

Die Veröffentlichung des Werkes

„Befangenheit im Verwaltungsverfahren“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

BEFANGENHEIT
IM
VERWALTUNGSVERFAHREN



INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
EINES DOKTORS DER RECHTE
DURCH DIE RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
DER WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU MÜNSTER
VORGELEGT VON
HEINER MARRÉ
AUS GLADBECK/WESTFALEN
1960

60 11 21

1. BERICHTERSTATTER: PROF. DR. H. J. WOLFF
2. BERICHTERSTATTER: PROF. DR. H. U. SCUPIN
DEKAN: PROF. DR. R. GMÜR

TAG DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG: 18. DEZEMBER 1959

Meinem Vater

INHALTSÜBERSICHT

EINLEITUNG

BEGRIFFLICHE KLÄRUNG	9
1. Kapitel: <i>Der Begriff „Verwaltungsverfahren“</i>	10
§ 1 (Vorbemerkung) <i>Der Begriff „Verwaltung“</i>	10
§ 2 <i>Der Begriff „Verwaltungsverfahren“</i>	11
2. Kapitel: <i>Der Begriff „Befangenheit“</i>	14
§ 3 <i>Allgemeine sprachliche Deutung</i>	14
§ 4 <i>„Befangenheit“ im juristischen Sprachgebrauch</i>	14
§ 5 <i>Definition der „Befangenheit“</i>	15
§ 6 <i>Umfang der Anwendung des Begriffs „Befangenheit“</i>	16
3. Kapitel:	
§ 7 <i>Der Gang der Bearbeitung des Themas</i>	17

ERSTER HAUPTTEIL

RECHTLICHE BEGRÜNDUNG DES HANDLUNGSVERBOTS BEI BEFANGENHEIT IM VERWALTUNGSVERFAHREN	18
§ 8 (Vorbemerkung) <i>Parallelerscheinungen in anderen Rechtsgebieten</i>	18
I. <i>Das Verbot des Selbstkontrahierens in § 181 BGB</i>	18
II. <i>Die gesetzliche Regelung des Handlungsverbots in den Gerichts-Verfahrensgesetzen</i>	21
1. Kapitel: <i>Die gesetzliche Regelung des Handlungsverbots im Verwaltungsverfahren</i>	24
§ 9 <i>Mangel einer generellen gesetzlichen Regelung</i>	24
§ 10 <i>Gesetzliche Einzelregelungen</i>	26
§ 11 <i>Lücken der gesetzlichen Regelung</i>	29
§ 12 <i>Analoge Anwendung der ein Handlungsverbot festlegenden Gesetze</i>	30
2. Kapitel: <i>Das ungeschriebene Recht als Rechtsquelle des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren</i>	35
§ 13 <i>Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle?</i>	35
§ 14 <i>Die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ als Rechtsquelle?</i>	37
§ 15 <i>Ein „besonderer Rechtsgrundsatz“ als Rechtsquelle</i>	45

3. Kapitel: Die Ableitung eines ungeschriebenen Rechtssatzes aus dem gefundenen besonderen Rechtsgrundsatz 52

§ 16 Subjekte der Befangenheit 53

 I. Individuelle natürliche Personen 53

 II. Subjekte öffentlicher Verwaltung 54

§ 17 Inkompatibilität und das Entstehen von Subjekten der Befangenheit 58

§ 18 Inhalt und Umfang der typischen Befangenheitsgründe für das Verwaltungsverfahren 61

 I. Allgemeine Voraussetzungen der Befangenheit 62

 II. Typische Befangenheitsgründe 65

 III. Generalklausel der Befangenheitsgründe 86

§ 19 Ausnahmen vom Handlungsverbot bei Befangenheit 89

§ 20 Der ungeschriebene Rechtssatz des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren 90

ZWEITER HAUPTTEIL

ANWENDUNG DES HANDLUNGSVERBOTS BEI BEFANGENHEIT IM VERWALTUNGSVERFAHREN 93

1. Kapitel: Die Rechtsfolgen des Handlungsverbots 93

 § 21 Pflichten des Subjekts der Befangenheit 93

 § 22 „Befreiung“ des Subjekts der Befangenheit 96

 § 23 Vertretung oder Ersetzung des Subjekts der Befangenheit 97

 § 24 Geltungsrang des gefundenen ungeschriebenen Rechtssatzes 100

 § 25 Ablehnungsrecht der Beteiligten? 100

2. Kapitel: Die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung des Handlungsverbots 104

 § 26 Rechtsfolgen für die ergangene Verwaltungsmaßnahme 104

 § 27 Rechtsfolgen für das Subjekt der Befangenheit 106

ZUSAMMENFASSUNG 110

ANHANG Schrifttumsverzeichnis 113

ANHANG Lebenslauf 120

BEGRIFFLICHE KLÄRUNG

Schon in der Antike wurde die *Iustitia* bildhaft mit verbundenen Augen oder einer Waage in der Hand dargestellt. Sie steht gleichsam blind über den streitenden Parteien, die sie anrufen, und die Waage symbolisiert den unbestechlich objektiven Maßstab, der an die vorgebrachten Argumente gelegt wird und nach dem das Urteil zu fällen ist.

So ist es ein uraltes Postulat wahren Richtertums, daß der Richter als „Diener der Gerechtigkeit“ unbefangen, d. h. ohne Ansehen der Person und unbeeinflußt von unsächlichen Erwägungen sein Urteil zu sprechen habe; denn immer, wenn bei ihm Befangenheit vorliegt, ist die Verwirklichung der Gerechtigkeit gefährdet und der Willkür ein Weg eröffnet. Diesem Postulat gemäß enthalten die modernen Gerichtsverfahrensgesetze der Bundesrepublik Deutschland generelle gesetzliche Regelungen darüber, wann den Richter wegen bestimmter Beziehungen zu den am Verfahren Beteiligten oder zum Verfahrensgegenstand ein Handlungsverbot wegen Befangenheit trifft, d. h. wann er im Einzelfall sein Richteramt wegen Befangenheit nicht ausüben darf.

Der Gerechtigkeit zu dienen ist jedoch nicht allein Aufgabe des Richters. Die Bundesrepublik Deutschland ist nach ihrem Grundgesetz ein materieller Rechtsstaat, d. h. ein Staat, dessen Zweck darin liegt, in seinem Herrschaftsbereich den Zustand materieller Gerechtigkeit zu verwirklichen¹. Die gesamte Tätigkeit aller Staatsorgane ist an diesen Staatszweck gebunden². So müssen auch die Maßnahmen, welche die zuständigen Subjekte öffentlicher Verwaltung durch ihre Amtswalter³ im Verwaltungsverfahren gegenüber den am Verfahren Beteiligten treffen, von dem Streben nach Gerechtigkeit getragen sein⁴.

¹ KLEIN, Bonner Grundgesetz S. 392—395, insbes. S. 395; MENGER, Sozialer Rechtsstaat S. 17 f., 27 ff.; ders., System S. 47; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. VI; WOLFF, Verwaltungsrecht § 11 II b 3; v. MANGOLDT-KLEIN, Grundgesetz Art. 20 Anm. VI 1 (S. 609).

² WOLFF, Verwaltungsrecht § 11 II b 3.

³ Der Begriff „Subjekte öffentlicher Verwaltung“ umfaßt die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie ihre Behörden und Dienststellen. Von diesen sind die Organ- bzw. Amtswalter zu unterscheiden; bei ihnen handelt es sich um Menschen, die die in einem Organ bzw. in einem Amt institutionell zusammengefaßten Zuständigkeiten wahrzunehmen haben.

S. WOLFF, Verwaltungsrecht § 4 II.

⁴ PETERS, Verwaltung S. 69; DISTEL-SELGE, BBG S. 238; WOLFF, Verwaltungsrecht § 21 III c u. IV, § 39 I a.

Aus diesem Grunde stellt sich nunmehr die Frage, ob und wie weit auch — entsprechend den Regelungen der Gerichtsverfahrensgesetze — für die im Verwaltungsverfahren tätig werdenden Subjekte öffentlicher Verwaltung und deren Amtswalter ein Handlungsverbot bei Befangenheit besteht und wie es sich auswirkt.

1. Kapitel: Der Begriff „Verwaltungsverfahren“

§ 1. Vorbemerkung: Der Begriff „Verwaltung“

Die Befangenheit ist zu untersuchen in ihrer Bedeutung für den Bereich des Verwaltungsverfahrens. Daher ist zu Beginn eine Verständigung über den Begriff des Verwaltungsverfahrens notwendig. Dies ist jedoch nicht möglich, ohne wenigstens kurz zu definieren, was unter *Verwaltung* zu verstehen ist.

Die Begriffsbestimmung, die im Subtraktionswege gewonnen wird und im Anschluß an Otto MAYER¹ die Verwaltung als diejenige Staatstätigkeit bezeichnet, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist², ist wegen ihres geringen Erkenntniswertes³ und unzutreffender Aussage⁴ abzulehnen. Nach vielfacher Meinung entzieht sich die Verwaltung aber auch wegen der Mannigfaltigkeit der durch sie ausgeübten Besorgungen einer alle Erscheinungsformen umgreifenden positiven Definition⁵.

Deshalb wird die mangelnde Begriffsbestimmung nach anderer Ansicht am besten durch eine Umschreibung, die wenigstens das „Typische der Verwaltung“ herausarbeitet, ersetzt⁶. Ein solches Verfahren birgt große Schwierigkeiten in sich⁷.

Hier soll nach H. J. WOLFF⁸ Verwaltung im materiellen Sinne begrifflich bestimmt werden als „mannigfaltige, zweckbestimmte, i. d. R. fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Besorgung von Angelegenheiten“.

¹ MAYER, Otto, Verwaltungsrecht I. Bd. S. 9: „Deshalb ist der Begriff der Verwaltung in dieser Richtung nur verneinend zu bestimmen als Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist“.

² So z. B. Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 6.
³ PETERS, Verwaltung S. 4; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 1 Anm. j.

⁴ WOLFF, Verwaltungsrecht § 2 I a.
⁵ PETERS, Verwaltung S. 5; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 1.

⁶ So vor allem: PETERS, Verwaltung S. 5, der sich für seine Methodik auf Georg JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 20 ff. beruft; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 1 ff.

⁷ Vgl. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 1.
⁸ WOLFF, Verwaltungsrecht § 2 II a 5.

Weiterhin geht es hier um die „öffentliche Verwaltung“, nicht um Verwaltung schlechthin. Es ist insoweit einmal auf die Träger dieser „Besorgung von Angelegenheiten“ abzustellen, zum anderen auf diejenigen, deren Angelegenheiten besorgt werden. Öffentliche Verwaltung ist somit zu kennzeichnen als durchführende und gestaltende Besorgung von Angelegenheiten (im oben angeführten Sinn) der Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher⁹ durch die von den Trägern der Gemeinwesen¹⁰ hierzu bestellten Organe¹¹.

Der Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne reicht jedoch im Zusammenhang dieser Untersuchung nicht aus, da diese sich nicht so sehr mit dem spezifischen Inhalt des öffentlichen Verwaltens beschäftigt, sondern mit dem tatsächlichen Handeln der Verwaltungssubjekte. Hinzuziehen ist deshalb noch der funktionelle Begriff der öffentlichen Verwaltung¹². Öffentliche Verwaltung ist danach zu bestimmen als „nur, aber auch alle Tätigkeit, die von den in der Hauptsache zur Verwaltung im materiellen Sinne berufenen Organen (Verwaltungsorganen) eines Gemeinwesens wahrgenommen wird, mag sie materiell verwaltend“ (im obigen Sinne), „regierend, gesetzgebend oder (in seltenen Fällen) auch rechtsprechend sein“¹³.

Wenn diese Begriffsbestimmung auch noch Unbestimmtheiten aufweist, so genügt sie doch im Rahmen dieser Erörterung, um die Funktionen der öffentlichen Verwaltung gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung typisch abzusetzen und einen Ausgangspunkt für die Definition des Begriffs Verwaltungsverfahren zu gewinnen.

§ 2. Der Begriff „Verwaltungsverfahren“

Wie alle Staatsfunktionen bewegt sich auch die öffentliche Verwaltung im oben definierten Sinn auf ihr spezifisches Ziel hin. Diese Bewegung geschieht auf einem bestimmten Weg, nach einem bestimmten Verfahren.

Insofern könnte öffentliche Verwaltung im funktionellen Sinne im Grunde gleichgesetzt werden mit „Verwaltungsverfahren“, da sie — als die im wesentlichen verwaltende Tätigkeit von Verwaltungsorganen — stets auf einem „bestimmten Weg“ zu ihrem „spezifischen Ziel“ gelangen wird.

⁹ WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II b.

¹⁰ Wer Träger des Gemeinwesens, im Staate also Staatsträger ist, bestimmt sich nach der Verfassung. In einer Demokratie ist es letztlich das Staatsvolk; vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht § 2 II b 2 und c, § 4 insbes. I a 1, 2.

¹¹ S. o. Anm. 13.

¹² Schließlich kann nach WOLFF, Verwaltungsrecht § 2 III a die öffentliche Verwaltung auch noch im organisatorischen Sinne verstanden werden als „die Gesamtheit der in der Hauptsache zur Verwaltung bestellten Glieder der inneren staatlichen Organisation“.

¹³ WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 III b.

Von einem rechtlichen Verfahren „im engeren und technischen Sinn“¹⁹⁾ - und das ist nach dem Thema dieser Untersuchung gemeint - spricht man jedoch nur dann, wenn der Weg zu den Zielen einer Staatsfunktion nicht willkürlich gewählt werden kann oder freisteht, sondern rechtlich vorgezeichnet, durch Rechtsnormen „mehr oder weniger determiniert“²⁰⁾ ist.

Die Summe dieser das Verfahren regelnden Normen wird, im Gegensatz zum materiellen Recht, formelles oder Verfahrensrecht genannt.

Aufgabe und Ziel aller rechtlich geordneten Verfahrensarten ist es, das materielle Recht, die Rechtsordnung des Staates²¹⁾ und im (materiellen) Rechtsstaat letztlich die Gerechtigkeit²²⁾ zu verwirklichen. Das Verwaltungsverfahren, das einen Sonderfall des Rechtsverfahrens überhaupt darstellt, dient der Verwirklichung des materiellen Verwaltungsrechts als des wohl wichtigsten Teiles der öffentlichen Rechtsordnung²³⁾ und schließlich der Verwirklichung der Gerechtigkeit im Bereich der öffentlichen Verwaltung.

Es ist nur folgerichtig, wenn das Verwaltungsverfahrensrecht zugleich die Möglichkeit gewährt, Verwaltungshandlungen aufzuheben oder abzuändern, falls diese im konkreten Einzelfall rechtswidrig sind, d. h. der öffentlichen Rechtsordnung und der Gerechtigkeit widersprechen. Dies geschieht, indem es den vom Verwaltungshandeln Betroffenen Rechtsbehelfe gibt, die im sog. administrativen Instanzenzug gegenüber den Subjekten öffentlicher Verwaltung geltendgemacht und von diesen entschieden werden.

Das einheitliche Verwaltungsverfahren besteht dementsprechend aus zwei Abschnitten: Neben oder hinter das Verwaltungsverfahren 1. Stufe, das der Erzeugung von Verwaltungshandlungen dient, tritt ein Verwaltungsverfahren 2. Stufe, das deren Kontrolle und evtl. Beseitigung oder Ersetzung durch andere Verwaltungshandlungen ermöglicht²⁴⁾.

Schließlich bleibt noch festzustellen, daß das Verwaltungsverfahren nicht den Gesamtbereich des Verwaltungshandelns, sondern nur das *hoheitliche* Tätigwerden der Subjekte öffentlicher Verwaltung umfaßt.

¹⁹⁾ Siehe hierzu und zum Folgenden: MERKL, Verwaltungsrecht S. 213 ff. (213); ferner HERRBRITT, Verwaltungsverfahren S. 1 ff.; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 98 ff.

²⁰⁾ MERKL, Verwaltungsrecht S. 213-215; HERRBRITT, Verwaltungsverfahren S. 1; RADBRUCH, Rechtsphilosophie S. 381.

²¹⁾ Vgl. S. 9, 39 f., 47 u. Anm. 1), 2) auf S. 9.

²²⁾ MERKL, Verwaltungsrecht S. 215; HERRBRITT, Verwaltungsverfahren S. 3. - Meines Erachtens ist es nicht richtig, Verwaltungsakt, Bescheid, Beschluß, Verfügung oder Anordnung - je nach dem länderweise verschiedenen Sprachgebrauch - mit FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 107, 108, als Ziele des Verwaltungsverfahrens anzusprechen. Sie sind nur die Mittel, die Maßnahmen, durch welche das eigentliche Ziel, die Verwirklichung der Rechtsordnung und Gerechtigkeit, erreicht wird.

²³⁾ MERKL, Verwaltungsrecht S. 222; Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931, Anhang: Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg Art. 27, 28, 29; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 110.

d. h. diejenigen Maßnahmen, die in Ausübung der Staatshoheit mit obrigkeitlicher Befehls- und Zwangsgewalt erledigt werden²⁵⁾. Die sehr umfangreiche nichthoheitliche, privatrechtliche Tätigkeit der Verwaltung bedarf indes auch kaum einer verfahrensrechtlichen Regelung, da sie - wie die Tätigkeit jedweden Privatrechtssubjekts - dem Privatrecht und Zivilverfahrensrecht unterliegt²⁶⁾.

Das *Verwaltungsverfahren* kann nunmehr definiert werden als *der durch Rechtssätze des formellen Verwaltungsrechts vorgezeichnete Weg der hoheitlich tätig werdenden Subjekte öffentlicher Verwaltung zu den Verwaltungszielen (Verwaltungsverfahren 1. Stufe, Erzeugungsverfahren) sowie der gleichermaßen rechtlich geregelte Weg zur Geltendmachung der Rechtsbehelfe bei den dafür zuständigen Subjekten öffentlicher Verwaltung (Verwaltungsverfahren 2. Stufe, Rechtsbehelfsverfahren)*²⁷⁾.

²⁵⁾ S. auch KOMORZYNSKI-OSZCZYNSKI, Verwaltungsverfahren S. 6; KOKOPATNICKI, Verwaltungsverfahren S. 17; MERKL, Verwaltungsrecht S. 216; HERRBRITT, Verwaltungsverfahren S. 3, 50; GROBER, Steuerrecht S. 1010; RUCK, Verwaltungsrecht S. 80; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 101; BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 177; MELICHAR, Verwaltungsverfahren S. 196 f.; Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931, Anhang: Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Art. 1, 27. - Nach WOLFF, Verwaltungsrecht § 4 III, kann man unterscheiden: Subjekte *ursprünglicher* hoheitlicher Gewalt, das sind gegenwärtig in Westdeutschland nur der Bund und die Länder, und Subjekte *abgeleiteter* hoheitlicher Gewalt, „deren materiell öffentliche Funktionen ihnen von einem Träger ursprünglicher hoheitlicher Gewalt übertragen oder überlassen sind“, das sind die Gemeinden, Gemeindeverbände, die sonstigen rechtsfähigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie die „Beliebenen“.

²⁶⁾ SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 375 f.; RUCK, Verwaltungsrecht S. 80; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83. - Ein Seitenblick auf das Handlungsverbot bei Befangenheit im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeit der Verwaltung findet sich unten auf S. 18 ff. Aus der Tatsache, daß es in der Verwaltung sowohl hoheitliches als auch privatrechtliches Tätigwerden gibt, und nur das hoheitliche Handeln formellrechtlich geregelt ist, erklärt es sich, daß das materielle Verwaltungsrecht weit umfangreicher ist als das formelle Verwaltungsrecht. Im Gegensatz hierzu ist die Gesetzgebung ganz und die Justiz zum größten Teil obrigkeitlicher Natur. Deshalb sind beide Bereiche vom Verfahrensrecht fast vollständig erfaßt. Näheres z. B. bei MERKL, Verwaltungsrecht S. 216. - S. auch JAENICKE, Tagung S. 927 und MELICHAR, Verwaltungsverfahren S. 196/197, die sich aus rechtsstaatlichen Erwägungen dafür aussprechen, auch für die nichthoheitliche, privatwirtschaftliche öffentliche Verwaltung „gewisse Verfahrensregeln“ aufzustellen, eine „Verredlichung des Verfahrens“ anzustreben.

²⁷⁾ Anders als beim Justizverfahrensrecht gibt es in Deutschland kein einheitliches, für alle Verfahrensweige der Verwaltung geltendes Verwaltungsverfahrensrecht. Auf die daraus resultierende Vielfalt der Verwaltungsverfahrensarten wird auf S. 26 f. einzugehen sein. - Auf eine nähere Beschäftigung mit der besondersartigen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens, die es gegenüber den anderen Verfahrenskategorien besitzt und die bestimmt ist durch die besonderen Aufgaben, die der Verwaltung im Staatsleben obliegen, kann hier verzichtet werden. Sie werden jeweils an der Stelle berücksichtigt, wo sie für die folgenden Erörterungen bedeutsam sind. Die Eigenarten des Verwaltungsverfahrens werden ausführlich behandelt in der unter Anm. ¹⁹⁾ auf S. 12 angeführten Literatur; über Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens s. außerdem BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 118 ff.; DÜRIG-MALLMANN, Staatsrechtslehrertagung S. 393 f.

Die im Vorhergehenden erwähnte Verwaltungskontrolle und die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Verwaltungshandlungen obliegt nur zum Teil den Subjekten öffentlicher Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Rechtsbehelfsinstanzen. Darüber hinaus ist sie in der Regel Aufgabe der Verwaltungsgerichte. Das vor ihnen stattfindende Verwaltungsstreitverfahren ist jedoch als nicht zum Verwaltungsverfahren gehörend aus dem Kreis der Erörterungen dieser Untersuchung auszuschließen. Es ist ein Gerichtsverfahren, das nur zum Zuständigkeitsbereich von unabhängigen und unbeteiligten Organen der Rechtsprechung, nicht aber von Organen der Verwaltung gehört²¹.

2. Kapitel: Der Begriff „Befangenheit“

§ 3. Allgemeine sprachliche Deutung

Der Begriff „Befangenheit“ läßt sich im wesentlichen schon aus einer allgemeinen sprachlichen Deutung dieses Wortes gewinnen. Seine sprachgeschichtliche Wurzel liegt in dem althochdeutschen Verbum *pfāhan* (mittelhochdeutsch: *bevā(ho)n*), das sich zu einem Partizip und später zu einem Adjektiv entwickelte und bedeutet: seelisch und geistig beschränkt, unfreien Geistes und Gehäbens, verlegen, nicht frei im Urteil²².

§ 4. „Befangenheit“ im juristischen Sprachgebrauch

In dem letztgenannten Sinne ist der Begriff „Befangenheit“ im juristischen Sprachgebrauch eingebürgert. Er wird jedoch häufig durch die verschiedensten andersartigen Bezeichnungen ersetzt. So meinen z. B. Parteilichkeit²³, Voreingenommenheit²⁴, mangelnde Objektivität²⁵, Unsachlich-

²¹ MERKL, Verwaltungsrecht S. 222, 223; WOLFF, Verwaltungsrecht § 46 vor I; PELLNER, Verwaltungsverfahren S. 98; BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 119; Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Stuttgart 1931, Anhang: Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Art. 3; Freie Hansestadt Bremen, Gesetz über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang i. d. Fassung v. 29. 10. 1954 (GBl. S. 111) § 1.

²² Vgl. GRIMM, Deutsches Wörterbuch I. Bd. Sp. 1294 u. 1299; TRÜBNER, Deutsches Wörterbuch I. Bd. S. 254; KLUGE-GÖTZE, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache S. 61.

²³ PIEPER, Gerechtigkeit S. 107. Die negative Wortbildung „Unparteilichkeit“ zur Umschreibung des Begriffs „Unbefangenheit“ findet sich an zahlreichen anderen Stellen, so z. B. bei HATSCHKE-KURTZIG, Verwaltungsrecht S. 418; v. BITTER, Handwörterbuch Bd. I S. 4 u. Bd. II S. 432; BRAND, DBG S. 28; GROBER, Steuerrecht S. 1010; HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776; DI-STEI-SELGE, BBG S. 78; § 42 ZPO; § 24 STPO; § 52 BBG.

²⁴ JEBENS, Ausschließung S. 304; HANS, Öffentliches Recht S. 61; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83.

²⁵ FISCHBACH, BBG S. 382.

keit²⁶, Behinderung²⁷, Beteiligtsein²⁸, Abhängigkeit²⁹, Interessenkollision³⁰, Ablehnungs- und Ausschließungsgrund³¹ usf. im allgemeinen dasselbe.

Im Interesse einer eindeutigen Terminologie soll im Folgenden stets von „Befangenheit“ die Rede sein, weil es sich hierbei um einen eindeutigen Begriff handelt, der die andersartigen Bezeichnungen umfaßt.

§ 5. Definition der „Befangenheit“

Befangenheit im Verwaltungsverfahren setzt zunächst voraus, daß ein bestimmtes *Subjekt öffentlicher Verwaltung* bzw. der für dieses Subjekt handelnde *Amtswalter* örtlich und sachlich *zuständig* ist, im öffentlichen Interesse ein gewisses *Verwaltungsverfahren* durchzuführen, d. h. in einem konkreten Fall aufgrund von *Verwaltungsrechtssätzen* *hoheitliche Amtshandlungen* zu erledigen.

Dieses Handeln hat — seinem Zweck entsprechend, nämlich zum Wohle der Allgemeinheit tätig zu werden und Gerechtigkeit zu verwirklichen — unbeeinflusst von den eigenen, subjektiven Interessen des handelnden Subjekts selbst oder von den Interessen ihm besonders nahestehender anderer Rechtssubjekte, die von dem Handeln betroffen werden, zu geschehen. Es muß unparteiisch und darf nur von den sachimmanenten Gegebenheiten der zu regelnden Angelegenheit geleitet sein.

Es ist nun das Hauptmerkmal der Befangenheit, daß dem notwendigen sachgemäßen und unparteiischen Handeln im Einzelfall bestimmte Umstände³² hindernd entgegenstehen. Diese Umstände können jedoch für den Begriff der Befangenheit nicht beliebiger Art sein. Sie müssen viel-

²⁶ HERRNRITZ, Verwaltungsverfahren S. 49.

²⁷ JEBENS, Ausschließung S. 321; v. BRAUCHITSCH, Preuß. Verwaltungsgesetze Bd. I S. 38; GUILLAUME, Beteiligung S. 182.

²⁸ JEBENS, Ausschließung S. 321; v. BRAUCHITSCH, Preuß. Verwaltungsgesetze Bd. I S. 38; GUILLAUME, Beteiligung S. 181; HANS, Öffentliches Recht S. 61; GO für Bayern v. 25. 1. 1962 Art. 49; § 67 RABGO.

²⁹ COING, Oberste Grundsätze S. 80, benutzt die Bezeichnung „richterliche Unabhängigkeit“ auch i. S. von „richterliche Unbefangenheit“. Zur Kritik an dieser Gleichsetzung s. u. Anm. 13 auf S. 21.

³⁰ FECKER, Interessenkollision S. 364, 365; HAUZEISEN, Interessenkollision S. 774; GEIB, Landesbeamtenrecht S. 151; hess. GO § 25; nieders. GO § 26.

³¹ Die Unterscheidung zwischen Ausschließungs- und Ablehnungsgründen findet sich auf §§ 41, 42 ZPO und §§ 22-24 STPO findend auch in den übrigen Gerichtsverfahrensgesetzen. Bei beiden handelt es sich um Fälle der Befangenheit. S. dazu GUILLAUME, Beteiligung S. 182; LECHNER, Bundesverfassungsgerichtsgesetz S. 147; ROSENBERG, Zivilprozeßrecht S. 90. Zwischen ihnen besteht keine qualitative, sondern i. d. R. nur eine graduelle Unterschiedlichkeit. Ein gesetzlich festgelegter Unterschied besteht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen ihres Vorliegens. Näheres s. u. S. 21 f., 103.

³² Die typischen, Befangenheit begründenden Umstände werden auf S. 65 ff. im Einzelnen aufgeführt. Beispielfhaft genannt seien hier nur die Umstände, daß die vorzunehmende Handlung dem Subjekt des Handelns selbst einen wirtschaftlichen oder andersartigen Sondervorteil oder Nachteil bringen kann oder daß die Handlung geeignet ist, einem Verwandten des handelnden Subjekts einen ebensolchen Sondervorteil oder Nachteil zu gewähren.

mehr — vom Standpunkt eines erfahrenen und besonnenen Menschen aus — objektiv geeignet sein, die Möglichkeit oder Befürchtung hervorzurufen, das Subjekt des Handelns werde nicht sachgemäß und unparteilich, sondern in seinem bzw. im Interesse der ihm eng Verbundenen verfahren¹².

Mithin ist Befangenheit im *Verwaltungsverfahren* immer dann gegeben, wenn bei einem bestimmten zuständigkeitsgemäß im öffentlichen Interesse hoheitlich handelnden Subjekt öffentlicher Verwaltung oder bei einem seiner Amtswalter im Einzelfall Umstände vorliegen, die — vom Standpunkt eines erfahrenen und besonnenen Menschen aus — objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen dessen sachgemäßes, unparteiisches Verhalten zu rechtfertigen¹³.

§ 6. Umfang der Anwendung des Begriffs „Befangenheit“

Der gefundene Begriff der Befangenheit soll im Verlauf dieser Untersuchung nicht nur auf natürliche Personen als Organ- oder Amtswalter, sondern auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden und Dienststellen angewandt werden¹⁴. Dies rechtfertigt sich einmal aus der Tatsache, daß diese, vor allem die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, im Zuge der rechtsstaatlichen Entwicklung eine immer stärkere rechtliche Angleichung an die juristischen Personen des Zivilrechts und damit wegen der weithin gleichartigen Behandlung aller Zivilrechtspersonen an die natürlichen Personen erfahren haben¹⁵. Zum anderen erscheint es auch deshalb zulässig, weil befangen letztlich diejenigen natürlichen Personen sind, die die genannten Subjekte öffentlicher Verwaltung tragen und zuständig sind, in ihrem Interesse vertretend zu handeln.

¹² JEBENS, Ausschließung S. 302; GUILLAUME, Beteiligung S. 182, 183; HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776; MENDER, Verfahrensrechtliche Grundsätze S. 699; ROSENBERG, Befangenheit S. 214; HANS, Öffentliches Recht S. 61; OVG Bd. 84 S. 309; 97/243. — Eine nähere Begründung dieser These muß späterer Behandlung vorbehalten bleiben. S. u. S. 49 f., 64 f.

¹³ Die im Schrifttum formulierten Begriffserklärungen schließen sich zum großen Teil eng an die Definition des § 43 Abs. 2 der ZPO an, so z. B. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. 2 A; v. BRAUCHITSCH, Verwaltungsgesetze Bd. 1 S. 41, 287; v. BITTER, Handwörterbuch S. 4; LECHNER, Bundesverfassungsgerichtsgesetz S. 147; ROSENBERG, Befangenheit S. 214; ders., Zivilprozeßrecht S. 90. S. ferner: GUILLAUME, Beteiligung S. 183; HERRNITT, Verwaltungsverfahren S. 49; MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 635; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 146, 147.

¹⁴ Die Frage, ob bei diesen überhaupt Befangenheit möglich ist, muß späterer Behandlung vorbehalten bleiben. S. u. S. 54 ff.

¹⁵ S. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84. — So werden z. B. den juristischen Personen Attribute wie Handlungs-, Partei- und Rechtsfähigkeit zugelegt, die wesensmäßig nur auf menschliche Personen passen.

3. Kapitel:

§ 7. Der Gang der Bearbeitung des Themas

Der erste Hauptteil dieser Untersuchung soll der rechtlichen Begründung des Handlungsverbots bei Befangenheit im *Verwaltungsverfahren* gewidmet sein. Ausgehend von Parallelercheinungen in anderen Rechtsgebieten werden die Rechtsquellen aufgesucht, aus denen sich für das *Verwaltungsverfahren* das Handlungsverbot bei Befangenheit ergibt. Dabei sind auch die Fragen eingehend zu erörtern, wer Subjekt der Befangenheit sein kann und wie weit der Umfang der Befangenheitsgründe zu ziehen ist.

Der zweite Hauptteil wird sich mit der Anwendung des Handlungsverbots bei Befangenheit im *Verwaltungsverfahren* befassen. In ihm werden die Rechtsfolgen der Befangenheit als solcher und diejenigen des Tätigwerdens trotz des Vorliegens von Befangenheitsgründen untersucht.

RECHTLICHE BEGRÜNDUNG DES HANDLUNGSVERBOTS BEI BEFANGENHEIT IM VERWALTUNGSVERFAHREN

§ 8. (Vorbemerkung) Parallelerscheinungen in anderen Rechtsgebieten

Das Rechtsinstitut des Handlungsverbots bei Befangenheit ist nicht nur im Verwaltungsverfahren zu finden. Rechtliche Parallelerscheinungen gibt es auch in anderen Rechtsgebieten.

I. Das Verbot des Selbstkontrahierens

So verbietet § 181 BGB, daß der Vertreter eines anderen als solcher mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten (Doppel- oder Mehrvertretung) Rechtsgeschäfte abschließt, und läßt nur dann Ausnahmen zu, wenn ein solches „Insichgeschäft“ („Selbstkontrahieren“) ihm „gestattet“ ist oder wenn es ausschließlich der „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ dient¹. Dieses Verbot des Selbstkontrahierens wird auch häufig für das privatrechtliche Verwaltungshandeln bedeutsam².

