

# Rainer Wolf

## Grundrechtseingriff durch Information?

Der steinige Weg zu einer ökologischen Kommunikationsverfassung\*

Die Sache beginnt anrühlich und ist in einer Tabuzone der Lebenswelt situiert. Am 18. 3. 1985 rieten Umweltbundesamt und Bundesgesundheitsamt in einem gemeinsamen Aufruf davon ab, Toilettensteine mit dem umweltschädlichen Wirkstoff Paradichlorbenzol zu benutzen. Der Aufruf hatte Erfolg, der Verkauf von Toilettensteinen ging zurück. Dies wiederum bescherte dem Recht eine Fülle kritischer Untersuchungen über Möglichkeiten und Grenzen behördlicher Warnungen und Empfehlungen im Umweltschutz. Insbesondere sah sich der Industrieverband Körperpflege- und Waschmittel e.V. veranlaßt, die öffentliche Informationshygiene wiederherzustellen. Das bei *Fritz Ossenbühl* in Auftrag gegebene Rechtsgutachten kam zu dem Ergebnis, warnende Informationstätigkeit von Behörden sei, auch wenn sie auf zutreffende Sachverhalte aufmerksam mache, eine faktische Grundrechtsbeeinträchtigung, und für einen Eingriff in die Grundrechte der Art. 12 und 14 GG fehle den Behörden in der Regel die erforderliche Rechtsgrundlage in den Fällen, in denen sie sich nicht im Zusammenhang mit einer Informationsmaßnahme im Rahmen der Gefahrenabwehr auf die polizeiliche Generalklausel berufen könnten<sup>1</sup>. Diese Rechtsansicht darf sich durch die sog. Transparenzlisten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Arzneimittelrecht bestätigt fühlen<sup>2</sup>.

Aufgrund dieses legislativen Mißstandes ging auch ein leibhaftiger Regierungspräsident, ausgewiesener Protagonist des kooperativen Verwaltungshandelns und konservativer Aufklärer über die Notwendigkeit der Modernisierung des Staates seines Amtes verlustig. Er hatte eine allerdings – wie sich herausstellte – nicht belegbare Warnung vor angeblich verdorbenen Nudeln herausgegeben. Dies kostete dem betroffenen Land eine nicht unerhebliche Summe an Schadenersatzleistungen<sup>3</sup>. Ähnliche Sachverhalte lagen auch den Entscheidungen zu diethylenglykol-haltigem Wein<sup>4</sup> und zu verunreinigtem Mineralwasser<sup>5</sup> zugrunde. Auch hier fühlten sich die betroffenen Unternehmen durch behördliche Warnungen, die die Öffentlichkeit auf Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften aufmerksam machen wollten, an »einen öffentlichen Pranger gestellt«<sup>6</sup>. Obwohl diese Fälle zugunsten der staatlichen Informationstätigkeit entschieden wurden, zögern seitdem Behörden, Roß und Reiter zu benennen, auch wenn ihnen Informationen über krebserregende Stoffe im Olivenöl vorliegen, und belassen es bei allgemeinen Hinweisen<sup>7</sup>.

\* Zugleich eine Auseinandersetzung mit Edmund Brandt, *Umweltaufklärung und Verfassungsrecht*, Umweltwissenschaften UW, Band 1, Taunusstein 1994 (Eberhard Blottner Verlag), 176 Seiten, DM 66,-.

1 Fritz Ossenbühl, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen*, Köln–Berlin–Bonn–München 1986.

2 BVerwGE 71, 183.

3 OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 ff.; LG Stuttgart, NJW 1989, 2257.

4 BVerwG NJW 1991, 2774; OVG Münster, NJW 1986, 2783 ff.; OVG Münster, GewA 1988, 11 ff.

5 LG Göttingen, NVwZ 1992, 98 ff.

6 Hummel-Liljegren, ZLR 1991, 126 [133].

7 Vgl. etwa »Der Spiegel« 16/1994, S. 220.

Allerdings hat die Rechtsprechung in einem anderen Politikbereich eine Kehrtwendung vorgenommen. In der »Jugendsekten-Entscheidung« hat das Bundesverwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit von Warnungen der Bundesregierung, die Praktiken von Organisationen wie der »Transzendentalen Meditation« könnten bei labilen Jugendlichen zu psychischen Schäden oder zu einer Persönlichkeitsstörung führen, bejaht<sup>8</sup>. Es verneinte die Erforderlichkeit einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für grundrechtsrelevante Warnungen. Es gehöre »zu den im Grundgesetz vorausgesetzten Aufgaben der Bundesregierung als Organ der Staatsleitung, die gesellschaftliche Entwicklung ständig zu beobachten, Fehlentwicklungen oder sonst auftretende Probleme möglichst rasch und genau zu erfassen, Möglichkeiten ihrer Verhinderung oder Behebung zu bedenken«<sup>9</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Ergebnis mit dem Hinweis auf die parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung gestützt. Die Bundesregierung sei zur Erfüllung ihrer Schutzpflichten für die von der Verfassung geschützten Rechtsgüter befugt und gehalten, Empfehlungen und Warnungen gegenüber dem Parlament und der Öffentlichkeit auszusprechen. Einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedürfe es nicht, da eine detaillierte gesetzliche Regelung, die über die einfachgesetzliche Reformulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hinausgehe, nicht möglich sei<sup>10</sup>.

