

Beratung durch Behörden

Von Universitätsprofessor Dr. Janbernd Oebbecke, Düsseldorf*

1. Beratung in Verwaltungsrecht und -praxis

Nachdem sich herausgestellt hat, daß der echte Ring nicht herauszufinden ist, sagt der Richter in Nathans Ringparabel zu den drei streitenden Brüdern: »Denkt ihr, daß ich Rätsel/ zu lösen da bin?« Und dann: »Wenn Ihr/ nicht meinen Rat, statt meines Spruches, wollt:/ Geht nur! –

* Der Beitrag gibt ein Referat wieder, das der Verfasser auf dem 4. Workshop »Umweltrecht« des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere für Öffentliches Baurecht, Planungs- und

Mein Rat ist aber der: Ihr nehmt/ die Sache völlig, wie sie liegt. Hat von/ Euch jeder seinen Ring von seinem Vater,/ so glaube jeder sicher seinen Ring/ den echten.«

Lessing läßt hier an die Stelle des unmöglichen gerichtlichen Urteils den richterlichen Rat treten. Auch die Verwal-

Umweltrecht, des Zentralinstituts für Raumplanung und des Freiherr-vom-Stein-Instituts an der Universität Münster am 3. 9. 1993 in Papenburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

tung greift, wenn hoheitliche Mittel nicht zu Gebote stehen oder ihr Einsatz keinen Erfolg verspricht¹, gern zum Mittel der Beratung. Dieses ist wohl das wichtigste, aber sicher nicht das einzige Motiv für Beratung durch Behörden.

Beraten und Beratung spielen in der Wirklichkeit der Verwaltung eine große und wohl noch weiter zunehmende Rolle². Kritisch wird von »Beratungsinflation« gesprochen³. Trotz dieser praktischen Bedeutung des Themas Beratung für die Verwaltung hat sich die Rechtswissenschaft bisher wenig damit befaßt⁴. Auch wenn wichtige rechtliche Fragen bereits vor Jahrzehnten erkannt worden sind⁵, hat das Informationshandeln der Verwaltung erst in den letzten Jahren stärker juristisches Interesse gefunden⁶; im Vordergrund standen dabei aber Rechtsfragen der Öffentlichkeitsarbeit⁷ – etwa in Wahlkämpfen – und der öffentlichen Warnungen⁸, etwa vor Toilettensteinen, Birkel-Nudeln, Waschverstärkertüchern, diethylglykolhaltigem Wein oder Jugendsekten. Rechtliche Auseinandersetzungen wie in diesen Fällen werden bei der Beratung wohl auch in Zukunft eher die Ausnahme bleiben. Das liegt nicht zuletzt an dem kooperativen⁹ Charakter, den Beratung regelmäßig nicht nur in der Durchführung, sondern auch im Zustandekommen hat. Juristischen Klärungsbe-

darf hat deshalb vor allem die beratende und die Beratung organisierende Verwaltung, die wissen muß, wie ihr Handlungsrahmen etwa in inhaltlicher oder organisatorischer Hinsicht beschaffen ist.

Sieht man die einschlägigen gesetzlichen Regelungen durch, fällt auf, daß »beraten« und »Beratung« auch in der Rechtssprache in unterschiedlichem Sinn benutzt werden. Relativ selten ist »beraten« im Sinne von »sich beraten« oder »ratschlagen«. Beispielsweise bestimmt die Geschäftsordnung des Bundestages: »Die Beratungen der Ausschüsse sind grundsätzlich nicht öffentlich.« Sehr viel häufiger ist »beraten« als »etwas beraten«. Es findet sich in zahlreichen organisationsrechtlichen Bestimmungen. Hier seien die Geschäftsordnungen der Verfassungsorgane¹⁰, das Kommunalrecht¹¹ oder das Prüfungsrecht¹² genannt. Diese beiden Bedeutungen stehen sich relativ nahe, denn auch das Ratschlagen kommt ohne den Gegenstand, der beraten wird, nicht aus. Davon setzt sich die hier interessierende Bedeutung von »beraten« deutlich ab; nicht etwas, sondern jemand wird beraten. Das Schergewicht liegt nicht auf der Behandlung oder, wie auch gesagt wird, »Verhandlung« einer Angelegenheit, sondern auf dem Kommunikationsvorgang zwischen zwei Personen. Dieser Kommunikationsvorgang ist – anders als sich beraten, ratschlagen – typischerweise asymmetrisch in der Weise gerichtet, daß die eine Person – der Berater – die andere Person – den Beratenen – berät.

Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen bieten dafür eine Fülle von Beispielen: Besonders reich ist das Spektrum im Sozialrecht. Das Bundessozialhilfegesetz nennt die Beratung als Form der persönlichen Hilfe, die neben Geldleistung und Sachleistung eine der drei Formen der Sozialhilfe ist¹³. Hier hat zum Beispiel die Schuldnerberatung eine gesetzliche Grundlage. Der Allgemeine Teil des Sozialgesetzbuchs unterscheidet die Beratung von der Aufklärung und der Auskunft und räumt jedermann einen Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch ein¹⁴. Das Kinder- und Jugendhilfegesetz enthält – um einige Beispiele herauszugreifen – Regelungen über Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung, Beratung bei der Ausübung der Personensorge, Erziehungsberatung und Beratung in Verfahren zur Annahme an Kindes statt¹⁵. In einigen dieser Fälle besteht ein Anspruch auf die Beratung, in anderen »soll« das Angebot gemacht werden, ohne daß ein Anspruch bestünde.

Die vom Bundessozialhilfegesetz als dem ältesten zum Kinder- und Jugendhilfegesetz als dem vorläufig jüngsten Gesetz zunehmende und hier nur angedeutete Differenziertheit der gesetzlichen Regelungen weist auf die Karriere hin, die die Beratung in der sozialrechtlichen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte gemacht hat. An den Staat werden zunehmend Erwartungen gestellt, die sich in den überkommenen Formen hoheitlichen Handelns nicht erfüllen lassen; an die Stelle des Spruchs wird – mit Lessing gesprochen – der Rat gesetzt.