Das gesetzgeberische Motiv für die Verbotsnorm des § 181 BGB liegt nicht etwa in den begriffsiologischen Bedenken des Schrifttums und der Rechtsprechung früherer Zeit begründet, ein Insichgeschäft sei begrifflich

¹ Entsprechende privatrechtliche Regelungen, auf die hier nicht eingegangen werden kann, finden sich z. B. in §§ 34, 456-458, 1795 BGB; §§ 139 Abs. 2, 179 Abs. 3 VVG; 114 Abs. 5 AktG; § 47 Abs. 4 GmbHG; § 43 Abs. 3 GenG.

² Z. B. ein Beamter schließt als Vertreter seiner Behörde mit sich selbst als Privatperson oder für einen Dritten, von ihm kraft Vollmacht oder kraft Gesetzes Vertretenen, ein Rechtsgeschäft ab. Vgl. auch SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 375/376; HAUSEISEN, Interessenkollision S. 775/776 mit zahlreichen Beispielen. — Der sich daraus ergebende Fragenkomplex muß hier im wesentlichen ausgeschlossen werden, weil er — wie bereits oben auf S. 12 f. dargelegt — nicht in den Bereich des Verwaltungsverfahrens als des hoheitlichen Tätigwerdens von Subjekten öffentlicher Verwaltung gehört und einer besonderen Abhandlung bedürfte. Er soll nur insoweit berücksichtigt werden, als er fruchtbare Gedanken zum Thema dieser Untersuchung beitragen kann.

unmöglich, weil jeder Vertragsschluß die „Einigung zweier Willen“ erfordere³.

Es war vielmehr die ausdrücklich erklärte Absicht des Gesetzgebers, mit Hilfe dieser Rechtsnorm eine Interessenkollision beim Vertreter und eine sich möglicherweise daraus ergebende Benachteiligung des Vertretenen zu verhüten⁴. Beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes sind nämlich die Interessen der beiden Geschäftspartner im allgemeinen nicht gleichlaufend, sondern entgegengesetzt. Es ist daher einleuchtend, daß eine Person normalerweise in einen Interessenkonflikt gerät, wenn sie ein Rechtsgeschäft im eigenen und zugleich im Interesse des von ihr Vertretenen oder als gemeinsamer Vertreter der Interessen zweier Geschäftspartner abschließt. Dieser Interessenkonflikt ruft die Gefahr hervor, daß der Vertreter seine Stellung zum eigenen Vorteil bzw. bei der Doppelvertretung zum Vorteil eines der Vertretenen mißbraucht⁵.

Was den Rechtscharakter der Verbotsnorm des § 181 BGB anbelangt, so könnte man nach dem erwähnten gesetzgeberischen Motiv meinen, es handele sich um eine „konkrete Schutznorm“, die ausschließlich dazu bestimmt sei, im konkreten Fall eine Benachteiligung des Vertretenen bei einem Interessenkonflikt in der Person seines Vertreters zu verhindern. Dies trifft aber nicht zu.

Vielmehr stellt § 181 BGB eindeutig eine „abstrakte“ oder „formale Ordnungsnorm“ zwingenden Rechts dar, die zwar auch den Vertretenen vor einem Machtmißbrauch seines Vertreters schützen will, jedoch vor allem dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen soll⁶. Da Dritte im allgemeinen nicht klar erkennen können, ob bei dem Vertreter tatsächlich ein Interessenkonflikt vorliegt und er seine Befugnisse zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht (nur dann nämlich würde eine „konkrete Schutznorm“ eingreifen), verbietet § 181 im Interesse der Rechtsklarheit — abgesehen von den beiden Ausnahme-

³ Vgl. hierzu und zum Folgenden: BOEHMER, Grundlagen S. 44 ff. (47); ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Halbbd. S. 775 ff. (775/776), beide mit zahlreichen Literaturhinweisen.

⁴ BOEHMER, Grundlagen S. 47/48; LANGE, BGB S. 280; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Halbbd. S. 776. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I, Berlin 1888, S. 234, 235; Protokolle zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I, Berlin 1897, S. 174, 175; Protokolle Bd. II, Berlin 1898, S. 73-75 (74). RGZ 56, 194; 68, 175.

⁵ Nach BOEHMER, Grundlagen S. 47, 48, sind „die Normalituation des „Interessenkonflikts“ und die „Erfahrungstatsache des menschlichen Egoismus oder der menschlichen Parteilichkeit . . . das soziologische Anschauungsmaterial, das die Feder des Gesetzgebers geführt hat“, als er den § 181 BGB schuf. Er führt dann weiter aus (S. 48), es bestehe kein Zweifel, „daß die Vorschrift des § 181 einem sachlichen Gerechtigkeitsgedanken, nämlich der sittlichen Tendenz, eine Ausnutzung formaler Rechtsstellung zu eigennützigem oder parteilichen Zwecken zu verhüten“ ihr Dasein verdanke.

⁶ BOEHMER, Grundlagen S. 48; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Halbbd. S. 778; ferner Schrifttum und Rechtsprechung, die dort im Einzelnen angeführt sind.

latbeständen — generell und abstrakt jedes Selbstkontrahieren und jede Doppelvertretung, ohne Rücksicht darauf, ob beim Vertreter wirklich im Einzelfall eine Interessenkollision und damit die Gefahr eines Machtmissbrauchs besteht. Dieses Verbot gilt selbst dann, wenn die Interessen des Vertretenen und des Vertreters gleichgerichtet sind, ja sogar in dem Fall, daß das Geschäft für den Vertretenen durchaus vorteilhaft ist⁹. § 181 BGB läßt die Regel des Lebens, die generelle Möglichkeit, daß beim Selbstkontrahieren ein Interessenkonflikt und als dessen Folge ein parteiliches Verhalten des Vertreters eintritt, entscheidend sein, ohne die tatsächliche Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen. Er intendiert zwar formal mit der Verhinderung von Parteilichkeit und Eigennutz die Gerechtigkeit, kann aber im Einzelfall — wie BOEHMER¹⁰ treffend ausführt — einer materiell gerechten Lösung im Wege stehen¹¹.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 181 BGB ist nicht etwa die Nichtigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Da § 181 nur eine Beschränkung der Vertretungsmacht enthält, ist ein verbotswidriges Rechtsgeschäft eine Vollmachtsüberschreitung und nicht anders zu behandeln als ein Rechtsgeschäft, das ein Vertreter abgeschlossen hat, ohne vertretungsberechtigt zu sein: Es ist *schwebend unwirksam* und kann nach § 177 BGB genehmigt und damit wirksam gemacht werden¹².

⁹ Dies ist die beinahe einmütige Auffassung von Schrifttum und Rechtsprechung. Statt vieler: PALANDT, BGB § 181 Anm. 2; BOEHMER, Grundlagen S. 48, 66; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Halbbd. S. 776; a. A. z. B. LANGE, BGB S. 289, der bei fehlender Interessenkollision das Verbot des § 181 weichen lassen will. Ebenso 1891 § 181 in den beiden Ausnahmeständen das Selbstkontrahieren ausnahmslos zu, ungeachtet der Möglichkeit, daß im Einzelfall das Vertrauen des Vertretenen, der das Insichgeschäft „gestattete“, nicht berechtigt ist, oder daß bei der „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ ein ungetreuer Vertreter an sich selbst oder zum Schaden eines der Mehrvertretenen an den anderen Leistungen bewirken kann. S. BOEHMER, Grundlagen S. 48.

¹⁰ BOEHMER, Grundlagen S. 49, stellt zu der Tatsache, daß aus der vom Gesetzgeber ursprünglich geplanten „konkreten Schutznorm“ tatsächlich eine „abstrakte Ordnungsvorschrift“ wurde, resignierend fest: „Die Regel des Lebens hatte über die Anschauung der konkreten Falllage, das Bedürfnis der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit über das der materialen Gerechtigkeit, das ius strictum über das ius sequum gesiegt“.

¹¹ BOEHMER, Grundlagen S. 49, 40.

¹² Über die Beziehung von Befangenheit, Parteilichkeit und Unsachlichkeit zum Rechtsprinzip der Gerechtigkeit ist später, S. 48 ff., zu sprechen.

¹³ Dies ist in Theorie und Praxis anerkannt. Siehe: PALANDT, BGB § 181 Anm. 3; LANGE, BGB S. 291; BOEHMER, Grundlagen S. 50; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Halbbd. S. 780, 781; sowie das übrige bürgerlichrechtliche Schrifttum. Ferner: SÜRÉN-LOSCHELDER, DGO S. 375, 376; HAUSEISEN, Interessenkollision S. 776, 776. BGZ 51,4: 67,54 ff.; 68,40; 119,116.

II. Die gesetzliche Regelung des Handlungsverbots in den Gerichtsverfahrensgesetzen

Wie bereits oben in der Einleitung ausgeführt, ist es ein uraltes Postulat wahren Richtertums, daß der Richter als „Diener der Gerechtigkeit“ unbefangen, d. h. ohne Ansehen der Person und unbeeinflusst von unsächlichen Motiven bezüglich des Gegenstandes der Entscheidung sein Urteil zu sprechen habe¹³.

Diesem Postulat entsprechend enthalten die deutsche *Zivil- und Strafprozessordnung* generelle gesetzliche Regelungen darüber, wann den Richter wegen bestimmter Beziehungen zum Verfahrensgegenstand oder wegen bestimmter Beziehungen zu den vom Verfahren Betroffenen im Einzelfall ein *Handlungsverbot wegen Befangenheit* trifft. So zählt § 41 ZPO (und ebenso §§ 22, 23 StPO) eine begrenzte Reihe von Gründen auf, bei deren Vorliegen ein Richter von der Ausübung seines Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (*Ausschließungsgründe*), die ihn zum sog. „*iudex inhabilis*“ machen. Darüber hinaus gibt § 42 ZPO (und entsprechend § 24 StPO) den Parteien (bzw. dem Beschuldigten) durch eine Generalklausel das Recht, den Richter als befangen abzulehnen, wenn irgendein sonstiger „Grund“ vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen“ (*Ablehnungsgründe*)¹⁴. Auch kann der Richter sich selbst nach § 48 ZPO und § 30 StPO „ablehnen“, wenn er einen Ablehnungsgrund für vorliegend oder zweifelhaft hält. Ob das geltendgemachte Ablehnungsrecht oder die richterliche Selbstablehnung im Einzelfall tatsächlich begründet, der Richter also wirklich befangen ist, dieses festzustellen ist Aufgabe der nach dem

¹⁴ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 81: „Zudem ist gerade für das Gerichtsverfahren die Forderung, daß niemand Richter in eigener Sache sein soll, uralte.“ S. hierzu ferner JEBENS, Ausschließung S. 301.

Das Moment der richterlichen Unbefangenheit ist zu unterscheiden von dem rechtsstaatlichen Prinzip der sachlichen und persönlichen *Unabhängigkeit* des Richters. Hierbei handelt es sich um die „amtliche Unabhängigkeit“ des Richters „den Organen der übrigen ‚Gewalten‘ des Staates gegenüber, also insbesondere der Regierung und den Verwaltungsbehörden“ gegenüber (MENGER, System S. 46/47), wie sie auch in Art. 97 Grundgesetz zum Ausdruck kommt. Damit ist es irreführend, wenn COING, Oberste Grundsätze S. 80/81, für den Begriff Unbefangenheit den der Unabhängigkeit benutzt.

¹⁵ Das Gesetz hat sich insoweit jeder Grenzbestimmung enthalten, die Entscheidung hängt von der Individualität des Einzelfalles ab. S. JEBENS, Ausschließung S. 301.

¹⁶ Während die Vorschriften über die Ausschließung öffentlichrechtlich und unverzichtbar sind, kann eine Partei auf ihr Ablehnungsrecht verzichten; s. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 43 Anm. 1). Die Geltendmachung des Ablehnungsrechts wird unzulässig, falls eine Partei sich in die Gerichtsverhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen (§ 43 ZPO) oder wenn der Angeklagte im Strafprozeß ihn nicht bis zum Beginn des an seine Vernehmung zur Sache anschließenden Teiles der Hauptverhandlung vorgetragen hat (§ 25 StPO). Es wird in diesen Fällen unwiderleglich vermutet, daß die Partei oder der Angeklagte mit der Person des Richters einverstanden ist. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 43 Anm. 2)A.

Gesetz dafür zuständigen Gerichte¹⁴. Erklärt ein Gericht auf das Ablehnungsgesuch einer Partei oder die Anzeige des Richters selbst hin den Richter für befangen, so ist er ebenso wie beim Vorliegen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen¹⁵.

Die Ausschließung eines befangenen Richters ist von Amtes wegen zu beachten¹⁷. Der Richter darf nur noch unaufschiebbare Handlungen vornehmen¹⁶.

Die Vorschriften der ZPO und StPO über die Ausschließung und Ablehnung gelten nicht nur für den Richter selbst. Sie finden auch auf die sonstigen Gerichtspersonen¹⁸ Anwendung.

Wenn ein befangener Richter, obwohl er entweder kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen oder erfolgreich abgelehnt worden ist, eine Amtshandlung vornimmt, so bleibt diese zunächst *bedingt wirksam*¹⁹. Eine verbotswidrig ergangene Entscheidung unterliegt jedoch der *Aufhebung durch Rechtsmittel*²⁰; im Zivilprozeß besteht darüber hinaus — wenn die Entscheidung bereits rechtskräftig geworden ist — die Möglichkeit, Nichtigkeitsklage zu erheben oder Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen²¹.

Die generellen gesetzlichen Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Handlungsverbot bei Befangenheit (Ausschließung und Ablehnung) wirkten vorbildhaft auf die übrigen Gerichtsverfahrensgesetze. So lassen

¹⁴ §§ 43—48 (45, 48) ZPO; § 25—30 (27, 30) StPO. — Infoagedessen sind in den Kommentaren zu § 42 ZPO und § 24 StPO eine solche Vielzahl durch die Rechtsprechung erkannter Ablehnungsgründe aufgeführt: s. z. B. ROSENBERG, Befangenheit S. 214 ff. Andererseits sind manche Befangenheitsgründe umstritten, da die Feststellung der Befangenheit im Einzelfall häufig schwierig ist und die Ansichten über ihre Begründetheit auseinandergehen können. — Auf einzelne Befangenheitsgründe kann hier nicht eingegangen werden; dies wird auf Seite 65 ff. bei der Beschäftigung mit den Befangenheitsgründen im Verwaltungsverfahren geschehen.

¹⁵ ROSENBERG, Zivilprozeßrecht S. 89, 92. Wenn das Ablehnungsgesuch der Partei als unbegründet oder unzulässig abgewiesen wird, so kann diese gegen den Beschluß sofortige Beschwerde erheben (§§ 46, 569 ZPO; §§ 23, 304 StPO).

¹⁶ ROSENBERG, Zivilprozeßrecht S. 90.

¹⁷ § 47 ZPO, § 29 StPO; z. B. darf der Richter eine einstweilige Verfügung erlassen oder Beweis erheben, falls dessen Verlust droht usw. S. ROSENBERG, Zivilprozeßrecht S. 92.

¹⁸ Hierunter fallen im Strafprozeß Schöffen und Geschworene (§ 31 StPO); in beiden Prozeßarten Urkundsbeamte und Protokollführer (§ 49 ZPO, § 31 StPO). Schließlich können auch Sachverständige (§ 406 ZPO, § 74 StPO) und Schiedsrichter (§ 1032 ZPO) aus denselben Gründen abgelehnt werden wie ein Richter. Eine Ausschließung dieser Personen kennt das Gesetz jedoch nicht.

¹⁹ BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 1) C; SCHWARZ, StPO Anm. 2) A vor §§ 22 ff.

²⁰ § 551 Ziff. 2, 3 ZPO; § 338 Ziff. 2, 3 StPO. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 1) C; SCHWARZ, StPO Anm. 2) A vor §§ 22 ff.; ROSENBERG, ZPR S. 90.

²¹ §§ 579 Ziff. 2, 3 u. 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO.

§ 54 Verwaltungsgerichtsordnung²², §§ 46, 49 Arbeitsgerichtsgesetz und §§ 60, 171 Sozialgerichtsgesetz die §§ 41 ff. ZPO entsprechende Anwendung finden. Die §§ 18, 19 Bundesverfassungsgerichtsgesetz und § 93 Bundesdisziplinarordnung²³ enthalten eine eigene generelle gesetzliche Regelung. Ebenso finden sich im Gerichtsverfassungsgesetz generelle gesetzliche Bestimmungen über die Ausschließung des Gerichtsvollziehers (§ 153) und die Ausschließung und Ablehnung eines Dolmetschers (§ 191); im Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit über die Ausschließung eines Richters (§ 6) und über die Ausschließung von Richtern, Notaren, Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und Zeugen bei der Beurkundung (§§ 170, 171). Nach § 6 Abs. 2 FGG ist jedoch die Ablehnung eines Richters ausgeschlossen. Auch wird in § 7 dieses Gesetzes im Unterschied zu den übrigen angeführten Gesetzen ausdrücklich festgelegt, daß gerichtliche Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters nicht unwirksam sind. Nur eine Beurkundung ist nach § 171 FGG nichtig, wenn bei ihr ein Richter, Notar, Urkundsbeamter der Geschäftsstelle oder Zeuge mitgewirkt hat, zu dessen eigenen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen ist; ferner, wenn dessen Ehegatte, Verwandter oder Verschwägerter in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie durch eine solche Verfügung einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Die Regelung, die das FGG hinsichtlich des Handlungsverbots bei Befangenheit trifft, ist deshalb von besonderem Interesse, weil die freiwillige Gerichtsbarkeit ihrem Wesen nach teils Rechtsprechung, teils Verwaltung ist²⁴, einen Vergleich mit der Regelung des Handlungsverbots wegen Befangenheit im Verwaltungsverfahren mithin nahelegt²⁵.

²² Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 18 ff.). — Schon das preußische Verwaltungsgerichtsgesetz von 1875 (§ 33) erklärte die Bestimmungen der bürgerlichen Prozeßgesetze über Ausschließung und Ablehnung für „maßgebend“; s. JEBENS, Ausschließung S. 301. Eben solche Regelungen trafen: § 61 des preußischen LVG v. 1883; § 75 der thüring. LVO v. 1926. Ferner erklärten die Bestimmungen der ZPO über Ausschließung und Ablehnung für entsprechend anwendbar: § 13 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz v. 1952, § 17 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, § 38 der Militärregierungs-Verordnung Nr. 165, § 19 des rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsgesetzes; diese Gesetze und die genannte VO wurden wie die Verwaltungsgerichtsgesetze der übrigen deutschen Länder mit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. 1. 1960 am 1. 4. 1960 aufgehoben.

²³ Ausschließung von Disziplinarrichtern.

²⁴ BETTERMANN, Festschrift für Lent S. 24; LENT, Freiwillige Gerichtsbarkeit S. 10.

²⁵ Vgl. auch v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82.

1. Kapitel: Die gesetzliche Regelung des Handlungsverbots im Verwaltungsverfahren

§ 9. Mangel einer generellen gesetzlichen Regelung

Im Gegensatz zu den Gerichtsverfahrensgesetzen fehlt es an einem für die ganze Bundesrepublik Deutschland geltenden allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz und an einer in ihm enthaltenen einheitlichen und generellen gesetzlichen Regelung des Handlungsverbots bei Befangenheit. Ein solches Gesetz ist — soweit es nicht nur die Bundesverwaltung, sondern auch die Verwaltung der Länder betrifft — vom Bundesgesetzgeber schon aus dem Grunde nicht zu erwarten, weil ihm hierfür die Gesetzgebungskompetenz abgeht¹.

Aber auch die wenigen allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze, die von den deutschen Ländern früher oder in der Gegenwart entworfen wurden oder Geltung erlangten, entbehren einer solchen generellen Regelung des Handlungsverbots bei Befangenheit². So enthalten z. B. gar-

¹ Das Verwaltungsverfahren gehört nicht zum „gerichtlichen Verfahren“, für das Art. 74 Nr. 1 des Grundgesetzes die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes festlegt. Es handelt sich vielmehr um das Verwaltungsverfahren i. S. des Art. 84 Abs. 1 GG. Danach regeln die Länder — soweit es sich um die Ausführung von Bundesgesetzen als „eigene Angelegenheiten“ handelt (und dafür spricht nach Art. 83 GG die Vermutung) — grundsätzlich das Verwaltungsverfahren selbst, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen. Das Verwaltungsverfahren zur Ausführung von Landesgesetzen ist dem Bundesgesetzgeber vollständig entzogen. Vgl. hierzu: GIESE, Grundgesetz Art. 83 Erl. II i. u. Art. 84 Erl. II 1; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 96; BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 118/119.

² Der Grund dafür, daß die deutschen Länder weithin kein umfassendes und neuzeitliches allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz besitzen, liegt vor allem darin, daß das Verwaltungsverfahren keinen so einheitlichen Charakter aufweist wie das Gerichtsverfahren. Die meisten Versuche, ein solches Gesetz zu schaffen, scheiterten an der Schwierigkeit, für die mannigfaltigen verwaltungsrechtlichen Spezialgebiete (z. B. Steuer-, Versicherungs-, Haushalts-, Gewerbe-, Fürsorge-, Baurecht; Beschlusssachen, Ordnungsverwaltung usw.) allgemeingültige Verfahrensvorschriften aufzustellen. S. hierzu FRAUNGER, Verwaltungsverfahren S. 74; MERKL, Verwaltungsrecht S. 219; HERRNITT, Verwaltungsverfahren S. 2; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 95; ULE, Verwaltungsverfahren S. 59A. Über die Möglichkeit einer einheitlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens s. auch BETTERMANN, Verwaltungsverfahren S. 141 ff.; MELICHAR, Verwaltungsverfahren S. 209, 211 f.; DÜRIG-MALLMANN, Staatsrechtslehrertagung S. 292 f. Während BETTERMANN ein Einheitsverfahren für alle Verwaltungsweisse für unmöglich hält (S. 143), sieht MELICHAR das Problem der einheitlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens für „grundsätzlich lösbar“ an; divergierende Auffassungen, die auch in der Diskussion über das auf der Staatsrechtslehrertagung 1950 in Wien von BETTERMANN und MELICHAR behandelte Thema „Verwaltungsverfahren“ immer wieder auftauchten. — Zum Fehlen einer generellen Regelung des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren s. HAUERSEN, Interessenkollision S. 774; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82.

keine entsprechenden Bestimmungen; die in der Folgezeit mehrfach geänderte badische „Landesherrliche Verordnung, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend“, vom 31. 8. 1874³; die Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926⁴; die Entwürfe einer Verwaltungsrechtsordnung und eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg aus dem Jahre 1931⁵, welche im allgemeinen bis ins Einzelne sorgfältige Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts bieten; das Gesetz der Freien Hansestadt Bremen über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang in der Fassung vom 29. 10. 1934⁶ und schließlich das Landesverwaltungsgesetz für Baden-Württemberg vom 7. 11. 1955⁷.

Lediglich partielle Normierungen des Handlungsverbots bei Befangenheit für das Beschlußverfahren hatte das preußische Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883⁸ aufzuweisen, und zwar in § 30 über die „Behinderung“ des Regierungspräsidenten als Vorsitzenden des Bezirksausschusses, in § 59 für den Kreis- oder Stadtausschuß⁹, wenn bei einer in seinen Zuständigkeitsbereich gehörenden Angelegenheit die „betreffende Kreiskorporation (Stadtgemeinde) als solche beteiligt“ war und in § 113 bezüglich des „Betroffenseins“ von Mitgliedern der Beschlußbehörde. In Anlehnung an die in § 59 des preußischen LVG getroffene Normierung findet sich in dem preußischen Nachfolgeland Nordrhein-Westfalen eine entsprechende Teilregelung des Handlungsverbots bei Befangenheit für das Beschlußverfahren. Nach § 10 des Ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung vom 23. 7. 1957¹⁰ ist ein anderer Beschlußausschuß zuständig, wenn „die Körperschaft, von welcher der Beschlußausschuß gebildet ist, an dem Verfahren als Trägerin von privaten Rechten beteiligt“ ist. Entschieden weiter geht der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verwaltungsver-

³ GVBl. v. Baden Nr. XXXV S. 385.

⁴ Vgl. KNAUTH-WAGNER, Landesverwaltungsordnung für Thüringen, Weimar 1927.

⁵ Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931, Anhang: Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes. Lediglich in Art. 80 des Entwurfs der Verwaltungsrechtsordnung wird die Mitwirkung von kraft Gesetzes ausgeschlossenen Personen als wesentlicher Verfahrensmangel und damit als Widerruflichkeitgrund (nicht als Nichtigkeitgrund) bezeichnet. S. KOHLER, Grundrissen S. 181.

⁶ ObI. S. 111.

⁷ GB1. S. 225.

⁸ GS S. 192.

⁹ Die preußischen Kreis-, Stadt- und Bezirksausschüsse besaßen bei der Besorgung von Angelegenheiten der allgemeinen Landesverwaltung zuzusagen einen Januskopf. Ihre Tätigkeit war zweifacher Art: Einmal fungierten sie als Verwaltungsgerichte; zum anderen als Verwaltungs- und zwar Beschlußbehörden (§ 84 LVG). Hier interessiert nur das Handlungsverbot bei Befangenheit für das Beschlußverfahren als Verwaltungs- (nicht Verwaltungsstreit-) Verfahren. S. dazu i. E. JEBENS, Ausschließung S. 303, 304; 321 bis 323; v. BITTER, Handwörterbuch S. 289.

¹⁰ GVBl. 1957 S. 189 ff. (194). — Dieses Gesetz trat an die Stelle der VO über die Zuständigkeit in Beschlußsachen in Nordrhein-Westfalen v. 23. 6. 1948 (GVBl. S. 197).

fahrens im Lande Niedersachsen vom 21. 9. 1954¹¹, der in § 5 nicht nur für die Beschlußbehörden, sondern für alle Verwaltungsbehörden die Bestimmung einer anderen Behörde vorsieht, sofern „die an sich zuständige Behörde eine Gebietskörperschaft vertritt, die in eigener Sache als Trägerin von privaten Rechten oder freiwilligen Aufgaben beteiligt ist, oder aus sonstigen Gründen in einem Einzelfall rechtlich oder tatsächlich verhindert ist“. Derselbe Entwurf zählt in § 20 eine Reihe von Befangenheitsgründen auf, bei deren Vorliegen die Mitglieder eines Beschlußausschusses ausgeschlossen sind¹². Ferner nennt § 7 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2. 10. 1958¹³ verschiedene Befangenheitsgründe, durch die derjenige, der „ein öffentliches Amt wahrnimmt“, vom Tätigwerden ausgeschlossen wird. Dagegen ist diesem Gesetz eine Regelung des Handlungsverbots bei Befangenheit für Subjekte öffentlicher Verwaltung fremd.

§ 10. Gesetzliche Einzelregelungen

Wegen des aufgezeigten weithin bestehenden Mangels an umfassenden allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder sind die Verfahrensnormen — zumeist nur bruchstückhaft — in der unübersichtlichen Fülle der Spezialgesetze für die einzelnen Verwaltungsgebiete zu finden. Der Vielzahl verwaltungsrechtlicher Spezialgesetze entspricht also in der

¹¹ Landtagsdrucksache 1572 (1954). In der Begründung des Entwurfs, die der Drucksache als Anlage beigelegt ist, heißt es zu § 5 auf S. 3379: „§ 5 . . . gibt auch dem rechtsstaatlichen Gedanken Ausdruck, daß zur Wahrung des Ansehens der Behörden Interessenkollisionen vermieden werden müssen“.

¹² Zu § 20 heißt es in der Begründung des Entwurfs auf S. 3383: „Die rechtliche Ausgestaltung der Ausschließungsgründe lehnt sich, da es sich bei den Beschlußausschüssen um Organe der Kreise und Städte handelt, den bewährten Regelungen der Gemeindeordnungen (z. B. § 25 der revidierten DGO) für die ehrenamtliche Tätigkeit der Einwohner an“. — Bisher gilt in Niedersachsen noch die VO über die Zuständigkeit in Beschlußsachen v. 14. 6. 1948 (GVBl. S. 67) und die Mustergeschäftsordnung für die Beschlußausschüsse in den Stadt- und Landkreisen Niedersachsens vom 9. 7. 1948 (Amtsblatt für Niedersachsen S. 184). — In Schleswig-Holstein wurde das Gesetz über die Neuregelung des Beschlußverfahrens v. 15. 6. 1948 (GVBl. S. 151) und am 27. 11. 1951 ein weiteres Gesetz über die Neuregelung des Beschlußverfahrens (GVBl. S. 199) erlassen. — Auch in der französischen und sowjetischen Besatzungszone ist das Beschlußverfahren in ähnlicher Form wieder eingeführt worden, hingegen nicht in der amerikanischen Zone. Vgl. dazu: v. TUREGG, Verwaltungsrecht S. 182 ff.; WOLFF, Beschlußausschüsse S. 291. — In den angeführten Gesetzen und Verordnungen der heutigen Länder handelt es sich nicht mehr um das verwaltungsgerichtliche, sondern nur noch um das verwaltungsbehördliche Beschlußverfahren. Die in einem von einem Beschlußausschuß eingeleiteten Verwaltungsverfahren ergehenden Kollegialbeschlüsse tragen den Charakter von Verwaltungsakten, „während sonst Verwaltungsakte in Ausführung und nach Maßgabe der Beschlüsse der Vertretungskörperschaften durch Amtswalter der Exekutive erlassen werden.“ S. WOLFF, Beschlußausschüsse S. 291 Anm. 1, S. 303.

¹³ GVBl. Nr. 60 S. 951.

Regel eine ebenso große Zahl verschiedener Verwaltungsverfahrenarten¹⁴.

Eine der Konsequenzen dieser Zersplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts ist es, daß eine ganze Reihe gesetzlicher Einzelregelungen über das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren bestehen. Dazu treten gesetzliche Sonderbestimmungen, die für bestimmte Amtswalter ein Handlungsverbot treffen¹⁵.

Nach dem heutigen Gesetzgebungsstand¹⁶ kommen im Einzelnen folgende gesetzliche Bestimmungen in Betracht:

§§ 1, 59, 177 Bundesbeamtengesetz v. 14. 7. 1953¹⁷ für die Beamten und Ehrenbeamten des Bundes sowie der der Aufsicht des Bundes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts; die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen der Beamtengesetze der Länder¹⁸ für die Beamten und Ehrenbeamten¹⁹ der Länder, Gemeinden,

¹⁴ S. MERKL, Verwaltungsrecht S. 219; HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 2; ULE, Verwaltungsverfahren S. 398; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 95; „Davon abgesehen ist es das Verdienst von Rechtsprechung und Rechtslehre, diejenigen verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen entwickelt zu haben und weiterhin zu entwickeln bei deren Mißachtung Verwaltungsakte fehlerhaft sind . . . Insoweit ist also aus den Fehlern abzulesen, was zu tun oder zu lassen den Verwaltungsbehörden in verfahrensrechtlicher Beziehung geboten ist“.

¹⁵ Eine inzwischen unvollständig gewordene Aufzählung bringt HAUZEISEN, Interessenkollision S. 774.

¹⁶ Ein historischer Hinweis auf die verwaltungsrechtlichen Gesetze, die in Preußen ein Handlungsverbot bei Befangenheit festlegten, findet sich bei: JEBENS, Ausschließung S. 301 ff., 321 ff.; v. BITTER, Handwörterbuch S. 140, 210, 432; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 367, 368. Danach sind z. B. zu nennen: § 44 der Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen vom 30. 5. 1853 für die Stadtverordneten; § 41 der Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. 5. 1856 für die Stadtverordneten; § 1 der VO vom 20. 9. 1867 zum Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850 für Polizeibeamte; §§ 57 Abs. 2, 122, 139 der Kreisordnung vom 13. 12. 1872 für die Amtsvorsteher und Mitglieder der Kreistage und Kreisausschüsse; § 54 der Provinzialordnung vom 29. 6. 1875 für die Mitglieder des Provinzialausschusses; ferner nach JEBENS: § 13, 22 des Kompetenzgesetzes von 1876, § 48 des Organisationsgesetzes von 1880 und schließlich die bereits genannten §§ 30, 59, 115 LVG von 1883. Aus diesen noch recht unvollkommenen Bestimmungen ergibt sich, daß das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren im Laufe der Jahre eine immer eingehendere gesetzliche Berücksichtigung gefunden hat.

¹⁷ BGBl. I S. 551.

¹⁸ So §§ 1, 70 Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen v. 15. 6. 1954 (GVBl. S. 237); §§ 1, 5 Beamtengesetz von Rheinland-Pfalz i. d. Fassung v. 26. 4. 1951 (GVBl. S. 114); § 75 Beamtengesetz für das Land Schleswig-Holstein v. 19. 3. 1956 (GVBl. S. 19); § 28 Landesbeamtengesetz von Berlin v. 24. 7. 1952 (BGBl. Nr. 53 S. 603); Art. 17 des Bayerischen Beamtengesetzes v. 28. 10. 1946 (GVBl. 1946 S. 250 ff.); § 13 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst des Landes Hessen i. d. Fassung v. 11. 11. 1954 (GVBl. 1954 S. 230 ff.), das für Beamte und Angestellte ein Handlungsverbot bei Befangenheit trifft. In den Hansestädten Hamburg und Bremen gelten Neufassungen des Deutschen Beamtengesetzes von 1937, § 59 des Bundesbeamtengesetzes und die entsprechenden Regelungen der Länderbeamtengesetze sind an die Stelle des früheren § 5 des Deutschen Beamtengesetzes v. 26. 1. 1937 (RGBl. I S. 39) getreten.

