragen von allgemeiner, sachgesetzübergreifender Bedeutung (wie Fragen der Zuständigkeit, des Verfahrens, der Qualität des Handlungserfolgs, der Rechtsbeständigkeit usf.). So lassen sich *wiederkehrende Rechtsprobleme des Verwaltungshandelns* relativ rasch und bei insgesamt geringem Aufwand in gleichbleibender und voraussehbarer Weise lösen[62]. Die Notwendigkeit, Grundsatzfragen stets aufs Neue aufzurollen, entfällt. Die Steuerungseffizienz des Verwaltungsrechts verdankt sich wesentlich diesem standardisierenden Effekt der Handlungsformen.

b. Disziplinierung des Verwaltungshandelns

45. Die Disziplinierungsfunktion der Formenlehre wird erkennbar, sobald man den Blick von den Rechtsfolgen der Formenwahl auf die Formen selbst zurücklenkt. Die Handlungsformen bestehen ja nicht um ihrer selbst willen, sondern sollen den Handlungen Gestalt geben, die der Verwaltungsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben vornimmt[63]. Diese Erfüllungshandlungen zeigen im Spannungsfeld von Gemeinbezug und Individualbezug, von Aufgabenerfüllung und Rechtsschutz, von abstrakter Lenkung und konkreter Durchführung unterschiedlichstes Profil und verlangen nach funktional je angemessenen Rechtsfolgen. Weil aber diese Rechtsfolgen nur über bestimmte Handlungsformen abgerufen werden

---

60 Vgl. KRAUSE, Rechtsformen, S. 14; SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 533 Sp. 2.

61 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, S. 252 f.; DERSELBE, Rechtsformen, S. 533.

62 SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 533 Sp. 2; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 44 Rz. 2.

63 Vgl. KRAUSE, Rechtsformen, S. 16, 23; SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 534 Sp. 1. Ebenso PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 6.

können (nämlich über jene, an die sie geknüpft sind), wird der Verwaltungsträger gezwungen, den Prozess der Aufgabenerfüllung mit einer *Sequenz formalisierter Handlungen* zu durchsetzen, deren Einzelteile sich zu einer sach- und interessenadäquaten Entscheidfolge fügen. Eine Freiheit der Formenwahl besteht daher nur bedingt[64].

c. *Leistungsgrenzen*

46. Die Standardisierung und Disziplinierung des Verwaltungshandelns erreicht die Handlungsformenlehre nur, wenn sie der Verwaltungspraxis einen *ausreichenden Formenfächer* zur Verfügung stellt. Das bedingt zweierlei. Erstens, die den einzelnen Handlungsformen zugeordneten Normprogramme müssen der Bedeutung der Verwaltungshandlung im Prozess der Aufgabenerfüllung angemessen sein und zugleich gestatten, den privaten Schutzinteressen Rechnung zu tragen. Zweitens, die Handlungsformen insgesamt müssen das reale Spektrum des Verwaltungshandelns abdecken, sodass der Verwaltungsträger längs seiner Handlungsketten für alle richtunggebenden Entscheidungen geeignete reguläre Formen vorfindet. Beide Funktionsbedingungen sind theoretisch nicht zwingend, weil ein Numerus clausus der Handlungsformen nicht besteht und der Verwaltungsträger beim Fehlen adäquater Formen auf ungeformtes Agieren ausweichen oder sich neue Formen schaffen kann[65]. Praktisch ist den Bedingungen gleichwohl nicht auszuweichen, denn jede Umgehung oder unkontrollierte Erweiterung der Handlungsformen im Einzelfall schädigt die Leistungskraft der Formenlehre als Ganzes. Standardisierungs- und Disziplinierungserfolge sind ohne den Willen zur Ordnung nicht zu haben.

47. Immerhin müssen Leistungsgrenzen der Handlungsformenlehre zugegeben werden. Diese Grenzen haben weniger damit zu tun, dass das Formensystem – wie jedes Begriffssystem – mitunter zu einer gewissen Gewalt zwingt. Wahr ist aber, dass die Handlungsformen sich auf bestimmte Handlungsausschnitte beschränken und damit *punktuellen Charakter* aufweisen. Das Kontinuum der Verwaltungstätigkeit mitsamt der sich in der Zeit entwickelnden Rechtsbeziehungen erfassen sie nur unvollkommen[66]. Wahr ist auch, dass die Formenlehre zur *Formwahl ex ante* zwingt, soweit die Voraussetzungen und Verfahren differieren, die im Vorfeld der zu formenden Verwaltungshandlung zu beachten sind. Diese

64 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, S. 253 f.

65 Statt vieler MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 19.

66 BAUER, Verwaltungsrechtslehre, S. 314; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 513 Sp. 2.

Wahl mag sich aber ex post als unzutreffend herausstellen. Beide Schwächen sprechen nicht gegen den Sinn der Handlungsformen. Bei den «Punkten», die die Formenlehre herauspräpariert, handelt es sich ja durchwegs um Schlüsselpunkte in den administrativen Handlungsketten[67], auf die sich zu beschränken aus Gründen der Praktikabilität aller Grund besteht. Die Leistungsgrenzen der Formenlehre können aber mitunter den Beizug der Rechtsverhältnislehre erfordern. Sie erlaubt sowohl das Aufbrechen der punktuellen Optik als auch die Heilung allfälliger Fehlleistungen als Folge der Ex-ante-Optik (unten C).

2. *System der Handlungsformen*

a. *Zum Kreis der Handlungsformen*

48. Hält man sich an die lehrbuchübliche Reihenfolge, so erscheinen die *Verfügung* und der *verwaltungsrechtliche Vertrag* als die «regulären» Handlungsformen der Verwaltung[68]. Es kommen in wechselnder Zusammenstellung hinzu: *zivilrechtlicher Vertrag, Plan, Dienstbefehl* und der amorphe Bereich des *Realakts.*

49. Über den gängigen Kanon hinaus rechne ich auch die *Rechtsverordnung* und die *Verwaltungsverordnung* zu den Handlungsformen der Verwaltung[69].

Wenn sie gewöhnlich unter dem Blickpunkt der Rechtsquellenlehre abgehandelt werden, so trifft dies bei der Rechtsverordnung nur die halbe Wahrheit, und für die Verwaltungsverordnung ist die quellenfixierte Optik irreführend, wenn sie nicht mit einer differenzierenden Klärung des Rechtsverhältnisbegriffs einhergeht (Nr. 71 a.E.). Begreift man die Verwaltungstätigkeit konsequent funktional – nämlich als Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen –, und situiert man Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung im gesamten Ablauf des Rechtsverwirklichungsprozesses, dann wird bald klar, dass die «entscheidende Trennungslinie»[70] zwischen den parlamentarischen Handlungsformen (Gesetz, Parlamentsverordnung, Parlamentsbeschluss) einerseits und der

---

67 Vgl. HENNECKE, VwVfG-Kommentar, Rz. 5.2 vor § 35; MAURER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 25; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, S. 252.

68 HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 602n. Ferner GYGI, Verwaltungsrecht, S. 120, 206; MOOR, Droit administratif II, S. 103, 237. Ähnliche Gliederungsprioritäten in der deutschen Lehre; vgl. z.B. ERICHSEN, Verwaltungsrecht (§§ 12–21 zum Verwaltungsakt, §§ 22–29 zum verwaltungsrechtlichen Vertrag und «anderen verwaltungsrechtlichen Sonderverbindungen», §§ 30–32 zum Realakt); MAURER, Verwaltungsrecht (§§ 9–12 zum Verwaltungsakt, §§ 13–18 zu den «übrigen» Handlungsformen); WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht (§§ 45–52 zum Verwaltungsakt, §§ 53–56 zu den «weiteren Verwaltungsrechtshandlungen», § 57 zum Realakt).

69 Wie hier SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, S. 274 f. Vgl. auch das Schema bei MAURER, Verwaltungsrecht, S. 177.

70 SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 536 Sp. 1.

Gesamtheit der im Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsträgers liegenden Handlungsformen andererseits verläuft. Der Gegensatz generell-abstrakt vs. individuell-konkret hat in diesem Zusammenhang nur sekundäre Bedeutung. Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung wirken gleichermassen als Steuerungsmittel des Verwaltungshandelns in den Händen der Verwaltung selbst und damit als Handlungsformen ‹der› Verwaltung. In den Handlungsketten des Verwaltungsträgers fungieren sie als eine der Vorstufen zur konkreten Erfüllungshandlung, indem sie kraft verwaltungsautonom gesetzter[71] generell-abstrakter Vorgaben das Feld der gesetzlichen Handlungsspielräume eingrenzen und dem Verwaltungsträger komplettierende Gewissheiten über das gebotene Tun oder Lassen vermitteln.

b. Kriterien der Systembildung

50. Jede der administrativen Handlungsformen zeichnet sich durch einen eigenen *Satz von Strukturmerkmalen* aus: die Verfügung etwa durch die Merkmale (1) auf Rechtserfolg gerichtet, (2) bindend im Staat-Bürger-Verhältnis, (3) auf einen Einzelfall bezogen, (4) einseitig ergangen, (5) dem öffentlichen Recht zugehörig. Die einzelnen Merkmale beziehen sich auf unterschiedliche Kriterien, und je nach Kriterium, das an den Anfang der Systembildung gesetzt wird, ändert auch die Auslegeordnung der Handlungsformen. Die folgenden Zeilen sollen die hier verwendete Begrifflichkeit deklarieren; ein Anspruch auf ohnehin nicht zu erreichende Systematisierung verbindet sich damit nicht[72].

51. Als *primäres* Kriterium wirkt nach meinem Verständnis die Frage nach dem *Erfolg,* den der Verwaltungsträger mit seiner Handlung *anstrebt.* Zur Bewirkung eines Rechtserfolgs bestimmte Verwaltungshandlungen gelten dann als *Rechtsakt,* zur Bewirkung eines Taterfolgs bestimmte Handlungen als *Realakt*[73]. Rechtsakte gehen auf unmittelbare Veränderung der Rechtslage, Realakte auf unmittelbare Veränderung der Faktenlage. Das Kriterium ist notwendig (und keineswegs unerwünschterweise) finaler Natur, denn nur so ist eine Ex-ante-Qualifizierung der Verwaltungshandlung möglich, unabdingbare Voraussetzung der schon bei Handlungsbeginn zu treffenden Verfahrenswahl. Die Teilung in Rechtsakt und Realakt hat zunächst nichts zu schaffen mit der Frage nach der Art des effektiv *bewirkten* Erfolgs; sie lässt sich nur ex post beantworten.

---

71 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, S. 274 («administrative Selbstprogrammierung»).

72 Vgl. die teils voneinander abweichenden Darstellungen bei ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 11 Rz. 1 f.; MAURER, Verwaltungsrecht, S. 177; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 44 Rz. 14.

73 ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 30 Rz. 1; MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 1; SCHULTE, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 29 f.; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 36 Rz. 7. Teils andere Terminologie bei HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 704 (Realakt nicht als Oberbegriff, sondern als Bezeichnung für eine bestimmte Art von Verwaltungstathandlung).

Gegen die Terminologie wird eingewendet, auch Realakte seien insofern «Rechts»akt, als sie rechtlichen Bindungen unterlägen; man solle besser von «Regelungsakten» statt von Rechtsakten sprechen, um den Gegensatz zum Realakt auszudrücken[74]. Dem steht aber entgegen, dass gewisse Realakte (wie Warnungen und Empfehlungen, informelle Absprachen oder unmittelbare Vollzugshandlungen) verhaltenssteuernd wirken und in diesem Sinn ebenfalls einen Regelungsgehalt aufweisen, wenngleich nicht primär auf der Ebene des Rechts. Alles in allem besteht kein Anlass, die Verständigungsleistungen der etablierten Begriffe anzuzweifeln.

52. Als weitere, meines Erachtens *sekundäre* Kriterien, nach denen sich vor allem die Rechtsakte, teils aber auch die Realakte weiter aufschlüsseln lassen, kommen in Betracht:
- die Frage nach der *Rechtszugehörigkeit der Verwaltungshandlung* (öffentlichrechtlich vs. privatrechtlich);
- die Frage nach dem *Bestimmtheitsgrad des Anordnungsobjekts* (abstrakt vs. konkret);
- die Frage nach der *Zugehörigkeit der Adressaten* (nur behördeninterne oder auch private Akteure);
- die Frage nach dem *Handlungsmodus* (einseitig vs. zweiseitig, oder gleichbedeutend: hoheitlich vs. konsensual).

3. Der Realakt insbesondere

a. Begriff und Bedeutung

53. Realakt ist, wie bemerkt (Nr. 51), jedes Handeln eines Verwaltungsträgers, das *unmittelbar nur auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs gerichtet* ist. Dass solches Handeln die Rechtslage möglicherweise mit verändert, lässt den Realakt nicht zum Rechtsakt werden. Entscheidend bleibt, dass der Realakt seinen verwaltungsrechtlichen Sinn schon und vorrangig in der unmittelbaren Gestaltung der Faktenlage findet[75]. Weiter setzt der Realakt begrifflich eine von Dritten wahrnehmbare und dem Verwaltungsträger zurechenbare Handlung voraus[76]. Der ungeäusserte Handlungswille macht noch keinen Realakt, der Realakt eines Verwaltungsbediensteten ohne funktionalen Zusammenhang zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben noch keinen Realakt der Verwaltung.

54. Im Folgenden ist nur noch von den *öffentlichrechtlichen* Realakten die Rede. Dazu gehören sicher jene Realakte, die über eine ausdrückliche

---

74 BRÜHWILER-FRÉSEY, Verwaltungsrechtliche Handlungssysteme, S. 276. Vgl. auch ROBBERS, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 273 Sp. 2, 274 Sp. 1.

75 KRAUSE, Rechtsformen, S. 56 f.; ROBBERS, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 274 Sp. 1. Vgl. auch KNAPP, Droit administratif, Nr. 105.

76 Für Einzelheiten WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 44 Rz. 11–13.

Grundlage im Verwaltungsrecht verfügen, wie etwa die Massnahmen des Verwaltungszwangs in den Verfahrenserlassen, die polizeilichen Vorkehrungen in den Polizeigesetzen oder – soweit sachgesetzlich vorgesehen – die informellen Absprachen zwischen Behörde und Bürger oder die amtlichen Warnungen und Empfehlungen. Allgemein wird man auf einen öffentlichrechtlichen Charakter überall dort schliessen können, wo Realakte zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben getätigt werden *und* die Aufgabenerfüllung vom anwendbaren Verwaltungsrecht nicht dem Zivilrecht unterstellt wurde[77].

b. Arten des Realakts (1): Gliederung nach strukturellen Kriterien

55. Jeder Versuch, die Klasse des Realakts weiter aufzugliedern, stösst auf die Schwierigkeit, dass normative Anknüpfungspunkte kaum bestehen. Eine konsolidierte Binnendifferenzierung des Realakts, vergleichbar dem Formenkanon auf der Seite der Rechtsakte, kann daher einstweilen nicht gelingen. Immerhin lassen sich aus der Menge der Realakte einige *Typen mit distinkter Struktur* herausheben[78]. Hierzu gehören:

- *Warnungen und Empfehlungen* als einseitig erlassene, regelmässig aussenwirksame Realakte zur nichtrechtlichen Verhaltenssteuerung;
- *Auskünfte und Zusicherungen* als einseitig erlassene, aussenwirksame Realakte zur Befriedigung von Rechtssicherheitsinteressen durch Abgabe von Wissenserklärungen;
- *Vollstreckungshandlungen* als einseitig erlassene Realakte zur zwangsweisen Durchsetzung vorgängig verfügter Rechte und Pflichten;
- *unmittelbare Vollzugshandlungen* als einseitig erlassene, aussenwirksame Realakte zur unverzüglichen Bereinigung einer Konflikt- oder Gefahrensituation ohne vorgängige Verfügung;
- *informelle Absprachen* als zweiseitig erlassene Realakte zur nichtrechtlichen Verhaltenssteuerung.

Realakte, die sich nicht in dieser Weise fassen lassen, können weiterhin unspezifisch als «Verrichtungen», «Durchführungshandlungen» u.ä. bezeichnet werden[79].

56. Auf den Begriff des «*informalen Verwaltungshandelns*» verzichte ich bewusst. Zum informalen Verwaltungshandeln zählen nach geläufiger Definition «alle rechtlich nicht geregelten Tathandlungen, die der Staat anstelle von rechtlich geregelten Verfahrenshandlun-

---

77 ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 31 Rz. 1–6; MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 4; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 22 Rz. 52.

78 Weitere Gliederungssysteme bei PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 160 ff. Vgl. auch SCHULTE, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 21 ff.

79 Vgl. die Typisierungen bei MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 2; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 57 Rz. 7 ff.

gen oder Rechtsfolgeentscheidungen wählt, die jedoch zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges auch in den von der Rechtsordnung bereitgestellten öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsformen hätten erfolgen können»[80]. Wörtlich genommen markiert «informal» aber bloss den Gegensatz zu «formal»; formal im Sinne von: aufgrund des anwendbaren Rechts form- und verfahrensgebunden. Es verwundert daher nicht, dass der Begriff des informalen Verwaltungshandelns zuweilen auf die Realakte schlechthin bezogen wird[81]. Damit indessen ist nichts gewonnen ausser einer verwirrenden Gleichschaltung von «formal» bzw. «informal» mit Rechtsakt bzw. Realakt. In Wirklichkeit sind mit dem informalen Verwaltungshandeln nur solche Realakte gemeint, die kumulativ zwei Anforderungen erfüllen[82]: Erstens, sie ergehen zur *Vermeidung eines an sich möglichen Rechtsakts;* der Begriff setzt also voraus, dass ein Handeln in Formen des Rechtsakts möglich wäre, was bei weitem nicht auf alle Realakte zutrifft. Zweitens, sie weisen eine konsensuale Struktur auf; das informale Verwaltungshandeln bezweckt also darüber hinaus die *Vermeidung des einseitigen Handlungsmodus,* wie er bei gewissen Rechtsakten herrschend ist. Im Ergebnis meint das informale Verwaltungshandeln nur das form- und verfahrensfrei getroffene tatsächliche Arrangement zwischen Staat und Bürger, mithin das, was man heute treffender als *informelle Absprache* bezeichnet[83].

c. *Arten des Realakts (2): Gliederung nach prozeduralen Kriterien*

57. Realakte können einer zweiten, jetzt verfahrensrechtlich orientierten Typisierung unterzogen werden. Das Interesse gilt dann dem Verhältnis zwischen dem Realakt einerseits und dem Rechtsakt einschliesslich des für ihn geltenden Verfahrensrechts andererseits. Dies soll hier nur für das – praktisch ohnehin im Vordergrund stehende – Verhältnis von *Realakt und Verfügung* demonstriert werden. Es lassen sich bezeichnen[84]:

- *Verfügungsbezogene Realakte,* d.h. Realakte, die im Kontext eines Verwaltungsverfahrens ergehen. Die Gruppe erfasst einerseits alle Verwaltungshandlungen, die zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens und zum Erlass einer Verfügung hinführen (Anlegen eines Dossiers, Recherchieren der Entscheidgrundlagen usf.), soweit diese Akte nicht bereits Verfahrensrechtsverhältnisse gestalten und daher in Zwischenverfügungen zu kleiden sind. Andererseits zählen auch die der Verfü-

80 BOHNE, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln, S. 344. Im Anschluss daran etwa BAUER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 244, 247; DREIER, Informales Verwaltungshandeln, S. 648 f., 652 ff.; HOFFMANN-RIEM, Selbstbindungen, S. 192. Aus der schweizerischen Literatur vor allem PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 8–15 (mit ausgreifender Kritik an der geläufigen Zuordnung des informellen Verwaltungshandelns zur Klasse der Realakte).

81 Vgl. OSSENBÜHL, Informelles Hoheitshandeln, S. 29. Kritisch gegenüber solcher Ausdehnung DREIER, Informales Verwaltungshandeln, S. 649; MAURER, Verwaltungsrecht, § 15 Rz. 16.

82 BOHNE, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln, S. 344, 346; ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 2. Vgl. auch DREIER, Informales Verwaltungshandeln, S. 651 f.

83 So z.B. bei WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 57 Rz. 15.

84 Vgl. die Unterteilungen bei ROBBERS, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 274–280; FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 53–59 (dort z.T. differenzierter); MOOR, Droit administratif II, S. 19 f.

gung nachfolgenden Realakte hierher, worunter namentlich die Ausführung der kraft Vollstreckungsverfügung festgesetzten Massnahmen des Verwaltungszwangs.

- *Verfügungsvermeidende Realakte,* wie etwa die informellen Absprachen.
- *Verfügungsvertretende Realakte,* d.h. Tathandlungen, durch die der Verwaltungsträger verwaltungsrechtliche Vorschriften ohne Verwaltungsverfahren im Einzelfall aktualisiert und sogleich vollzieht (Nr. 58).

In diesem Ordnungssystem sind es die Realakte ohne funktionalen Bezug zur Verfügung, die die unspezifische Restgrösse bilden. Zu ihr zählen alle jene Verrichtungen und Durchführungshandlungen, die – fern von jedem Verwaltungsverfahren – allein der objektiven Erfüllung von Verwaltungsaufgaben dienen. *Warnungen und Empfehlungen* lassen sich unbesehen ihrer Regelungsstruktur (vgl. aber Nr. 72 a.E., 151) grundsätzlich unter die verfügungs*vermeidenden* Realakte einreihen, wenn auch zu beachten ist, dass die rechtsförmliche Handlung oftmals nur theoretische Alternative ist. Soweit sich Warnungen und Empfehlungen auf Rechtsverhältnisse im Einzelfall auswirken (unten D), stellen sie zugleich verfügungs*vertretende* Realakte dar.

58. Die Qualifizierung der *verfügungsvertretenden Verwaltungshandlungen* als Realakt ist strittig[85]. Die Polizei, die den Verkehr auf der Strassenkreuzung regelt oder die Personalien von Demonstranten aufnimmt («verwaltungsrechtlicher Befehl», «polizeiliche Standardmassnahme»); die Baubehörde, die den Zutritt zu einem einsturzgefährdeten Haus sperrt («unmittelbarer Vollzug des Verwaltungsrechts»), die kommunalen Wehrdienste, die nach einem Ölunfall die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz des Grundwassers treffen («antizipierte Ersatzvornahme» oder auch hier besser, weil unverfänglicher: «unmittelbarer Vollzug des Verwaltungsrechts»): Immer kann man in diese Handlungen die konkludente Gestaltung von Rechtsverhältnissen hineinlesen[86]. In der Tat ist die Regelungsabsicht unverkennbar; gedanklich geht ja der Tathandlung eine Konkretisierung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften für die aktuelle Situation voraus. Dennoch gewinnt diese Konkretisierung keine Rechtsaktgestalt. In allen Fällen des verfügungsvertretenden Realakts bezieht sich der Regelungswille (wie schon die unbefangene Betrachtung der sachgesetzlichen Grundlagen z.B. im Polizei- oder im Strassenverkehrsrecht zeigt) nicht auf die rechtliche Steuerung privaten Verhaltens, sondern auf die faktische Bereinigung einer konfliktträchtigen Situation. Die Finalität des Handelns richtet sich auf die umweglose Wirklichkeitsgestaltung; dass dabei auch Rechte und Pflichten von Einzelnen näher bestimmt werden, erscheint lediglich als unvermeidbarer Reflex des tatsächlichen Eingriffs. Solche Handlungen zu den Rechtsakten zu zählen, überzeugt daher dogmatisch nicht[87].

---

85 FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 56 f.; REINHARD, Polizeirecht, S. 211–216.

86 So z.B. PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 115 f. Vgl. auch BRÜHWILER-FRÉSEY, Handlungssysteme, S. 262 ff. («verfahrensfreier Regelungsakt»).

87 Wie hier für Realakt: MAURER, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 26; REINHARD, Polizeirecht, S. 214; ROBBERS, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 275 Sp. 2 f.

C. Problemlösungsbeiträge der Rechtsverhältnislehre

59. In allgemeiner Weise versteht man unter einem Rechtsverhältnis «eine rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten» oder kurz «ein mit Mitteln des Rechts geregeltes Sozialverhältnis»[88]. Im Bereich des öffentlichen Rechts basieren Rechtsverhältnisse in der Regel auf verwaltungsrechtlichen Normen, daher die geläufige Rede vom Verwaltungsrechtsverhältnis[89]. Allemal gilt als Rechtsverhältnis nur die auf einen konkreten Sachverhalt bezogene Rechtsbeziehung, d.h. die «Rechtsbeziehung zwischen bestimmten Rechtssubjekten bezüglich eines bestimmten Gegenstands»[90].

Der blosse Bestand generell-abstrakter Verwaltungsrechtssätze stiftet keine Verwaltungsrechtsverhältnisse, sondern wirkt allenfalls als Grundlage noch zu schaffender Rechtsverhältnisse[91]. Solange eine auf den konkreten Sachverhalt und das einzelne Individuum Bezug nehmende Verdichtung der Rechtsregel fehlt, kann von Rechtsverhältnis vernünftigerweise nicht gesprochen werden. Es ist daher einigermassen verwirrend, wenn das unspezifische Staat-Bürger-Verhältnis gelegentlich noch als allgemeines Rechts- oder Gewaltverhältnis bezeichnet wird[92]. Allenfalls wäre es vertretbar, die im generell-abstrakten Wartestand verharrenden Verwaltungsrechtsbeziehungen als «virtuelle» Rechtsverhältnisse zu bezeichnen, wenn nicht bei den ‹richtigen› Rechtsverhältnissen ständig noch der Gegenbegriff «aktuell» hinzugedacht werden müsste.

Wiederum sind (wie für die Formenlehre schon geschehen) die Bedeutung der Rechtsverhältnislehre (1) sowie das System der öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse (2) zu skizzieren. Einzelne Arten von Rechtsverhältnissen müssen genauer betrachtet werden (3).

1. Bedeutung der Rechtsverhältnislehre

a. Abgrenzung der Rechtsbindungen gegenüber ausserrechtlichen Steuerungsfaktoren

60. Als *rechtlich* gestaltete Sozialverhältnisse sind Verwaltungsrechtsverhältnisse einzig im Geltungsbereich einer sie tragenden Rechtsnorm denkbar. Verhaltenssteuernd wirkt allerdings nicht nur das Recht. Normative Steuerungsfaktoren nicht rechtlicher Natur (Moral, Sitte) ebenso wie faktische Steuerungsfaktoren (Tatsachenlage, Informationsstand) bestim-

---

88 ACHTERBERG, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 14. Für weitere Umschreibungen ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 11 Rz. 4; MAURER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 16.

89 Statt vieler GYGI, Verwaltungsrecht, S. 163.

90 GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 321.

91 GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 318 ff.

92 Etwa bei ACHTERBERG, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 36; SCHULTE, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 205 (allgemeines Rechtsverhältnis als «abstrakt-theoretische Grundrelation»); WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 15.

men das Verhalten in unterschiedlichem Masse mit. Faktoren dieser Art können auch innerhalb rechtsnormgestalteter Sozialverhältnisse Bedeutung erlangen, ja im Ergebnis wirksamer sein als die rechtlichen Verhaltensimpulse. Solche Überlagerungen schaden dem Verwaltungsrechtsverhältnis nicht, solange in der Sozialbeziehung Befugnisse und Verpflichtungen ausgemacht werden können, die wenigstens *auch* auf rechtliche Vorgaben zurückgehen. Dagegen kann von Verwaltungsrechtsverhältnis dort nicht gesprochen werden, wo diese Rückführung nicht mehr gelingt. Indem der Staat zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben wahrnehmbar tätig wird, verändert er die Handlungsbedingungen einer unübersehbaren Zahl privater Akteure und provoziert eine ebenso unübersehbare Zahl privater Reaktionen. Daraus allein ergeben sich noch keine *Rechts*verhältnisse, solange die staatlich ausgelösten Effekte nicht zugleich individualisierte, konkretisierte Rechte und Pflichten schaffen oder Bestand und Inhalt solcher Rechte und Pflichten ändern. Das Denken in Rechtsverhältnissen zwingt mit anderen Worten, nach Sonderverbindungen zwischen Staat und Bürger zu suchen und ihnen eine genau bezeichnete Rechtsgrundlage zuzuordnen. Damit bewahrt es davor, in jede staatlich bewirkte Belästigung sogleich einen «Eingriff» hineinzulesen, für den sich der Staat gegenüber dem einzelnen Bürger zu rechtfertigen hätte.

b. Erfassung der Rechtsbindungen in gesamthafter und differenzierter Weise

61. Die Handlungsformenlehre nimmt auf bestimmte Zeitpunkte einer Verfahrensgeschichte Bezug und betrachtet die Rechte und Pflichten wesentlich augenblicksverhaftet. Die Rechtsverhältnislehre *weitet den Blick* auf die volle Zeitspanne einer Handlungskette. Damit schafft sie die Möglichkeit, die im Lauf der Zeit entstehenden, sich ändernden, wieder untergehenden Befugnisse und Verpflichtungen gesamthaft und zugleich differenziert zu benennen[93].

