

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 580

# Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht

Von

Norbert Kazele



Duncker & Humblot · Berlin

**NORBERT KAZELE**

**Interessenkollisionen und Befangenheit  
im Verwaltungsrecht**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 580**

# Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht

Von

Dr. Norbert Kazele



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Kazele, Norbert:**

Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht /  
von Norbert Kazele. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1990

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 580)

Zugl.: Giessen, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06842-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Alb. Sayffaerth – E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06842-4

## **Vorwort**

Die Arbeit wurde von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 13. Juli 1989 statt. Gutachter waren Prof. Dr. Klaus Lange und Prof. Dr. Gunter Kisker. Die Arbeit geht auf eine Anregung von Prof. Dr. Klaus Lange zurück, dem ich an dieser Stelle für die freundliche Betreuung der Dissertation danke.

Widmen möchte ich die Arbeit dem Gedenken an meine verstorbene Großmutter sowie meiner Mutter, die den Verlauf der Promotion mit großer Teilnahme verfolgt und mich von den Problemen des Alltags weitgehend entlastet hat.

Linden, im Oktober 1989

*Norbert Kazele*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Die Gemeinwohlbezogenheit des Verwaltungshandelns und der Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung</b>		
I. Die Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit .....		19
II. Gemeinwohlkonkretisierung durch Verfahren .....		21
III. Nicht auf die Sicherung der Entscheidungsfindung gerichtete Interessenkollisionsnormen .....		25
<b>B. Die Regelung des Unbefangenheitsgebotes im geltenden Recht</b>		
I. Systematik und Terminologie .....		27
1. Die Ausschlußgründe .....		28
2. Die Besorgnis der Befangenheit .....		28
II. Abgrenzung der Regelungsbereiche .....		29
1. Das Verhältnis der verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften zueinander .....		29
a. Abgrenzung des formellen Anwendungsbereiches .....		29
aa. Der kompetenzielle Anwendungsbereich der VwVfGe .....		29
bb. Bereichsausnahmen .....		30
aaa. Totaler Anwendungsausschluß der VwVfGe .....		30
bbb. Partieller Anwendungsausschluß .....		31
cc. Die Subsidiaritätsregeln .....		32
dd. Der formelle Anwendungsbereich des SGB-X .....		32
ee. Der Anwendungsbereich der AO '77 .....		33
b. Abgrenzung des materiellen Anwendungsbereiches .....		33
2. Das Verhältnis der Vorschriften aus dem Kommunalrecht zu den Befangenheitsvorschriften des HVwVfG .....		34
a. Der personelle Anwendungsbereich des kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbotes .....		34
b. Der gegenständliche Anwendungsbereich .....		35
c. Die ergänzende Heranziehung des § 21 HVwVfG und die besondere Problematik des kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbotes .....		37
aa. Exkurs: Das Unbefangenheitsprinzip und seine Rechtfertigung im kommunalen Bereich — Insbesondere: Vergleich mit dem Parlamentsrecht .....		40
bb. Der verfassungsrechtliche Hintergrund einer engen Sichtweise ...		43



aaa.	Der demokratisch-egalitäre Wahlrechtsgrundsatz .....	43
bbb.	Die formal-prozedurale Komponente des Demokratieprinzips .....	44
ccc.	Die Selbstverwaltungsgarantie .....	44
cc.	Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Unbefangenheitsgebotes .....	45
aaa.	Rechtsstaatsprinzip .....	45
α)	Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ....	45
β)	Der materielle Rechtsstaatsbegriff .....	46
γ)	Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes .....	47
bbb.	Das Demokratieprinzip .....	48
ccc.	Das Unbefangenheitsgebot als Ausdruck materiellen Grundrechtsschutzes .....	49
α)	Menschenwürde .....	50
β)	Gleichheitssatz .....	51
γ)	Freiheitsrechte .....	52
ddd.	Konsequenzen aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Unbefangenheitsgebotes .....	53
dd.	Die Zulässigkeit der Heranziehung des § 21 HVwVfG auf die Tätigkeit kommunaler Vertretungskörperschaften .....	55
3.	Das Verhältnis der beamtenrechtlichen Regelungen zu den kommunal- und verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften .....	57
III.	Offene Regelungsbereiche .....	59
1.	Die Analyse der Entstehungsgeschichte .....	59
2.	Die vom Unbefangenheitsgebot erfaßten Rechtsvorgänge .....	60
a.	Die Anwendbarkeit auf die Rechtsetzungstätigkeit .....	61
b.	Einbeziehung auch von Verwaltungsinterna .....	62
3.	Der methodische Weg .....	65
IV.	Subjekte der Befangenheit .....	66
1.	Natürliche Personen .....	66
2.	Verwaltungsträger und ihre Subeinheiten als Subjekte der Befangenheit .....	70
a.	Denkbare Interessenkollisionen .....	71
b.	Die Regelungen des Verwaltungsverfahrenrechts .....	73
c.	Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes? .....	75
d.	Resümee .....	78
3.	Exkurs: Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde als Instrument zur Minimierung von Interessenkollisionen .....	79
a.	Das Planfeststellungsverfahren der VwVfGe .....	79
b.	Spezialgesetzlich normierte Planfeststellungsverfahren .....	83
c.	Die Realisierung der Behördentrennung .....	84
V.	Auslegungsregeln .....	84
1.	Enge oder weite Auslegung der Befangenheitsregelungen? .....	84