Die Diethylglykol-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat diese Methode einer Begründung einer Ermächtigung ohne Ermächtigungsgrundlage aufgegriffen. Die »der Regierung übertragene Aufgabe politischer Krisenbewältigung durch Information und Warnung« schließe »die Befugnis ein . . . , konkrete Grundrechtsträger als Quelle der bestehenden Gefahrensituation zu benennen«<sup>11</sup>. Diese judikative Nothilfe zu Zwecken der Aufrechterhaltung politisch-administrativer Kommunikationsfähigkeit vermag wohl in ihrem praktischen Ergebnis, aber nicht in ihrem rechtlichen Begründungsgang zu überzeugen. Aus der Befugnis der Bundesregierung zur Öffentlichkeitsarbeit, aus ihrer parlamentarischen Verantwortlichkeit und aus ihrer Schutzverpflichtung gegenüber den Grundrechten folgt nicht eo ipso schon die Ermächtigung, in Rechte Dritter einzugreifen. Die Lehre vom Gesetzesvorbehalt gehört zu den unverzichtbaren Essentialien des Rechtsstaates. Soweit öffentlich-rechtliche Informationstätigkeit einen Grundrechtseingriff bedeutet, bedarf sie auch einer formellen Eingriffsgrundlage<sup>12</sup>. Überdies entzieht eine auf die besondere Funktion der Regierung abstellende Judikatur dem Informationshandeln der nachgeordneten Behörden den legitimatorischen Schirm der parlamentarischen Verantwortung, den nur die Regierung für sich reklamieren kann. Damit steht die öffentliche Verwaltung weiterhin vor einem Dilemma: Einerseits ist sie im Rahmen objektiv-rechtlicher Schutzpflichten gehalten, mit Warnungen und Empfehlungen tätig zu werden<sup>13</sup>. Andererseits legitimiert dies nicht zu Eingriffen in die Rechte Dritter.

Die Verunsicherung über die Rechtmäßigkeit von konkreten Warnungen bringt insbesondere die Leitungsebene von Regierung und Verwaltung in Schwierigkeiten, von der die besorgte Öffentlichkeit zu recht substantiierte Stellungnahmen und politische Bewertungen erwarten darf. Verlieren sie sich in der Vagheit von allgemeinen Ausführungen, schwindet in der Öffentlichkeit die ohnehin beschädigte Glaubwürdigkeit derjenigen, die in politisch-administrativer Verantwortung stehen. Juristisch

<sup>8</sup> BVerwGE 82, 77 ff.; vgl. auch OVG Münster, DOV 1985, 285; BaWu VGH, NVwZ 1989, 279 u. 878.

<sup>9</sup> BVerwGE 82, 77 [80].

<sup>10</sup> BVerfG, NJW 1989, 3269 [3270].

<sup>11</sup> BVerwG, NJW 1991, 1768.

<sup>12</sup> Vgl. zur Kritik auch die Urteilsanmerkung von Christoph Gusy, JZ 1989, 1003 ff.

<sup>13</sup> So BVerfG, NJW 1989, 3270.

gefahrlos bleiben demgegenüber dubiose Ersatzhandlungen, die, wie der ominöse Sprung eines früheren Umweltministers in die Fluten des Rheins, in der Sache nur als Selbstbenüssung enden können. Mediale Meriten können dagegen private Umweltgutachter und Umweltverbände durch eben die Aufdeckung der gleichen Sachverhalte ohne große rechtliche Risiken ernten, sofern sie sich nur an die Spielregeln der privaten Kommunikationsordnung halten. Mit der Last des Gesetzesvorbehalts sind ihre Aktionen nicht beschwert. Im Gegensatz zur Tätigkeit der »Stiftung Waren-test«<sup>14</sup> können sich staatliche Stellen bei ihrer Informationstätigkeit nicht auf die durch Art. 5 GG geschützte Meinungsfreiheit berufen<sup>15</sup>.

Eine solche Dissonanz von privater und öffentlich-rechtlicher Kommunikationsordnung ist nicht nur vor dem Hintergrund einer Mediengesellschaft und in einem System politischer Legitimation schwer vereinbar, in dem politisch Verantwortliche von der Wirksamkeit ihrer öffentlichen Auftritte entscheidend mehr abhängig sind als von ihrer Aktenkenntnis und die von ihrem Stab der Öffentlichkeitspezialisten mehr gestützt werden als von ihren Fachbeamten. Die Double-Bind-Situation einer zur warnenden Information einerseits verpflichteten, andererseits zu einer Dritte belastenden Informationstätigkeit nicht legitimierten öffentlichen Verwaltung erscheint umso prekärer, je mehr sich ökologisches Wissen als das entscheidende Medium des Umweltschutzes erweist. Der Bedarf an öffentlichen Diskursen und Kommunikation steigt dabei mit Zunahme der Risiken und Ungewißheiten. Erst durch divergente Informationen und kontroverse Diskurse wird die Öffentlichkeit über Existenz und Spannweite der Unsicherheiten des Wissens informiert. Insoweit ist es gerade Aufgabe der Behörden in der »Risikogesellschaft«<sup>16</sup>, diese Ungewißheiten bewußt zu machen. Warnungen sind daher nicht nur bei gesichertem Wissen über die schädlichen Folgen eines Verhaltens angebracht, sondern vielmehr auch dann, wenn es gilt, vor dem Vertrauen in vermeintlich Unbedenkliches zu warnen<sup>17</sup>. Diese Risikodiskurse stehen ersichtlich außerhalb des engen Kontextes der Gefahrenabwehr, sie bewegen sich vielmehr im Vorfeld einer abstrakten, explorativen und kommunikativen Risikovorsorge. Zudem ist macht- und einflußtheoretisch zu bedenken: »In einer Gesellschaft, deren selbsterzeugte Umweltrisiken immens, aber zum großen Teil nicht handgreiflich und problemlos zurechenbar, sondern entdeckungs-, erforschungs- und bewertungsbedürftig sind, werden risikobezogene Informations- und Informationsverhinderungsmöglichkeiten zu Machtpositionen ersten Ranges«<sup>18</sup>. Daher ist das Verfügen über Informationen Bedingung und Erfolgskriterium für die Mitwirkung von Bürgern und Umweltverbänden an Verwaltungsentscheidungen. Umweltinformationsrecht ist damit grundsätzlich interaktiv ausgerichtet, es ist im wesentlichen Umweltinformationstransferrecht, es ist das Recht der »ökologischen Kommunikation«<sup>19</sup>.