Das Gesuch um Gewährung eines Staatsbeitrags z.B. löst vorab Rechtsbindungen zwischen Subventionsbehörde und Gesuchsteller aus: zunächst Bindungen verfahrensrechtlicher Art, später – wenn der Beitrag gesprochen ist – auch solche materiellrechtlicher Natur. Darüber hinaus können durch das Gesuch Befugnisse und Verpflichtungen aktualisiert werden zwischen der Subventionsbehörde und dem Verwaltungsträger, in dessen Namen die Behörde handelt; innerhalb der Subventionsbehörde zwischen dem für das Gesuch zuständigen Funktionär und seiner vorgesetzten Stelle; zwischen der Subventionsbehörde und den im Verfahren konsultierten weiteren Behörden oder angehörten Dritten usf.

---

93 SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 540 Sp. 1; DERSELBE, Ordnungsidee, S. 255. Ferner BAUER, Verwaltungsrechtslehre, S. 319; SCHULTE, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 206; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 38.

62. Die nach den Rechtsbindungen fragende Betrachtungsweise gestattet es auch, *Rechtsverhältnis und Handlungsform getrennt* zu fassen. Tatsächlich können Verwaltungsrechtsverhältnisse auf unterschiedlichste Weise entstehen. Im Staat-Bürger-Verhältnis kommen als Entstehungsformen in Betracht[94]:

- jeder *konkrete Rechtsakt* der Verwaltung, namentlich Verfügung und Vertrag; ferner
- der *generell-abstrakte Rechtssatz,* wenn eine den rechtlichen Tatbestand erfüllende Handlung des Bürgers genügt, die verwaltungsrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen mit ausreichender Bestimmtheit zu aktualisieren, sodass eine explizite Verdichtung z.B. durch Verfügung entbehrlich ist. Stets zitiertes Beispiel sind die Strassenverkehrsregeln. Auch Anstaltsbenutzungsverhältnisse entstehen häufig auf diese Weise. Genau besehen ist es aber allemal der *konkrete Realakt des Bürgers* (das Überqueren der Strasse, der Besuch einer Anstalt), der das Rechtsverhältnis entstehen lässt.
- Schliesslich können Verwaltungsrechtsverhältnisse auch durch *konkreten Realakt der Verwaltung* bewirkt werden, so etwa durch einen verwaltungsrechtlichen Befehl im Rahmen des unmittelbaren Rechtsvollzugs, oder auch durch die schädigende Handlung des Staats, die unter Umständen ein entschädigungsrechtliches Verhältnis entstehen lässt.

c. *Leistungsgrenzen*

63. Auch die Rechtsverhältnislehre kennt ihre Leistungsgrenzen.

a) Das Denken in Rechtsverhältnissen lässt die *Formenlehre nicht überflüssig* werden[95]. Die Notwendigkeit, den Rechtsverwirklichungsprozess mit formalisierten Entscheidungen zu strukturieren, bleibt bestehen. Die Rechtsverhältnislehre hat ihren selbstständigen Wert als zweite Ordnungseinheit neben der Formenlehre vor allem darum, weil sie Erkenntnisinteressen fördert, die in der Formenlehre zu kurz kommen: so das Interesse für Bestand und Inhalt der rechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen im Einzelnen, oder das Interesse für die im Lauf einer lebenssachverhaltlichen Geschichte auftretenden Akteure und ihre Beziehungen zueinander.

b) Ferner ist zu bedenken, dass die Figur des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsrecht niemals jenen herausragenden Stellenwert beanspruchen

---

94 Vgl. z.B. ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 11 Rz. 8; MAURER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 18; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 618–622.

95 Für viele BAUER, Verwaltungsrechtslehre, S. 315, 325; WOLFF/BACHOF/STOBER, Verwaltungsrecht, § 32 Rz. 38.

kann, der ihr im *Zivilrecht* zukommt[96]. Schon quantitativ sollte die Bedeutung des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht überschätzt werden. Verwaltungsrecht ist das Recht der Staatsaufgaben; zuvorderst geht es um die Steuerung der Aufgabenerfüllung, also um die Verwirklichung objektiven Rechts. Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger sind dabei nicht bedeutungslos, stehen aber nicht an erster Stelle. Ein qualitatives Moment tritt hinzu. Verwaltungsrechtsverhältnisse beschränken sich wesentlich darauf, die objektivrechtlich vorgezeichneten Regulierungen zu aktualisieren, während das zivilistische Rechtsverhältnis weithin Ausdruck autonomer Rechtsgestaltung ist. Eine echte Reziprozität der Rechte und Pflichten, wie sie für das Zivilrecht kennzeichnend ist, kommt in Verwaltungsrechtsverhältnissen regelmässig nicht vor.

2. *System der öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse*

a. *Probleme der Systembildung*

64. Ein und derselbe Lebenssachverhalt kann Anlass zu unterschiedlichsten Rechtsbindungen geben (Nr. 61 a.E.). Die *Wandelbarkeit des Verwaltungsrechtsverhältnisses als Figur* erschwert die Systembildung. Aus ‹dem› Verwaltungsrechtsverhältnis lassen sich keine rechtlichen Schlüsse ziehen, dazu ist der Begriff zu unbestimmt. Art und Inhalt der einzelnen Verhältnisse ergeben sich aus dem anwendbaren einfachen Recht. Jedenfalls ein an Sachbereichen orientiertes System von Verwaltungsrechtsverhältnissen lässt sich kaum ohne das stützende Dazwischentreten des Besonderen Verwaltungsrechts aufrichten[97].

b. *Kriterien der Systembildung*

65. Ein erstes Kriterium der Systembildung stellt auf die das jeweilige Rechtsverhältnis prägende *dogmatische Figur* ab. So kann man von «Subventionsverhältnis», von «Konzessionsverhältnis», «Bewilligungsverhältnis», «Anstaltsbenutzungsverhältnis» usf. sprechen. Diese Systembildung ist zunächst didaktisch motiviert; man findet sie gelegentlich in

96 Zum Folgenden ACHTERBERG, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 71; FABER, Verwaltungsrecht, S. 45 f.; FLEINER-GERSTER, Leistungsverwaltung, S. 159, 167 f.; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 322 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 603, 612; KRAUSE, Leistungsverwaltung, S. 220 ff.

97 SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsformen, S. 540 Sp. 1 f.; DERSELBE, Ordnungsidee, S. 257 f. Vgl. auch GYGI, Verwaltungsrecht, S. 167; MAURER, Verwaltungsrecht, § 8 Rz. 24.

Lehrbüchern[98]. Als Gesichtspunkt der Gesetzesauslegung und Lückenfüllung mag sie – zutreffende Zuordnung vorausgesetzt – auch ihren praktischen Wert haben. So erlaubt die Qualifikation einer Bewilligung als Polizeierlaubnis, auf den Bestand eines Bewilligungsanspruchs zu schliessen, sofern das Sachgesetz dazu schweigt[99].

66. Die Typisierung nach dogmatischen Figuren kommt den Bedürfnissen des Besonderen Verwaltungsrechts entgegen. Dem Allgemeinen Verwaltungsrecht hilft dieser Ansatz nur bedingt. Hier sind ja keine Fachprobleme zu lösen, sondern Fragen der Zuständigkeit, der Organisation, der Form, des Verfahrens. Die ergiebigen Kriterien der Systembildung müssen sich folglich auf der *formellen Ebene* finden lassen. Von dort her kann man die öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse wie folgt unterscheiden:

- nach der *Rechtsgrundlage* (Verwaltungsrechtsverhältnisse und Verfassungsrechtsverhältnisse);
- nach dem *Entwicklungsstand* (Verfahrensrechtsverhältnisse und materielle Rechtsverhältnisse);
- nach den *beteiligten Subjekten* (Aussenrechtsverhältnisse und Innenrechtsverhältnisse);
- nach der *zeitlichen Dimension* (urteilsähnliche Rechtsverhältnisse und Dauerrechtsverhältnisse).

Das Verfassungsrechtsverhältnis, das Verfahrensrechtsverhältnis und das Innenrechtsverhältnis bedürfen zur Vorbereitung späterer Schritte einer gesonderten Erläuterung (unten 3).

3. *Insbesondere zu Verfassungsrechtsverhältnis, Verfahrensrechtsverhältnis und Innenrechtsverhältnis*

a. *Verfassungsrechtsverhältnis*

67. Öffentlichrechtlicher *Normalfall* ist, wie bemerkt, das *Verwaltungsrechtsverhältnis.* Von Verwaltungsrechtsverhältnis ist solange zu sprechen, als die der Beziehung zugrunde liegende Norm dem Verwaltungsrecht angehört, was in der Regel gleichzusetzen ist mit den Verwaltungsrechtserlassen der Gesetzes- und Verordnungsstufe. Nun ist bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bekanntlich auch die Verfassung nicht zu übersehen. Ihre Rolle erschöpft sich aber überwiegend im Gebot, bei der Handhabung von Gesetz und Verordnung die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns

98 Deutlich etwa bei Gygi, Verwaltungsrecht, S. 163 ff. («II. Teil – Einzelne Rechtsverhältnisse»).

99 Z.B. BGE 111 Ib 237 E. 2 a.E. S. 238.

zu wahren und die Grundrechtsinteressen der betroffenen Privaten zu berücksichtigen. Diese Verfassungszuflüsse allein ändern noch nichts an der Natur des Rechtsverhältnisses als Verwaltungsrechtsverhältnis.

68. Davon abzuheben sind die Fälle, wo sich die Berechtigungen und Verpflichtungen unmittelbar nur auf Verfassungsnormen zurückführen lassen: Dann kann man von *Verfassungs*rechtsverhältnissen[100] sprechen. Zu Verfassungsrechtsverhältnissen kommt es bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben einmal dann, wenn die Verfassung selber als Quelle von Verwaltungsrechtssätzen fungiert. Das trifft nur selten zu[101], und es ist letztlich eine terminologische Frage, ob man in solchen Fällen schon von Verfassungsrechtsverhältnis oder (funktional wohl angemessener) noch von Verwaltungsrechtsverhältnis sprechen will. Häufiger ist eine zweite Konstellation. Sie wird aus der Grundrechtsperspektive des von Verwaltungsaktivitäten betroffenen Bürgers sichtbar. Tatsächlich kann sich der Erlass einer Verfügung oder auch schon das Handeln durch Verwaltungsrealakt als Grundrechtseingriff präsentieren, sofern die staatliche Handlung auf den Schutzbereich des angerufenen Grundrechts auftrifft. Indem aber der staatliche Akt eine Verkürzung verfassungsrechtlich vermittelter Grundrechtsansprüche herbeiführt, bewirkt er nichts anderes als die Änderung eines kraft Verfassung bestehenden Rechtsverhältnisses – eines Verfassungsrechtsverhältnisses also, genauer eines *Grundrechtsverhältnisses.* Dass sich auch Grundrechtsansprüche in Begriffe eines Rechtsverhältnisses übersetzen lassen, ist dabei vorausgesetzt und weiter unten (IV/A) näher zu begründen.

b. Verfahrensrechtsverhältnis

69. «Das Verfahrensrechtsverhältnis transportiert und entwickelt im Ablauf des Verfahrens das materielle Rechtsverhältnis.»[102] Schon der blosse Verfahrenskontakt zwischen Bürger und Behörde aus konkretem Anlass lässt eine über das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis hinausgehende Sonderverbindung heranwachsen, bestehend aus teils verfahrensgesetzlich begründeten, teils aus der Verfassung abzuleitenden *Befugnissen und Verpflichtungen prozeduraler Natur.* Diese Rechtsbindungen werden oftmals unter dem Titel der «Verfahrensgarantien» erfasst (Anspruch auf Wahrung der Zuständigkeitsordnung, Anspruch auf Gewährung des recht-

100 Vgl. BAUER, Subjektives öffentliches Recht, S. 171 mit Anm. 65; M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 551 mit Anm. 90.

101 BGE 120 Ib 390 E. 3a S. 392 f. bezüglich Art. 32^{quater} Abs. 6 BV 1874.

102 HENNECKE, VwVfG-Kommentar, Rz. 5.1 vor § 35. Vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 40 ff.

lichen Gehörs usf.). Der Begriff ist zusehr der Grundrechtsperspektive verhaftet. Sachgerechter scheint es, die Verfahrensgarantien als Bestandteil eines wechselseitigen Verfahrensrechtsverhältnisses zu begreifen, denn bestimmte Pflichten (z.B. bei der Feststellung des Sachverhalts) treffen durchaus nicht allein den Staat. Das Verfahrensrechtsverhältnis setzt kein förmliches In-Gang-Bringen eines Verwaltungsverfahrens voraus, sondern greift auch und gerade bei informellen Kontakten[103]. Und es hat auch dann Bestand, wenn eine materiellrechtliche Regelung nicht gelingt oder (wie bei der informellen Absprache) gar nicht beabsichtigt ist[104].

c. *Innenrechtsverhältnis*

70. Wer von Verwaltungsrechtsverhältnis spricht, denkt gewöhnlich an ein *Staat-Bürger-Verhältnis.* Dass dieser Typus gemeinhin als ‹das› Rechtsverhältnis gilt, bildet die Quelle bis heute anhaltender Verständigungsschwierigkeiten. Rechtsverhältnisse lassen sich nämlich auch unter Subjekten ausmachen, die organisatorisch und funktional dem staatlichen Bereich angehören.

Dazu zählen zum Beispiel[105] das Rechtsverhältnis zwischen zwei Gemeinwesen («Organisation-Organisations-Verhältnis») oder zwischen Gemeinwesen und zuständigem Verwaltungsträger («Organisation-Organ-Verhältnis»). Auch das Betriebsverhältnis zwischen vorgesetzter Stelle und untergebenem Funktionär («Organ-Organwalter-Verhältnis») ist Innenrechtsverhältnis, im Gegensatz zum Grundverhältnis, welches als «Organisation-Organwalter-Verhältnis» ein gewöhnliches Aussenrechtsverhältnis verkörpert.

71. Die *dem staatlichen Innenbereich zuzurechnenden Sonderverbindungen* sind schon darum vollwertige Rechtsverhältnisse, weil die Missachtung der für sie massgebenden Direktiven (selbst wenn es sich dabei um Verwaltungsverordnungen und Dienstbefehle handelt) mit aufsichts- und personalrechtlichen Sanktionen belegt werden können. Wenn die Innenrechtsverhältnisse dennoch von den ‹gewöhnlichen› Staat-Bürger-Rechtsverhältnissen abgehoben werden, so liegt das an den redaktionellen Dispositionen des Gesetzgebers. «Rechtsetzende Erlasse», «rechtsetzende Normen», «Rechte und Pflichten» u.ä. sind nun einmal Gesetzesbegriffe mit festgefügtem Bedeutungsgehalt; sie beziehen sich nach Sinn und Herkommen zuvorderst auf das Staat-Bürger-Verhältnis und die mit

---

103 BAUER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 263 ff.; DREIER, Informales Verwaltungshandeln, S. 668; PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 187 ff.

104 HENNECKE, VwVfG-Kommentar, Rz. 5.1 vor § 35.

105 Zum Folgenden ACHTERBERG, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 49, 52, 58, 61, 83 (von dort auch die zitierten Begriffe). Ferner ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 11 Rz. 5, 47. Vgl. auch MOOR, Droit administratif II, S. 18.

vorausgesetzten organisatorischen und prozeduralen Infrastrukturen[106]. «Rechtsquelle» und «Rechtsschutz» als die vor- und nachgeschalteten Komplettierungen können sinnvoll nicht anders verstanden werden; auch sie sind Kategorien des Aussenrechts. Die Begriffskette «Rechtsquelle – Rechtssatz – Rechtsverhältnis – Rechtsschutz» bildet eine funktionale Einheit, die sich nicht ohne Risiko erheblicher Schieflagen auseinander dividieren lässt.

Die Wissenschaft ist natürlich frei, mit einem einheitlichen und umfassenden Rechtsquellen- und Rechtssatzbegriff zu operieren; es ist dann auch folgerichtig, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquelle und die darin enthaltenen Vorschriften als Rechtssätze zu qualifizieren[107]. Doch sollten mit Blick auf das positive Recht die erforderlichen Differenzierungen nicht unterbleiben. So wäre der Schluss unzulässig, wegen ihrer (unstreitigen) Rechtsqualität müssten Verwaltungsverordnungen vor Gericht unmittelbar angerufen werden können[108]. Die Einräumung von Innenrechtspositionen an Organe und Organteile dient ausschliesslich der Funktionsfähigkeit der Gesamtorganisation[109] – und zwar auch dort, wo die Verwaltungsverordnung nicht betriebliche Aspekte regelt, sondern die Handhabung von Handlungsspielräumen des Aussenrechts. Stets steht die Optimierung der Verwaltungsabläufe im Vordergrund, nicht der Interessenausgleich zwischen Staat und Bürger. Der Umgang mit der Verwaltungsverordnung würde an Nüchternheit gewinnen, wenn man sich entschliessen könnte, sie so zu lesen, wie sie gedacht ist: als internes Führungsmittel eines Grossunternehmens[110]. Gewiss ist die Verwaltung kein *privater* Betrieb, gewiss gehören ihre Direktiven in den Zusammenhang eines *staatlichen* Rechtsverwirklichungsprozesses. Doch dieser Umstand lässt die Verwaltungsverordnung noch lange nicht zur Quelle von Aussenrecht werden. Dass die innerbetrieblichen Weisungen sich an Gesetz und Rechtsverordnung halten müssen, ist schlichter Ausdruck des Legalitätsprinzips. Wenig besser steht es um das Argument, die Abgrenzung zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung gelinge nicht immer zuverlässig. Man kann nicht wegen weniger kranker Fälle Unterscheidungen aufgeben, für die es weiterhin gute Gründe gibt und die in aller Regel problemlos sachgerechte Lösungen erlauben. Die Schutzinteressen der Privaten jedenfalls sind mit der Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsverordnung vorfrageweise zu rügen, ausreichend gewahrt, und dies ohne dass dem Zweck der Verwaltungsverordnung als eines betrieblichen Führungsinstruments Gewalt angetan werden müsste. Ich sehe deshalb den Nutzen nicht, den die Beförderung der Verwaltungsverordnung zur aussenwirksamen Rechtsquelle eintragen soll.

---

106 Z.B. Art. 1 Bst. d PublG (Innenrecht wird – wenn überhaupt – nur im BBl veröffentlicht; Art. 14 Abs. 2 PublG); Art. 5 GVG; Art. 5 VwVG.

107 Für eine neue Grundsatzkritik an der Unterscheidung zwischen Aussenrecht und Innenrecht jetzt BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, S. 17 ff. Vgl. schon G. MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, S. 198 ff.

108 Vgl. aber BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, S.22 ff.; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 105.

109 ERICHSEN, Verwaltungsrecht, § 11 Rz. 47.

110 GYGI, Verwaltungsrecht, S. 101. Vgl. auch MOOR, Droit administratif I, S. 268.

D. Fazit: Bewirkung von Verwaltungsrechtsverhältnissen durch Warnungen und Empfehlungen?

72. Eine Bilanz wird nun fällig. Nach kritischer Durchsicht der Handlungsformen hat sich der eingangs getroffene Befund zwar bestätigt: Warnungen und Empfehlungen gelten zu Recht als Realakt. Zur Ergänzung und Justierung des Bilds musste aber die Rechtsverhältnislehre als zweites Ordnungssystem beigezogen werden. Die Frage nach der Rechtsnatur der verhaltenssteuernden Information lautet jetzt allgemeiner: Inwiefern sind Warnungen und Empfehlungen – gerade als Realakt – geeignet, Rechtsverhältnisse zu bewirken?

Im Interesse der Lesbarkeit mache ich vorübergehend *keinen Unterschied* zwischen *generell-abstrakten* Warnungen und Empfehlungen einerseits und solchen im *konkreten Einzelfall* andererseits. Zwar vermag – wenn überhaupt – nur die konkrete Warnung, die konkrete Empfehlung Rechtsverhältnisse im Einzelfall zu bewirken. Aber es bereitet keine Schwierigkeiten, zur generell-abstrakten Warnung oder Empfehlung eine formlose Konkretisierungshandlung hinzuzudenken: nämlich den Realakt des Informationsadressaten, der der Warnung oder Empfehlung Folge leistet und damit die erforderliche Sonderverbindung im Staat-Bürger-Verhältnis selber schafft (vgl. Nr. 62).

1. Realakt und Verwaltungsrechtsverhältnis im Allgemeinen

73. Fragt man nach Verwaltungsrechtsverhältnissen im Kontext eines Realakts, so sind zwei Fallgruppen auseinander zu halten. Rechtsverhältnisse können einmal *aus blossem Anlass des Realakts* entstehen. Hierher zählen

- die Rechtsverhältnisse *im Vorfeld* des Realakts, namentlich das Verfahrensrechtsverhältnis, sofern dem Realakt ein (wenn auch rudimentäres) Verfahren vorauszugehen hat; sodann
- die Rechtsverhältnisse *im Nachgang* zum Realakt, etwa Vertrauensschutzansprüche, soweit der Realakt (z.B. eine Auskunft) die Vertrauensgrundlage schuf, oder Entschädigungsansprüche, falls durch den Realakt in haftungsrechtlich relevanter Weise Schaden entstand.

Die Rechtsgrundlage dieser Rechtsverhältnisse findet sich allemal gerade nicht in der den Realakt tragenden Rechtsnorm, sondern (um bei den genannten Beispielen zu bleiben) im Verfahrensrecht, im Vertrauensgrundsatz oder im Staatshaftungsrecht.

74. Rechtsverhältnisse können aber auch *aufgrund von Realakten* entstehen, nämlich wenn der durch Realakt bewirkten Faktengestaltung eine simultan herbeigeführte Änderung verwaltungsrechtlicher Befugnisse und Verpflichtungen entspricht. Alle Spielarten des verfügungsvertretenden Realakts gehören hierher (Nr. 57 f.). Das Rechtsverhältnis findet seine normative Grundlage solchenfalls in der gleichen Norm, die auch den

Realakt trägt und steuert. Dies ist der wirklich schwierige Fall – und zugleich der Fall, der bei Warnungen und Empfehlungen im Mittelpunkt des Interesses steht.

2. *Verwaltungsrechtsverhältnisse aus Anlass von Warnungen und Empfehlungen*

75. *Im Vorfeld* von Warnungen und Empfehlungen wird am ehesten noch mit Verfahrensrechtsverhältnissen zu rechnen sein. Das Interesse dürfte vorab den Anhörungs- und Mitwirkungsrechten gelten. Die Frage wird im Abschnitt über den Rechtsschutz aufgegriffen (unten VI/C).

76. Verwaltungsrechtsverhältnisse *im Nachgang* zu Warnungen und Empfehlungen sind regelmässig entschädigungsrechtlicher Art.

a) Durch Warnungen und Empfehlungen kann *Schaden* entstehen, namentlich bei Herstellern und Anbietern, von deren Erzeugnissen und Dienstleistungen die Information handelt. Ob deswegen Entschädigungsansprüche entstehen, ist eine Frage der einschlägigen Haftungsgrundlagen[111].

b) Sodann besteht die Möglichkeit, dass Warnungen und Empfehlungen gleich einer behördlichen Auskunft eine *Vertrauensgrundlage* schaffen und dass gestützt darauf seitens der Informationsadressaten oder der Drittbetroffenen entsprechende Dispositionen getätigt werden[112]. Nimmt die Behörde die Warnung oder Empfehlung nachträglich zurück, stellt sich die Frage nach allfälligen Rechtsfolgen[113]. Die Behörde an den ursprünglichen Informationsinhalt positiv zu binden, fällt ausser Betracht, denn damit würde sie im Ergebnis verpflichtet, an einer ungerechtfertigten Warnung oder Empfehlung wider besseres Wissen festzuhalten. So wird man eher an den Ersatz des Vertrauensschadens zu denken haben. Auch diese Konstellation läuft also auf ein entschädigungsrechtliches Rechtsverhältnis hinaus.

3. *Verwaltungsrechtsverhältnisse aufgrund von Warnungen und Empfehlungen*

77. Materielle Verwaltungsrechtsverhältnisse aufgrund von Warnungen und Empfehlungen lassen sich *im Staat-Bürger-Verhältnis* nur schwer denken. Die Dinge müssten so liegen, dass mit der Informationshandlung bestimmte verwaltungsrechtliche Befugnisse und Verpflichtungen aktualisiert und konkretisiert werden, vergleichbar dem verwaltungsrechtlichen Befehl (Nr. 58). Dazu dürfte es kaum kommen. Warnungen und Empfehlungen operieren überwiegend im Bereich des verwaltungsrechtlich Erlaubten; ihr Wirkungsfeld ist der gesetzesfreie, nicht durch Verwaltungsrechtsvorschriften erfasste Raum. Zuständiges Regulativ dort sind allein die Grundrechte. Die Frage, wieweit aufgrund von Warnungen und Empfeh-

111 Vgl. NÜTZI, Information, S. 204 ff.

112 Statt vieler BGE 121 II 473 E. 2c S. 479.

113 Zu den Möglichkeiten im Einzelnen HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 581–589.

lungen Rechtsverhältnisse gestaltet werden, mutiert damit unweigerlich zur *Grundrechtsfrage* (einlässlich hierzu unten Ziff. IV).

In singulären Fällen mögen Informationshandlung und Verwaltungsrechtsverhältnis nahe beieinander liegen: so, wenn die Behörde verseuchte Lebensmittel aus den Verkaufsregalen nimmt und zugleich vor dem Verzehr der schon verkauften Ware öffentlich warnt. Doch kann selbst hier von einem informationsbedingten Verwaltungsrechtsverhältnis nicht die Rede sein. Verwaltungsrechtsverhältnisse aufgrund des Lebensmittelrechts bestehen einzig zwischen Staat und Händler oder Hersteller; die öffentliche Warnung erscheint bloss als objektivrechtlich gebotene polizeiliche Folgehandlung (vgl. Art. 43 LMG). Ob der Konsument einen eigenen Rechtsanspruch auf Abgabe der Warnung hat, ist eine andere Frage – mangels einfachgesetzlicher Vorschriften zum Thema wohl eine Grundrechtsfrage. Im Übrigen kann das pflichtwidrige Unterlassen einer amtlichen Warnung haftungsrechtlich bedeutsam werden[114].

78. Soweit sich Warnungen und Empfehlungen allein an Behörden richten, erhebt sich die Frage nach allfälligen *Innenrechtsverhältnissen.* Die Antwort fällt nicht leicht. Die Grenze zwischen nur faktisch relevanten Informationen und innenrechtlich bindenden Akten ist kaum zuverlässig zu ziehen, weil das Weisungsrecht der vorgesetzten Stelle ohnehin in allen betrieblichen Angelegenheiten spielt[115]. Wenn nötig können behördeninterne «Empfehlungen» personalrechtlich genauso durchgesetzt werden wie Dienstbefehle und Verwaltungsverordnungen. Solange der Bereich des Betriebsverhältnisses nicht verlassen wird, mag die Abgrenzung daher auf sich beruhen. Das Bundesgericht hat in den «Merkblättern» über ökologisches Bauen eine Verwaltungsverordnung gesehen[116]; ihr Wortlaut hätte aber auch die Diagnose Realakt zugelassen.

IV. Grundrechtsrelevanz

79. Im Bestreben, der verhaltenssteuernden Intention amtlicher Warnungen und Empfehlungen dogmatisch Herr zu werden, sucht das Schrifttum früher oder später Hilfe bei den Grundrechten[117]. Mittlerweile ist unbestrit-

---

114 BGE 118 Ib 473 E. 18a S. 483.

115 HÄNNI, Personalrecht des Bundes, in: SBVR, Organisationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 90 f., 167 ff.

