

JOHANNES REICH\*

**«A Bigger Bang for a Buck» –  
Staatliche Warnungen und Empfehlungen zwischen Grund-  
rechtsschutz, Kindeswohl und Aufmerksamkeitsökonomie**

**Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Risikoperzeption und staatliche Information .....</b>	<b>186</b>
<b>II. «Information» als Steuerungsressource der Verwaltung .....</b>	<b>187</b>
1. Warnungen und Empfehlungen statt Zwang und Befehl .....	187
2. Aufmerksamkeit als knappes Gut: «A Bigger Bang for a Buck» .....	189
3. Grundrechte als Entdifferenzierungsverbote .....	190
4. Zwischenfazit: Dialektik von Wirksamkeit, Effizienz und Pluralität .....	191
<b>III. «Love Life»-Kampagne vor Gericht.....</b>	<b>192</b>
1. Aufmerksamkeitsökonomie: Medien als Megafone .....	192
2. Politik: Empörung nach Drehbuch.....	194
3. Bundesverwaltungsgericht: Moral statt Recht .....	194
4. Bundesgericht: Kampagne ohne direkte Grundrechtsrelevanz .....	195
<b>IV. Kalibrierung rechtlicher Anforderungen unter den Bedingungen der Aufmerksamkeitsökonomie.....</b>	<b>196</b>
1. Zurechnung: Kampagnen als informelle Public Private Partnership .....	196
2. Kindeswohl als grundrechtsdogmatische Herausforderung .....	196
<b>V. Epilog: Der Preis ökonomischer Effizienz der Verwaltung.....</b>	<b>199</b>

---

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Yale), Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Energierecht an der Universität Zürich

## I. Risikoperzeption und staatliche Information

Der Zugewinn an individueller Freiheit, welcher der Umstellung gesellschaftlicher Normierung menschlichen Sexualverhaltens von sozialer Kontrolle auf Selbstbestimmung und Integrität zugeschrieben wird, ist – wie PETER BREITSCHMID letzthin sarkastisch bemerkt hat<sup>1</sup> – wie jede errungene Autonomie mit ihren ganz eigenen Risiken verbunden.<sup>2</sup> Unabhängig von kontroversen Fragen, wann dieser Wandel zeitlich zu verorten ist<sup>3</sup> und ob er sich tatsächlich als «Befreiung» feiern lässt oder aber in kollektiv vermittelten Praktiken der Selbstbevormundung gemündet hat,<sup>4</sup> werden Risiken empirisch oft völlig konträr wahrgenommen und bewertet, abhängig davon, ob sie aufgrund eigener Entscheidung eingegangen worden sind oder ob sie einem von Dritten aufgedrängt werden.<sup>5</sup> Beruhen Handlungen auf eigenen Entscheidungen, sind Menschen oft bereit, erhebliche Risiken einzugehen. Man setzt sich beispielsweise als Motorfahrzeuglenkerin, Velofahrer oder Fussgängerin den täglichen Risiken des Strassenverkehrs aus, geht mit der Teilnahme an Auto-Bergrennen, Boxwettkämpfen oder Motorradrennen versicherungsrechtlich sogar «absolute Wagnisse» (Art. 50 Abs. 1 UVV<sup>6</sup>) ein,<sup>7</sup> oder – wie NIKLAS LUHMANN maliziös hinzufügte – «man heiratet».<sup>8</sup> Diese Risikobereitschaft hinsichtlich des eigenen Verhaltens kontrastiert verbreitet mit einer Aversion gegenüber Risiken, die einem durch das Verhalten Dritter aufgenötigt werden. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass man «weniger an Lebensmittelchemie als an falscher Ernährung und weniger an Industrieabgasen als an Tabakrauch» stirbt.<sup>9</sup> Man müsste daher mit Widerstand rechnen, würde man anderen Gefahren zumuten, die man selbstbestimmt als eigenes Risiko akzeptiert.<sup>10</sup> LUHMANN brachte diesen Mangel an Reziprozität in der ihm eigenen Lako-

<sup>1</sup> BREITSCHMID PETER, «Regelt den Verkehr!» – #MeToo und neue Vertragsformen?, Jusletter vom 15. Januar 2018, N 1. – In den nachfolgenden Fussnoten angeführte Websites wurden am 25. November 2018 letztmals aufgerufen.

<sup>2</sup> Zu der ab den 1960er-Jahren veränderten Normierung des Sexualverhaltens zusammenfassend BURGHARTZ SUSANNA, Sexualität, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 18. Dezember 2012, <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D16111.php>>.

<sup>3</sup> Für eine Verortung in der Aufklärung DABHOIWALA FARAMERZ, The Origins of Sex: A History of the First Sexual Revolution, London 2012, S. 79–140, 360–364; vgl. demgegenüber Fn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. die stilbildende Auseinandersetzung mit der in der Psychoanalyse beheimateten sog. «Repressionsthese» bei FOUCAULT MICHEL, La volonté de savoir, Paris 1976, S. 25–67.

<sup>5</sup> Allgemein zu kognitiven Verzerrungen bei der Einschätzung von Risiken KAHNEMAN DANIEL, Thinking, Fast and Slow, New York 2011, S. 137–145 m.w.H.

<sup>6</sup> Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202).

<sup>7</sup> Vgl. BGE 141 V 37 E. 4.1.

<sup>8</sup> LUHMANN NIKLAS, Die Moral der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2008, S. 366.

<sup>9</sup> LUHMANN (Fn. 8), S. 366; vgl. ferner KAHNEMAN (Fn. 5), S. 138; SLOVIC PAUL, Trust, Emotion, Sex, Politics, and Science, Risk Analysis 19/1999, S. 689–701, 692 f.

<sup>10</sup> Vgl. LUHMANN (Fn. 8), S. 367.

nie auf den Punkt: «Wenn noch gälte «Liebe deinen Nächsten wie dich selbst», könnte dieser sich auf allerhand gefasst machen.»<sup>11</sup>

Die skizzierte, sich auch auf das Sexualverhalten erstreckende, signifikant variierende Risikoperzeption bildete einen wesentlichen Grund für die Lancierung der Präventionskampagne «Stop AIDS» am 3. Februar 1987 durch das Bundesamt für Gesundheit.<sup>12</sup> An den Folgen des *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) waren bis zur Jahrtausendwende weltweit rund 20 Mio. Menschen gestorben, weitere 36 Mio. lebten mit der Infizierung mit dem *Human Immunodeficiency Virus* (HIV).<sup>13</sup> Im Unterschied zu Präventionskampagnen anderer Staaten sprach «Stop AIDS» tabuisierte Themen wie sexuelle Praktiken, Drogenkonsum, Prostitution und vor allem die Verwendung des Kondoms direkt und unmissverständlich an.<sup>14</sup> Eben diese «nüchterne Unverschämtheit»<sup>15</sup> der Kampagne war jedoch selbst innerhalb des von 1987–1993 von Bundesrat Flavio Cotti – einem als wertkonservativ geltenden Mitglied der Christlichdemokratischen Volkspartei (CVP) – geführten Eidgenössischen Departements des Innern umstritten.<sup>16</sup> Politische Kontroversen begleiteten die Kampagne zur Prävention von HIV/AIDS daher von Anfang an.