2. Funktionale Gesichtspunkte .....	87
a. Die Funktionen des Unbefangenheitsgebotes .....	87
aa. Die subjektive Komponente .....	87
bb. Die objektive Komponente .....	87
b. Die Konsequenzen hinsichtlich der Auslegung .....	88
<b>C. Die Ausschlußgründe im Verwaltungsrecht</b> .....	90
Erster Abschnitt	
<i>Interessenkollisionen zwischen amtlicher und privater Sphäre der Amts- und Mandatsträger</i>	
I. Selbstbeteiligung .....	90
1. Allgemeines .....	90
a. Antragsteller und Antragsgegner .....	91
b. Adressaten eines Verwaltungsaktes .....	92
c. Partner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages .....	93
d. Zum Verfahren hinzugezogene Dritte .....	93
e. Lediglich Anzuhörende .....	95
2. Der Beteiligtenbegriff in Planfeststellungsverfahren .....	95
II. Vor- bzw. Nachteilsmöglichkeiten .....	98
1. Zum Begriff „Vorteil oder Nachteil“ .....	99
a. Quantitative Aspekte .....	99
aa. Saldierende Betrachtungsweise? .....	99
bb. Keine konkrete Bestimmung des Umfangs der Vor- bzw. Nachteile	100
b. Zur qualitativen Beschaffenheit .....	100
aa. Nur wirtschaftliche Interessen? .....	100
bb. Beschränkung auf rechtliche Interessen .....	102
c. Die Möglichkeit eines Vor- oder Nachteils .....	105
2. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit .....	107
a. Das Bestehen eines konstitutiven Regelungsgehaltes .....	107
b. Direkter Kausalzusammenhang? .....	111
c. Funktional-teleologische Betrachtungsweise .....	113
d. Die Ausrichtung des Sonderinteresses an dem materiellen Regelungs- gehalt .....	115
aa. Die Fälle eines konkret-individuellen Regelungsgehaltes .....	116
aaa. Fälle finaler Betroffenheit .....	117
bbb. Fälle der „Drittbetroffenheit“ .....	118
ccc. Die mitgliedschaftliche Betroffenheit .....	120
α) Die Zwischenschaltung einer juristischen Person .....	120
β) Gesamthandsgemeinschaften .....	122
bb. Die Fälle eines abstrakt-individuellen Regelungsgehaltes .....	123
cc. Die Fälle eines konkret-generellen Regelungsgehaltes .....	124
dd. Die Fälle eines abstrakt-generellen Regelungsgehaltes .....	125

III. Angehörigeneigenschaft .....	127
1. Verlobte .....	128
2. Ehegatten .....	129
3. Verwandte und Verschwägerter gerader Linie .....	130
4. Geschwister und von diesem Status abgeleitete Angehörige .....	131
5. Pflegeeltern und Pflegekinder .....	132
IV. Vertretung und Beistand .....	132
1. Ein erweitertes Verständnis des Grundausschlußtatbestandes .....	133
2. Die Lückenhaftigkeit des § 25 I 1 Nr. 3 HGO .....	134
3. Die Beschaffenheit der Vertretungsmacht .....	135
4. Der Beistand .....	137
V. Angehörigeneigenschaft in bezug auf Vertreter .....	138
VI. Angehörige eines in Steuersachen Hilfeleistenden .....	139
VII. Gegen Entgelt Beschäftigte und Organmitglieder .....	140
1. Die gegen Entgelt beschäftigten Personen .....	140
a. Das Beschäftigungsverhältnis .....	140
b. Zum Begriff des Entgelts .....	142
c. Die Identität von Beteiligten und Arbeitgeber .....	143
d. Die Restriktion der kommunalrechtlichen Vorschriften .....	145
2. Organmitglieder .....	146
VIII. Gutachter oder sonstige Tätigkeit .....	147
1. Handeln als Privater .....	147
2. Tätigkeit in der betreffenden Angelegenheit .....	149
3. Der Auftraggeber .....	150
4. Zum Gegenstand der Tätigkeit .....	150
a. Gutachten .....	150
b. Sonstige Tätigkeit .....	151