¹⁹ Die entsprechende Anwendung der Vorschrift über das Handlungsverbot bei Befangenheit auf Ehrenbeamte ist z. B. festgelegt in § 185 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen.

Gemeindeverbände und der sonstigen der Aufsicht der Länder unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts;

die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen der Gemeindeordnungen der Länder²⁰ für die ehrenamtlich tätigen Bürger und die Träger eines Ehrenamtes²¹, die Mitglieder der Magistrate und Gemeindeparlamente²² sowie zum Teil für die hauptamtlichen Bürgermeister oder Gemeindegeldverwalter und Beigeordneten²³,²⁴;

§ 122 Reichshaushaltsordnung vom 31. 12. 1922 für die Beamten des Bundesrechnungshofes²⁵;

die entsprechenden Bestimmungen der Gesetze über die Landesrechnungshöfe für die Beamten der Landesrechnungshöfe²⁶;

§ 17 der Reichsnotarordnung vom 13. 12. 1937 über die „Ausschließung“ von Notaren bei der Urkundstätigkeit²⁷;

§§ 67 bis 70 der Reichsabgabenordnung für „Amtsträger“ und Steuer-ausschußmitglieder²⁸;

²⁰ Diese traten an die Stelle des § 29 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935.

²¹ So § 18 GO für Baden-Württemberg v. 23. 7. 1955 (GVBl. S. 129); Art. 49 GO für den Freistaat Bayern v. 25. 1. 1952 i. d. Fassung der Gesetze v. 26. 1. 1954 (GVBl. S. 301) und 27. 7. 1955 (GVBl. S. 159); § 15 Verfassung für die Stadt Bremerhaven v. 4. 11. 1947 (GVBl. S. 391); § 33 Gesetz über die Bezirksverwaltung der Hansestadt Hamburg v. 21. 9. 1949 (GVBl. S. 223); § 25 Hessische GO v. 23. 2. 1952 (GVBl. S. 11); § 26 Nieders. GO v. 4. 3. 1955 (GVBl. S. 55); § 21 GO für das Land Nordrhein-Westfalen v. 21. 10. 1952 (GVBl. Nr. 57 S. 283); § 22 GO f. Schleswig-Holstein v. 24. 1. 1950 (GVBl. S. 25). Eine Sammlung der Gemeindeordnungen der Länder enthält LOSCHOLDER, Gemeindeordnungen.

²² S. z. B. § 30 GO für Nordrhein-Westfalen; Art. 49 GO für den Freistaat Bayern; § 15 Verfassung für die Stadt Bremerhaven; § 35 Hessische GO; § 35 GO von Rhld.-Pfalz v. 5. 10. 1954; § 32 GO für Schl.-Holstein.

²³ So schon § 38 DGO von 1935; s. ferner z. B. § 52 GO für Baden-Württemberg.

²⁴ Die Vorschriften der GOen über das Handlungsverbot bei Befangenheit finden i. d. R. entsprechende Anwendung für die übrigen kommunalen Gebietskörperschaften. S. z. B. §§ 2, 6 der Amtsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 10. 3. 1951 (GVBl. S. 218); §§ 18, 22 der Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 21. 7. 1953 (GVBl. S. 305); eine entsprechende Regelung trifft ferner § 15 der Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 12. 5. 1953 (GVBl. S. 271). S. hierzu auch RITTEL, Interessenkollision S. 23; BOCHALLI, Landesbeamtengesetz S. 131.

²⁵ Nach § 2 des Gesetzes über Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes v. 27. 11. 1950 (BGBl. S. 765) sind die Vorschriften der Reichshaushaltsordnung weiterhin in Geltung.

²⁶ S. SCHULZE-WAGNER, Reichshaushaltsordnung S. 845; z. B. § 8 Ziff. 5 des Gesetzes über die Errichtung eines Landesrechnungshofes und die Rechnungslegung im Lande Nordrhein-Westfalen v. 5. 4. 1948 (GVBl. S. 129).

²⁷ Einige Erweiterungen der Befangenheitsgründe bringt § 12 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung über die Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts v. 20. 2. 1954, Bundestaatsdruckache 219 der 3. Wahlperiode.

²⁸ Die Regelungen, welche die Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 1911 und das Anwaltsvereinsgesetz v. 23. 5. 1934 über das Handlungsverbot bei Befangenheit trafen (§§ 23, 1671, 1641 - 1648, 1679, 1698, 1701, 1771, 1789, 1889 RVO und §§ 293 - 297, 261, 273, 285, 287, 299 AVG) sind inzwischen durch das Sozialgerichtsgesetz v. 3. 9. 1953 (§ 213) aufgehoben worden.

schließlich §§ 49, 50 des Gesetzes über die Ordnungswidrigkeiten vom 25. 3. 1952 für Beamte, die zuständig sind, am Erlaß eines Bußgeldbescheides mitzuwirken.

Alle diese genannten Bestimmungen enthalten eine Skala der Befangenheitsgründe von sehr unterschiedlichem Umfang²⁹.

§ 11. Lücken der gesetzlichen Regelung

Bei einer Untersuchung der im Vorhergehenden genannten verwaltungsgesetzlichen Quellen zeigt es sich, daß die Frage, wieweit für die in den verschiedenen Verwaltungsverfahrenszweigen (tätig werdenden Amtswalter und für die Subjekte öffentlicher Verwaltung ein Handlungsverbot wegen Befangenheit besteht, teilweise unbeantwortet bleibt³⁰.

Während für einen bestimmten Kreis von Amtswaltern — wenn auch nach Bund, Ländern oder Verwaltungsgebieten mehr oder weniger unterschiedlich — allgemein ein solches Verbot gesetzlich statuiert ist³¹, so fehlt es für andere, nämlich die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes fast vollständig³². Auch verbietet kein Bundes- oder Landesgesetz allgemein juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen, bei Befangenheit tätig zu werden³³. Eine derartige Regelung findet sich bisher nur für die Beschlußbehörden z. B. im Lande Nordrhein-Westfalen³⁴.

In dieser Situation bietet sich der § 7 des österreichischen Allgemeinen

²⁹ So führt z. B. die GO von Baden-Württemberg dreizehn, die GO von Bayern sieben und die Verfassung der Hansestadt Hamburg fünf Befangenheitsgründe auf.

³⁰ Vgl. auch HAUKEISEN, Interessenkollision S. 774, dessen Ausführungen allerdings z. T. überholt sind; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 196.

³¹ Z. B. für die Beamten in Bund und Ländern sowie in Gemeinden, Gemeindeverbänden und den sonstigen der Aufsicht des Staates unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts; ferner z. B. für die ehrenamtlich tätigen Bürger in den Gemeinden.

³² Ein Handlungsverbot auch für Angestellte besteht z. B. in Hessen nach § 13 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst v. 1954; ferner betrifft das in §§ 87 ff. RABGO festgelegte Handlungsverbot bei Befangenheit alle „Amtsträger“, d. h. jede Person, die, auch ohne Beamter zu sein, dazu berufen ist, obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen. Es umfaßt also auch die Angestellten; s. GROBER, Steuerrecht S. 1010; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 324. Dasselbe gilt für § 7 berl. VVG von 1953 („Wer ein öffentliches Amt wahrnimmt, darf nicht tätig werden . . .“).

³³ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84. Nach HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 51 Anm. 4, kennt das tschechoslowakische Verwaltungsrecht die Ablehnung ganzer Behörden.

³⁴ § 10 des Ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung v. 23. 7. 1957; vgl. auch § 5 Nds. VVG v. 21. 9. 1954.

Verwaltungsverfahrensgesetzes v. 21. 7. 1925²² als Vorbild an²³. Er spricht ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit aus für alle Verwaltungsgebiete und alle „Verwaltungsorgane“. Verwaltungsorgane im Sinne dieser Vorschrift sind alle durch Ernennung oder vertragsmäßige Bestellung mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung betrauten natürlichen Personen, die in irgendeiner Art, als Glieder einer bürokratisch oder kollegial eingerichteten Behörde, an Amtshandlungen mitzuwirken berufen sind. Darunter fallen die Amtswalter des Bundes und der Länder sowie die ihnen unterstellten Amtswalter, ferner die Mitglieder der Gemeindevertretungen in Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung, amtliche Sachverständige (§ 53 österr. AVG) usw.²⁴. § 7 des österreichischen AVG sieht indes ebenfalls kein Handlungsverbot für juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen vor²⁵.

§ 12. Analoge Anwendung der ein Handlungsverbot festlegenden Gesetze

Da das österreichische AVG für den deutschen Rechtsbereich keine Geltungskraft besitzt, fragt es sich, ob die bestehenden verwaltungsrechtlichen Lücken mit Hilfe der Analogie zu anderen Rechtsätzen ausgefüllt und damit das Handlungsverbot bei Befangenheit auch auf diejenigen Amtswalter und auf solche Subjekte öffentlicher Ver-

²² Österr. BGBl. Nr. 274, neu verlautbart durch Kundmachung der österreichischen Bundesregierung v. 23. 5. 1950 (österr. BGBl. Nr. 42 v. 31. 3. 1950 S. 172). § 7;

(1) Verwaltungsorgane haben sich der Ausübung ihres Amtes zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen:

1. in Sachen, an denen sie selbst, der andere Ehegatte, ein Verwandter oder Verschwägerter in auf- oder absteigender Linie, ein Geschwisterkind oder eine Person, die noch näher verwandt oder in gleichem Grade verwägert ist, beteiligt sind;
2. in Sachen ihrer Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder, ihres Mündels oder Pflegebefohlenen;
3. in Sachen, in denen sie als Bevollmächtigte einer Partei bestellt waren oder noch bestellt sind;
4. wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen;
5. im Berufungsverfahren, wenn sie an der Erlassung des angefochtenen Bescheides in unterer Instanz mitgewirkt haben.

(2) Bei Gefahr im Verzuge hat, wenn die Vertretung durch ein anderes Verwaltungsorgan nicht sogleich bewirkt werden kann, auch das befangene Organ die unaufschiebbaren Amtshandlungen vorzunehmen.

²³ S. auch FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 106.

²⁴ MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 47; HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 50; MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 83, 84; ADAMOVIČ, Handbuch S. 217.

²⁵ S. Entscheidung des österr. BGH v. 4. 6. 1936 in: MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 635.

waltung erstreckt werden kann, für die keine diesbezügliche gesetzliche Bestimmung existiert²⁶.

Unter Analogie versteht die herrschende Lehre die ausdehnende Anwendung der aus einem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf nicht gesetzlich geregelte „rechtsähnliche oder wesensgleiche“ Fälle, d. h. auf Sachverhalte, die ihrer Interessenlage nach von den im Gesetz entschiedenen gar nicht oder nur unwesentlich abweichen. Dabei unterscheidet man *Gesetzesanalogie*, wenn der Grundgedanke eines einzelnen Rechtsatzes auf einen rechtsähnlichen oder wesensgleichen Fall angewendet wird, und *Rechtsanalogie*, wenn aus einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften durch „Induktionschluß“ allgemeine Prinzipien entwickelt und auf rechtsähnliche oder wesensgleiche Fälle angewendet werden²⁷.

Ausgehen ist bei der Analogie vom Begriff des *Rechtssatzes*. Dieser setzt sich zusammen aus Tatbestand und Rechtsfolge²⁸. Es ist nun charakteristisch für die Analogie, daß die Tatbestandsseite des analog anzuwendenden Rechtssatzes modifiziert wird, indem einige Tatbestandselemente durch andere Momente ersetzt werden, welche dem Sachverhalt entnommen werden, auf den der Rechtssatz analoge Anwendung finden soll. Dagegen wird die Rechtsfolgeseite unverändert auf den rechtsähnlichen oder wesensgleichen Fall angewendet²⁹.

Zunächst könnte an eine analoge Anwendung der das Handlungsverbot bei Befangenheit generell regelnden *Vorschriften der Gerichtsverfahrensgesetze* auf die Tätigkeit der Amtswalter der Verwaltung gedacht werden³⁰.

Ein solcher Analogieschluß verbietet sich jedoch aus der unterschiedlichen Stellung und Tätigkeit von Gerichtspersonen und Amtswaltern der

²⁶ Analogie ist nur innerhalb derselben Rechtsordnung möglich. Daher entfällt eine analoge Anwendung des § 7 österr. AVG im deutschen Rechtsbereich. Er ist höchstens als guter, vorbildlicher Ausdruck eines Rechtsgedankens anzusehen.

²⁷ Vgl. z. B. del VECCHIO, Grundprinzipien S. 14 - 18; STAUDINGER, BGB, Allg. Teil Bd. I S. 19 ff.; SCHACK, Analogie S. 278; ENNECERUS-NIPPERDEY, Allgemeines Teil des bürgerlichen Rechts 1. Halbbd. S. 209 ff.; MENDER, System S. 68.

²⁸ RADBRUCH, Rechtsphilosophie S. 129; WOLFF, Unterschied S. 208; ders., Rechtsgrundsätze S. 43; ders., Verwaltungsrecht § 24 II b.

²⁹ MENDER, System S. 68 ff.

³⁰ So LABAND, Staatsrecht S. 456. S. auch JEBENS, Ausschließung S. 324, der nicht unterscheidet zwischen Analogie und der Anwendung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Allgemeine Rechtsgrundsätze (ungeschriebenes Recht) können erst dann angewendet werden, wenn die Analogie als Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken nicht verwendet werden kann. S. hierzu MENDER, System S. 68 ff. (S. 72): „Von der Analogie unterscheidet sich die Herausarbeitung und Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes dadurch, daß hier Tatbestands- und Rechtsfolgeseite in ihrer Struktur festliegen.“

Verwaltung⁴⁴, die wiederum auf der grundlegenden Zweckverschiedenheit von Gerichts- und Verwaltungsverfahren beruhen. Das Gerichtsverfahren, das im Gegensatz zum Verwaltungsverfahren von unabhängigen und in der Regel unbeteiligten Organen wahrgenommen wird, dient — unter Anwendung des geltenden Rechts — der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen; es bezieht sich stets auf einen konkreten, individuellen Sachverhalt. Das Verwaltungsverfahren hingegen, das „nur ausnahmsweise und vorläufig stellvertretend einen abgeschlossenen Sachverhalt“ zum Gegenstand hat⁴⁵, ist stets auf das Interesse der Gesamtheit, auf die Gestaltung der Sozialordnung, also auf „überindividuelle Lebenssachverhalte“ ausgerichtet⁴⁶. Aus diesem dynamischen, in die Zukunft weisenden Charakter des Verwaltungshandelns versteht es sich auch, daß ihm im Unterschied zu den gerichtlichen Entscheidungen die materielle Rechtskraft in aller Regel fremd ist und daß gleiche Sachverhalte zu verschiedenen Zeitpunkten völlig unterschiedlich behandelt werden können.

Ferner bestehen große Bedenken dagegen, die Rechtsfolgen, die nach den Gerichtsverfahrensgesetzen beim Vorliegen von Befangenheit eintreten, auch für Walter anderer Ämter unverändert zu übernehmen. Wenn den Betroffenen des Verwaltungsverfahrens ein förmliches Ablehnungsrecht gegenüber den befangenen Amtswaltern gewährt würde, so führte dies zu unerträglichen Schwierigkeiten, stellenweise, z. B. in kleineren Verwaltungsbezirken, sogar zu einer Lahmlegung der Verwaltungstätigkeit⁴⁷.

Schließlich würde auch eine analoge Anwendung der das Handlungsverbot bei Befangenheit enthaltenden Justizverfahrensvorschriften — wollte man sie trotz allem für zulässig halten — kein generelles Hand-

⁴⁴ KOMORZYNSKI-OSZCZYNSKI, Verwaltungsverfahren S. 33, 34; MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 221, bezweifeln ebenfalls die Zulässigkeit eines solchen Analogieschlusses. — Dagegen ist MENGER, System S. 74, zuzustimmen, wenn er die analoge Anwendung von Vorschriften der Gerichtsverfahrensgesetze im Verwaltungstreitverfahren für unbedenklich hält.

⁴⁵ WOLFF, Verwaltungsrecht § 46 vor I; s. auch ebendort, § 19 I b) 3 und § 19 I e). An der letztgenannten Stelle heißt es: „Ebenso sind die Entscheidungen über einfache und förmliche Beschwerden und Rekurse keine Entscheidungen rechtlicher Streitigkeiten. Denn hier macht der Betroffene von der in seinem und im Interesse der Behördenkontrolle gegebenen Möglichkeit Gebrauch, die ganze Angelegenheit auf eine höhere Instanz zu neuer Entscheidung zu verlagern (Devolutiveffekt). Nicht aber wird mit der erstscheidenden Behörde über deren Entscheidung vor der Beschwerdebehörde als einem unbeteiligten Dritten gestritten“.

⁴⁶ MERKL, Verwaltungsrecht S. 218; HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 3 ff.; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 5 f.; WOLFF, Verwaltungsrecht § 46 vor I.

⁴⁷ S. z. B. KOMORZYNSKI-OSZCZYNSKI, Verwaltungsverfahren S. 34; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 55; MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 221. — Näheres zum Ablehnungsrecht s. u. S. 100 ff.

lungsverbot auch für die Subjekte öffentlicher Verwaltung bringen, da sie kein entsprechendes Verbot für ein ganzes Richterkollegium oder Gericht kennen, das auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen analog angewandt werden könnte⁴⁸. Vielmehr halten Schrifttum und Rechtsprechung übereinstimmend eine Ausschließung oder Ablehnung ganzer Richterkollegien oder Gerichte für unzulässig⁴⁹.

Da eine analoge Anwendung des in den Gerichtsverfahrensgesetzen bestehenden Handlungsverbots bei Befangenheit auf die Amtswalter und Subjekte öffentlicher Verwaltung ausscheidet, bleibt zu überlegen, ob das für bestimmte Amtswalter und Subjekte öffentlicher Verwaltung gesetzlich festgelegte Handlungsverbot geeignet ist, auf die übrigen analog angewandt zu werden, für die ein solches gesetzliches Verbot nicht vorhanden ist.

In Frage käme eine analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen der Beamtengesetze des Bundes und der Länder⁵⁰.

Ein derartiger Analogieschluß ist jedoch nur insoweit möglich, als es sich bei denjenigen, auf die das Handlungsverbot der Beamtengesetze analoge Anwendung finden soll, um natürliche Personen handelt. Denn in den Beamtengesetzen sind auch nur Menschen angesprochen, welche als „Organ- bzw. Amtswalter die in einem Organ bzw. in einem Amt institutionell zusammengefaßten Zuständigkeiten wahrzunehmen haben“⁵¹. So bestehen keine Bedenken, auf die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes und alle übrigen natürlichen Personen, sofern sie wie Beamte zuständig sind, hoheitliche Funktionen auszuüben, und sofern für sie kein besonderes gesetzlich postuliertes Handlungsverbot besteht, das in den Beamtengesetzen geregelte Handlungsverbot analog anzuwenden. Der Unterschied, daß Beamte durch Ernennung, Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes durch vertragsmäßige Bestellung mit Verwaltungsfunktionen betraut worden sind, kann in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung sein. Entscheidend ist vielmehr, daß an die wesensgleiche Tätigkeit von Beamten, Angestellten und Arbeitern

⁴⁸ S. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.

⁴⁹ S. z. B. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. 1 A und Überblick vor § 41; ROSENBERG, Zivilprozeßrecht S. 90; ferner HATSCHKE-KURTZIG, Verwaltungsrecht S. 375; v. BITTER, Handwörterbuch S. 5; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84 u. a. m.

RG in: JW 35, 2894 (st. Rspr.); OVG 39, 449 ff. (451); 40, 5 ff. (9); 58, 403; OVG in PrVBl. 30. Jahrgg. S. 717.

⁵⁰ HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776, vertritt eine analoge Anwendung des zu jener Zeit noch geltenden § 25 DGO, da das, was in der Gemeindeverwaltung rechtens sei, sinngemäß auch für andere Verwaltungen gelten müsse. Auch HAUZEISEN unterscheidet dabei wie JEBENS, Ausschließung S. 324, nicht zwischen Analogie und der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze.

⁵¹ Zur Terminologie s. WOLFF, Verwaltungsrecht § 4 II c).

des öffentlichen Dienstes sowie von anderen natürlichen Personen auch die gleichen Anforderungen zu stellen sind⁴⁹.

Es bleibt schließlich zu untersuchen, ob mit Hilfe der Analogie auch für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie für juristisch nicht personalisierte Behörden oder Dienststellen ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit festgestellt werden kann.

Ebenso wie es im Gerichtsverfahrensrecht unzulässig ist, von der Möglichkeit der Befangenheit natürlicher Personen auf eine entsprechende Möglichkeit der Befangenheit ganzer Richterkollegien oder Gerichte zu schließen, dürfte es auch für das Verwaltungsverfahren nicht statthaft sein, das für natürliche Personen bestehende Handlungsverbot ohne weiteres auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen zu übertragen.

Gesetzlich statuiert ist ein derartiges Verbot bisher nur für einen eng begrenzten Teil von Behörden, nämlich für die Beschlüßausschüsse in einigen Ländern, z. B. Nordrhein-Westfalen⁵⁰. Man könnte vielleicht an eine analoge Anwendung dieses Handlungsverbots auf andere kollegiale Behörden dieser Länder denken. Unzulässig aber ist jedenfalls eine analoge Anwendung auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen des Bundes und der übrigen Länder, für die keine entsprechenden Vorschriften bestehen. Denn für den Raum ihrer Gesetzgebungshoheit gibt es keine gleichartigen Rechtsätze, die für einen solchen Analogieschluß geeignet wären.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß auf dem Boden des geschriebenen positiven Rechts — auf dem sich auch die Analogie bewegt⁵¹ — ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit, das für alle Amtswalter und Subjekte öffentlicher Verwaltung gilt, nicht festzustellen ist.

⁴⁹ Infolgedessen besteht auch das in §§ 67 ff. RAbGO festgelegte Handlungsverbot für jede Person, die, auch ohne Beamter zu sein, dazu berufen ist, obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen. S. GROBER, Steuerrecht S. 1010. Desgleichen trifft § 13 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienste des Landes Hessen v. 11. 11. 1954 ein Handlungsverbot für „Bedienstete“, worunter Beamte und Angestellte zu verstehen sind. S. auch § 7 berl. VVG von 1958.

⁵⁰ S. S. 25.

⁵¹ S. z. B. MENDER, System S. 72.

2. Kapitel:

Das ungeschriebene Recht als Rechtsquelle des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren

Das teilweise negative Ergebnis der bisherigen Untersuchungen führt zu der Frage, ob sich ein Handlungsverbot für befangene Amtswalter, juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden und Dienststellen aus dem ungeschriebenen Recht als Rechtsquelle ergibt und ob damit tatsächlich für sie alle ein Handlungsverbot bei Befangenheit besteht.

Als ungeschriebene Rechtsquellen kommen das Gewohnheitsrecht sowie die allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze in Betracht.

§ 13. Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle?

Nach H. J. WOLFF¹ entsteht Gewohnheitsrecht dann, „wenn ein bestimmtes Verhalten, ohne hoheitlich geboten zu sein, von den Beteiligten in der Überzeugung rechtlicher Gebotenheit oder Gewährung lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein geübt wird“ und „wenn eine derartige Gewohnheit in einem verpflichtenden oder berechtigenden (ungeschriebenen) Rechtssatz formulierbar ist“.

¹ WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 III a). — Das Gewohnheitsrecht ist im deutschen Privatrecht als Rechtsquelle allgemein anerkannt: Vgl. ENNECERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I. Halbband S. 156 ff., mit zahlreichen Literaturhinweisen. Hier wird (S. 156) Gewohnheitsrecht definiert als „das ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht“. Auch im Völkerrecht wird das Gewohnheitsrecht allgemein als Rechtsquelle bezeichnet: Vgl. z. B. LAUN, Allgemeine Rechtsgrundsätze S. 117, 118; VERDROSS, Völkerrecht S. 107 ff.

Im deutschen Verwaltungsrecht ist dies auch herrschende Lehre: Vgl. in neuerer Zeit vor allem: v. KOHLER, Grundlehren S. 80 f.; LAFORET, Verwaltungsrecht S. 188 f.; Walter, JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 123 ff.; PETERS, Verwaltung S. 79 f.; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 122 ff., mit zahlreichen Literaturhinweisen. — Auf die entgegengesetzte Lehrmeinung, daß die Entstehung neuen Gewohnheitsrechts im Verwaltungsrecht ausgeschlossen sei, wie sie vor allem von Otto MAYER, Verwaltungsrecht I, Bd. S. 130 ff., und in Anlehnung an ihn neuerdings auch von v. TUREGG, Verwaltungsrecht S. 59, vertreten wird, sowie auf die Auffassung von MERKL, Verwaltungsrecht S. 104/105, Gewohnheitsrecht erlange nur kraft gesetzlicher Zulassung, also nicht aus eigener Kraft Rechtsverbindlichkeit, kann hier nicht näher eingegangen werden. Es sei insoweit verwiesen auf FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 122 ff., der diese Lehrmeinungen überzeugend widerlegt, indem er einerseits wie auch MERKL, a. a. O. S. 105, in der Frage des Gewohnheitsrechts eine Ausnahmestellung für die öffentliche Verwaltung ablehnt und andererseits nachweist (S. 123 f.), daß Otto MAYER seine Ablehnung des Gewohnheitsrechts nur in der Terminologie, nicht aber in der Sache hat durchführen können.

Dementsprechend wäre ein Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen dann als ein auf dem Gewohnheitsrecht beruhender ungeschriebener Rechtsatz zu kennzeichnen, wenn es zumindest von den zuständigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Verwaltungsbehörden oder -dienststellen „in der Überzeugung rechtlicher Gebotenheit lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein“ befolgt worden wäre. Das Bestehen eines solchen Gewohnheitsrechtsatzes kann jedoch nicht nachgewiesen werden².

Nicht einmal dort, wo wie in Preußen nach § 59 LVG für die Beschlußbehörden, einen verschwindend kleinen Teil der genannten Subjekte öffentlicher Verwaltung, ein gesetzliches Handlungsverbot bestand, wurde dieses stets beachtet. Das preußische Oberverwaltungsgericht sah sich vielfach veranlaßt, Verwaltungshandlungen aufzuheben, die von Beschlußausschüssen entgegen diesem gesetzlichen Handlungsverbot ausgeführt worden waren³.

Umso weniger findet sich ein Anhaltspunkt dafür, daß über diese Beschlußbehörden hinaus von allen übrigen Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Lande Preußen sowie von den gesamten Subjekten öffentlicher Verwaltung der anderen deutschen Länder, für die kein dem § 59 LVG entsprechendes gesetzliches Handlungsverbot bestand, ein solches in rechtlicher Gewohnheit beachtet worden wäre⁴. Demgemäß wurde auch im Schrifttum, wenn nicht gar ein Handlungsverbot für die Subjekte öffentlicher Verwaltung in ihrer Allgemeinheit überhaupt verschwiegen oder ausdrücklich verneint⁵, so doch § 59 LVG als eine „eigenartige“ Ausnahmevorschrift für bestimmte Behörden bezeichnet⁶.

An diesem Rechtszustand und dieser Verwaltungspraxis hat sich seit 1945 in Westdeutschland, und zwar in Bund und Ländern, wenig geändert. Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wird das Bestehen eines Handlungsverbotes bei Befangenheit auch für juristische Personen des öffent-

² Wenn in Literatur und Rechtsprechung von dem Handlungsverbot bei Befangenheit als Gewohnheitsrecht die Rede ist, so z. B. GEIB, Landesbeamtengesetz S. 151; thüringisches OVG Jena, Urteil v. 29. 10. 1947, in: NJW 1947/48 S. 390 („allgemein anerkannter und zum gemeindeutschen Gewohnheitsrecht gewordener Verwaltungsrechtsgrundsatz“), so ist damit das Handlungsverbot für Beamte, nicht jedoch — was hier zu erörtern ist — für juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen gemeint.

³ Z. B. OVG Bd. 18 S. 149 ff.; 16, 433 ff.; 42, 228.

⁴ MOSEL, Handwörterbuch Sp. 954, betont, daß in Sachsen ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts nicht bestehe, daß eine Gemeindebehörde um deswillen nicht zur instantmäßigen Entscheidung zuständig sei, weil die von ihr vertretene Gemeinde in der Sache beteiligt sei.

⁵ Vgl. MOSEL, Handwörterbuch Sp. 353, 954.

⁶ JEBENS, Ausschließung S. 322; v. BRAUCHITSCH, Preußische Verwaltungsgesetze I. Bd. S. 41; HATSCHKE-KURTZIG, Verwaltungsrecht S. 375.

lichen Rechts, Behörden oder Dienststellen zwar vereinzelt bejaht⁷, jedoch zugleich betont, daß die Verwaltungsrechtswissenschaft in dieser Frage noch nicht zu abschließenden Ergebnissen gelangt sei und daß ihre Lösung — vor einer Regelung durch den Gesetzgeber — in erster Linie der Rechtsprechung obliege⁸. Von der Rechtsprechung aber sind bisher gegen ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit zumindest für die Verwaltungsbehörden Bedenken geäußert worden⁹.

Unter diesen Umständen muß das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle eines ungeschriebenen generellen Handlungsverbots bei Befangenheit für die Amtswalter und Subjekte öffentlicher Verwaltung ausscheiden.

§ 14. Die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ als Rechtsquelle?

Es könnte weiterhin in den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ die Rechtsquelle für ein etwaiges ungeschriebenes generelles Handlungsverbot bei Befangenheit für die Amtswalter und für die Subjekte öffentlicher Verwaltung gefunden und damit erwiesen werden, daß für sie alle ein solches Verbot gilt.

In Schrifttum und Rechtsprechung finden sich zahlreiche Anklänge der Auffassung, daß das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren einen „Rechtsgrundsatz“ darstelle. So wird es z. B. bezeichnet als: Verfahrensgrundsatz¹⁰, ein für alle Gebiete des Verwaltungsrechts geltender Grundsatz¹¹, allgemeiner Grundsatz¹², allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz¹³, im Verwaltungsrecht allgemein gültiger Rechtsgrundsatz¹⁴, ungeschriebener Grundsatz jeder Verwaltungsführung¹⁵ und als allgemeiner Grundsatz, der als ungeschriebener Rechtsatz unbestritten von jeher gegolten hat¹⁶. Dabei wird allerdings stets auf eine

⁷ S. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 81 ff.; ders., Verwaltungsrecht S. 125; WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 IV b) 3, der allerdings nur Behörden erwähnt. Für das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht nimmt MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 635, im Anschluß an die österreichische Rechtsprechung eine ablehnende Haltung ein.

⁸ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83, 84.

⁹ Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in: NJW 1954 S. 833.

¹⁰ Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 290; OVG 57, 455 („allgemeiner Prozeßgrundsatz“).

¹¹ GUILLAUME, Beteiligung S. 181; BRAND, DBG S. 119; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84, OVG 4, 326; 16, 357; 59, 466; 84, 388; 99, 198.

¹² JEBENS, Ausschließung S. 301, 324; HANS, Öffentliches Recht S. 61; BOCHALLI, Landesbeamtengesetz S. 131.

¹³ FECKER, Interessenkollision S. 365.

¹⁴ JEBENS, Ausschließung S. 321; HAUEISEN, Interessenkollision S. 775; OVG JENA, Urteil vom 29. 10. 1947, in: NJW 1947/48 S. 309; Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 17. 6. 1949, III 148-49, teilw. abgedruckt bei HAUEISEN, a. a. O. S. 776; Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, 2 S. 6/53, abgedruckt in: Entscheidungssammlung des Hessischen und Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes, Bd. III, Karlsruhe 1954, S. 30.

¹⁵ KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 237 und ebenso SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 367, beide im Anschluß an die amtliche Begründung zu § 25 DGO.

¹⁶ SCHATTFROH, DGO S. 98; ZEITLER-BITTER-v. DERSCHAU, DGO S. 100.

nähere Untersuchung des Rechtscharakters eines solchen „Grundsatzes“ und speziell des Handlungsverbots bei Befangenheit verzichtet. Jedoch geht aus diesen Formulierungen implizit hervor, daß das Handlungsverbot bei Befangenheit als eine „Selbstverständlichkeit“¹⁷ und als auch dann geltend und verpflichtend angesehen wird, wenn das geschriebene- und das Gewohnheitsrecht als die allgemein anerkannten Rechtsquellen versagen.

Hier sollen im Anschluß an die überzeugenden Untersuchungen von H. J. WOLFF die „Rechtsgrundsätze“ in ihrer Allgemeinheit begrifflich bestimmt werden als „Ableitungen aus dem Prinzip der Gerechtigkeit im Hinblick auf ganz allgemeine, typische Situationen und Interessenlagen des menschlichen Zusammenlebens, die entweder dauernd oder in gewissen raum-zeitlichen Begrenzungen konstant sind“¹⁸.

Desgleichen wird mit H. J. WOLFF zwischen zwei Arten von Rechtsgrundsätzen unterschieden: den allgemeinen und den besonderen.