116 BGE 120 Ia 321 E. 3a S. 325.

117 Schwergewichtig grundrechtlicher Zutritt zum Problem in der deutschen Lehre; vgl. BROHM, Informelles Verwaltungshandeln, S. 134–136; GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2921–2923; HEINTZEN, Grundrechtsproblem, S. 538–549; KLOEPFER, Staatliche Information, S. 26–32; MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1022–1027; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 85–87; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 515–519; SODAN, Informationstätigkeit, S. 860–865; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 79–215. Bundesstaatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Aspekte treten vergleichsweise zurück; vgl. immerhin HEINTZEN, Bundesstaat, S. 1448–1450; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 930–934; OSSENBÜHL, Informelles Hoheitshandeln, S. 32–39; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 47–77. Die schweize-

ten, dass Warnungen und Empfehlungen Grundrechtsrelevanz erlangen können. Über diesen prinzipiellen Konsens ist man allerdings kaum hinausgekommen. Die Frage, wieweit staatliche Information den *Schutzbereich* eines Grundrechts überhaupt zu berühren vermag, wird wohl gestellt, in der Regel aber wegen des nicht zu übersehenden freiheitsvermindernden Effekts rasch abgehakt. Das Schwergewicht der Grundrechtsprüfung verlagert sich alsdann zur *Eingriffsqualität* von Warnungen und Empfehlungen. Hier aber herrscht grösste Unsicherheit. Vermutlich dürfte es sich lohnen, zur Klärung der grundrechtlichen Fragen wiederum die Rechtsverhältnislehre heranzuziehen. Im verwaltungsrechtlichen Kontext hat die Figur des Rechtsverhältnisses erlaubt, die Handlungsformenlehre zu entlasten. Warum sollte Vergleichbares nicht auch im Bereich der Grundrechte gelingen, jetzt aber bezogen auf den hier überlasteten Systemteil: den Grundrechtseingriff? Einen Versuch ist es wert. Dazu müssen die Grundrechte zuerst in Begriffe der Rechtsverhältnislehre gefasst werden (A). Hernach werden sich die materialen Aspekte einer Grundrechtsbeschränkung wieder besser als Schutzbereichsfrage begreifen lassen, womit der Weg zu einem vereinfachten Eingriffskonzept frei wird (B). Auf dieser Grundlage soll schliesslich der Frage nachgegangen werden, unter welchen Bedingungen man einer Warnung oder Empfehlung Eingriffsqualität attestieren kann (C). Schon jetzt sei betont: Es geht im Folgenden nicht um die Produktion neuer Grundrechtstheorien. Der Beizug der Rechtsverhältnislehre verfolgt vor allem einen methodisch-didaktischen Zweck, nämlich den, gewisse Denkschritte bewusst zu machen, die bei Grundrechtskonformitätsprüfungen in Standardsituationen häufig – mangels praktischer Relevanz – unausgesprochen bleiben (vgl. unten A/3, B/3).

---

rische Literatur stellt die Grundrechtsfrage nicht ganz so in den Vordergrund. Vgl. mit wechselnder Gewichtung BARTHE, Informationstätigkeit (S. 109–111 zu den Grundrechten, S. 123–143 zu überwiegend verwaltungsrechtlichen und bundesstaatsrechtlichen Aspekten); MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen (S. 379–403 bzw. S. 376–379); NÜTZI, Information (S. 117–147 bzw. S. 148–186); RICHLI, Informationsmittel (S. 157–167 bzw. S. 153–157).

A. Grundrechtsverhältnis

1. *Ausgangspunkt: Hauptelemente des herrschenden Grundrechtsverständnisses*

80. Als *Grundrechte* gelten gemeinhin[118] bestimmte, durch Verfassungsrecht oder internationale Konvention gewährleistete Rechtspositionen im Bereich elementarer Erscheinungen des menschlichen Lebens.

Im Einzelnen legt die Lehre den Grundrechten *unterschiedliche normative Bedeutungen* bei[119]. Vereinfachend lässt sich sagen:

a) Grundrechte sind zuerst und herkömmlich *subjektive Rechte*[120]. Zur subjektivrechtlichen Dimension zählen die gerichtlich durchsetzbaren individuellen Grundrechtsansprüche; in ihrer Gesamtheit bilden sie den Schutzbereich des Grundrechts. Dieser Schutzbereich unterliegt nach Massgabe der sich ändernden Bedrohungs- und Bedürfnislage fortwährender Weiterentwicklung. Allemal umfasst der Schutzbereich nur justiziable Positionen[121]. Mit diesem Vorbehalt ist der subjektivrechtliche Gehalt eines Grundrechts aber nicht auf reine Abwehransprüche beschränkt; er kann auch Leistungs- und Teilhaberechte vermitteln[122].

b) Ausserdem wirken die Grundrechte als *objektives Recht*[123]. Der in jedem Grundrecht miteingeschlossene Ziel- oder Programmgehalt strahlt über den subjektivrechtlichen Schutzbereich hinaus in die weitere Rechtsordnung aus – nicht mehr als Grundrechts*anspruch,* sondern als Grundrechts*interesse:* in finaler Weise also, in Gestalt einer Grundsatznorm oder eines Gestaltungsprinzips an die Adresse von Rechtsetzung und Rechtsprechung, wo immer der Gesetzgeber grundrechtsrelevante Gesetzgebungsaufträge zu erfüllen oder der Richter grundrechtsrelevante Vorschriften des einfachen Rechts auszulegen hat.

81. Die subjektivrechtlichen Grundrechtsansprüche im Besonderen gelten nicht vorbehaltlos; der Staat kann sie durch generell-abstrakten oder individuell-konkreten *Eingriff in den Schutzbereich* beschränken. Der Eingriff ist nur statthaft, wenn er den verfassungsrechtlichen Zulässigkeitstest besteht: auf gesetzlicher Grundlage beruht, sich über ein ausreichendes

---

118 Für einem Überblick vgl. nur J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 1.

119 Konzeption und Begriffsgebrauch sind nicht durchwegs gefestigt. Vgl. J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 40–45; DERSELBE, Zur sogenannt subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 1990, S. 33; AUBERT, Bundesstaatsrecht, Nachtrag zu Rz. 1750; BOLZ, Schutzobjekt, S. 195–217; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1090–1099a; HANGARTNER, Staatsrecht II, S. 23 ff. Aus der deutschen Lehre HESSE, Grundzüge, Rz. 279.

120 J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 40; HESSE, Grundzüge, Rz. 283 ff.

121 BGE 121 I 327 E. 2c S. 373. J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 88–90.

122 Rechtsprechungsüberblick bei J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 73 ff.

123 J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 37, 41 f., 43 f. (dort mit weiteren Differenzierungen); HESSE, Grundzüge, Rz. 290 ff.

öffentliches Interesse ausweist, verhältnismässig bleibt und den Kerngehalt des Grundrechts nicht angreift[124]. Diese *Schrankentheorie* mit den Schlüsselelementen «Schutzbereich – Eingriff – Zulässigkeitstest» wirkt als rechtstechnisches Prüfprogramm an die Adresse von Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz mit dem Zweck, die Freiheitsinteressen des Individuums mit den Aufgabeninteressen des Gemeinwesens auf bewusste Weise zum Ausgleich zu bringen, ohne das Profil der konfligierenden Verfassungsanliegen vorschnell abzuschleifen.

Zwei Bemerkungen sind anzufügen. Erstens, das Eingriffsschema ist von vornherein nur anwendbar auf Grundrechte, deren Schutzbereich sich auf vorfindliche Lebensmanifestationen (Meinungsäusserungen, Kultushandlungen usf.) oder gesellschaftliche Institutionen (wie Ehe oder Eigentum) bezieht. Gewährleistungen von rechtsstruktureller (Gemeindeautonomie, Gewaltentrennung, Verfahrensgarantien u.ä.) oder querschnitthafter Natur (Rechtsgleichheit, Willkürverbot) folgen besonderen Prüfprogrammen[125]. Zweitens, es wird nicht übersehen, dass der Schrankentheorie gelegentlich Kritik erwächst: Sie vermittle Scheinsicherheiten, operiere mit unpassenden räumlichen Bildern, verleite zum Aufblähen des Schutzbereichs usf.[126] Ich kann auf diese Einwände hier nicht eingehen. Die Schrankentheorie ist soweit ersichtlich unverändert herrschende Lehre und Rechtsprechung, und sie hat mittlerweile auch im positiven Verfassungsrecht Niederschlag gefunden (Art. 36 BV).

2. *Interpretation der Grundrechte als Verfassungsrechtsverhältnisse*

82. Auf dem Boden der Schrankentheorie lassen sich die Grundrechte ohne weiteres auf die Figur des Rechtsverhältnisses zurückführen[127]. Vorauszusetzen ist nur die Bereitschaft, Grundrechte nicht als Statusrechte aufzufassen, die der Bürger wie ein Schutzpanzer mit sich herumführt, sondern als *Ansprüche,* die sich an ein *Gegenüber* richten – hier: an den Staat – und die von diesem Gegenüber durch Dulden, Teilhabenlassen oder Leisten einzulösen sind[128].

Die Strukturelemente der Schrankentheorie finden ihre Entsprechungen in der Rechtsverhältnislehre wie folgt:

- Als Grundlage des Rechtsverhältnisses fungiert die Grundrechtsnorm selbst, daher die Rede vom «Grundrechtsverhältnis». Beteiligte Rechtssubjekte sind einerseits der Grundrechtsträger, andererseits das Gemeinwesen, gegen das sich der Grundrechtsanspruch richtet. Der *Schutzbereich* des Grundrechts steht für die Gesamtheit der gestützt auf dieses Grundrecht denkbaren Grundrechtsverhältnisse.

---

124 Statt aller HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1128 f.

125 Vgl. etwa G. MÜLLER, Kommentar BV, Art. 4, Rz. 19, 31 ff.; KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 186 ff.

126 Für die Schweiz vor allem BOLZ, Schutzobjekt, S. 218 ff., 252–260.

127 Die Übertragung der Rechtsverhältnislehre auf die Grundrechte ist nicht neu. Vgl. HENKE, Systematik (1984). Ferner BAUER, Subjektives öffentliches Recht, S. 171 mit Anm. 65; M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 551 mit Anm. 90.

128 Vgl. HENKE, Subjektives Recht, S. 622 f.; DERSELBE, Systematik, S. 2 ff. Zustimmend ACHTERBERG, Verwaltungsrecht, § 20 Rz. 69.

- Grundrechtsverhältnisse im Sinne einer auf konkrete Sachverhalte bezogenen Sonderverbindung entstehen grundsätzlich schon durch *schlichten Grundrechtsgebrauch,* d.h. durch Realakt des Grundrechtssubjekts: bei Abwehrrechten also durch Manifestation des grundrechtlich geschützten Verhaltens, bei Teilhabe- und Leistungsrechten durch Inanspruchnahme oder Einforderung der prinzipiell zugesagten Rechte.
- *Grundrechtseingriffe* schneiden gegenwärtig ausgeübte Grundrechtsbefugnisse ab oder verkürzen die Möglichkeiten der Grundrechtssubjekte, neue Grundrechtsverhältnisse autonom zu aktivieren. Ob dies in generell-abstrakter oder individuell-konkreter Weise geschieht, ob die staatliche Handlung in Gestalt eines Rechtsakts oder als Realakt ergeht – allemal stellt sich der Grundrechtseingriff als einseitige Änderung von aktuellen oder virtuellen Grundrechtsverhältnissen durch den Staat dar. Fällt ein (zulässiger) Eingriff später wieder dahin, werden die freigegebenen Grundrechtsansprüche erneut nutzbar.

3. *Ertrag der Rechtsverhältnislehre für das Grundrechtsverständnis*

83. Mit Hilfe der Rechtsverhältnislehre lassen sich der Begriff des *Schutzbereichs* einerseits und jener des *Eingriffs* andererseits *schärfer profilieren* und damit auch besser gegeneinander abgrenzen. Von Grundrechtseingriff zu sprechen ist bekanntlich nur sinnvoll, «wenn der Grundrechtsanspruch selbst feststeht und bekannt ist»[129]. Dieser Satz ist zwar durchwegs anerkannt, hat aber in der Praxis keinen einfachen Stand[130]. Jede Lässlichkeit in der Bestimmung des Schutzbereichs führt zur Verschiebung ungelöster Sachprobleme auf den Eingriffsbegriff und erschwert seine ohnehin nicht einfache Handhabung zusätzlich[131]. Denkt man konsequent in Rechtsverhältnissen, wird bald klar: Der Schutzbereich verkörpert die materiale Kategorie (nämlich das Insgesamt der grundrechtlichen Ansprüche), der Eingriff nur und ausschliesslich eine funktionale Kategorie (nämlich das Insgesamt der staatlichen Handlungen, die zur Verkürzung dieser Ansprüche führen). Damit ist zwar noch kein einziges Grundrechtsproblem definitiv gelöst. Aber schon ein bewussterer Begriffsgebrauch und eine sachgerechtere Problemzuordnung sind als mögliche Problemlösungsbeiträge nicht zu unterschätzen. Vor allem wird der Sinn für die Notwendigkeit gestärkt, die Schutzbereichsfrage *stets* mit der gebotenen Sorgfalt zu beantworten – auch und gerade dort, wo (wie im Falle der Warnungen und Empfehlungen) die betroffenen Schutzbereiche eher unbestimmt, die Freiheitsbeeinträchtigungen dagegen prima vista so offensichtlich erscheinen.

---

129 J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 113. Die Notwendigkeit, zuerst den Schutzbereich zu bestimmen, bevor über Eingriffe verhandelt wird, betonen z.B. auch BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 19; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 380; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 157, 166.

130 Kennzeichnend dafür etwa HOLOUBEK, Grundrechtseingriff, S. 1037 Sp. 1: «Die Eingriffsebene hat zunächst einmal die Funktion einer weiteren Schutzbereichskonkretisierung.»

131 Vgl. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 126 (Diskussionsvotum).

B. Grundrechtseingriff

1. *Ein Begriff in Auflösung*

84. *Herkömmlich* gilt als Grundrechtseingriff der auf den Schutzbereich des Grundrechts final, unmittelbar und imperativ einwirkende Rechtsakt[132]; die Grundrechtsverkürzung ist das genaue Spiegelbild des durch den Hoheitsakt geforderten Verhaltens. Mehrere Entwicklungen haben zur *Erweiterung* dieses so genannt klassischen Eingriffskonzepts beigetragen[133]: die Freilegung der objektivrechtlichen Grundrechtsdimension; die Einsicht, dass die Realbedingungen der Grundrechtsausübung keinen geringeren Schutz benötigen als die Grundrechtsansprüche selbst; ein wachsender Sinn für die grundrechtsverkürzenden Wirkungen staatlicher Realakte und neuer Steuerungsinstrumente überhaupt. Der «faktische», der «mittelbare», gar noch der «mittelbar-faktische» Eingriff sind zu gängigen Termini der Grundrechtslehre geworden[134]. Eingriff kann heute grundsätzlich alles sein, was dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten unmöglich macht oder wesentlich erschwert[135].

85. Mit dem erweiterten Eingriffskonzept riskiert man die verfrühte Auslösung des grundrechtlichen Zulässigkeitstests. Um dieser Gefahr zu begegnen, behilft sich die Lehre mit einer Mehrzahl *relativierender Kautelen*[136]. Nur die finale oder wenigstens in Kauf genommene, nicht aber die unvorhersehbare Grundrechtsverkürzung soll Eingriff sein; gegen die Qualifikation auch geringfügiger Beeinträchtigungen als Eingriff wird ein Bagatellvorbehalt ins Feld geführt; influenzierende Staatstätigkeit kommt als Eingriff nur in Betracht, wenn sie zwangsähnliche Wirkungen entfaltet – und so fort. Wenn die Abgrenzung des erweiterten Eingriffskonzepts gegen die grundrechtlich irrelevanten, weil zum allgemeinen Lebensrisiko gehörenden Belästigungen und Unannehmlichkeiten beim täglichen Grund-

---

132 BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 38; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 61, je m.H.

133 Vgl. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 74 ff.

134 Nachweise in Anm. 146–150.

135 Statt vieler BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 40.

136 Allgemeine Übersichten bei WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 85 ff.; ROTH, Faktische Eingriffe, S. 34 ff. Bezogen auf die Eingriffsqualität von Warnungen und Empfehlungen im Besonderen u.a. HEINTZEN, Grundrechtsproblem, S. 541 ff.; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 928 ff.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 379 ff.; MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1022 ff.; NÜTZI, Information, S. 123 ff.; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 516 ff.; SODAN, Informationstätigkeit, S. 862 ff.; SPAETH, Grundrechtseingriff, 127 ff.

rechtsumgang als ein «unüberschaubares Spiel mit zahlreichen Variablen»[137] bezeichnet wird, dann liegt darin wahrlich keine Übertreibung.

2. *Möglichkeiten der Begriffsentlastung*

a. *Verkoppelung des Eingriffsbegriffs mit den subjektivrechtlichen Grundrechtsgehalten*

86. Eine Rückkehr zum klassischen Eingriffskonzept steht nicht zur Diskussion, denn auch die Problemlagen sind keine klassischen mehr. Doch gerade die Irreversibilität der Begriffsöffnung drängt dazu, alle Möglichkeiten zur Entlastung des Begriffs auszuschöpfen. Ein erster Erfolg lässt sich schon dadurch herbeiführen, dass der Terminus des Grundrechtseingriffs (und bei missglücktem Zulässigkeitstest entsprechend: jener der Grundrechtsverletzung) *nur noch im Zusammenhang mit dem subjektivrechtlichen Grundrechtsgehalt verwendet* wird. Eingriff und Schutzbereich sind untrennbar aufeinander bezogen[138]; der Schutzbereich seinerseits markiert allein die subjektivrechtlichen, justiziablen Grundrechtsansprüche. Einiges von dem, was heute als «faktische Grundrechtsverletzung» etikettiert wird, erwiese sich bei näherem Hinsehen als Verletzung einfachen Rechts infolge unzureichender Beachtung des objektivrechtlichen Grundrechtsgehalts bei der Auslegung der einschlägigen Gesetzes- und Verordnungsvorschriften[139].

b. *Auslagerung materialer Begriffselemente*

87. Der erweiterte Eingriffsbegriff muss, wie bemerkt (Nr. 85), mit Hilfe einschränkender Merkmale gebändigt werden; die gängigsten sind: minimale Eingriffsintensität, Zwangsähnlichkeit der Eingriffswirkungen, Finalität des staatlichen Handelns. Nun ist nicht zu bestreiten, dass jede dieser Einschränkungen begründet ist. Aber man kann sich fragen, ob sie beim Grundrechtseingriff richtig platziert sind oder ob sie in Wahrheit nicht eher

---

137 WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 85. Ähnlich BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 37 («Erosionssymptome ... unverkennbar»); SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 516 Sp. 2 («kaum noch überschaubares dogmatisches Chaos»). Aufschlussreich auch die Aussprache zum Grundrechtseingriff in VVDStRL 57 (1997), S. 100 ff.

138 BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 19; J. P. MÜLLER, Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 113; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 82.

139 Vgl. z.B. BGE 113 V 22 E. 4d S. 32 f.; 118 V 206 E. 5b S. 211 f. In beiden Fällen qualifiziert das Gericht die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen zunächst als «mittelbare» und «faktische» Grundrechtsverletzung, kommt aber in der Folge mit dem Instrument der grundrechtskonformen Gesetzesinterpretation aus. Zu BGE 118 V 206 MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. XII f., 89 f. Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 77 f.

Schutzbereichs- und Kausalitätsfragen ansprechen. Die Zweifel rühren daher, dass die genannten Merkmale allesamt materialer Natur sind, womit das erweiterte Eingriffskonzept einen Akzent aufgeprägt erhält, wie er dem klassischen Eingriff fremd ist.

a) Am deutlichsten wird dies beim Merkmal der *Intensität* sichtbar. Wohl ist es nicht der Sinn der Grundrechte, gegen banale Beeinträchtigungen anzutreten: Erhöhten Schutz in Gestalt erhöhter Rechtfertigungszwänge zulasten des Staats verdienen nur die elementaren und gegen Machtbedrohungen besonders anfälligen Aspekte menschlichen Lebens. Doch die Bezeichnung dieser Aspekte (und entsprechend: der Ausschluss der Bagatellpositionen) ist Frage des materiellen Rechts, mithin Schutzbereichsfrage[140], die für jedes Grundrecht spezifisch zu beantworten ist und die sich nicht gemeinsam für alle Grundrechte über den Eingriffsbegriff erledigen lässt (vgl. Nr. 94). Der Bagatellvorbehalt ist als Definitionsmerkmal des Eingriffs auch deshalb nur schwer zu begründen, weil er beim klassischen Eingriff nicht vorgebracht wird[141].

b) Die *Zwangsähnlichkeit* der erzielten Wirkungen taugt als Kriterium genauso wenig[142]. Wie will man bestimmen, ab welcher Druckschwelle ein Durchschnittsbürger seinen inneren Widerstand aufgibt und sich trotz normativ intakter Handlungsfreiheit so verhält, als stünde er vor einer rechtsverbindlichen Anordnung[143]? Woher überhaupt die Notwendigkeit, solche Zwangswirkungen auszumachen, wo doch die Zwangswirkung eines unmittelbar-rechtlichen Eingriffs oftmals nur in der Theorie besteht? Wiederum wird mit der «Zwangsähnlichkeit» wenigstens teilweise ein Schutzbereichsproblem angesprochen, nämlich die Frage, ob das angerufene Grundrecht schon vor einer missliebigen Veränderung der Informations- und Bewusstseinslage oder sonstiger Kommunikationsbedingungen bewahrt (vgl. Nr. 95, 97 f.). Im Übrigen diskutiert es sich über die «Zwangsähnlichkeit» des staatlichen Eingriffs besser unter dem Titel des Zurechenbarkeitszusammenhangs (vgl. Nr. 96, 99 ff.).

c) Das *Finalitätserfordernis* schliesslich leuchtet zunächst ein. Entlegene, unbeabsichtigte, unvorhersehbare Folgewirkungen hoheitlicher Akte auf den Schutzbereich eines Grundrechts können dem Staat nicht als Eingriff angelastet werden; vielmehr muss zwischen staatlicher Handlung

---

140 Vgl. dazu ROTH, Faktische Eingriffe, S. 269, 272–272 (der aber den Bagatellvorbehalt am Ende sowohl beim Schutzbereich als auch beim Eingriff verwirft).

141 WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 87. Ablehnend auch BETHGE, Grundrechtseingriff, S. 45; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 929 Sp. 1; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 517 Sp. 1; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 154–157.

142 Kritik bei WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 86.

143 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 383; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 82.

und Grundrechtsverkürzung ein plausibler Ursache-Wirkungs-Zusammenhang erkennbar sein[144]. Wenn nur dieser Punkt gemeint ist, dann kann man «Finalität» des staatlichen Handelns wiederum durch «Zurechenbarkeit» des grundrechtsverkürzenden Effekts ersetzen. Damit dürfte die Sache besser getroffen sein. Tatsächlich verbindet sich mit dem Merkmal der Finalität eine sachfremde Grundrechtsfixiertheit. Die Behörden handeln ja nicht, um Freiheiten zu schädigen, sondern um Aufgaben zu erfüllen. Die Staatsintention bezieht sich primär nicht auf die grundrechtlichen Schutzbereiche, sondern auf die zu erreichenden Ressortziele[145].

c. *Verzicht auf die Qualifikationen «faktisch» und «mittelbar»*

88. Im Umkreis der «faktischen» und «mittelbaren» Grundrechtseingriffe herrschen babylonische Verhältnisse. Teils bezeichnen die Begriffe unterschiedliche Sorten von Eingriffen (die sich dann auch zum «mittelbar-faktischen» Eingriff kombinieren lassen)[146], teils werden die Begriffe gleichbedeutend verwendet[147]. Im Wesentlichen finden sie Verwendung für

- den Grundrechtseingriff *in Gestalt eines Realakts*[148];
- die Beeinträchtigung der *tatsächlichen Voraussetzungen* des Grundrechtsgebrauchs[149];

---

144 WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 89 ff. Zur «Finalität» von Warnungen und Empfehlungen z.B. MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1025; ROTH, Drittbetroffenheit, S. 196 ff.

145 Kritik am Finalitätskriterium bei SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 517 Sp. 1; SODAN, Informationstätigkeit, S. 864 Sp. 1. Im Ergebnis auch ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 86 Sp. 2 («Die Kausalität behördlicher Information rückt in das Zentrum»). Vgl. auch SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 150–154 (Finalität nur als Eingriffs*indiz*).

146 So u.a. bei LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 928; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 389 ff.; NÜTZI, Information, S. 118, 120; PHILIPP, Verbraucherinformationen, S. 88; SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 273.

147 Z.B. bei HERREN, Faktische Beeinträchtigungen, S. 46 f., und wohl auch bei SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 127. Vgl. ferner BGE 113 V 22 E. 4d S. 32 («Doch kann die Ablehnung der Versicherungsleistungen die Wohnsitzverlegung erschweren oder verunmöglichen, wodurch der Versicherte in der Wahrnehmung seiner Grundrechte *mittelbar* beeinträchtigt wird; es kann daraus eine *faktische* Grundrechtsverletzung resultieren ...»). Gleichlautend BGE 118 V 206 E. 5b S. 211.

148 Beispiel: polizeiliche Standardmassnahmen. Vgl. GALLWAS, Faktische Beeinträchtigungen, S. 16 («schlichte Beeinträchtigungen»); LEGE, Staatliche Warnungen, S. 571; REINHARD, Polizeirecht, S. 205 f.

149 Beispiel: Verweigerung von grundrechtsnotwendigen Sozialversicherungsleistungen; vgl. die in Anm. 147 zitierten BGE. Ferner (wenn auch bislang ohne Beizug der Vokabeln «mittelbar» oder «faktisch») die Rechtsprechung zum bedingten grundrechtlichen Anspruch auf Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs bzw. auf Beibehaltung des bisherigen schlichten Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache; siehe ZBl 1995 508 E. 3c S. 510 f.

– die grundrechtsbeeinträchtigenden *Folgewirkungen* staatlicher Handlungen, wobei diese Folgewirkungen bald beim Adressaten der staatlichen Handlung, bald bei Dritten auftreten können[150].

Ich neige zum Verzicht auf die Begriffe. Sie haben wohl ihren Anschauungswert. Doch das Bundesgericht hat sie erst selten verwendet, und in der Sache sind sie unnötig. Eingriffe durch *Realakt* sind nicht anders zu bewerten als Eingriffe durch Rechtsakt, sofern der Realakt simultan zum Taterfolg auch grundrechtliche Ansprüche verkürzt; das Problem verschiebt sich zum Prozessrecht. Beeinträchtigungen der *tatsächlichen Voraussetzungen* der Grundrechtsausübung gehören als Schutzbereichsfrage behandelt. Und ob allfällige *Folgewirkungen* staatlichen Handelns als Eingriff gelten können, beurteilt sich (Schutzbereichsberührung vorausgesetzt) nach der Zurechenbarkeit dieser Wirkungen zum Staat.

3. *Grundrechtseingriff als staatliche Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche*

89. Die dargelegten Entlastungsmöglichkeiten öffnen den Weg zu einem nur mehr funktionalen, von materialen Elementen weitest möglich befreiten Eingriffskonzept. Ich verstehe unter Grundrechtseingriff die *staatliche Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche.* Die Formel ist in der Sache nicht neu[151]. Sie scheint mir vor allem deshalb hilfreich, weil sie dem Denken in Rechtsverhältnissen am ehesten entspricht.

a. *Vorrangigkeit der Schutzbereichsfrage*

90. Der funktionale Zutritt soll zuallererst die *Schutzbereichsfrage* wieder in den *Vordergrund* rücken. Hier liegen die grundrechtlichen Hausaufgaben; ein überladener Eingriffsbegriff lenkt davon nur ab. Grundrechte vermitteln keine Ungefähr-Positionen oder Rundum-Freihei-

---

150 Beispiel: Warnungen und Empfehlungen. Statt vieler MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 381, 389. Ferner GALLWAS, Faktische Beeinträchtigungen, S. 13 f. («Folgewirkungen» und «Nebenwirkungen»); ROTH, Faktische Eingriffe, S. 227 (faktischer Eingriff u.a. als «Beschränkung des natürlichen Könnens»).