Die Modernisierung des angestaubten regulativen »Umweltrechts mit der Pickelhaube«<sup>20</sup> verlangt die Aufhebung des Informationsarkanums der bürokratischen Verwaltung. Transparenz ist ein Funktionsimperativ der öffentlichen Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat. Nicht zuletzt deshalb wird die Umweltberichterstattung zur gesetzlichen Daueraufgabe (vgl. § 11 UIG, § 61 BImSchG, § 5 Abs. 2 StrVG) und zur Verpflichtung privater Unternehmen, die sich über das System des

14 Vgl. dazu grundlegend BGHZ 65, 325 ff.

15 BVerwGE 71, 196.

16 Vgl. dazu Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt 1986.

17 Beck (Fn. 16), S. 86.

18 Gertrude Lubbe-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltüberwachung, NJW 1987, 2705.

19 Niklas Luhmann, Ökologische Kommunikation, Opladen 1986.

20 Ernst-Hasso Ritter, Umweltpolitik und Rechtsentwicklung, NVwZ 1987, 929 [937].

Umwelt-Auditing für eine umweltbewusste Unternehmensführung entschieden haben (Art. 5 Abs. 2 Öko-Audit-VO). Das Umweltinformationsgesetz hat einen Anspruch auf freien Zugang zu behördlichen Umweltinformationen geschaffen, der unabhängig von der Teilnahme an konkreten Verwaltungsverfahren besteht (vgl. § 4 UIG). Damit erweitert sich auch der Kontext von Information und Recht. Wurden bisher Informationspflichten und Informationsrechte wie zum Beispiel bei der Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen von Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren lediglich als Annexinstitute für die Verfolgung betroffener materieller Rechtspositionen gesehen, so erhält der Informationsanspruch der Öffentlichkeit nunmehr eine Dimension, die über den Individualrechtsschutz hinausgeht. Ein verfahrensunabhängiges Recht auf Zugang zu Informationen hat nur einen Sinn, wenn es in den Kontext des politischen Diskurses und der Konstitution politischer Öffentlichkeit als Umfeld öffentlicher Verwaltung gestellt wird<sup>21</sup>. Weit über das Vorfeld des Individualrechtsschutzes hinaus ist auch die Mitwirkung der Behörden an der ökologischen Kommunikation durch warnende Hinweise anzusiedeln, mit denen Risikodiskurse in Gang gesetzt werden sollen. An der Notwendigkeit einer auf Transparenz angelegten öffentlichen Kommunikationsordnung in einem ökologischen Rechtsstaat kann daher kein Zweifel bestehen.

Doch im Gegensatz zu den skizzierten Entwicklungslinien des Umweltinformationsrechts ist bei der warnenden Informationstätigkeit der öffentlichen Verwaltung das gesetzgeberische Defizit im Angesicht der »Transparenzlisten-Entscheidung« evident. Nun wäre es ein Leichtes, die Bedingungen der Kommunikation von Verwaltung und Regierung mit der Öffentlichkeit durch Gesetz zu regeln. § 107 des Professoren-Entwurfs über einen Allgemeinen Teil eines Umweltgesetzbuches zeigt die Schlichtheit dieser Normierungsaufgabe<sup>22</sup>. Trotz aller sonstigen Verrechtlichungswut ist dies jedoch bisher nicht geschehen.

Dieses Dilemma versucht die Arbeit von *Edmund Brandt* aufzulösen, die er anlässlich eines Gutachtersauftrages für das Umweltbundesamt gefertigt hat. Zurecht lehnt er den Begründungspfad der »Jugendsekten«-Judikatur ab (S. 118 ff.). Auf der Spur der »Transparenzlisten-Entscheidung« entfaltet er die Verästelung der Diskussion so penibel und subtil (S. 40 ff.), daß seine eigene Stellungnahme, ob warnende Umweltinformationen überhaupt den Charakter von Grundrechtseingriffen annehmen können, nur im übervorsichtigen Konjunktiv ergeht (S. 68 ff.). Da er eine Verletzung von Art. 14 GG nicht ausschließen will und er auch für schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln eine gesetzliche Eingriffsgrundlage verlangt, sofern in Grundrechte eingegriffen wird, führt dies zur *conclusio*, Warnungen bedürften einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Diese sieht *Brandt* für Warnungen und Empfehlungen des Umweltbundesamtes in dem gesetzlichen Auftrag zur »Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen« (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UBAG) als gegeben an.

Die Simplität seiner Lösung überrascht. Sein Ergebnis mag zwar vordergründig die Interessen seines Auftraggebers befriedigen, nicht jedoch die der übrigen Umweltverwaltungen und schon gar nicht die Bedürfnisse nach einer umfassenden und in sich konsistenten öffentlichen Informations- und Kommunikationsordnung. Analoge Ermächtigungen scheiden für die meisten anderen Fachbehörden bereits deshalb aus, weil ihre Einrichtung ohne spezielles Organisationsgesetz erfolgt ist. Daher

21 Vgl. auch Hans-Uwe Erichsen, Das Recht auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, NVwZ 1992, 409 [418 ff.].

22 § 107 UGBE-AT: »Die zuständige Behörde ist befugt, Warnungen, Hinweise und Empfehlungen für umweltgerechtes Verhalten auszusprechen, soweit überwiegende Gründe des Gemeinwohls dies erfordern«. Vgl. dazu Michael Kloepfer/Eckard Rehbinder/Eberhard Schmidt-Aßmann/Philip Kunig, Umweltgesetzbuch. Allgemeiner Teil, Berlin 1990, S. 409 ff.

bleibt die Politik der behördlichen Umweltaufklärung weiterhin im Treibsand ungesicherter Befugnisse. Bei kritischer Betrachtung beginnt jedoch auch für das Umweltbundesamt eine verwaltungsrechtliche Geisterfahrt. Ohne Zweifel liegt in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UBAG eine verbindliche Aufgabenzuweisung. Doch *Brandt* selbst weist darauf hin, daß das Polizeirecht des demokratischen Rechtsstaates klar zwischen Kompetenznormen, die Aufgaben zuweisen, und Ermächtigungsnormen, die Eingriffsbefugnisse verleihen, unterscheidet (S. 89). Eine Eingriffsermächtigungsnorm muß die Bedingungen und Grenzen der Eingriffsbefugnisse benennen<sup>23</sup>. Eben dies ist bei § 2 Abs. 1 Nr. 2 UBAG nicht der Fall. Da helfen auch keine teleologischen und historischen Versuche zur Auffüllung dieser reinen Organisationsnorm (vgl. dazu S. 92 ff.).