Die Beratung ist aber keineswegs auf das Sozialrecht beschränkt. Nach den Grundsätzen über das immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren soll die Geneh-

- 1 Die Grenzen der staatlichen Handlungsmöglichkeiten als Grund für eine gestiegene Bedeutung informationeller Handlungsformen betonen etwa Christof *Gramm*, Staat 30 (1991), 70 (73); Hermann *Hill*, Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, DVBl. 1989, 321 ff. (326); s. auch Hans-Joachim *Koch* / Rüdiger *Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1992, S. 49, Bernhard *Haaf*, Handlungsspielräume gemeindlicher Umweltpolitik am Beispiel des Abfallrechts, 1992, S. 215.
- 2 Zur Bedeutung der Beratung für die Umweltverwaltung s. etwa Nicolai *Dose*, Normanpassung durch Verhandlungen mit der Ordnungsverwaltung, in: Arthur *Benz*/Wolfgang *Seibel* (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Konfrontation, 1992, S. 87 ff. (93 f.).
- 3 So die F.D.P.-Fraktion des Landtags NW in der großen Anfrage Nr. 12 (LT-Drucks. 11/3674). Siehe dazu auch die Antwort der Landesregierung (LT-Drucks. 11/5487).
- 4 Siehe etwa Markus *Heintzen*, Behördliches Informationshandeln bei ungewissem Sachverhalt, NuR 1991, 301.
- 5 Siehe Walter *Jellinek*, Verwaltungsrecht, unveränderter Nachdruck 1948 der 3. Auflage 1931, S. 23 f.
- 6 Etwa *Gramm* (Fußn. 1), S. 53 und die in den Fußn. 8 und 9 genannten.
- 7 BVerfG, Urteil vom 2. 3. 1977 – 2 BvE 2/76 –, BVerfGE 44, 125 f.; Beschluß vom 23. 2. 1983 – 2 BvR 1765/82 –, BVerfGE 63, 230 ff.; OVG Münster, Urteil vom 19. 8. 1988 – 15 A 924/86 –, NWVBl. 1989, 16 ff.
- 8 Fritz *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986; *ders.*, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 1987, S. 27 ff.; Gertrude *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2705 ff.; Martin *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl. 1988, 512 ff.; *Heintzen* (Fußn. 4), S. 1448 ff.; Wilfried *Berg*, Die behördliche Warnung – eine neue Handlungsform des Verwaltungsrechts?, ZLR 1990, 565 ff.; Marian *Paschke*, Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, 89 ff.; Klaus-Peter *Dolde*, Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln, 1987.
- 9 Dazu Arthur *Benz*, Verhandlungen, Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, DV 1990, 83 ff. (84 f.); Manfred *Bulling*, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, 277 ff.

10 Z. B. §§ 24, 25 II, 78 I GeschO BT; §§ 38 III, 43 GeschO BRat; §§ 15 f. GeschO BReg.

11 §§ 23 I, 42 I 5 GO NW.

12 Etwa §§ 11 (»Vorberatung«) und 12 (Überschrift) JAO NW.

13 § 8 BSHG.

14 §§ 13 ff. SGB I.

15 §§ 17 f., 28, 51 KJHG.

migungsbehörde den Antragsteller im Hinblick auf die Antragstellung beraten, sobald er sie über das geplante Vorhaben unterrichtet¹⁶. Die Schule hat die Erziehungsberechtigten und den Schüler zu beraten¹⁷, die Hochschule muß Studienberatung anbieten¹⁸. Die Kriminalpolizei berät¹⁹ ebenso wie die Landesrundfunkanstalt²⁰ oder die Landwirtschaftskammern²¹. Die Forstbehörden in Nordrhein-Westfalen beraten die Waldbesitzer und zwar, wie das Landesforstgesetz ausdrücklich betont, kostenfrei²². Einige Landesgesetze sehen inzwischen ausdrücklich die Pflicht zur Abfallberatung vor²³. In öffentlichen Bibliotheken und staatlichen Archiven gehört die Beratung des Benutzers traditionell zu den erbrachten Leistungen.

Keineswegs ist aber stets der Bürger Adressat der behördlichen Beratung²⁴. So haben die Industrie- und Handelskammern u. a. die Aufgabe, die Behörden zu beraten²⁵. Die Sparkassen- und Giroverbände beraten die Aufsichtsbehörden gutachtlich²⁶. Die staatlichen Archive können Behörden, Gerichte und sonstige Stellen des Landes bei der Schriftgutverwaltung²⁷, der Landesbeauftragte für den Datenschutz kann öffentliche Stellen in Fragen des Datenschutzes beraten²⁸. Die Landschaftsverbände beraten Gemeinden und Kreise in der Denkmalpflege, und die Kreise haben die kleinen kreisangehörigen Gemeinden als Untere Denkmalbehörden zu beraten²⁹. Die Beratung macht für die beratende Behörde den Sachverstand anderer Behörden fruchtbar.

Zahlreiche Formen der Beratung sind nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die eingreifende, beaufsichtigende, mit hoheitlichen Mitteln arbeitende Verwaltung etwa setzt das Mittel der Beratung in erheblichem Umfang vor, neben und anstelle von Verwaltungsakten ein. Die Beratung spielt eine wichtige Rolle als Instrument der vorbeugenden Kommunalaufsicht³⁰; ihre Bedeutung dürfte mit dem Abbau von Genehmigungsvorbehalten, wie er etwa in Nordrhein-Westfalen zur Zeit vorgesehen ist, noch zunehmen. In der Umweltverwaltung wird Beratung in den letzten Jahren gerade dort verstärkt eingesetzt, wo ein hoheitlicher Vollzug gar nicht möglich wäre. Umweltberatung³¹ – eine partiell gesetzlich geregelte

Sonderform wurde mit der Abfallberatung schon erwähnt – oder Energieberatung³² sollen nicht nur bestehende Regelungen bekannt machen, sondern vor allem auch dort Verhaltensänderungen bewirken, wo präzise durchsetzbare Regelungen fehlen. Auch hier also: Rat statt Spruch. Wenn sich vor allem die Kommunen um solche Beratungsformen bemühen, zeigt sich darin ähnlich wie in den Versuchen, lokale Umweltabgaben zu etablieren, auch die Ungeduld über den als unzureichend empfundenen Fortschritt der Umweltgesetzgebung im Bund und in der Europäischen Gemeinschaft.

2. Beratung als Form informationellen Verwaltungshandelns

Als Kommunikationsvorgang ist Beratung eine Form des informationellen Verwaltungshandelns³³. Unter dieser Bezeichnung wird das Verwaltungshandeln zusammengefaßt, das sich der Informationsübermittlung als Instrument der Aufgabenerfüllung bedient und als schlichtes Verwaltungshandeln nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf eine tatsächliche Wirkung abzielt. Es geht also weder um die Gewinnung von Informationen, wie sie etwa im Polizeirecht ausführlich geregelt ist³⁴, oder um deren Verarbeitung, wie sie unter verschiedenem Blickwinkel im Verwaltungsverfahrenrecht und im Datenschutzrecht geordnet ist, sondern um die Abgabe von Informationen. Informationstheoretisch gesprochen geht es beim informationellen Verwaltungshandeln nicht um die Behörde als Empfänger oder Verarbeiter von Informationen, sondern als Sender. Mit der Zuordnung zum schlichten Verwaltungshandeln wird das informationelle Verwaltungshandeln auf Informationen beschränkt, die auf tatsächliche Erfolge abzielen; durch den Ausschluß derjenigen Informationshandlungen der Verwaltung, die einen rechtlichen Erfolg bewirken sollen, werden Rechtshandlungen wie Verwaltungsakte, Verträge oder Verordnungen ausgenommen, die die Verwaltung ja auch »sendet«. Informationelles Verwaltungshandeln wird damit den Tathandlungen oder Realakten im Sinne der traditionellen Unterscheidung des Allgemeinen Verwaltungsrechts zugeordnet³⁵.