## II. «Information» als Steuerungsressource der Verwaltung

### 1. Warnungen und Empfehlungen statt Zwang und Befehl

In der nüchternen Terminologie der Dogmatik des Verwaltungsrechts werden behördlich initiierte Präventionskampagnen wie «Stop AIDS» als *staatliche Warnungen und Empfehlungen* mit *generell-abstrakter Regelungsstruktur* klassifiziert.<sup>17</sup> Die öffentliche

<sup>11</sup> LUHMANN (Fn. 8), S. 367.

<sup>12</sup> Vgl. die journalistische Aufarbeitung durch HANIMANN CARLOS, Eine neue Seuche, in: Seibt Constantin (Hrsg.), Positiv, Aids in der Schweiz, Basel 2018, S. 12–28, 28.

<sup>13</sup> PIOT PETER/BARTOS MICHAEL/GHYS PETER D./WALKER NEFF/SCHWARTLÄNDER BERNHARD, The Global Impact of HIV/AIDS, Nature 401/2001, S. 968–973, 968.

<sup>14</sup> IMSENG DOMINIK, Ohne Dings kein Bums, in: Seibt (Fn. 12), S. 29–53, 35.

<sup>15</sup> SEIBT CONSTANTIN, Stop Aids? Love Life!, in: ders. (Fn. 12), S. 94–112, 96.

<sup>16</sup> Vgl. FLUNSER CHRISTINE, Der Vater der Stop Aids-Kampagne: Schaub Jürg, in: Bundesamt für Gesundheit/Aids-Hilfe Schweiz/Schweizerisches Landesmuseum (Hrsg.), Ohne Dings kein Bums, 20 Jahre Aids-Arbeit in der Schweiz, Baden 2005, S. 96 f., 97; IMSENG, (Fn. 14), S. 33, 35 f., 44, 49. – Das Bundesamt für Gesundheit ist Teil des Eidgenössischen Departements des Innern; vgl. Anhang 1, Ziff. B.II.1.6 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1).

<sup>17</sup> TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118/1999 II, S. 353–455, 368, 375; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Band I, 3. A., Bern 2012, S. 404–407; DUBÉY JACQUES/ZUFFÉREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014, N 792; ferner FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Bern 1998, S. 61 f.; MÜLLER MARKUS/MÜLLER-GRAF THOMAS, Staatliche Empfehlungen: Gedanken

Verwaltung wirkt dabei mittels Information intentional auf soziale Prozesse ein, sieht jedoch davon ab, von der ins Auge gefassten Zielsetzung abweichendes Verhalten Privater rechtsnormativ zu sanktionieren. Warnungen und Empfehlungen von Verwaltungsbehörden fehlt es damit an jenem Element, das für staatliches Handeln in den Formen des Verwaltungsrechts nach traditioneller Lesart als unabdingbar galt: an der Erzwingbarkeit der Handlungsanweisung. OTTO MAYER, der im frühen 20. Jahrhundert das Fundament der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft gelegt hatte, hielt in seinem kanonischen Lehrbuch fest, dass sich die exklusive «obrigkeitliche Macht» des Staates in «Befehl» und «Gewaltanwendung» manifestiere: «Wo befohlen und gezwungen wird, ist der Staat [...]»<sup>18</sup>

Wie sämtliches staatliches Handeln müssen auch Warnungen und Empfehlungen *wirksam* sein (vgl. Art. 170 BV), indem die mit dem Rückgriff auf die Steuerungsressource «Information» verfolgte Verhaltensänderung im Aggregat tatsächlich in ausreichendem Mass eintritt. Der effektive Einsatz von Information lässt sich bereits in den ersten Jahrzehnten des schweizerischen Bundesstaates beobachten. Der Bundesrat hatte sich in den späten 1870er-Jahren dieses Instruments bedient, um die Kantone zu einer deutlichen Anhebung des Leistungsniveaus der allgemeinen Volksschule zu bewegen. Obwohl die Kantone verfassungsrechtlich verpflichtet waren, «für genügenden Primarunterricht [zu] [...] sorgen» (Art. 27 Abs. 2 Satz 1 aBV), variierte die Qualität der Volksschulen interkantonal erheblich.<sup>19</sup> Daher veröffentlichte der Bundesrat die von den Armeeangehörigen anlässlich ihrer Eintrittsprüfungen («Rekrutenprüfungen») durchschnittlich erzielten kognitiven Leistungen geordnet nach den Wohnsitzkantonen der Rekruten, um daraufhin mit wahrnehmbar triumphierendem Unterton feststellen zu können, dass es «nur [...] der Veröffentlichung der Resultate [der pädagogischen Rekrutenprüfungen und] ihrer jährlichen vergleichenden Zusammenstellung» bedurft habe, «um in den Kantonen sofort [...] intensive Bestrebungen zur Verbesserung ihrer Schulerfolge zu veranlassen».<sup>20</sup>

Das Bundesgericht erhielt in den 1990er-Jahren aus Anlass von Verhaltensempfehlungen der Bundesverwaltung nach der Nuklearkatastrophe von Tschernobyl und der Ver-

unreinigung von Rohmilchkäse durch Listerien Gelegenheit, die Voraussetzungen der Rechtmässigkeit staatlicher Warnungen und Empfehlungen präziser darzulegen.<sup>21</sup> Staatliche Warnungen und Empfehlungen bedürfen demnach einer genügend bestimmten rechtsnormativen Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV), der Rückgriff auf «Information» als Steuerungsressource muss im öffentlichen Interesse liegen, hat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) und muss mit der Bindung staatlichen Handelns an die Grundrechte konform sein (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV).<sup>22</sup> Als Folge der Rechtsweggarantie, die seit dem 1. Januar 2007 in der Bundesverfassung verankert ist (Art. 29a BV), sind auch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen präzisiert worden, um gegen staatliche Warnungen und Empfehlungen Beschwerde führen zu können (vgl. für den Bund Art. 25a VwVG).