151 Vgl. z.B. GALLWAS, Faktische Beeinträchtigungen, S. 48, 166 (eingriffswesentlich der «grundrechtswidrige Effekt»); DERSELBE in VVDStRL 57 (1997) S. 116 f.; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 86 Sp. 2 (entscheidend die «rechtsgutmindernde Wirkung»); ROTH, Faktische Eingriffe, S. 126 («jedes staatliche Handeln ..., das in zurechenbarer Weise den Schutzbereich eines Abwehrrechts beeinträchtigt»); SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 517 Sp. 2 («eine der öffentlichen Gewalt zurechenbare Beeinträchtigung des Schutzzwecks eines Grundrechts»).

ten, sondern Ansprüche gegen den Staat, die sich präzise benennen lassen müssen, wenn sie dem Bürger zuverlässigen Schutz bieten wollen. Selbstredend darf man den Fächer dieser Ansprüche nicht ein für allemal festlegen; selbstredend kann über die Anerkennung neuer Ansprüche immer nur im Spiegel der konkreten Bedrohung befunden werden. Aber dies ändert nichts daran, dass der Schutzbereich die Grundrechtsansprüche generiert und niemals die Kategorie des Eingriffs. Nach der Eingriffsqualität einer sachverhaltlich festgestellten Freiheitsverkürzung zu fragen gibt nur Sinn, wenn *zuvor* – und unter Rückgriff auf den *spezifischen* Schutzzweck des thematisch einschlägigen Grundrechts – geklärt wurde, ob der tatsächliche Verkürzungseffekt Rechtsansprüche betrifft, somit Ansprüche, die in persönlicher, sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht vom jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereich erfasst sind.

b. Einzelne Begriffselemente

91. Wird die Schutzbereichsfrage konsequent als sachlogische Priorität erkannt und mit der gebotenen Sorgfalt abgewickelt, lässt sich der *Eingriff* auf *wenige Elemente* zurücknehmen: staatliche Handlung, Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche, Zurechenbarkeit der Verkürzung zur staatlichen Handlung. Unter dem Titel des Eingriffs müssen im Wesentlichen noch die Modalitäten abgehandelt werden, die zum grundrechtsverkürzenden Effekt geführt haben.

- *Staatliche Handlung.* Der Eingriff setzt staatliches Handeln voraus – ein Tun oder, bei gegebenen Teilhabe- oder Leistungsansprüchen, ein Unterlassen. Weil es bei den Grundrechten allemal um Rechtsbeziehungen im Staat-Bürger-Verhältnis geht, muss die Handlung zur Erfüllung staatlicher Aufgaben bestimmt sein. Das genügt. Zwischen imperativen und bloss influenzierenden Akten zu unterscheiden erübrigt sich. Unerheblich ist ferner, ob die staatliche Handlung als Rechtsakt oder als Realakt in Erscheinung tritt.
- *Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche.* Zweite Voraussetzung ist die Minderung eines Anspruchs, der nachweislich vom Schutzbereich des Grundrechts vermittelt wird. Bagatellvorbehalte sind entbehrlich, ebenso die Frage nach zwangsähnlichen Wirkungen. Es ist einzig die Diagnose zu stellen, ob der behördliche Akt den grundrechtlichen Anspruch rechtlich beschneidet (dann liegt die Verkürzung auf der Hand) oder die Bedingungen der Anspruchswahrnehmung so verändert, dass die Grundrechtsausübung objektiv verunmöglicht oder erschwert wird, weil sie nicht oder nur noch unter Inkaufnahme objektiv unzumutbarer Nachteile realisierbar erscheint.
- *Zurechenbarkeit der Verkürzung zur staatlichen Handlung.* Schliesslich muss feststehen, dass der verkürzende Effekt dem Staat zugerechnet werden kann. Der Nachweis ist einfach zu erbringen, solange der Staat die gesamte Ursache-Wirkungs-Kette beherrscht. Ansonsten beginnen hier die Schwierigkeiten. Tatsächlich taucht an diesem Prüfpunkt jener Teil der Begriffsprobleme wieder auf, der nicht dem Schutzbereich delegiert werden konnte. Die Frage der Zurechenbarkeit soll am Beispiel der Warnungen und Empfehlungen vertieft werden (unten Nr. 96, 99 ff.). Schon jetzt lässt sich sagen: Ganz ohne die aus der Lehre

bekannten materialen Hilfskriterien wie: Inanspruchnahme staatlicher Autorität, Vorhersehbarkeit u.ä. wird man nicht auskommen. Immerhin – das ist der Gewinn – müssen diese Hilfen erst jetzt mobilisiert werden, am Ende des Prüfprogramms; in vielen Fällen dürfte sich die Grundrechtsfrage weit früher erledigt haben.

C. Fazit: Grundrechtseingriff durch Warnungen und Empfehlungen?

92. Es kann im Folgenden einzig darum gehen, die grundsätzlichen Schritte sichtbar zu machen. Nach einer Nennung der hauptsächlich betroffenen Grundrechte (1) werden die Lage der Informationsadressaten und jene der Drittbetroffenen gesondert betrachtet (2, 3).

1. Hauptsächlich betroffene Grundrechte

93. Die thematisch einschlägigen Grundrechte sind auf Grund der Wirkungen zu bestimmen, die von der Warnung oder Empfehlung ausgehen. Leitend ist die Frage, inwieweit Warnungen und Empfehlungen nach Art, Inhalt und Form überhaupt *geeignet* sind, *dem Schutzzweck eines Grundrechts zuwiderzulaufen.* Die Wirkungen müssen – nötigenfalls getrennt nach Adressaten und Drittbetroffenen – einzeln benannt werden, damit die Eruierung des zutreffenden Grundrechts gelingen kann[152].

- *Produktewarnungen* wirken sich erfahrungsgemäss auf die Kaufbereitschaft und die Kaufentscheidungen der Konsumenten aus. Hersteller und Anbieter der betroffenen Erzeugnisse dürften Umsatzeinbussen erleiden, Anbieter von Alternativprodukten möglicherweise entsprechend Steigerungen erzielen. Einschlägig ist allemal die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).
- *Impfempfehlungen* setzen Ärzte und Patienten unter (sozialen, ethischen, ökonomischen) Druck, Impfungen vorzunehmen. Den Patienten trifft die Empfehlung in seiner persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), den Arzt vorab in seiner Wirtschaftsfreiheit. Soweit es um die Impfung von Kindern geht, kommt auch das Erziehungsrecht der Eltern ins Spiel (Art. 13 Abs. 1 BV).
- *Sektenwarnungen* dürften dazu führen, dass die Informationsadressaten gewisse Vereinigungen mit anderen Augen sehen, von einem erwogenen Beitritt absehen oder – sofern schon Mitglied – den Austritt erklären. Für die Vereinigungen schlägt sich die Warnung in Gestalt verminderter Rekrutierungschancen, vermehrter Abgänge und gesellschaftlicher Ächtung nieder. Thematisch ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit angesprochen (Art. 15 BV), allenfalls noch die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV).

152 Für Beispiele vgl. etwa MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 386 f., 393 ff.; RICHLI, Informationsmittel, S. 158 f.; SPAETH, Grundrechtseingriff, 79 ff.

2. *Eingriff in Grundrechte der Informationsadressaten?*

a. *Schutzbereichsfragen*

94. Ein *allgemeines Recht, nicht hören und nicht sehen zu müssen,* kann der persönlichen Freiheit nicht entnommen werden[153]. Wohl schützt sie über die körperliche und geistige Unversehrtheit hinaus alle «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung»[154]. Das Bedürfnis, vom Staat grundsätzlich in Ruhe gelassen zu werden und keinerlei amtliche Ratschläge entgegennehmen zu müssen, kann man zwar verstehen; aber *«elementare»,* nämlich der Personalität des Menschen eng verbundene Handlungsoptionen kommen damit nicht in Gefahr. Anders wäre zu urteilen, wenn der Einzelne durch eine pausenlos rotierende Belehrungsmaschinerie bedrängt würde. Davon kann bei den heutigen Warnungen und Empfehlungen nicht die Rede sein. Ein allfälliger Hang zur Überbetreuung dürfte im Übrigen schon am allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz scheitern (unten V/D).

95. So stellt sich noch die Frage, ob die *thematisch einschlägigen Grundrechte* (zu denen auch die persönliche Freiheit zählen kann) den Anspruch vermitteln, beim Gebrauch der im Schutzbereich liegenden Befugnisse von staatlichen *Einflüssen auf die Willensentschliessung* verschont zu werden. Wieweit ist die Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers vom Grundrecht selbst geschützt? Greift der Staat, der auf Risiken und Folgen des grundrechtlich Erlaubten hinweist und Ratschläge zur Gefahrenvorsorge gibt, immer schon in verfassungsrechtliche Gewährleistungen ein, nur weil die amtliche Information zwangsläufig wahrgenommen wird und die Grundrechte nicht mehr bedenkenfrei konsumiert werden können? Kommt der Schutzbereich ins Spiel, wenn der Bürger nicht mehr wollen kann, wie er wollen möchte? Die Frage ist in der Schweiz soweit ersichtlich noch kaum bearbeitet worden[155]. In erster Näherung lässt sich sagen: Amtliche Verlautbarungen, die in den öffentlichen Diskurs einfliessen oder mit denen zu öffentlichen Handlungen Privater Stellung genommen wird, dürften solange ausserhalb grundrechtlicher Schutzbereiche

153 GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2922 Sp. 1; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 383; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 80.

154 Statt vieler BGE 124 I 40 E. 3a S. 42.

155 Vgl. für Deutschland ROTH, Faktische Eingriffe, S. 178 (Beeinträchtigung schon nur der «Souveränität des Wollens» als mögliche Form der Freiheitsbeeinträchtigung).

liegen, als Art, Inhalt und Form der staatlichen Informationshandlung den Schutzzwecken der einschlägigen Grundrechte nicht zuwiderlaufen[156].

- Die an die allgemeine Öffentlichkeit gerichtete *« Stop-Aids »-Kampagne* mag dadurch, dass sie Sexualität thematisiert und – auch – zum Gebrauch von Präservativen aufruft, die religiösen Empfindungen jener treffen, für die jeder sexuelle Kontakt ausserhalb der Ehe, gar noch zu wechselnden Partnern oder solchen des gleichen Geschlechts, mit ihren Bekenntnissen nicht zu vereinbaren ist. Der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit wäre aber nur dann berührt, wenn der Staat grundrechtlich verpflichtet wäre, die Lebensnormalitäten, die Sozialmoral und den Grundrechtsgebrauch aller Andersdenkenden in seinen Präventionsbotschaften zu ignorieren. Eine solche Verpflichtung ist offensichtlich nicht gegeben[157], im Gegenteil: Wollte der Staat die Kampagne auf den Ratschlag « Eheliche Treue oder Enthaltsamkeit » reduzieren, so würde er sich ein *bestimmtes* religiöses Bekenntnis zu eigen machen und gerade dadurch grundrechtswidrig handeln. Mit dem gleichen Recht hätte man übrigens auch nach der grundrechtlichen Situation jener fragen können, deren Alltag als Folge der staatlichen Risikoaufklärung über Jahre von Lebensangst geprägt war. Tangiert wäre neben der persönlichen Freiheit auch der Schutz der Privatsphäre (Art. 10 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 BV). Der grundrechtliche Schutz des Sexualverhaltens kann aber nicht davor bewahren, von den damit verbundenen Risiken Kenntnis zu erhalten[158].
- *Impfempfehlungen* dürften Ärzte, Patienten und Eltern für ihre Kinder veranlassen, eine neue Risikoeinschätzung vorzunehmen oder sich mit dem Gedanken einer Impfung überhaupt erst zu befassen. Darin allein liegt noch kein Eingriff in die je betroffenen Grundrechte – vorausgesetzt allerdings, die Impfkampagne bewirke bei jenen Personen, die sich der Empfehlung verweigern, keine Verschlechterung der individuellen Risikolage dadurch, dass andere der Empfehlung folgen. Die erforderliche Risikoneutralität ist z.B. bei der MMR-Kampagne nicht gegeben. Je grösser die Zahl der Geimpften, desto kleiner der Grad der natürlichen Immunisierung gegen Masern, Mumps und Röteln im Schulalter. Impfverweigerer laufen Gefahr, erst als Erwachsene zu erkranken, und dies bei erhöhtem Komplikationsrisiko. Wer diese Nachteile vermeiden will, muss sich der Impfung, die er unter Berufung auf die persönliche Freiheit ablehnen könnte, wohl oder übel unterziehen. Trotzdem liegt die Schutzbereichsberührung nicht ohne weiteres auf der Hand. Die natürliche Immunisierung setzt eine ausreichende Zahl von Erregerausscheidern voraus; und dass die persönliche Freiheit vor einer staatlichen Verminderung des öffentlichen Erregerreservoirs als Folge einer Impfaktion schützen soll, wäre doch wohl überraschend. Hingegen liesse sich die Schutzbereichsberührung etwa mit Hinweis auf die erfahrungsgemäss erhöhte Gefährlichkeit der *nach* einer Impfkampagne auftretenden Epidemien begründen[159].

Vorzubehalten bleibt allemal Art. 8 Abs. 2 BV: Erfüllt die Warnung oder Empfehlung nach Art, Inhalt oder Form einen *Diskriminierungstatbestand,* so ist sie ohne weiteres verfassungswidrig.

---

156 Vgl. ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 85 Sp. 2 (« der Umfang staatlicher Informationsbefugnisse [hängt] von dem je in Rede stehenden grundrechtlichen Schutzbereich ab »). Im Ergebnis ähnlich WOLF, Grundrechtseingriff, S. 349.

157 Vgl. GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2922 Sp. 1 f.

158 GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2922 Sp. 1. Anders wohl ZENGER, Gutachten, S. 173.

159 Vgl. M. MÜLLER, Impfkampagne, S. 388 Sp. 2.

b. Zurechenbarkeit

96. Amtliche Warnungen und Empfehlungen dürften beim Informationsadressaten eher selten zur Verkürzung grundrechtlich vermittelter Ansprüche führen[160] (vgl. Nr. 95). Für den Fall, dass dies doch geschieht, bleibt noch die Frage zu klären, ob die Verkürzung dem Staat zugerechnet werden kann. Es sind zwei Fälle auseinander zu halten.

a) Sollte der Schutzbereich des betroffenen Grundrechts die Bewusstseinslage des Informationsadressaten mit erfassen, so wäre der *Eingriffstatbestand bereits durch die Informationshandlung als solche erfüllt,* weil die öffentliche Information mit ihrer Wahrnehmung durch den Adressaten eine Bewusstseinsberührung auslöst, der praktisch nicht ausgewichen werden kann. Zurechenbarkeitsfragen würden sich von vornherein nicht stellen.

b) Müssen Folgehandlungen des Informationsadressaten hinzugedacht werden, damit die Warnung oder die Empfehlung auf den Schutzbereich auftrifft, dann ist von Eingriff nur zu sprechen, wenn diese *private Folgehandlung dem Staat zurechenbar* erscheint. Die Zurechnungsfaktoren präsentieren sich kaum anders als in den Fällen von Drittbetroffenheit; es kann auf die Ausführungen dort verwiesen werden (Nr. 99 ff.).

3. Eingriff in Grundrechte von Drittbetroffenen?

a. Schutzbereichsfragen

97. Einer für bedenklich erklärten Sekte wird die Mitgliederwerbung zwar nicht verboten, das gewarnte Publikum wird sich aber nur noch schwer zum Beitritt überreden lassen; der Verkauf eines als risikoreich bezeichneten Produkts mag weiterhin zulässig sein, aber die Nachfrage dürfte zumindest vorübergehend einbrechen usf. Stets bleiben die grundrechtlich geschützten Tätigkeiten und die zugehörigen Bewerbungshandlungen rechtlich erlaubt und tatsächlich möglich – bloss fehlt das empfängliche Gegenüber, durch dessen Kooperation die Grundrechtshandlung des Informationsbetroffenen erst zu ihrem Erfolg kommt. In solchen Dreieckskonstellationen lassen sich Schutzbereichsberührungen beim Informationsbetroffenen nur denken, wenn das einschlägige Grundrecht über die grundrechtliche Kommunikation hinaus auch die Aussicht ihres Gelingens schützt. Oder anders: Das Grundrecht müsste Anspruch darauf geben, dass der Staat die *Erfolgschancen der grundrechtsnotwendigen Interaktion* nicht

160 SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 82.

beeinträchtigt[161]. Wie weit dies zutrifft, ist für jedes Grundrecht gesondert zu untersuchen; diese Arbeit kann hier nicht geleistet werden. Zu betonen ist aber, dass die Chance des Interaktionserfolgs allein mit verfassungsrechtlichen, auf den Schutzzweck des einschlägigen Grundrechts Bezug nehmenden Argumenten als Teil des Schutzbereichs ausgewiesen werden kann. Der blosse Befund eines Absatzrückgangs, eines Mitgliederschwunds oder eines lädierten Rufs ist zunächst nur Sachverhaltsfeststellung, mehr nicht.

98. Sollte die Chance zur erfolgreichen Verwirklichung sozialer Interaktionen im beanspruchten Freiheitsbereich zum Schutzbereich gehören – dies sei einmal unterstellt –, wäre die Frage anzuschliessen, inwiefern der *Schutzbereich durch staatliche Informationen zu diesen Interaktionen berührt* wird. So wie es nun kein allgemeines Recht gibt, nicht hören und nicht sehen zu müssen, so vermag auch kein einziges Grundrecht vor dem Wandel des gesellschaftlichen Bewusstseins und des allgemeinen Lebensrisikos zu bewahren. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert nicht einen gleichbleibenden Geschäftsgang, die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht eine gleichbleibende Zahl gläubiger Anhänger. Solange die staatlichen Informationshandlungen sich *im Bereich der Rahmenbedingungen* bewegen, denen alle Grundrechtsträger gemeinsam unterliegen, dürften die Schutzbereiche der einschlägigen Grundrechte auch dann nicht berührt sein, wenn die kollektiven Bewusstseinsbildungsprozesse und Verhaltensweisen als Folge der Information eine Richtung einschlagen oder eine Dynamik annehmen, die sich ohne amtliches Dazutun so nicht eingestellt hätte. Entscheidend ist auch hier, ob die Informationshandlung dem Schutzzweck des Grundrechts widerspricht oder nicht (vgl. Nr. 94 f.).

- Produkteempfehlungen berühren den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit solange nicht, als alle Wettbewerber vom Informationsgehalt gleichermassen angesprochen sind; wer auf unökologischen oder ungesunden Produkten sitzen bleibt, nur weil die Behörde branchenumfassende Energie- und Stoffbilanzen publiziert, ist nicht in seiner Wirtschaftsfreiheit getroffen. Anders verhält es sich, wenn einzelne Produkte oder Substanzen namentlich oder identifizierbar genannt werden; dann ändert der Staat nicht die allgemeinen Rahmenbedingungen, sondern schutzzweckwidrig (wenngleich ohne wirtschaftslenkende Absicht) die individuelle Wettbewerbsposition[162], wofür er sich durch Bestehen des grundrechtlichen Zulässigkeitstests zu rechtfertigen hat.

---

161 So MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1026 Sp. 1; zustimmend KLOEPFER, Staatliche Informationen, S. 29 f. Bejahend für den Bereich der Wirtschaftsfreiheit NÜTZI, Information, S. 139. Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 83.

162 PHILIPP, Verbraucherinformationen, S. 157 f.; RHINOW, Kommentar BV, Art. 31bis, Rz. 93; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 100 ff., 165; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 84. Im Ergebnis ähnlich, wenn auch unter dem Titel der Eingriffsqualität abgehandelt: LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 930 Sp. 1; SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 281 ff.; Ferner J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 663 ff.

- Ähnliches gilt für *Sektenwarnungen:* Sie sind solange schutzbereichsindifferent, als sie sich auf den Umgang einer Vereinigung mit ihren Mitgliedern beziehen; sie sind es dann nicht mehr, wenn sie als religiöse Parteinahme des Staats oder als Herabsetzung bestimmter Bekenntnisse aufgefasst werden können[163].

b. Zurechenbarkeit

aa. Grundsätzlich: Nachweis eines ausreichenden Verantwortungszusammenhangs

99. Der Informationsadressat, der sich empfehlungskonform verhält und dadurch die Interessen Dritter beeinträchtigt, handelt als Privatperson. Vielleicht tut er es unter behördlichem Druck, trotzdem ist er nicht der verlängerte Arm des Staats. Ein Grundrechtseingriff kann daher nur vorliegen, wenn sich die private Folgehandlung in ausreichend enge Verbindung zum behördlichen Akt bringen lässt, sodass die Verkürzung der Grundrechte Dritter *als dem Staat zurechenbare Verkürzung* erscheint.

Einzelne Autoren halten die Zurechnungskonstruktion für überflüssig; die drittgerichtete Warnung oder Empfehlung sei selbst schon der Eingriff und das mit der Information intendierte Verbraucherverhalten blosse Eingriffsfolge[164]. Diese Sicht negiert, dass die Grundrechtsverkürzung in Gestalt verminderter Interaktionserfolgsaussichten die Verweigerungs- oder Ausweichhandlungen der Informationsadressaten zwingend voraussetzt – und dass diese Adressaten keineswegs Marionetten sind, die der Staat nach Belieben tanzen lassen kann.

100. In der Sache geht es um den Nachweis einer *grundrechtlichen Verantwortlichkeit.* Das Problem unterscheidet sich kaum von der haftungsrechtlichen Zurechnung eines Schadensereignisses. So spricht nichts dagegen, die im Entschädigungsrecht etablierte Figur der adäquaten Kausalität für die hier zu diskutierende Zurechenbarkeit von Grundrechtsverkürzungen heranzuziehen, jedenfalls im Sinne einer Grundformel[165]. Demnach wäre die Verkürzung von Grundrechten Dritter durch amtliche Warnungen und Empfehlungen dem Staat dann zuzurechnen, wenn die Warnung oder Empfehlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, eine Verkürzung der bewirkten Art herbeizuführen oder zu begünstigen. Die Formel muss allerdings mit verfassungsrechtlichen (nicht haftpflichtrechtlichen) Argumenten ausge-

---

163 SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 91, 93 f. Vgl. auch NÜTZI, Information, S. 141 ff.; MÜLLER/SCHEFER, Rechtsprechung, S. 102; J. P. MÜLLER, Grundrechte, S. 89 f.

164 MURSWIEK, Staatliche Warnungen, S. 1026 Sp. 2; ebenso KLOEPFER, Staatliche Informationen, S. 30.

165 Heranziehung von Kausalitätsüberlegungen auch bei MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 391 f.; SCHULTE, Informales Verwaltungshandeln, S. 518 Sp. 1; SODAN, Informationstätigkeit, S. 864 Sp. 1. Siehe ferner die Hinweise bei SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 159.

füllt werden. Es lassen sich einige Faktoren benennen, die den Zurechnungszusammenhang begründen (bb), und andere, die geeignet sind, ihn zu unterbrechen (cc).

Zu ähnlichen Ergebnissen dürfte kommen, wer auf die Figur des *Zweckveranlassers* rekurriert: Danach wäre die Zurechenbarkeit zum Staat erwiesen, sofern die Informationshandlung und der Informationserfolg eine natürliche Einheit bilden, die es rechtfertigt, einen Wertungszusammenhang zwischen ihnen herzustellen[166]. Die Konstruktion des Zweckveranlassers ist aber schon polizeirechtlich nicht unangefochten[167]. Es ist wohl besser, sich auf ihre Tragfähigkeit nicht zu sehr zu verlassen.

bb. Zurechnungsfaktoren

101. Zum Nachweis des Zurechnungszusammenhangs können als Bestimmungshilfen herangezogen werden: der staatliche Glaubwürdigkeitsvorsprung, das empfehlungskonforme Verhalten des Adressaten, die Voraussehbarkeit nicht beabsichtigter Folgen.

- *Staatlicher Glaubwürdigkeitsvorsprung.* Amtliche Informationen dürfen nicht unbesehen mit Berichten Privater auf eine Stufe gestellt werden. Behörden verfügen regelmässig über besondere Sachkunde, sie stehen nicht unter dem medienüblichen Termindruck, auch fehlt der Zwang zur marktabräumenden Schlagzeile. Amtliche Verlautbarungen können daher mit höherer Sorgfalt erarbeitet und aufwendigeren Läuterungsprozessen unterzogen werden. Der daraus resultierende Glaubwürdigkeitsvorsprung des Staats[168] dürfte den amtlichen Warnungen und Empfehlungen in Gestalt einer vergleichsweise erhöhten Steuerungskraft zugute kommen.
- *Empfehlungskonformes Verhalten des Adressaten.* Warnungen und Empfehlungen sind Mittel der Verhaltenssteuerung; der warnende und empfehlende Staat handelt in finaler Intention. Nun ist Finalität wohl kein zwingendes Merkmal des Grundrechtseingriffs (Nr. 87c). Handelt der Adressat aber im Sinne der Warnung oder Empfehlung und realisiert sich die Steuerungsabsicht des Staats im privaten Verhalten, so liegt darin doch ein starkes Zurechenbarkeitsindiz: Konformes Verhalten ist gewiss *die* adäquate Folge einer amtlichen Steuerungshandlung[169], und zwar ganz unabhängig von der «Zwangsähnlichkeit» der Wirkungen, die sich doch nie zuverlässig feststellen lässt.
- *Voraussehbarkeit nicht beabsichtigter Folgen.* Über das empfehlungskonforme Verhalten hinaus muss sich der Staat jene Folgen zurechnen lassen, die er im Zeitpunkt der Informationsabgabe vorausgesehen hatte oder bei Wahrung der gebotenen Sorgfalt hätte voraussehen müssen. Die Anforderungen an die ex ante vorzunehmende Prognose dürfen

166 ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 87 Sp. 1. Vgl. auch REINHARD, Polizeirecht, S. 182.

167 HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 1932; RHINOW/KRÄHENMANN, Ergänzungsband, S. 426 f.

168 BARTHE, Informationstätigkeit, S. 19, 132; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 391. Siehe auch SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 167 («Inanspruchnahme hoheitlicher Autorität»); ferner HEINTZEN, Grundrechtsproblem, S. 547; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 929 Sp. 1 f.; VON ROEHL, Kampagnen, S. 167 ff.

169 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 391; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 87 Sp. 1 f.; ROTH, Drittbetroffenheit, S. 222; SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 150 f., 158 f., 162; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 90.

zwar nicht zu hoch geschraubt werden[170]. Mit gewissen Verängstigungen und Überreaktionen seitens der Öffentlichkeit muss aber stets gerechnet werden, das gehört zum gewöhnlichen Lauf der Dinge[171].

cc. Unterbrechungsfaktoren

102. Der Zurechnungszusammenhang wird unterbrochen oder ist von vornherein nicht gegeben, wenn eigenständige Drittursachen dazwischen treten oder die Ereigniskette durchwegs dominieren. An solchen Faktoren kommen in Betracht: überwiegende Drittsteuerung, selbstständiger Entscheid des Adressaten, Unvorhersehbarkeit nicht beabsichtigter Folgen.

- *Überwiegende Drittsteuerung.* Der Gegenstand amtlicher Verlautbarungen wird häufig von Presse, Radio und Fernsehen aufgegriffen. Ob und wie dies geschieht, liegt im freien Ermessen der Medienunternehmen[172]. Eventuell setzt die Berichterstattung erst mit der amtlichen Information ein, vielleicht war die Angelegenheit schon davor ein öffentliches Thema. Manche Organe werden sich damit begnügen, die amtlichen Texte wiederzugeben und allenfalls zu kommentieren; andere werden eigene Recherchen anstellen. Durch derartige Konkurrenzinformation wird die staatlicherseits in Gang gebrachte Kausalkette noch nicht unterbrochen: Die Medien setzen keine neue, sondern bloss eine konkurrierende Ursache[173]. Der Zurechnungszusammenhang zulasten des Staats fällt aber dann weg, wenn die Medienberichte die amtlichen Warnungen und Empfehlungen in den Hintergrund drängen und als die dominierende Ursache der Verhaltensänderungen erscheinen[174]. Der Einfluss der amtlichen Information auf den Informationsadressaten muss mit anderen Worten weggedacht werden können, ohne dass deswegen die medienbedingte Kausalkette auseinander bricht.
- *Selbstständiger Entscheid des Adressaten.* Das informationskonforme Verhalten des Adressaten beruht auf rechtlich freier Entscheidung, auch wenn der tatsächliche Handlungsspielraum im Einzelfall gering sein mag. Doch selbst bei echter Entscheidungsfreiheit ist das empfehlungskonforme Verhalten vom Staat gewollt; wiederum wird eine eigenständige Drittursache damit nicht gesetzt[175]. Anders ist nur zu urteilen, wenn die amtliche Information als Motivationsfaktor der Entscheidung objektiv nicht von Bedeutung sein konnte und sich die Handlung des Adressaten als Ausdruck eines selbstständig und unabhängig gebildeten Willens darstellt.
- *Unvorhersehbarkeit nicht beabsichtigter Folgen.* Unvorhersehbare Folgen amtlicher Warnungen und Empfehlungen dürfen dem Staat nicht als Eingriff belastet werden[176]. Unvernünftiges und abwegiges Verhalten Privater ist daher irrelevant. Auch für die Übertreibungen der Presse hat der Staat nicht einzustehen. Eine Pflicht zur Richtigstellung trifft ihn nur, soweit *seine* Informationen verzerrt weitergetragen werden[177]. Unterlässt er die Korrektur, fallen die Folgen der unrichtigen Wiedergabe auf ihn zurück.