Die Beratung weist nun eine Reihe von Eigenschaften auf, die es gestatten, sie von anderen Formen informationellen Verwaltungshandelns zu unterscheiden.

Bereits erwähnt wurde die Asymmetrie der Beratung, ihre Gerichtetheit. Anders als bei Verhandlungen und Absprachen gibt es bei der Beratung ein kommunikatives Gefälle. Damit ähnelt sie der Öffentlichkeitsarbeit, den Aufklärungsmaßnahmen³⁶ wie Warnungen und Empfehlungen, aber auch der Lehre und dem Unterricht oder der Auskunft, die alle ebenso asymmetrisch gerichtet sind. Diese Asymmetrie darf nicht im Sinne eines rechtlichen Vorrangs, etwa im Sinne einer Überordnung verstanden

16 § 2 II der 9. BImSchV.

17 § 39 ASchO NW.

18 § 14 HRG.

19 § 2 V KrimHVO NW.

20 § 52 II Nr. 1 LRG NW.

21 § 2 I lit. d LwKammerG NW.

22 §§ 11, 60 II LFoG NW.

23 Vgl. etwa § 3 LABfG NW.

24 Zum Beispiel werden auch Berater beraten; vgl. etwa die nordrhein-westfälischen Richtlinien über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Fachberaterinnen und Fachberater für die Schuldnerberatung (Runderlaß des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 6. 11. 1992 – IV A 5 – 6705.9b, MinBl. NW 1992, 1760).

25 § 1 I Hs. 2 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der IHK.

26 § 47 SpkG NW.

27 § 1 III ArchivG NW.

28 § 22 II 1 DSG NW.

29 §§ 22 II, 20 II DSchG NW.

30 Dazu Hermann Klemt, Die Mitwirkung der Kommunalaufsichtsbehörde an der Verwaltung der Gemeinden durch beratende Tätigkeit, Diss. Würzburg 1975; Alfons Galette, Die Beratung im Rahmen der Kommunalaufsicht, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Berlin 1963 (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 19), S. 37 ff.

31 Peter C. Mohr, Umweltberatung durch Privatperson und Behörden, NuR 1989, 101 ff.; Lothar Knopp, Umweltberatung im Unternehmen durch Behörden, VOP 1991, 28 ff.

32 Dazu etwa Peter Jörg Heinzelmann, Kommunen und Stadtwerke sind Partner in der Energiepolitik, der städtetag 1991, 57 ff. (58 f.).

33 Heintzen (Fußn. 4), S. 301; Peter-Michael Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992, S. 203 spricht – in etwas anderem Sinne – von »Mitteilungshandlungen«.

34 Vgl. etwa §§ 9 ff. PolG NW.

35 Dazu Hans-Uwe Erichsen, in: Erichsen/Martens, Allg. VerwR, 9. Auflage 1992, § 33 Rdnr. 1; Heintzen, (Fußn. 4), S. 301; für die Absprache Philipp Kunig, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, 1193 ff. (1194); für Warnungen differenzierend Berg (Fußn. 8), S. 567 f.

36 Zu begrifflichen Fragen der Aufklärung Rolf Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl. 1990, 619 ff. (620 f.).

werden³⁷, sie ist allein in der Kommunikationssituation begründet. Sie legt aber die Annahme nahe, auch die Rechte und Pflichten könnten – wenigstens teilweise – asymmetrisch verteilt sein.

Asymmetrie der Informationssituation bedeutet nun keineswegs Einseitigkeit³⁸. Die Bezeichnung »informationelles Verwaltungshandeln«, die auf die Übermittlung von Informationen durch die Behörde abstellt, schließt die Gegenseitigkeit der Kommunikation keineswegs aus; im Gegenteil ist diese Gegenseitigkeit für einzelne Formen geradezu konstitutiv. Das zeigt sich besonders deutlich bei Verhandlungen und Absprachen, gilt aber auch für die Auskunft. Umgekehrt ist die Einseitigkeit der Kommunikation kennzeichnend für Warnungen und Empfehlungen und für die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung über Presse und Rundfunk oder durch Druckschriften. Neutral sind insoweit Lehre und Unterricht, die begrifflich die Gegenseitigkeit der Kommunikation weder voraussetzen noch ausschließen. Die Beratung findet sich auf dieser Skala zwischen Auskunft und Lehre; sie setzt zwar anders als die Auskunft und ähnlich wie die Lehre eine Anfrage nicht notwendig voraus, aber sie ist offen für Äußerungen und Fragen des Beratenen³⁹; wo ihr diese Offenheit fehlt, handelt es sich um Aufklärung.

Aufklärung und Öffentlichkeitsarbeit setzen keinen bestimmten Kreis von Kommunikationspartnern voraus. Sie wenden sich an die Öffentlichkeit⁴⁰. Das ist bei Verhandlungen und Absprachen, bei Lehre und Unterricht, aber auch bei der Auskunft und bei der Beratung anders. Die Beratung setzt zwar auf Seiten des Beratenen nicht notwendig eine einzelne Person voraus; auch mehrere können beraten werden; es muß aber feststehen, wer beraten wird; der Kreis der Beratenen muß bestimmt sein. Im Sinne des von der Unterscheidung Norm und Einzelakt bekannten Gegensatzes von generell und individuell ist Beratung deshalb individuelles Verwaltungshandeln⁴¹.

Die bei der Beratung bestehende Kommunikationssituation läßt sich auch inhaltlich näher bestimmen. Wie die Auskunft einerseits, Lehre und Unterricht andererseits setzt die Beratung Unsicherheit, einen offenen Beratungsbedarf beim Beratenen voraus. Empfehlung und Warnung, Hinweise und die Öffentlichkeitsarbeit müssen hingegen diese Offenheit durch die Information selbst erst erzeugen. Anders als bei der Auskunft ist der Informationsbedarf bei der Beratung vom Beratenen aber nicht abschließend definiert. Sie ähnelt insofern Lehre und Unterricht. Mindestens potentiell wird das Beratungsthema durch die Beratung und aufgrund der Beratung erst abschließend formuliert⁴². Hier berührt sich die Beratung vor allem mit der Verhandlung und der Absprache.

Im Vergleich mit der Lehre zeigt sich eine weitere Eigenschaft der Beratung: sie ist unmittelbar konsequenzenorientiert. Es geht bei der Beratung um Informationen für eine bestimmte Entscheidung oder Verhaltensweise. Diese Orientierung auf aktuelle Konsequenzen teilt die Beratung mit Empfehlungen und Warnungen⁴³, aber auch mit Verhandlungen und Absprachen; demgegenüber sind Öffentlichkeitsarbeit und Lehre nicht auf unmittelbare praktische Umsetzung gerichtet. Unentschieden ist insoweit die Auskunft; der Auskunftssuchende kann die nachgefragte Information ebensogut zur Schließung einer Wissenslücke benötigen wie als Entscheidungsgrundlage für sein Verhalten.