Wird die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes auf die informierende Staatstätigkeit ausgedehnt, scheint auch die sanfte Politik der influenzierenden Verhaltenssteuerung mittels warnenden Informationen jenseits polizeilicher Gefahrenabwehr an den harten Restriktionen rechtsstaatlicher Formbedingungen zu scheitern. Dieses Dilemma läßt sich de lege lata nur beheben, wenn man bereit ist, zwei Selbstverständlichkeiten zu überdenken. Zum einen könnte die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in Frage gestellt werden. Zum anderen ist das Vorverständnis kritisch zu hinterfragen, das nahezu allen Beiträgen zur Rechtmäßigkeit behördlicher Warnungen zugrunde liegt. Information sei ein Eingriff, präziser: ein faktischer Eingriff. Information ist Information.

Zwischen Eingriff und der Vorbehaltslehre besteht ein systematischer Zusammenhang. Der Befund eines Eingriffs aktiviert das rechtsstaatliche Postulat des Gesetzesvorbehalts. Umgekehrt schwindet die Triftigkeit der Vorbehaltslehre, wenn es sich ergibt, daß kein Eingriff gegeben ist, denn die herrschende Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes unterliegt der Relativierung, daß ein Totalvorbehalt in dem Sinne, daß jedes staatliche Handeln schlechthin einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, nicht anerkannt ist<sup>24</sup>. Die Kategorie des schlichten Verwaltungshandelns ist das Musterbeispiel für die Durchbrechung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes. Warnungen, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergehen, sind keine Verwaltungsakte, denn sie regeln keinen Einzelfall mit Rechtswirkung nach außen (§ 35 VwVfG). Werden Warnungen durch eine breite Öffentlichkeit befolgt, können sie zwar durchaus schwerer wiegende Folgen haben als ein behördlicher Einzeleingriff. Da sie der angesprochenen Öffentlichkeit freistellen, den Warnungen zu folgen oder nicht, fehlt ihnen jedoch der Charakter einer rechtsverbindlichen Regelung. Verwaltungshandeln, das nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist, fällt in die Kategorie des schlichten Verwaltungshandelns<sup>25</sup>.

Da auch solche Einwirkungen Grundrechte tangieren können, ist nach der Lehre vom faktischen Grundrechtseingriff für die davon Betroffenen der Rechtsschutz keineswegs ausgeschlossen<sup>26</sup>. Realakte der öffentlichen Verwaltung unterliegen der richterlichen Kontrolle, soweit schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen zur Folge hat. Damit beginnen jedoch die Probleme. Zum einen ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit naturgemäß ein schwie-

23 Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel/Wolfgang Martens, Gefahrenabwehr, Köln 1986, S. 129 ff.

24 Vgl. etwa BVerfGE 8, 155 [167]; 22, 299 [310]; 58, 45 [48]; a. A. Herzog: in Maunz-Durig-Herzog, Grundgesetz Rdnr. 69 zu Art. 29.

25 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1994, § 15, Rdnr. 1.

26 Vgl. dazu Hans-Ullrich Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, Berlin 1970; Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980; Jost Pretzcker, Die »Grundrechtsbetroffenheit« in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, FS Bachof, München 1984, 131 ff.

riges Unterfangen, wenn die rechtlichen Maßstäbe für schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln im Rechtsprogramm selbst nicht vorgesehen sind. Zum anderen muß auch bei schlichtem Verwaltungshandeln die Vorbehaltslehre aktiviert werden, wenn staatliche Maßnahmen in einer Weise in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eingreifen, die in Zielrichtung und Eingriffsintensität einem Verwaltungsakt gleichkommen<sup>27</sup>. Dies ergibt sich schon daraus, daß andernfalls mit einem funktional-äquivalenten schlichten Verwaltungshandeln die rechtsstaatlichen Sicherungen des Entscheidens mittels Verwaltungsakt unterlaufen werden könnten. Somit erscheint es nicht ratsam, die Vorbehaltslehre aufzuweichen.

Überprüfungsbedürftig erscheint jedoch die These, warnende Informationstätigkeit sei generell ein grundrechtsrelevanter faktischer Eingriff. Hier gilt es zunächst zu konstatieren, daß schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln ein diffuser Auffangtatbestand ist<sup>28</sup>, unter den so unterschiedliche Tätigkeiten wie die öffentliche Straßenreinigung, das Emittieren von Lärm, das Spitzen des Dienstbleistiftes oder das Beladen eines Dienstfahrzeuges fallen. Typologisierungsversuche des schlichten Verwaltungshandelns zeigen die disparate Materie auf. So werden unterschieden<sup>29</sup>:

- betriebsbezogenes Verwaltungshandeln
- Vorbereitungshandlungen für den Erlaß von Verwaltungsakten
- tatsächliche Leistungen der Daseinsvorsorge
- informelle oder besser: informationelle Steuerung des Bürgerverhaltens.