---

170 LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 929 Sp. 2; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 391 f.; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 90 f.

171 Vgl. aus haftungsrechtlicher Optik BGE 116 II 480 E. 3c S. 488; ferner 118 Ib 473 E. 18c S. 484 (hier entfiel die Haftung aber mangels Widerrechtlichkeit).

172 ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 86 Sp. 2 f.

173 SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 160. Vgl. auch BGE 116 II 480 E. 3c S. 489.

174 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 392.

175 SPAETH, Grundrechtseingriff, S. 162. Anders wohl WOLF, Grundrechtseingriff, S. 347.

176 WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 91.

177 BGE 118 Ib 473 E. 18b S. 483. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 392.

V. Zulässigkeitsvoraussetzungen

103. Die Zulässigkeit von Warnungen und Empfehlungen wird nach den *allgemeinen Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungshandelns* beurteilt. Zu den Prüfpunkten gehören namentlich Zuständigkeit, Gesetzmässigkeit, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (A–D). Dazu tritt noch die Pflicht des warnenden und empfehlenden Staats zur Objektivität (E). Auf die Konfrontation mit weiteren verwaltungsrechtlich bedeutsamen Verfassungsgrundsätzen wie Rechtsgleichheit, Willkürverbot sowie Treu und Glauben verzichte ich, teils aus Platzgründen, teils weil es dazu nur wenig zu sagen gibt[178]. Ich sehe auch von einer gesonderten Grundrechtsprüfung ab. Strukturell ist der besondere grundrechtliche Zulässigkeitstest von den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungshandelns längst überdeckt worden, mit Ausnahme der hier nicht bedeutsamen Kerngehaltsfrage[179]. Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit sind bei jedem Staatshandeln verlangt, auch und gerade im Vorfeld des Grundrechtseingriffs. Wohl kann es in den genannten Punkten grundrechtsbedingt zu erhöhten Anforderungen kommen (nämlich wenn Warnungen und Empfehlungen in grundrechtliche Schutzbereiche eindringen), aber es genügt, diese Eventualität gegebenenfalls mitzubedenken.

A. Zuständigkeit

1. Im Allgemeinen

104. Amtliche Warnungen und Empfehlungen müssen *von zuständiger Stelle* ausgehen. Diese staatsrechtliche Selbstverständlichkeit dient in hohem Masse auch der Sache. Zuständigkeit begründet die Vermutung erhöhter amtlicher Sachkunde, was der Information die erforderliche Qualität sichert. Überdies verhindert die Regel, dass mehrere Amtsstellen zu ein und derselben Angelegenheit eigene (möglicherweise entgegengesetzte) Informationen abgeben und eine Desorientierung der Öffentlichkeit provozieren[180].

---

178 Vgl. die Ausführungen bei BARTHE, Informationstätigkeit, S. 143 f., und NÜTZI, Information, S. 186–189.

179 Art. 36 BV (Einschränkung von Grundrechten) im Vergleich zu Art. 5 BV (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns). Vgl. WEBER-DÜRLER, Ablösung der Freiheitsrechte, S. 438 ff. Im Schrifttum finden sich gelegentlich noch doppelte Prüfungen, z.B. bei MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 376 ff. (Verwaltungsrecht) und S. 396 ff. (Grundrechte).

180 Vgl. HEINTZEN, Bundesstaat, S. 1448 Sp. 2; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 933 Sp. 2.

105. Nur *sachspezifische Aufgabenkompetenzen* vermögen die benötigte Zuständigkeitsgrundlage zu stiften[181].

Der Grundsatz von der Öffentlichkeit der Verwaltung – soweit verfassungsrechtlich anerkannt (z.B. in Art. 17 Abs. 3 KV-BE) – ist von vornherein nicht einschlägig, und der Auftrag der Regierung zur Öffentlichkeitsarbeit im Allgemeinen (Art. 180 Abs. 2 BV; Art. 10 f. RVOG) sowie zur Information vor Wahlen und Abstimmungen im Besonderen (Art. 11 Abs. 2, Art. 34 BPR) taugt nur als Grundlage für Informationsaktivitäten im Kontext der Regierungsfunktion, nicht aber (worum es hier allein geht) zur Fundierung von verhaltenslenkender Information als Handlungsinstrument eines Verwaltungsträgers.

2. *Bundesstaatlich*

106. Der *Bund* ist zur Abgabe amtlicher Warnungen und Empfehlungen soweit befugt, als ihr Gegenstand kraft Bundesverfassung in seinen Zuständigkeitsbereich gehoben worden ist[182] (Art. 3 BV). Ansonsten obliegt die verhaltenssteuernde Information den *Kantonen.*

Über Zuständigkeiten im Bereich der *Energiepolitik* (Art. 89 BV) verfügt der Bund erst seit 1990; die Energiesparkampagnen aus der Zeit davor waren daher unzulässig[183]. Vereinzelt wird auch die *MMR-Impfkampagne* kompetenzrechtlich angefochten[184]. Tatsächlich erstreckt sich die Zuständigkeit des Bundes zur Bekämpfung «übertragbarer» (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV) Krankheiten nicht auf alle erdenklichen Infektionen, sondern nur auf solche, die wegen ihrer sozialen oder wirtschaftlichen Folgeschäden geeignet sind, die *öffentliche* Gesundheit (und nicht bloss die Gesundheit Einzelner) zu gefährden[185]. Masern, Mumps und Röteln aber sind medizinisch in der Regel harmlos. Trotzdem sollte man die Kompetenzfrage nicht zu eng sehen. Die MMR-Kampagne mag unter dem Titel der Verhältnismässigkeit anfechtbar sein; aber dass die drei Kinderkrankheiten die «öffentliche» Gesundheit betreffen, steht ausser Zweifel. Sie werden bereits bei flüchtigen sozialen Kontakten übertragen, und die Folgen einer periodischen Durchseuchung der Schuljahrgänge – Behinderung des Unterrichts, Belastung der Krankenversicherung – sind kaum vernachlässigbar. Die Zuständigkeit zur Impfempfehlung bejahen heisst im Übrigen nicht, den Einsatz seuchenpolizeilicher Zwangsmassnahmen zu akzeptieren; dafür müssten schon qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sein[186].

107. Warnungen und Empfehlungen gehören zu den Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns; sie bedingen daher eine entsprechende *Verwal-*

---

181 NÜTZI, Information, S. 189.

182 Weitgehend h.L. Vgl. BARTHE, Informationstätigkeit, S. 123 f.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 377; NÜTZI, Information, S. 190; RICHLI, Informationsmittel, S. 156. Für Deutschland etwa GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2920 Sp. 1; HEINTZEN, Bundesstaat, S. 1448 ff.; KLOEPFER, Staatliche Informationen, S. 25; PHILIPP, Verbraucherinformationen, S. 55.

183 Art. 24^{octies} BV 1874, von Volk und Ständen angenommen am 23. September 1990. Vgl. RICHLI, Informationsmittel, S. 156 f.

184 M. MÜLLER, Impfkampagne, S. 385 f.

185 MALINVERNI in: Kommentar BV, Art. 69, Rz. 15; M. MÜLLER, Krankheitsbekämpfung, S. 23–29, 33.

186 Hierzu M. MÜLLER, Krankheitsbekämpfung, S. 78 ff., 156 ff.

tungskompetenz[187]. Sachkompetenz bedeutet im bundesstaatlichen Verhältnis zuallererst Rechtsetzungskompetenz; sie schliesst aber die Verwaltungskompetenz mit ein, solange das Bundesrecht nichts Gegenteiliges vorsieht[188]. Selbst bei gegebener Sachkompetenz ist der Bund zur Abgabe von Warnungen und Empfehlungen folglich dort nicht befugt, wo der Vollzug des Bundesrechts bei den Kantonen liegt.

Oft teilt das Sachgesetz den Vollzug auf Bund und Kantone auf. Die Informationskompetenz folgt auch in solchen Fällen der Verwaltungskompetenz (vgl. z.B. Art. 43 Abs. 1 LMG). Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte das Gesetz die Zuständigkeit zur Abgabe von Warnungen und Empfehlungen dennoch ausdrücklich regeln. Zur Vermeidung von Verwirrungen und Widersprüchen sind Bund und Kantone bei geteilter Vollzugskompetenz gehalten, ihre Informationsaktivitäten abzusprechen[189] (Art. 44 Abs. 1 BV). Soll die Ordnung der Verwaltungskompetenz für die Abgabe von Warnungen und Empfehlungen nicht gelten, so ist eine explizite Regelung im Bundesgesetz (oder bei verfassungsrechtlichen Verwaltungsvorbehalten zugunsten der Kantone: in der Bundesverfassung selbst) schon kompetenzrechtlich unerlässlich. Eine über die Verwaltungszuständigkeit hinausreichende Informationszuständigkeit des Bundes dürfte vor allem dort angebracht sein, wo ein und dieselbe Angelegenheit mehrere Kantone gleichzeitig betrifft (vgl. z.B. Art. 43 Abs. 3 LMG).

3. *Sachlich, örtlich, funktionell*

108. Innerhalb der bundesstaatlich angesprochenen Ebene richtet sich die Zuständigkeit nach dem Verwaltungsorganisationsrecht und der Spezialgesetzgebung. In *sachlicher* Hinsicht obliegt die verhaltenssteuernde Information jenem Ressort, in dessen Aufgabenkreis sie thematisch fällt. Allfällige Grenzen der *örtlichen* Zuständigkeit ergeben sich aus dem Territorialitätsprinzip. *Funktionell* zuständig sind aufgrund der organisationsrechtlichen Grundordnung die technischen Ebenen, im Bund also die Bundesämter als die «tragenden Verwaltungseinheiten» (Art. 43 Abs. 1 RVOG). Die Zuständigkeit der Amtsstufe braucht nicht schon im Bundesgesetz vorgezeichnet zu sein: Aufgabenzuweisung durch Verordnung ist ausreichend, da die Regeln zur Subdelegation nur die Rechtsetzungszuständigkeit, nicht aber die Verwaltungszuständigkeit betreffen (Art. 48 Abs. 2 RVOG). Ob und wieweit das Departement kraft seiner Führungsverantwortung auf die Warnungen und Empfehlungen seiner Ämter einzuwirken hat, richtet sich – Spezialgesetz vorbehalten – nach der sachlich-politischen Tragweite im Einzelfall (Art. 37 und 47 Abs. 1 RVOG).

---

187 Für Deutschland ausdrücklich GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2920 Sp. 1.

188 AUBERT, Bundesstaatsrecht, Rz. 727 ff.; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 103 ff.; HANGARTNER, Staatsrecht I, S. 71; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 338–341; TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 114, 121.

189 NÜTZI, Information, S. 191.

B. Gesetzmässigkeit

1. *Im Allgemeinen*

109. Allgemein gesprochen dürfen Regierung und Verwaltung nur auf der Grundlage und im Rahmen des Rechts tätig werden; es gibt für den Staat keinen rechtsfreien Raum[190] (Art. 5 Abs. 1 BV). Dass auch die verhaltenssteuernde Information des Staats rechtlicher Fundierung bedarf, steht daher ausser Zweifel. Der Lehrstreit dreht sich denn auch nicht um diese Prinzipfrage. Wohl aber gehen die Auffassungen darüber auseinander, ob Warnungen und Empfehlungen einer *ausdrücklichen formellgesetzlichen* Grundlage bedürfen (2) und wenn ja, welches die Anforderungen an die *Regelungsdichte* einer solchen Grundlage sind (3).

2. *Anforderungen an die Regelungsstufe: Ausdrückliche formellgesetzliche Grundlage nur für breitenwirksame Warnungen und Empfehlungen*

110. Das Schrifttum scheint sich soweit einig zu sein, als zumindest die in Gestalt einer *Kampagne* verbreiteten Warnungen und Empfehlungen eine *ausdrückliche* Grundlage in einem *formellen* Gesetz benötigen[191]. In den Begründungen dominiert das grundrechtliche Räsonnement[192]; seltener wird auf der Notwendigkeit einer demokratischen Legitimierung insistiert[193]. Wegen der Schwierigkeit, die grundrechtlichen Auswirkungen amtlicher Informationen zuverlässig abzuschätzen, neigen einzelne Autoren dazu, «im Zweifel ... prinzipiell durchwegs eine formellgesetzliche Grundlage» zu verlangen[194].

---

190 Übersichten über den Gehalt des Legalitätsprinzips bei HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 296 ff., MOOR, Droit administratif I, S. 309 ff., und ZIMMERLI, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, recht 1984, S. 73.

191 Deutlich etwa MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 377, 397. Im Ergebnis wohl ähnlich BARTHE, Informationstätigkeit, S. 133 f.; NÜTZI, Information, S. 158 f. (dort auch eine Literaturübersicht, S. 154-158); SUTTER-SOMM, Werbung, S. 131 Sp. 1. Keine formellgesetzliche Grundlage erforderlich nach Auffassung von MORAND, Interventionnisme, S. 150.

192 Vgl. BARTHE, Informationstätigkeit, S. 133 f.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 397 f.; NÜTZI, Information, S. 159; RICHLI, Informationsmittel, S. 161. Überwiegend grundrechtlich ausgerichtet auch die deutsche Literatur; statt vieler LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 930 f.

193 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 377.

194 RICHLI, Informationsmittel, S. 161; billigend SUTTER-SOMM, Werbung, S. 132 Sp. 1. Kritisch dazu MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 397.

111. Die Forderung nach ausdrücklicher Fundierung jedenfalls der Informationskampagnen leuchtet zwar ein. Dennoch ist sie keine Selbstverständlichkeit. Wer nämlich zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist, besitzt auch die Befugnis, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhältnisse nach den Vorgaben des Sachgesetzes durch Verwaltungsakt zu regeln: *Verwaltungskompetenz* schliesst *Verfügungskompetenz* ein[195], und erst recht die Kompetenz zum aufgabennotwendigen *Realakt*. Das Gesetz braucht sich zur Frage der Handlungsform im Allgemeinen und zur Zulässigkeit des Realakts im Besonderen nicht eigens zu äussern. Auskünfte und Zusicherungen dürfen erteilt werden, selbst wenn das Gesetz dazu schweigt. Dass die zulässigen Massnahmen der Polizeibehörden – in der Überzahl Realakte – mehr und mehr formellgesetzlich geregelt werden, liegt nicht an einer wie immer gearteten Irregularität der Handlungsform; vielmehr drängt die Grundrechtsnähe der polizeilichen Standardmassnahmen dazu, die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Handlungen durch explizite Befugnisnormen rechtssatzmässig zu erfassen[196]. Kurz: Entscheidend ist allemal nur die materielle und instrumentelle Tragfähigkeit des Sachgesetzes.

112. Bezogen auf Warnungen und Empfehlungen bedeutet dies

- *grundsätzlich:* Solange Warnungen und Empfehlungen den Rahmen einer *üblichen Vollziehungshandlung* nicht sprengen, gibt es keinen Grund, schon den Griff zur Information als Mittel der Aufgabenerfüllung unter Gesetzesvorbehalt zu stellen. Die Verwaltungskompetenz reicht, selbst wenn die organisationsrechtliche Zuweisung nur durch Verordnung erfolgt[197]. Sollte die Informationshandlung geeignet sein, schwere Grundrechtseingriffe zu bewirken (dies kann man bei individualisierten Produktewarnungen nicht ausschliessen), müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen zwar formellgesetzlich verankert sein – aber aus grundrechtlichen Erwägungen, nicht zur Freigabe der Handlungsform.
- *Informationsaktivitäten mit Kampagnencharakter* dagegen zählen schon wegen ihrer Breitenwirksamkeit (und ganz unabhängig von der Grundrechtsrelevanz) nicht mehr zu den in der Verwaltungskompetenz eingeschlossenen Handlungsformen. Für sie ist eine formellgesetzliche Grundlage daher stets erforderlich[198].

---

195 GYGI, Verwaltungsrecht, S. 43; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, S. 38.

196 REINHARD, Polizeirecht, S. 206 ff., 211 f.

197 Im Ergebnis gl.M. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 377 (generelle Zuständigkeitsnorm für Warnungen und Empfehlungen im Einzelfall ausreichend), und BARTHE, Informationstätigkeit, S. 133 (generelle Zuständigkeitsnorm ausreichend, wenn der «Informationsbedarf bezüglich einer Materie feststeht»).

198 Anm. 191.

Zwei *Sonderfälle* sind vorzubehalten[199]. Erstens, verhaltenssteuernde Kampagnen sind auch ohne formellgesetzliche Grundlage zulässig, wenn die Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel erfüllt sind. Zweitens, die Notwendigkeit einer formellgesetzlichen Grundlage entfällt auch dann, wenn die Kampagne von keiner spezifischen normativen Intention getragen ist, sondern einzig zur Einhaltung des geltenden Rechts aufruft.

113. Die erforderliche Grundlage muss im *Sachgesetz* gefunden werden, dessen Geltungsbereich die Informationshandlung betrifft. Nur auf diese Weise lässt sich der nötige Konnex zu den Ressortzielen sicherstellen.

Die *haushaltrechtliche Genehmigung* der Informationskredite durch das Parlament ersetzt die sachgesetzliche Grundlage schon darum nicht, weil das Budget regelmässig als einfacher Parlamentsbeschluss und nicht als formelles Gesetz ergeht[200]. Immerhin dürfte zur Legitimierung einer einmaligen Kampagne genügen, wenn die Mittel durch referendumsfähigen Beschluss gesprochen werden, der sich zugleich zur Zweckwidmung äussert[201].

3. *Anforderungen an die Regelungsdichte: Bestimmte Normierung nur der strukturellen Eckwerte*

114. Steht fest, dass breitenwirksame Warnungen und Empfehlungen einer ausdrücklichen Grundlage im formellen Gesetz bedürfen, muss noch die Frage nach dem notwendigen Gesetzesinhalt geklärt werden. Grundsätzlich gehört alles *« Wesentliche »* einer rechtlichen Regelung in das formelle Gesetz[202]. Allerdings können selbst unstreitig « wesentliche » Dinge im Gesetz aus unterschiedlichen Gründen fehlen – etwa wenn die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Verhältnisse oder die Komplexität der zu treffenden Entscheidungen zur offenen Norm drängt[203], oder wenn der Gesetzgeber nicht als das geeignete Regelungsorgan erscheint, z.B. weil ihm die nötige Sachkenntnis oder Flexibilität fehlt[204].

115. Für die gesetzliche Erfassung von Warnungen und Empfehlungen sind die Konsequenzen rasch gezogen. Die « wesentlichen » Punkte, die der Gesetzgeber ausdrücklich regeln sollte (und auch ohne weiteres regeln kann), sind:

---

199 Vgl. BARTHE, Informationstätigkeit, S. 135, 137; NÜTZI, Information, S. 171.

200 Für den Bund: Art. 14 FHG und z.B. BBl 1999 225 f. (Voranschlag 1999).

201 Vgl. z.B. den Bundesbeschluss zum 150. Geburtstag des Schweizerischen Bundesstaats vom 6. Oktober 1995 (AS 1996 506): Finanzhilfen an Projekte im Rahmen der Feierlichkeiten (Art. 3); Unterstellung unter das fakultative Referendum (Art. 6).

202 BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283; 103 Ia 369 E. 6 S. 381 f. Zum Kriterium der « Wesentlichkeit » etwa KÄLIN, Gesetz und Verordnung, in: WALTER KÄLIN/URS BOLZ (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 129, 140 f.; G. MÜLLER, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtsetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl 1998, S. 1, 11.

203 BGE 123 I E. 4b S. 5 f.; 109 Ia 273 E. 4d S. 284.

204 BGE 103 Ia 369 E. 6f und 6g S. 383 f.

- die *prinzipielle Zulässigkeit* von Kampagnen als Mittel der Aufgabenerfüllung;
- ihr *Gegenstand;*
- die *Zwecke,* denen sie dienstbar gemacht werden dürfen;
- eine allfällige *Zusammenarbeit mit Privaten;*
- schliesslich – soweit erforderlich – die Aufgabenteilung zwischen *Bund und Kantonen.*

Mehr kann man in materieller Hinsicht nicht verlangen. Festlegung der Informationsstrategie, Auswahl der prioritären Botschaften, Bestimmung der Kommunikationsformen, Anpassung der Kampagne an veränderte Verhältnisse – all dies erfordert besonderes Fachwissen, fortwährende Evaluationstätigkeit, hohe Handlungsbereitschaft. Man überlässt die Angelegenheit insoweit besser der Verwaltung. Selbst der Verordnunggeber wäre überfordert; die genannten Punkte lassen sich normativ kaum vernünftig erfassen[205]. Die weiteren Begrenzungen der administrativen Spielräume folgen aus den übrigen Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungshandelns, besonders aus dem Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (C, D).

Die neueren gesetzlichen Regelungen dürften den geschilderten Anforderungen durchwegs genügen (vgl. besonders Art. 10 EnG und die weiteren Beispiele in Nr. 116). Vom Wortlaut her gesehen scheint allenfalls die Grundlage im Epidemiengesetz knapp; Art. 3 Abs. 2 EpG spricht nur gerade von «weiteren Mitteilungen». Im Verein mit dem Zweckartikel des Gesetzes (Art. 1 EpG) lässt sich aber auch diese Bestimmung als ausreichende Grundlage für Empfehlungen nach Art der «Stop-Aids»-Kampagne ansehen[206].

4. *Hinweise auf bundesrechtliche Regelungen*

116. Bestimmungen zu Warnungen und Empfehlungen finden sich in der Sachgesetzgebung recht häufig[207].

- *Energiegesetz*[208]. Eine einlässliche Regelung[209] amtlicher Informationskampagnen ist in Art. 10 EnG enthalten. Danach informieren und beraten das Bundesamt für Energie und die Kantone die Öffentlichkeit und die Behörden «über die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung, die Möglichkeiten einer sparsamen und rationellen

---

205 Vgl. NÜTZI, Information, S. 159; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 87 Sp. 2 f.

206 M. MÜLLER, Krankheitsbekämpfung, S. 65 f. (de lege ferenda jedoch substantiellere Regelung wünschbar). Billigend NÜTZI, Information, S. 162 f. Zu eng m.E. ZENGER, Gutachten, S. 173.

207 Übersichten bei BARTHE, Informationstätigkeit, S. 135 f.; NÜTZI, Information, S. 161–170 (mit teils einlässlicher Diskussion); SUTTER-SOMM, Werbung, S. 125 f.

208 Energiegesetz vom 26. Juni 1998, SR 730.0 (EnG).

209 Vergleichbare Vorläufer in Art. 8 des Bundesbeschlusses für eine sparsame und rationelle Energienutzung vom 14. Dezember 1990, AS 1991 1018, und in Art. 19 der zugehörigen Energienutzungsverordnung vom 22. Januar 1992, AS 1992 397 (beide mit dem Inkrafttreten des EnG aufgehoben).

Energienutzung sowie über die Nutzung erneuerbarer Energien». Bund und Kantone sind gehalten, ihre Informationsaktivitäten zu koordinieren, wobei dem Bund «vorwiegend die Information» und den Kantonen «hauptsächlich die Beratung» obliegt (Abs. 1). Bund und Kantone können im Rahmen ihrer Aufgaben zusammen mit Privaten Informations- und Beratungsorganisationen schaffen (Abs. 2).

- *Umweltschutzgesetz*[210]. Unter dem Titel «Information und Beratung» hält Art. 6 USG die Behörden an, die Öffentlichkeit «sachgerecht über den Umweltschutz und den Stand der Umweltbelastung» zu informieren (Abs. 1). Die Fachstellen «beraten Behörden und Private» und «empfehlen Massnahmen zur Verminderung der Umweltbelastung» (Abs. 2 und 3). Insbesondere kann der Bundesrat «über Massnahmen gegen physikalische Belastungen [des Bodens] wie die Erosion oder die Verdichtung, Vorschriften oder Empfehlungen» erlassen (Art. 33 Abs. 2 USG).
- *Gewässerschutzgesetz*[211]. Eine mit Art. 6 USG vergleichbare Regelung trifft Art. 50 GSchG: Information über den Gewässerschutz und den Zustand der Gewässer (Abs. 1), Beratung von Behörden und Privaten (Abs. 2), Empfehlungen «zur Verhinderung und zur Verminderung nachteiliger Einwirkungen auf die Gewässer» (Abs. 3).
- *Lebensmittelgesetz*[212]. Nach Art. 12 LMG sorgt der Bund dafür, dass die Öffentlichkeit über «besondere Ereignisse, die für den Gesundheitsschutz von Bedeutung sind», informiert wird; er kann die Öffentlichkeit ferner unterrichten über «ernährungswissenschaftliche Erkenntnisse von allgemeinem Interesse, welche namentlich für die Gesundheitsvorsorge und den Gesundheitsschutz von Bedeutung sind» (Abs. 1). Zudem kann er die Öffentlichkeitsarbeit anderer Institutionen unterstützen (Abs. 2). Sind gesundheitsgefährdende Lebensmittel, Zusatzstoffe oder Gebrauchsgegenstände im Umlauf, so informieren die Behörden die Öffentlichkeit nötigenfalls unter genauer Nennung von Produkt, Marke oder Hersteller und «empfehlen der Bevölkerung, wie sie sich verhalten soll»; die betroffenen Kreise – «Hersteller, Importeure, Verteiler oder Verkäufer sowie die Konsumentenorganisationen» – werden wenn möglich vorgängig angehört (Art. 43 Abs. 1 und 2 LMG). Die Warnungszuständigkeit folgt der Vollziehungszuständigkeit, ausser es sei die Bevölkerung mehrere Kantone gefährdet; dann obliegt die Information allein dem Bund (Art. 43 Abs. 3 LMG). Die Tabakverordnung[213], eine der Vollziehungsverordnungen zum LMG, verpflichtet die Hersteller von Tabakerzeugnissen, auf Packungen bestimmte Warnaufschriften anzubringen («Rauchen gefährdet die Gesundheit», «Rauchen verursacht Krebs» usf.); die Aufschriften müssen einer Reihe optischer Anforderungen genügen, z.B. bezüglich Mindestgrösse und Platzierung (Art. 10–12 TabV).
- *Epidemiengesetz*[214]. Das EpG erteilt dem Bundesamt für Gesundheit den Auftrag, die meldepflichtigen Vorgänge (bestimmte Erkankungen, Verdachtsfälle oder Erregernachweise) periodisch zusammenzustellen und zu veröffentlichen (Art. 3 Abs. 1 und Art. 27 EpG). «Bei Bedarf unterrichtet es [das Amt] die Behörden, die Ärzteschaft und die Öffentlichkeit durch weitere Mitteilungen» (Art. 3 Abs. 2 EpG). Es gibt «Richtlinien zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten» heraus und passt sie «laufend dem neuesten wissenschaftlichen Stand» an (Abs. 3).

---

210 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01 (USG).

211 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991, SR 814.20 (GSchG).

212 Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992, SR 817.0 (LMG).

213 Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse vom 1. März 1995, SR 817.06 (TabV).

214 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970, SR 818.101 (EpG).

C. Öffentliches Interesse

1. Im Allgemeinen

117. Welche Belange im öffentlichen Interesse liegen und zur Abwägung mit widerstreitenden privaten Interessen freigegeben sind, kann im demokratischen Rechtsstaat nur durch den politischen Prozess bestimmt werden und muss *im positiven Recht erkennbaren Ausdruck* gefunden haben[215]. Warnungen und Empfehlungen verursachen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses solange keine Schwierigkeiten, als sie sich in den Zusammenhang des allgemeinen Polizeigüterschutzes oder einer genau benannten Verwaltungsaufgabe stellen lassen[216]. Oft regelt das Sachgesetz die zulässigen Zwecke amtlicher Warnungen und Empfehlungen ausdrücklich (vgl. Nr. 116). Aber auch wo solche Präzisierung fehlt, versteht es sich von selbst, dass die Informationstätigkeiten ausschliesslich in den Dienst der vom Gesetz zu verfolgenden Interessen gestellt und nicht als Mittel zur allgemeinen Bewusstseinsbildung missbraucht werden dürfen[217].

Das öffentliche Interesse hinter den Sektenwarnungen scheint nicht evident. Klar ist nur, dass sich der Staat religiöser Parteinahmen zu enthalten hat; ein zulässiges öffentliches Interesse hierfür liesse sich nicht ausmachen. Aber auch Sektenwarnungen, die nicht auf die Inhalte Bezug nehmen, sondern auf Begleiterscheinungen wie den verwerflichen Umgang der Vereinigungen mit Passanten und Mitgliedern, müssen sich durch ein *konkretes* Aufgabeninteresse rechtfertigen lassen. Dieser Nachweis kann nur gelingen, wenn die Warnung durch den Erziehungsauftrag der öffentlichen Schule[218] oder allenfalls noch durch das Fürsorgemandat des Gemeinwesens oder den allgemeinen Schutz der öffentlichen Ordnung gedeckt ist.