Zunächst geht es um die „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ als mögliche Rechtsquelle für ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren. Sie sind „unmittelbar aus dem Rechtsprinzip ableitbar, da sie keine weiteren sozialen Gegebenheiten voraussetzen als die Existenz einer Vielheit von Menschen als Rechtsgenossen und den Bestand irgendeiner Rechtsordnung“¹⁹. Ihre Zahl ist gering; sie sind allgemein gültig und unabänderlich²⁰. Das Bestehen derartiger allgemeiner Rechtsgrundsätze und ihre Rechtsquelleneigenschaft sind heute überwiegend anerkannt²¹. Daher erübrigt sich hier eine nähere Beschäftigung

¹⁷ So ausdrücklich: DISTEL-SELGE, BBG S. 255.

¹⁸ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 37; ders., Verwaltungsrecht § 25 I a).

¹⁹ WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 I a) 1; ders., Rechtsgrundsätze S. 39.

²⁰ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 39, 40, 41.

²¹ Die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze wird anerkannt von: HELLER, Souveränität S. 46 ff. (48, 51, 139); ders., Staatslehre S. 222 ff. (224), der jedoch die Rechtsquelleneigenschaft der Rechtsgrundsätze verneint, weil diese nach seiner Ansicht keine inhaltliche Bestimmtheit aufweisen, was richtig ist, aber die Rechtsquelle mit dem Rechtssatz verwechselt; COING, Oberste Grundsätze S. 1 ff., dessen Begriff des Rechtsgrundsatzes jedoch weiter gefaßt ist als derjenige von WOLFF; RADBRUCH, Minuten S. 336; auch wohl für das Völkerrecht von SCUPIN, Menschenrechte S. 173 ff. (179 f.), der von „allgemeinen Rechtssätzen“, „Fundamentalsätzen“, „Grundprinzipien“ spricht.

Über die darüber hinaus bestehende Rechtsquelleneigenschaft der allgemeinen Rechtsgrundsätze s. im Einzelnen WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 33 ff. Sie wird ferner ausdrücklich bejaht von: del VECCHIO, Grundprinzipien S. 8 ff. (8, 48, 49); ROMMEN, Naturrecht S. 157, 226, 249, 254; für das Völkerrecht: (im Anschluß an Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes, wonach als subsidiäre Rechtsquellen für die Entscheidungen des Gerichtshofes heranzuziehen sind „Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“, „The general principles of law recognised by civilized nations“): DROST, Grundlagen S. 54 ff.; LAUN, Allgemeine Rechtsgrundsätze S. 117 ff.; VERDROSS, Völkerrecht S. 113 ff.; GUGGENHEIM, Völkerrecht S. 37 ff. (38); STREBEL, Völkerrecht S. 473 ff.; von der HEYDTE, Glossen S. 280 ff.; ders., Völkerrecht S. 67, 70, 79, 190, 301, 293; für das Verwaltungsrecht: FORSHOFF, Verwaltungsrecht S. 62 f., der von „lapidaren“ Rechtsgrundsätzen spricht; MAUNZ, Staatsrecht S. 63, 54; MENGER, System S. 70 ff. (72); v. TUREGG, Verwaltungsrecht S. 60 f.

mit diesem Fragenkreis, der das Thema dieser Untersuchung weit überschreitet.

Die weitgehende Anerkennung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsquelle liegt zum Teil darin begründet, daß sich Schrifttum und Rechtsprechung nach der Überwindung des nationalsozialistischen Unrechtsstaates und des in ihm herrschenden, von der Gewalt diktierten juristischen Positivismus erneut und verstärkt einer nicht bloß an formalen, sondern primär an materialen Kriterien orientierten, einer an die Rechtsidee gebundenen Auffassung vom Wesen des Rechts zuwandten²².

Der Inhalt dieser Rechtsidee oder des Gerechtigkeitsprinzips ist von H. J. WOLFF im Sinne der FRIES-NELSON'schen Auffassung definiert worden als das „Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menachen vereitelt werden würde“²³. Dieses Grundgebot ist kategorisch in dem Sinne, „daß seine Befolgung unter allen Umständen streng verbindliche Pflicht“ ist²⁴. Das Gerechte ist zu tun und umgekehrt: das Ungerechte zu lassen²⁵.

Die von H. J. WOLFF gegebene Definition der Gerechtigkeit ist allerdings nur „auf das äußere Verhalten beliebiger Menschen untereinander“ abgestellt²⁶.

Gleicherweise ist jedoch das Gerechtigkeitsprinzip maßgebend und verbindlich für das hoheitliche Verhalten des Staates seinen Bürgern und den von diesen gebildeten Vereinigungen gegenüber²⁷. Dieses hat für die Bundesrepublik Deutschland seinen Niederschlag gefunden in den Grundrechten und den Leitgedanken des organisatorischen Teiles des Bonner Grundgesetzes. Danach ist die Bundesrepublik ein materieller Rechtsstaat²⁸, d. h. ein Staat, dessen Zweck darin liegt, in seinem Herrschaftsbereich den Zustand materieller Gerechtigkeit zu verwirklichen

²² S. hierzu COING, Oberste Grundsätze S. 7.

²³ WOLFF, Gerechtigkeit S. 113; ders., Rechtsgrundsätze S. 37; ders., Verwaltungsrecht § 24 II a) 1, wie schon NELSON, System, der die Rechtsidee oder das Gerechtigkeitsprinzip als „Rechtsgesetz“ bezeichnet (S. 84, 85).

²⁴ WOLFF, Gerechtigkeit S. 112.

²⁵ ROMMEN, Naturrecht S. 225, 226; WOLFF, Gerechtigkeit S. 116.

²⁶ WOLFF, Gerechtigkeit S. 113; das Gleiche gilt für die NELSON'sche Definition.

²⁷ Bei Betrachtung der drei von ARISTOTELES und THOMAS v. AQUIN her unterschiedenen Grundformen der Gerechtigkeit (iustitia commutativa, iustitia generalis, iustitia distributiva) zeigt es sich, daß die vom Staat zu übende Gerechtigkeit die zuteilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva) ist. S. hierzu RADBRUCH, Rechtsphilosophie S. 126; Die „unsteilende Gerechtigkeit“ ist „die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts“. Sie ist die Idee der Gerechtigkeit „auf die der Rechtsbegriff orientiert werden muß“. COING, Oberste Grundsätze S. 49; Die iustitia distributiva „möchte das gesamte soziale Leben nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit ordnen“. Vgl. auch PIEPER, Gerechtigkeit S. 59 ff., 75 ff., 94 ff., 104 ff., der die iustitia distributiva als „die Gerechtigkeit des Regierens“ bezeichnet.

²⁸ Zum „formalen“ Rechtsstaatsbegriff vgl. KLEIN, Bonner Grundgesetz S. 392 ff.; MENGER, Sozialer Rechtsstaat S. 12 ff.

und zu erhalten²². Die gesamte Tätigkeit aller Staatsorgane ist an diesen Staatszweck gebunden²³. So müssen auch die Maßnahmen, die die öffentliche Verwaltung trifft, von dem Streben nach Gerechtigkeit getragen sein²⁴. Für ihren Bereich bestimmt Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes, daß sie an Gesetz und Recht gebunden sei. Damit ist die Gerechtigkeitsforderung ausdrücklich auch an die Subjekte des Verwaltungshandelns gerichtet und zugleich auf die Geltung der unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsprinzip ableitbaren allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze verfassungsmäßig hingewiesen²⁵.

Es bleibt allerdings zu beachten, daß der Begriff „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ im Schrifttum keineswegs einheitlich verstanden²⁶ und daß er verschiedentlich auch für qualitativ andere Rechtserscheinungen benutzt wird²⁷.

So läßt sich z. B. nachweisen, daß der Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit dem des Rechtssatzes gleichgesetzt wird²⁸. Diese Identifizierung ist terminologisch unklar und daher sachlich irreführend. Die Unterscheidungsmerkmale zwischen allgemeinem Rechtsgrundsatz und Rechtssatz — die für diese Unterscheidung von besonderer Wichtigkeit sind — liegen in Folgendem:

Der *Rechtssatz* besagt: „Wenn (von einem Subjekt) ein gewisser Tatbestand erfüllt ist, so soll (von jenem oder einem anderen Subjekt) eine

²² KLEIN, Bonner Grundgesetz S. 392 ff. (insbes. S. 395); MENGER, Sozialer Rechtsstaat S. 17 f., 27 ff.; ders., System S. 47; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. VI; WOLFF, Verwaltungsrecht § 11 II b 3; v. MANGOLDT-KLEIN, Grundgesetz Art. 20 Anm. VI 1 (S. 600).

²³ HERRNRIIT, Verwaltungsverfahren S. 2; WOLFF, Verwaltungsrecht § 11 II b 3.

²⁴ PETERS, Verwaltung S. 89; WOLFF, Verwaltungsrecht § 21 III c u. IV, § 30 I a.

²⁵ MAUNZ, Staatsrecht S. 54; WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 I a). — Im Gegensatz hierzu führt v. MANGOLDT-KLEIN, Grundgesetz Artikel 20 Anm. VI 4, aus, die vielfach anzutreffende Deutung der Formel „Gesetz und Recht“ in Artikel 20 Abs. 3 GG auf den möglichen Widerstreit zwischen Gesetz und Recht im Sinne von positivem Recht und materieller Gerechtigkeit sei zwar nicht begrifflich unmöglich, werde jedoch durch die Entstehungsgeschichte des Absatzes 3 nicht gedeckt. „Gesetz“ bedeute „Positivität ohne Wertgehalt“, „Recht“ „Wertgehalt ohne Positivität“. — Für die Beamten ist außerdem in § 52 BBG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesbeamtengesetze (z. B. § 63 Beamtengesetz f. d. Land Nordrhein-Westfalen) ausdrücklich festgelegt, daß sie ihre Aufgaben „unparteiisch und gerecht zu erfüllen“ haben.

²⁶ Über die uneinheitliche Terminologie, die jedoch dasselbe meint: s. MENGER, System S. 70 Anm. 1.

²⁷ So sind die Rechtsgrundsätze im hier gemeinten Sinn „verwandt, aber nicht gleichbedeutend“ mit den sog. „allgemeinen Rechtsgedanken“, die der Regelung eines bestimmten Sachgebietes zugrunde liegen“ und mit den „Rechtsgrundsätzen“, die die höchstrichterliche Rechtsprechung als ständige Rechtsprechung entwickelt: SCHACK, Allgemeine Rechtsgedanken S. 275 ff.; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 42.

²⁸ SCHULTZE-RHONHOF, Das rechtliche Gehör S. 40-43, widmet sich diesem Nachweis und bringt dafür zahlreiche Beispiele. — Zur Unterscheidung von Rechtsgrundsätzen und Rechtssätzen s. vor allem HELLER, Souveränität S. 47 ff., 127 ff.; ders., Staatslehre S. 222 ff.; KLEIN, Institutionelle Garantien S. 275 ff. (281), der sich im wesentlichen der Auffassung von HELLER anschließt.

gewisse Rechtsfolge gesetzt oder hingenommen werden“²⁹. Er verknüpft also einen bestimmten vorausgesetzten Tatbestand mit einer bestimmten Rechtsfolge³⁰ und ist damit auf konkrete Sachverhalte und Interessenlagen unmittelbar anwendbar. Er zeichnet sich aus durch die von HELLER³¹ herausgearbeiteten Merkmale der Rechtssicherheit und Rechtsgewißheit, die einerseits in der „Sinngeißheit“ und „Entschiedenheit des Norminhaltes“, andererseits in der „Gewißheit seiner Vollstreckung“ zum Ausdruck kommen.

Den *allgemeinen Rechtsgrundsätzen* dagegen fehlen diese Kennzeichen. Sie sind erst die „Bauprinzipien des konkreten Rechtsinhalts“³², die — wenn man im Wortbild bleiben will — noch der architektonischen Ausgestaltung bedürfen³³. Sie sind ungeschriebene Rechtsquellen, d. h. „Erkenntnisgrund für positives Recht“³⁴ und geben als solche nur die allgemeinen Richtlinien, die Leit- und Grenzsätze für die Herstellung des Rechtszustandes³⁵. Einer unmittelbaren Anwendung auf konkrete Sachverhalte sind sie nicht fähig. Dazu ist ihre rechtssatzmäßige Konkretisierung in bezug auf typische soziale Situationen und Interessenlagen — juristisch ausgedrückt: auf bestimmte Tatbestände — erforderlich. Diese geschieht dadurch, daß aus ihnen inhaltsgewisse und damit unmittelbar anwendbare Rechtssätze deduziert werden³⁶.

Wenn man die Sollensordnung des Rechts als eine Pyramide darstellt, so findet sich an ihrer Spitze das Prinzip der Gerechtigkeit als Ausgangs- und zugleich Zielpunkt der gesamten Rechtsordnung. Aus ihm leiten sich nach unten eine Vielzahl von allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen ab. Diese wiederum bilden die Rechtsquellen für die unterste Stufe der Pyramide: die ungeschriebenen und geschriebenen Rechtssätze.

²⁹ WOLFF, Unterschied S. 308; ders., Rechtsgrundsätze S. 43; ders., Verwaltungsrecht § 24 II b) I.

³⁰ RADBRUCH, Rechtsphilosophie S. 129.

³¹ HELLER, Staatslehre S. 222; ders., Souveränität S. 49: „Wo eine Norm nicht bestimmt genug ist, daß aus ihr eine Entscheidungsnorm für gegenseitiges menschliches Verhalten entnommen werden könnte, liegt kein Rechtssatz vor. Für das positive Recht ist diese Eigenschaft hinreichender Individualisation ebenso charakteristisch, wie für jene Rechtsgrundsätze der Mangel dieser Eigenschaft.“

³² HELLER, Souveränität S. 48; ROMMEN, Naturrecht S. 224, 256; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 44.

³³ ROMMEN, Naturrecht S. 256.

³⁴ del VECCHIO, Grundprinzipien S. 8, 48; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 34, 43; ders., Verwaltungsrecht § 25 I b).

³⁵ Damit erhalten die Rechtsgrundsätze im hier verwandten Sinne positiv geltendes Recht; sie sind nicht lediglich „Programmsätze“, Direktiven an den Gesetzgeber mit reformatorischer Tendenz. S. hierzu: del VECCHIO, Grundprinzipien S. 17 Anm. 23; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 43.

³⁶ Zu den Rechtsquellen als „Erkenntnis- und Entstehungsgrund für positives Recht“ s. LAUN, Allgemeine Rechtsgrundsätze S. 135 - 137.

³⁷ del VECCHIO, Grundprinzipien S. 46; HELLER, Staatslehre S. 222; COING, Oberste Grundsätze S. 57; WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 I b).

³⁸ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 44; ders., Verwaltungsrecht § 25 I b); v. d. HEYDTE, Völkerrecht S. 293.

Es ist nunmehr zunächst folgende Frage zu beantworten: Gibt es einen unmittelbar aus dem Prinzip der Gerechtigkeit ableitbaren allgemeinen Rechtsgrundsatz, der die Rechtsquelle bilden könnte für einen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz, welcher ein Handlungsverbot wegen Befangenheit sowohl für alle Amtswalter als auch für alle Subjekte öffentlicher Verwaltung ausspricht?

Als solche allgemeinen Rechtsgrundsätze bieten sich für das Thema dieser Untersuchung an: die Rechtsgrundsätze der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, der Beachtung der guten Sitten, des Willkürverbotes sowie der Gleichbehandlung⁴¹.

So versucht FREYTAG⁴², das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr abzuleiten. Dieser Rechtsgrundsatz ist als Rechtsquelle auch des Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrensrechtes von der weitaus herrschenden Meinung anerkannt⁴³.

Seine Anwendung als Rechtsquelle für ein Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren setzt als zu schützende Vertrauensbasis ein zwischen mehreren Partnern bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Dieses Rechtsverhältnis könnte nach Einleitung eines Verwaltungsverfahrens in den verwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen dem zuständigkeitsgemäß hoheitlich handelnden Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. seinem Amtswalter einerseits und einer an dem Verfahren beteiligten natürlichen oder juristischen Person andererseits erblickt werden. Es darf sich jedoch nicht um ein Rechtsverhältnis irgendeiner Art handeln; vielmehr muß zwischen den Teilnehmern eine engere Beziehung⁴⁴, eine „gewisse innere Nähe“ bestehen, „denn nur auf solcher Grundlage vermag sich das Vertrauen des einen zu dem anderen zu entwickeln, ohne welches eine Berufung auf Treu und Glauben keinen Sinn, keinen Erfolg haben kann“⁴⁵.

⁴¹ Vgl. hierzu die Aufstellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze bei WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 39, 40; MENGER, System S. 72, der jedoch nicht unterscheidet zwischen allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen.

⁴² FREYTAG, Bemerkung zum Urteil des Thüring. OVG Jena v. 29. 10. 1947, NJW 1947/48 S. 399.

⁴³ Statt vieler s. SCHÜLE, Treu und Glauben, in: Verw. Arch. 38. Bd. S. 411 f., 421, mit zahlreichen Belegen aus Schrifttum und Rechtsprechung; ferner: LAFORET, Verwaltungsrecht S. 215 ff. (217); MAUNZ, Verwaltung S. 37 f.; SCHACK, Analogie S. 286; PETERS, Verwaltung S. 163 f.; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 143 ff. (145); WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 40; ders., Verwaltungsrecht § 25 I a, § 30 II b.

⁴⁴ Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 4. 1. 1952, in: DVBl. 1952 S. 224; OVG Hamburg, Urteil v. 10. 4. 1952, in: DVBl. 1952 S. 472; OVG Münster, Urteil v. 2. 8. 1952, in: DVBl. 1952 S. 306; OVG Münster, Bescheid v. 17. 2. 1959, in: JZ 1959 S. 673. - Auf eine nähere Beschäftigung mit diesem Fragenkreis kann hier verzichtet werden.

⁴⁵ SCHÜLE, Treu und Glauben, in: Verw. Arch. 38. Bd. S. 402, 435; PETERS, Verwaltung S. 164; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 144.

⁴⁶ SCHÜLE, Treu und Glauben, in: Verw. Arch. 38. Bd. S. 402.

Dieses Erfordernis ist z. B. bei den rechtlichen Beziehungen zwischen den öffentlichen Dienstherrn und den Beamten oder zwischen den Partnern eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfüllt.

SCHÜLE⁴⁶ bestreitet, daß ebenso in einem Verwaltungsverfahren allgemein zwischen Behörde und natürlicher oder juristischer Person ein derartiges Rechtsverhältnis als „Vertrauensbasis im Sinne einer inneren, rechtlich vorgesehenen Verbindung“ bestehe, die eine Heranziehung des Rechtsgrundsatzes „Treu und Glauben“ rechtfertigen würde. Diese Ansicht scheint dadurch bestätigt zu werden, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Verwaltungsverfahrensarten dem Beteiligten die Einleitung des Verfahrens gar nicht mitgeteilt wird, daß er vielmehr erst durch die Zustellung der das Verfahren abschließenden Entscheidung von dem Verfahren Kenntnis erhält. Man könnte daraus folgern, es mangle zu mindest in diesen Fällen an einem Vertrauensverhältnis, welches die Anwendung des Grundsatzes „Treu und Glauben“ im Verwaltungsverfahren ermöglichen könne⁴⁷, da man nicht auf etwas vertrauen könne, von dessen Existenz man gar nicht wisse. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß spätestens mit der Bekanntmachung des Bescheides ein solches Vertrauensverhältnis entsteht.

Außerdem können die Bürger eines Rechtsstaates sehr wohl ein allgemeines Vertrauen darin setzen, daß die Organe der öffentlichen Verwaltung ihre Verfahren nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und zweckentsprechend zum gemeinen Wohl durchführen⁴⁸. Dieses allgemeine, dem Verhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung zugrundeliegende Vertrauen reicht aus, im Verwaltungsverfahren die Anwendung des Rechtsgrundsatzes „Treu und Glauben“ zu rechtfertigen.

Geht man hiervon aus, so verstößt es z. B. gegen Treu und Glauben, wenn ein befangener Beamter einen Hoheitsakt erläßt, durch den er einen am Verfahren Beteiligten benachteiligt, um sich selbst oder einem nahen Verwandten einen persönlichen Sondervorteil zu verschaffen.

Gegen die Anwendung des Rechtsgrundsatzes „Treu und Glauben“ als Rechtsquelle für ein Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren spricht jedoch, daß die hoheitliche Maßnahme eines Subjekts der Befangenheit nicht unbedingt — wie in dem angeführten Beispiel — die zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung bestehende Vertrauensbasis zu beeinträchtigen braucht. Sie kann durchaus zweckentsprechend zum gemeinen Wohl und gemäß dem Grundsatz „Treu und Glauben“ durchgeführt werden.

Es ist daher erforderlich, die anderen genannten allgemeinen Rechtsgrundsätze heranzuziehen, aus denen ein Handlungsverbot bei Befangenheit hergeleitet werden könnte.

⁴⁷ SCHÜLE, Treu und Glauben, in: Verw. Arch. 38. Bd. S. 403 f.

⁴⁸ So Klaus SCHULTZE-RHONHOF, Das rechtliche Gehör S. 40, 47.

⁴⁹ FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 144.

FECKER²⁸ unternimmt den Versuch, das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Beachtung der guten Sitten zu stützen.

Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz wird zur Bewertung sämtlicher Rechtsverhältnisse und Rechtsbehandlungen herangezogen, ob sie auf dem Gebiete des bürgerlichen oder dem des öffentlichen Rechtes liegen²⁹. Bei der Verwaltungstätigkeit trotz vorliegender Befangenheit braucht jedoch auch er nicht notwendig verletzt zu werden. Man mag zwar unter gewissen besonderen Voraussetzungen die hoheitliche Maßnahme eines befangenen Amtswalters als sittenwidrig und das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen in grober Weise verletzend bezeichnen können; etwa wenn sie bewußt dazu mißbraucht wird, persönliche Sondervorteile zu erlangen. Das ist aber nicht die Regel. Es sind eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen ein Amtswalter und erst recht ein Subjekt öffentlicher Verwaltung trotz seiner Befangenheit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entsprechend handelt oder in denen sein Tätigwerden keinen so schwerwiegenden Rechtsverstoß darstellt, daß es als sittenwidrig angesehen werden müßte.

Schließlich wäre noch an die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Willkürverbotes³⁰ und der Gleichbehandlung³¹ als mögliche Rechtsquellen für ein Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren zu denken³².

Hier gelten aber die entsprechenden Argumente, mit denen die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Wahrung von Treu und Glauben und der Beachtung der guten Sitten als Rechtsquelle für ein Handlungsverbot bei Befangenheit ausgeschlossen wurden. Zweifellos kann das Tätigwerden eines befangenen Amtswalters einen Willkürakt zur Folge haben, d. h. einen Akt, der auf sachfremden Motiven beruht und daher mit den tragenden Prinzipien der Rechtsordnung in Widerspruch steht³³. Ebenso gut kann aus dem hoheitlichen Handeln eines befangenen Subjekts öffentlicher Verwaltung eine Entscheidung folgen, die ungerechtfertigte

²⁸ FECKER, Interessenskonflikte S. 265.

²⁹ Über die Geltung des allg. Rechtsgrundsatzes der Beachtung der guten Sitten im öffentlichen Recht vgl. z. B. LAFORET, Verwaltungsrecht S. 215 ff. (217); FECKER, Interessenskonflikte S. 265; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 145; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 40; ders., Verwaltungsrecht § 25 I a.

³⁰ S. dazu: LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz S. 72 ff.; LAFORET, Verwaltungsrecht S. 230; COING, Oberste Grundsätze S. 36, 64 (S. 84); „Willkür ist der Gegenwert der Gerechtigkeit und mit ihr unvereinbar.“; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 78 f., 216, 414 f.; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 40; ders., Verwaltungsrecht § 30 II b. OVG Bd. 50 S. 417 ff. (421); 94, 216 ff. (213).

³¹ S. dazu WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 39; ders., Verwaltungsrecht § 33 VI, § 60 I b.

³² Über den engen Zusammenhang zwischen Willkürverbot und Gebot der Gleichbehandlung s. LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz S. 72 ff. (80); Willkürliche Behandlung ist zugleich ungleiche Behandlung; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 414; WOLFF, Verwaltungsrecht § 33 VI.

³³ FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 79, 414.

Differenzierungen begünstigender oder benachteiligender Art hinsichtlich bestimmter Personen oder deren Situationen trifft, die also gegen den Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung verstößt.

Diese Folgen sind jedoch nicht zwingend. Die Maßnahme eines Befangenen braucht nicht von einer objektiv sachfremden Motivation getragen zu sein oder objektiv sachfremde Zwecke zu verfolgen³⁴. Man wird auch nicht einmal die Behauptung aufstellen können, dies sei die regelmäßige Konsequenz des Tätigwerdens trotz Befangenheit. Die Maßnahme eines befangenen Subjekts kann vielmehr im Ergebnis vernünftig, sachlich und gerecht sein, so daß ein Willkürakt nicht feststellbar ist. Das Entsprechende gilt für das Handeln eines befangenen Subjekts im Hinblick auf den Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung.

Die Untersuchung der bekannten allgemeinen Rechtsgrundsätze ergibt demnach, daß sie nicht geeignet sind, die Rechtsquellenfunktion für das gesuchte generelle Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren zu erfüllen. Sie rechtfertigen allenfalls, üble Folgen der Befangenheit hintanzuhalten.

Das Handlungsverbot bei Befangenheit setzt schon früher an; gleichgültig, ob ein gegen Treu und Glauben verstoßendes, sittenwidriges, willkürliches oder den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzendes Verhalten zu erwarten ist oder nicht, verbietet es jedes Tätigwerden eines befangenen Subjekts³⁵.

§ 15. Ein „besonderer Rechtsgrundsatz“ als Rechtsquelle

Gibt es aber außer den eben erörterten Rechtsgrundsätzen noch weitere Ableitungen aus dem Rechtsprinzip, auf die ein Handlungsverbot bei Befangenheit gestützt werden könnte? Diese Frage zu bejahen und eine zahlenmäßige Festlegung der Rechtsgrundsätze abzulehnen, rechtfertigt sich vor allem aus zwei Gründen:

Einmal ist COING³⁶ darin zuzustimmen, daß es sich mit dem wirklichen Bestand an Rechtsgrundsätzen ähnlich verhalte wie mit dem wahren Gehalt der ethischen Werte: „Sie sind unabhängig von dem sie auf-

³⁴ Anders als beim Handeln nach „freiem Belieben“ kommt es für einen Willkürakt nicht darauf an, ob subjektiv und tatsächlich nach sachfremden Motiven oder zu sachfremden Zwecken vorgegangen worden ist (subjektives, voluntatives Element; Verschulden) oder nicht. Entscheidend für die Feststellung des Willküraktbestandes ist die „objektiv erschließbare Motivation“. S. LEIBHOLZ, Die Gleichheit vor dem Gesetz S. 95 f.; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 78.

³⁵ S. u. S. 43 ff.

³⁶ COING, Oberste Grundsätze S. 115 - 120, ferner S. 63: „Unsere Erkenntnis der obersten Rechtsgrundsätze wird vermutlich stets hinter dem Reichtum des Möglichen und Wirklichen zurückbleiben; sie muß deswegen neuen Einsichten offen bleiben und stets bemüht sein, das Feld des Erkannten zu erweitern.“

fassenden Subjekt" und „erst nach und nach und noch niemals vollkommen entdeckt" worden. Ein Beweis hierfür ist die historische Entwicklung von den bruchstückhaften Rechtsordnungen primitiver Völker bis hin zu den modernen rechtsstaatlichen Ordnungen. Der Umfang der Wirksamwerdens dieser Rechtsquellen hängt davon ab, wie tief die Menschen einer bestimmten geschichtlichen Epoche in das Wesen der Gerechtigkeit und ihrer Postulate Einsicht gewinnen und dieser Einsicht zu entsprechen gewillt sind. Einem arglosen Fortschrittsglauben muß allerdings entgegengehalten werden, daß die wachsende Erkenntnis des Wesens der Gerechtigkeit und der aus ihr resultierenden Rechtsgrundsätze allein noch keine Gewähr für ihre fortschreitende Verwirklichung gibt. Die Verwirklichung des Gerechten hängt zugleich von der Bereitschaft des menschlichen Willens ab und befindet sich in stetem Kampf mit der Böswilligkeit und dem Egoismus der Menschen⁶¹.

Zum anderen kann von einem *numerus clausus* der Rechtsgrundsätze auch deshalb nicht gesprochen werden, weil die von ihnen zu bewertenden sozialen „Ordnungen und Interessenlagen" infolge der dynamischen Veränderungen der menschlichen Lebensverhältnisse ständigen Wandlungen unterliegen⁶². Strukturveränderungen des sozialen Lebens verlangen eine erneute Prüfung an dem Maßstab der Gerechtigkeit und bewirken die Umwandlung alter oder die Entstehung neuer Rechtsgrundsätze.

Dieser Situation trägt H. J. WOLFF Rechnung, indem er von den unabänderlichen allgemeinen die wandelbaren „besonderen Rechtsgrundsätze" unterscheidet und diese definiert als „Fundamentalnornen, die sich ergeben bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf deutliche Interessenlagen innerhalb raum-zeitlich besonderer sozialer Lebensverhältnisse und Rechtsordnungen oder Rechtsordnungsteilen. Sie sind keine unmittelbaren Ableitungen aus der Rechtsidee mehr, sondern setzen jene besonderen Lebensverhältnisse, zuweilen auch schon die Grundzüge der geltenden Rechtsordnung als Zwischenglieder voraus"⁶³.

Es bleibt zu prüfen, ob aus dem Gerechtigkeitsprinzip ein besonderer Rechtsgrundsatz ableitbar ist, der die Rechtsquelle darstellen könnte für ein ungeschriebenes generelles Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren.

Das Institut des Handlungsverbots bei Befangenheit hat, wie im Vorhergehenden nachgewiesen wurde⁶⁴, vornehmlich in einem bestimmten Teil der Rechtsordnung, nämlich im Verfahrensrecht, seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Es ist eine typische Erscheinung des Verfahrens-

⁶¹ WOLFF, Gerechtigkeit S. 120. - So stellt z. B. die Mißachtung der Gerechtigkeit und der sich aus ihr ergebenden Prinzipien in den neuzeitlichen Diktaturen einen Sieg der „Böswilligkeit und des Egoismus" dar.

⁶² WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 I a.

⁶³ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 40 ff.; ders., Verwaltungsrecht § 25 I a, wo zahlreiche Beispiele für besondere Rechtsgrundsätze aufgeführt sind.

⁶⁴ S. a. S. 24 ff.

rechts. Für den Bereich der öffentlichen Verwaltung setzt es die Existenz eines wirksamen öffentlichen Vollzugsapparates und ein gesetzlich geregeltes Verwaltungsverfahren voraus. Dazu gehört als weitere Prämisse die Ersetzbarkeit des gesetzlich zuständigen aber befangenen Amtswalters durch einen anderen und die Ersetzbarkeit eines befangenen Subjekts öffentlicher Verwaltung durch ein anderes. Denn die Verwaltung darf ja nicht durch das aus der Befangenheit resultierende Handlungsverbot zum Schaden der Staatsbürger lahmgelegt werden.

So hat denn auch H. J. WOLFF⁶⁵ das „Grundsatzverbot der Befangenheit" als besonderen Rechtsgrundsatz qualifiziert, da es „ein gewisses Maß an staatlicher Organisation und Verkehrserschließung sowie die Ersetzbarkeit von Amtswaltern" voraussetze.

Keine eingehendere Untersuchung fand jedoch bisher die entscheidend wichtige Frage, aus welchem spezifischen Gerechtigkeitserfordernis sich ein solcher besonderer Rechtsgrundsatz ergeben könnte.

Zur Beantwortung dieser Frage ist wiederum von der Feststellung auszugehen, daß die Gerechtigkeit in einem Rechtsstaat nicht nur die Staatsbürger untereinander, sondern auch den Staat selbst in seinem Handeln bindet⁶⁶. Auf die öffentliche Verwaltung bezogen bedeutet dies, daß die Gerechtigkeitsforderung sich auch auf das Verhalten der Subjekte öffentlicher Verwaltung und ihrer Amtswalter gegenüber den einzelnen Staatsbürgern und deren Vereinigungen erstreckt und daß sie — in Abwandlung der von H. J. WOLFF gegebenen Definition — gebietet: auf die Verfolgung eigener, persönlicher Interessen des Amtswalters selbst sowie des Staates und anderer Gemeinschaften insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvoller Interessen anderer Menschen sowie auch des Staates selbst vereitelt werden würde.

Diese Definition bietet für sich allein noch keine Lösung des Problems, aus welchem Gerechtigkeitspostulat ein besonderer Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit herzuleiten ist. Dies ist eine Konsequenz des formalen Charakters des Gerechtigkeitsgebots. Es reicht für sich allein nicht aus, eine Rechtsfrage zu entscheiden. Voraussetzung einer solchen Entscheidung ist vielmehr, daß die spezifischen Interessen erkannt und beurteilt werden, die in Frage kommen⁶⁷. Daher ist es für diesen Zusammenhang notwendig, das Gebot der Gerechtigkeit in Beziehung zu setzen zu dem eingeleiteten Verwaltungsverfahren, insbesondere zu dessen Zielsetzung⁶⁸.

⁶⁵ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 41; ders., Verwaltungsrecht § 25 I b.

⁶⁶ S. o. S. 9, 39 f.

⁶⁷ Zum formalen Charakter des Gerechtigkeitsgebots s. NELSON, System S. 89; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 37.

⁶⁸ S. hierzu Klaus SCHULTZE-RHÖNHOF, Das rechtliche Gehör S. 50, 51, der den Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren ableitet aus einem Rechtsgrundsatz, nach dem die hoheitlichen Organe die Interessen der von einem Verfahren Betroffenen kennen müssen.