Darunter fällt ohne Zweifel die warnende behördliche Informationstätigkeit. Beim Stichwort »Steuerung« müssen gleichsam zwangsläufig die Warnsignale der Eingriffsabwehrdogmatik aufleuchten. Und damit nicht genug. Warnungen geraten unmittelbar in den Kontext polizeilicher Gefahrenabwehr und damit in den Diskurs-horizont des weiland im Sinne des Verwaltungsaktes entschiedenen Endviensalat-Falles<sup>30</sup>. Damit scheint das Schicksal persuasiver Steuerung endgültig besiegelt. Wer allerdings Warnungen nur als Mutationsformen der Ankündigung »Achtung, Achtung, hier spricht die Polizei: Räumen sie den Platz« versteht, argumentiert in der Traditionslinie des Verwaltungsrechts mit der Pickelhaube. Zudem spricht auch der Befund des diffusen Auffangtatbestandes methodisch dagegen, die Kriterien, die etwa zur Bewertung faktischer Beeinträchtigungen des Eigentums durch physisch-reales Handeln für das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs entwickelt worden sind und sich dort als Rechtmäßigkeitsmaßstab für schlichtes Verwaltungshandeln bewährt haben, analog auf Beeinträchtigungen durch Informationen anzuwenden.

Steuerung ist nicht gleich Steuerung. Es gibt direktive und indikative Formen der Verhaltenssteuerung. Die Effektivität der Beeinflussung ist für die meisten Ansätze, die sich um eine rechtsdogmatische Klärung warnender behördlicher Informationstätigkeit bemühen, das entscheidende Kriterium für einen Eingriff. Dies wird etwa anhand des Unterscheidungsversuches von Warnungen, Empfehlungen und Hinweisen deutlich<sup>31</sup>. Die Annahme eines »Informationseingriffs« oder einer »Eingriffswarnung«<sup>32</sup> resultiert damit nicht bereits aus der warnenden Informationstätigkeit an sich. Rechtlich unproblematisch sind Informationen jenseits der Eingriffsschwelle. Sie tangieren die Grundrechte nicht.

27 Vgl. zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Rdnr. 30 ff. zu Art. 20.

28 Vgl. dazu Gerhard Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DOV 1987, 272 ff.

29 Vgl. etwa Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Karlsruhe 1986, Rdnr. 255 ff.

30 BVerwGE 12, 87.

31 Vgl. etwa Tobias Leidinger, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns DOV 1993, 926.

32 So plastisch Rudiger Zuck, Die Eingriffswarnung, MDR 1988, 1020 ff.

Warnende Hinweise über Inversionswetterlagen, hohe Ozonwerte und andere Informationen über den Zustand der Umwelt können in aller Regel keine grundrechtlichen Probleme aufwerfen, weil ihnen der Hinweis auf einen spezifischen Verursacher fehlt. Demgegenüber ist die Möglichkeit der Verletzung der Rechte Dritter immer dann nicht von der Hand zu weisen, wenn in den Warnungen konkrete Verursacher oder potentielle Schädiger benannt werden. Dies gilt insbesondere für behördliche Warnungen vor bestimmten Produkten, aber auch für die Veröffentlichung von Informationen, die eine konkrete Person, Vereinigung oder Unternehmung erkennen lassen. Die scheinbar klare Trennung von konkreten verursacherbezogenen Eingriffswarnungen und diskursorientierter abstrakter Risikovorsorge löst sich jedoch auf, wenn eine Abstrahierung und Anonymisierung von Personen und Organisationen nicht möglich ist, weil bereits die Benennung des Problems spezifische Verursachergruppen identifizierbar macht oder weil nicht eine Produktgruppe generell, sondern nur bestimmte Produkte eines Herstellers unter Verdacht stehen, die Umwelt zu schädigen.

Die Grundrechtsrelevanz von konkreten individualisierbaren behördlichen Warnungen wird im weiteren für den Fall negiert, wenn diese Rechte im konkreten Fall gar nicht tangiert sein können. So soll etwa eine Berufung auf Art. 12 und 14 GG scheitern, wenn eine unerlaubte gewerbliche Betätigung vorliegt<sup>33</sup>. Würde allerdings die Zulässigkeit von personenbezogenen Warnungen auf die Information über Gesetzesverstöße beschränkt, wäre die Warnfähigkeit auf den Funktionskreis der polizeilichen Gefahrenabwehr reduziert. Eine solche Warnfunktion greift jedoch im Hinblick auf die Aufklärung über Risiken zu kurz, in denen sich immer wieder vorgeblich Harmloses als gefährlich und Erlaubtes als risikoreich entpuppt. Es geht somit um die Verbreitung von Informationen im Kontext des sog. Gefahrenverdachts und der Risikovorsorge. Insofern erweist sich die Frage, ob behördliche Warnungen dann keine Verletzungen von Grundrechten darstellen können, wenn sie sachlich zutreffend über Risiken legalen Handelns informieren, als Scheidemarke für eine aktive Informationstätigkeit von Regierung und Verwaltung.

Die Transparenzlisten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bezeichnet in einem Paralleldiskurs zur Dogmatik des enteignungsgleichen Eingriffs behördliche Informationen als Eingriff, wenn sie in Form von öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen ergehen, »die eindeutig auf einen auf seiten des Unternehmens eintretenden nachteiligen Effekt abzielen und diesen Effekt nicht lediglich als Begleiterscheinung mit sich bringen«<sup>34</sup>. Danach wäre eine Informationstätigkeit unzulässig, für die die Verbraucherinformation lediglich Mittel zum Zweck Marktbeeinflussung ist, nicht aber die Information der Verbraucher, in der die Aufklärung über Risiken der ausschlaggebende Zweck ist. Stellt man Warnungen in den Kontext von gezielter Verhaltenssteuerung, wären sie damit in der Regel mangels Rechtsgrundlage unzulässig. Abgesehen von diesem problematischen Ergebnis erscheint es zweifelhaft, ob eine solche Subjektivierung des Eingriffsbegriffs der Problematik faktischer Grundrechtseingriffe gerecht werden kann. Eine solche Differenzierung ergibt keinen zuverlässigen Rahmen für die behördliche Informationstätigkeit, denn sie macht die Finalität zum entscheidenden Kriterium für die Annahme eines Informationseingriffs. Zum einen lassen sich Intentionen und Finalisierungen nur schlecht an

33 BVerwGE 71, 193 [189]. Dies hat auch das OVG Münster für die Veröffentlichung von Listen mit glykolhaltigem Wein angenommen, da die §§ 3 IV und 8 I WeinG einen solchen Zusatz ausschlossen (OVG Münster NJW 1986, 2783). Sofern über die inkriminierten Produkte hinaus ein Umsatzrückgang für andere Produkte des Herstellers zu verzeichnen sei, fehle es an der Finalität und Unmittelbarkeit des Eingriffs.