## 2. Aufmerksamkeit als knappes Gut: «A Bigger Bang for a Buck»

In der modernen Informationsgesellschaft haben sich die Kontextbedingungen staatlicher Warnungen und Empfehlungen erheblich verändert. Wie der spätere Träger des Alfred-Nobel-Gedächtnispreises für Wirtschaftswissenschaften («Wirtschaftsnobelpreis») HERBERT A. SIMON bereits 1971 beobachtete, sinkt mit der für die moderne Informationsgesellschaft kennzeichnenden Überfülle an Informationen die Chance, dass die einzelne Information durch Individuen tatsächlich wahrgenommen wird.<sup>23</sup> Spiegelbildlich zum «Reichtum an Information» grassiert daher eine «Armut an Aufmerksamkeit».<sup>24</sup> Angesichts dieses verbreitet als «Aufmerksamkeitsökonomie» bezeichneten Zusammenhangs,<sup>25</sup> sehen sich private und staatliche Akteure gleichermaßen mit der Herausforderung konfrontiert, ihre Informationen mit den gegebenen Ressourcen möglichst wirkungsvoll zu vermitteln. Mit den verfügbaren finanziellen Mitteln soll demnach maximale Wirkung – sprich: grösstmögliche Aufmerksamkeit – erzielt werden.<sup>26</sup>

Die Werbebranche bringt diesen Zusammenhang mit einer im amerikanischen Englisch eingängigen Alliteration zum Ausdruck, die der U.S.-amerikanische Verteidigungsmit-

zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, ZSR 114/1995 I, S. 357–405, 368 f.; entsprechend auch BVGer C-5250/2014 E. 7 und BGer 2C\_601/2016 E. 4.3.

<sup>18</sup> MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. A., Berlin 1924, S. 52; ähnlich FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928, S. 5 f.

<sup>19</sup> MATTMÜLLER HANSPETER, Die eidgenössische Bildungspolitik zwischen 1870 und 1903 und die Entstehung der schweizerischen Schulforschung, Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 32/1982, S. 401–420, 405–407; vgl. auch REICH JOHANNES, «Homeschooling» zwischen elterlichem Erziehungsrecht, staatlicher Schulpflicht und Kindeswohl, ZBl 113/2012, S. 567–609, 591 f.

<sup>20</sup> Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung vom 3. Juni 1880 betreffend die Vollziehung des Art. 27 der Bundesverfassung, BBl 1880 III S. 180–191, 188; für eine Einordnung in das rechtsökonomische Konzept der Verhaltenssteuerung vgl. REICH JOHANNES, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? Potenziale und Grenzen des «Nudging», in: Biaggini Giovanni/Diggelmann Oliver/Kaufmann Christine (Hrsg.), FS Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, S. 627–638, 637 f.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 116 II 480 (Tschernobyl) und BGE 118 Ib 473 (Vacherin Mont d'Or); ferner BGE 121 I 87 (Informationsschrift «Das Paradies kann warten»).

<sup>22</sup> Vgl. zusammenfassend statt aller TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 39 N 5 f. sowie MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (Fn. 17), S. 978–981; zur in der Informationsgesellschaft notwendigen Neubestimmung der rechtlichen Voraussetzungen vgl. hinten Ziff. IV.1.

<sup>23</sup> SIMON HERBERT A., Designing Organizations for an Information-rich World, in: Greenberger Martin (Hrsg.), Computers, Communications, and the Public Interest, Baltimore 1971, S. 38–52, 40–42.

<sup>24</sup> SIMON (Fn. 23), S. 40 f. (Übersetzung im Haupttext durch den Verfasser; Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>25</sup> DAVENPORT THOMAS H./BECK JOHN C., The Attention Economy, Boston 2001, S. 27.

<sup>26</sup> Vgl. DAVENPORT/BECK (Fn. 25), S. 219–221.

nister *Charles E. Wilson* 1954 kreiert haben soll: «*a bigger bang for a buck*». <sup>27</sup> Die unter Präsident *Dwight Eisenhower* revidierte U.S.-amerikanische Verteidigungsdoktrin «*New Look*» gab nämlich vor, eine grössere Feuerkraft («*bang*») pro Geldeinheit («*buck*») des Verteidigungsbudgets erzielen zu können. «*New Look*» gründete auf der Annahme, dass mit einem Ausbau des strategischen und taktischen Nuklearwaffenarsenals und der glaubwürdigen Drohung «massiver Vergeltung» eines nuklearen Erstschlags der Sowjetunion mit tieferem finanziellen Einsatz die identische Abschreckung und zerstörerische Wirkung erzielt werden könne wie mit einer Vielzahl kostspieliger bodengestützter militärischer Grossverbände. <sup>28</sup>

### 3. Grundrechte als Entdifferenzierungsverbote

Der Slogan «*a bigger bang for a buck*» steht vor diesem Hintergrund für die kühl kalkulierende Orientierung der Verteidigungsdoktrin an der *ökonomischen Rationalität* des effizienten Mitteleinsatzes. Angesichts der erwähnten, für die moderne Informationsgesellschaft charakteristischen «Armut an Aufmerksamkeit» <sup>29</sup> erscheint die exklusive Ausrichtung *privatwirtschaftlicher* Marketinganstrengungen an eben dieser ökonomischen Rationalität konsequent. Nachdem sich das Gemeinwesen prinzipiell einzig über Steuern und Abgaben finanziert (Prinzip des Steuerstaates <sup>30</sup>), ist auch die öffentliche Verwaltung verpflichtet, ihre Ziele mit einem optimalen Einsatz an finanziellen, sachlichen und personellen Ressourcen zu erreichen. Entsprechend verpflichtet Art. 3 Abs. 3 RVOG <sup>31</sup> Bundesrat und Bundesverwaltung, «nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der *Wirtschaftlichkeit*» <sup>32</sup> zu handeln. Angesichts der umfassenden Verpflichtung des Gemeinwesens auf die Grundrechte (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV) wäre eine *ausschliessliche* Ausrichtung staatlichen Handelns am Gebot ökonomischer Effizienz jedoch unzulässig.

In ihrer objektiven Dimension garantieren Grundrechte den Primat *unterschiedlicher* Systemrationalitäten in verschiedenen Gesellschafts- und Lebensbereichen. <sup>33</sup> Sie bilden in diesem Sinn *Entdifferenzierungsverbote*, die es untersagen, die Geltung der Leitunterscheidung eines bestimmten Gesellschaftssystems (z.B. der Wirtschaft) in sachfremder Weise auf andere Bereiche (z.B. auf die Politik, das Recht oder die Wissenschaft) aus-

<sup>27</sup> Vgl. SAFIRE WILLIAM, *The New Language of Politics*, New York 1968, S. 34 f.; ferner LEIGHTON RICHARD M., *History of the Office of the Secretary of Defense, Volume III: Strategy, Money, and the New Look, 1953–1956*, Washington, D.C. 2001, S. 177.

<sup>28</sup> Eingehend LEIGHTON (Fn. 27), S. 177, 216–220.