Jedes hoheitliche Verfahren — und folglich auch das Verwaltungsverfahren — zielt darauf ab, einen oder mehrere (geschriebene oder ungeschriebene) Rechtssätze anzuwenden, um über einen bestimmten Verfahrensgegenstand zu entscheiden. Diese Rechtssätze enthalten eine objektive Bewertung der „an einer Lebenssituation typischerweise beteiligten Interessen“⁶⁶, im Verwaltungsverfahren also eine objektive Bewertung der von der Verwaltung wahrzunehmenden öffentlichen Interessen und der ihnen gegenüberstehenden privaten Interessen des am Verfahren Beteiligten. Sie knüpfen daran ihre Rechtsfolgen, die zum Vorteil des einen und zum Nachteil des anderen Interessenträgers ausschlagen. Damit nun der Rechtssatz „richtig“ und „gerecht“ angewandt werde, dürfen in jedem eingeleiteten Verfahren nur diejenigen Faktoren berücksichtigt werden, „welche den objektiven Wert der auf dem Spiele stehenden Interessen bestimmen“⁶⁷. Dazu ist erforderlich, daß die der juristischen Bewertung vorgegebene Wirklichkeit, die Sachgegebenheiten, der wahre Sachverhalt adäquat erfaßt und das nicht zur Sache Gehörige, meist von subjektiven Urteilen Bedingte, ausgeschaltet wird, um eine neutrale Grundlage für die Entscheidung zu gewinnen⁶⁸. Die rechtliche Bevorzugung eines Interesses darf nur in seiner sich aus der Sachlage ergebenden qualitativen Höherwertigkeit gegenüber dem anderen beteiligten Interesse und umgekehrt die nachteilige Bewertung eines Interesses nur in seiner qualitativen Minderwertigkeit gegenüber dem anderen beteiligten Interesse begründet liegen⁶⁹. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung von Interessen ist also nur dann gerecht, wenn für sie ein sachlicher Grund besteht. Die Sachgemäßheit oder Sachlichkeit des Handelns in einem hoheitlichen Verfahren ist ein spezifisches Postulat der Gerechtigkeit und andererseits die Unsachlichkeit ihr spezifischer Verderb⁷⁰.

Weil die Befolgung der Gerechtigkeit und ihres „analytischen“ Postulates der Sachgemäßheit streng verbindliche Pflicht ist, erweist es sich als notwendig, alle unsachlichen Einflüsse von einem eingeleiteten

⁶⁶ WOLFF, Verwaltungsrecht § 24 II b).

⁶⁷ WOLFF, Gerechtigkeit S. 115.

⁶⁸ Über die Objektivität s. FECHNER, Rechtsphilosophie S. 154 ff. (155), und über den Zusammenhang von Wahrheit, Wirklichkeitsgemäßheit und Gerechtigkeit: HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 4: „... nur die Feststellung des wahren Tatbestandes bietet die durch das öffentliche Interesse erheischte unbedingte Gewähr für das von der Parteivillkür unabhängige Zustandekommen der angestrebten Verwaltungsaufgabe...“; ROMMEN, Naturrecht S. 362.

⁶⁹ NELSON, System S. 85; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 39.

⁷⁰ So schon THOMAS v. AQUIN, Summa theologiae II, II, 63, prologus: „Deinde considerandum est de vitiis oppositis praedictis iustitiae partibus. Et primo, de acceptione personarum, quae opponitur iustitiae distributivae...“ . Allerdings wird hier an Stelle des Begriffs der Unsachlichkeit der der Parteilichkeit gebraucht. S. ferner WOLFF, Gerechtigkeit S. 115.

Verfahren von vornherein fernzuhalten⁷¹. Das bedeutet: Schon der objektiven Möglichkeit unsachlichen Verhaltens, schon der objektiv begründeten Gefährdung der Sachlichkeit muß begegnet werden.

Eine derartige Gefährdung der Sachlichkeit ist erfahrungsgemäß insbesondere dann gegeben, wenn das Verfahren in Händen eines zwar zuständigen aber befangenen Subjekts hoheitlichen Handelns liegt⁷². Denn bei ihm sind Umstände gegeben, die objektiv geeignet sind, die Gefahr unsachlichen, parteilichen Verhaltens besonders nahe zu legen⁷³. Diese Umstände können einmal darin bestehen, daß das Subjekt hoheitlichen Handelns an der ihm anvertrauten Entscheidung über den Verfahrensgegenstand ein eigenes Interesse hat. Zum anderen können sie in den engen Beziehungen des Subjekts hoheitlichen Handelns zu einem am Verfahren Beteiligten liegen. In dem ersten Fall besteht die objektiv begründete Gefahr, das Subjekt hoheitlichen Handelns werde seinem eigenen Interesse und im zweiten Fall, es werde dem Interesse des ihm eng verbundenen Beteiligten den Vorzug geben gegenüber dem wahrzunehmenden öffentlichen Interesse. In beiden Fällen sprechen also objektive Gründe dafür, das Subjekt hoheitlichen Handelns könnte nicht alle und nicht nur diejenigen Faktoren heranziehen, die den objektiven Wert der auf dem Spiele stehenden Interessen ausmachen, sondern auch andere, völlig außerhalb der zu entscheidenden Angelegenheit liegende Momente bzw. das Subjekt hoheitlichen Handelns könnte den objektiven Wert dieser Interessen verkennen. Diese Konsequenz der Befangenheit kann selbst unabhängig von dem Willen des Subjekts hoheitlichen Handelns eintreten, tatsächlich sachlich und gerecht zu verfahren.

Im Zustand der Befangenheit wird die Gefahr der Unsachlichkeit so nahe gelegt durch die „Normalsituation des Interessenkonflikts“ und die dabei in Erscheinung tretende „Erfahrungstatsache des menschlichen Egoismus oder der menschlichen Parteilichkeit“⁷⁴ — die sich eventuell auch vom Bereich des Unterbewußten her auswirken können — bzw. durch das psychologische „Gesetz der Perspektive“, demzufolge bei einem Interessenkonflikt nahe eigene Interessen oder Interessen persönlich sehr nahestehender natürlicher oder juristischer Personen höher bewertet zu

⁷¹ Über die Frage, wie weit Objektivität überhaupt menschenmöglich ist, s. FECHNER, Rechtsphilosophie S. 154 ff. — Von der Sachlichkeit gilt, was CO-ING, Oberste Grundsätze S. 51, 52, von der Gerechtigkeit sagt: sie „kann von Menschen... niemals vollkommen verwirklicht werden. Denn vollkommene Gerechtigkeit gegenüber einem Anderen würde vollkommene Erkenntnis dieses Anderen voraussetzen. Diese Erkenntnis ist dem Menschen nur durch liebende Intuition gegeben. Aber Liebe besteht niemals gegenüber allen... Vollkommene Erkenntnis und umfassende Wertung ist dem Menschen versagt... Vollkommene Gerechtigkeit kann nur ein Attribut der Gottheit sein“.

⁷² Andeutungen über die Bedeutung der Befangenheit für Gerechtigkeit und Sachlichkeit finden sich bei BRAND, DBG S. 119; DISTEL-SELGE, BBG S. 237 sowie im Urteil des Thüring. OVG Jena in: NJW 1947/48 S. 400.

⁷³ S. o. S. 15 f.

⁷⁴ Vgl. BOEHMER, Grundlagen S. 47/48.

werden pflegen als objektiv gleichwertige aber fernere fremder Personen.

Den Umständen, die Befangenheit hervorrufen, ist es gemeinsam, daß sie infolge des bei ihnen auftretenden Interessenkonflikts und der psychologischen Perspektive — vom Standpunkt eines erfahrenen und besonnenen Menschen aus — objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen ein den auf dem Spiele stehenden Interessen gerecht werdendes, sachgemäßes, unparteiisches Verhalten des befangenen Subjekts hoheitlichen Handelns zu rechtfertigen. Und umgekehrt haben es die Umstände, die keine Befangenheit begründen, gemeinsam, daß bei ihnen kein Interessenkonflikt gegeben ist, daß sie folglich dem psychologischen „Gesetz der Perspektive“ nicht unterliegen und daß sie daher objektiv ungeeignet sind, Mißtrauen gegen ein sachgemäßes Verhalten des Subjekts hoheitlichen Handelns zu rechtfertigen. Liegen Befangenheitsgründe, d. h. Umstände vor, die — vom Standpunkt eines erfahrenen und besonnenen Menschen aus — objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen ein sachgemäßes Verhalten des Subjekts hoheitlichen Handelns zu rechtfertigen, so ist das notwendige sachgemäße Verhalten in einem mit dem Gebot der Sachlichkeit nicht zu vereinbarenden Maße in Frage gestellt. Daher muß schon diesem objektiv begründeten Mißtrauen Rechnung getragen und das Handeln desjenigen verboten sein, gegen den sich das Mißtrauen richtet¹⁷. Nur so kann der Gefährdung der Sachlichkeit entgegengetreten und die Verwirklichung des Sachlichkeitsgebotes gewährleistet werden.

Da aber nur Umstände, die objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen ein sachgemäßes Verhalten zu rechtfertigen, Befangenheitsgründe darstellen und eine Gefährdung des Gerechtigkeitspostulates der Sachgemäßheit bedeuten, sind für die Befangenheit die Fälle auszuschneiden, in denen der von einer hoheitlichen Handlung Betroffene gegenüber dem Subjekt hoheitlichen Handelns bloß den Verdacht mangelnder Objektivität hegt, dieser aber einer kritischen Untersuchung nicht standhält¹⁸. Denn ein Umstand, der nur ein persönliches Mißtrauen hervorruft, das nicht auf objektiven Gründen, sondern lediglich in der subjektiven Vorstellungswelt eines Beteiligten wurzelt, bedeutet keine Gefährdung des Gebots der Sachlichkeit.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich Folgendes: Die Sachgemäßheit ist dasjenige Gerechtigkeitspostulat, aus dem der besondere Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit herzuleiten ist. Dieses Handlungsverbot gilt für jedes hoheitliche Verfahren und richtet sich an das jeweils entscheidungsbefugte Subjekt hoheitlichen Handelns. Es lautet:

Niemand darf in einem ihm zugewiesenen hoheitlichen Verfahren Amtshandlungen vornehmen oder an solchen mitwirken, wenn er

¹⁷ Vgl. § 42 Abs. 2 ZPO. — S. u. S. 64 f. und die auf S. 64 f. unter Anm. 56, 57 angegebene Lit. u. Rspr.

¹⁸ S. u. S. 65 insbes. Anm. 59.

befangen ist; d. h. wenn bei ihm Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen sein sachgemäßes, unparteiisches Verhalten zu rechtfertigen.

(Besonderer Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit.)

Einerseits setzt dieses Verbot „ein gewisses Maß an staatlicher Organisation“¹⁹ voraus. Andererseits stellt es unzweifelhaft eine sichere Folgerung aus dem Prinzip der Gerechtigkeit dar. Es muß „von jedem Menschen, dessen sittliches Bewußtsein nicht verbildet und nicht durch die Wucht seiner eigenen Interessen oder Vorurteile verblendet ist, anerkannt“ und kann „von keinem Unbeteiligten ernsthaft bestritten“ werden²⁰. Es ist somit als ein „besonderer Rechtsgrundsatz“ im Sinne der von H. J. WOLFF entwickelten Begriffserklärung zu qualifizieren, nämlich als eine Fundamentalnorn, die sich ergibt „bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf deutliche Interessenlagen innerhalb raumzeitlich besonderer sozialer Lebensverhältnisse und Rechtsordnungen oder Rechtsordnungsteilen“²¹. Wie die Befolgung des Gerechtigkeitsprinzips selbst ist auch die Befolgung des aus ihm abgeleiteten besonderen Rechtsgrundsatzes des Handlungsverbots bei Befangenheit streng verbindliche Pflicht.

Das Verbot erfüllt jedoch noch nicht die Voraussetzungen, die von HELLER²² und WOLFF an die Existenz eines Rechtssatzes gestellt werden. Es mangelt ihm an der „Sinngevilheit und Entschiedenheit des Norminhalts“, die es zu unmittelbarer Anwendung geeignet machen würden. So ist einmal nicht aus ihm zu entnehmen, wer wegen Befangenheit nicht handeln darf: ob außer natürlichen Personen als Amtswalter auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen; ferner, welche Umstände im Einzelnen Befangenheit begründen. Außerdem fehlt eine nähere Bestimmung der Rechtsfolgen, die beim Vorliegen von Befangenheit eintreten: ob diese sich in einem Handlungsverbot erschöpfen; ob sie eine Ausschließung des Befangenen von seinem Amtsgeschäft bewirken; durch welches andere Subjekt der Befangene ersetzt wird und ob dem Beteiligten, der vom Vorliegen der Befangenheit nachteilig betroffen werden könnte, ein Ablehnungsrecht gegenüber dem

¹⁹ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 41.

²⁰ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 38, 42.

²¹ WOLFF, Verwaltungsrecht § 25 I a. — Dieser besondere Rechtsgrundsatz soll negativ eine Gerechtigkeitswidrigkeit verhindern; vgl. hierzu WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 46.

²² HELLER, Staatslehre S. 223; ders., Souveränität S. 49: „Wo eine Norm nicht bestimmt genug ist, daß aus ihr eine Entscheidungsnorm für gegenseitiges menschliches Verhalten entnommen werden könnte, liegt kein Rechtssatz vor. Für das positive Recht ist diese Eigenschaft hinreichender Individualisation ebenso charakteristisch, wie für jeden Rechtsgrundsatz der Mangel dieser Eigenschaft.“

befangenen Amtswalter oder dem befangenen Subjekt öffentlicher Verwaltung zusteht oder nicht¹.

Da das Verbot aber den Charakter eines besonderen Rechtsgrundsatzes trägt, stellt es eine Rechtsquelle dar, aus der Rechtssätze abgeleitet werden können. Es ist daher Aufgabe der folgenden Untersuchungen, aus dem gefundenen besonderen Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit einen Inhaltsgewissen und damit für das Verwaltungsverfahren unmittelbar anwendbaren Rechtssatz zu entwickeln.

3. Kapitel:

Die Ableitung eines ungeschriebenen Rechtssatzes aus dem gefundenen besonderen Rechtsgrundsatz

Die Ableitung eines ungeschriebenen Rechtssatzes verlangt eine inhaltliche Präzisierung und rechtssatzmäßige Konkretisierung des gefundenen besonderen Rechtsgrundsatzes¹. Dies geschieht so, daß der besondere Rechtsgrundsatz durch einen typischen, konkreten Sachverhalt, „der durch spezielle Interessengruppierung und besondere Umstände charakterisiert ist“ und durch eine bestimmte individualisierte Rechtsfolge ausgefüllt wird, so daß die in dem Rechtsgrundsatz enthaltene Interessenbewertung auf den typischen konkreten Sachverhalt und seine Interessenslage Anwendung finden kann².

Auf die Zielsetzung dieser Untersuchung bezogen bedeutet das: es ist zunächst der in dem besonderen Rechtsgrundsatz enthaltene unbestimmte Begriff „Niemand“ zu konkretisieren, d. h. es sind diejenigen Subjekte

¹ Aus diesem Grunde ist die Ansicht von Klaus SCHULTZE-RHONHOF, Das rechtliche Gehör S. 41, 42, abzulehnen, das Handlungsverbot bei Befangenheit stelle bereits einen „allgemeinen Rechtssatz“ dar. – Wenn MENER, System S. 71, das Handlungsverbot bei Befangenheit als „allgemeinen Rechtsgedanken“ bezeichnet, so ist das zumindest keine eindeutige Charakterisierung. Mit WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 42, ist entgegenzuhalten, daß die „allgemeinen Rechtsgedanken“, die „der Regelung eines bestimmten Sachgebietes zugrundeliegen“, nur verwandt, nicht aber gleichbedeutend mit den besonderen Rechtsgrundsätzen sind, welche stets Rechtsquellen darstellen. – Über die „allgemeinen Rechtsgedanken“ s. SCHACK, Analogie S. 275 ff.

² So sind die auf S. 21-29 aufgeführten Rechtssätze, in denen ein Handlungsverbot bei Befangenheit statuiert wird, mehr oder minder vollkommene rechtssatzmäßige Konkretisierungen des gefundenen besonderen Rechtsgrundsatzes. Der besondere Rechtsgrundsatz kommt in ihnen zu unterschiedlich vollständigem Ausdruck. Darüber, daß besondere Rechtsgrundsätze zuweilen in gesetzlichen Bestimmungen ihren Ausdruck finden, s. del VECCHIO, Grundprinzipien S. 22; v. d. HEYDTE, Glossen S. 293; WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 42, 43.

³ WOLFF, Rechtsgrundsätze S. 44, stellt hierfür die Gleichung auf: „Rechtsgrundsatz + besonders typischer Sachverhalt = Rechtssatz“.

zu bestimmen, die im Verwaltungsverfahren ein Handlungsverbot wegen Befangenheit treffen kann. Sodann sind Inhalt und Umfang der „Umstände“, d. h. der Befangenheitsgründe oder derjenigen Gründe festzulegen, die einem sachgemäßen Verwaltungshandeln entgegenstehen und die daher ein Handlungsverbot für das Subjekt der Befangenheit erfordern.

§ 16. Subjekte der Befangenheit

I. Subjekte der Befangenheit im Verwaltungsverfahren können zunächst *individuelle natürliche Personen* (Menschen) sein, die zumeist „als Organ- bzw. Amtswalter die in einem Organ bzw. in einem Amt institutionell zusammengefaßten Zuständigkeiten wahrzunehmen haben“¹.

Hierzu gehören die Beamten, Ehrenbeamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in Bund und Ländern sowie in Gemeinden, Gemeindeverbänden und den sonstigen der Aufsicht des Staates unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, sofern sie in einem Verwaltungsverfahren hoheitlich tätig werden². Hierher zu rechnen sind jedoch auch sonstige Personen, die bei hoheitlichen Verwaltungshandlungen mitwirken, ohne Beamte oder Angestellte zu sein³.

Aus dem Kreis der in Betracht zu ziehenden Subjekte der Befangenheit scheiden von vornherein aus: die Mitglieder von sogenannten Repräsentativorganen, soweit diese nur Organe der Legislative sind⁴. Sie erfüllen gesetzgeberische, nicht aber im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens liegende hoheitliche Aufgaben. Eine Ausnahme bilden jedoch die Mitglieder der Gemeinderäte in denjenigen Ländern, in denen die „gemeindliche Ratsverfassung“ besteht, d. h. wo der Rat der Gemeinden nicht bloß ein Organ zur Beschlußfassung, sondern zugleich das oberste Verwaltungs-

¹ WOLFF, Unterschied S. 209, 210; ders., Verwaltungsrecht § 4 II c.

² Vgl. auch HERRNRIIT, Verwaltungsverfahren S. 50; GROBER, Steuerrecht S. 1610; MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 89; ADAMOVICH, Handbuch S. 217; im Ergebnis ebenso HAUERSEN, Interessenkollision, S. 774 ff.

³ Z. B. Minister; ferner Bürger von Gemeinden, die ohne Träger eines auf Dauer berechneten Ehrenamtes zu sein, vorübergehend an hoheitlichen Verwaltungsangelegenheiten mitwirken (ehrenamtliche Tätigkeit). S. die entspr. Vorschriften der GOen der Länder, z. B. §§ 20, 23 GO für Nordrhein-Westfalen. Ferner nichtbeamtete Sachverständige; vgl. SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 367; ADAMOVICH, Handbuch S. 367 und das unter Anm. 1 angegebene Schrifttum.

⁴ Z. B. Bundestags-, Landtagsabgeordnete und i. d. R. Mitglieder von Gemeindeparlamenten.

organ darstellt¹. Sofern diese in konkreten Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung handelnd auftreten, gehören sie zu den hier aufzuzählenden Subjekten der Befangenheit².

Für die bisher genannten Subjekte der Befangenheit bestehen — wie früher bereits³ dargelegt — weitgehend gesetzlich festgelegte Handlungsverbote wegen Befangenheit. Bei diesen Gesetzesbestimmungen handelt es sich um mehr oder minder vollständige Konkretisierungen des oben formulierten besonderen Rechtsgrundsatzes⁴.

II. Es stellt sich indes die Frage, ob auch die Subjekte öffentlicher Verwaltung, d. h. die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen im gesamten Bundesgebiet — wenn sie im Rahmen der Hoheitsverwaltung fungieren — Subjekte der Befangenheit sein können.

Es steht hier nicht zur Debatte, ob die menschlichen Repräsentanten dieser Subjekte öffentlicher Verwaltung (Organ- bzw. Amtswalter) befangen sein können. Dies ist bereits bejaht worden⁵. In diesen Fällen ist nicht das jeweilige Subjekt öffentlicher Verwaltung als solches befangen; es kann weiterhin durch einen Vertreter seines befangenen Repräsentanten tätig werden. Gefragt ist vielmehr, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen selbst Subjekte der Befangenheit sein können⁶.

¹ Dies trifft z. B. zu für das Land Nordrhein-Westfalen. Die §§ 7, 27, 28 der GO für Nordrhein-Westfalen v. 28. 10. 1952 begründen die „Allzuständigkeit“ des Rates. § 28: „Der Rat der Gemeinde ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig“. S. GERHARD, Selbstverwaltung im Lande Nordrhein-Westfalen S. 9 Anm. zu § 7. OVG Münster, Urteil v. 14. 6. 1950, in: DVBl. 1951 S. 151 ff. (152). Das gleiche gilt für die Länder Niedersachsen, Bayern, Baden-Württemberg. Einzelheiten s. in: PETERS, Handbuch, Bd. I, S. 106 f. Jedoch nimmt z. B. der Gemeinderat in Nordrhein-Westfalen nur einen bestimmten in der GO aufgeführten Teil der Verwaltungsangelegenheiten ausschließlich selbst wahr. Im übrigen macht er — soweit nicht schon bestimmte Verwaltungsgeschäfte durch die GO auf den Gemeindevorstand übertragen worden sind — weitgehend von seinem Delegationsorgan des Rates übertragen worden sind — weitgehend von seinem Delegationsorgan Gebrauch und überträgt die Verwaltungsangelegenheiten auf den Gemeindevorstand und damit die Verwaltungsbeamten und -angestellten als Amtswalter der Exekutive. S. GERHARD, Selbstverwaltung im Lande Nordrhein-Westfalen S. 9, 10 (Anm. zu § 7), S. 32 (Anm. zu § 28).

² HERRNRITT, Verwaltungsverf. S. 50; RITTEL, Interessenkollision S. 23; s. ferner die GOen der Länder, z. B. §§ 30, 23 GO für Nordrhein-Westfalen. — So nehmen z. B. die aus Mitgliedern der Gemeindeparlamentare zusammengesetzten Beschlüssausschüsse in Nordrhein-Westfalen usw. hoheitliche Verwaltungsfunktionen wahr. S. WOLFF, Beschlüssausschüsse S. 303.

³ S. o. S. 27 ff.

⁴ S. o. S. 52 Anm. 1.

⁵ Beispiele z. u. S. 65 ff.

⁶ Diese Frage ist bisher im Schrifttum kaum erörtert worden. S. jedoch vor allem bejahend v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 81 ff.; ders., Verwaltungsrecht S. 125. S. ferner WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 IV b, der allerdings nur Behörden erwähnt. Eine ablehnende Haltung nimmt für das österr. Verwaltungsrecht ein: MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 635. Vgl. auch die Entscheidung des BVerfG. in: NJW 1954 S. 833.

Wenn Schrifttum und Rechtsprechung diese Frage für bestimmte Behörden, nämlich Gerichte oder Richterkollegien, einhellig verneinen⁷, so ist damit noch nichts über die Möglichkeit der Befangenheit bei den Subjekten öffentlicher Verwaltung ausgesagt. Das Fehlen eines gesetzlichen Handlungsverbots wegen Befangenheit für ganze Gerichte oder Richterkollegien beruht auf einer für die Rechtsprechung typischen Situation: Die Gerichte verfolgen im allgemeinen kein bestimmtes eigenes Interesse, sie stehen als „Dritte“ und „Diener der Gerechtigkeit“ „außerhalb des alltäglichen Lebensablaufs“. Die Subjekte öffentlicher Verwaltung hingegen, welche vorwiegend dem öffentlichen Interesse dienen, befinden sich häufig genug im Brennpunkt der Tagesereignisse. Dabei geraten sie oft in Widerspruch zu den Privatinteressen der Staatsbürger⁸. Da sie von Menschen getragen sind, besteht nicht nur ständig die Gefahr, daß die ihnen gegebenen Machtbefugnisse nicht ihrem Zweck entsprechend im öffentlichen Interesse, d. h. für die Gemeinschaft der Staatsbürger in ihrer Gesamtheit oder zum Gemeinwohl (bonum commune) eingesetzt werden, sondern für einzelne Bürger oder Gruppen von ihnen und daß folglich die übrigen grundlos und ungerechtfertigt benachteiligt werden⁹. Hinzu tritt die Möglichkeit, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im eigenen Interesse, die Behörden oder Dienststellen in ihrem eigenen¹⁰ oder im Interesse derjenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts tätig werden können, als deren Organe sie auftreten, und daß dabei das wahrzunehmende öffentliche Interesse hintangestellt wird. Dies droht z. B. dann, wenn die hoheitliche Verwaltungsmaßnahme eines Subjekts öffentlicher Verwaltung eine Angelegenheit betrifft, an der es selbst oder die von ihr vertretene juristische Person des öffentlichen Rechts als Träger(in) nichthoheitlicher oder fiskalischer Rechte beteiligt ist¹¹. Hier ist das entsprechende Subjekt öffentlicher Verwaltung befangen, denn die bestehende Kollision zwischen öffentlichem und nichtöffentlichem oder fiskalischem Interesse ruft die objektiv begründete Gefahr hervor, das Subjekt öffentlicher Verwaltung werde sachfremde, außerhalb der zu vollziehenden Hoheitsfunktion liegende Motive berücksichtigen und zum eigenen Vorteil

⁷ Vgl. statt vieler: v. BRAUCHITSCH, Preussische Verwaltungsgesetze Bd. I S. 41; HATSCHER-KURTZIG, Verwaltungsrecht S. 375; v. BITTER, Handwörterbuch I, Bd. S. 5; HERRNRITT, Verwaltungsverfahren S. 51; MENER, Verfahrensrechtliche Grundsätze S. 699; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. I A und Überblick vor § 41; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84. RG in: JW 35, 2894 (st. Rpr.); OVG 39, 440 ff. (451); 49, 5 ff. (9); 58, 463; OVG in: PrVBl. 36 Jahrg. S. 717.

⁸ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82.

⁹ Vgl. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 81.

¹⁰ Hierzu s. WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 IV u. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83 f.

¹¹ Im Einzelnen werden die Befangenheitsgründe für die hoheitliche Verwaltungsfunktionen ausübenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen auf S. 81 ff. aufgezählt.

dazu gehört die Ermöglichung und Erhaltung eines geordneten Ablaufs des Staatslebens — verhindern²¹.

Trotz dieser Ausnahme muß aber das von der Gerechtigkeit her geforderte Handlungsverbot bei Befangenheit auch bei der Staatstätigkeit eine möglichst weitgehende Berücksichtigung finden. Dies ist auf dem Wege möglich, daß wenigstens jede staatliche Behörde von ihm betroffen wird. So darf z. B. eine staatliche Behörde, die sachlich und örtlich zuständig ist, bestimmte nichthoheitliche oder fiskalische Verwaltungsangelegenheiten des Staates wahrzunehmen, immer dann nicht hoheitlich tätig werden, wenn der Gegenstand des hoheitlichen Verfahrens zugleich die von ihr wahrzunehmenden nichthoheitlichen oder fiskalischen Interessen des Staates betrifft. In diesem Fall muß die betreffende Hoheitsmaßnahme von einer sachlich oder örtlich entfernten Behörde vorgenommen werden. Hierdurch wird „die Entscheidung in eigener Sache durch allzu nahe mit ihr verbundene Stellen vermieden“ und damit die „Garantie wenigstens für eine gewisse Objektivität“ des Verwaltungshandelns gegeben²². Dem Staatsbürger und seinen Vereinigungen aber, die sich dennoch bei der Hoheitsmaßnahme durch sachfremde Motive benachteiligt fühlen sollten, bleibe die Möglichkeit, die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung anzurufen²³.

§ 17. Inkompatibilität und das Entstehen von Subjekten der Befangenheit

Nach Artikel 137 Abs. 1 des Grundgesetzes kann die Wählbarkeit von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes im Bund, in den Ländern und den Gemeinden gesetzlich beschränkt werden²⁴. Eine entsprechende gesetzliche Einschränkung der Wählbarkeit stellen § 57 des Bundesbeamtengesetzes für die Bundesbeamten und die entsprechen-

²¹ Über die Bedeutung des Gemeinwohls und ihr Verhältnis zur Gerechtigkeit vgl. PIEPER, Gerechtigkeit S. 75 f., 78 f., 94, 97 f., 102 ff., bes. S. 78/79, 94, 100; HERDERS Bildungsband Sp. 569, 646; s. auch WOLFF, Verwaltungsrecht § 29: „Das öffentliche Interesse“.

²² v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84, 85. — Die Vertretung einer befangenen staatlichen Behörde durch eine andere kann selbstverständlich dort versagen, wo das Staatsgebilde sehr klein ist und die für eine sinnvolle Vertretung notwendige Entfernung zwischen den staatlichen Behörden fehlt. So konnte das Bundesverfassungsgericht (NJW 1954 S. 833) in dem ihm vorliegenden Fall, wo die oberste Landesbehörde Bremens, des kleinsten Landes der Bundesrepublik, zugleich als Fiskus und Hoheitsträger in einer bestimmten Angelegenheit aufgetreten war, auch kaum den Verstoß gegen ein Handlungsverbot wegen Befangenheit annehmen und eine andere Entscheidung fällen. S. hierzu v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 85.

²³ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 85.
²⁴ Eine Beschränkung der Wählbarkeit von Arbeitern des öffentlichen Dienstes ist in Art. 137 Abs. 1 GG nicht vorgesehen und auch demgemäß in dem Anschluß an Art. 137 Abs. 1 GG erlassenen Wahlgesetzen nicht erfolgt. Vgl. FISCHBACH, BBG S. 411.

den gesetzlichen Vorschriften der Beamtengesetze der Länder²⁵ für die Landesbeamten in Aussicht.

Durch das Gesetz über die Rechtsstellung der in den Deutschen Bundestag gewählten Angehörigen des öffentlichen Dienstes vom 4. 8. 1953²⁶ ist diese vorgesehene gesetzliche Beschränkung der Wählbarkeit teilweise verwirklicht worden. Nach ihm treten die in den Bundestag gewählten Beamten (§ 1) mit Annahme der Wahl in den Ruhestand. Für Angestellte des öffentlichen Dienstes gelten entsprechende Vorschriften (§§ 3, 6). Umgekehrt sind nach § 28 Ziffer 2 des Bundesbeamtengesetzes Bundesbeamte zu entlassen, wenn sie zur Zeit ihrer Ernennung bereits Mitglieder des Bundestages waren und nicht innerhalb der von der obersten Dienstbehörde gesetzten angemessenen Frist ihr Mandat niedergelegt haben²⁷. Das Gleiche gilt nach den entsprechenden Bestimmungen der Länderbeamtengesetze für Landesbeamte, die zur Zeit ihrer Ernennung Mitglieder des Bundestages waren, ferner für Landesbeamte, die bei ihrer Ernennung Mitglieder des Landtages waren und deren Wählbarkeit zum Landtag durch Landesgesetz beschränkt war²⁸. Eine weitere Beschränkung der Wählbarkeit von Beamten enthält § 12 des Gesetzes über Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes²⁹, wonach Mitglieder des Rechnungshofes dem Bundestag, Bundesrat, der Bundesregierung und den entsprechenden Organen der Länder nicht angehören dürfen.

Wie diese Regelungen legen bestimmte Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder³⁰ bzw. der Kommunalwahlgesetze³¹ fest, daß das Dienstverhältnis der kommunalen Beamten und Angestellten endet, wenn sie in eine kommunale Vertretungskörperschaft gewählt worden sind und diese Wahl angenommen haben. Weiterhin finden sich in den Gemeindeordnungen eine Reihe von Bestimmungen, wonach bestimmte Gemeindebeamte nicht zugleich ein zweites Amt wahrnehmen können. So kann z. B. ein „anweisungsberechtigter Gemeindebeamter“ nicht gleich-

²⁵ Z. B. § 68 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen.

²⁶ BGBl. I/777.

²⁷ Hierdurch wird dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Teilung der Staatsgewalten (hier Trennung von Exekutive und Legislative) Rechnung getragen. — Wohl ist jedoch die Mitgliedschaft eines Bundesbeamten in einem Landtag oder in einem Gemeindeparlament möglich. Vgl. § 89 Abs. 3 BBG; FISCHBACH, BBG S. 285, 413.

²⁸ S. z. B. § 42 Abs. 3 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen i. Verb. mit Art. 46 Abs. 3 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. 6. 1950 (GVBl. S. 127) in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung des Art. 46 der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 11. 5. 1954 (GVBl. S. 131). — Ein Landesbeamter kann wohl gleichzeitig ein Mandat in der Vertretungskörperschaft einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder einer sonstigen Aufsicht des Landes unterstehender Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts ausüben. Vgl. § 100 Abs. 3 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen.

²⁹ BGBl. S. 765.