Die Beratung ist hinsichtlich der Vermittlung von Tatsacheninformationen oder Werturteilen indifferent; typisch ist die Mischung beider Formen. Aber auch die auf die Übermittlung einer der beiden Informationsarten beschränkte Beratung ist möglich. Wie die meisten anderen Informationshandlungen ist auch die Beratung also nicht auf eine dieser Formen beschränkt.

Zusammenfassend läßt sich Beratung deshalb als gerichtete, individuelle, dialogoffene und unmittelbar handlungsorientierte Informationshandlung der Verwaltung bei offenem und durch die Beratung näher bestimmtem Informationsbedarf des Beratenen beschreiben.

Dieser hier in Abgrenzung von anderen Formen informationellen Verwaltungshandelns bestimmte Begriff der Beratung stimmt natürlich nicht in jedem Fall mit dem Sprachgebrauch in der Gesetzgebung oder im Schrifttum überein. So ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß § 25 VwVfG entgegen seiner Überschrift »Beratung, Auskunft« eher von Belehrung⁴⁴ und Auskunft handelt⁴⁵. Wenn das Landesabfallgesetz NW von Beratung spricht, meint es neben der Beratung im hier verstandenen Sinne auch andere Formen, insbesondere der Öffentlichkeitsarbeit und Aufklärung⁴⁶, ein umfassenderer Sprachgebrauch, der sich auch sonst gelegentlich findet⁴⁷. Der hier entwickelte Begriff stellt die besonderen Eigenschaften der Beratung heraus. Sie haben Konsequenzen für die rechtliche Behandlung und Einordnung der Beratung, auf die jetzt eingegangen werden soll.

3. Die Zulässigkeit der behördlichen Beratung

Jede Wahrnehmung von Verwaltungstätigkeiten setzt eine Zuständigkeit voraus⁴⁸. Auch beratend dürfen Behörden deshalb nur tätig werden, wenn sie zuständig sind. Unproblematisch ist das in den Fällen gesetzlich ausdrücklich geregelter Beratung, von denen hier einige beispielhaft erwähnt wurden. Die generelle, die Handlungsform offenlassende Zuständigkeitszuweisung, für die die Formulie-

37 Eher läßt sich für viele Konstellationen in bezug auf den Gegenstand der Beratung von »Überlegenheit« des Beraters (Klemt [Fußn. 30], S. 13 f.) sprechen.

38 So Hans-Günther Henneke, Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, NuR 1991, 267 ff. (271).

39 Walter Schellhorn, in: Gemeinschaftskommentar SGB AT, 2. Auflage 1981, § 14 Rdnr. 11 spricht von »Gespräch«.

40 Gramm (Fußn. 1), S. 53 f.

41 Schellhorn, (Fußn. 39), § 14 Rdnrn. 1 und 11; Schnapp, in: Bochumer Kommentar zum SGB AT, 1979, § 14 Rdnr. 3; ähnlich P. Kirchhof, in: HdBStR, Bd. 3, 1988, § 59 Rdnr. 178.

42 Schellhorn, (Fußn. 39), § 14 Rdnr. 12) nimmt für die Beratung nach § 14 SGB AT eine Klärungspflicht des Beraters an. S. auch ders., in: Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 13. Auflage 1988, § 8 Rdnr. 22.

43 P. Kirchhof (Fußn. 41), § 59 Rdnr. 177; Gramm (Fußn. 1), S. 60.

44 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage 1992, § 19 Rdnr. 23.

45 Maximilian Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1992, S. 289; Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2. Auflage 1991, S. 148 (Rdnr. 208) faßt allerdings auch Hinweise unter den Begriff der Beratung; ähnlich auch Hans-Uwe Erichsen (Fußn. 35), § 40 Rdnr. 22.

46 Alexander Schink / Werner Schmecken / Wolfgang Schwade, Abfallgesetz des Landes NW, Kommentar, § 3 Anm. 4.2.

47 Knopp (Fußn. 31), S. 28; Mohr, (Fußn. 31), S. 101 ff.; ähnlich Schulte, (Fußn. 8), S. 512 ff.

48 Für die staatliche Informationstätigkeit s. Berg (Fußn. 8), S. 573; Gramm (Fußn. 1), S. 79; Lübke-Wolff (Fußn. 8), S. 2706 ff.

rungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts typisch sind, wonach die Behörden die Aufgabe haben, Gefahren abzuwehren⁴⁹, erfaßt die Beratung mit, auch wenn sie nicht ausdrücklich erwähnt wird⁵⁰. Auf eine solche generelle Aufgabenzuweisung kann sich auch die Kommunalaufsichtsbehörde berufen⁵¹. Beide Beispiele zeigen jedoch die Grenzen dieser Art der Kompetenzerleitung; die polizei- und ordnungsrechtliche Aufgabenzuweisung setzt die Gefahr voraus und versagt deshalb dort, wo lediglich Gefahrenvorsorge getroffen werden soll. Die allgemeine Kommunalaufsicht ist Rechtmäßigkeitsaufsicht; Beratung in Zweckmäßigkeitsfragen ist deshalb durch diese Kompetenzzuweisung nicht gedeckt; wie auch sonst bei der Beratung zwischen Behörden liegt jedoch die Anwendung der Amtshilfegrundsätze nahe⁵².

Eine vergleichbar leistungsfähige Reserveregulierung bei fehlender Zuständigkeit wie die Amtshilfe existiert für die Beratung des Bürgers nicht. Für die Kommunalverwaltung ist die Situation noch relativ einfach; Gemeinden und Kreise können sich bei der Begründung von Beratungsständigkeiten weithin auf das Aufgabenerfindungsrecht stützen, wie es die Selbstverwaltungsgarantien der Art. 28 II GG und 78 II LVerf NW gewährleisten⁵³. Andere Behörden verfügen nicht über vergleichbare Befugnisse. § 25 VwVfG hilft kaum weiter; abgesehen davon, daß § 25 VwVfG weniger von Beratung als von Auskunft und Hinweisen handelt⁵⁴, setzt die Bestimmung das bereits eingeleitete Verwaltungsverfahren voraus, so daß die zahlreichen Fälle, in denen das noch nicht geschehen oder beabsichtigt ist oder auch gar nicht in Betracht kommt, nicht erfaßt werden. Das Sozialstaatsprinzip wäre auch ohne gesetzgeberische Konkretisierung möglicherweise geeignet, Beratung in dem zur Zeit durch das Bundessozialhilfegesetz gewährleisteten Umfang verfassungsrechtlich unmittelbar zu legitimieren, kann aber nicht generell zuständigkeitsbegründend herangezogen werden. Grundrechtliche Schutzpflichten im Sinne eines staatlichen Handlungsauftrages wird man außerhalb des Schutzbereichs von Art. 2 II GG nicht annehmen können⁵⁵; aus ihnen unmittelbar Kompetenzen einzelner Behörden ableiten zu wollen, wäre auch nicht unproblematisch. Es bleibt der Rückgriff auf den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der bürgerfreundlichen Aufgabenwahrnehmung. Auch ohne eine Gefährdung der Zuständigkeitsordnung, die ja zugleich Arbeitsteilungsordnung wie Legitimationsordnung ist, in Kauf zu nehmen, wird man mit Hilfe dieses Grundsatzes etwa aus Genehmigungszuständigkeiten auch die Zuständigkeit entwickeln können, den Antragsteller im Hinblick auf den Genehmigungsgegenstand zu beraten. In der österreichischen Lehre wird von einem Grundsatz der Konstruktivität gesprochen⁵⁶. § 2 II der 9. BImSchV formuliert insoweit wohl nur einen allgemein geltenden Gedanken, wenn er der Behörde aufgibt, den Träger des Vorhabens im Hinblick auf die Antragstellung zu beraten, so-