118. Greift die Warnung oder die Empfehlung in den *Schutzbereich eines Grundrechts* ein, so muss zusätzlich geprüft werden, ob das angeführte öffentliche Interesse aus der Sicht des berührten Grundrechts ein zulässiges

---

215 Zu Begriff und Bedeutung des öffentlichen Interesses vgl. nur HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 450 ff.; MOOR, Droit administratif I, S. 387 ff.

216 BARTHE, Informationstätigkeit, S. 140 f.; MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 378, 398; SUTTER-SOMM, Werbung, S. 127 Sp. 2.

217 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 364 ff., 378. Ebenso LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 932 Sp. 2.

218 Vgl. als Beispiel Art. 2 des bernischen Volksschulgesetzes vom 19. März 1992 (BSG 432.210): Unter anderem soll die Volksschule «den Willen zur Toleranz und zu verantwortungsbewusstem Handeln gegenüber Mitmenschen und Umwelt sowie das Verständnis für andere Sprachen und Kulturen» wecken (Abs. 3).

Eingriffsinteresse darstellt oder ob es wegen qualifizierter Eingriffsvoraussetzungen von vornherein nicht anerkannt werden kann[219].

119. Ist ein *zulässiges* öffentliches Interesse ausgemacht, folgt die Abwägung mit entgegenstehenden (öffentlichen oder privaten) Interessen[220]. Nur wenn diese Abwägung zugunsten der hinter den Warnungen und Empfehlungen stehenden Belange ausgeht, ist das (für sich zulässige) öffentliche Interesse auch als *ausreichendes* öffentliches Interesse ausgewiesen.

2. *Warnung vor verkehrsfähigen Produkten?*

120. Warnungen und Empfehlungen, soweit sie hier interessieren, ergehen im Bereich des rechtlich erlaubten Handelns. Produktewarnungen treffen daher oftmals verkehrsfähige Erzeugnisse, d.h. Erzeugnisse, die allen gesetzlichen Vorschriften genügen. Warnungen dieser Art scheinen zunächst ein Widerspruch in sich. Sie bewirkten, so heisst es, eine Rechts- und Dispositionsunsicherheit, jedenfalls aber seien sie Ausdruck von *« Wertungsinkongruenz »*[221]. Die Hersteller müssten sich auf die Massgeblichkeit des gesetzlichen Minimalstandards verlassen können und der Verwaltung stehe nicht zu, « aus eigenem Antrieb weitere Anforderungen draufzusatteln »[222]. Wolle man mehr, müsse das Gesetz geändert werden.

121. In dieser allgemeinen Form dürfte sich die Kritik kaum halten lassen. Sie ist allenfalls dort berechtigt, wo das Sachgesetz zum Instrument der Warnungen und Empfehlungen überhaupt schweigt. Sind sie jedoch *als Mittel der Aufgabenerfüllung gesetzlich vorgesehen,* dann ist es vorrangig Auslegungsfrage, ob und wieweit der Gesetzgeber Warnungen und Empfehlungen zu verkehrsfähigen Produkten zulassen wollte[223].

Art. 6 Abs. 3 USG ermächtigt die Umweltfachstellen, « Massnahmen zur Verminderung der Umweltbelastung » zu empfehlen. Verkehrsfähige Produkte sind als Gegenstand solcher Empfehlungen nach richtigem Verständnis nicht ausgenommen[224]. Es ist ja nicht nur der grosse Störfall, es ist genauso die Summe der kleinen und kleinsten Einwirkungen, die der Umwelt

---

219 Hier relevant in erster Linie die Wirtschaftsfreiheit; vgl. BGE 121 I 129 E. 3b S. 131 f. sowie MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 399; NÜTZI, Information, S. 175 f.; RICHLI, Informationsmittel, S. 166.

220 HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, Rz. 474 ff.; MOOR, Droit administratif I, S. 397 ff. Auf die persistierenden Einwendungen gegen die Seriosität der Abwägung als juristischer Methode gehe ich nicht mehr ein.

221 NÜTZI, Information, S. 165.

222 Vgl. OSSENBÜHL, Informelles Hoheitshandeln, S. 33.

223 Ähnlich auch BARTHE, Informationstätigkeit, S. 153.

224 BARTHE, Informationstätigkeit, S. 153 ff. Vgl. auch Art. 18 Abs. 5 RTVG (Werbeeinschränkungen für umweltbelastende Produkte).

zum Problem wird[225]. Die Einhaltung umweltrechtlicher Grenzwerte erlaubt nicht den Schluss auf die völlige Unbedenklichkeit des Produkts und entbindet nicht von der allgemeinen Pflicht zur Umweltvorsorge (Art. 1 Abs. 2 USG). Solange Warnungen und Empfehlungen zu verkehrsfähigen Produkten von keinen wirtschaftslenkenden Absichten getragen sind (Nr. 98), lassen sie sich zwanglos als Teil der umweltrechtlichen Vorsorgestrategie einordnen.

3. *Warnung vor Selbstgefährdung?*

122. Warnungen vor den Gefahren verkehrsfähiger Produkte erfüllen nicht immer umweltpolitische Zwecke. Oft steht der Gesundheitsschutz im Vordergrund, so z.B. bei der Zigarettenwarnung. Gewiss: «Rauchen gefährdet die Gesundheit Ihrer Mitmenschen» (Art. 11 Abs. 1 TabV). Doch wer raucht, bringt zuerst die eigene Gesundheit in Gefahr; und die Hauptbotschaften der Warnaufschriften lauten auch so. Das führt zur Frage, ob im Schutz vor Selbstgefährdung ein valables öffentliches Interesse liege. Dem *allgemeinen Polizeirecht* lässt sich keine Antwort entnehmen, denn dort geht es um ein qualifiziertes Problem: nämlich ob bei Selbstgefährdungen polizei*behördliches* Einschreiten geboten sei (ja bei Selbstmördern und in sonstigen Fällen selbst verursachter Lebensgefahr, nein bei nicht unmittelbar lebensbedrohlichen Selbstgefährdungen wie übermässiges Trinken und eben auch Rauchen[226]). Das allgemeine Polizeirecht schliesst aber nicht aus, dass Selbstgefährdungen, die ihm als Privatsache gelten, im Rahmen *besonderer Sachaufgaben* aufgegriffen und *spezialpolizeilich* geregelt werden. Wie weit dies geschehen soll, ist eine Frage der Rechtspolitik. Ist aber der Schutz vor Selbstgefährdung als Ziel einer Sachaufgabe einmal anerkannt, werden sich auch die entsprechenden Warnungen und Empfehlungen über ein zulässiges öffentliches Interesse ausweisen können.

Auf die Zigarettenwarnung trifft dies zu: Das Lebensmittelgesetz toleriert zwar die Selbstgefährdung durch Tabakkonsum, solange die Gesundheit bei üblichem Gebrauch nicht «unmittelbar oder in unerwarteter Weise» gefährdet wird (Art. 13 Abs. 2 i.V. mit Art. 3 Abs. 3 LMG). Dies ändert aber nichts am Willen des Gesetzes, im Sinne der «Gesundheitsvorsorge» (Art. 12 LMG) ganz allgemein vor Lebensmitteln zu schützen, «welche die Gesundheit gefährden können» (Art. 1 Bst. a LMG).

---

225 Eindringlich GRAMM, Prävention, S. 184 ff.

226 REINHARD, Polizeirecht, S. 98 ff.

D. Verhältnismässigkeit

1. *Im Allgemeinen*

123. Warnungen und Empfehlungen müssen schliesslich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren, also: mit Blick auf das zu erreichende Ziel geeignet und erforderlich sein und mit ihren Eingriffswirkungen für die Betroffenen zumutbar bleiben[227]. Eine substanzielle Diskussion über Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit von Warnungen und Empfehlungen lässt sich freilich nur am konkreten Fall führen; hier muss es bei wenigen Merkpunkten bleiben.

Die *Anforderungen an die inhaltliche und formale Qualität* der vermittelten Aussagen folgen im Übrigen nicht aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, sondern wurzeln in der Pflicht des Staats zu objektiver Information (unten E).

2. *Eignung*

124. «Geeignetes» Mittel zur Verfolgung normativer Zwecke sind Warnungen und Empfehlungen nur dann, wenn sie die beabsichtigten Verhaltensänderungen auszulösen vermögen *und* diese Änderungen zur Erreichung des verfolgten Ziels in nicht zu vernachlässigender Weise beitragen[228]. Fehlt es einer Warnung oder Empfehlung selbst an minimaler Wirksamkeit oder erzeugt sie zielschädigende Nebeneffekte, dann erscheint sie als Steuerungsinstrument ungeeignet; nötigenfalls muss zu rechtsverbindlichen Handlungsformen gewechselt werden.

Wegen der hohen Trefferunschärfe des Instruments wird es kaum gelingen, die Eignung einer Warnung oder Empfehlung ex ante zuverlässig zu beurteilen[229]. Sicher muss die Botschaft zielgruppengerecht formuliert werden, doch damit ist nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung unter vielen angesprochen. Auch Mittel und Formen der Kommunikation haben sich am Eignungsgebot messen zu lassen. Gewisse Inhalte lassen sich nur ausführlich und in schriftlicher Form vermitteln, andere können ohne Schaden auf Slogans und Merkpunkte verkürzt werden. Zumindest bei aufwendigen Kampagnen wird die Behörde die geforderte Eignungsprüfung nicht ohne Beizug professioneller Agenturen durchführen können.

3. *Erforderlichkeit*

125. Unter dem Titel der Erforderlichkeit ist vorweg nach Handlungsalternativen zu fragen, die sich (bei gleicher Eignung) auf die Betroffenen weniger belastend auswirken. Ein behördlich veranlasster Rückruf gefähr-

---

227 Zur Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht statt aller MOOR, Droit administratif I, S. 416 ff. Monografische Darstellung bei ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, besonders S. 12 ff.

228 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 400.

229 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 401; NÜTZI, Information, S. 180.

licher Produkte durch den Hersteller schadet seiner Firma weniger als die amtliche Empfehlung, das Produkt zu meiden; das rechtlich bindende Verbot mag am Ende das kleinere Übel darstellen als die bloss faktisch verpflichtende, aber über alle Medienkanäle bekannt gemachte Warnung[230]. Ist die Erforderlichkeit einer Warnung oder Empfehlung als solche ausgewiesen, so verlangt das Erforderlichkeitsgebot, die Botschaft nicht in unnötig scharfer oder verletzender Weise zu formulieren und sie sachlich, örtlich und zeitlich auf das Nötige zu beschränken[231]. Namentliche Nennungen von Herstellern, Marken, Vereinigungen usf. haben zu unterbleiben, wenn die allgemeine Information ihren Zweck auch erreicht.

4. Zumutbarkeit

126. Auch geeignete und erforderliche Warnungen und Empfehlungen sind unzulässig, wenn der angestrebte Erfolg in keinem vertretbaren Verhältnis zu den Wirkungen steht, die die Information für die betroffenen Privaten nach sich zieht. So fehlt die Zumutbarkeit, wenn eine Warnung beim Adressaten Ängste hervorruft, die zum verheissenen Sicherheitsgewinn ausser Verhältnis stehen[232]. Nicht jedes Lebensrisiko ruft nach dem erhobenen Zeigefinger der Behörden; die Bürger wollen nicht ständig betreut und erzogen werden.

E. Pflicht zur Objektivität

1. Im Allgemeinen

127. In seinen Warnungen und Empfehlungen muss der Staat klarerweise objektiv bleiben. Weniger klar liegt der *verfassungsrechtliche Titel,* dem diese Pflicht zu entnehmen wäre.

Der Bundesrat informiert die Öffentlichkeit «rechtzeitig und umfassend» über seine Tätigkeit (Art. 180 Abs. 2 BV), das Stimmrecht schützt vor tendenziöser Information und Intervention des Gemeinwesens vor Wahlen und Abstimmungen (Art. 34 Abs. 2 BV), Radio und Fernsehen «stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck» (Art. 93 Abs. 2 BV): Wohl sprechen diese Normen die Qualität der Information an, doch nie die Qualität von *Verwaltungs*informationen. Die Informationsfreiheit vermittelt u.a. das «Recht, Informationen frei zu empfangen» oder «aus allgemein zugängli-

230 HEINTZEN, Handlungsform, S. 182; LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 932 Sp. 1; NÜTZI, Information, S. 181, 183.

231 MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 401 f. Vgl. auch OSSENBÜHL, Informelles Hoheitshandeln, S. 38; RICHLI, Informationsmittel, S. 165; NÜTZI, Information, S. 183 f.; SUTTER-SOMM, Werbung, S. 132 Sp. 2.

232 Vgl. LEIDINGER, Hoheitliche Warnungen, S. 932 Sp. 1; NÜTZI, Information, S. 182.

chen Quellen zu beschaffen» (Art. 16 Abs. 3 BV), und davon sind auch Verwaltungsinformationen betroffen; aber das Grundrecht äussert sich nicht zur *Qualität* der Information. Der Sache am nächsten kommt der Schutz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3, Art. 9 BV). Der Grundsatz gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr; er untersagt Rechtsmissbrauch und widersprüchliches Verhalten; eine individualisierte Vertrauensgrundlage vorausgesetzt, schützt er das berechtigte Vertrauen des Einzelnen in amtliche Verlautbarungen. Doch auch diesem Titel können qualitative Anforderungen an Warnungen und Empfehlungen nicht ohne Kunststücke entnommen werden.

Ich ziehe es darum vor, unmittelbar auf die Strukturprinzipien «Rechtsstaat» und «Demokratie» zu rekurrieren. *Rechtsstaatlich* sind Warnungen und Empfehlungen auf Objektivität verpflichtet, weil sie als Mittel zur Erfüllung gesetzlicher übertragener Aufgaben Verwendung finden und ein Gesetzesvollzug durch Irreführung der Rechtsunterworfenen dem Rechtsgedanken eklatant widerspricht. Redlichkeit der Staatsorgane ist unverzichtbare Voraussetzung zur Aufrechterhaltung des staatlichen Gewaltmonopols. *Demokratische* Pflicht ist das Objektivitätsgebot deshalb, weil die Behörden im Auftrag des Volkes tätig sind. Aufgrund ihrer Gemeinwohlverpflichtung haben sie kein Recht auf Privatautonomie, folglich auch nicht die Freiheit, Informationsvorsprünge zum Nachteil ihres Legitimationsgebers zu nutzen. Die Behörde, die die Öffentlichkeit hinters Licht führt, missbraucht ihr Amt.

128. *Insgesamt* sollen Warnungen und Empfehlungen kraft ihres objektiven Gehalts die Bürger in den Stand setzen,
- sich über eine bestimmte Faktenlage sachgerecht und umfassend zu unterrichten;
- sich dazu ein eigenes Urteil zu bilden und namentlich zu erkennen, welche Risiken und Chancen sich mit den einzelnen Handlungsoptionen verbinden; sowie
- zu einem möglichst rationalen Entscheid über das eigene Tun und Lassen zu kommen.

Im Einzelnen lässt sich dieser Satz nach mehreren Richtungen hin entfalten[233] (unten 2–6).

Dabei kann bis zu einem gewissen Grad die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *behördlichen Information und Intervention im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen* herangezogen werden[234]. Man wird aber daran denken müssen, dass die Problemlagen nicht identisch sind. Informationshandlungen vor Wahlen und Abstimmungen situieren sich im politischen Prozess, ergehen also (soweit Sachvorlagen betroffen sind) de lege ferenda und dienen der Bildung des politischen Willens; Warnungen und Empfehlungen dagegen werden de lege lata abgegeben und dienen der Umsetzung eines politisch festgelegten Willens. Die Qualitätsanforderungen an Warnungen und Empfehlungen dürften also eher strenger sein;

233 Umfassende Abhandlung bei NÜTZI, Information, S. 93–105 und 183–186.

234 Rechtsprechungsübersicht bei TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Nr. 169–175 und 183–187.

jedenfalls unterliegen sie einer Sachgesetzbindung, die in dieser Bestimmtheit im Vorfeld einer Abstimmung gar nicht bestehen kann. Auch die Praxis zur *journalistischen Sorgfaltspflicht im Bereich der elektronischen Medien* mag Anhaltspunkte vermitteln[235], doch wiederum ist Zurückhaltung geboten, denn von den Behörden darf eine höhere Sorgfalt erwartet werden als von den unter Termin- und Quotendruck stehenden Medien.

2. *Erkennbare Amtlichkeit*

129. Die Behörde muss als verantwortlicher Träger der Warnungen und Empfehlungen *ohne Mühe erkennbar* sein; verdeckte Information ist unzulässig[236]. Arbeitet die Behörde mit privaten Organisationen zusammen, so ist dies auf Schriften, Plakaten usf. zu vermerken[237]. Anderes gilt nur, wenn sich das Gemeinwesen darauf beschränkt, eine private Organisation in ihren privaten Tätigkeiten zu unterstützen; dann hat sich allein der Subventionsbeschluss rechtlich zu rechtfertigen (Nr. 25). Wieweit in der Medienberichterstattung auf die amtliche Quelle von Warnungen und Empfehlungen hingewiesen werden muss, ist eine Frage der medienrechtlichen Transparenzgebote[238].

Erkennbare Amtlichkeit heisst nicht, dass das Zielpublikum mit Amtsdeutsch auf Amtspapier zu embetieren wäre. Dem Gemeinwesen stehen die üblichen Ausdrucksmittel der PR zur Verfügung – Faltblätter, Broschüren, Plakate, Inserate, Videos, Werbespots, Informationsstände, Ausstellungen[239], selbst Werbegeschenke mit Aufdruck[240]. Der zulässige Aufwand ist keine Frage der zulässigen Form.

3. *Vollständigkeit und Sachlichkeit*

130. Das Publikum muss nachvollziehen können, warum es sich warnungs- oder empfehlungskonform verhalten soll. Verhaltenssteuernde Information soll daher *vollständig* sein, d.h. die Gründe hinter den Ratsamkeitserklärungen umfassend darlegen. Faktenvermittlung, Faktenbewertung und Verhaltensempfehlung sind voneinander zu trennen[241]. Nachteile und Risiken des empfohlenen Verhaltens dürfen nicht verschwie-

---

235 Für einen Überblick DUMERMUTH, Rundfunkrecht, Rz. 73 ff.

236 NÜTZI, Information, S. 103 f. Für das Stimmrecht: BGE 114 Ia 427 E. 6b S. 444 f.; ZBl 1992 312 E. 4d S. 317.

237 Etwa nach dem Muster der Stop-Aids-Kampagne («Eine Präventionskampagne der Aids-Hilfe Schweiz in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Gesundheit»).

238 Bezüglich der elektronischen Medien DUMERMUTH, Rundfunkrecht, Rz. 76.

239 SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 315 ff.

240 Bedenken bei NÜTZI, Information, S. 180; SUTTER-SOMM, Werbung, S. 133 Sp. 1.

241 NÜTZI, Information, S. 96, 100 f. Ferner GRAMM, Prävention, S. 188 Sp. 2; KNAPP, Droit administratif, Nr. 898quater; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 88 Sp. 1.

gen werden, ebensowenig die verbleibenden individuellen Entscheidungsspielräume und Handlungsalternativen[242].

Der Grundsatz ist mehrfach zu *relativieren.*

- *Verkürzungen* sind grundsätzlich statthaft. Die Behörde darf davon ausgehen, dass dem interessierten Bürger noch andere Informationsquellen zur Verfügung stehen[243]. Botschaften, die sich an die allgemeine Öffentlichkeit richten, müssen vom Kenntnisstand der Durchschnittsbevölkerung ausgehen; soweit die Kampagne zielgruppenspezifisch operiert, sind Faktenauswahl, Bewertung und Verhaltensempfehlung in der nötigen Weise auszudifferenzieren. Für Dokumentationen an die Adresse von Fachkreisen gelten die Standards der Wissenschaftlichkeit.
- Die Standpunkte jener, die dem Sachgesetz im politischen Prozess *opponiert* hatten, sind unbeachtlich[244], denn Warnungen und Empfehlungen dienen der Umsetzung eines demokratisch legitimierten Normwillens. Ob wissenschaftliche Minderheitsmeinungen berücksichtigt werden müssen, ist eine andere Frage (Nr. 132).
- Es ist zulässig, die Tatsachenvermittlung auf bestimmte, dafür geeignete Kommunikationsmittel (z.B. Drucksachen) zu beschränken und auf Plakaten oder in Inseraten und Werbespots nur die *Verhaltensbotschaft* zu kommunizieren.

131. Das Gebot der *Sachlichkeit* untersagt tatsachenwidrige Information[245] und verlangt eine gewisse Zurückhaltung im Ton[246]. Wortwahl und Sprachstil der Warnungen und Empfehlungen müssen jener Nüchternheit und Distanz verpflichtet bleiben, die dem gebotenen Respekt des Staats vor seinen Bürgern entspricht. Unnötige Dramatisierungen sind unzulässig; Warnungen und Empfehlungen sollen zu einem rationalen Risikodiskurs beitragen und Ängste nicht noch schüren[247]. Weder untersagt das Sachlichkeitsgebot aber Wortwitz, Einprägsamkeit und Szenensprache, noch hindert es die Behörde daran, im Rahmen des Gesetzeszwecks eigene Bewertungen vorzunehmen. Allenfalls müssen die Botschaften pluralismuskonform aufgefächert werden (unten 5).

4. Gesicherter Stand von Wissenschaft und Technik

132. Gesundheits- und umweltpolitische Warnungen und Empfehlungen operieren oft auf wissenschaftlicher und technischer Grundlage. Leitender Massstab der Verhaltensempfehlungen kann in derartigen Fällen nur *der in*

---

242 M. Müller, Impfkampagne, S. 386 Sp. 2 f.

243 Nützi, Information, S. 102 f. Für das Stimmrecht: BGE 105 Ia 151 E. 3a S. 153.

244 Teilweise anders im Stimmrecht; vgl. Art. 11 Abs. 2 BPR. Das Bundesgericht verlangt die Wiedergabe von Minderheitsstandpunkten in der Abstimmungsbotschaft nicht; BGE 106 Ia 197 E. 4a S. 200.

245 Gramm, Aids-Aufklärung, S. 2920 Sp. 2; Knapp, Droit administratif, Nr. 898quater; Ossenbühl, Informelles Hoheitshandeln, S. 39; Robbers, Auskünfte und Warnungen, S. 88 Sp. 1. Für das Stimmrecht: BGE 119 Ia 271 E. 3b S. 273.

246 Nützi, Information, S. 184; Wolf, Grundrechtseingriff, S. 350.

247 So auch Gramm, Publikumsinformationen, S. 62 f.

den Fachkreisen allgemein anerkannte und allgemein gesicherte Stand von Wissenschaft und Technik sein[248]. Soweit in der betroffenen Disziplin bestimmte Auffassungen als herrschend ausgewiesen werden können, ist die Behörde nicht gehalten, auf Minderheitsmeinungen einzugehen[249]. Sind die Erkenntnisse dagegen unsicher oder in erheblichem Masse strittig oder besteht gar nur Erfahrungswissen, so sind die amtlichen Ratschläge entsprechend zurückhaltend zu formulieren und die Wissenslücken offen einzuräumen[250]; möglicherweise unterbleiben Warnungen und Empfehlungen besser ganz. Niemals darf die Behörde Sicherheiten vorspiegeln, die es nicht gibt. Ein Ratschlag auf dünner Grundlage stösst erfahrungsgemäss umgehend auf Widerspruch, verwirrt die Öffentlichkeit und schadet der Glaubwürdigkeit der Behörde.

5. *Pluralismuskonformität*

133. Warnungen und Empfehlungen können selbst dann, wenn sie in den Zwecken einer Verwaltungsaufgabe solide verankert sind, auf moralisch-ethische Empfindlichkeiten treffen. Die «Stop-Aids»-Kampagne ist beredtes Beispiel dafür. In derartigen Fällen hat die Behörde zu akzeptieren – und mit ihr die Politik und die allgemeine Öffentlichkeit –, dass die Gesellschaft nicht nur aus der konformen Mitte besteht. Gesellschaftliche Realität ist vielmehr das Nebeneinander unterschiedlichster Kollektive mit je eigenen Kodizes und Normalitäten. Diese Verhaltenskonventionen und Verhaltensweisen sind (solange geltendes Recht nicht verletzt wird) Privatsache der einzelnen gesellschaftlichen Gruppen und der sie konstituierenden Grundrechtssubjekte. Parteinahmen für oder gegen bestimmte Gruppen sind der Behörde daher untersagt. Fragen des guten Lebens dürfen nicht zum Gegenstand amtlicher Warnungen und Empfehlungen gemacht werden; hier hat der Staat *wertungsneutral* zu bleiben. Konsequenterweise sind die behördlichen Botschaften – pluralismuskonform – *für die einzelnen Kollektive in Inhalt und Sprache auszudifferenzieren*[251]. Im Weiteren dürfen Warnungen und Empfehlungen schon wegen des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) nicht darauf hinauslaufen, soziale Gruppen zu stigmatisieren.

---

248 GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2921 Sp. 1.

249 Für eine strengere Auffassung wohl MÜLLER/MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen, S. 387.

250 NÜTZI, Information, S. 103; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 88 Sp. 1.

251 Vgl. GRAMM, Aids-Aufklärung, S. 2919 Sp. 2 f., 2924 f.; SCHÜRMANN, Öffentlichkeitsarbeit, S. 306 f.

6. *Vorwegnahme von Fehlinterpretationen und Pflicht zur Berichtigung*

134. Zur Pflicht, Warnungen und Empfehlungen adressatengerecht abzufassen, gehört auch, möglichen Fehlinterpretationen und Fehlhandlungen zuvorzukommen – nicht nur jenen der Adressaten, sondern schon solchen der Medien, die mit den amtlichen Verlautbarungen bedient werden. Gewiss hat die Behörde nicht auf entlegene Eventualitäten zu achten. Naheliegende Irreleitungen muss sie aber von Beginn weg bedenken und zur Warnung oder Empfehlung auch die komplementären Informationen mitgeben[252] – in der «Stop-Aids»-Kampagne etwa, indem sie neben den Übertragungswegen von HIV auch klarstellt, was nicht ansteckt, oder in Suchtmittelkampagnen, indem sie nicht nur die Schädlichkeit z.B. des Alkohols betont, sondern sich auch zu den unbedenklichen Mengen äussert. Genügt sie diesen Massstäben, dann liegt eine übertreibende Aufbereitung der Materie durch die Medien nicht mehr in ihrer Verantwortung. Hier hat das Mediensystem selbst für Ordnung zu sorgen. Nur wo die amtlichen Botschaften als solche verzerrt wiedergegeben werden, besteht die Pflicht zur Berichtigung[253].

Berichtigungspflichten bestehen ferner, wenn sich eine Warnung oder Empfehlung ex post als unvollständig oder unrichtig herausstellt[254], und zwar unabhängig davon, ob die Botschaft von Anfang an fehlerhaft war oder ob die Fehlerhaftigkeit durch eine nachträgliche Veränderung der Sachlage bedingt ist.

VI. Rechtsschutz

135. Warnungen und Empfehlungen können Rechtsverhältnisse bewirken oder bestehende Rechtsverhältnisse ändern (oben III/D, IV/C). Damit stellt sich unweigerlich die Rechtsschutzfrage[255]. Vorweg soll der Rechtsschutz

---

252 NÜTZI, Information, S. 185; ROBBERS, Auskünfte und Warnungen, S. 87 Sp. 1.

253 BGE 118 Ib 473 E. 18b S. 483.

254 NÜTZI, Information, S. 102, 186.

255 Das Schrifttum hat sich in jüngerer Zeit mehrfach zum Thema geäussert. Vgl. besonders RICHLI, Regelungsdefizit (1992), ferner die Anmerkungen zu BGE 118 Ib 473 in: AJP 1993, S. 202, sowie zu den BGE 121 I 87 und 120 Ia 321 in: AJP 1995, S. 357; GIACOMINI, Jagdmachen (1993); JAAG, Strassenbezeichnung (1993); DERSELBE, Verwaltungsrechtspflege (1998); M. MÜLLER, Rechtsschutz (1995); PFENNINGER, Informelles Verwaltungshandeln, S. 143 ff. (1996); FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel (1998); GUCKELBERGER, Zugang (1998); POLEDNA, Personalrecht (1998). Neuestens wieder RICHLI, Rechtsschutz (1998), mit weiteren Hinweisen. Zur Rechtsschutzproblematik beim tatsächlichen Verwaltungshandeln ferner schon HERREN,

gegen Realakte allgemein angesprochen werden (A), danach der Rechtsschutz gegen Informationsakte im Besonderen (B). Hinweise auf Mitwirkungsrechte beim Erlass von Warnungen und Empfehlungen bilden den Schluss (C). Die Diskussion beschränkt sich auf den Verwaltungsrechtsschutz des Bundes[256].