<sup>29</sup> SIMON (Fn. 23), S. 40 a.E.

<sup>30</sup> Zur normativen Tragweite dieses Grundsatzes konzis REICH JOHANNES, *Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung*, AJP 9/2013, S. 1399–1412, 1410 f. m.w.H.

<sup>31</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>32</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>33</sup> Stilbildend für diese Deutung der Grundrechte LUHMANN NIKLAS, *Grundrechte als Institution*, 4. A., Berlin 1999, S. 22–25.

zudehnen. <sup>34</sup> An einem spezifischen Grundrecht verdeutlicht, schützt die «Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung» (Art. 20 BV) in ihrem Kern die für das Wissenschaftssystem kennzeichnende Suche nach «Wahrheit». <sup>35</sup> Wird Wissenschaft aufgrund entsprechender Anreizstrukturen allein auf eine ökonomische Rationalität verpflichtet, droht ihre gesamtgesellschaftliche Funktion beeinträchtigt zu werden. <sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund mag es einer ökonomischen Rationalität folgend zwar als konsequent erscheinen, die Gestaltung staatlicher Warnungen und Empfehlungen allein darauf auszurichten, mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen maximale Aufmerksamkeit und Wirkung zu erzielen. Verwaltungsbehörden sind aber dazu verpflichtet, die grundrechtlich gewährleistete Autonomie individueller Lebensführung zu respektieren (vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2 und 15 Abs. 1 BV). Daher ist die öffentliche Verwaltung gehalten, staatliche Warnungen und Empfehlungen nicht nur vollständig und sachlich, sondern auch grundrechts- und «pluralismuskonform» <sup>37</sup> auszugestalten. <sup>38</sup>

### 4. Zwischenfazit: Dialektik von Wirksamkeit, Effizienz und Pluralität

Staatliche Warnungen und Empfehlungen sind *effektiv* auszugestalten. Die vermittelten Informationen sollen das Verhalten eines relevanten Teils der anvisierten Personen tatsächlich im beabsichtigten Sinn beeinflussen (vgl. Ziff. II.1). Um den gesetzlichen Anforderungen der *Wirtschaftlichkeit* zu genügen, kommen Verwaltungsbehörden nicht umhin, der Logik der Informationsgesellschaft Rechnung zu tragen (vgl. Ziff. II.2). Einer ausschliesslichen Ausrichtung auf ökonomische Effizienz stehen aber die grundrechtlichen Gewährleistungen entgegen, die es verbieten, sämtliche Gesellschaftsbereiche in sachfremder Weise der ökonomischen Systemrationalität zu unterwerfen. Staatliche Warnungen und Empfehlungen haben daher der grundrechtlich verbürgten gesellschaftlicher *Pluralität* in Fragen von Moral und persönlicher Lebensgestaltung Beachtung zu schenken (vgl. Ziff. II.3).

<sup>34</sup> Im Anschluss an LUHMANN (Fn. 33), S. 22–25 sinngemäss LÜBBE-WOLFF GERTRUDE, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden 1988, S. 293–303; ferner REICH JOHANNES, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit*, Zürich/St. Gallen 2011, N 380; DERS. (Fn. 30), S. 1410; daran anschliessend VALLENDER KLAUS A., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014, Art. 94 BV N 28.

<sup>35</sup> Zu diesem, das Wissenschaftssystem charakterisierenden Code LUHMANN NIKLAS, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1992, S. 184 f.

<sup>36</sup> Folgerichtig daher HERTIG MAYA, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 20 BV N 4 (grundrechtlich begründet vor der Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit durch die «Übertragung von ökonomischen Steuerungsmodellen und Bewertungsmodellen [...] auf Hochschulen» warnend).

<sup>37</sup> TSCHANNEN (Fn. 17), S. 436.

<sup>38</sup> Vgl. zur Grundrechtskonformität statt aller eingehender MÜLLER/MÜLLER-GRAF (Fn. 17), S. 379–396 und TSCHANNEN (Fn. 17), S. 401–419.

### III. «Love Life»-Kampagne vor Gericht

#### 1. Aufmerksamkeitsökonomie: Medien als Megafone

Die verstärkte Ausrichtung der Präventionskampagne des Bundesamts für Gesundheit gegen die Ausbreitung von HIV/AIDS auf ökonomische Effizienz ab 2013 illustriert das eben skizzierte Spannungsfeld widerstrebender rechtsnormativer Gebote exemplarisch. Ab der Jahrtausendwende sah sich das Bundesamt für Gesundheit in Bezug auf die ihm zugewiesenen Aufgaben zur Verhütung und Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten (vgl. Art. 5 Abs. 1 EpG<sup>39</sup>) mit einem Umfeld konfrontiert, das sich seit der Lancierung der «Stop AIDS»-Kampagne 1987 in sozialer, medizinischer und finanzieller Hinsicht grundlegend gewandelt hatte. Dank hochaktiver antiretroviraler Therapien konnte der Ausbruch von AIDS nach einer Infektion mit HIV ab Mitte der 1990er-Jahre bei den meisten Patienten unterdrückt werden. Als Folge des medizinischen Fortschritts hatte HIV/AIDS damit in der öffentlichen Wahrnehmung viel von seinem Schrecken eingebüsst.<sup>40</sup> Das Bundesamt für Gesundheit musste überdies eine jüngere Altersgruppe über ein vermeintlich sattsam bekanntes Thema informieren.<sup>41</sup> Während dem Bundesamt für Gesundheit in den 1990er-Jahren noch ein Kampagnenbudget von bis zu CHF 5 Mio. pro Jahr zur Verfügung gestanden hatte, war dieser Betrag nach der Jahrtausendwende zeitweise auf weniger als CHF 2 Mio. gesunken.<sup>42</sup>

2005 wurde der zuweilen als bieder empfundene Slogan «Stop AIDS» von der hedonistischen Formel «Love Life» abgelöst.<sup>43</sup> Die Kampagne sollte in den Worten der Bundesverwaltung inskünftig nicht mehr das «Schreckgespenst AIDS» in den Vordergrund stellen, sondern «Lebensfreude» vermitteln und «den universellen und zeitlosen Wunsch nach einem unbeschwerten Liebesleben» zum Ausdruck bringen.<sup>44</sup> Nach einer erneuten Ausschreibung des Auftrags, auf den sich 2013 mehr als fünfzig Werbeagenturen beworben hatten, wurde die Neuausrichtung der Kampagne noch konsequenter vorangetrieben.<sup>45</sup> Die neu engagierte Werbeagentur kündigte 2014 im Namen des Bundesamts für Gesundheit mittels Kleininseraten und einer Medienkonferenz an, im Hinblick auf die visuelle Gestaltung der Kampagne ein *Casting mit «echten Menschen»* durchzu-