³⁰ Z. B. § 29 der GO für Baden-Württemberg vom 25. 7. 1953.

³¹ Z. B. § 13 des Gesetzes über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen i. d. Fassung der Bekanntmachung vom 12. 6. 1954 (GVBl. S. 226).

entscheiden. Das aber würde einen Verstoß gegen das in einem Rechtsstaat auch die Subjekte öffentlicher Verwaltung bindende Gerechtigkeitspostulat der Sachgemäßheit von Verwaltungshandlungen darstellen.

Die Absicht des Gesetzgebers, derartige für den Rechtsstaat bedenkliche Situationen zu verhindern, kam in der Spezialbestimmung des § 59 des preußischen Landesverwaltungsgesetzes von 1893 zum Ausdruck. Sie stellte für das Beschlußverfahren — also eine bestimmte Art des Verwaltungsverfahrens¹⁸ — ein Handlungsverbot auf, wonach eine große Zahl von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in Preußen — nämlich die Land- und Stadtkreise — dann nicht durch ihre Beschlußbehörden entscheiden durften, wenn sie an der zu regelnden Angelegenheit „als solche beteiligt“ waren. Es hatte dann ein von der vorgesetzten staatlichen Dienststelle bestimmter anderer Beschlußausschuß zu entscheiden¹⁹. Derartige „Entscheidungen in eigener Sache“ erschienen also schon damals dem Gesetzgeber als mit einer „sauberen und objektiven Verwaltungsführung“ unvereinbar²⁰. Daß der Gesetzgeber auch heute noch dieser Auffassung ist, zeigt der sich an § 59 preuß. LVG anlehrende § 10 des Ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung im Lande Nordrhein-Westfalen vom 23. 7. 1957²¹. Er bestimmt, daß ein anderer Beschlußausschuß zuständig ist, wenn „die Körperschaft, von welcher der Beschlußausschuß gebildet ist, an dem Verfahren als Trägerin von privaten Rechten beteiligt“ ist. Das Gesetz erkennt hier zweifellos die Möglichkeit an, daß nicht nur bei natürlichen Personen als Amtswaltern, sondern auch bei Subjekten öffentlicher Verwaltung Interessenkollisionen auftreten und daß sie Subjekte der Befangenheit sein können²². Es dürfte schwer möglich sein, das, was der Gesetzgeber hier für einen Teil der Subjekte öffentlicher Verwaltung in einem bestimmten Land der Bundesrepublik verbieten zu müssen glaubte, bei den anderen zum Schaden der Staatsbürger und der von ihnen gebildeten Vereinigungen für erlaubt zu halten²³. Man kann es daher nur als

¹⁸ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84; WOLFF, Beschlußausschüsse S. 291 Anm. 1, S. 303.

¹⁹ Zu § 59 preuß. LVG im Einzelnen: JEBENS, Ausschließung S. 321-323; v. BRAUCHITSCH, Preußische Verwaltungsgesetze Bd. I S. 38; PETERS, Landesverwaltung S. XXXVII. Beispiele aus der Rechtsprechung des preuß. OVG s. u. S. 82.

²⁰ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.

²¹ GVBl. 1957 S. 189 ff.

²² S. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83, allerdings nur für § 59 preuß. LVG; ferner JEBENS, Ausschließung S. 322: „Als eigenartig darf auch diese Bestimmung (§ 59 LVG) insofern bezeichnet werden, als wenigstens für eine auf Besorgnis der Befangenheit gegründete Ablehnung im allgemeinen nur gegenüber einzelnen richterlichen Personen — nicht auch gegenüber Spruchkollegien — Raum ist“.

²³ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84: „Wenn aber im Jahre 1893 dem Gesetzgeber solche Entscheidungen in eigener Sache als mit einer sauberen und objektiven Verwaltungsführung unvereinbar erschienen, dürfte es schwer sein, im Jahre 1955 einen dem Staatsbürger ungünstigeren Standpunkt einzunehmen“.

konsequente Weiterentwicklung begrüßen, wenn § 5 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens im Lande Niedersachsen vom 21. 9. 1954 ein Handlungsverbot nicht nur für die Beschlußbehörden, sondern für alle Verwaltungsbehörden des Landes vorsieht²⁴.

Für die These, daß auch die Subjekte öffentlicher Verwaltung befangen sein können, spricht schließlich, daß diese, vor allem aber die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, eine immer stärkere rechtliche Angleichung an die juristischen Personen des Zivilrechts und damit „wegen der weithin gleichartigen Behandlung aller Zivilrechtspersonen an die natürlichen Personen“ erfahren haben²⁵. Dies ist eine Konsequenz der Entwicklung des Staates vom Polizei- zum Rechtsstaat, der nicht nur die natürlichen Personen, sondern auch die Subjekte öffentlicher Verwaltung unter die Idee der Gerechtigkeit stellt.

Wenn wir demnach zu dem Ergebnis kommen, daß auch die hoheitliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen des Bundesgebietes Subjekte der Befangenheit sein können, so ist dem mit v. TUREGG²⁶ für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Einschränkung hinzuzufügen: Nur unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts können bei Hoheitsakten befangen sein und dementsprechend von einem Handlungsverbot getroffen werden. „Der Staat aber ist von diesem Verbot ausgenommen“.

Diese Ausnahme rechtfertigt sich aus folgenden Gründen: Ein für den Staat als solchen bestehendes Handlungsverbot würde für das Staatsleben unerträgliche Folgen haben. Da er bei innerstaatlichen Handlungen nicht durch ein anderes Staatsgebilde vertretbar oder ersetzbar ist, würde ein solches Verbot bedeuten, daß z. B. überall dort keine staatlichen Hoheitsmaßnahmen durchgeführt werden dürften, wo der Staat nicht-hoheitliche oder fiskalische Verwaltung ausübt. Das wäre aber für den Bereich der Staatsverwaltung „der Tod dieser Verwaltungsformen“²⁷. Zugleich würde dies zu einer verhängnisvollen Lähmung der Staatstätigkeit führen, da der Staat in großem Rahmen fiskalisch tätig ist. Eine derartige Konsequenz darf das Handlungsverbot bei Befangenheit aber nicht haben. Denn, wenn dieses Institut die Herstellung eines gerechten Zustandes im Staate bezweckt, so darf es dabei nicht die Verwirklichung des Gemeinwohls als eines der wesentlichen Zwecke des Staates — und

²⁴ Vgl. S. 26.

²⁵ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84. Er führt als Beispiel an, (S. 83), daß die verschiedenen Verwaltungsgerichtsordnungen „teils Subjekte des öffentlichen Rechts, teils Behörden als passiv legitimiert“ ansehen. Dabei wird nicht übersehen (S. 84), daß die Hoheitsträgereigenschaft der Subjekte öffentlicher Verwaltung gegen eine allzu starke Angleichung spricht. „Die Lösung des Spannungsverhältnisses“ obliegt „in erster Linie der Rechtsprechung“.

²⁶ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84, 85.

²⁷ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.

zeitig die Stellung eines Kassenverwalters oder seines Stellvertreters innehaben²²; der Leiter und die Prüfer des Rechnungsprüfungsamtes können nicht gleichzeitig Mitglieder des Gemeindeparlamentes sein und dürfen eine andere Stellung in der Gemeinde nur bekleiden, wenn dies mit ihren Prüfungsaufgaben vereinbar ist²³. Schließlich dürfen z. B. nach der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen Gemeindedirektoren und Beigeordnete sowie Beigeordnete untereinander nicht verheiratet oder bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sein (§ 50)²⁴. Das Gleiche gilt für den Kassenverwalter und seinen Stellvertreter im Verhältnis zum Gemeindedirektor, zum Kämmerer oder zu den sonst für das Finanzwesen zuständigen Beamten sowie zum Leiter und zu den Prüfern des Rechnungsprüfungsamtes (§ 96 Abs. 3) und für den Leiter des Rechnungsprüfungsamtes im Verhältnis zum Bürgermeister, Gemeindedirektor, Kämmerer sowie zum Kassenverwalter und zu seinem Stellvertreter (§ 101 Abs. 3)²⁵.

In all diesen Fällen — deren Aufzählung allerdings keine Vollständigkeit beansprucht²⁶ — bestimmt der Gesetzgeber, daß die Eigenschaft eines Amtswalters der öffentlichen Verwaltung unvereinbar (inkompa-

²² Z. B. § 96 Abs. 3 der GO f. d. Land Nordrhein-Westfalen.

²³ Z. B. § 101 Abs. 1 der GO f. d. Land Nordrhein-Westfalen.

²⁴ Vgl. die entsprechende Regelung in §§ 46, 51 der GO für Baden-Württemberg.

²⁵ Die letztgenannten Bestimmungen werden häufig als Vorschriften gegen „Vetternwirtschaft“ bezeichnet. S. z. B. SCHATTENFROH, DGO S. 160; BRAND, DBG S. 120. — Ähnlichkeit mit den übrigen bisher genannten Bestimmungen weisen § 65 BBG und z. B. § 76 des Beamtengesetzes von Nordrhein-Westfalen auf. Danach bedarf ein Beamter zur freiwilligen Übernahme eines Nebenamtes (i. S. des BGB) oder einer bestimmten zeitlichen Nebenbeschäftigung der vorherigen Genehmigung der obersten Dienstbehörde. Diese darf die Genehmigung versagen, wenn zu besorgen ist, daß die Nebentätigkeit die dienstlichen Leistungen, die Unparteilichkeit oder die Unbefangenheit des Beamten oder andere dienstliche Interessen beeinträchtigen würde. Ergibt sich eine solche Beeinträchtigung nach Erteilung der Genehmigung, so ist diese zu widerrufen²⁷. Auch hier sind also Nebenamt oder Nebenbeschäftigung in bestimmten Fällen mit der hauptamtlichen Tätigkeit eines Beamten unvereinbar.

²⁶ Weitere hier nicht näher zu behandelnde Fälle gesetzlich festgelegter Inkompatibilität finden sich z. B. in Art. 55 GG für den Bundespräsidenten und in Art. 66 GG für den Bundeskanzler und die Bundesminister. — Über die Inkompatibilität der Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat s. SCHÄFER, Bundesrat S. 37 f. und vor allem PARTSCH-GENZER, Inkompatibilität S. 186 ff. Diese Inkompatibilität ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich festgelegt. Als einzige Landesverfassung hat die von Nordrhein-Westfalen in Art. 64 Abs. 4 ausdrücklich bestimmt, daß ein Mitglied der Landesregierung nicht gleichzeitig Mitglied des Bundestages (oder der Bundesregierung) sein kann und damit zugleich die Inkompatibilität der Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat bejaht. Nach PARTSCH-GENZER, a. a. O. S. 196 ergibt sich die Inkompatibilität der Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat auch ohne gesetzliche Festlegung daraus, daß „Bundestag einerseits und Bundesrat andererseits als selbständige gesetzgebende Körperschaften anzusehen sind, welchen bestimmte Gegengewichtsfunktionen obliegen, die durch eine Kompatibilität illusorisch gemacht werden würden“. Der Bundestag ist die „polare Ergänzung des Bundesrates“.

ribel) ist mit der gleichzeitigen Zugehörigkeit zum Bundestag, zu einem Landtag oder zu den kommunalen Vertretungskörperschaften, mit der gleichzeitigen Wahrnehmung der Zuständigkeiten bestimmter anderer Verwaltungsorgane oder -ämter sowie mit dem Vorliegen bestimmter Umstände.

Die gesetzliche Festlegung der Inkompatibilität soll unter anderem²⁸ verhüten, daß ein Amtswalter durch die Überschneidung zweier Wirkungskreise oder das Vorliegen bestimmter Umstände in einen Interessenkonflikt gerät²⁹ und daß dadurch die Sachgemäßheit seines Handelns in Frage gestellt wird. Sie dient damit dem Zweck, das Entstehen gewisser besondersartiger Subjekte der Befangenheit und folglich auch das Entstehen spezifischer Befangenheitsgründe von vornherein, gewissermaßen „ab ovo“ auszuschalten, indem sie den Eintritt bestimmter Situationen unmöglich macht, in denen der Amtswalter notwendig, „naturgemäß“ oder doch wenigstens typischerweise in einen Interessenkonflikt käme und damit befangen wäre.

Aus der Tatsache, daß sich die Inkompatibilität bereits in einem Stadium auswirkt, in welchem die Befangenheit noch gar nicht aktuell ist, ergibt sich, daß es sich bei der Inkompatibilität und dem Handlungsverbot bei Befangenheit zwar um wesensverwandte, aber doch um unterschiedliche rechtliche Erscheinungen handelt. Dies wird bestätigt durch die Beamtengesetze und Gemeindeordnungen, die ihnen in jeweils besonderen Bestimmungen eine unterschiedliche Regelung zuteil werden lassen. Aus diesem Grunde kann hier — wo nur Inhalt und Bedeutung der Befangenheit für das Verwaltungsverfahren untersucht werden — dieser Hinweis auf das Wesen der Inkompatibilität genügen.

§ 18. Inhalt und Umfang der typischen Befangenheitsgründe für das Verwaltungsverfahren

Nach der Bestimmung der möglichen Subjekte der Befangenheit erfordert die Ableitung eines ungeschriebenen Rechtmesssatzes aus dem gefundenen besonderen Rechtsgrundsatz nunmehr die Konkretisierung des Begriffs der „Umstände“, die objektiv geeignet sind, Mißtrauen gegen das sachgemäße, unparteiliche Verhalten eines Amtswalters oder eines Subjekts öffentlicher Verwaltung zu rechtfertigen. Das heißt, es sind Inhalt und Umfang der typischen Befangenheitsgründe festzulegen,

²⁸ Die gesetzlich festgelegte Inkompatibilität soll z. B. auch die dienstliche Leistung des Beamten sicherstellen, die i. d. R. durch die gleichzeitige Wahrnehmung zweier Aufgabenbereiche und die damit verbundene Arbeitsüberlastung beeinträchtigt werden könnte. Vgl. hierzu FISCHBACH, BBG S. 411.

²⁹ Vgl. SCHATTENFROH, DGO S. 158; PARTSCH-GENZER, Inkompatibilität S. 197/198, 204.

deren Vorliegen im Verwaltungsverfahren ein Handlungsverbot für das jeweilige Subjekt der Befangenheit auslöst.

I. Allgemeine Voraussetzungen der Befangenheit

A. Vorliegen einer hoheitlichen Amtshandlung

Voraussetzung der Befangenheit im Verwaltungsverfahren ist zunächst, daß ein bestimmtes Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der für dieses Subjekt handelnde Amtswalter örtlich und sachlich zuständig ist, ein gewisses Verwaltungsverfahren durchzuführen, d. h. in einem konkreten Fall aufgrund von Verwaltungsrechtssätzen hoheitliche Amtshandlungen zu erledigen⁴⁵.

Der Begriff der hoheitlichen Amtshandlung ist weit zu ziehen. Er umfaßt „Wissensäußerungen“, „deren Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Erklärenden eintreten, deren Zweck sich also in der Äußerung erschöpft“ (z. B. Mitteilungen mit Rechtsfolgen, Beurkundungen), ferner „Willenserklärungen“, „deren Zweck in der Herbeiführung einer Rechtsfolge liegt“. Hierzu gehören insbesondere die „regelnden Willenserklärungen“ oder Anordnungen, „die eine einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Willenserklärung enthalten“, mögen sie sich intern an die nachgeordneten Verwaltungsorgane und -ämter richten oder extern allgemeine oder besondere Gewaltverhältnisse regeln⁴⁶. Vornehmlich wird es sich jedoch bei den hoheitlichen Amtshandlungen des Verwaltungsverfahrens um eine bestimmte Art von Anordnungen, nämlich um den Erlaß von Verwaltungsakten handeln⁴⁷. Verwaltungsakte sind einseitige hoheitliche Aussprüche, die auf besondere, konkrete Einzelfälle gerichtet sind⁴⁸ und durch die den der öffentlichen Gewalt Unterworfenen „etwas geboten oder verboten, erlaubt oder versagt wird, Rechtsverhältnisse gestaltet oder Feststellungen getroffen werden“⁴⁹.

⁴⁵ Vgl. o. S. 12, 13, 15. — Es muß sich dabei um konkrete Amtshandlungen handeln. Nicht hierher gehört deshalb der Erlaß von abstrakten Hoheitsakten wie z. B. von Verordnungen oder Satzungen, die unbestimmt viele Sachverhalte betreffen. Der Grund hierfür ergibt sich aus den Ausführungen u. auf S. 67 f.

⁴⁶ Die Einteilung und Terminologie der hoheitlichen Amtshandlungen folgt der von WOLFF, Verwaltungsrecht § 42 II b, c; s. auch FISCHBACH, BBG S. 417 f.

⁴⁷ MERKL, Verwaltungsrecht S. 221 f.; „Das Schlußstadium des Verfahrens bildet die Setzung eines Verwaltungsaktes“.

⁴⁸ Vgl. statt vieler: FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 185 ff. (187/188); WOLFF, Verwaltungsrecht § 46.

⁴⁹ WOLFF, Verwaltungsrecht § 46. Vom Gesetzgeber ist der Begriff des Verwaltungsaktes in § 25 Abs. 1 der VO Nr. 165 der Mil.-Reg. definiert worden als „jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird“. Als Verwaltungsakte sind auch die Regelungen anzusehen, die in sog. besonderen Gewaltverhältnissen getroffen werden; z. B. Ernennungen, Beförderungen, Zur-Ruhestellungen und Entlassungen von Beamten. S. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 170; FISCHBACH, BBG S. 417; WOLFF, Verwaltungsrecht § 46 VI.

Unzweifelhaft nehmen diejenigen Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. Amtswalter eine hoheitliche Amtshandlung vor, welche nach außen hin erkennbar selbsttätig und alleinverantwortlich unmittelbar anordnen und entscheiden. Dasselbe gilt für diejenigen, welche eine derartige Entscheidung zwar nicht allein treffen, jedoch an ihr unmittelbar entscheidend mitwirken⁵⁰.

Von der Willensbildung des diese unmittelbare Entscheidung treffenden oder an ihr unmittelbar mitwirkenden Amtswalters hängt es letztlich ab, ob im Einzelfall eine sachgemäße und gerechte hoheitliche Maßnahme zustande kommt oder nicht.

Nicht hierher gehören deshalb die Fälle, in denen das zuständige Subjekt bei der Durchführung der Verwaltungshandlung (etwa durch Gesetz oder genau umschriebene Weisung) in jeder Hinsicht völlig gebunden ist. Denn dann bleibt kein Raum für eine die Entscheidung tragende und beeinflussende eigene Willensbildung und folglich besteht auch keine Möglichkeit zu einer unsächlichen, parteiischen Einflußnahme.

Ebenfalls scheiden für die nachfolgenden Untersuchungen diejenigen Amtshandlungen in der Regel als unerheblich aus, welche einen unmittelbaren Entscheid lediglich vorbereiten oder welche für ihn nur von mittelbarem Einfluß sind⁵¹. Zu der vorbereitenden Tätigkeit gehören z. B. alle der Entscheidung dienenden bloß mechanischen Hilfeleistungen wie Registratur-, Schreibe- und Botendienste usw.⁵². Zur mittelbaren Mitwirkung ist z. B. die der Entscheidung vorausgehende Beratung zu rechnen, Vorbereitende und mittelbare Mitwirkung werden im allgemeinen der Sachgemäßheit der abschließenden Entscheidung durch den zuständigen und für sie verantwortlich zeichnenden Amtswalter nicht im Wege stehen.

⁵⁰ KERL-WEIDEMANN, DGO S. 237; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 204/205; GROBER, Steuerrecht S. 1010; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 367; RITTEL, Interessenkollision S. 23; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 81, 83; RIEWALD, RabGO S. 325; KUHN, RabGO § 67 Anm. 4; FISCHBACH, BBG S. 417, 418; HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, RabGO § 67 Erl. 4.

⁵¹ S. ferner § 67 RabGO; § 18 GO für Bad.-Württ.; § 23 GO für Nordrh.-Westf.; § 22 GO für Schlesw.-Holst. Reichsfinanzhof, Urteil v. 27. 10. 1923, in: „Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs“ 17. Bd. S. 254 ff. Unmittelbar entscheidet z. B., wer eine Erlaubnis oder Genehmigung erteilt bzw. versagt, wer Beamte ernannt, anstellt oder befördert usw.

Die unmittelbar entscheidende Mitwirkung von Amtswaltern kommt besonders deutlich zum Ausdruck bei den den Charakter von Verwaltungsakten tragenden Kollegialbeschlüssen der Beschlüssausschüsse (s. WOLFF, Beschlüssausschüsse S. 303). An ihnen wirken die Mitglieder der Beschlüssausschüsse unmittelbar entscheidend mit.

⁵² NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 204/205; GROBER, Steuerrecht S. 1010; KUHN, Reichsabgabenordnung § 67 Anm. 4; a. A. SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 373. Vgl. auch u. S. 70.

⁵³ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 204; GROBER, Steuerrecht S. 1010; BOCHALLE, Landesbeamtengesetz S. 131; AREND, Beamtengesetz S. 29; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 325; FISCHBACH, BBG S. 417; HÜBSCHMANN-HEPP-SPITALER, Reichsabgabenordnung § 67 Erl. 4.

Anders jedoch, wenn die vorbereitende oder mittelbare Beteiligung auf die hoheitliche Entscheidung maßgebenden Einfluß ausübt; wie z. B. der Entwurf einer Entscheidung; die Durchführung von Ermittlungen, so etwa in Steuersachen die Ermittlungen, die der Steuerfestsetzung vorausgehen; der Personalvorschlag und die Empfehlungen einer der Ernennungsbehörde nachgeordneten Behörde⁴⁴. Auch eine Beratung kann die Entscheidung bereits wesentlich festlegen, so daß die Entscheidung selbst lediglich einen die Beratung „bestätigenden Akt“ darzustellen scheint, wie dies z. B. bei den Beschlüssen der Gemeindevertretungen, ihrer Ausschüsse und speziell der Beschlüssausschüsse der Fall ist⁴⁵. Hier hängt die Gerechtigkeit einer Entscheidung auch von der Sachgemäßheit der vorbereitenden bzw. mittelbaren Mitwirkung ab.

B. Vorliegen eines objektiven Befangenheitsgrundes

Eine weitere allgemeine Voraussetzung der Befangenheit im Verwaltungsverfahren liegt darin, daß bei dem zuständigkeitsgemäß unmittelbar hoheitlich entscheidenden Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. Amtswalter im konkreten Einzelfall des Tätigwerdens ein bestimmter Grund zur Befangenheit gegeben sein muß. Dieser Grund kann nicht beliebiger Art sein. Er muß vielmehr — vom Standpunkt eines erfahrenen und besonnenen Menschen aus — objektiv geeignet sein, daß Mißtrauen oder die Befürchtung hervorzurufen, das Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der Amtswalter werde nicht sachgemäß oder unparteiisch verfahren⁴⁶. Gleichgültig ist es dabei, ob das Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der Amtswalter tatsächlich beabsichtigt, unsachlich oder parteiisch zu handeln oder ob eine solche Absicht fehlt. Die objektive Möglichkeit, der objektiv begründete Anschein unsachlichen Verhaltens genügt zur Erfüllung des Tatbestandes der Befangenheit;

⁴⁴ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 304; GROBER, Steuerrecht S. 1011; FISCHBACH, BBG S. 417.

⁴⁵ Daraus erklärt es sich, daß die GOen der Länder das Handlungsverbot bei Befangenheit auch auf die Teilnahme an den Beratungen der Gemeindevertretungen erstrecken. Vgl. z. B. §§ 23, 30 GO für Nordrh.-Westf. S. auch die entsprechenden Vorschriften in den Gesetzen und VOen über die Tätigkeit der Beschlüssausschüsse, z. B. § 20 niederr. VVG. Sie schließen die befangenen Mitglieder der Beschlüssausschüsse von Entscheidung und Beratung aus. — Vgl. auch § 67 Abs. 2 RABG O. S. KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 230; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 367; RITTEL, Interessenkollision S. 23; KUNZE-SCHMID, GO S. 147.

⁴⁶ Vgl. o. S. 49 ff. — S. JEBENS, Ausschließung S. 302, 323; GUILLAUME, Beteiligung S. 182, 183; BRAND, DBG S. 119; FREYTAG, Bem. zum Urteil des Thür. OVG Jena, NJW 1947/48 S. 399; MENGER, Verfahrensrechtl. Grundsätze S. 499; HAUEISEN, Interessenkollision S. 776; ROSENBERG, Befangenheit S. 214; HANS, Offentl. Recht S. 61. — OVG Bd. 32 S. 302; 38/225 f.; 84/308; 97/252; 99/199; hess. VGH, Urteil v. 20. 10. 1948, I a; DV S. 76, 77. — Vgl. auch RG I n: JW 1910/110; OLG 15/68; 25/61; 31/15; Großer Disziplinarsenat des RG v. 18. 5. 1927, amtl. Sammlung 188 (I. Nachtrag).

denn auch der nur äußere Schein von Unlauterkeit muß bei hoheitlichen Amtsgeschäften vermieden werden⁴⁷.

Befangenheit liegt dagegen nicht vor, wenn — wie bereits oben⁴⁸ ausgeführt — der von der hoheitlichen Handlung Betroffene gegenüber dem Subjekt öffentlicher Verwaltung oder einem Amtswalter bloß den Verdacht mangelnder Objektivität hegt, dieser aber einer kritischen Untersuchung nicht standhält⁴⁹. Denn nur ein objektiv gegebener Befangenheitsgrund bedeutet eine Gefährdung des Gerechtigkeitspostulates der Sachgemäßheit und damit eine drohende Beeinträchtigung der Gerechtigkeit selbst; nicht aber ein persönliches Mißtrauen, das lediglich in der subjektiven Vorstellungswelt eines Beteiligten wurzelt.

Die Amtswalter, deren Befangenheit nach den vorstehenden Erörterungen von Belang sein kann, sollen im Folgenden als „Organwalter“ (i. w. S.) bezeichnet werden.

II. Typische Befangenheitsgründe

A. Zunächst sind die *typischen Befangenheitsgründe für individuelle natürliche Personen als Verwaltungsorganwalter* darzustellen.

1. Sie können einmal auf den persönlichen Beziehungen des Organwalters zum Gegenstand des von ihm wahrzunehmenden Verwaltungsverfahrens beruhen.

a) Eine solche Befangenheit begründende Beziehung zum Verfahrensgegenstand liegt unter anderem dann vor, wenn die Amtshandlung die *persönlichen Sonderinteressen* des Organwalters berührt, d. h., wenn sie ihm selbst einen persönlichen Sondervorteil oder Sondernachteil bringen kann⁵⁰. Hier steht das vom Organwalter im Einzelfall wahrzunehmende öffentliche Interesse im Gegensatz zu seinem eigenen individuellen Privatinteresse⁵¹. Der Begriff des *persönlichen Sondervorteils* ist nicht fest zu umgrenzen. Er richtet sich nach der Situation des Einzelfalles, kann in materiellen und ideellen Gütern bestehen und Vorteile (privat- oder öffentlich-) rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer, wissenschaftlicher,

⁴⁷ Vgl. o. S. 49 ff. — GUILLAUME, Beteiligung S. 183; HAUEISEN, Interessenkollision S. 777; HANS, Offentl. Recht S. 61, 62; NISCHK, BBG S. 69; FISCHBACH, BBG S. 382. — OVG Bd. 38 S. 225 f.; 84/308; 97/252; 99/199 f.; OVG I n: PrVbl. 5. Jahrg. S. 149; 12/365; 24/489.

⁴⁸ S. 65.

⁴⁹ JEBENS, Ausschließung S. 302. — OVG Bd. 93 S. 448 f.; 97/252.

⁵⁰ § 25 Abs. 1 der früheren DGO und z. B. § 23 Abs. 1 GO für Nordrh.-Westf.; § 7 Abs. 1 a berl. VVG. S. ferner: GUILLAUME, Beteiligung S. 182; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DGB S. 304; BRAND, DBG S. 119, 120; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 370, 371; RITTEL, Interessenkollision S. 23; FECKER, Interessenkollision S. 365; AREND, Beamtengesetz S. 29; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147, 148; FISCHBACH, BBG S. 417.

OVG Bd. 4 S. 226, 228; 16/357; 23/211, 212; 59/466, 467; 84/308, 309.

⁵¹ SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 371; RITTEL, Interessenkollision S. 23; FECKER, Interessenkollision S. 365.

ethischer oder sonstiger Art umfassen⁵³. Das Entsprechende gilt für den Begriff des persönlichen Sondernachteils⁵⁴.

Als Beispiele für einen durch eine konkrete Amtshandlung zu erwartenden unmittelbaren Sondervorteil seien genannt:

Der zuständige Organwahrer will sich selbst — allein oder zusammen mit anderen — eine Gewerkekonzession oder einen Baukonsens erteilen; sich selbst einen Jagdschein ausstellen; er will in irgendeiner Form an dem Entscheid über seine eigene Beförderung, die Regelung seiner persönlichen Besoldung oder Anstellungsart mitwirken; mit den ihm zu Gebote stehenden Hoheitsmitteln in ein (öffentlich- oder privatrechtliches) Vertragsverhältnis eingreifen, in dem er selbst Partei ist; ein im öffentlichen Eigentum stehendes Grundstück erwerben und sich selbst dazu die Genehmigung erteilen; der zuständige Steuerbeamte gedenkt für sich selbst als Steuerschuldner die Steuern festzusetzen; der zuständige Standesbeamte seine eigene Erklärung zu beurkunden usw.⁵⁵.

Befangenheit begründende nachteilige Amtshandlungen für einen Organwahrer ständen in Aussicht, falls dieser durch sie Verlust an ihm persönlich zustehenden Rechten bzw. rechtlichen oder tatsächlichen Interessen erleiden könnte, wie z. B. den Entzug einer Konzession; falls er — „trotz der Witzfigur des übereifrigen Beamten, der sich selbst von seinem bürokratischen Furor nicht ausnimmt“ — gegen sich selbst eine Polizeiverfügung erlassen wollte usw.⁵⁶.

Unerheblich ist es für den Eintritt der Befangenheit, ob die zu treffende Entscheidung durch ein Gesetz oder eine sonstige Vorschrift vorgeschrieben ist. Unbeachtlich ist es ebenfalls, ob der Organwahrer einen rechtlichen Anspruch auf den in Aussicht stehenden Sondervorteil hat oder nicht⁵⁷. Entscheidend ist, daß er auch in diesen beiden Fällen in einen Konflikt zwischen dem wahrzunehmenden öffentlichen und seinem eigenen Interesse gerät.

Schon die Möglichkeit, daß die hoheitliche Maßnahme dem Organwahrer einen Sondervorteil oder -nachteil bringt, reicht aus, den Tat-

⁵³ GUILLAUME, Beteiligung S. 182; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 148. Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, Entscheidungssammlung des Hess. und des Württ.-Bad. VGH, Bd. III, Karlsruhe 1954, S. 30.

⁵⁴ Vgl. § 59 Abs. 1 BBG und z. B. § 70 Abs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westf. NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 205/206; FISCHBACH, BBG S. 418. Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, Entscheidungssammlung des Hess. und des Württ.-Bad. VGH, Bd. III, Karlsruhe 1954, S. 30.

⁵⁵ S. die Beispiele bei JEBENS, Ausschließung S. 324; GUILLAUME, Beteiligung S. 183; BRAND, DBG S. 120; GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 290; RITTEL, Interessenskollision S. 23; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 53/54. OVG Bd. 78 S. 383; 54/306 ff.

⁵⁶ S. die Beispiele bei NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 205/206; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 53/54; FISCHBACH, BBG S. 418.

⁵⁷ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 204; FISCHBACH, BBG S. 417.

bestand der Befangenheit zu erfüllen⁵⁸. Daher muß auch in Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob dem Organwahrer aus seiner Amtshandlung wirklich ein Vor- oder Nachteil erwachsen kann, im Interesse der Objektivität des Verwaltungshandelns die Befangenheit bejaht werden⁵⁹.

Stets muß es sich jedoch um einen unmittelbaren, dem Organwahrer aus seiner Entscheidung direkt zufließenden besonderen Vorteil oder um einen ihn direkt beeinträchtigenden besonderen Nachteil handeln⁶⁰.

Befangenheit ist jedoch nicht gegeben, wenn der Organwahrer bei der vorzunehmenden Amtshandlung lediglich mittelbar als Angehöriger eines unbegrenzt großen Personenkreises, dessen gemeinsame Interessen durch das Verwaltungsverfahren berührt werden, einen Vorteil erlangen oder einen Nachteil erleiden kann⁶¹. Dieser unbegrenzt große Personenkreis kann z. B. aus Angehörigen bestimmter Bevölkerungsgruppen bestehen, etwa aus Personen des gleichen Familienstandes, Berufes, der gleichen Abstammung oder Religionszugehörigkeit, aus einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen, aus den Eigentümern gewisser Grundstücksarten usw.⁶². Hier stehen nicht die individuellen Privatinteressen des Organwahrers in erster Linie auf dem Spiel, sondern die — von der unmittelbaren Rücksicht auf bestimmte Einzelpersonen losgelöst — Interessen einer unbestimmten Vielzahl von Menschen. In diesen Fällen dem Organ-

⁵⁸ Vgl. o. S. 64. — S. auch SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370; AREND, Beamtengesetz S. 29; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 148.

In den GOen der Länder, z. B. § 23 Abs. 1 der GO für Nordrhein-Westfalen heißt es daher: „Niemand darf . . . beratend oder entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung ihm selbst . . . einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann“.