A. Grundproblem: Rechtsschutz gegen Realakte

1. Eingrenzung des Problems

136. Nach der allgemeinen Verfahrensordnung in Verwaltungssachen des Bundes sind *Rechtsschutz, Verfügung und Rechtsverhältnis* funktional untrennbar miteinander verkoppelt[257]. Der Zugang zum Rechtsschutz wird durch die Verfügung ermöglicht und durch sie begrenzt; die Verfügung ihrerseits ist allein zur Regelung von (aussenwirksamen) Rechtsverhältnissen bestimmt. Ohne Pflicht zum Handeln in Verfügungsform kein Verwaltungsverfahren und damit auch keine Parteirechte; ohne Vorliegen einer Verfügung kein Anfechtungsverfahren und damit auch keine Beschwerdemöglichkeit. Als Folge dieses Konzepts bleiben Realakte grundsätzlich ohne Rechtsschutz[258].

137. Das geschilderte Konzept reflektiert drei legislatorische Grundentscheidungen.

(1) Eine erste Grundentscheidung betrifft die *Zwecksetzung des Verwaltungsrechtsschutzes.* Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege dienen vorab der verbindlichen Entscheidung über Rechte und Pflichten im Einzelfall sowie – damit verbunden – dem Individualrechtsschutz[259]. Keinesfalls sind sie Mittel der popularen Verwaltungsaufsicht. Voraussetzung eines Verwaltungsverfahrens ist daher allemal

---

Faktische Beeinträchtigungen, S. 177 ff., und PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 183 ff. Aus der prozessrechtlichen Literatur MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar VRPG, Art. 49 Rz. 29; RHINOW/KOLLER/KISS, Prozessrecht, Rz. 1076 f.; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, S. 51 f.

256 Hinweise auf den kantonalen Rechtsschutz bei RICHLI, Rechtsschutz, S. 1431 ff. Zum Rechtsschutz gegen Realakte nach der deutschen VwGO: FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 41 ff.; GUCKELBERGER, Zugang, S. 351 f.; HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, § 17; RICHLI, Rechtsschutz, S. 1433 Sp. 2 f.

257 Statt vieler KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 191, 482, 498.

258 Statt vieler KLEY, Rechtsschutz, § 1 Rz. 10.

259 GYGI, Verfügung, S. 520; KLEY, Rechtsschutz, § 17 Rz. 3; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 10; RHINOW/KOLLER/KISS, Prozessrecht, Rz. 651–657; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, S. 3 f. Zur Funktion des Verwaltungsrechtsschutzes aus deutscher Sicht etwa GUCKELBERGER, Zugang, S. 361 f.; HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, § 1 Rz. 18 ff.

eine Angelegenheit, die ein bestehendes oder zu schaffendes Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger betrifft; Voraussetzung eines Anfechtungsverfahrens entsprechend eine Streitigkeit aus einem solchen Rechtsverhältnis. Folgerichtig öffnet der Nachweis eines Rechtsschutzinteresses allein den Weg zum Rechtsschutz nicht; vielmehr besteht Rechtsschutz auch bei gegebenem Rechtsschutzinteresse nur soweit, als es in der Sache um Rechte und Pflichten von Privaten im Einzelfall geht. Wohl sichert das öffentliche Verfahrensrecht zugleich noch die richtige Anwendung und Entwicklung des objektiven Rechts und die wirksame Durchsetzung öffentlicher Interessen[260]. Diese Funktion kommt aber nur annexweise zum Zug, nämlich wenn und soweit die Regelung eines Rechtsverhältnisses das Tor zum Rechtsschutz öffnet.

(2) Die zweite Grundentscheidung ist *instrumenteller* Natur. Was die streitigen Verfahren betrifft, wird Rechtsschutz prioritär auf dem Weg der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege gewährt. Das Klageverfahren hat im öffentlichen Verfahrensrecht des Bundes nur noch marginale Bedeutung[261]. Anfechtungsobjekte müssen – sofern sie nicht bereits vorliegen – durch Gesuch um Erlass einer Verfügung erwirkt werden. Dies gilt prinzipiell auch bei Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichem Vertrag[262].

(3) Die dritte Grundentscheidung endlich ist *materiellrechtlich* motiviert. Der Zuschnitt des Rechtsschutzes auf die Verfügung widerspiegelt den Vorrang der Verfügung im System der Handlungsformen[263]. Dass die Konkretisierung des materiellen Verwaltungsrechts im Staat-Bürger-Verhältnis auf die Form der Verfügung verpflichtet und damit in das Verwaltungsverfahren gewiesen wird, hat mit den rechtsstaatlichen und demokratischen Leistungen dieser Handlungsform zu tun[264].

---

260 KLEY, Rechtsschutz, § 17 Rz. 25 ff.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 10 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, Prozessrecht, Rz. 658–663; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, S. 4.

261 Klage an eidgenössische Schiedskommissionen (Art. 71a VwVG und Art. 19 der Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3. Februar 1993, SR 173.31); verwaltungsrechtliche Klage an das Bundesgericht (Art. 116 und 130 OG). Vgl. KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 1038 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, Prozessrecht, Rz. 1638 ff.

262 RHINOW/KOLLER/KISS, Prozessrecht, Rz. 965.

263 KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 191; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar VRPG, Einl. Rz. 37 ff.

264 Diese Funktionen können hier nicht näher ausgebreitet werden. Vgl. meine Hinweise in: TSCHANNEN, Privatisierung: Ende der Verfügung?, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung (Berner Tage für die juristische Praxis 1997), Bern 1998, S. 209, 227 ff.

138. Die zwei ersten Grundentscheidungen scheinen unproblematisch. Die dritte Option dagegen – Einengung des Rechtsschutzes auf die Verfügung – versteht sich nicht von selbst. Sie geht von der Annahme aus, dass die Handlungsform der Verfügung alle Verwaltungsrechtsverhältnisse, aus denen Streit entstehen kann, zuverlässig aufzugreifen und dem Rechtsschutzsystem zuzuführen erlaubt. Ein Blick auf die verschiedenen Erscheinungs- und Verwendungsformen des Realakts hat gezeigt, dass diese Annahme nicht uneingeschränkt zutrifft (Nr. 58 und oben III/D, IV/C). Dennoch können Streitigkeiten aus verfügungsfrei bewirkten Rechtsverhältnissen vom Rechtsschutz nicht generell ausgesperrt sein. Jeder andere Schluss verbietet sich schon wegen der dienenden Funktion, auf die das Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht festgelegt ist. Auch die verfassungs- und konventionsrechtlichen Rechtsschutzgarantien stünden einer solchen Auffassung entgegen[265].

139. Ist man sich bis hierhin einig, so bleiben noch die *Realakte zu bestimmen,* für die sich die *Rechtsschutzfrage praktisch* stellt. Spezialgesetzliche Regelungen bleiben im Folgenden ausser Betracht. Es sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden[266].

- Die schlichten *Verrichtungen und Durchführungshandlungen* ohne funktionale Nähe zu einem Verwaltungsverfahren (Nr. 55 und 57 je a.E.) sind unter Rechtsschutzgesichtspunkten von vornherein irrelevant.
- *Verfügungsbezogene Realakte* (Nr. 57) lassen sich über die vom Verfahren selbst hervorgebrachten Zwischenverfügungen, Endverfügungen und Vollstreckungsverfügungen aufgreifen, womit auch allfällige Rechtsschutzbedürfnisse befriedigt werden können.
- Wenig Schwierigkeiten verursachen ferner jene Realakte, die bloss *Anlass zu Rechtsverhältnissen* bilden, sie aber nicht selber bewirken (Nr. 73). Durch Realakt veranlasste Rechtsverhältnisse werden nach den für diese Verhältnisse geltenden Vorschriften in das Rechtsschutzsystem gehoben – Entschädigungsansprüche zum Beispiel durch Einreichen eines Gesuchs um Zusprache von Schadenersatz als Folge eines rechtswidrigen Realakts.
- Näherer Erörterung bedürfen dagegen solche Realakte, die wegen ihres Regelungsanspruchs selber den *Grund zu Rechtsverhältnissen* legen können, sei es simultan zur realaktbewirkten Faktengestaltung, sei es über Folgehandlungen Privater, die dem behördlichen Realakt zugerechnet werden müssen (Nr. 74). Betroffen sind vor allem die *verfügungsvertretenden,* teils auch die *verfügungsvermeidenden* Realakte (Nr. 57 f.).

265 Vgl. (mit je unterschiedlichem Geltungsbereich) Art. 29 f. BV sowie Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK.

266 Vgl. auch die Differenzierungen bei RICHLI, Rechtsschutz, S. 1434.

2. *Denkbare Lösungen*

140. Der Kreis der zur Behebung von Rechtsschutzdefiziten erwogenen Lösungen hängt wesentlich davon ab, welche der oben (Nr. 137) vermerkten legislatorischen Grundentscheidungen als gesetzt betrachtet werden. Ich gehe davon aus, dass auch de lege ferenda sowohl an der Ausrichtung des öffentlichen Verfahrensrechts auf den Individualrechtsschutz als auch an der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege als Normalform des streitigen Verfahrens festgehalten wird. Damit fallen zwei Optionen aus der weiteren Diskussion heraus: erstens die generelle Öffnung des Verwaltungsrechtsschutzes allein schon aufgrund des Rechtsschutzbedürfnisses und unabhängig vom (schon nur behaupteten) Bestand eines Rechtsverhältnisses[267], zweitens der Wechsel zum Klagesystem[268]. Im Untersuchungsfeld verbleibt die Frage, auf welche Weise der verfügungsvermeidende oder -vertretende Realakt in das gegebene System von Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren eingeschleust werden kann. Im Wesentlichen bestehen drei Möglichkeiten (a–c).

a. *Realakt als Gegenstand eines vorgängigen Verwaltungsverfahrens – Einkleidung von Realakten in Verfügungsform*

141. Eine erste Möglichkeit besteht darin, staatliches Tathandeln vermehrt auf die Verfügungsform zu verpflichten. Namentlich hätten Realakte, die Rechte von Privaten berühren, als Verfügungen zu ergehen. Diese Option läuft auf die *Erweiterung des Verfügungsbegriffs* hinaus[269]. Die Verfügung wäre nicht bloss (wie bisher) Mittel zur einzelfallweisen Bewirkung von Rechtserfolgen, sondern fungierte zudem noch als Platzhalter für behördliche Handlungen, die zwar primär auf Taterfolg gerichtet sind, dabei aber auch Rechte und Pflichten im Einzelfall aktualisieren[270].

---

267 Für stärkere Berücksichtigung des Rechtsschutzinteresses wohl SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht, S. 58 ff. Vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 554; POLEDNA, Personalrecht, S. 918 Sp. 1. Kritisch zu diesem Ansatz GYGI, Verfügung, 518; GIACOMINI, Jagdmachen, S. 241, 246 ff.

268 Ablehnend auch FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 2, 121 f.; RICHLI, Regelungsdefizit, S. 201 Sp. 1. GIACOMINI, Jagdmachen, S. 250, scheint die Einführung einer allgemeinen Leistungsklage nach deutschem Vorbild zu befürworten.

269 In diese Richtung z.B. PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 187, 205; RHINOW/KRÄHENMANN, Ergänzungsband, S. 103; SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht, S. 66. Ferner RICHLI, Regelungsdefizit, S. 200 Sp. 2 f. (wo der Ansatz als «nicht verheissungsvoll» verworfen wird). Für eine einlässliche Evaluation FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 129–167 (im Ergebnis eher ablehnend).

270 Vgl. M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 550 f.

142. Eine Erweiterung des Verfügungsbegriffs lässt sich bewerkstelligen:

- durch *allgemeine Neuumschreibung* der Verfügung in den Verfahrenserlassen.

  Vgl. in diesem Sinne den Formulierungsvorschlag von PAUL RICHLI[271] für einen neuen Abs. 2bis zu Art. 5 VwVG: «Als Verfügungen gelten auch auf öffentliches Recht des Bundes gestützte Handlungen und Unterlassungen von Behörden, welche (verfassungsmässige oder andere) Rechte von Personen verletzen.»

- durch *bereichsspezifische Regelung.*

  Im öffentlichen Beschaffungswesen beispielsweise müssen gewisse behördliche Handlungen, die Realaktcharakter aufweisen oder deren Qualität als Rechtsakt zumindest nicht zweifelsfrei zutage liegt, ausdrücklich in Verfügungsform gebracht werden (vgl. Art. 29 BöB, Art. 9 Abs. 1 BMG).

b. Realakt als Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens – Anfechtung von Realakten durch Verwaltungsbeschwerde

143. Die zweite Option gleicht der ersten, wenn auch im funktionellen Instanzenzug um eine Stufe verschoben: Statt der Verfügung würde das *Anfechtungsobjekt ausgeweitet*[272]. Der Beschwerde unterlägen neben Verfügungen auch Realakte, die Rechte von Privaten berühren.

144. Auch diese Erweiterung lässt sich rechtstechnisch auf verschiedenen Wegen erreichen, nämlich:

- durch *allgemeine Neuumschreibung* des Anfechtungsobjekts in den Verfahrenserlassen.

  So schlägt PAUL RICHLI[273] vor, Art. 44 VwVG um einen Abs. 2 wie folgt zu ergänzen: «Ebenfalls der Beschwerde unterliegen auf öffentliches Recht des Bundes gestützte Handlungen und Unterlassungen von Behörden, welche (verfassungsmässige oder andere) Rechte von Personen verletzen.»

- durch *bereichsspezifische Regelung.*

  In diesen Kontext gehören zunächst die in den allgemeinen Verfahrenserlassen geregelten besonderen Beschwerdearten, bei denen Realakte als Anfechtungsobjekte fungieren:

---

271 RICHLI, Rechtsschutz, S. 1437 Sp. 2 (dort auch weitere Vorschläge), wobei der Autor von einer solchen Ausweitung abrät.

272 Befürwortend z.B. GIACOMINI, Jagdmachen, S. 248 f.; HERREN, Faktische Beeinträchtigungen, S. 185; JAAG, Strassenbezeichnung, S. 55 Sp. 1; MOOR, Droit administratif II, S. 112, 375; PLATTNER-STEINMANN, Tatsächliches Verwaltungshandeln, S. 204 ff.; RICHLI, Regelungsdefizit, S. 201 Sp. 1; DERSELBE, Rechtsschutz, S. 1437 Sp. 1, 1442; TRÜEB, Rechtsschutz, S. 71. Für eine einlässliche Evaluation FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 123–127 (im Ergebnis ablehnend).

273 RICHLI, Rechtsschutz, S. 1437 Sp. 2.

nämlich die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde[274] (Art. 70 Abs. 1 VwVG) sowie in gewissem Sinn auch die Beschwerden gegen Unregelmässigkeiten im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen[275] (Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 Bst. a OG; Wahl- bzw. Abstimmungsbeschwerde nach Art. 77 Abs. 1 Bst. b bzw. c BPR). Mitunter sieht das kantonale Recht die Beschwerde gegen polizeiliche Standardmassnahmen vor[276]. Erwähnung verdient ausserdem die Möglichkeit, ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen vor die Ombudsstelle des Veranstalters zu tragen und – sofern eine einvernehmliche Regelung misslingt – mit Beschwerde an die Rekursbehörde weiterzuziehen (Art. 60–62 FMG). Dieses Beispiel ist allerdings atypisch, weil die fernmelderechtlichen Verfahren als Vehikel einer zwar formalisierten, im Übrigen aber gewollterweise popularen Programmaufsicht angelegt sind[277].

– durch die *Rechtsprechung*.

Das Bundesgericht hat vereinzelt ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis genügen lassen und Realakte unmittelbar als Anfechtungsobjekt akzeptiert[278]. Wohl findet man über diese seltenen Fälle hinaus zahlreiche Urteile, wo das Bundesgericht verfügungsfreie Handlungen von Behörden als Verfügung qualifizierte. Dabei standen aber durchwegs nicht echte Realakte zur Diskussion, sondern Handlungen, die wegen ihrer auf aussenwirksamen Rechtserfolg gerichteten Finalität richtigerweise von Beginn weg als verfahrensgebundene Verwaltungsverfügung hätten getroffen werden müssen. Teils ging es in diesen Fällen um rechtsverhältnisbedeutsame Ankündigungen und Androhungen von Behörden gegenüber Privaten[279], teils um betrieblich-organisatorische Massnahmen eines Verwaltungsträgers mit Auswirkungen auf das Grundverhältnis des Bediensteten zum Staat[280] bzw. auf Rechte oder Pflichten von aussenstehenden Privaten[281] – stets also um das Problem der (allenfalls fehlerhaften) Handlungsformenwahl. Von einer Ausweitung des Anfechtungsobjekts kann insofern nicht die Rede sein. Vielmehr fungierte in diesen Fällen eine Art « Soll-Verfügung » als behelfsmässiges Anfechtungsobjekt.

---

274 Anfechtungsobjekt der in der behördlichen Unterlassung eingeschlossene ‹ Nichtbehandlungsentscheid › in Verfahren, die durch Verfügung zu erledigen sind; vgl. BGE 114 V 145, 358. KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 724; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar VRPG, Art. 49 Rz. 67; TRÜEB, Rechtsschutz, S. 213 ff.

275 Anfechtungsobjekt z.B. die Intervention der Behörde in den Abstimmungskampf; vgl. BGE 121 I 252 E. 1b S. 255. KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 152 f.

276 Vgl. die Hinweise bei REINHARD, Polizeirecht, S. 215.

277 DUMERMUTH, Rundfunkrecht, Rz. 458 f.

278 Vgl. BGE 97 I 591 E. 2 S. 593, E. 4 S. 595 (Entschluss der SBB, eine Bahnhofapotheke zu eröffnen). Weitere Hinweise bei KÖLZ/HÄNER, Rz. 196.

279 BGE 103 Ib 350 E. 2 S. 352 f. (Androhung der Eidg. Bankenkommission, eine bestimmte Kanzlei nicht mehr als bankenrechtliche Revisionsstelle anzuerkennen); 114 Ib 190 E. 1a S. 191 (Ankündigung des Bundesamts für Polizeiwesen, gewisse Ausnahmebewilligungen künftig nur noch restriktiv zu erteilen); 117 Ib 441 E. 2c S. 447 (verbotsähnliche Beanstandung eines Lebensmittels durch die zuständige Behörde).

280 BVR 1996 170 E. 1 d/bb, cc S. 173 f. (Änderung des Arbeitspensums eines Lehrers); ZBl 1984 308 E. 1 S. 310 (disziplinarische Ermahnung eines Beamten). Weitere Beispiele bei GYGI, Verfügung, S. 523 f.; POLEDNA, Personalrecht, S. 921.

281 Vgl. die Kontroverse um die Rechtsnatur der Festsetzung von Strassennamen: JAAG, Strassenbezeichnung, S. 53 ff., zu den gegensätzlichen Entscheidungen in ZBl 1992 234 und 1992 524.

c. *Realakt als Gegenstand eines nachlaufenden Verwaltungsverfahrens – Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte*

145. Der dritte Weg geht vom Institut der *Feststellungsverfügung* aus[282].

Art. 25 VwVG zufolge kann die in der Sache zuständige Behörde den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlicher Rechte und Pflichten feststellen. Sie tritt auf ein *Feststellungsbegehren* aber nur ein, wenn

- der Gesuchsteller ein *« schutzwürdiges Interesse »* nachweist, das heisst in einer beachtenswert nahen Beziehung zum Gegenstand des Feststellungsbegehrens steht, sodass auch eine entsprechende Beschwerdelegitimation gegeben wäre[283], *und* zudem
- der *Gegenstand* des Feststellungsbegehrens Rechte und Pflichten von Privaten im Einzelfall betrifft, mithin ein – wenn auch zweifelhaftes – *Verwaltungsrechtsverhältnis,* dessen Klärung angestrebt wird[284].

Die Behörde nimmt ein Feststellungsbegehren u.a. dann nicht an die Hand, wenn es dem Gesuchsteller um die Beantwortung abstrakter Fragen des objektiven Rechts geht[285] oder wenn nur die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden sollen[286].

146. Die Feststellungsverfügung ist gegenüber der Gestaltungsverfügung subsidiär, sofern die hinter dem Gesuch stehende Rechtsfrage ebensogut durch Gestaltungsverfügung geklärt werden kann[287]. Darum besteht bei gegebenen Eintretensvoraussetzungen erst recht Anspruch auf *Erlass einer Gestaltungsverfügung.* Ausserhalb jener Verwaltungsverfahren, die schon kraft Spezialgesetz durch Gesuch einzuleiten sind (wie namentlich die Verfahren auf Erlangung einer Bewilligung, einer Konzession oder eines Staatsbeitrags), tritt die Behörde auf ein Begehren um Erlass einer Gestaltungsverfügung unter analogen Voraussetzungen ein, wie sie für das Feststellungsverfahren gelten: besondere Nähe zum Gegenstand des Gestaltungsbegehrens, Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall als Ziel des Begehrens[288].

147. Diese Konstruktion lässt sich ohne Gesetzesänderung *auf rechtsverhältnisbestimmende Realakte übertragen*[289]. Danach kann die sachlich zuständige Verwaltungsbehörde ersucht werden, über einen ergangenen

---

282 Zur Feststellungsverfügung im Allgemeinen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 144; KLEY, Feststellungsverfügung, S. 229 ff.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 200 ff.; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar VRPG, Art. 49 Rz. 19 ff.; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, S. 43 f.

283 BGE 114 V 201 E. 2c S. 202 f.

284 BGE 123 II 16 E. 2a S. 21.

285 BGE 122 II 97 E. 3 S. 98; 108 Ib 540 E. 3 S. 546.

286 KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 209.

287 BGE 123 II 402 E. 4b/aa S. 413; 114 V 201 E. 2c S. 203.

288 BGE 98 Ib 53 E. 3 S. 59. KLEY, Feststellungsverfügung, S. 242 f.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 213.

289 FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 184–198. Vgl. auch JAAG, Verwaltungsrechtspflege, S. 509; REINHARD, Polizeirecht, S. 215; BGE 121 I 87 E. 1b S. 91 f.

Realakt eine Verfügung zu treffen. Der Gesuchsteller könnte z.B. verlangen, den Realakt einzustellen oder zu widerrufen, seine Folgen zu beseitigen oder weitere Realakte dieser Art zu unterlassen (wobei subsidiär auch die Option bestehen bliebe, bloss die Rechtswidrigkeit des Realakts feststellen zu lassen). Die Behörde muss auf das Gesuch eintreten, wenn eine besondere Nähe des Gesuchstellers zum Realakt erwiesen ist und feststeht, dass der Realakt Rechte und Pflichten in einem konkreten Staat-Bürger-Verhältnis berührt. Ob der Realakt rechtswidrig war und inwieweit ein Anspruch auf Einstellung oder Widerruf des Realakts bzw. auf Folgenbeseitigung besteht, ist alsdann eine Frage des den Realakt regierenden materiellen Rechts. Entschädigungsansprüche sind weiterhin nach den Verfahrensvorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes anzumelden.

Regelungen dieser Art kennen beispielsweise das Datenschutzgesetz (Art. 25 Abs. 1 DSG) und das Gleichstellungsgesetz (Art. 5 Abs. 1 GlG).

3. *Würdigung*

148. Die skizzierten Lösungen dürften alle den Anforderungen von Art. 13 EMRK genügen[290]; die Würdigung kann sich auf landesrechtliche Kriterien beschränken. Auf den ersten Blick will eine *allgemeine Ausweitung* entweder des Verfügungsbegriffs oder des Anfechtungsobjekts am ehesten überzeugen: Die Lösung wirkt einfach, und der generelle Ansatz steht nicht wie die bereichsspezifische Regelung im Verdacht der Konzeptlosigkeit.

149. Sieht man jedoch näher hin, so ändert sich das Bild.

a) Die *Erweiterung des Verfügungsbegriffs* auf behördliche Realakte, die Rechte von Privaten berühren, zwingt alle Realakte mit rechtsgestaltender Wirkung in die Verfügungsform. Zwang zur Verfügung heisst grundsätzlich Zwang zum Verwaltungsverfahren und damit Formalisierung schon der Realakt*genese*. Diese Formalisierung – mit Einräumung z.B. von Parteirechten im Vorfeld der Entscheidung über den Realakt – mag zwar in Einzelfällen angebracht sein. Mit einer allgemeinen Formalisierung des Entscheidungsverfahrens würde die Zwecksetzung des Realakts als Instrument zur unmittelbaren Faktengestaltung aber verfehlt[291]. Jedenfalls müsste der erweiterte Verfügungsbegriff zur Vermeidung sachfremder

290 Hierzu aus schweizerischer Sicht HANGARTNER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP 1994, S. 3, besonders S. 5 f.; M. MÜLLER, Rechtsschutz, S. 542 ff. Vgl. auch BGE 123 II 402 E. 4b/aa S. 413; 121 I 87 E. 1b S. 91 f.

291 Ablehnend daher FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 146 f., 196.

Prozedurkorsette sogleich wieder durch zahlreiche Anwendungseinschränkungen nach dem Vorbild von Art. 3 VwVG relativiert werden.

b) Diese Bedenken fallen dahin, wenn bloss das *Anfechtungsobjekt ausgeweitet* wird. Dafür erhebt sich ein anderer Einwand: Der Rekursbehörde fehlt das Dossier. Der Stoff ist weder sachverhaltlich noch rechtlich soweit aufbereitet, dass die Beschwerdeinstanz, gar noch eine verwaltungsexterne Rekurskommission, zum Entscheid herbeigerufen werden könnte. Die gesamte Ermittlungsphase des Verwaltungsverfahrens muss nachgeholt werden: Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 12 f. VwVG), Ermittlung der Parteistandpunkte (Art. 26 ff. VwVG), Eruierung des massgeblichen Rechts – lauter Dinge, die besser im Verwaltungsverfahren vor erster Instanz zu besorgen sind.

c) Ein Letztes: Allgemeine Regelung und bereichsspezifische Sonderordnung schliessen sich nicht aus; der allgemeine Regelungsansatz ist dem bereichsspezifischen auch nicht per se überlegen[292]. VwVG und OG können als verfahrensrechtliche Grunderlasse nur die prozessualen Normalfälle erfassen. Jede Sondersituation im Voraus zu regeln ist nicht möglich und im Kontext einer allgemeinen Ordnung nicht sinnvoll. Zur Klärung der Zweifelsfälle an den Rändern der dogmatischen Kategorien sind die Sachgesetze der richtige Ort.

150. Die dritte der diskutierten Optionen – *Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte* – vermeidet diese Nachteile[293].

- Der Realakt bleibt Realakt und wird nicht entgegen seiner faktenorientierten Finalität allgemein in ein Verwaltungsverfahren gewiesen. Soweit ausnahmsweise ein vorgängiger Rechtsschutz angebracht erscheint, ist es Sache des Spezialgesetzes, die nötigen Vorkehrungen zu treffen.
- Dadurch, dass der Realakt über ein nachlaufendes Verwaltungsverfahren in das Rechtsschutzsystem findet und nicht unmittelbar zur Anfechtung freigegeben wird, erhält die in der Sache zuständige Verwaltungsbehörde Gelegenheit, Tat- und Rechtsfrage unter voller Wahrung sowohl der Parteirechte als auch des funktionellen Instanzenzugs aufzubereiten.
- Das Prozedere eines nachlaufenden Verwaltungsverfahrens vermeidet zudem alle Unklarheiten, die einem erweiterten Verfügungsbegriff (bzw. einem erweiterten Begriff des Anfechtungsobjekts) innewohnen. Die Tatsache, dass ein Verwaltungsverfahren angestrengt werden muss, welches durch Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu erledigen ist, macht im Gegenteil deutlich, dass auch der Rechtsschutz gegen Realakte nur in Abhängigkeit eines Rechtsverhältnisses gewährt wird.

---

292 Eher gegen bereichsspezifische Regelungen RICHLI, Rechtsschutz, S. 1436 Sp. 1.

293 Wie hier auch FLÜCKIGER, Contrôle juridictionnel, S. 177 ff. Vgl. auch den Schlussbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Bern 1997, S. 77; ferner CHRISTINA KISS, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, S. 288, 292. Eher ablehnend RICHLI, Rechtsschutz, S. 1441 Sp. 1.