bald er sie über das geplante Vorhaben unterrichtet. Auch außerhalb der Genehmigungstatbestände wird sich dieser letztlich grundrechtlich gestützte Gedanke heranziehen lassen, um bestehende Zuständigkeiten behutsam um die Berechtigung zur Beratung zu erweitern.

Eine Befugnis zur Beratung kann es dort nicht geben, wo verfassungsrechtliche Verbote behördlicher Beratung entgegenstehen. Die Kommune, die beabsichtigte, das Spektrum der von ihr vorgehaltenen Angebote zur Lebensberatung um eine »Glaubensberatung« zu ergänzen, verstieße mit der Verwirklichung dieses Vorhabens gegen Verfassungsrecht. Beratung in religiösen Fragen ist dem Staat wegen Art. 4 und 140 GG verwehrt. Soweit die Presse- und Rundfunkfreiheit oder die Kunstfreiheit durch die Beratung tangiert sind, bestehen auch im Schutzbereich des Art. 5 GG Restriktionen⁵⁷.

Die Diskussion, die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in den letzten Jahren über behördliche Warnungen geführt haben, hat überzeugend herausgearbeitet, daß auch die Zuständigkeit zu staatlichen Informationshandlungen nicht von der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage suspendiert, wenn die Informationshandlung in Rechte von Bürgern eingreift⁵⁸. Schwierigkeiten bei der Handhabung des Gesetzesvorbehalts ergeben sich bei der Rechtsanwendung aus der Unschärfe des Eingriffsbegriffs. Immerhin lassen sich für bestimmte Fallgruppen relativ überzeugende Lösungen formulieren.

Notwendig ist eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung jedenfalls bei der Zwangsberatung. Dasselbe gilt sicher dann, wenn durch die zwischen Berater und Beratenem einvernehmliche Beratung Dritte in ihren Rechten betroffen sind. Eine solche Betroffenheit kann sich bereits aus der mit der Beratung notwendig verbundenen psychischen Einwirkung auf den Beratenen ergeben, wenn solche Einwirkungen oder jedenfalls ihre Steuerung dem Dritten vorbehalten ist. Das ist wegen des Elternrechts⁵⁹ bei der Beratung Minderjähriger der Fall. Dementsprechend enthält das Kinder- und Jugendhilfegesetz in § 8 III eine solche. Kinder und Jugendliche können danach ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten – zu ergänzen ist: nur – beraten werden, wenn dies aufgrund einer Not- und Konfliktlage erforderlich ist und der Beratungszweck durch die Mitteilung an den Personensorgeberechtigten vereitelt würde. Demgegenüber kann aus § 39 I ASchO NW die Befugnis, minderjährige Schüler auch ohne Willen und Kenntnis der Personensorgeberechtigten zu beraten, nicht hergeleitet werden, wenn es dort lediglich heißt, daß die Schule den Schüler und die Erziehungsberechtigten berät⁶⁰.

57 Siehe dazu auch *Robbers* (Fußn. 50), AfP 1990, 85.

58 Zu dieser Diskussion s. etwa *Berg* (Fußn. 8), S. 568 ff.; *Gramm* (Fußn. 1), S. 75 ff.; *Gröschner* (Fußn. 36) S. 625 ff.; *Heintzen* (Fußn. 4), S. 532 ff.; *Mobr* (Fußn. 31), S. 104 ff.; *Ossenbühl* 1986 (Fußn. 8), S. 14 ff.; *Robbers* (Fußn. 50), S. 86 f.; *Friedrich Schoch*, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 667 ff.; *Schulte* (Fußn. 8), S. 515 ff.; *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 ff. jeweils m. v. N.; für wichtige Fälle bereits überzeugend bejaht von *Jellinek* (Fußn. 5), S. 23 f.

59 Art. 6 II 1 GG.

60 Gesetzesvorbehalte kommen aber nicht nur in grundrechtsgeschützten Bereichen in Betracht. So zieht Hans-Uwe *Erichsen* (Kommunalrecht des Landes NW, 1988, S. 314) wegen der Gefahr subkutaner Beeinflussung der kommunalen Willensbildung durch die Beratung der Aufsichtsbehörden die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung in Betracht. A.A. *Galette* (Fußn. 30), S. 41.

49 §§ 1 I PolG NW, 1 I OBG-NW.

50 Gerhard *Robbers*, Behördliche Auskünfte und Warnungen, AfP 1990, 84 ff. (85).

51 §§ 9, 106 GO NW.

52 *Galette* (Fußn. 30), S. 38.

53 Zu den Grenzen *Haaß* (Fußn. 1), S. 219 ff.

54 Siehe oben bei Fußn. 44 und 45.

55 Für die Gefahrenabwehr *Robbers* (Fußn. 50), S. 85; s. dazu *Gramm* (Fußn. 1), S. 63.

56 N. *Wimmer / K. Arnold*, Dialogisches Verwaltungshandeln im Lichte des Legalitätsprinzips, in: H. Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden 1990, S. 51 ff. (52).

Aufgrund des Gesetzesvorbehalts kann sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aber auch aus dem Inhalt staatlicher Informationshandlungen ergeben. Das Problem, wieweit – selbstverständlich wahrheitsgemäße – negative Aussagen zu einzelnen Produkten trotz der wettbewerblichen Auswirkungen auch ohne eine spezifische gesetzliche Regelung zulässig sind, ist für die Warnungen ausführlich erörtert worden. Es spielt insbesondere in der Abfallberatung eine erhebliche Rolle. Wegen des individuellen Charakters der Beratung wird man für die öffentlichen Warnungen gefundene Ergebnisse nicht ohne weiteres auf die Beratung übertragen können; ihr geht die für die Aufklärung typische Breitenwirkung⁶¹ ab.