34 BVerwGE 71, 183 [194].

objektivierbaren Kriterien messen. Einschlägige Feststellungen unterliegen daher zwangsläufig den Risiken subjektiver Wertungen<sup>35</sup>. Zum anderen entstehen viele faktische Beeinträchtigungen ja gerade dadurch, daß sie nicht intendierte Folgen der Aufgabenerfüllung öffentlicher Verwaltung sind.

Wenn bereits aus der Begriffslogik des Konstrukts folgt, daß das essentielle Kriterium des »faktischen Eingriffs« die Faktizität der Beeinträchtigung sein muß, so müßte das im weiteren bedeuten, daß behördliche Warnungen nur dann faktische Eingriffe sein können, wenn die Informationen bei den Adressaten auch eine tatsächliche Verhaltensänderung bewirken. Dies führt nicht nur zu dem Ergebnis, daß wirkungslose Warnungen keine faktischen Eingriffe wären, sondern auch zur Schlußfolgerung, auf die tatsächliche Wirkung im Einzelfall und ggf. auf dessen Schwere abzustellen<sup>36</sup>. Dies hätte wiederum zur Folge, daß die Bewertungsmaßstäbe für die rechtlichen Grenzen öffentlich-rechtlicher Information und Kommunikation in die Untiefen der Einzelfalljudikatur zum enteignungsgleichen Eingriff geraten müßten. Die Steuerungseffektivität kann daher ebenfalls kein griffiges Differenzkriterium für die Abgrenzung von Grundrechtseingriffen durch warnende Informationen sein.

Der direkte Rekurs auf das Eingriffsparadigma geht im weiteren auch schon deshalb fehl, weil Informationen außerhalb des Kontextes polizeilicher Gefahrenabwehr zwar das Verhalten Dritter beeinflussen können, es aber nicht durch normative Direktiven oder faktische Zwänge reglementieren. Zunächst ist kaum zu bestreiten, daß sich der Modus der staatlichen Verhaltenssteuerung über Informationen außerhalb der gängigen Muster der Eingriffs- und Leistungsverwaltung bewegt. Im Bereich der öffentlichen Kommunikation ist das staatliche Monopol der legitimen physischen Gewaltamkeit wenig wert. Der Staat kann und will die Befolgung seiner informierenden Warnungen nicht erzwingen. Er bewegt sich vielmehr in der Rolle eines Mitspielers in einem Netz von gesellschaftlichen Akteuren, die alle gleichermaßen mit Informationen, Desinformationen oder der Zurückhaltung von Informationen meinungsbildend und verhaltensbeeinflussend tätig sind. Zwischen der behördlichen Warnung und möglichen negativen Folgen für den Produzenten steht die prinzipiell privatautonome Entscheidung des Verbrauchers oder sonstigen Adressaten von Warnungen (so auch *Brandt*, S. 43). Sie unterbricht die für den hoheitlichen Eingriff durch Verwaltungsakt oder sonstiges schlichtes Verwaltungshandeln – etwa von Lärmemissionen – typische Unmittelbarkeit der Einwirkung.

Daß die Öffentlichkeit die behördlichen Warnungen automatisch und unkritisch befolgen wird<sup>37</sup>, ist eine obrigkeitsstaatliche Hypostasie. Der Begriff »Eingriff« negiert nicht nur, daß gerade die freie Entscheidung der Verbraucher zum Bezugspunkt persuasiver Politik gewählt wird, sondern auch, daß die Öffentlichkeit ihrerseits wiederum mit werbenden Informationen und der Gegenkritik auf die behördlichen Warnungen konfrontiert ist. Durch behördliche Warnungen ist der Betroffene gerade nicht wehr- und reaktionslos gestellt, sondern hat die legale Möglichkeit, seinerseits auf die öffentliche Meinung Einfluß zu nehmen. Kommunikation ist keine kausallineare Beeinflussung des Handelns Dritter, sondern ein offener, polygonaler und interdependenter Prozeß. Kommunikation folgt daher nicht der Eingriffslogik. Behördliche Warnungen über Risiken haben eine grundsätzlich andere Funktion als polizeiliche Warnungen über Sachverhalte im Vorfeld eines Eingriffs zur Herstellung von Sicherheit und Ordnung. Die Behörden der Gefahrenabwehr informieren, aber

<sup>35</sup> Lubbe-Wolff, NJW 1987, 2709.

<sup>36</sup> So etwa Ossenbühl (Fn. 1), S. 31.

<sup>37</sup> Dies unterstellt aber Ossenbühl (Fn.1), S. 29.

kommunizieren nicht. Jenseits der Gefahrenabwehr steht behördliche Informations-tätigkeit primär im Kontext des öffentlichen Diskurses.