## Zweiter Abschnitt

*Die Behandlung von Amtskonflikten —  
Erweiterung des Schutzzweckes hin zur  
Vermeidung von Funktionenhäufungen* 152

I. Amtskonflikte im Verwaltungsverfahrenrecht .....	152
1. Die gesetzliche vorgesehene Ausnahme .....	153

2. Die Behandlung der von dieser Vorschrift nicht erfaßten Amtskonflikte .	155
a. Doppelfunktionen von Amtsträgern .....	156
aa. Die Auslegung der Ausschlußtatbestände der Nrn. 3 und 5 bei isolierter Betrachtungsweise .....	157
aaa. Teleologische Reduktion? .....	157
bbb. Analoge Anwendung der Ausnahmeregelung der Nr. 5 HS 2? .....	158
ccc. Die Erfassung funktionaler Betroffenheit zur Herstellung einer inneradministrativen Gewaltenteilung und Gewaltenteilung .....	163
bb. Kollision mit dem Grundsatz der Ministerverantwortung .....	170
cc. Verdrängung des Mitwirkungsverbotes durch das Erfordernis der Sicherung angemessenen Einflusses der öffentlichen Hand nach § 65 I BHO? — Konkurrenzverhältnis zu sonstigen Vorschriften .....	174
b. Die nachträgliche Aufgabe einer Funktion als Weg zur Wiedergewinnung der Handlungsfähigkeit eines Amtsträgers? .....	175
c. Die Fälle der Selbstkontrolle der Verwaltung .....	178
II. Die Regelung von Amtskonflikten auf dem Gebiet des Gemeindeverfassungsrechts .....	181
1. Die grundsätzliche Geltung des Mitwirkungsverbots für alle Arten des Interessenwiderstreits .....	181
a. Der Ausschlußtatbestand der entgeltlichen Beschäftigung .....	181
aa. Die Einbeziehung öffentlich Bediensteter .....	181
bb. Zur Reichweite der Einbeziehung öffentlich Bediensteter .....	183
aaa. Allgemeines .....	183
bbb. Analoge Anwendung der Ausnahmeregelung des Verwaltungsverfahrensrechts? .....	185
b. Vertretung in amtlicher Eigenschaft .....	186
2. Das Mitwirkungsprivileg bei Organmitgliedschaften .....	186
a. Die Rechtslage bei den wirtschaftlichen Unternehmen des privaten Rechts .....	187
aa. Vertreter und entsandte in den verschiedenen Unternehmensorganen .....	187
aaa. Gesellschafter- und Hauptversammlung .....	187
bbb. Vertreter und entsandte im Vorstand bzw. Aufsichtsrat .....	190
α) Aufsichtsorgane .....	190
β) Leitungsorgane .....	190
γ) Mitwirkungsprivileg auch bei Wahl auf Vorschlag der Gemeinde? .....	191
bb. Zur Reichweite des Mitwirkungsprivilegs in diesen Fällen .....	193
b. Die Rechtslage bei den wirtschaftlichen Unternehmen des öffentlichen Rechts .....	193
aa. Sparkassen .....	193
bb. Zweckverbände .....	196

	<b>Dritter Abschnitt</b>	
	<i>Ausnahmen vom Mitwirkungsverbot</i>	196
I. Vertreter von Kollektivinteressen .....		196
1. Die ratio .....		196
2. Das Bestehen eines konstitutiven Regelungsgehaltes .....		198
3. Die Tatbestandsmerkmale im einzelnen .....		201
a. Die Gruppe .....		201
b. Das Gruppeninteresse .....		203
aa. Die Gleichgerichtetheit der Interessen .....		203
bb. Die Förderung des Gemeinwohls .....		203
c. Das Betroffensein als Gruppenangehöriger .....		204
II. Wahlen .....		205
1. Das Entfallen des Mitwirkungsverbots bei Wahlen .....		206
a. Der Begriff der Wahlen .....		206
b. Die durch die Wahl zu besetzende Stelle .....		207
2. Die Abberufung .....		209
III. Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen .....		210
IV. Gefahr im Verzug .....		210
1. Die Tatbestandsvoraussetzungen .....		211
2. Die Qualität der getroffenen Maßnahmen .....		212
V. Ungeschriebene Ausnahmen .....		213
1. Die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten von Gemeindeorganen .....		213
2. Ausnahme auch bei Doppelmitgliedschafter in Kreis- und Gemeindeorganen? .....		214

<b>D. Ineligibilität, Inkompatibilität, Vertretungsverbote und Befangenheit — Verhältnis und Abgrenzung der Regelungsbereiche</b>	218
---	-----