⁵⁹ NISCHK, BBG S. 80; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 148.

⁶⁰ Vgl. z. B. § 23 Abs. 1 der früheren DGO; für die Jetztzeit § 23 Abs. 1 GO für Nordrhein-Westf.; § 7 Abs. 1a des berl. VVG v. 1958. — GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370; FECKER, Interessenskollision S. 365; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147, 148. Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, Entscheidungssammlung des Hess. und des Württ.-Bad. VGH, Bd. III, Karlsruhe 1954, S. 30. A. A., jedoch ohne nähere Begründung, NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 204.

⁶¹ Vgl. z. B. § 23 Abs. 1 DGO und die entsprechenden Bestimmungen der heutigen GOen der Länder, z. B. § 23 Abs. 3 GO für Nordrhein-Westf.; ferner § 20 Abs. 1 nds. VVG; § 7 Abs. 1 a des berl. VVG von 1958.

JEBENS, Ausschließung S. 323; GUILLAUME, Beteiligung S. 183; SCHATTENFROH, DGO S. 100; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 239; GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 371; RITTEL, Interessenskollision S. 23; FECKER, Interessenskollision S. 385; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 150; FISCHBACH, BBG S. 417. OVG Bd. 1 S. 243; 6/350 ff. (363); 7/144; 10/368; 39/225 f.; OVG in: PrVBl. 4. Jahrgg. S. 44, 236; 16/349; 24/279.

⁶² JEBENS, Ausschließung S. 323; GUILLAUME, Beteiligung S. 183; GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 150.

Das Mitglied eines Gemeindeparlaments kann z. B. mitwirken: wenn es Hauseigentümer ist, bei der Entscheidung über die Grundsteuerhebesätze und über die Erhebung von Anliegerbeiträgen; wenn es Hundebesitzer ist, bei der Entscheidung über die Hundesteuer; wenn es Gastwirt ist, bei der Festsetzung der Getränkesteuer usw. S. weitere Beispiele bei: GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 371 f.; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 150.

walter die Wahrnehmung von Hoheitsfunktionen wegen Befangenheit zu verbieten, hieße die Verwaltungstätigkeit in einem mit dem Gemeinwohl unverträglichen Maße lähmen¹³. Denn da der Organwalter das öffentliche Interesse, d. h. die Interessen der gesamten Gemeinschaft in Gemeinde, Land oder Bund wahrzunehmen hat, werden häufig und notwendig auch seine eigenen Interessen mitbetroffen¹⁴.

Schließlich liegt keine Befangenheit vor, wenn das Privatinteresse des Organwalters identisch ist mit dem Interesse desjenigen Subjekts öffentlicher Verwaltung, für das er die öffentlichen Interessen wahrzunehmen hat; denn dann ist keine Interessenkollision zwischen privatem und öffentlichem Interesse gegeben, die ein unsachliches Handeln des Organwalters befürchten lassen könnte¹⁵.

b) Eine Befangenheit begründende Beziehung des Organwalters zum Gegenstand des Verwaltungsverfahrens liegt weiterhin dann vor, wenn der Organwalter bereits früher in anderer als amtlicher Eigenschaft bezüglich desselben Verfahrensgegenstandes gutachtlich oder in anderer Weise für jemanden tätig gewesen ist¹⁶.

Es ist dann fraglich, ob sich der Organwalter von dem durch die Privatinteressen eines Beteiligten bestimmten Aspekt, unter dem er früher den Verfahrensgegenstand gutachtlich oder sonstwie (z. B. als Prozeßvertreter, Grundstücksvermittler, Bauberater, Lieferant usw.¹⁷) betrachtete, noch lösen und dieselbe Sache nach dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses beurteilen und entscheiden kann.

Geschah dagegen die frühere Beschäftigung des Organwalters mit dem Verfahrensgegenstand ebenso wie die in Aussicht stehende im Rahmen seiner Tätigkeit im öffentlichen Dienst (z. B. er hat früher als Richter über denselben Gegenstand geurteilt oder ein amtliches Gutachten über dieselbe Sache abgegeben¹⁷), so tritt dieser Interessenwiderstreit nicht ein.

c) Schließlich liegt eine Befangenheit begründende Beziehung des Organwalters zum Gegenstand des Verwaltungsverfahrens vor, wenn er zur Durchführung eines Beschwerdeverfahrens zuständig ist, aber bereits

¹³ Vgl. GUILLAUME, Beteiligung S. 163. OVG 6/359 ff. (363).

¹⁴ Die „Berufs- oder Bevölkerungsgruppe“, der aus der Amtshandlung ein Vorteil erwächst, darf jedoch nicht aus einer verschwindend kleinen Gruppe persönlich bekannter und aufrählbarer Einzelpersonen bestehen. S. SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147, 150. Wenn der Organwalter nur zu einer derartig kleinen Gruppe gehört, hat er an dem Verfahrensgegenstand ein unmittelbares Sonderinteresse und ist befangen.

¹⁵ S. RITTEL, Interessenkollision S. 23.

¹⁶ Vgl. z. B. § 25 Abs. 1 Ziffer 1 der früheren DGO; ferner die entsprechenden Vorschriften der heutigen GOen der Länder, z. B. § 23 Abs. 2 der GO für Nordrhein-Westfalen, § 20 Nds. VVG. S. auch SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370, 371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149/150; für den Zivilprozeß: BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. 2 B.

¹⁷ Weitere Beispiele bei SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370/371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149/150.

¹⁸ S. o. Anm. 76.

früher in unterer Instanz die angefochtene Verwaltungshandlung erlassen oder an ihr mitgewirkt hat¹⁸.

Eine solche zur Befangenheit führende Situation kann immer dann eintreten, wenn ein Organwalter an seine vorgesetzte Dienstbehörde versetzt wird.

Der Grund, weshalb in diesen Fällen Befangenheit eintritt, liegt im Wesen der Beschwerde als Rechtsbehelf. Mit Hilfe der Beschwerde soll die hoheitliche Verwaltungsmaßnahme von einer bisher mit dieser Sache nicht befaßten Stelle überprüft und entschieden werden, ob sie zu Recht erlassen wurde oder nicht. Es wäre widersinnig, eine solche kontrollierende Entscheidung demjenigen zu überlassen, der die zu kontrollierende Maßnahme selbst erlassen hat oder für ihren Erlaß allein- oder mitverantwortlich ist, denselben Organwalter also in derselben Sache eine mehrmalige Entscheidung treffen zu lassen. Damit würde dem Zweck des Beschwerdeverfahrens keine Rechnung getragen; denn es bestehen begründete Bedenken, daß ein Organwalter seine eigene Entscheidung unvoreingenommen und sachlich überprüfen kann.

Etwas anderes gilt für das Einspruchsverfahren¹⁹. Es ist gerade seine Eigenart, den für den Erlaß der angefochtenen Verwaltungsmaßnahme verantwortlichen Organwalter zu veranlassen, vor dem Beginn des Beschwerdeverfahrens die von ihm selbst getroffene Maßnahme noch einmal auf ihre Richtigkeit und Wohlbegründetheit zu untersuchen, also eine Nachprüfung der Verfügung durch die verfügende Stelle selbst zu ermöglichen.

Erste Voraussetzung des hier zu behandelnden Befangenheitsgrundes ist, daß der Organwalter in unterer Instanz die angefochtene Hoheitsmaßnahme — allein oder im Zusammenwirken mit anderen — unmittelbar entscheidend vorgenommen, insbesondere sie abschließend gezeichnet hat²⁰. Dieser Sachlage ist gleichzustellen, wenn der weisunggebende

¹⁸ S. § 67 Abs. 1 Ziff. 5 RABG; § 7 Abs. 1 Ziff. 5 6sterr. AVG; vgl. auch § 54 Abs. 2 VwGO. BÜHLER, Steuerrecht S. 317; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56; HERRNITT, Verwaltungsverfahren S. 49/50; GROBER, Steuerrecht S. 1010; ADAMOVICH, Handbuch S. 218; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 325/326. — Für den Zivilprozeß vgl. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 F.

¹⁹ § 87 Abs. 1 Ziff. 5 RABG; § 73 Abs. 1 Ziff. 2 u. 3 VwGO. — BÜHLER, Steuerrecht S. 317; GROBER, Steuerrecht S. 1010; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 326 f.

²⁰ Vgl. o. S. 63 f.

NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DGB S. 204/205; GROBER, Steuerrecht S. 1010; KÜHN, Reichsabgabenordnung § 67 Anm. 4; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 325, 326.

Entscheidung des Reichsfinanzhofes in: RSiBl. 1932 S. 863 und in: RSiBl. 1937 S. 1143 in Abweichung von der Entscheidung des Reichsfinanzhofes vom 7. 12. 1925, Bd. 20 S. 127; ferner Reichsfinanzhof Bd. 42 S. 194. Nach GROBER, a. a. O. S. 1010 wurde die frühere Auffassung des Reichsfinanzhofes den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht.

Leiter der unteren Instanz an die Beschwerdeinstanz versetzt wird und zum Beschwerdeentscheid über eine Sache zuständig ist, die im Tätigkeitsbereich seiner früheren Behörde in seinem Auftrag und mit seiner abschließenden Genehmigung — wenn auch von einem ihm unterstehenden Organwalter — entschieden wurde. Denn der Leiter einer Behörde beeinflußt letzten Endes maßgeblich deren Willensbildung²¹.

Zweite Voraussetzung dieses Befangenheitsgrundes ist, daß der Organwalter für das Beschwerdeverfahren ebenfalls zu unmittelbarer (allein- oder mit-) verantwortlicher Entscheidung zuständig ist²².

Der Organwalter ist dagegen nicht befangen, wenn er nur vorbereitend beteiligt war oder ist; sei es, daß er in unterer Instanz den Erlaß der angefochtenen Entscheidung lediglich vorbereitete und nunmehr zum Beschwerdeentscheid zuständig ist oder daß er, nachdem er die angefochtene Entscheidung früher unmittelbar erließ, jetzt nur zur Vorbereitung der Beschwerdeentscheidung beitragen soll²³.

Befangenheit liegt ebenfalls nicht vor, wenn der Organwalter mittelbar durch Weisungen auf die erstinstanzliche Entscheidung Einfluß genommen und dann in derselben Sache die Beschwerdeentscheidung zu treffen hat²⁴. Diese Einschränkungen dienen dem Zweck, die Verwaltungspraxis vor einer lähmenden Ausweitung der Befangenheitsgründe zu bewahren.

2. Die Befangenheit eines Organwalters kann jedoch nicht nur in seinen bestimmt gearteten Beziehungen zum Gegenstand des von ihm wahrzunehmenden Verwaltungsverfahrens begründet liegen. Sie kann auch auf bestimmten engen Beziehungen des Organwalters zu den am Verwaltungsverfahren Beteiligten beruhen, sofern die hoheitliche Verwaltungsmaßnahme diesen einen Sondervorteil oder Sondernachteil im oben²⁵ umschriebenen Sinne bringen kann. Dem persönlichen Sonderinteresse des Organwalters selbst am Verfahrensgegenstand ist also das Sonderinteresse gewisser ihm besonders nahestehender Beteiligter als Befangenheitsgrund gleichgestellt²⁶.

²¹ KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56; GROBER, Steuerrecht S. 1010; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 325/326. Reichsfinanzhof in: RSBL 1934 S. 834.

²² S. o. S. 69 Anm. 80.

²³ S. o. S. 69 Anm. 80; s. aber o. S. 63 f.

²⁴ MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 221; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 50; GROBER, Steuerrecht S. 1010; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 326; KÜHN, Reichsabgabenordnung § 67 Anm. 4.

²⁵ Vgl. auch § 7 Ziff. 4 des österr. AVG; ferner preuß. OVG in st. Rpr., z. B. Bd. 12 S. 49; Entscheidung des österr. VGH v. 12. 7. 1951 bei: MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 635; Reichsfinanzhof Bd. 17 S. 254.

²⁶ S. S. 65 ff.

²⁷ SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 366.

Der Begriff „Beteiligter“ ist hier nicht nur im förmlichen Sinne zu verstehen zur Bezeichnung desjenigen, der die Tätigkeit einer Behörde in Anspruch nimmt oder auf den sich die Behördentätigkeit verfahrensmäßig bezieht²⁷. Er umfaßt auch den materiell Beteiligten, der — ohne formell am Verwaltungsverfahren beteiligt zu sein — in seinen Belangen vom Verwaltungsverfahren unmittelbar, rechtlich oder tatsächlich, günstig oder ungünstig, beeinflußt werden kann²⁸. Andernfalls träte die mit der Sachgemäßheit des Verwaltungshandelns unvereinbare Konsequenz ein, daß ein Organwalter lediglich wegen des Fehlens bestimmter formeller Voraussetzungen in einem Verwaltungsverfahren tätig werden dürfte, das einem ihm eng verbundenen Dritten eine Begünstigung oder Benachteiligung bringen könnte. Und das wäre möglich, obwohl sich der Organwalter in dieser Situation genauso in einem Konflikt zwischen den von ihm wahrzunehmenden öffentlichen Interessen und den Interessen des ihm Nahestehenden befände, wie wenn die formellen Voraussetzungen tatsächlich gegeben wären.

a) Die dem Organwalter eng verbundenen Beteiligten können zunächst natürliche Personen sein²⁹.

Diese dem Organwalter eng verbundenen natürlichen Personen können sein: z. B. sein Ehegatte, falls die Ehe geschieden ist, auch sein früherer

²⁷ S. § 3 des österr. AVG.

²⁸ PRAUNEGGER, Verwaltungsverfahren S. 94; KOMORZYNSKI-OCZCZYNSKI, Verwaltungsverfahren S. 34, 35; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56-60.

²⁹ S. auch: VOLLMER-SCHWARZ, Reichsnotarordnung S. 80, 81; KÜHN, Reichsabgabenordnung § 67 Anm. 2; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 325. Für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. LENT, FG § 6 I (S. 18).

³⁰ Vgl. hierzu und zu den folgenden Beispielen: § 25 DGO von 1935; die entsprechenden Vorschriften der heutigen GOen der Länder, z. B. § 18 GO von Baden-Württemberg, § 23 GO für Nordrhein-Westfalen; § 50 BBG und die entsprechenden Vorschriften der Länderbeamtengesetze, z. B. § 70 Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit § 33 StPO; § 67 RABGO in Verbindung mit § 10 StAnpG; § 17 RNotO; § 122 RHO; § 20 nds. VVG; § 7 österr. AVG.

Ferner: KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 55, 56; HERRN-RITT, Verwaltungsverfahren S. 49; SCHULZE-WAGNER, Reichshaushaltsordnung S. 848, 849; SCHATTENFROH, DGO S. 99; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 236, 239; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 203, 204; GROBER, Steuerrecht S. 1010; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 368, 369; RITTEL, Interessenkollision S. 33; HAUEISEN, Interessenkollision S. 776; ADAMOVICH, Handbuch S. 218; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147, 148; FISCHBACH, BBG S. 410, 419. — S. auch vergleichsweise: ROSENBERG, Befangenheit S. 214; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 u. Anm. 3 zu § 42; SCHWARZ, StPO § 22 Anm. 2, 3 u. § 24 Anm. 1.

Ehepartner⁶⁰; derjenige, mit dem er verlobt ist⁶¹; seine Verwandten nach §§ 1589 ff. Bürgerliches Gesetzbuch, und zwar auch, wenn die Verwandtschaft auf einer unehelichen Geburt beruht⁶²; seine Verschwägerten, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet worden ist, nicht mehr besteht und ebenfalls dann, wenn die Schwägerschaft auf einer unehelichen Geburt beruht⁶³. Bezüglich der Verwandten und Verschwägerten ist jedoch eine Einschränkung zu machen: Immer dann den Organwalter für befangen zu erklären, wenn irgendein und sei es noch so entfernt Verwandter oder Verschwägerter als Beteiligter auftritt, hieße einer uferlosen Ausweitung der Befangenheitsgründe das Wort reden. Dies wäre auch sachlich gar nicht gerechtfertigt, da eine weit entfernte Verwandtschaft oder Schwägerschaft bedeutungslos sein kann und nicht notwendig einen engen Kontakt des Organwalters zu einer solchen Person zur Folge zu haben braucht. Demgemäß beschränken die die Befangenheitsgründe regelnden Gesetze den Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft. Sie erklären den Organwalter nur dann für befangen, wenn ein Beteiligter mit ihm bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist⁶⁴ oder sie halten Befangenheit des Organwalters für gegeben, wenn er mit einem Beteiligten irgendwie in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt bzw. bis zum zweiten Grade verschwägert ist⁶⁵. Es bleibt jedoch zu bemerken, daß diese Einschränkungen keine absolut feststehende Grenze bilden. Befangenheit des Organwalters kann auch dann vorliegen, wenn zwar nur eine Verwandtschaft oder Schwägerschaft entfernteren Grades zu einem Beteiligten besteht, aber im Einzelfall weitere objektive Gründe hinzutreten, die

⁶⁰ § 59 BBG und z. B. § 70 Beamtengesetz für Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Ziffer 2 StPO; § 67 RABGO in Verbindung mit § 10 Ziffer 2 StAnpG; § 17 Ziffer 2 RNotO; § 18 Ziffer 1 GO für Baden-Württemberg. Ablehnend – soweit es die DGO betrifft – SCHATTFROH, DGO S. 99; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 368.

⁶¹ § 59 BBG und z. B. § 70 Beamtengesetz für Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Ziffer 1 StPO; § 67 RABGO in Verbindung mit § 10 Ziffer 1 StAnpG; § 17 Ziffer 2 RNotO; § 18 Ziffer 1 GO für Baden-Württemberg. Vgl. KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147: „Die Frage, wann ein Verlöbnis vorliegt, ist nicht immer leicht zu beantworten, da das Verlöbnis gelegentlich in sehr formloser Weise geschlossen wird. Es werden hier die im Strafrecht für das Zeugnisverweigerungsrecht entwickelten Grundsätze anzuwenden sein, wonach ein ‚ernstgemeintes und nicht unächtliches‘ Eheversprechen für das Vorliegen eines Verlöbnisses erforderlich ist, es aber auf Bekanntgabe des Verlöbnisses nicht unbedingt ankommt.“

⁶² § 67 RABGO I, Vbdg. mit § 10 Ziffer 3 StAnpG. SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 368/369.

⁶³ § 67 RABGO in Verbindung mit § 10 Ziffer 4 a) und b) StAnpG. – FISCHBACH, BBG S. 419; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 148.

⁶⁴ § 25 Abs. 1 der früheren DGO und z. B. § 23 Abs. 1 GO für Nordrhein-Westfalen.

⁶⁵ § 59 BBG und z. B. § 70 Beamtengesetz für Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Ziffer 3 StPO; § 67 RABGO in Verbindung mit § 10 Ziffer 3 und 4 StAnpG; § 18 Ziffer 2, 3 GO für Baden-Württemberg.

dartun, daß trotzdem enge persönliche Bande gegeben sind, die eine sachgerechte Verhaltensweise des Organwalters in Frage stellen⁶⁶.

Als weitere eng mit dem Organwalter verbundene natürliche Personen, deren Beteiligung den Organwalter befangen sein läßt, kommen in Betracht: vom Organwalter an Kindes Statt Angenommene und kraft Gesetzes oder rechtsgeschäftlicher Vollmacht von ihm Vertretene⁶⁷. Hingegen reicht Verwandtschaft oder Schwägerschaft des Organwalters mit dem Bevollmächtigten oder dem gesetzlichen Vertreter eines Beteiligten zur Befangenheit nicht aus, da die unmittelbaren Sonderinteressen des Vertreters nicht vom Verfahren berührt werden⁶⁸.

Es fragt sich indes, ob auch Personen, die zwar nicht wie die bisher genannten zum Organwalter in engen blutsmäßigen oder rechtlichen Beziehungen stehen, mit ihm aber *eng befreundet* oder ihm *tief verfeindet* sind, in diesen Zusammenhang gehören. Diese Meinung wird im Schrifttum weitgehend – allerdings ohne nähere Erläuterung – vertreten⁶⁹. In der Tat kann eine enge Freundschaft tiefere persönliche Verbundenheit bedeuten als z. B. Verwandtschaft. Beide, Freundschaft und Feindschaft, gehören zu den elementaren Kräften im menschlichen Zusammenleben. Es ist daher unschwer einzusehen, daß beide auch den Organwalter im Verwaltungsverfahren leicht in seiner Entscheidung beeinflussen und die Sachgemäßheit seines Handelns zu gefährden vermögen. Trotzdem können sie nicht *generell* als Befangenheitsgründe bezeichnet werden, da mit ihnen allzu unterschiedliche Vorstellungen verbunden sind (z. B. Freundschaft = Bekanntschaft usw.) und da sich ihr Wesen einer exakten tatbestandsmäßigen Festlegung weitgehend entzieht. Es hängt daher jeweils von der Situation des konkreten Einzelfalles ab, ob bei einer freundschaftlichen oder feindseligen Beziehung zwischen dem Organwalter und einem am Verwaltungsverfahren Beteiligten genügend faßbare objektive Gründe vorliegen, die ein unsachliches oder

⁶⁶ Vgl. z. B. ROSENBERG, Befangenheit S. 214; SCHWARZ, StPO § 24 Anm. 1) B b), jedoch beide ohne näheren Hinweis auf das hier berührte Problem.

⁶⁷ S. § 25 Abs. 1 DGO; die entspr. Vorschriften der heutigen GOen der Länder, z. B. § 23 Abs. 1 GO für Nordrhein-Westf.; § 67 Abs. 1 Ziff. 3 RABGO; § 17 Abs. 1 Ziff. 5 RNotO; § 49 Ziff. 4 OWG; § 7 Abs. 1a berl. VVG v. 1958. – Als Beispiele seien genannt: Mündel, wenn Organwalter Vormund ist; Pflegebefohlener des Organwalters; ein Anwaltsnotar darf als Notar nicht urkundlich für jemanden tätig werden, wenn er in derselben Sache dessen Prozeßbevollmächtigter ist. S. VOLLMER-SCHWARZ, Reichsnotarordnung S. 82.

⁶⁸ v. BRAUCHISCH, Preußische Verwaltungsgesetze Bd. I S. 41; MENGER, Verfahrensrechtliche Grundsätze S. 699; OVG 61, 336 ff. (337).

⁶⁹ Z. B. KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56; HERRNRITZ, Verwaltungsverfahren S. 50; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DRG S. 208; RITTEL, Interessenkollision S. 23; HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151; FISCHBACH, BBG S. 418. Für die Gerichtsverfahren: ROSENBERG, Befangenheit S. 214; LECHNER, Bundesverfassungsgerichtsgesetz S. 147; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. 2 B; SCHWARZ, StPO § 24 Anm. 1 B b).

parteiliches Verhalten des Organwalters befürchten und ihn daher befangen sein lassen¹⁰⁰.

An dieser Stelle bleibt zu untersuchen, welche Auswirkungen das Handlungsverbot bei Befangenheit für Kleinst-Gemeinden hat, in denen die Organwalter in den meisten Fällen mit den am Verwaltungsverfahren Beteiligten verwandt oder verschwägert, befreundet oder verfeindet sind. Soll hier jegliches hoheitliche Verwaltungshandeln unmöglich sein? Man wird diese Frage verneinen, wolle das Institut des Handlungsverbots bei Befangenheit nicht die Konsequenz haben darf, in weiten Bereichen die gemeindliche Selbstverwaltung lahmzulegen. Andererseits wird man auch kaum ernsthaft behaupten können, das Handlungsverbot bei Befangenheit besitze für Kleinst-Gemeinden keine Geltungskraft; denn die Befolgung dieses Gebots ist für alle Organwalter streng verbindliche Pflicht.

In diesem Konflikt zwingt sich die Vorfrage auf, ob das Handlungsverbot bei Befangenheit überhaupt aktuell wird, wenn der Organwalter mit fast allen Verfahrensbeteiligten verwandt, verschwägert usw. ist. Man kann m. E. bezweifeln, ob in diesen Fällen überhaupt, allgemein gesehen, eine objektive Gefährdung der Sachlichkeit als Voraussetzung der Befangenheit gegeben ist. Denn in Kleinst-Gemeinden, in denen jeder mit jedem verwandt ist und jeder jeden kennt, sind die Wirkungen des Verwaltungshandelns — und damit auch ihre Entartungen in Gestalt unsachgemäßer, parteilicher Maßnahmen — meistens für alle Gemeindeglieder überschaubar. Die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit ist dann — anders als in großen Gemeinden, wo der anonymen Masse der Bürger ein anonymer Verwaltungsapparat gegenübersteht — derartig stark, daß meistens ein psychologisch-soziologischer Damm gegen unsachgemäße Bevorzugung oder Benachteiligung aufgerichtet sein wird.

Diese Überlegungen beseitigen allerdings nicht die Schwierigkeit, im Einzelfall zu entscheiden, ob nach dem eben Gesagten keine oder aber ob ausnahmsweise doch Befangenheit vorliegt. Eine sinnvolle Handhabung des Handlungsverbots bei Befangenheit für kleine Gemeinden wird dahin führen, die Maßnahmen eines im konkreten Fall ausnahmsweise wegen Verwandtschaft usw. befangenen Organwalters zwar nicht zu billigen, aber doch als unschädlich anzusehen, wenn der Organwalter objektiv das Richtige oder sogar das einzig Mögliche getan oder rechtmäßig zum Nachteil von Verwandten usw. gehandelt hat. Handelte der befangene

¹⁰⁰ Vgl. GUILLAUME, Beteiligung S. 183. Wie eng die Frage, ob Freundschaft oder Feindschaft Befangenheit hervorrufen, mit dem konkreten Fall zusammenhängt, zeigen die dazu ergangenen Entscheidungen: OVG in: PrVBl. 30. Jahrg. S. 5 f.; 5/149 ff.; 21/518; 24/279, 489; 30/5; OVG Bd. 4 S. 286; 16/357; Thüring. OVG Jena in: NJW 1947/48 S. 399/400 mit Bem. von FREYTAG („unpersönliche Feindschaft“); Hess. VGH, Urteil v. 20. 10. 1948, in: DV 1949 S. 76 f., wonach keine Befangenheit vorliegt, wenn bloß „ein einzelner Vorfall auf einer Jagd eine persönliche Spannung hervorgerufen“ hat.

Organwalter dagegen unsachgemäß oder parteilich, so treten die Rechtsfolgen ein, die am Schluß dieser Untersuchung dargestellt sind¹⁰¹.

b) Befangenheit begründende enge Beziehungen des Amts- bzw. Organwalters können über die genannten natürlichen Personen hinaus auch zu juristischen Personen und juristisch nicht personifizierten Personenvereinigungen des Privatrechts als Beteiligten des Verwaltungsverfahrens bestehen.

So ist der Organwalter befangen, wenn er gesetzlicher Vertreter oder Mitglied eines zur Vertretung ermächtigten Organs eines Beteiligten ist, z. B. Vorstand oder Vorstandsmitglied eines beteiligten rechtsfähigen Vereins, einer beteiligten Aktiengesellschaft (§ 71 AktG) oder Genossenschaft (§ 24 GenG), Geschäftsführer einer beteiligten Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 35 GmbHG). Der Organwalter ist auch befangen, wenn er die Stellung eines Aufsichtsratsmitgliedes¹⁰² einer am Verfahren beteiligten Aktiengesellschaft (§§ 86 ff. AktG), Genossenschaft (§§ 36 ff. GenG), einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 319 ff. AktG) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 52 GmbHG) innehat; ferner, wenn er persönlich haftender Gesellschafter einer am Verfahren beteiligten Handelsgesellschaft (oHG § 105 HGB), KG (§ 161 HGB), KG auf Aktien (§ 219 AktG) und schließlich, wenn er Großaktionär einer beteiligten Aktiengesellschaft, stiller Beteiligter oder Prokurist eines vom Verfahren betroffenen privatwirtschaftlichen Erwerbunternehmens oder Mitglied eines beteiligten nicht rechtsfähigen Vereins¹⁰³ ist usw.¹⁰⁴.

In all diesen Fällen ist das Interesse des Organwalters so eng mit dem unmittelbaren Sonderinteresse des jeweiligen Beteiligten verknüpft, daß eine sachliche Wahrnehmung der Amtsfunktionen nicht als gesichert gelten kann.

Befangenheit scheidet dagegen aus, wenn der Organwalter eine der genannten Stellungen, z. B. die eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes eines Beteiligten, im Auftrage des Trägers öffentlicher Verwal-

¹⁰¹ S. u. S. 104 ff.

¹⁰² § 67 Abs. 1 Ziff. 4 RABGO: „In Steuersachen soll nicht mitwirken . . . wer . . . Mitglied des Aufsichtsrates einer beteiligten Gesellschaft ist“; § 49 Ziff. 5 OWG. — Vgl. auch Württ.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, Entscheidungssammlung des Hess. u. Württ.-Bad. VGH, Karlsruhe 1954, S. 30.

¹⁰³ Anders als beim juristisch personifizierten rechtsfähigen Verein ist der nicht rechtsfähige Verein die Summe der Mitglieder; sie alle sind in Sachen des nicht rechtsfähigen Vereins mitberechtigt und mitverpflichtet.

¹⁰⁴ Zu den angeführten Beispielen: § 17 Abs. 1 Ziffer 4 RNoto und § 17 Abs. 1 Ziffer 4 des Entwurfs eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts vom 20. 2. 1958 (Bundestags-Drucksache 219 der 3. Wahlperiode S. 3); § 67 Abs. 1 Ziffer 4 RABGO; § 18 Abs. 2 Ziffer 2 GO für Bad.-Württ.; Art. 49 Abs. 1 GO für den Freistaat Bayern. Aus dem Schrifttum s. vor allem JEBENS, Ausschließung S. 323; GUILLAUME, Beteiligung S. 183; v. d. MOSEL, Handwörterbuch Sp. 1905; RITTEL, Interessenkollision S. 23; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 148, 149; FISCHBACH, BBG S. 418; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 A, § 42 Anm. 2 B a.

tung einnimmt, dessen Zuständigkeiten er im Verwaltungsverfahren wahrzunehmen hat¹⁰⁸. Dann dient er einmal den hoheitlichen und einmal den fiskalischen, bei beiden Funktionen also den Interessen des Trägers öffentlicher Verwaltung. Es kann dann zwar eine Interessenkollision auftreten; sie wird sich aber für die beteiligte juristische Person nicht vorteilhaft oder nachteilig auswirken, so daß in diesen Fällen das Problem der Befangenheit nicht auftaucht.

Es gibt in diesem Bereich — wie überhaupt bei den Befangenheitsgründen — eine Reihe von *Grenzfällen*, in denen die Frage nach der Befangenheit eines Organwalters nicht ohne weiteres zu bejahen oder zu verneinen ist. So braucht ein Organwalter nicht befangen zu sein, wenn er z. B. Gesellschafter einer beteiligten Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Kommanditist einer beteiligten Kommanditgesellschaft¹⁰⁹, wenn er einfacher Aktionär einer beteiligten Aktiengesellschaft oder einfaches Mitglied eines beteiligten rechtsfähigen Vereins¹¹⁰ ist. Der Organwalter kann in diesen Eigenschaften aber durchaus befangen sein. In diesen Grenzfällen ist stets zu prüfen, welche Bedeutung die Verwaltungshandlung, die der Organwalter vorzunehmen hat, für die beteiligte juristische Person bzw. für die beteiligte Personenvereinigung des Privatrechts haben wird. Wirkt sich die Amtshandlung sowohl für die beteiligte juristische Person bzw. die beteiligte Personenvereinigung des Privatrechts als auch für deren *Mitträger* — wie z. B. die angeführten Gesellschafter, Kommanditisten, Aktionäre, Vereinsmitglieder — vorteilhaft aus, so ist der Organwalter befangen. Hat sie dagegen nur eine Bevorzugung der beteiligten juristischen Person bzw. der beteiligten Personenvereinigung selbst zur Folge, die für deren Mitträger keine besonderen Vorteile auslöst, so ist der Organwalter nicht als befangen anzusehen.

Für den Organwalter stellt es im allgemeinen keinen Befangenheitsgrund dar, wenn ein Verwandter, Verschwägerter oder eine sonstige ihm eng verbundene Person gesetzlicher Vertreter, Aufsichtsratsmitglied, persönlich haftender Gesellschafter usw. eines Beteiligten ist¹¹¹. Denn für die Befangenheit des Organwalters ist es entscheidend, ob er selbst enge Beziehungen zu den Beteiligten unterhält. Etwas anderes muß jedoch dann gelten, wenn der Ehegatte oder die Abkömmlinge des Organwalters eine der genannten Stellungen innehaben. Denn deren Interessen sind in aller Regel mit denen des Organwalters identisch, so daß auch ihre engen Beziehungen zu einem Beteiligten als solche des

¹⁰⁸ Vgl. § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GO für Bad.-Württ.; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

¹⁰⁹ KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149. — OVG Bd. 76 S. 512 ff. (512).

¹¹⁰ MENGER, Verfahrensrechtl. Grundsätze S. 690; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149/149; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 A. — OVG Bd. 97 S. 378; RGZ Bd. 7 S. 311.

¹¹¹ KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

Organwalters anzusehen sind¹¹². Eine *generelle* Einbeziehung derartiger „Dreiecksverhältnisse“ in die Befangenheitsgründe muß allerdings abgelehnt werden, weil sie eine mit einem geordneten Verwaltungsablauf nicht vereinbare und unüberschaubare Ausweitung der Befangenheitsgründe bedeuten würde.