Zwei andere Fragen, die ebenfalls Wettbewerbsbezug haben, sind dagegen im Schrifttum – soweit ersichtlich – noch nicht diskutiert worden. Sie ergeben sich beispielsweise bei der Abfallberatung. Viele Beratungsleistungen sind auch am Markt verfügbar. Damit sind bei der Beratung von Gewerbetrieben zum einen die Anbieter faktisch betroffen, die diese Leistungen wie entsprechend ausgerichtete Ingenieurbüros in Konkurrenz zur Behörde anbieten. Rechtlichen Schutz genießen sie gegen diese Konkurrenz mangels besonderer gesetzlicher Regelung nicht. So wenig die Beratung rechtlich Monopol der Verwaltung ist, so wenig ist diese allein deshalb ausgeschlossen, weil Private dieselben Beratungsleistungen anbieten⁶².

Die in aller Regel kostenlos erbrachte behördliche Beratungsleistung kann aber auch den Wettbewerb zwischen dem beratenen Unternehmen und seinen Konkurrenten tangieren, wenn diese die gleiche Leistung von privaten Anbietern beziehen und bezahlen müssen. Bei den Preisen qualifizierter Beratungsleistungen⁶³ können sich so im Einzelfall durchaus deutliche Wettbewerbsvorteile ergeben⁶⁴. Soweit die behördliche Beratung kostengünstiger erfolgt, als sie am Markt verfügbar wäre, stellt sie eine Realförderung dar, und es sind die für Subventionen geltenden Regeln anzuwenden: Subventionen bedürfen keiner Leistungsgesetzlichen Ermächtigung; es genügt die haushaltmäßige Bereitstellung der nötigen Mittel⁶⁵. Bei der Beratung wird man eine vergleichbar bestimmte Willensbekundung für die eingesetzten Sach- und Personalmittel verlangen müssen. Die stillschweigende Umwidmung anderweit freigewordenen Personals genügt nicht.

Die Auswahlentscheidung bei der Subventionsvergabe, hier also die Auswahl des Beratenen, steht im Ermessen der Behörde. Bei seiner Ausübung ist die Behörde an den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG und an den Subventionszweck, hier also das verfolgte Umweltinteresse gebunden. Die nicht zum Zuge gekommenen Interessenten können die behördliche Auswahlentscheidung gerichtlich nachprüfen lassen.

4. Rechtliche Anforderungen an behördliche Beratung

Beratung war als dialogoffen und thematisch bestimmbar charakterisiert worden. Aus diesen Eigenschaften ergibt

sich die besondere Schwierigkeit, sie rechtlich zu steuern. Der Sachverhalt steht nicht fest; er kann sich für den Berater während der Beratung und durch die Beratung ändern. Beratung zielt vielfach geradezu darauf ab, die Ausgangslage schon während des Beratungsvorgangs zu modifizieren; vor allem die psychologische Situation, Einschätzungen, Einstellungen und Motivationen des Beratenen sollen verändert werden und bilden so verändert die Grundlage für die weitere Beratung. Eine konditionale Steuerung nach dem Wenn-dann-Schema scheidet deshalb praktisch aus. Die Beratung ähnelt insoweit der Planung; wie der Planer für die angemessene Ausübung seiner Tätigkeit planerische Gestaltungsfreiheit⁶⁶ benötigt, so muß der Berater einen konsultativen Freiraum in Anspruch nehmen können. Wie bei der Planung muß sich deshalb auch die rechtliche Steuerung der Beratung durch Finalprogramme vollziehen, die ihr Ziele vorgeben, Themen, Formen und zeitliche Abläufe aber weitgehend offenlassen.

Die Beratung ähnelt der Planung aber auch insofern, als sie sehr vielgestaltig ist⁶⁷. Mit dem Gegenstand und dem Anspruch der Beratung unterscheiden sich auch die Möglichkeiten, ihr Ziele zu setzen, und die Weite des konsultativen Freiraums. Relativ gering ist dieser Freiraum etwa bei der immissionschutzrechtlichen Antragsberatung, bei der der Berater die Gesamtheit der für das Vorhaben einschlägigen Normen beachten muß, soll die Beratung wirklich zu einem genehmigungsfähigen Antrag führen. Anders liegt es schon bei der Abfallberatung; sie zielt insbesondere auch auf Orientierung für die Entscheidung zwischen verschiedenen rechtlich zulässigen Handlungsmöglichkeiten ab. Die Beratung zeigt den Wert von Präambeln und gesetzlichen Programmsätzen zur Steuerung der Verwaltung. § 1 I LabfG NW gibt die Ziele der Abfallwirtschaft in der Rangfolge von Vermeidung, Verwertung, Behandlung und Ablagerung an. Zur Erfüllung dieser Ziele müssen die Behörden und damit auch die behördliche Abfallberatung gemäß § 3 LabfG NW durch ihr Verhalten beitragen. Dieser ausdrücklichen Bestimmung bedürfte es indessen nicht; nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes sind gesetzliche Zielvorgaben auch ohne eine solche explizite Anordnung für die Behörden verbindlich. Deshalb sind etwa die Denkmalbehörden und Denkmalpflegeämter der Landschaftsverbände rechtlich gehalten, bei ihrer Beratungstätigkeit die in § 1 I DSchG NW formulierten Ziele zu verfolgen. Ähnliche Bindungen ergeben sich für die Landschaftsbehörden aus den §§ 1 und 2 des Bundesnaturschutzgesetzes und des Landschaftsgesetzes NW.

Enthalten die genannten umweltrechtlichen Bestimmungen noch relativ präzise Finalprogramme, sind die bei den verschiedenen Formen der Lebensberatung zu beachtenden Ziele sehr viel offener formuliert. Nicht selten wiederholen die Vorschriften mehr oder weniger modifiziert Formulierungen des Grundgesetzes. So soll die Sozialhilfe die Führung eines Lebens ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht (§ 1 II 1 BSGH); § 1 II KJHG wiederholt zum Elternrecht wortwörtlich den Art. 6 II GG: »Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemein-

61 Dazu etwa *Heintzen* (Fußn. 4), NuR 1991, 303.

62 Zur Problematik *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Stand 1991, Art. 12 Rdnr. 40 f.

63 Nach Presseberichten berechnete der TÜV Rheinland 1990 für eine eintägige Bestandsaufnahme 800 bis 1200 DM (Rheinische Post vom 13. 6. 1990 Nr. 135).

64 Nach *Dose* (Fußn. 2), S. 93 profitieren insbesondere kleinere Unternehmen von behördlicher Beratung in immissionschutzrechtlichen Fragen und schätzen sie auch besonders.

65 Reinhard *Mußgung*, Gesetzesanwendung und Gesetzesgestaltung im Leistungsrecht, VVDStRL 47, 113 ff. (122 ff.).

66 Zu den Eigenschaften der Planung und zur Struktur der Normen des Planungsrechts *Werner Hoppe*, in: Ernst/Hoppe, Öffentliches Bau- und Bodenrecht, 2. Auflage 1981, Rdnr. 186.