führen.<sup>46</sup> Es würden Personen gesucht, die bereit seien, «ihre Lebenslust und Leidenschaft bei einem Fotoshooting zu zeigen», liess sich der Direktor des Bundesamts für Gesundheit in einem Zeitungsbeitrag vernehmen.<sup>47</sup> Die ««Models» sind reale Paare», sollte das Bundesgericht daher vier Jahre später anlässlich der Analyse des visuellen Auftritts der «Love Life»-Kampagne feststellen.<sup>48</sup> Allein die Mitteilung, ein Casting zu veranstalten, löste den antizipierten «Tsunami» an Medienbeiträgen – Gratiswerbung im redaktionellen Teil – aus.<sup>49</sup> Die Medienberichte waren verbreitet von jener Mischung aus gespielter Empörung und Erregung geprägt, die selbst unter den Bedingungen der Informationsgesellschaft *Aufmerksamkeit* generiert. «So sextrem war es noch nie!», posaunte der *Blick* heiser, um die Ankündigung des Castings mit der Schlagzeile «Bund dreht Pornos» zu kommentieren.<sup>50</sup> Medienberichte dieser Art hatte die verantwortliche Werbeagentur in ihrer Bewerbung um den Auftrag des Bundesamts für Gesundheit zum Zweck der *Multiplikation der vermittelten Information* nicht nur in Rechnung gestellt, sondern ganz gezielt auszulösen versucht.<sup>51</sup> Anlässlich des Castings wurden aus jenen mehr als 300 Menschen, die sich binnen weniger Tagen beworben hatten, fünf Paare ausgewählt – drei heterosexuelle und zwei homosexuelle.<sup>52</sup>

In zeitlicher Distanz sticht das seltsam anmutende *Ungleichgewicht* zwischen der medial kommunizierten und multiplizierten Dramatik einerseits und der äusserst bescheidenen unmittelbaren Sichtbarkeit der «Love Life»-Kampagne andererseits ins Auge. Die während mehrerer Wochen andauernde mediale Berichterstattung über die Kampagne soll bei einem Mitteleinsatz von etwas mehr als CHF 0,7 Mio. redaktionelle Beiträge im Wert von geschätzten CHF 5,2 Mio. nach sich gezogen haben.<sup>53</sup> Allzu viele Menschen hatten die Kampagne freilich nicht direkt zu Gesicht bekommen. Es wurden lediglich 2'000 Plakate produziert, die während gerade einmal zwei Wochen mitten in den Ferienmonaten Juli und August 2014 im öffentlichen Raum angebracht worden waren.<sup>54</sup> Die 60-sekündige Filmsequenz der Kampagne wurde ein paar wenige Male vor Kinovorführungen gezeigt, war im Übrigen aber nur im Internet zugänglich.<sup>55</sup> Dort wurde sie nach Angaben des Bundesrates trotz Altersbeschränkung jedoch «fast 550'000 Mal ange-

<sup>39</sup> Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

<sup>40</sup> Vgl. JÜRGENSEN NADINE, Der Stand der Dinge, in: Seibt (Fn. 12), S. 82–93, 88 f.

<sup>41</sup> Vgl. JÜRGENSEN (Fn. 40), S. 88 f.; SEIBT (Fn. 15), S. 96.

<sup>42</sup> Bundesamt für Gesundheit, HIV-/STI-Präventionskampagne [...]: Partner und Budget, verfügbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/kampagnen/lovelife/lovelife-partnerundbudgets.html>>.

<sup>43</sup> Vgl. die Informationen auf der entsprechenden Internetseite des Bundesamts für Gesundheit unter <<https://www.lovelife.ch/de/kampagne/archiv/>>.

<sup>44</sup> Bundesamt für Gesundheit, HIV-/STI-Präventionskampagne [...]: Die Kampagne, verfügbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/kampagnen/lovelife/diehvpraeventionskampagne.html>>, und die Angaben in Fn. 43.

<sup>45</sup> Vgl. SEIBT (Fn. 15), S. 102 f.

<sup>46</sup> SEIBT (Fn. 15), S. 106.

<sup>47</sup> STRUPLER PASCAL [seit Januar 2010 Direktor des Bundesamts für Gesundheit], «Love Life»-Kampagne – Lebenslust und Partizipation, NZZ vom 23. Mai 2014, S. 22.

<sup>48</sup> BGer 2C 601/2016 E. 8.3.

<sup>49</sup> Vgl. SEIBT (Fn. 15), S. 107 f.

<sup>50</sup> Blick.ch, «Nacktes vom Bund: So sextrem war es noch nie!» vom 13. Mai 2014, verfügbar unter <<https://www.blick.ch/news/politik/nacktes-vom-bund-so-sextrem-war-es-noch-nie-id2847766.html>>; SEIBT (Fn. 15), S. 107.

<sup>51</sup> Vgl. SEIBT (Fn. 15), S. 107, 110.

<sup>52</sup> SEIBT (Fn. 15), S. 107 f.

<sup>53</sup> SEIBT (Fn. 15), S. 109.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfGE C-5250/2014 Sachverhalt A und E. 7.6.3; SEIBT (Fn. 15), S. 109.

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 2C\_601/2016 Sachverhalt A.

schaub».<sup>56</sup> In einer Kurzversion von 20 Sekunden wurde die Sequenz im Vorfeld der Kampagne an einem einzigen Abend – am 13. Mai 2014 – und absichtlich erst nach 20 Uhr auf schweizerischen Fernsehkanälen ausgestrahlt.<sup>57</sup>

## 2. Politik: Empörung nach Drehbuch

Nicht nur die Medien, sondern auch die Politik hielt sich ganz an das mutmassliche Drehbuch der sorgfältig orchestrierten Kampagne. Die «Fotos mit kopulierenden Paaren [...] in eindeutigen Stellungen» seien, so empörten sich Mitglieder des Nationalrats in parlamentarischen Vorstössen, nichts anderes als «Pornografie», die nach Art. 197 Ziff. 1 StGB bestraft gehöre.<sup>58</sup> Die «vulgären Bilder»<sup>59</sup> stellen nicht nur einen «Skandal» dar, sondern untergrüben «in massiver Weise die ethisch-erzieherischen Bemühungen zahlreicher Eltern, Lehrer, Pädagogen und staatlicher Stellen», den Jugendlichen ein «von Verantwortung und Zurückhaltung» geprägtes Sexualverhalten zu vermitteln,<sup>60</sup> indem sie «zu devianten Verhaltensweisen»<sup>61</sup> verleiteten. Nach der «Logik der Provokation» sei künftig gar mit einer «Porno-Dampfwalze» des Bundesamts für Gesundheit zu rechnen.<sup>62</sup>