Dass eine Verfügung verlangt werden kann über Handlungen, die als solche verfügungsfrei zulässig sind, ist nichts Irreguläres[294]. Man muss nur bereit sein, die Ebene der Handlungsformen (massgeblich ex ante) und die Ebene der Rechtsverhältnisse (massgeblich ex post) auseinander zu halten. Verfügungsfrei zulässig sind die Realakte wegen ihrer auf unmittelbare Faktengestaltung gerichteten Finalität; die Möglichkeit eines nachlaufenden Verwaltungsverfahrens über ergangene Realakte muss immer dann (und nur dann) offen gehalten werden, wenn mit der unmittelbaren Faktengestaltung auch Rechte und Pflichten im Einzelfall berührt wurden.

B. Rechtsschutz gegen Warnungen und Empfehlungen

1. *De lege lata: Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Warnungen und Empfehlungen*

151. Der Verwaltungsrechtsschutz im Bund bezieht sich auf die Regelung konkreter Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger; die abstrakte Normenkontrolle und die unmittelbare Kontrolle bloss behördenverbindlicher Akte sind unzulässig (Art. 44 VwVG; Art. 97 OG). Warnungen und Empfehlungen erscheinen nicht durchwegs konkret und aussenwirksam; häufig weisen sie eine generell-abstrakte Regelungsstruktur auf oder richten sich allein an Behörden (II/B/3, 4). Staatliche Informationsakte, wiewohl Realakt, lassen sich daher nicht immer als Anknüpfungspunkt eines nachlaufenden Verwaltungsverfahrens heranziehen. Vielmehr ist zu differenzieren.

- *Aussenwirksame* Warnungen und Empfehlungen, die sich auf ein *konkretes* Anordnungsobjekt beziehen, eignen sich dank ihrer «verfügungsähnlichen» Struktur telquel als Aufhänger eines Verwaltungsverfahrens.
- Anders verhält es sich bei *aussenwirksamen* Informationshandlungen von *generell-abstrakter* Regelungsstruktur. Sie müssen zuerst auf einen individuell- oder generell-konkreten Regelungsgehalt reduziert werden. Die Schwierigkeit besteht darin, dass den «erlassähnlichen» Warnungen und Empfehlungen keine *behördlichen* Anwendungshandlungen folgen, die dem Rechtsschutz suchenden Bürger als Verfahrenseinstieg dienen könnten. Die Praxis des Bundesgerichts zur Anfechtbarkeit von formlos vollzogenen Verwaltungsverordnungen hilft nur in Rechtsschutzsystemen mit abstrakter Normenkontrolle (namentlich in der Staatsrechtspflege nach Art. 84 OG); im Kontext des eidgenössischen Verwaltungsrechtsschutzes ist der Rückgriff auf diese Konstruktion nicht zulässig[295]. Es liesse sich aber argumentieren, bei generell-abstrakten Warnungen und Empfehlungen entstehe die für den Rechtsschutz erforderliche Sonderbeziehung zwischen Staat und Bürger bereits durch den formlosen, jederzeit möglichen und vom Staat fortwährend intendierten Realakt des Informationsadressaten (vgl. Nr. 72 a.E.), sodass es sich aus Gründen der Praktikabilität rechtfertige, die Warnung oder Empfehlung trotz ihrer generell-abstrakten Struktur prozessrechtlich als konkrete Informationshandlung gelten zu lassen.

---

294 Vgl. die Bedenken bei KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 210, und RICHLI, Rechtsschutz, S. 1441 Sp. 1.

295 BGE 121 II 473 E. 2b S. 478.

- *Innengerichtete* Warnungen und Empfehlungen sind unter Rechtsschutzgesichtspunkten wie Verwaltungsverordnungen oder Dienstbefehle abzuwickeln. Soweit sie sich in anfechtbaren Verfügungen niederschlagen, erledigt sich das Problem von selbst; dann ist eine vorfrageweise Anfechtung der behördlichen Informationshandlung ohne weiteres möglich[296]. In allen übrigen Fällen muss ein einzelfallbezogener behördlicher Realakt abgewartet werden, worauf erst ein Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt und im Zuge dieses Verfahrens die behördliche Informationshandlung vorfrageweise thematisiert werden kann.

152. Gewöhnlich wenden sich Warnungen und Empfehlungen an die allgemeine Öffentlichkeit. Nur dieser Fall wird jetzt weiter verfolgt. Ein Verwaltungsverfahren über getätigte aussenwirksame Informationshandlungen des Staats wäre durch Gesuch an die zuständige Behörde in Gang zu setzen. Die wichtigsten Stationen des Verfahrens wären die folgenden:

- *Inhalt des Gesuchs.* Das Gesuch kann auf Unterlassung, Einstellung oder Widerruf der Warnung oder Empfehlung gehen, auf Beseitigung der Folgen, subsidiär auf Feststellung der Rechtswidrigkeit. Gesuche um Zusprechung von Schadenersatz folgen den Regeln des VG.
- *Eintreten.* Das Begehren um Erlass einer Verfügung setzt voraus, dass die Warnung oder die Empfehlung Rechte und Pflichten von Bürgern im Einzelfall berührt und dass der Gesuchsteller in besonderer Nähe zum Gegenstand der Warnung oder Empfehlung steht. Werden Grundrechte angerufen, ist darzutun, inwiefern die behördliche Information (gegebenenfalls unter Einschluss der dem Staat zurechenbaren Folgehandlungen der Informationsadressaten) den Schutzbereich des Grundrechts berührt. War die Warnung oder die Empfehlung von vornherein nicht geeignet, Verwaltungsrechtsverhältnisse oder Grundrechtsverhältnisse im Einzelfall zu bewirken oder zu ändern, so kann eine Sachverfügung nicht getroffen werden, und die Behörde tritt auf das Gesuch nicht ein[297].
- *Erledigung.* Sind die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt, wird das Gesuch durch Gestaltungs-, Feststellungs- oder negative Verfügung erledigt. Entscheidungsgrundlage bilden die sachgesetzliche Ordnung sowie die für Warnungen und Empfehlungen gültigen allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (oben V). Die Verfügung der Behörde (auch ein allfälliger Nichteintretensentscheid) unterliegt der Beschwerde (Art. 44 VwVG).
- *Fristen.* Verfahrensrechtlich ist das Gesuch an keine Frist gebunden. Materiellrechtliche Ansprüche, die gegen staatliche Warnungen und Empfehlungen geltend gemacht werden, unterliegen aber wie alle öffentlichrechtlichen Ansprüche der Verjährung. Gegebenenfalls riskiert der Gesuchsteller die Abweisung seines Gesuchs.

2. *Notwendigkeit legislatorischen Handelns?*

153. Die hier favorisierte Option zur Befriedigung der Rechtsschutzbedürfnisse gegen Realakte der Verwaltung bedingt keine Änderung der geltenden Verfahrenserlasse. Das einzige Risiko besteht darin, dass die Gerichte der skizzierten Lesart nicht folgen mögen. Will man dieses Risiko ausschalten, müsste die Rechtslage ausdrücklich klargestellt werden,

---

296 Vgl. KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, Rz. 500, 629.

297 Vgl. JAAG, Strassenbezeichnung, S. 54 Sp. 1, zum Gesuch um Änderung einer Strassenbezeichnung.

– entweder durch *Ergänzung von Art. 25 VwVG* (Änderungen kursiv):

Art. 25 Feststellungs- *und Gestaltungs*verfahren

[1] Die in der Sache zuständige Behörde kann über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten *sowie über die Begründung, Änderung oder Aufhebung solcher Rechte oder Pflichten* von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungs- *oder Gestaltungs*verfügung treffen.

[2] Dem Begehren ist zu entsprechen ...

– oder in Anlehnung an Formulierungsvorschläge von PAUL RICHLI und die Vorbilder von Art. 25 DSG und Art. 5 GlG durch *Einfügung eines Artikels,* der den Anspruch auf Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte ausdrücklich verankert und die zulässigen Begehren im Einzelnen nennt:

Art. 25*a* Verfügung über Realakte

[1] Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der in der Sache zuständigen Behörde verlangen, dass sie

a. Handlungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, unterlässt, einstellt oder widerruft;
b. die Folgen solcher Handlungen beseitigt;
c. die Rechtswidrigkeit solcher Handlungen feststellt.

[2] Die Behörde entscheidet durch Verfügung.

C. Mitwirkungsrechte beim Erlass von Warnungen und Empfehlungen?

154. Ein *Anspruch auf rechtliches Gehör* kann nur beim Erlass *konkreter* Warnungen und Empfehlungen erwogen werden[298]. Solange die staatliche Informationshandlung zulässigerweise als verfahrensfreier Realakt ergeht, besteht aber keine Pflicht zur vorgängigen Anhörung der Betroffenen. Hier kann nur das Spezialgesetz für Abhilfe sorgen (vgl. Art. 43 LMG).

155. Bei Informationskampagnen *generell-abstrakter* Natur kommen kollektive Mitwirkungsformen in Betracht, wie sie im Vorverfahren der Gesetzgebung üblich sind: Einsetzung von *Studien- und Expertenkommissionen*[299], Durchführung eines *Vernehmlassungsverfahrens*[300]. Auch hier ist

298 Kein Gehörsanspruch im Rechtsetzungsverfahren: BGE 119 Ia 141 E. 5c/aa S. 149 f.

299 Art. 3 ff. der Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung, BBl 1970 I 993, 1976 II 949. Geltungsbereich: Erlasse der Verfassungs-, der Gesetzes- und der Verordnungsstufe (Art. 1 Abs. 1).

300 Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren vom 17. Juni 1991, SR 172.062. RICHLI, Regelungsdefizit, S. 202 Sp. 1. Geltungsbereich: Grundsätzlich nur Erlasse und völkerrechtliche Verträge von erheblicher Tragweite (Art. 1 Abs. 2 Bst. b). Zu Informationsprojekten werden Vernehmlassungsverfahren nur ausnahmsweise – und fakultativ – durchgeführt (Art. 1 Abs. 3).

es wegen der Unterschiedlichkeit der Verhältnisse unabdingbar, dass das Spezialgesetz die erforderlichen Anordnungen trifft (vgl. z.B. Art. 10 EnG). Aus den allgemeinen Vorschriften über das Vorverfahren der Gesetzgebung wird man gesicherte Partizipationsansprüche schon darum nicht ableiten können, weil Warnungen und Empfehlungen keinen Erlasscharakter aufweisen.

Als Mittel zur Umsetzung gesetzlich aufgetragener Verwaltungsaufgaben situieren sich Warnungen und Empfehlungen stets in einem *rechtspolitisch* konsolidierten Interessenfeld; die *vollzugspolitischen* Entscheidungen aber, zu denen auch die Entscheidungen über das Ob und das Wie allfälliger Warnungen oder Empfehlungen zählen, liegen grundsätzlich allein im Verantwortungsbereich der Verwaltung. Allfällige Partizipationsmechanismen sind daher nicht auf eine *zusätzliche* politische Absicherung auszulegen. Soweit Externe beigezogen werden, sollten nur die sachbezogenen Aspekte im Vordergrund stehen: die fachliche Richtigkeit der Information, ihre publikumswirksame Aufbereitung und nötigenfalls die gruppenspezifische Ausdifferenzierung der Grundbotschaften. Damit verengt sich der Kreis der legitimen Partizipanten auf Fachkreise, Kommunikationsberater und Vertreter von Zielgruppen. Kantone, politische Parteien, sachferne Verbände und allgemein-weltanschauliche Organisationen wären in diesem Kontext fehl am Platz.

VII. Zusammenfassung

156. *Befund.* Amtliche Warnungen und Empfehlungen sind staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensoptionen. Vor allem in der Umwelt- und Gesundheitsvorsorge finden sie mehr und mehr Verwendung. Warnungen und Empfehlungen bezwecken Verhaltenssteuerung, binden ihre Adressaten rechtlich aber nicht, sondern sind auf freiwilligen Nachvollzug angewiesen. Die Konjunktur der amtlichen Warnungen und Empfehlungen findet ihre Ursache zu wesentlichen Teilen in den Grenzen des rechtlichen Steuerns.

157. *Rechtsnatur.* Warnungen und Empfehlungen zielen auf unmittelbare Faktengestaltung. Sie zählen daher zu den Verwaltungsrealakten. Dies schliesst nicht aus, dass simultan zur Faktengestaltung auch Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger berührt werden. Weil aber Warnungen und Empfehlungen überwiegend im gesetzesfreien Raum operieren, dürfte es sich dabei nur selten um Verwaltungsrechtsverhältnisse handeln. Im Mittelpunkt des Interesses steht vielmehr die Frage, wieweit Warnungen und Empfehlungen geeignet sind, Grundrechtsverhältnisse zu verändern.

158. *Grundrechtsrelevanz.* Die Grundrechtsrelevanz amtlicher Warnungen und Empfehlungen muss vorrangig als Schutzbereichsfrage diskutiert werden. Zunächst ist zu klären, ob die dem Grundrechtsgebrauch vorausgehenden Bewusstseinsbildungs- und Kommunikationsvorgänge vom Schutzbereich der angerufenen Grundrechte erfasst sind. Nur bei berührtem

Schutzbereich gibt die Frage nach der Eingriffsqualität von Warnungen und Empfehlungen Sinn. Die Eingriffsqualität kann bejaht werden, wenn zwischen den grundrechtsverkürzenden Folgehandlungen des Informationsadressaten und der amtlichen Warnung oder Empfehlung ein ausreichender Zurechnungszusammenhang besteht.

159. *Zulässigkeitsvoraussetzungen.* Warnungen und Empfehlungen müssen den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen des Verwaltungshandelns genügen. Zusätzlich sind gewisse Objektivitätsgebote zu beachten.

160. *Rechtsschutz.* Soweit Warnungen und Empfehlungen Rechte und Pflichten Privater berühren, muss Rechtsschutz gewährt werden. Der Rechtsschutz kann schon de lege lata sichergestellt werden, nämlich mittels Gesuch um Erlass einer Verfügung über ergangene Warnungen und Empfehlungen. Das Gesuch kann u.a. auf Einstellung der Informationshandlung oder auf Folgenbeseitigung gehen. Die Behörde ist gehalten, auf das Gesuch einzutreten, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist und die Warnung oder Empfehlung geeignet ist, Rechte und Pflichten im Einzelfall zu berühren.

Literatur

Das Verzeichnis führt grundsätzlich nur wiederholt verwendete Schriften auf. Zitiert wird nach dem kursiv gestellten Kurztitel. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

ACHTERBERG, NORBERT. Allgemeines *Verwaltungsrecht,* 2. Aufl., Heidelberg 1986.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. *Bundesstaatsrecht* der Schweiz (2 Bde.), Basel/Frankfurt a.M. 1991/1995.

BARTHE, CAROLINE. Zur *Informationstätigkeit* der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1993.

BAUER, HARTMUT. Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom *subjektiven öffentlichen Recht,* Berlin 1986.

BAUER, HARTMUT. *Informelles Verwaltungshandeln* im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch 1987, S. 241.

BAUER, HARTMUT. *Verwaltungsrechtslehre* im Umbruch? – Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik, Die Verwaltung 1992, S. 301.

BETHGE, HERBERT. Der *Grundrechtseingriff,* VVDStRL 57 (1997), S. 7.

BIAGGINI, GIOVANNI. Die vollzugslenkende *Verwaltungsverordnung:* Rechtsnorm oder Faktum?, ZBl 1997, S. 1.

BOHNE, EBERHARD. *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln* als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 1984, S. 343.

BOLZ, MARCEL. Das Verhältnis von *Schutzobjekt* und Schranken der Grundrechte, Zürich 1991.

BREITENMOSER, STEPHAN/UEBERSAX, PETER. *Information,* Medien und Demokratie – Die Rechtslage in der Schweiz, in: RAINER HOFMANN u.a. (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie – Ein europäischer Rechtsvergleich, Wien 1997.

BROHM, WINFRIED. Rechtsstaatliche Vorgaben für *informelles Verwaltungshandeln,* DVBl 1994, S. 133.

BRÜHWILER-FRÉSEY, LUKAS. Verfügung, Vertrag, Realakt und andere *verwaltungsrechtliche Handlungssysteme,* Bern 1984.

DREIER, HORST. *Informales Verwaltungshandeln,* Staatswissenschaft und Staatspraxis 1993, S. 647.

DRUEY, JEAN NICOLAS. *Information* als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995.

DUMERMUTH, MARTIN. *Rundfunkrecht,* in: SBVR, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

ERICHSEN, HANS-UWE (Hrsg.). Allgemeines *Verwaltungsrecht,* 11. Aufl., Berlin/New York 1998.

FABER, HEIKO. *Verwaltungsrecht,* 4. Aufl., Tübingen 1995.

FLEINER, FRITZ/GIACOMETTI, ZACCARIA. Schweizerisches *Bundesstaatsrecht,* Zürich 1949/1978.

FLEINER-GERSTER, THOMAS. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen *Verwaltungsrechts,* 2. Aufl., Zürich 1980.

FLEINER-GERSTER, THOMAS. Rechtsverhältnisse in der *Leistungsverwaltung,* VVDStRL 45 (1986), S. 152.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE. L'extension du *contrôle juridictionnel* des activités de l'administration, Bern 1998.

FREIBURGHAUS, DIETER. Le développement des moyens de l'*action étatique,* Cahiers de l'IDHEAP Nr. 59, Lausanne 1989.

GALLWAS, HANS-ULRICH. *Faktische Beeinträchtigungen* im Bereich der Grundrechte, Berlin 1970.

GIACOMETTI, ZACCARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen *Verwaltungsrechts,* Zürich 1960.

GIACOMINI, SERGIO. Vom «*Jagdmachen* auf Verfügungen», ZBl 1993, S. 237.

GRAMM, CHRISTOF. Aufklärung durch staatliche *Publikumsinformationen,* Der Staat 1991, S. 51.

GRAMM, CHRISTOF. *Prävention* durch staatliche Information, ZRP 1990, S. 183.

GRAMM, CHRISTOF. Rechtsfragen der staatlichen *Aids-Aufklärung,* NJW 1989, S. 2917.

GRÖSCHNER, ROLF. *Öffentlichkeitsaufklärung* als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 619.

GRÜEBLER, WALTER. Funktion, Aufgabe und Instrumentarium einer systematischen *Beziehungspflege* der Bundesverwaltung, Zürich 1976.

GUCKELBERGER, ANNETTE. Der *Zugang* zum Verwaltungsgericht nach deutschem und nach schweizerischem Recht, ZBl 1998, S. 345.

GYGI, FRITZ. *Bundesverwaltungsrechtspflege,* 2. Aufl., Bern 1983.

GYGI, FRITZ. Über die anfechtbare *Verfügung,* in: EUGEN BUCHER/PETER SALADIN (Hrsg.), Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, S. 517.

GYGI, FRITZ. *Verwaltungsrecht,* Bern 1986.

HÄFELIN, URS/HALLER, WALTER. Schweizerisches *Bundesstaatsrecht,* 4. Aufl., Zürich 1998.

HÄFELIN, URS/MÜLLER, GEORG. Grundriss des Allgemeinen *Verwaltungsrechts,* 3. Aufl., Zürich 1998.

HANGARTNER, YVO. Grundzüge des schweizerischen *Staatsrechts* (2 Bde.), Zürich1980/1982.

HEINTZEN, MARKUS. Die öffentliche Warnung als *Handlungsform* der Verwaltung?, in: KATHRIN BECKER-SCHWARZE u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin 1991, S. 167.

HEINTZEN, MARKUS. Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im *Bundesstaat,* NJW 1990, S. 1448.

HEINTZEN, MARKUS. Staatliche Warnungen als *Grundrechtsproblem,* VerwArch 1990, S. 532.

HENKE, WILHELM. Das *subjektive Recht* im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621.

HENKE, WILHELM. Juristische *Systematik* der Grundrechte, DÖV 1984, S. 1

HENNECKE, HANS GÜNTER, in: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar (*VwVfG-Kommentar*), 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996.

HERREN, STEPHAN. *Faktische Beeinträchtigungen* der politischen Grundrechte, Chur/Zürich 1991.

HESSE, KONRAD. *Grundzüge* des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Neudruck 1999).

HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG. *Selbstbindungen* der Verwaltung, VVDStRL 40 (1981), S. 187.

HOLOUBEK, MICHAEL. Der *Grundrechtseingriff,* DVBl 1997, S. 1031.

HUFEN, FRIEDHELM. *Verwaltungsprozessrecht,* 3. Aufl., München 1998.

JAAG, TOBIAS. Kantonale *Verwaltungsrechtspflege* im Wandel, ZBl 1998, S. 497.

JAAG, TOBIAS. Zur Rechtsnatur der *Strassenbezeichnung,* recht 1993, S. 50.

KÄLIN, WALTER. Das Verfahren der *staatsrechtlichen Beschwerde,* 2. Aufl., Bern 1994.

KLEY, ANDREAS. Der richterliche *Rechtsschutz* gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995.

KLEY, ANDREAS. Die *Feststellungsverfügung* – eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: BERNHARD EHRENZELLER u.a. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, S. 229.

KLOEPFER, MICHAEL. *Staatliche Informationen* als Lenkungsmittel, Berlin/New York 1998.

KNAPP, BLAISE. *Information* et persuasion, in: CHARLES-ALBERT MORAND (Hrsg.), Les instruments d'action de l'état, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 45.

KNAPP, BLAISE. Précis de *droit administratif,* 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1991.

KÖLZ, ALFRED/HÄNER, ISABELLE. *Verwaltungsverfahren* und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998.

KRAUSE, PETER. Rechtsformen des *Verwaltungshandelns,* Berlin 1974.

KRAUSE, PETER. Rechtsverhältnisse in der *Leistungsverwaltung,* VVDStRL 45 (1986), S. 212.

LEGE, JOACHIM, Nochmals: *Staatliche Warnungen*, DVBl 1999, S. 569.

LEIDINGER, TOBIAS. *Hoheitliche Warnungen,* Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns, DÖV 1993, S. 925.

MAURER, HARTMUT. Allgemeines *Verwaltungsrecht,* 12. Aufl., München 1999.

MERKLI, THOMAS/AESCHLIMANN, ARTHUR/HERZOG, RUTH. Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern (*Kommentar VRPG*), Bern 1997.

MOOR, PIERRE. *Droit administratif,* 3 Bde., Bern 1991–1994.

MORAND, CHARLES-ALBERT. Le principe de légalité et l'*interventionnisme* étatique, in: FRANCIS CAGIANUT u.a. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Bern/Stuttgart 1989, S. 139.

MÜLLER, JÖRG PAUL. *Grundrechte* in der Schweiz, Bern 1999.

MÜLLER, JÖRG PAUL. *Kommentar BV, Einleitung zu den Grundrechten,* Basel/Zürich/Bern 1987.

MÜLLER, JÖRG PAUL. *Elemente* einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.

MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS. Staatsrechtliche *Rechtsprechung* des Bundesgerichts 1992–1996, Bern 1998.

MÜLLER, MARKUS/MÜLLER-GRAF, THOMAS. *Staatliche Empfehlungen* – Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, ZSR 1995 I, S. 357.

MÜLLER, MARKUS. Die M+M+R-*Impfkampagne* des Bundes auf dem juristischen Prüfstand, Schweizerische Ärztezeitung 1994, S. 385.

MÜLLER, MARKUS. *Rechtsschutz* im Bereich des informalen Staatshandelns – Überlegungen am Beispiel der staatlichen Empfehlungen, ZBl 1995, S. 533.

MÜLLER, MARKUS. Zwangsmassnahmen als Instrument der *Krankheitsbekämpfung,* Basel/Frankfurt a.M. 1992.

MURSWIEK, DIETRICH. *Staatliche Warnungen,* Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe, DVBl 1997, S. 1021.

NÜTZI, PATRICK. Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher *Information,* Bern 1995.

OSSENBÜHL, FRITZ. *Informelles Hoheitshandeln* im Gesundheits- und Umweltschutz, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1987, S. 27.

PFENNINGER, HANSPETER. Rechtliche Aspekte des *informellen Verwaltungshandelns,* Freiburg 1996.

PHILIPP, RENATE. Staatliche *Verbraucherinformationen* im Umwelt- und Gesundheitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1989.

PLATTNER-STEINMANN, ROLAND. *Tatsächliches Verwaltungshandeln,* Zürich 1990.

POLEDNA, TOMAS. Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen *Personalrecht* – ein Praxisüberblick, AJP 1998, S. 917.

REINHARD, HANS. Allgemeines *Polizeirecht,* Bern/Stuttgart/Wien 1993.

RHINOW, RENÉ/KOLLER, HEINRICH/KISS, CHRISTINA. Öffentliches *Prozessrecht* und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

RHINOW, RENÉ/KRÄHENMANN, BEAT. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, *Ergänzungsband,* Basel/Frankfurt a.M. 1990.

RICHLI, PAUL. Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit *Informationsmitteln,* ZSR 1990 I, S. 151.

RICHLI, PAUL. Zum *Rechtsschutz* gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP 1998, S. 1426.

RICHLI, PAUL. Zum verfahrens- und prozessrechtlichen *Regelungsdefizit* beim verfügungsfreien Staatshandeln, AJP 1992, S. 196.

ROBBERS, GERHARD. Behördliche *Auskünfte und Warnungen* gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, S. 84.

ROBBERS, GERHARD. *Schlichtes Verwaltungshandeln,* DÖV 1987, S. 272.

ROTH, ANDREAS. Verwaltungshandeln mit *Drittbetroffenheit* und Gesetzesvorbehalt, Berlin 1991.

ROTH, WOLFGANG. *Faktische Eingriffe* in Freiheit und Eigentum, Berlin 1994.

SALADIN, PETER. Das *Verwaltungsverfahrensrecht* des Bundes, Basel/Stuttgart 1979.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. Das allgemeine Verwaltungsrecht als *Ordnungsidee,* Berlin/Heidelberg 1998.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. Die Lehre von den *Rechtsformen* des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, S. 533.

SCHOCH, FRIEDRICH. Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer *Informationsordnung,* VVDStRL 57 (1997), S. 158.

SCHULTE, MARTIN. *Informales Verwaltungshandeln* als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl 1988, S. 512.

SCHULTE, MARTIN. *Schlichtes Verwaltungshandeln,* Tübingen 1995.

SCHÜRMANN, FRANK. *Öffentlichkeitsarbeit* der Bundesregierung – Strukturen, Medien, Auftrag und Grenzen eines informalen Instruments der Staatsleitung, Berlin 1992.

SCHWEIZER, RAINER/BURKERT, HERBERT. *Verwaltungsinformationsrecht,* in: SVBR, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

SODAN, HELGE. Gesundheitsbehördliche *Informationstätigkeit* und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, S. 858.

SPAETH, WIEBKE. *Grundrechtseingriff* durch Information, Frankfurt a.M. u.a. 1995.

SUTTER-SOMM, KARIN. *Werbung* aus dem Bundeshaus, recht 1991, S. 122.

TRÜEB, HANS RUDOLF. *Rechtsschutz* gegen Lärm und Luftverunreinigung, Zürich 1990.

TSCHANNEN, PIERRE. Eidgenössisches *Organisationsrecht,* Bern 1997.

UEBERWASSER, HEINRICH. Staatliche *Information* beim Umweltschutz in der Schweiz, in: DIRK HECKMANN/KLAUS MESSERSCHMIDT (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts, Berlin 1988, S. 233.

VON ROEHL, SUSANNE. Social Marketing *Kampagnen,* Bergisch Gladbach/Köln 1991.

VON SURY, MONIKA. L'*information* officielle en question, Solothurn 1988.

WEBER, ROLF. Informations- und Kommunikationsrecht – Allgemeiner *Überblick,* in: SBVR, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996.

WEBER-DÜRLER, BEATRICE. *Ablösung der Freiheitsrechte* durch rechtsstaatliche Verfassungsprinzipien?, in: PIERMARCO ZEN-RUFFINEN/ANDREAS AUER (Hrsg.), De la constitution, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 437.

WEBER-DÜRLER, BEATRICE. Der *Grundrechtseingriff,* VVDStRL 57 (1997), S. 57.

WOLFF, HANS J./BACHOF, OTTO/STOBER, ROLF. *Verwaltungsrecht* I, 10. Aufl., München 1994.

WOLF, RAINER. *Grundrechtseingriff* durch Information?, Kritische Justiz 1995, S. 340.

ZENGER, CHRISTOPH ANDREAS. Öffentlich-rechtlicher Teil, in: Bundesamt für Gesundheit (Hrsg.), Drei *Gutachten* über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Aids, Bern 1991.

ZIMMERLI, ULRICH/KÄLIN, WALTER/KIENER, REGINA. Grundlagen des öffentlichen *Verfahrensrechts,* Bern 1997.

ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* im öffentlichen Recht, ZSR 1978 II, S. 1.