67 *Maurer* (Fußn. 44), § 16 Rdnr. 1.

schaft.« Diese Formulierung, die bei der Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die behördliche Tätigkeit effektiv ist, kann dem Berater, der stets innerhalb des so geschaffenen rechtlichen Rahmens tätig wird, wenig Orientierung vermitteln.

Selten werden für einzelne Beratungsformen besondere Ziele formuliert; die Bestimmungen sind dann aber nur wenig konkreter als die soeben genannten. Für die Beratung in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung setzt § 17 KJHG etwa die Ziele des partnerschaftlichen Zusammenlebens in der Familie, der innerfamiliären Krisen- und Konfliktbewältigung und der dem Kindeswohl förderlichen Wahrnehmung der Elternverantwortung bei Trennung und Scheidung. Soweit gesetzlich solche Vorgaben nicht gemacht sind oder jede gesetzliche Regelung der betreffenden Beratungsform fehlt, bleibt allein der Rückgriff auf die Verfassung, vor allem auf die Grundrechte. So setzt das Grundrecht des Art. 2 II GG auf Leben und körperliche Unversehrtheit etwa der Beratungstätigkeit der Gesundheitsämter, aber auch der Drogenberatung relativ klare Ziele^{67 a}.

Allerdings können der Beratung von Rechts wegen nicht ausschließlich normativ Ziele gesetzt werden. Ersetzt oder ergänzt werden können die gesetzlichen Ziele durch Programme, die in Verwaltungsvorschriften oder durch Weisung gesetzt werden. Vor allem in der Lebensberatung mit ihrem großen konsultativen Freiraum kann die Beratung sicher auch durch die Auswahl des Beratungspersonals gesteuert werden. Wenn es dabei aber nicht allein um die persönliche Qualifikation, etwa als Psychologe, sondern um weltanschaulich verstandene Ausrichtung geht, stößt die behördliche Beratung auf rechtliche Grenzen. Die bei der Personalauswahl zulässigen Kriterien beschränkt das Grundgesetz in Art. 33 II; begrenzend wirkt aber auch das grundsätzlich auf Weisungsbindung und Kontrollierbarkeit angelegte Organisationsrecht. Das Engagement der sog. freien Träger ist deshalb nicht allein im Interesse der Pluralität des Angebots zweckmäßig. Beratungsangebote mit weltanschaulichem oder religiösem Profil können durch behördliche Beratung nicht gemacht werden. Die Behörde kann in Grenzen dem einzelnen Berater Freiraum geben, damit er in dem von ihm persönlich für richtig gehaltenen Sinne berät; eine Mehrheit von Beratern, eine ganze Beratungsstelle etwa in religiöser Hinsicht auf eine Linie einzustimmen, ist ihr rechtlich verwehrt; der Staat ist kein Tendenzbetrieb.

Die Handlungsorientierung der Beratung hat wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Entscheidungsfreiheit des Beratenen Konsequenzen für die Gestaltung der Beratung. Dieser grundrechtliche Schutz kann je nach Art der Beratung in unterschiedlichen Grundrechten verankert sein. So finden sowohl die Berufsberatung wie die Gewerbeabfallberatung wegen des Bezugs auf die Berufswahl bzw. die Berufsausübung im Schutzbereich des Art. 12 GG statt. Die Erziehungsberatung muß die durch Art. 6 II GG geschützte Freiheit der Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder respektieren. Im Denkmalschutz hat die Beratung die durch Art. 14 GG geschützte Freiheit des Eigentümers zu beachten. Soweit nicht der Schutz speziellerer Grundrechte eingreift, ist jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, nicht selten in Verbindung mit

Art. 1 I GG, einschlägig. Die Beratung muß die Ausübung der grundrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit ermöglichen und erleichtern und darf sie nicht erschweren oder verhindern⁶⁸.

Die behördliche Beratung steht deshalb unter dem Gebot der Interessentransparenz. Die behördlicherseits mit der Beratung verfolgten Ziele und Interessen müssen für den Beratenen erkennbar sein, damit er die Beratung einschätzen kann. Gesetzliche Zielvorgaben – hier sei an das Beispiel des Landesabfallgesetzes erinnert – entsprechen dieser Forderung in besonderer Weise. Soweit sie fehlen, muß der Beratene auf andere Weise über die Beratungsziele informiert werden, etwa durch Drucksachen, Anhänge oder zu Beginn des Beratungsgesprächs durch den Berater. Die verdeckte Lenkungsberatung⁶⁹ ist unzulässig.

Bei der ja stets individuellen Beratung sind die Regelungen des Datenschutzes zu beachten⁷⁰ und dienen gerade auch dem Schutz der Freiheit des Beratenen. Der Diskretion der beratenden Behörde kommt besondere, wenn auch je nach Art der Beratung sehr unterschiedliche Bedeutung auch wegen der für die Beratung typischen Offenheit des Informationsbedarfs auf seiten des Beratenen zu; wer sich beraten läßt, räumt stets ein Defizit ein. Er muß sich darauf verlassen können, daß dieses Defizit nicht offenbart wird.

Deshalb und wegen des Gebots der Interessentransparenz muß der Beratene aber auch über im Einzelfall relevante Grenzen des Datenschutzes aufgeklärt werden. Bis zur letzten Novellierung des Landesabfallgesetzes NW war etwa die Abfallberatung der gewerblichen Abfallzeuger Sache der unteren Abfallwirtschaftsbehörden, denen zugleich die Überwachung der Einhaltung des Abfallrechts oblag. Damit löste die bei der Beratung häufig unvermeidliche Information des Beraters über den Verstoß des Beratenen gegen eine abfallrechtliche Bestimmung rechtsnotwendig stets die Prüfung aus, ob von Amts wegen einzuschreiten sei. Wegen des Grundsatzes der Einheit der Behörde, für die der einzelne Berater stets nur im Auftrag tätig wurde, mußten die bei der Beratung erlangten Informationen unter Umständen sogar ein Vorgehen nach dem Wasserrecht oder dem Baurecht auslösen. Eine solche Rechtslage⁷¹ muß dem Beratenen rechtzeitig verdeutlicht werden.