Erster Abschnitt

	<i>Funktion und Wirkungsweise anderer Interessenkollisionsnormen</i>	219
I. Inkompatibilitäten .....		219
1. Begriff und Überblick .....		219
2. Funktion und Wirkungsweise .....		220
3. Sonderprobleme .....		222
a. Zulässigkeit beschränkter Ineligibilitäten .....		222
b. Zulässigkeit der Verhinderung von Ämterkumulierungen .....		224

II. Vertretungsverbote .....	225
1. Der personelle Geltungsbereich .....	225
2. Funktion .....	228
3. Der sachliche Anwendungsbereich .....	233
a. Geltendmachen von Ansprüchen gegen die Gemeinde .....	233
b. Ausnahmen .....	234
aa. Geltendmachen eigener oder fremder Ansprüche als gesetzlicher Vertreter .....	234
bb. Organstreitverfahren .....	235
cc. Bußgeldverfahren .....	235
4. Die Frage der Drittwirkung des Vertretungsverbotese .....	236

Zweiter Abschnitt

*Verhältnis der Regelungsbereiche* 238

I. Das Verhältnis von Inkompatibilitätsregelungen zu den anderen Interessenkol- lisionsnormen .....	238
1. Das Verhältnis zu Befangenheitsvorschriften .....	238
2. Inkompatibilität und Vertretungsverbote .....	240
II. Vertretungsverbot und Befangenheit .....	242
III. Resümee .....	244

**E. Die Besorgnis der Befangenheit** 245

I. Die Konzeption als Auffangtatbestand .....	245
1. Das Verhältnis zu den Ausschlußgründen .....	245
2. Sicherung der Sachgebundenheit der Verwaltungstätigkeit .....	247
a. Allgemeines .....	247
b. Ergänzungsfunktion in bezug auf das Vertretungsverbot .....	249
aa. Schutzrichtung: Verwaltung .....	249
bb. Schutzrichtung: Bürger .....	250
cc. Voraussetzungen der Aktualisierung der Ergänzungsfunktion .....	250
II. Zum Begriff der „Besorgnis der Befangenheit“ .....	251
1. Grund der geeignet ist, Mißtrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen .....	251
a. Der Befangenheitsgrund .....	252
b. Bewertungsmaßstab .....	252
aa. Der subjektiv-objektive Maßstab der h. M. ....	253
bb. Der primär subjektive Maßstab .....	254
cc. Die Notwendigkeit eines primär objektiven Bewertungsmaßstabes	255
2. Die Behauptung eines Befangenheitsgrundes durch einen Beteiligten ....	256

III. Einzelne Erscheinungsformen der Befangenheit .....	258
1. Möglichkeit der Übernahme der Kasuistik zum gerichtlichen Verfahrensrecht .....	258
2. Orientierung an der Kasuistik der gerichtlichen Befangenheitsvorschriften	260
a. Verfahrensbezogene Befangenheitsgründe .....	260
aa. Verfahrensverstöße oder fehlerhafte Entscheidungen .....	260
aaa. Schwerwiegende Rechtsverletzungen .....	262
bbb. Evidente Verstöße gegen Vorschriften, die dem Schutz der Beteiligten dienen .....	264
ccc. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	265
ddd. Verfahrensverzögerung und evident mangelnde Sorgfalt ....	265
bb. Allgemeine Verfahrensführung .....	266
cc. Festlegungen im tatsächlichen Bereich .....	267
aaa. Äußerungen innerhalb des Verfahrens gegenüber Beteiligten	267
bbb. Außerdienstliche Äußerungen .....	268
dd. Äußern einer Rechtsansicht .....	269
aaa. Mitteilungen zu Rechtsfragen innerhalb des Verfahrens .....	270
bbb. Wissenschaftliche Äußerungen .....	271
ee. Erteilen von Ratschlägen .....	272
b. Einzelne außerhalb des Verfahrens liegende Befangenheitsgründe ....	273
aa. Freundschaft — Feindschaft .....	273
bb. Wirtschaftliche Interessen .....	274
cc. Beeinflussungen des Amtsträgers durch Zuwendungen oder Benachteiligungen .....	274
IV. Reduktion der Anforderungen aufgrund einer Indizwirkung .....	275
1. Allgemeines .....	275
2. Korrektur legislativer Defizite .....	276
V. Die Problematik des Informalen Verwaltungshandelns .....	277
1. Begriff .....	277
2. Funktionen .....	278
3. Die spezifische Gefahr selektiver Interessenberücksichtigung .....	278
4. Abmilderung der Gefahrenlage durch den Grundsatz fairer Verfahrensgestaltung und das Handlungsverbot wegen der Besorgnis der Befangenheit	280
a. Gefährdung der Verfahrenschancengleichheit .....	283
b. Gefährdung der Verfahrensteilhabe .....	285
c. Vereitelung von Kontrolle .....	287
d. Sonstige Gründe .....	288