## 3. Bundesverwaltungsgericht: Moral statt Recht

Auf dieser politisch vorgezeichneten Linie argumentierte auch die Rechtsvertreterin von 35 Kindern und Jugendlichen im Alter von 4 bis 17 Jahren (bzw. deren gesetzlichen Vertretern), die das Bundesamt für Gesundheit mit Eingabe vom 22. Juli 2014 aufforderten, die Präventionskampagne einzustellen und deren Widerrechtlichkeit festzustellen.<sup>63</sup> Die Beschwerdeführenden wurden von der Eidgenössisch-Demokratischen Union (EDU), der Stiftung «Zukunft CH» und weiteren konservativ-freikirchlichen Organisa-

tionen unterstützt.<sup>64</sup> Die von den Beschwerdeführenden geltend gemachte Schädigung ihrer «geistigen und sexuellen Integrität» hielt das später angerufene Bundesverwaltungsgericht für «fraglich»<sup>65</sup> und wies das Gesuch um *vorläufige Einstellung der Kampagne* am 6. Oktober 2014 ab.<sup>66</sup> Im weiteren Verfahren stellten sich die Beschwerdeführenden auf den Standpunkt, in ihren Rechten gemäss Art. 11 Abs. 1 BV verletzt zu sein.<sup>67</sup> In seinem *abweisenden* Urteil vom 25. April 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich bei den verwendeten Bildern nicht um Pornografie im strafrechtlichen Sinn handle und verwies die geltend gemachten Bedenken weitgehend in die Sphäre von Weltanschauung und Moral. Es gehe «um allgemeine Anliegen», die «nicht mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht werden» könnten, so «verständlich und nachvollziehbar» sie auch «grundsätzlich» seien.<sup>68</sup>

## 4. Bundesgericht: Kampagne ohne direkte Grundrechtsrelevanz

Die gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Juni 2018 ab.<sup>69</sup> Die Beschwerdeführenden hatten erneut argumentiert, die Präventionskampagne des Bundesamts für Gesundheit verletze Art. 11 Abs. 1 BV.<sup>70</sup> Das Bundesgericht unterstrich zwar den grundrechtlichen Charakter des Anspruchs von Kindern und Jugendlichen auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit, hielt den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 BV aber für «nicht berührt».<sup>71</sup> Zur Begründung führte das Gericht an, die visuellen Darstellungen der Kampagne stellten keine «Pornografie» im strafrechtlichen Sinn dar.<sup>72</sup> Bei der Konkretisierung von Art. 11 Abs. 1 BV sei überdies in Rechnung zu stellen, dass sich Kinder und Jugendliche «im öffentlichen Raum» ohnehin den Einflüssen «sexualisierter und erotischer Darstellungen» ausgesetzt sähen, welche aber die private Werbebranche zu verantworten habe.<sup>73</sup>

<sup>56</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 27. August 2014 zur Motion 14.3541 «Stopp der Porno-Kampagne des BAG» von Nationalrat Erich von Siebenthal, verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143541>>; zur Altersbeschränkung SEIBT (Fn. 15), S. 109.

<sup>57</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 Sachverhalt A; BVGer C-5250/2014 (Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014) Ziff. 3.2; STRUPLER (Fn. 47), S. 22.

<sup>58</sup> Motion 14.3541 von Siebenthal (Fn. 56); sinngemäss auch Interpellation 14.3419 «Fehlstart der Stop-Aids-Kampagne 2014» von Nationalrätin Marianne Streiff-Feller, verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143419>>.

<sup>59</sup> Interpellation 14.3421 «Schutz der Minderjährigen und des gesunden Menschenverstandes. Braucht es für eine Stop-Aids-Kampagne unbedingt pornografische Bilder?» von Nationalrat Fabio Regazzi, Ziff. 3, verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143421>>.

<sup>60</sup> Motion 14.3541 von Siebenthal (Fn. 56).

<sup>61</sup> Interpellation 14.3421 Regazzi (Fn. 59).

<sup>62</sup> Interpellation 14.3419 Streiff-Feller (Fn. 58).

<sup>63</sup> Vgl. BVGer C-5250/2014 (Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014) Sachverhalt A.

<sup>64</sup> Vgl. die Medienmitteilung der «Stiftung Zukunft CH», ««Love Life» verletzt Pflicht zum Schutz der Kinder und Jugendlichen» vom 23. Juli 2014, verfügbar unter <<https://www.zukunft-ch.ch/love-life-verletzt-pflicht-zum-schutz-der-kinder-und-jugendlichen/>>.

<sup>65</sup> BVGer C-5250/2014 (Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014) E. 4.4.3.

<sup>66</sup> Vgl. BVGer C-5250/2014 (Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014) E. 4.5.

<sup>67</sup> Vgl. BVGer C-5250/2014 E. 7.4.

<sup>68</sup> Vgl. BVGer C-5250/2014 E. 7.4.1 f., 7.6.5.

<sup>69</sup> BGer 2C\_601/2016 E. 10.

<sup>70</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.1.

<sup>71</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.1, 8.5.

<sup>72</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.3.

<sup>73</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.4 f.

## IV. Kalibrierung rechtlicher Anforderungen unter den Bedingungen der Aufmerksamkeitsökonomie

### 1. Zurechnung: Kampagnen als informelle Public Private Partnership

Wie die vorstehenden Urteilszusammenfassungen belegen, fokussierten das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht ihre Prüfungen eng auf den *visuellen Inhalt* (Plakate, Filmsequenzen) der «Love Life»-Kampagne *selbst*. Für die Quintessenz der Kampagne – ihre sorgfältige Orchestrierung unter Einbezug der Medien und der Politik (vgl. Ziff. III.1–2) – bleibt die gerichtliche Kontrolle damit *blind*. Die zentrale Frage, ob und in welchem Mass die Auswirkungen, welche die Kampagne in Medien und Politik nach sich gezogen hatte, dem Bundesamt für Gesundheit *zuzurechnen* sind, bleibt damit ungeklärt.