Besondere Probleme wirft der Schutz der Entscheidungsfreiheit des Beratenen auf, wenn die Beratung nicht lediglich abstrakt-vorbeugend, sondern in einer akuten Problemlage⁷² erfolgt, in der die beratende Behörde über eine Ermächtigung zu hoheitlichem Einschreiten verfügt⁷³, mit der sie ihrem Rat Nachdruck verleihen kann. Die bestehende gesetzliche Ermächtigung nötigt in diesen Fällen zu einer besonders strikten Anwendung des Transparenzgebots. Im Rahmen der Beratung muß die Behörde deutlich erkennen lassen, wieweit ihre Rechtsmacht reicht; sie darf dem Beratenen Lösungen, die sie nicht erzwingen

68 P. Kirchhof (Fußn. 41), § 59 Rdnr. 179; Robbers (Fußn. 50), S. 85; Gröschner (Fußn. 36), S. 621.

69 Beispiel bei Galette (Fußn. 30), S. 45 f.

70 Siehe schon BVerfG, Beschluß vom 19. 7. 1972 – 2 BvL 7/71 –, BVerfGE 33, 367 ff. (377 f.).

71 Siehe dazu auch Knopp (Fußn. 31), S. 29.

72 Knopp (Fußn. 31), S. 29 spricht von »Problembearbeitung« im Unterschied zu »versorgender Beratung«.

73 Zur Kommunikation zwischen Verwaltung und Bürger im Verwaltungsverfahren Arnold (Fußn. 35), S. 1198 f.

67 a Siehe dazu jetzt BVerfG, Urteil vom 28. 5. 1993 – 2 BvF 2/90 –, NJW 1993, 1751 (1757 ff.).

könnte, nur nahelegen, wenn sie deren Freiwilligkeit deutlich macht⁷⁴.

Hier muß die Beratung von der Anhörung unterschieden werden. Will die Behörde von ihrer gesetzlichen Ermächtigung, etwa zum Erlass eines Verwaltungsaktes Gebrauch machen, hat sie den Betroffenen in der Regel nach § 28 VwVfG anzuhören, das heißt, ihm Gelegenheit zu geben, sich zu den relevanten Tatsachen zu äußern. In die Beratung tritt sie ein, wenn sie dem Betroffenen auf *seine* Handlungsmöglichkeiten bezogene Informationen gibt und ihn nicht lediglich über *ihre* Handlungsabsichten mit dem Ziel informiert, ihm dazu eine Stellungnahme zu ermöglichen. Auch die Anhörung ist also dialogisch⁷⁵, und sie ist wie die Beratung auch asymmetrisch; sie ist aber anders gerichtet als die Beratung⁷⁶; die Informationsrichtung geht vom Bürger zur Behörde. Wenn die Behörde diese Ausrichtung umkehrt und damit in die Beratung eintritt, muß sie die dafür geltenden Regeln wie das Transparenzgebot beachten.

Neben den skizzierten besonderen Regeln gelten für die Beratung auch die für jede staatliche Informationstätigkeit maßgeblichen rechtlichen Anforderungen. Die Beratung muß das geltende Recht beachten, etwa die Grundrechte Dritter. So sind dort, wo im Rahmen der Beratung Unternehmen nachgewiesen werden, in geeigneter Weise alle Anbieter einzubeziehen⁷⁷. Aus den allgemeinen Regeln ergibt sich auch, daß die Beratung wahr sein muß. Diese Notwendigkeit der Wahrheit staatlicher Informationshandlungen wird aus dem Rechtsstaatsgebot gefolgert⁷⁸. Die Wahrheit einer Information umfaßt auch ihre Vollständigkeit⁷⁹.

Unterschiede zu anderen Formen staatlichen Informationshandelns können sich aber aus der unterschiedlichen Informationssituation ergeben. Die Handlungsorientierung der Beratung erzwingt im Sinne des Transparenzgebots größere Sorgfalt und Differenziertheit bei der Mitteilung von Zweifeln an Tatsachen, aber auch von Unsicher-

heiten bei Wertungen⁸⁰. Die Sorgfalt der beratenden Behörde muß umso größer sein, je wichtiger der Beratungsgegenstand für den Beratenen ist und je intensiver die Behörde ihre besondere Autorität als staatliches Organ⁸¹ in Anspruch nimmt. Die Anforderungen an die Beratung müssen auch deshalb höher sein als bei der Öffentlichkeitsarbeit oder der Aufklärung, weil die Individualität der Beratung es ausschließt, daß die behördliche Äußerung in der öffentlichen Diskussion relativiert wird und weil die wenigstens potentiell kommentierende und korrigierende Vermittlung durch die Medien fehlt⁸².

5. Schluß

Wendet man die Unterscheidung formell/informell oder formal/informal⁸³ auf die Beratung an, so lassen sich einzelne Formen als formell charakterisieren, weil sie ausdrücklich geregelt sind, andere als informell, weil sie keinen generellen Verfahrensregelungen oder organisatorischen Festlegungen folgen, sondern sich aus den Gegebenheiten des Einzelfalls entwickeln⁸⁴. Es konnte gezeigt werden, daß ungeachtet der Unterscheidung nach der Formalität⁸⁵ für die Beratung bestimmte rechtliche Regeln gelten. Auch bei Beachtung dieser Regeln bleibt die Beratung ein vielfältig einsetzbares und nützliches Instrument für die Verwaltung – nicht nur dort, wo der Rat den Spruch ersetzen muß. Sie läßt sich ohne Brüche in das System des Verwaltungsrechts⁸⁶ einfügen.

74 Zur Gefahr der »sanften Leitung durch Beratung« N. Wimmer / K. Kunig (Fußn. 56), S. 54.

75 Kunig (Fußn. 35), S. 1199.

76 Darauf macht zu Recht Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1. Auflage 1986, S. 157 aufmerksam.

77 So BVerwG, Urteil vom 17. 12. 1991 – 1 C 5/88 –, NJW 1992, 1641 f. für Auskünfte einer Industrie- und Handelskammer.

78 Gramm (Fußn. 1), S. 75.

79 Dazu etwa Robbers (Fußn. 1), S. 88; Erichsen (Fußn. 35), § 40 Rdnr. 23.

80. Zu den Anforderungen an das Informationshandeln der Behörde bei unsicherem Sachverhalt Heintzen (Fußn. 4), NuR 1991, 301 ff.

81 Dazu Gramm (Fußn. 1), S. 52; Heintzen (Fußn. 4), S. 301; Paschke (Fußn. 8), S. 1990, 92.

82 Die Medien als Transformatoren behördlicher Informationstätigkeit wirken ja nicht nur als zusätzliche Gefahrenquelle, die in Rechnung gestellt werden muß (Robbers, [Fußn. 50], S. 85 f.), sondern auch schützend.

83 Arthur Benz, Verhandlungen, Verträge, Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, DV 1990, 83 ff.; Eberhard Bohne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch. 1984, 343 ff., Henneke (Fußn. 38), S. 267 ff.; Ossenbühl, 1987 (Fußn. 8), S. 27 ff.; Schulte (Fußn. 8), S. 512 f.

84 So die Definition bei Benz (Fußn. 83), S. 84; ähnlich Bohne (Fußn. 83), S. 343 f.

85 Jedenfalls im Falle der Beratung scheint die Skepsis, ob »informal/formal« eine Kategorie ist, die juristisch folgenreich ist (etwa Schulte [Fußn. 8], DVBl. 1988, 512), berechtigt zu sein.

86 Skeptisch insoweit Koch/Rübel (Fußn. 1), S. 48 f.