VI. Exkurs: Prüfungswesen .....	288
1. Kontakt aus dem Lehrverhältnis .....	288
2. Wissenschaftliche Mitarbeit außerhalb des eigentlichen Ausbildungsverhältnisses .....	290
3. Zwistigkeiten unter den Prüfern .....	290
4. Die Wiederholungsprüfung .....	291
5. Nachholung einer Prüfung .....	293
VII. Besonderheiten des Kommunalrechts .....	294
1. Allgemeines .....	294
2. Sonderproblem: Lobbygeldzahlungen .....	294
VIII. Ausnahmen vom Handlungsverbot .....	297

**F. Die Rechtsfolgen der Befangenheit** 299

I. Das Verfahren zur Feststellung einer Befangenheit .....	299
1. Die Verfahrenseinleitung .....	299
a. Auf Veranlassung eines Verfahrensbeteiligten .....	299
aa. Formelles Ablehnungsrecht .....	299
bb. Formelles Ablehnungsrecht allgemein in „förmlichen“ Verwaltungsverfahren .....	301
cc. Die Behauptung einer Befangenheit als auslösendes Moment .....	306
b. Fälle der „Selbstablehnung“ .....	308
c. Verfahrenseinleitung von Amts wegen .....	309
d. Die Unterrichtungspflicht .....	310
aa. Qualitative Voraussetzungen .....	310
bb. Die zeitliche Dimension .....	310
cc. Verstöße gegen die Unterrichtungspflicht .....	312
2. Präklusionswirkung .....	312
a. Voraussetzungen .....	312
b. Zur Reichweite der Präklusionswirkung .....	314
3. Die Folgen der Verfahrenseinleitung .....	315
a. Das vorläufige Mitwirkungsverbot .....	315
b. Das Mitwirkungsverbot in dem eingeleiteten Subverfahren .....	316
4. Die zur Entscheidung zuständige Stelle .....	316
a. Bezüglich des monokratischen Amtsträgers .....	316
b. Im Falle des Vorliegens eines Befangenheitsgrunde bei dem Behördenleiter .....	317
aa. Der Behördenleiter .....	317
bb. Die Aufsichtsbehörde .....	318



c. Befangenheit bei dem Geschäftsführer eines Versicherungsträgers oder dem Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit .....	319
aa. Der Kreis der Versicherungsträger .....	319
bb. Die betroffenen Personen .....	320
d. Bei Kollegialorganen .....	320
5. Das Überprüfungsverfahren .....	322
a. Die analoge Heranziehung der prozeßrechtlichen Regelungen .....	322
b. Das Erfordernis der Glaubhaftmachung .....	323
c. Dienstliche Äußerung .....	324
d. Vermutung der Unbefangenheit? .....	325
6. Die Entscheidung .....	327
a. Bestehen eines Entscheidungsspielraums? .....	327
b. Die Entscheidungsbildung .....	327
c. Der Verfahrensabschluß .....	330
II. Rechtsschutzmöglichkeiten .....	331
1. Beteiligte .....	331
a. Nichtförmliche Verwaltungsverfahren .....	331
b. Förmliche Verwaltungsverfahren .....	332
2. Der „befangene“ Amts- und Mandatsträger .....	336
a. Der monokratische Amtsträger .....	336
b. Mitglieder von Kollegialorganen .....	338
aa. Die Rechtslage auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts ...	338
bb. Die Geltendmachung des Mitgliedschaftsrechts im Kommunalrecht	338
3. Das Geltendmachen von Mitgliedschaftsrechten durch ein überstimmtes Einzelmitglied oder durch eine überstimmte Minderheit im Kommunalverfassungsrecht .....	339
4. Beanstandung der Entscheidung über das Mitwirkungsverbot .....	341
III. Zur Reichweite des Mitwirkungsverbotes .....	342
1. Der Begriff des Tätigwerdens .....	343
a. Zum Kausalitätserfordernis .....	343
b. Zum Begriff im einzelnen .....	345
aa. Informationsbezogene Kontaktaufnahmen .....	346
aaa. Informationsgespräche .....	346
bbb. Einsicht in Akten und Niederschriften .....	348
ccc. Beantwortung von Anfragen .....	350
bb. Verlassen des Sitzungssaales .....	350
cc. Tätigwerden aufgrund von Weisungen .....	353
dd. Ausnahmen kraft ungeschriebenen Rechts bzw. kraft Natur der Sache .....	354
2. Tätigwerden „für eine Behörde“ .....	355