Zudem kann bezweifelt werden, ob Warnungen, die auf Aufklärung zielen, auch ein entsprechend sensibilisiertes grundrechtliches Schutzgut gegenübersteht. Informationen über umweltschädliche Produkte oder Verfahren greifen nicht in die stoffliche Substanz des Eigentums ein, sie können nur das Ansehen eines Unternehmens oder die Wertschätzung eines Produktes tangieren. Hier läßt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest Vorbehalte gegenüber einer allzu großzügigen Subsumtion aller Ausstrahlungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes unter Art. 14 GG erkennen<sup>38</sup>. Markt impliziert Information. Die funktionelle Kongruenz von funktionierendem Wettbewerb und vollständiger Information ist evident. Daß Verbraucherinformationen und Markttransparenz zu den Funktionsbedingungen der Marktwirtschaft zählen, gehört zu den Grundannahmen der ökonomischen Theorie. Das Verbraucherschutzrecht geht daher von der grundsätzlichen Konformität von Verbraucherinformationen mit den Funktionsbedingungen marktwirtschaftlichen Wettbewerbs aus<sup>39</sup>. Sicht man in den Grundrechten der Art. 2, 12, und 14 GG funktionell die Elemente des ökonomischen Wettbewerbs geschützt, so wird, wie *Lübbe-Wolff* zutreffend resümiert, durch die von *Ossenbühl* vertretene These, »die Grundrechte böten betroffenen Herstellern Schutz gegen Absatzeinbußen selbst aufgrund sachlich zutreffender umweltbezogener Produktinformationen, der grundrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit auf ganz widersinnige Weise gerade in sein Gegenteil verkehrt«<sup>40</sup>. Allerdings wird man solchen funktionalistischen Argumenten entgegenhalten können, Art. 12 GG schütze »jede erlaubte und nicht bloß die »marktwirtschaftskonforme« berufliche Betätigung«<sup>41</sup>.

Obwohl dies zu dem paradoxen Ergebnis führt, daß wettbewerbskonforme Informationen rechtswidrige Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Freiheit einer nicht wettbewerbskonformen Berufsausübung sein können, ist dem Bundesverwaltungsgericht nicht zuletzt deshalb zuzustimmen, weil es die Autonomie der rechtlichen Bewertung vor dem Zugriff des ökonomischen Funktionalismus zu bewahren versucht. Gleichwohl ist dies ein Grund mehr, an der Kategorisierung von Warnungen als Grundrechtseingriff Zweifel anzumelden. Die Bedenken resultieren gleichfalls aus systemischen Überlegungen. Sie entspringen jedoch nicht einem Funktionsmodell des Marktes, sondern leiten sich aus einem sozialwissenschaftlich aufgeklärten Vorverständnis von Kommunikation ab.

Daß sich Grundrechte nicht nur im status negativus erschöpfen, ist eine staatsrechtliche Binsenweisheit. Privatheit ist damit nicht gleichzusetzen mit Ausgrenzung. »Privatheit (ist) nicht Eigenschaft eines sozial isolierten Individuums . . ., sondern Eigenschaft des Umgangs mit anderen«<sup>42</sup>. Privatheit ist damit keine vorgesellschaftliche Einrichtung. Ihre normativen Konturen lassen sich daher nicht durch die Übernahme vorgeblich anthropologischer Grundkonstanten nachzeichnen, sondern müssen aus dem Spannungsfeld des selbstbestimmten Umganges mit anderen entwickelt werden. Entsprechend ist das konkrete Substrat vieler Grundrechte nicht nur durch negative Kompetenznormen gegenüber staatlichen Eingriffen ausgegrenzt, sondern von vorneherein kommunikativ konstituiert. Dies gilt etwa für die sich aus Selbstinszenierung und Fremdbild konstituierende Persönlichkeit, den wissenschaftlichen Ruf eines Hochschullehrers, aber auch für das Ansehen eines Unter-

38 BVerfGE 51, 193 [221]; 58, 300 [358]; 68, 193 [222]; 70, 1 [31]; 77, 84 [118].

39 BGHZ 65, 325 [332].

40 Lubbe-Wolff, NJW 1987, 2711.

41 BVerwGE 71, 183 [195].

42 Podlech, AK-GG, Rdnr. 40 zu Art. 2.

nehmens und die Qualität der von ihm produzierten Güter. Ohne Kommunikation wäre ein Mercedes zwei Tonnen Stahl auf Rädern und der Maunz-Dürig ein Konvolut von etlichen Kilo hartem Papier. Daß über Menschen, Organisationen und Produkte geredet wird, ist für sie konstitutiv. Konstitutiv ist nicht nur die gefällige Selbstinszenierung, sondern auch das Reden anderer. Die Kommunikation ist öffentlich und an ihr nimmt auch die öffentliche Verwaltung im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben teil.

Einen status negativus als Freiheit vor fremden Bewertungen gibt es im Bereich der kommunikativ konstituierten Grundrechtspositionen daher nicht. Die grundsätzliche Möglichkeit negativer und kritischer Bewertung muß gerade derjenige bejahen, der sich um ein möglichst gutes Bild in der Öffentlichkeit bemüht. Infolgedessen können weder das Persönlichkeitsrecht noch die Derivate des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes allein durch Kommunikation und auch nicht durch negative Bewertungen Dritter verletzt sein. Staatlicher Eingriff und Eingriffsschwellen für den Staat in kommunikativ konstituierte Grundrechtspositionen müssen daher ebenfalls anders definiert werden als Eingriffe in Physis des Menschen oder in das Sacheigentum. Ob und unter welchen Bedingungen Information als Beeinträchtigung von Grundrechten zu betrachten ist, ergibt sich weder aus der Dogmatik des schlichten Verwaltungshandeln noch der Lehre zum faktischen Grundrechtseingriff unmittelbar, sondern erst unter Bezug auf die Spezifika der Kommunikation. Kriterien für die Verletzung von Grundrechtssphären durch Informationen sind daher nach informationsspezifischen Schutzbedürfnissen und Gefährdungen abzuleiten. Ein Grundrechtseingriff ergibt sich deshalb nicht aus dem Umfang kritischer Informationen an sich, sondern aus den spezifischen Bedingungen ihrer Erlangung und Verwendung<sup>43</sup>. Für die Verbreitung von Informationen gibt es in diesem Zusammenhang zwei rechtlich anerkannte Zulässigkeitskriterien: Wahrheit und Verpflichtung zur Vertraulichkeit. Mit der Anwendung dieser Kriterien für behördliche Warnungen wird nicht nur das Auseinanderdriften der rechtlichen Eckpunkte öffentlich-rechtlicher und privater Kommunikation vermieden, sondern auch an materielle Maßstäbe angeknüpft, die sich im öffentlichen Recht herausbilden, wo der Gesetzgeber beginnt, das Umweltinformationsrecht zu normieren (vgl. etwa §§ 7 u. 8 UIG).