Nach traditioneller Ansicht wird die Zurechnung der Verantwortlichkeit für Warnungen und Empfehlungen zur kommunizierenden Verwaltungsbehörde dann unterbrochen, wenn Handlungen privater Akteure (Medien, Verbände etc.) als «dominierende Ursache der Verhaltensänderungen erscheinen».<sup>74</sup> Während die Anwendung dieser Doktrin auf traditionell organisierte staatliche Warnungen und Empfehlungen folgerichtig sein mag, erweist sie sich für einen Einsatz von Information als Steuerungsressource, der sich eng an den Gesetzmässigkeiten der Aufmerksamkeitsökonomie orientiert, als *nicht sachgerecht*. Die Aufmerksamkeit, welche die «Love Life»-Kampagne generierte, war nämlich bloss in geringem Mass direkt den gerichtlich überprüften Plakaten und Filmsequenzen geschuldet, sondern Elementen wie dem durchgeführten Casting, die jene Kommunikation in Medien und Politik nach sich zog, die auch eine Nähe zur Pornografie behauptete (vgl. Ziff. III.1–2). Die Kampagne beruhte demnach gleichsam auf einer *gezielt hervorbrachten, situativen und informellen Public Private Partnership*, indem die Bundesverwaltung den multiplizierenden Effekt kontroverser Reaktionen privater klassischer und sozialer Medien bereits im Vorfeld einkalkuliert hatte (vgl. Ziff. III.1<sup>75</sup>). Daher sind mindestens jene für die Wahrnehmung der staatlichen Warnungen und Empfehlungen durch die Öffentlichkeit prägenden Reaktionen privater Akteure, welche die fragliche Verwaltungsbehörde entweder *gezielt hervorbringen wollte* oder aber *bewusst in Kauf* genommen hat, dem Staat zuzurechnen.

### 2. Kindeswohl als grundrechtsdogmatische Herausforderung

Für die rechtliche Beurteilung der «Love Life»-Kampagne ist wesentlich, dass das Bundesamt für Gesundheit aufgrund von Art. 5 Abs. 1 Bst. c EpG verpflichtet ist, «nationale Programme zur [...] Verhütung und Bekämpfung [...] von HIV» zu erarbeiten. Die

<sup>74</sup> MÜLLER/MÜLLER-GRAF (Fn. 17), S. 392; TSCHANNEN (Fn. 17), S. 419; erwähnt, aber nicht weiter vertieft in BGER 2C\_601/2016 E. 7.3.2.

<sup>75</sup> Vgl. insbesondere den Haupttext zu Fn. 51. – Zum Begriff der «Public Private Partnership», der im Haupttext nicht in einem juristisch-technischen Sinn zu verstehen ist, konzis HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 1804.

«Love Life»-Kampagne stützte sich damit auf eine bundesgesetzliche Grundlage (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV) und lag im durch den Bundesgesetzgeber selbst definierten und ausgewiesenen öffentlichen Interesse (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV).<sup>76</sup> Gestützt auf die Argumentation der Beschwerdeführenden orientierte sich die gerichtliche Prüfung demgegenüber einzig an Art. 11 Abs. 1 BV. Laut dieser Bestimmung haben «Kinder und Jugendliche [...] Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.» Die als verletzt gerügte Verfassungsnorm ist Resultat eines als «labyrinthisch»<sup>77</sup> bezeichneten Normsetzungsverfahrens.<sup>78</sup> Das Telos der Norm besteht darin, die Maxime des Kindeswohls gemäss Art. 302 Abs. 1 ZGB und Art. 3 KRK<sup>79</sup> als *Grundrecht* zu gewährleisten.<sup>80</sup> Die Nähe von Art. 302 Abs. 1 ZGB («fördern und [...] schützen») und Art. 3 Ziff. 2 KRK (engl.: «*protection and care*») einerseits und Art. 11 Abs. 1 BV andererseits kommt auch im Wortlaut der Verfassungsbestimmung («Schutz [...] und [...] Förderung») klar zum Ausdruck.<sup>81</sup> «Schutz» und «Förderung» bilden daher eine für das Kindeswohl im Rechtssinn charakteristische *sinnhafte Einheit*.<sup>82</sup>

Werden diese Besonderheiten von Art. 11 Abs. 1 BV ausgeblendet, liegt es angesichts der grundrechtsdogmatischen Unterscheidung zwischen Freiheitsrechten und Sozialrechten nahe, zwischen einem abwehrrechtlichen Schutzanspruch einerseits und einem positiven Förderungsanspruch andererseits zu differenzieren.<sup>83</sup> Diese Unterscheidung scheint auch das Bundesgericht zu treffen, indem es die «Love Life»-Kampagne nur unter dem Aspekt des «Anspruchs auf besonderen *Schutz*» prüft.<sup>84</sup> Dabei stellt das Ge-

<sup>76</sup> Zu den rechtlichen Voraussetzungen im Allgemeinen vgl. vorne Ziff. II.2 (letzter Absatz).

<sup>77</sup> KOLLER HEINRICH/WYSS MARTIN PHILIPP, «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...», in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Wiegand Wolfgang/Walter Hans Peter (Hrsg.), FS Hausheer, Bern 2002, S. 435–443, 436.

<sup>78</sup> Für eine detaillierte Aufarbeitung des entsprechenden Verfahrens der Verfassungsgebung vgl. REICH JOHANNES, «Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht. Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 131/2012 I, S. 363–387, 365–370.

<sup>79</sup> Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes («Kinderrechtskonvention»; KRK; SR 0.107).

<sup>80</sup> REICH (Fn. 78), S. 375 m.w.H.; den grundrechtlichen Charakter von Art. 11 BV betont auch BGER 2C\_601/2016 E. 8.2.1 m.w.H.

<sup>81</sup> REICH (Fn. 78), S. 374 f.

<sup>82</sup> REICH (Fn. 78), S. 375, 379 f.

<sup>83</sup> Vgl. sinngemäss die vorherrschende Lehre: BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 11 BV N 4; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018, S. 467–471; MAHON PASCAL, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003, Art. 11 BV N 4; REUSSER RUTH/LÜSCHER KURT, in: St. Galler Kommentar BV (Fn. 34), Art. 11 BV N 14, 21; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, N 1339; a.M. REICH (Fn. 78), S. 375 und wohl auch TSCHENTSCHER AXEL, in: Basler Kommentar BV (Fn. 35), Art. 11 BV N 10–12.

<sup>84</sup> Vgl. BGER 2C\_601/2016 E. 8.2.2.

richt in Abrede, dass eben dieser Teilgehalt durch die «Love Life»-Kampagne überhaupt berührt sei,<sup>85</sup> ohne jedoch den sachlichen Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 BV abstrakt zu definieren.<sup>86</sup> Das Bundesgericht scheint vielmehr davon auszugehen, dass das Schutzniveau, das durch Art. 11 Abs. 1 BV garantiert ist, nicht höher anzusetzen ist als das durch Art. 197 Ziff. 1 StGB (Pornografie) festgelegte.<sup>87</sup> Zwingend erscheint diese unterstellte Äquivalenz keineswegs. Es dürfte jedenfalls schwer zu begründen sein, dass die Vorführung von erotischen Bildern, die nicht unter Art. 197 Ziff. 1 StGB fallen, im Hinblick auf das Kindeswohl ganz generell unbedenklich ist. Die Konfrontation mit entsprechenden Aufnahmen kann sich aber in bestimmten Kontexten, wie etwa im Sexualkundeunterricht der Volksschule, als aufgrund von Art. 36 Abs. 1–3 BV gerechtfertigt erweisen. Wenig überzeugend erscheint sodann die aus der zutreffenden Beobachtung, Kinder und Jugendliche seien im öffentlichen Raum verbreitet mit sexualisierter Werbung konfrontiert,<sup>88</sup> gezogene rechtliche Folgerung, die «Love Life»-Kampagne bilde nur dann einen Eingriff in den sachlichen Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 BV, wenn sie Kinder und Jugendliche «spürbar anderen und stärkeren sexualisierten und erotischen Einflüssen» aussetze als die Werbung Privater.<sup>89</sup> Während das Gemeinwesen für privates Marketing («visuelle Kommunikation») mindestens keine unmittelbare Verantwortung trägt, ist ihm der visuelle Inhalt seiner Warnungen und Empfehlungen direkt zuzurechnen.