3. „In einem Verwaltungsverfahren“ bzw. „in einer Angelegenheit“ .....	357
a. Beginn und Abschluß eines Verfahrens .....	357
b. Erfassung auch des Vorfeldes eines Verfahrens .....	358
c. Reichweite in mehrstufigen Verfahren .....	359
aa. Teilbarkeit des Mitwirkungsverbotes? .....	360
bb. Erfassung auch der Ausschlußtätigkeit .....	360
cc. Ausklammerung der Fraktionsarbeit .....	361
IV. Folgen der mangelnden Handlungsbefugnis eines Amts- und Mandatsträgers	362
1. Vertretung des monokratischen Amtsträgers .....	362
2. Die Auswirkungen bei Kollegialorganen .....	362
<b>G. Die Verletzung des Unbefangenheitsgebotes</b>	
I. Die Situation vor Abschluß des Verfahrens .....	364
II. Die Fehlerhaftigkeit der Verwaltungsentscheidung .....	364
1. Zur Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsaktes .....	367
a. Nichtigkeit .....	367
aa. Mitwirkung eines befangenen monokratischen Amtsträgers .....	367
aaa. Das Tätigwerden eines Beteiligten oder eines diesem gleichgestellten Amtsträgers .....	368
bbb. Der Verstoß gegen die übrigen Ausschlußgründe .....	370
ccc. Verstoß gegen das Handlungsverbot wegen der Besorgnis der Befangenheit .....	372
bb. Besonderheiten bei Kollegialorganen .....	372
aaa. Die Spezialregelung des § 25 VI HGO .....	373
bbb. Die Folgen für den Beschluß des Kollegialorgans auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts .....	376
ccc. Der das Verfahren abschließende Verwaltungsakt .....	377
b. Rechtswidrigkeit .....	379
aa. Rechtliche Notwendigkeit des Verwaltungsakts trotz des verbotenen Tätigwerdens .....	379
aaa. Zur dogmatischen Struktur der §§ 46 VwVfGe, 42 SGB-X und 127 AO'77 .....	379
bbb. Extensive Ansichten .....	383
ccc. Rechtliche Alternativlosigkeit .....	384
α) Ausklammerung administrativer Letztentscheidungsermächtigungen .....	384

β) Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise? Das Beispiel der Ermessensreduzierung auf Null .....	385
γ) Der Einfluß der Fehlerart .....	386
bb. Tatsächliche Nichtursächlichkeit als weitere Ausnahme der Aufheb- barkeit? .....	387
2. Fehlerfolgen bei Zusagen .....	389
3. Fehlerfolgen beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sowie bei der Abgabe von auf ihn einwirkenden Willenserklärungen .....	390
a. Die Fehlerregelungen der §§ 59 II VwVfGe, 58 II SGB-X .....	391
aa. Die Regelung der Nr. 1 .....	391
bb. Die Nr. 2 dieser Normen .....	392
b. Die Heranziehung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften .....	393
aa. Die entsprechende Anwendung des § 134 BGB .....	393
bb. Der Rückgriff auf die gesellschaftsrechtlichen Interessenkollisions- normen .....	395
4. Die Verletzung des Mitwirkungsverbotes im Rahmen der Rechtsetzungs- tätigkeit .....	397
a. Der allgemeine Grundsatz .....	397
b. Sog. Heilungsvorschriften im Kommunalverfassungsrecht: Die Rege- lung des § 25 VI 2, 3 HGO .....	398
aa. Die dogmatische Struktur .....	400
aaa. Herabstufung von Verfahrensregelungen? .....	400
bbb. Heilung? Fiktion? .....	401
ccc. Konstitutive rechtscharakterverändernde Elemente? .....	401
ddd. Die Parallele zur Bindungswirkung von Verwaltungsakten .	402
eee. Die Interpretation als materielle Ausschußfrist .....	402
bb. Die verfassungsrechtliche Beurteilung .....	405
aaa. Abwägungsdefizite .....	405
bbb. Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes? .....	406
III. Exkurs: Die unberechtigte Anordnung eines Mitwirkungsverbotes .....	409
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>411</b>

## **A. Die Gemeinwohlbezogenheit des Verwaltungshandelns und der Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung**

### **I. Die Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit am öffentlichen Interesse**

Gegenstand der vorliegenden Arbeit soll die Untersuchung der Frage sein, auf welche Weise Interessenkollisionen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts bewältigt werden. Wie der Titel der Arbeit deutlich macht, wird der Schwerpunkt der Untersuchung auf den verwaltungsrechtlichen Befangenheitsvorschriften liegen, da diese — wie im folgenden noch zu zeigen sein wird — den Kernbereich der Interessenkollisionsnormen ausmachen. Gewählt wird damit ein Ansatz, der die gesetzlichen Ausprägungen des Unbefangenheitsgebots eingebettet in das weite Feld anderer öffentlich-rechtlicher Interessenkollisionsnormen sieht. Betrachtet werden sollen Gemeinsamkeiten, Wechselwirkungen und Ausstrahlungen der insoweit bestehenden Rechtsinstitute.