Ein Eingriff in kommunikativ vermittelte Grundrechtspositionen liegt daher vor, wenn die Kommunikationsordnung gebrochen wird. Grundrechtlichen Schutz genießen Informationen aus Sphären, die der öffentlichen Kommunikation entzogen sind. Dies betrifft insbesondere den Schutz personenbezogener Daten und die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Hier bedarf bereits der Informationstransfer zur Behörde einer gesetzlichen Grundlage. Sie sind dann vor der Weitergabe an Dritte grundsätzlich geschützt (vgl. etwa § 10 Abs. 2 BImSchG), können jedoch veröffentlicht werden, wenn dafür eine entsprechende Rechtsgrundlage existiert. Etwas ähnliches wird man für Informationen annehmen müssen, die durch nachrichtendienstliche Mittel der Privatsphäre entzogen wurden. Auch hier ist ohne Zweifel eine spezifische Rechtsgrundlage sowohl für die Ermittlung und Speicherung (vgl. etwa §§ 8 ff. BVerfSchG) als auch für die auf diesen Grundlagen basierende warnende Informationstätigkeit (§ 16 Abs. 2 BVerfSchG) erforderlich. Soweit der Staat spezifische hoheitliche Möglichkeiten nutzt, Informationen aus der Privatsphäre zu gewinnen, resultieren daraus spezifische Pflichten des Umgangs und der Verwendung.

43 Vgl. dazu grundlegend Rainer Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Kommunikationsordnung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 219 ff.

Andererseits ist nicht ersichtlich, wie Produkt- oder Materialanalysen, die die öffentliche Verwaltung selbst erstellt oder in ihrem Auftrag erstellen läßt, gegen die Rechte derjenigen verstoßen können, die diese Gegenstände in Verkehr gebracht haben, sie bewerben und damit der Kritik des Marktes aussetzen. Schließlich werden den Behörden die Informationen nicht aufgrund von Offenlegungspflichten der betroffenen Unternehmen zugänglich gemacht, sondern durch eigene Untersuchungen des frei zugänglichen Produkts. Ein rechtliches Interesse am Schutz der Vertraulichkeit kann daher nicht entstehen. Insbesondere können in diesen Fällen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sein. Dies setzt Informationen voraus, die nur einem engen Personenkreis bekannt sind und im übrigen dem fremden Zugriff entzogen sind<sup>44</sup>. Mit der Veräußerung sind die Gegenstände aus dem Schutzbereich der Art. 12 und 14 GG gelangt<sup>45</sup>.

Soweit kein Schutz der Vertraulichkeit besteht, können behördliche Umweltinformationen im weiteren sicherlich auch Beeinträchtigungen der Grundrechte Dritter sein, wenn sie sachlich unzutreffende Informationen und Empfehlungen enthalten. Allerdings ist das Kriterium der Wahrheit nicht ohne Tücken. Die Wahrheit ist eine kaum zu operationalisierende Kategorie. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherschutz stellt hier entscheidend darauf ab, ob die Informationen neutral, sachkundig und objektiv erfolgt sind<sup>46</sup>. Diese Kriterien zielen mehr auf den Prozeß der Informationsgewinnung und -vermittlung als auf den Richtigkeitsgehalt der Informationen selbst. Informationen über Umweltrisiken sind nicht nur endemisch mit dem Virus der Ungewißheit infiziert, sondern unterliegen auch Bewertungen. Hier wird man der öffentlichen Verwaltung in der Sache einen Einschätzungsspielraum einräumen müssen. Die Prinzipien der Sachkunde und der Objektivität gebieten andererseits eine Zurückhaltung in der Präsentation warnender Informationen. Sie berechtigen nicht zur mediengerechten Überdramatisierung. Werturteile öffentlicher Stellen werden sich daher am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen müssen.

Wenn eine Behörde andererseits unter Berücksichtigung dieser inhaltlichen Grundsätze informiert, greift sie nicht in Rechte Dritter ein, auch wenn das Verbreiten der Wahrheit schmerzhaft Folgen haben sollte. Da damit auch die Grundlage für die Anwendung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes entfällt, wird auch die von den Jugendsekten-Entscheidungen implizit zugrunde gelegte Prämisse einer Ermächtigung ohne förmliche Ermächtigungsgrundlage obsolet. Behördliche Informationstätigkeit benötigt demgegenüber eine Rechtsgrundlage, soweit sie den Bürger zu Informationsleistungen verpflichten und diese Informationen Dritten zugänglich machen will. Jenseits der Vertraulichkeit gibt es keinen rechtlichen Grund für behördliche Verschwiegenheit, und jenseits des Übermaßverbotes gibt es keine Verpflichtung auf Enthaltensamkeit bei kritischen Bewertungen. Wer den Vorbehalt des Gesetzes auf warnende staatliche Informationstätigkeit schlechthin vorverlegt, blockiert nicht nur die Kommunikation über die Grundsachverhalte einer Gesellschaft, die den Begriff Risiko zu ihrem Motto gewählt hat, sondern negiert darüber hinaus die Tatsache, daß Kommunikation für die kommunikativ konstituierten Dimensionen der Grundrechte selbst konstitutiv ist.

44 Vgl. dazu Rudiger Breuer, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht, NVwZ 1986, 171; Jürgen Taeger, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 1988, S. 60 ff.

45 Lubbe-Wolff, NJW 1987, 2708.

46 Vgl. etwa BGHZ 65, 325 [334]; vgl. zum Problem der Wahrheit Dieter Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 [1699].