Das wenig stringent strukturierte Prüfungsprogramm des Bundesgerichts weist auf die rechtsdogmatischen Herausforderungen hin, die mit dem *Transfer einer Maxime des Kindesrechts in den Grundrechtskatalog* der Bundesverfassung verbunden sind. Im Unterschied zu den meisten Grundrechten stellt das Kindeswohl «kein subsumtionsfähiges Entscheidungsprogramm zur Verfügung».<sup>90</sup> Abgesehen von einem abstrakt bestimmbareren Begriffskern (Anspruch auf Schutz) bildet das Kindeswohl hinsichtlich Inhalt und Rechtsfolge ein *heuristisches Prinzip*.<sup>91</sup> Dessen Konkretisierung ist nur im Hinblick auf den konkreten *Einzelfall* in umfassender Gewichtung sämtlicher relevanter Umstände möglich.<sup>92</sup> Nachdem das Bundesgericht diesen Besonderheiten von Art. 11 Abs. 1 BV keine Rechnung zu tragen vermochte, lief der gerichtliche Rechtsschutz angesichts der

<sup>85</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.5; vgl. auch vorne Ziff. III.4.

<sup>86</sup> BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.2 («Was der «Anspruch auf einen besonderen Schutz» der Kinder und Jugendlichen genau umfasst, kann nicht abstrakt und zeitlos bestimmt werden [...]»); a.M. REICH (Fn. 78), S. 375 f. (mit einer entsprechenden abstrakten Umschreibung).

<sup>87</sup> Vgl. in diese Richtung insbesondere BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.2.

<sup>88</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.4 f.; zusammenfassend vorne Ziff. III.4.

<sup>89</sup> Vgl. BGer 2C\_601/2016 E. 8.2.5.

<sup>90</sup> LIMBACH JUTTA, Die Suche nach dem Kindeswohl. Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz, Zeitschrift für Rechtssoziologie 9/1988, S. 155–160, 159.

<sup>91</sup> REICH (Fn. 78), S. 375 f., 378.

<sup>92</sup> Vgl. nur HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts, Bern 1999, N 26.04a, wonach das Kindeswohl dazu verpflichtet, das zu tun, was «in der jeweiligen Situation [...] die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht» (Hervorhebungen hinzugefügt); ähnlich BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

*generell-abstrakten* Regelungsstruktur der «Love Life»-Kampagne des Bundesamts für Gesundheit<sup>93</sup> materiell weitgehend leer.

## V. Epilog: Der Preis ökonomischer Effizienz der Verwaltung

Die Orchestrierung der «Love Life»-Kampagne gemäss der Logik der Aufmerksamkeitsökonomie (vgl. Ziff. III.1–2) hat die entsprechenden staatlichen Warnungen und Empfehlungen gleichsam in eine *situative und informelle Public Private Partnership* transformiert (vgl. Ziff. IV.1). Eine solche Strategie verspricht für jeden in staatliche Warnungen und Empfehlungen investierten Franken eine maximale Wirkung – eben: «*a bigger bang for a buck*» (vgl. Ziff. II.2 u. 4). Die verstärkte Ausrichtung des Handelns der öffentlichen Verwaltung an ökonomischer Effizienz mag daher regelmässig zu tieferen Staatsausgaben führen. Monetäre oder nicht-monetäre Kosten – im landläufigen Sinn: einen «Preis» – hat sie gleichwohl.<sup>94</sup> Für Verwaltungsbehörden besteht das Risiko, dass ihre an die Öffentlichkeit gerichteten Warnungen und Empfehlungen durch die faktische Partizipation privater Akteure verfälscht werden, was sich die öffentliche Verwaltung zumindest teilweise anzurechnen hat (vgl. Ziff. IV.1). Umgekehrt kann sich gerichtlicher Rechtsschutz für betroffene Individuen als inadäquat erweisen (vgl. Ziff. IV.2). Der «Preis» einer einseitig auf ökonomische Effizienz getrimmten öffentlichen Verwaltung kommt auch anderenorts zum Vorschein. Da sich die fiskalische Gesamtbelastung, die Private in einer bestimmten föderalen Einheit zu gewärtigen haben, relativ zuverlässig abschätzen lässt, kann internationaler und föderaler Steuerwettbewerb für Gemeinwesen potenziell Anreize setzen, sich über unternehmerische Tätigkeit statt über Steuern und Abgaben zu finanzieren. Ferner laufen «unternehmerisch» agierende Verwaltungseinheiten latent Gefahr, mit privaten Anbietern wirtschaftlich in Konkurrenz zu treten. Beides steht mit der Wirtschaftsfreiheit und deren Grundsatz in einem Spannungsverhältnis.<sup>95</sup> Die Priorisierungen im skizzierten Dreieck von Wirksamkeit, Effizienz und Pluralität (vgl. Ziff. II.4) sind verfassungsrechtlich oft nicht eindeutig festgelegt. Daher ist es vornehmlich Aufgabe der *Politik*, diese Gewichtungen immer wieder neu und transparent auszuhandeln – im Wissen darum, dass auch die ökonomische Effizienz der öffentlichen Verwaltung regelmässig ihren «Preis» hat.

<sup>93</sup> Vgl. vorne Ziff. II.1, insbesondere Haupttext zu Fn. 17.

<sup>94</sup> Zum Begriff der «Kosten» vgl. die Ausführungen und Hinweise bei REICH JOHANNES, Abgrenzung von rechtl. Monopol und Wettbewerb im Abfallmarkt, URP 4/2014, S. 321–350, 331 f.

<sup>95</sup> Eingehender dazu REICH (Fn. 30), S. 1411.



*Peter Breitschmid*

# DER MENSCH ALS MASS

Festschrift für Peter Breitschmid

Herausgegeben von

Ruth Arnet

Paul Eitel

Alexandra Jungo

Hans Rainer Künzle

Schulthess § 2019

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2019  
ISBN 978-3-7255-7927-3

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)