Beginnt man mit der Untersuchung, so stehen zunächst der übergeordnete Begriff der Interessenkollision und die Frage, warum es Regelungen gibt, die eine solche zu vermeiden suchen, im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Beide Aspekte sind mit dem Gegenstand des Verwaltungsrechts, nämlich der öffentlichen Verwaltung, eng verwoben. Positiv kann die öffentliche Verwaltung als die planmäßige, in ihren Zielen und Zwecken durch die Rechtsordnung und innerhalb dieser durch die politischen Entscheidungen der Regierung bestimmte und zugleich begrenzte Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen zur Gestaltung und Gewährleistung des sozialen Zusammenlebens durch konkrete Maßnahmen beschrieben werden<sup>1</sup>. Stellt sich danach die Verwaltung als eine Form der Sozialgestaltung dar, so hat sie sich mit den Angelegenheiten des Gemeinwesens und der Menschen im Gemeinwesen zu befassen<sup>2</sup>. Daraus folgt, daß die Verwaltung am öffentlichen Interesse ausgerichtet sein muß. Das Problem der Begriffsbestimmung des öffentlichen Interesses soll an dieser Stelle zunächst nicht weiterverfolgt werden. Entscheidend bleibt in diesem Zusammenhang vielmehr festzuhalten, daß der Verwaltung die Wahrnehmung von Partikularinteressen losgelöst von der Verfolgung öffentlicher Aufgaben verwehrt ist<sup>3</sup>. Denn das öffentliche

---

<sup>1</sup> Bachof, EvStL, Sp. 2773; vgl. auch Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 2 II a.

<sup>2</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 9.

<sup>3</sup> Vgl. etwa die „Boxberg“-Entscheidung des BVerfG (NJW 1987, 1251 ff., 1253, 1255) zur Frage der Enteignung zugunsten privater Unternehmen und die Ausführungen

Interesse ist durch die Ausrichtung auf das Ganze der menschlichen Gemeinschaft geprägt. Die Verwaltung soll, anders als das Privateigentum gemäß Art. 14 II 2 GG, nicht „zugleich“, sondern „ausschließlich“ dem Wohl der Allgemeinheit dienen<sup>4</sup>. Dies stellt zugleich auch einen wesensmäßigen Unterschied zu Privatrechtssubjekten dar. Wie Art. 2 I GG mit seiner Schrankentrias verdeutlicht, haben sie eigene, jeweils unterschiedliche Bestrebungen und Bedürfnisse, deren Erfüllung sie verfolgen. Dies schließt nicht aus, daß sie im Einzelfall auch öffentliche Interessen wahrnehmen. Während dies jedoch bei jenen Subjekten eine Nebenerscheinung ihrer eigenen privaten und primär verfolgten Zielsetzung ist, existiert die Verwaltung doch nur um der Verfolgung öffentlicher Interessen willen.

Diese Feststellung leitet über zu dem Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung. Unparteilichkeit läßt sich dabei umschreiben als Bindung an objektive Maßstäbe, unter Hintansetzung subjektiver Interessen und Stellungnahmen, die solche einer Partei sind<sup>5</sup>. Gegen die Annahme eines solchen Grundsatzes könnte nun von vornherein eingewandt werden, daß die Verwaltung ja selbst handelt und daher selbst oft Partei ist, wie etwa bei der Durchsetzung von Ansprüchen des Staates, sie also selbst gar nicht unparteiisch ist und bleiben kann<sup>6</sup>. Indessen darf die Frage, ob die moderne, intervenierende, sozialstaatliche Verwaltung überhaupt unparteiisch sein kann, nicht von dem formellen Akt des Handelns und des auf diese Weise Beteiligtseins der Verwaltung abhängig gemacht werden. Will man sich nicht den Blick auf den materiellen Kern des Aussagegehaltes des Begriffs der Unparteilichkeit verstellen, so muß die Charakterisierung der Verwaltungstätigkeit als Handeln im öffentlichen Interesse in den Mittelpunkt der Überlegungen gestellt werden. Zur Verdeutlichung ist dabei mit Dagtoglou terminologisch zwischen Neutralität und Unparteilichkeit zu unterscheiden. Neutralität ist danach als Nicht-Intervention, als ein Fernbleiben vom Konflikt zu definieren<sup>7</sup>. Demgegenüber ist die Unparteilichkeit ein auf Sachlichkeit und infolgedessen Gerechtigkeit bezogener Begriff, der die Realisierung des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls gewährleisten soll. Hier soll noch einmal der Vergleich mit Privatrechtssubjekten bemüht werden. Das einzelne Subjekt kann seine Zielsetzung selbst definieren, damit im Rahmen der ihm durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen ausschließlich seine Interessen verfolgen, aber auch seinen Empfindungen, ja irrationalen Vorstellungen nachgeben und etwa bewußt ihm selbst nachteilige Entschlüsse fassen. Ganz anders

---

zu der Notwendigkeit einer effektiven rechtlichen Bindung des begünstigten Privaten an das Gemeinwohlziel.

<sup>4</sup> Vgl. v. Münch, in: Erichsen / Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 III.

<sup>5</sup> Ryffel, in: Morstein Marx, Verwaltung, S. 264 ff., 264.

<sup>6</sup> So etwa Meyer, in: Meyer / Borgs, VwVfG, vor § 20 Rn. 5 (der von der institutionellen Parteilichkeit der Verwaltung das Unbefangenheitsprinzip — in personeller Hinsicht — unterscheiden will).

<sup>7</sup> Dagtoglou, Festgabe für Forsthoff, 1967, S. 65 ff., 67.

die öffentliche Verwaltung. Da sie das öffentliche Interesse, nämlich das allgemeine Wohl zu realisieren hat, muß sie sich bei ihrem Handeln ausschließlich an rationalen und in der Sache begründeten Kriterien orientieren, um eine in diesem Sinne richtige Entscheidung zu treffen. Der Begriff der Unparteilichkeit ist daher auf die gerechte Intervention, auf ein sachgemäßes Tun bezogen. Neutralität und Unparteilichkeit schließen sich also gegenseitig aus. Wer dem Konflikt fernbleibt, kann zur gerechten Beilegung des Konflikts nicht beitragen. Unparteilichkeit ist also eine Eigenschaft, die nur den sich mit dem Konflikt Befassenden zukommen kann. Sie ist aber gegenstandslos und nichtssagend, wenn sie auf den Fernbleibenden angewandt wird<sup>8</sup>. Diese begriffliche Differenzierung findet auch in gesetzlichen Regelungen ihren Ausdruck. So regelt etwa § 116 AFG die Neutralitätspflicht des Staates bei Arbeitskämpfen. Weder durch Zahlung von Arbeitslosen- noch durch die von Kurzarbeitergeld soll in jene eingegriffen werden. Durch dieses Fernbleiben von einem solchem Konflikt soll einer sachgerechten Lösung durch die sich selbst regulierenden Mechanismen Raum gelassen werden. Umgekehrt setzen die noch zu behandelnden gesetzlichen Ausprägungen des Unbefangenheitsprinzips<sup>9</sup> stets ein Tätigwerden voraus, daß in allein durch das Gemeinwohl bestimmten Bahnen gehalten werden soll. Richtet sich somit das Gebot der Unparteilichkeit nur an denjenigen, der handelt, so kann die Verwaltung zwar nicht neutral, soll aber, insbesondere, wenn sie Konflikte löst, unparteiisch sein. Insofern kann und soll vom Prinzip der Unparteilichkeit der Verwaltung gesprochen werden<sup>10</sup>.

## II. Gemeinwohlkonkretisierung durch Verfahren

Wird der Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung durch die ausschließliche Bindung ihrer Tätigkeit an das öffentliche Interesse als determiniert angesehen, so bleibt die Forderung nach einer Konkretisierung des Begriffs „Öffentliches Interesse“ nicht aus. Aus Raumgründen kann diese Problematik hier nur gestreift werden<sup>11</sup>. Auszugehen ist von der dem Grundgesetz allein entsprechenden Prämisse, daß das öffentliche Interesse als Synonym für den Begriff Gemeinwohl nicht etwas Vorgegebenes, etwas Feststehendes ist. Das Gemeinwohl läßt sich vielmehr in einem pluralistischen Gemeinwesen nicht a priori feststellen, sondern es bildet sich jeweils aus den Konflikten und Kompromissen gesellschaftlicher Gruppen a posteriori heraus<sup>12</sup>. In diesem Sinne ist durch die Verfassung

---

<sup>8</sup> Dagtoglou, Festgabe für Forsthoff, 1967, S. 65 ff., 67.

<sup>9</sup> Siehe Kapitel B vor I.

<sup>10</sup> Dagtoglou, Festgabe für Forsthoff, 1967, S. 65 ff., 67.

<sup>11</sup> Siehe zu einer Problemanalyse des Pluralismus aus politikwissenschaftlicher Sicht: Böhret / Jann / Junkers / Kronenwett, Innenpolitik und politische Theorie, S. 66 ff. und besonders instruktiv S. 195 ff.

<sup>12</sup> Böhret, in: König / v. Oertzen / Wagener, Öffentliche Verwaltung, S. 53 ff., 56; vgl. auch Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 ff., 164.