Schließlich ist ein Organwalter nicht befangen, wenn er einfaches Mitglied einer am Verfahren beteiligten politischen Partei oder einer ihrer Gliederungen, also einer „Personenvereinigung besonderer Art“ ist. Die Mitgliedschaft begründet für sich allein keine engen *persönlichen* Beziehungen, sondern nur solche, die der Organwalter mit einer unbestimmten Vielzahl von anderen Menschen *gemein* hat. Anders ist die Lage jedoch, wenn zu der Mitgliedschaft die aktive Betätigung des Organwalters in Ämtern oder Funktionen der beteiligten Partei tritt u. a. m.¹¹³. Dann besteht die Besorgnis der Befangenheit.

c) Die Befangenheit eines Organwalters kann ihren Ursprung nicht nur in seinen engen persönlichen Beziehungen zum Verfahrensgegenstand oder zu den vom Verfahren in ihren Sonderinteressen unmittelbar betroffenen natürlichen Personen sowie juristischen Personen und Personenvereinigungen des Privatrechts haben, sondern auch in seinen engen persönlichen Beziehungen zu *juristischen Personen des öffentlichen Rechts* (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts), *Behörden* und *Dienststellen*.

Enge persönliche Beziehungen des Organwalters zu den genannten Beteiligten bestehen namentlich, wenn der Organwalter deren Interessen als Bevollmächtigter, gesetzlicher Vertreter oder Mitglied eines zur Vertretung berechtigten Organs wahrzunehmen hat¹¹⁴, bzw. wenn er zu ihnen in einem ständigen Dienst- oder in einem besonderen Treueverhältnis steht¹¹⁵.

So sah das preußische Oberverwaltungsgericht beispielsweise einen Amtsvorsteher, der zugleich als Oberförster die Interessen des Forstfiskus wahrzunehmen hatte, für befangen an, als er gegen eine Gemeinde eine

¹¹² Vgl. hierzu den bei HANS, Öffentl. Recht S. 61 ff. angeführten Fall, in dem ein Beamter als befangen bezeichnet wird, der eine Amtshandlung bezüglich einer Person vornimmt, die geschäftlicher Konkurrent seines Sohnes ist.

¹¹³ HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776/777; FISCHBACH, BBG S. 418; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 42 Anm. 2 B b.

¹¹⁴ S. z. B. § 18 Abs. 2 Ziff. 3 GO für Bad.-Württ.; Art. 49 Abs. 1 GO für Bayern; § 17 Abs. 1 Ziff. 4 RNotO; § 67 Abs. 1 Ziff. 4 RAbGO; § 54 Abs. 3 VwGO. v. BRAUCHITSCH, Prouß. VerwGesetze S. 41; GUILLAUME, Beteiligung S. 182/183; HAUZEISEN, Interessenkollision S. 776/777; KUNZE-SCHMID, GO S. 149.

¹¹⁵ § 49 Ziff. 5 OWG: „Beim Erlaß eines Bußgeldbescheides darf nicht mitwirken: . . . 5. wer Beamter oder Angestellter eines Verletzten oder Betroffenen . . . ist“; § 17 Abs. 1 Ziff. 4 des Entw. eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts, ferner die Begründung dazu: Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucks. 219 S. 3, 23. Vgl. auch OVG in: PRVBl. 32, 302; OVG Münster, Urteil v. 14. 6. 1950, in: DVBl. 1951 S. 151 ff. (151).

Wegeunterhaltungsverfügung erließ. Es bestand nämlich die Möglichkeit, daß der Forstfiskus als Wegeunterhaltungspflichtiger in Frage kam, und dieser Umstand war geeignet, bei den Beteiligten Zweifel an der Unparteilichkeit des Amtsvorstehers zu erregen¹¹⁹. — Auch wurde ein Amtsvorsteher, der gleichzeitig Vorsteher einer Entwässerungsgenossenschaft war, für befangen erachtet, als er einen Anlieger durch polizeiliche Verfügung zur Räumung eines der Genossenschaft gehörenden Grabens aufforderte¹²⁰. — Ebenso war ein Amtsvorsteher wegen Befangenheit nicht zur Vornahme einer polizeilichen Verfügung befugt, wenn er Vorsitzender oder Mitglied eines Schulvorstandes war, welcher den Antrag auf Erlaß der polizeilichen Verfügung gestellt hatte¹²¹. — Und nach einem Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14. 6. 1928¹²² durfte ein Landrat wegen Befangenheit keine „wegepolizeilichen Anforderungen gegen eine andere Partei erlassen“, da er gleichzeitig „den Kreis Ausschuß nach außen zu vertreten und demgemäß zugleich die wirtschaftlichen Interessen des im Gegensatz zu dem Interesse des Fiskus stehenden Kreisverbandes als juristischer Person wahrzunehmen hätte“.

In diesen Fällen hielt das preußische Oberverwaltungsgericht die Sachlichkeit des Handelns durch den jeweiligen Organwahrer für nicht mehr gesichert, weil dieser bei einem zuständigkeitsgemäß zu erledigenden Amtsgeschäft in Konflikt mit anderen von ihm ebenfalls in amtlicher Eigenschaft wahrzunehmenden Interessen geriet.

Daß diese Befangenheit hervorrufenden Konfliktsituationen auch heutzutage eintreten können, ist unbestreitbar. So ist etwa der Leiter der Hochbauabteilung eines Landes-Innenministeriums befangen, der die ministerielle Genehmigung für den Ortsbauplan einer Gemeinde erteilen will, wenn er gleichzeitig dem Gemeinderat dieser Gemeinde angehört. Mitglieder des Gemeinderates, als des für die Gemeindeverwaltung verantwortlichen obersten Organs, die sich in einer solchen Doppelstellung befinden, sind „bei den Angelegenheiten ihrer eigenen Gemeinde von der Mitwirkung in der Aufsichtsinstanz grundsätzlich und ausnahmslos ausgeschlossen . . . Nur auf diese Weise ist eine unbefangene Entscheidung sichergestellt . . .“¹²³. — Ein Notar darf keine Beurkundung für eine juristische Person des öffentlichen Rechts (z. B. eine Gemeinde) vornehmen, wenn er deren politischer Vertretungskörperschaft (z. B. dem Gemeinde-

¹¹⁹ OVG in: PrVBl. 28/993; OVG Bd. 54 S. 345 f.; 84/309. GUILLAUME, Beteiligung S. 182.

¹²⁰ OVG in: PrVBl. 29/496; OVG Bd. 84 S. 300. GUILLAUME, Beteiligung S. 183.

¹²¹ OVG in: PrVBl. 46/19 f.

¹²² OVG Bd. 84 S. 306 - 311.

¹²³ Württ.-Bad. VGH - Stuttgarter Senat -, Urteil v. 25. 5. 1950, II 173/49, in den wesentlichen Entscheidungsgründen abgedruckt bei HAUERSEN, Interessenkollision S. 777. Hier wird auch betont, daß es „rechtsstaatlichem Denken auf das Entschiedenste widerspricht, daß ein Mitglied der unteren Instanz sich auch an der Entscheidung der höheren beteiligt.“

rat) als Mitglied angehört. Auch hier ist die Objektivität wegen der engen Beziehungen des Notars zu der juristischen Person, für die er urkundlich tätig werden soll, in Gefahr¹²⁴. — Umgekehrt darf das Mitglied eines Gemeinderates, das gleichzeitig Leiter einer im Gemeindegut stehenden Krankenanstalt ist, im Gemeinderat nicht bei Angelegenheiten mitwirken, die die Interessen der von ihm geleiteten Krankenanstalt betreffen. — Ebenso ist es unzulässig, daß ein Organwahrer, der Bevollmächtigter, gesetzlicher Vertreter oder Mitglied eines zur Vertretung befugten Organs einer Religionsgemeinschaft ist, ein Verwaltungsverfahren durchführt, durch welches diese betroffen wird¹²⁵, daß der oberste Gemeindebeamte, der Mitglied des Beirates des zuständigen Finanzamtes ist, bei der Beratung über die steuerliche Veranlagung seiner Gemeinde mitwirkt¹²⁶,¹²⁷ usw.

Wie schon für die Befangenheit begründenden Beziehungen des Organwahrers zu juristischen Personen des Privatrechts ausgeführt¹²⁸, liegt auch bei engen Beziehungen des Organwahrers zu den vom Verwaltungsverfahren in ihren Interessen betroffenen Subjekten öffentlicher Verwaltung keine Befangenheit vor, wenn der Organwahrer diesen als Bevollmächtigter der amtlichen Stelle angehört, deren Zuständigkeit er im Verwaltungsverfahren wahrzunehmen hat¹²⁹. Er übt dann beide Funktionen

¹²⁴ Vgl. § 17 Abs. 1 Ziffer 4 RNOO und den entsprechenden § 17 Abs. 1 Ziffer 4 des Entwurfs eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts vom 20. 2. 1956, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 219 S. 3. Auf S. 23 dieser Drucksache wird ausgeführt: „Sofern die Gemeindevertretung als „zur Vertretung ermächtigtes Organ“ der Gemeinde anzusehen ist, verbietet sich die Beurkundung in Gemeindeangelegenheiten für den Notar, der Mitglied der Gemeindevertretung ist, ohne weiteres schon nach geltendem Recht“ (§ 17 RNOO). „Aber auch wenn man die Gemeindevertretung nicht als ein solches Organ ansehen kann, erscheint es angebracht, in einem solchen Falle den Notar von der Beurkundung auszuschließen, um einen Interessenwiderstreit zu vermeiden und nach außen hin das Vertrauen in die Objektivität des Notars nicht zu gefährden.“ Der Bundesrat erhob im ersten Durchgang des Gesetzgebungsverfahrens keine Bedenken gegen diese Ausschließung der Notare; s. Bundestagsdrucksache 219 S. 45. Vgl. auch OVG Münster, Urteil v. 14. 6. 1950, in: DVBl. 1951 S. 151 ff., wonach ein Rechtsanwalt, der Mitglied der Gemeindevertretung ist, nicht Ansprüche Dritter gegen die Gemeinde geltend machen darf. S. ebenfalls OVG in: PrVBl. 17. Jahrg. S. 5.

¹²⁵ Z. B. der Organwahrer ist Kirchengemeinderat, kirchlicher Stiftungsrat usw. KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

¹²⁶ GROBER, Steuerrecht S. 1011 § 67 Abs. 1 Ziffer 4 RAbGO: „In Steuer-sachen soll nicht mitwirken . . . 4. wer Beamter oder Angestellter eines Beteiligten ist.“

¹²⁷ v. TUHEGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83, sagt mit Recht, auch „ein in zwei Ressorts tätiger Beamter“ könne bei einer in beiden Ressorts anhängigen Sache, z. B. einer Grundstücksübergabe, mit Rücksicht auf die erste von ihm gefällte Entscheidung bei der zweiten „möglicherweise vorgekommen“ sein.

¹²⁸ S. S. 75 f.

¹²⁹ Vgl. § 18 Abs. 2 Ziff. 3 GO für Bad.-Württ.; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149: „Auch die Mitgliedschaft in einem Organ eines Zweckverbandes begründet keine Befangenheit, wenn der ehrenamtlich Tätige ihm als Vertreter der Gemeinde angehört.“

in demselben Interesse aus. — Ebenfalls reicht es zur Befangenheit nicht aus, wenn der Organwalter mit dem Bevollmächtigten, gesetzlichen Vertreter oder Mitglied eines zur Vertretung befugten Organs des beteiligten Subjekts öffentlicher Verwaltung verwandt, verschwägert oder in anderer Weise eng verbunden ist¹²⁴. Denn damit bestehen zwar enge Beziehungen des Organwalters zu dem Vertreter, nicht aber — was in diesem Zusammenhang allein bedeutsam ist — zu dem Beteiligten. Ferner handelt es sich in einem solchen Verfahren nicht um die unmittelbaren Interessen des Vertreters, sondern um die des Beteiligten¹²⁵. — Schließlich ist der Organwalter in der Regel nicht als befangen anzusehen, wenn er nur einfaches, nicht vertretungsberechtigtes Mitglied eines beteiligten Subjekts öffentlicher Verwaltung, z. B. einer Religionsgemeinschaft, ist; es sei denn, die Amtshandlung wirkte sich nicht nur für das beteiligte Subjekt öffentlicher Verwaltung selbst, sondern auch für dessen Mitglieder vorteilhaft aus¹²⁶ oder es träten besondere objektive Umstände hinzu — wie z. B. eine anderweitige aktive Verfolgung der Interessen des beteiligten Subjekts öffentlicher Verwaltung durch den Organwalter —, die sachfremde Erwägungen des Organwalters befürchten ließen¹²⁷.

Die hier behandelten Befangenheitsgründe werden vor allem für Organwalter wie Beamte und Angestellte von Gebietskörperschaften verhältnismäßig selten praktisch, weil diese — abgesehen von den Kreis- und Gemeindevorstehern — normalerweise nicht gleichzeitig Bevollmächtigte, gesetzliche Vertreter oder Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berechtigten Organe anderer am Verwaltungsverfahren beteiligter Subjekte öffentlicher Verwaltung sind bzw. sein können¹²⁸. Besonders die Vorschriften über die Inkompatibilität bestimmter Ämter¹²⁹ bilden eine gesetzliche Barriere für die Entstehung derartiger Interessenkonflikte.

d) Der letzte Komplex typischer Befangenheitsgründe für natürliche Personen als Organwalter überschneidet sich teilweise mit den im Vorhergehenden genannten:

Der Organwalter ist befangen, wenn er zu einem der bisher angeführten vom Verwaltungsverfahren unmittelbar Begünstigten oder Beschwerten im Verhältnis eines *Mitberechtigten*, *Mitverpflichteten* oder *Schadensersatzpflichtigen* steht; z. B. als Gesamtgläubiger, Gesamtschuldner, als Bürge des Beteiligten, als Gesellschafter einer beteiligten offenen Han-

¹²⁴ Vgl. o. S. 73, 76.

¹²⁵ Vgl. MENDER, Verfahrensrechtl. Grundsätze S. 699. OVG 61, 336 ff. (337).

¹²⁶ Vgl. o. S. 76.

¹²⁷ Vgl. HAUSEISEN, Interessenskollision S. 776, 777; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 A, § 42 Anm. 2 B b. — OVG 55/461, OVG in: PrVbl. 34/298.

¹²⁸ Vgl. die Andeutung bei RIEWALD, RabGO S. 325; ferner § 18 Abs. 2 Ziff. 3 GO für Bad.-Württ. und dazu KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

¹²⁹ S. o. S. 58 ff.

delsgesellschaft, Mitglied eines beteiligten nicht rechtsfähigen Vereins usw.¹³⁰. Daß ein solches Verhältnis enge Interessenverflechtungen verursacht und einem sachlichen Verhalten des Organwalters im Wege sein kann, ist evident und bedarf keiner näheren Begründung.

Das Gleiche gilt, wenn der Organwalter entgeltlich bei jemandem beschäftigt ist — mag es bei einer Einzelperson, einem Verein, einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Rechts sein —, der durch das Verwaltungsverfahren unmittelbar begünstigt oder benachteiligt werden könnte¹³¹. Gleichgültig ist es, ob der Organwalter dort eine leitende Stelle (z. B. als Prokurist, Direktor) oder eine abhängige Position (z. B. als Angestellter, Arbeiter) innehat. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit und folglich auch die Befangenheit fehlen regelmäßig bzw. entfallen, wenn die Beschäftigung unentgeltlich ist bzw. wenn sie endet¹³².

B. Nach Behandlung der Befangenheitsgründe für natürliche Personen als Organwalter bleiben zum Schluß als zweite Hauptgruppe die *typischen Befangenheitsgründe für unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts* und juristisch nicht-personifizierte *Behörden oder Dienststellen (Subjekte öffentlicher Verwaltung)* darzustellen.

Daß auch unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen wie natürliche Personen Subjekte der Befangenheit sein können, ist oben¹³³ bereits nachgewiesen worden. — Die für die natürlichen Personen als Organwalter möglichen Befangenheitsgründe entfallen hier jedoch zum Teil naturgemäß.

1. Zunächst wäre daran zu denken, daß Subjekte öffentlicher Verwaltung befangen sein könnten, wenn sie *enge Beziehungen zum Gegenstand des Verwaltungsverfahrens unterhalten*, d. h. wenn sie zuständig sind, in einem Verwaltungsverfahren hoheitliche Entscheidungen zu treffen, durch die ihre eigenen Angelegenheiten unmittelbar (mit-)betroffen werden.

2. Ferner könnte man die Subjekte öffentlicher Verwaltung für befangen halten, sofern für sie *enge Beziehungen zu den am Verfahren Beteiligten bestehen*, d. h. sofern sie andere Subjekte öffentlicher Verwaltung vertreten und zuständig sind, in einem Verwaltungsverfahren hoheitlich tätig zu werden, durch welches diese von ihnen vertretenen Subjekte öffentlicher Verwaltung in ihren eigenen Angelegenheiten unmittelbar berührt werden.

¹³⁰ § 17 Abs. 1 Ziff. 1 RN10. Vgl. ferner BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 41 Anm. 2 A.

¹³¹ § 25 Abs. 1 Ziff. 2 der früheren DGO und für die heutigen GOen der Länder z. B. § 23 Abs. 2 GO für Nordrhein-Westf.; ferner § 30 Abs. 1 Ziffer 2 n. d. VVG; § 7 Abs. 1 c berl. VVG v. 1958. — SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 370, 371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

¹³² KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 239; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 371; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 149.

¹³³ S. o. S. 54 ff.

So entschied denn auch das preußische Oberverwaltungsgericht¹³⁴ beispielsweise, daß der Magistrat einer Stadt — der als Kollegium sowohl in den städtischen Angelegenheiten einzige ausführende und verwaltende Behörde und zur Vertretung der Stadt nach außen berufen, als auch Ortspolizeibehörde war — „nicht (als Ortspolizeibehörde) an sich selbst (als Vertreter der Stadtgemeinde) eine polizeiliche Verfügung erlassen und polizeiliche Anforderungen stellen“ durfte, die er freiwillig nicht leisten wollte. Ein solches Verfahren — so stellte das Oberverwaltungsgericht fest — in dem eine Behörde an sich selbst verfüge, sei wegen der vorliegenden Interessenkollision „der Natur der Sache nach“ regelmäßig unstatthaft. — Gleichermassen durfte nach einer Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts¹³⁵ ein zur Vertretung berufener Magistrat seine ortspolizeiliche Zuständigkeit nicht wahrnehmen und gegen den Pächter einer der Stadtgemeinde gehörigen Schankstätte vorgehen, wenn die Stadt ein privates Interesse daran hatte, den Pachtvertrag zu lösen und die freie Verfügung über das Wirtschaftsgrundstück wieder zu erhalten, weil hier das öffentliche Interesse neben das private Interesse der Stadtgemeinde trat.

Diese zutreffende Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts hat die Konsequenz, daß z. B. eine Gemeindebehörde eine Wegnutzungserlaubnis nicht erteilen oder versagen kann, wenn die Gemeinde für die Nutzung ein Entgelt verlangt; denn auch dann besteht ein Widerstreit zwischen dem hoheitlichen und dem fiskalischen Interesse der Gemeinde.

Ebenso ist es nach § 48 Abs. 2 der Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 31. Juli 1953¹³⁶ nicht erlaubt, daß der Oberkreisdirektor als untere staatliche Verwaltungsbehörde in bestimmten Fällen Entscheidungen trifft, wenn „der Landkreis beteiligt“ ist.

Er darf z. B. einer Gemeinde nicht deshalb die Genehmigung versagen, Sachen von besonderem wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert zu verkaufen, weil der Landkreis selbst ein Museum errichten will und daher ein unmittelbares Interesse an dem Erwerb dieser Gegenstände hat (§ 48 Abs. 1 Ziffer f, Abs. 2 Landkreisordnung; § 64 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen). Er darf ebenfalls nicht über die Genehmigung einer Gemeindegemeinschaft entscheiden, durch welche der Benutzungszwang für einen Gemeinde-Schlachthof vor-

¹³⁴ OVG in: PrVBl. 37. Jahrg. S. 135 f.; vgl. ferner OVG Bd. 36 S. 258 ff. (258).

¹³⁵ OVG in: PrVBl. 47. Jahrg. S. 191; vgl. auch OVG Bd. 18 S. 149 ff. (149, 153), wonach der von einer Stadtgemeinde gebildete Stadtausschuß nicht tätig werden durfte, als der Ortsarmenverband der Stadt bei ihm den Anspruch verfolgte, daß die Angehörigen eines Hilfsbedürftigen zu dessen Unterstützung angehalten werden sollten. Die Unzulässigkeit des Tätigwerdens des Stadtausschusses ergab sich daraus, daß die Stadtgemeinde gemäß § 59 preuß. LVG an dem Verfahren „als solche beteiligt“ war.

¹³⁶ GVBl. 1953 S. 305.

geschrieben werden soll, falls der Landkreis besonders interessiert ist, daß diese Satzung nicht zustande kommt, etwa weil er selbst einen Schlachthof einzurichten gedenkt und bewirken will, daß diese Einrichtung von möglichst vielen Einwohnern der dem Kreis angehörigen Gemeinden benutzt wird (§ 48 Abs. 1 Ziffer a, Abs. 2 Landkreisordnung; § 19 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen) usw.¹³⁷

Die hoheitlichen Maßnahmen, die vorzunehmen ein Subjekt öffentlicher Verwaltung zuständig ist und durch die seine eigenen Angelegenheiten bzw. die eines von ihm vertretenen anderen Subjekts öffentlicher Verwaltung betroffen werden können, vermögen sich nun auf verschiedenen Verwaltungsgebieten auszuwirken: auf dem der „Hoheitsverwaltung“ und auf dem der „fiskalischen Verwaltung“¹³⁸.

Was zunächst den hoheitlichen Eingriff eines Subjekts öffentlicher Verwaltung in einen in seinem Aufgabenbereich liegenden Vorgang betrifft, an dem es selbst oder das von ihm vertretene andere Subjekt öffentlicher Verwaltung als Träger fiskalischer Interessen unmittelbar beteiligt ist, so dürfte es sich hierbei — wie auch aus den angeführten Beispielen zu entnehmen ist — im allgemeinen eindeutig um eine Situation der Befan-

¹³⁷ Diese letzteren Fälle, in denen nicht wie in den Sachverhalten, die den eben angeführten Entscheidungen des preuß. OVG zugrunde liegen, eine kollegialisch, sondern eine bürokratisch eingerichtete Behörde wegen Befangenheit gehindert ist, hoheitlich tätig zu werden, sind häufig nicht leicht von den auf S. 77 ff. erwähnten Fällen zu unterscheiden, in denen der Organwahrer selbst wegen bestimmter enger Beziehungen zu einem Subjekt öffentlicher Verwaltung befangen ist. Diese Schwierigkeit beruht auf der engen Verbindung zwischen natürlichen Personen als Organwahrern und den Organen als solchen. Das Unterscheidungsmerkmal kommt in den Rechtsfolgen der Befangenheit deutlich zum Ausdruck: Der befangene Organwahrer eines Subjekts öffentlicher Verwaltung kann — weil und sofern der Befangenheitsgrund nur bei ihm selbst vorliegt — durch einen anderen Organwahrer desselben Subjekts öffentlicher Verwaltung ersetzt werden (z. B. der Behördenleiter durch seinen ständigen — allgemeinen — Vertreter), so daß das Subjekt öffentlicher Verwaltung weiterhin in der Lage ist, zu handeln. Dagegen kann für einen Organwahrer, der in einem konkreten Fall keine Hoheitsmaßnahme vornehmen darf, weil das Subjekt öffentlicher Verwaltung, dessen Zuständigkeiten er wahrzunehmen hat, selbst befangen ist, kein anderer Organwahrer desselben Subjekts öffentlicher Verwaltung auftreten; denn dadurch würde der Befangenheitsgrund nicht beseitigt. Das bedeutet, daß das befangene Subjekt öffentlicher Verwaltung durch keinen seiner eigenen Organwahrer Hoheitsfunktionen ausführen darf. — Auch in dem Urteil des BGH vom 28. 3. 1954 (in: ZIEGLER, Verwaltungsrechtsprechung, 6. Bd. S. 850, insbes. S. 850, 853), in dem erklärt wird, daß ein von einem Beamten erlassener Verwaltungsakt wegen Interessenkollision in der Regel anfechtbar sei, wenn durch ihn die von dem Beamten gesetzlich vertretene Körperschaft des öffentlichen Rechts begünstigt werde, handelt es sich im Grunde nicht nur um eine bei dem Beamten vorliegende Interessenkollision, sondern auch um eine bei der von ihm vertretenen Körperschaft des öffentlichen Rechts selbst bestehende Interessenkollision und Befangenheit. Bei dieser Interessenlage ist es nämlich unzulässig, daß die Körperschaft durch irgendeinen ihrer eigenen Organwahrer tätig wird. Denn für jeden von ihnen würde derselbe Interessenkonflikt auftreten.

¹³⁸ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83.

genheit handeln¹³³. Hier gerät das von dem zuständigen Subjekt öffentlicher Verwaltung wahrzunehmende öffentliche Interesse in Kollision mit den fiskalischen Interessen desselben Subjekts öffentlicher Verwaltung oder mit denen eines anderen von ihm vertretenen, so daß die objektiv begründete Gefahr besteht, daß die Hoheitsfunktion nicht unbefangene und sachlich zum gemeinen Wohl erfüllt wird.

Auch die von v. TUREGG¹³⁴ vorgebrachten Argumente lassen ein solches Vorgehen als unzulässig erscheinen: Bei einer nichthoheitlichen oder fiskalischen Angelegenheit stehen sich das seine eigenen oder die Interessen eines anderen Subjekts öffentlicher Verwaltung verfolgende Subjekt öffentlicher Verwaltung sowie die ebenfalls daran beteiligten Privatrechtssubjekte völlig gleichberechtigt gegenüber. Es „wäre jede Sicherheit innerhalb von nichthoheitlichen oder fiskalischen Rechtsverhältnissen beseitigt“, wenn sich der bisher gleichrangige Partner plötzlich in einen Hoheitsgewalt Ausübenden verwandelt und das Privatrechtssubjekt „mit Hoheitsmitteln zur Strecke“ bringen dürfte. Hat sich ein Subjekt öffentlicher Verwaltung einmal auf die nichthoheitliche oder fiskalische Ebene begeben, so muß es sich auch wie ein Privatrechtssubjekt behandeln lassen.

Eine Einschränkung ist dagegen zu machen für das hoheitliche Eingreifen der Gemeinden oder Gemeindeverbände in ihre eigenen fiskalischen Angelegenheiten bzw. für das hoheitliche Eingreifen der kommunalen Behörden oder Dienststellen in die fiskalischen Angelegenheiten der von ihnen vertretenen kommunalen Körperschaften, wenn es nicht im Rahmen der Selbstverwaltung, sondern der staatlichen Auftragsverwaltung geschieht¹³⁵. Die gemeindlichen Behörden bleiben bei der Wahrnehmung von Auftragsangelegenheiten zwar Organe der Gemeinden¹³⁶. Sie führen aber nicht kommunale, sondern staatliche Aufgaben zur Erfüllung nach unbegrenzter Weisung aus¹³⁷. Das bedeutet: der Staat kann bei einer Auftragsangelegenheit bis in alle Einzelheiten Anordnungen treffen und die bereits getroffenen Maßnahmen wieder rückgängig machen.

¹³³ Dieser Sachlage tragen auch die bereits mehrfach zitierten Bestimmungen Rechnung, die das Beschlußverfahren in den Ländern regeln; s. z. B. § 10 des Ersten Vereinfachungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westf. v. 23. 7. 1907 Näheres z. S. 25 f., 56 f.

¹³⁴ Vgl. auch v. BRAUCHITSCH, Preussische Verwaltungsgesetze Bd. I S. 38; v. d. MOSEL, Handwörterbuch Sp. 355, 354; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.

¹³⁵ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.
¹³⁶ Vgl. BOH in: ZIEGLER, Verwaltungsrechtsprechung 6, Bd. S. 650 ff. (650, 653); BVerfG in: NJW 1954 S. 633, jedoch beide Gerichte ohne nähere Begründung.

¹³⁷ WOLFF, Verwaltungsrecht § 4 I; vgl. auch die teilweise divergierende Auffassung von FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 371 (in Ansehung der Auftragsverwaltung wird der „sonst selbständige Verwaltungsträger zur Staatsinstanz“).

¹³⁸ S. 55 3, 116 der GO für Nordrhein-Westfalen.

Erläßt eine Gemeindebehörde im Einzelfall gemäß konkreter Weisung der Aufsichtsbehörde einen Hoheitsakt, der sich auf fiskalischem Gebiet für die von ihr vertretene Gemeinde vorteilhaft oder nachteilig auswirkt, so ist sie nicht befangen. Denn in einem solchen Fall erfolgt die für die hoheitliche Entscheidung maßgebende Willensbildung durch den Staat¹³⁸. Der kommunalen Behörde selbst bleibt kein Spielraum für eine eventuell unsachliche Entscheidung; sie hat lediglich die genau fixierte Anordnung der Aufsichtsbehörde durchzuführen. Damit fehlt es aber an einer der oben¹³⁹ entwickelten allgemeinen Voraussetzungen der Befangenheit, nämlich daran, daß das zuständige Verwaltungsorgan im konkreten Fall aufgrund eigener Willensbildung unmittelbar (mit-)entscheidet.

Abschließend bleibt zu prüfen, ob ein Subjekt öffentlicher Verwaltung auch befangen ist, wenn es zuständig ist, hoheitlich in eigene Angelegenheiten bzw. in die Angelegenheit eines von ihm vertretenen anderen Subjekts öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiete der Hoheitsverwaltung einzugreifen¹⁴⁰. Das ist z. B. dann gegeben, wenn die Behörde einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zuständig ist, in einem Verfahren einen Hoheitsakt zu setzen, der für ein anderes vor einer anderen Behörde derselben juristischen Person des öffentlichen Rechts schwebendes Hoheitsverfahren bedeutungsvoll ist¹⁴¹.

Es ist zuzugeben, daß auch in einer derartigen Situation bei dem zuständigen Subjekt öffentlicher Verwaltung der Eintritt eines Interessenwiderstreits denkbar ist. Ein Verbot des hoheitlichen Handelns von Subjekten öffentlicher Verwaltung überall dort, wo sie bereits unter anderem hoheitlichen Aspekt eine Angelegenheit behandeln, muß jedoch an den bedenklichen Folgen scheitern: So könnte z. B. in einer Angelegenheit, in der die Behörde einer bestimmten juristischen Person des öffentlichen Rechts hoheitlich tätig geworden ist, eine andere Behörde derselben juristischen Person keine dringend erforderlichen Hoheitsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung treffen usw. Dadurch würde aber die öffentliche Verwaltungsführung in einem mit ihrem Zweck, der Erhaltung und Förderung des Gemeinwohls, unverein-

¹³⁸ WOLFF, Beschwerdefausschüsse S. 296; im Anschluß daran: SCHWEER, Pflichtaufgaben S. 704.

¹³⁹ S. o. S. 63.

¹⁴⁰ Dies meint LASSAR (in) v. BRAUCHITSCH, Preussische Verwaltungsgesetze Bd. I S. 38, in seiner Anm. zu § 59 preuß. LVG für den Bereich des Beschlußverfahrens.

¹⁴¹ Z. B. die - wie in größeren Gemeinden häufig - von der Ordnungsbehörde getrennte Straßenverkehrsbehörde einer Stadt erteilt nach der StVO eine Genehmigung zur Durchführung eines Radrennens am Sonntagvormittag. Die Ordnungsbehörde derselben Stadt hört davon und verbietet die Durchführung des Radrennens zu diesem Zeitpunkt auf Grund des Gesetzes zum Schutz der Sonntag- und Feiertage.

baren Maße gehemmt¹⁴⁸. Ferner werden hier — im Gegensatz zum hoheitlichen Eingreifen eines Subjekts öffentlicher Verwaltung in seine eigenen nichthoheitlichen oder fiskalischen Angelegenheiten — die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten im Laufe des Verfahrens nicht qualitativ verändert¹⁴⁹. Beide hoheitlichen Verfahren stehen von vornherein unter dem Gesichtspunkt der Wahrung und Förderung des öffentlichen Interesses¹⁵⁰.

Damit steht das an einem Verwaltungsverfahren beteiligte Privatrechtssubjekt nicht wehrlos da. Ihm bleibt auch hier die Möglichkeit, den Rechtsschutz der Verwaltungsgerichte anzurufen, falls es sich bei einer Hoheitsmaßnahme durch sachfremde Motive beeinträchtigt glaubt.

III. Generalklausel der Befangenheitsgründe

Die im Vorhergehenden im Einzelnen aufgeführten Befangenheitsgründe für natürliche Personen als Organwähler und Subjekte öffentlicher Verwaltung tragen nur beispielhaften Charakter.

Es liegt im Wesen der Befangenheitsgründe, sich nicht erschöpfend durch kasuistische Aufzählung erfassen und gesetzlich festlegen zu lassen¹⁵¹. Zwar ist es möglich — und so geschah es auch in den vorstehenden Erörterungen — eine Reihe bestimmter *typischer Befangenheitsgründe* aufzustellen, die unter bestimmten Voraussetzungen erfahrungsgemäß immer wieder auftauchen. Aber genauso wenig wie die vielfältig möglichen Beziehungen von Mensch zu Mensch und von Menschen zu Gegenständen lassen sich die aus diesen Beziehungen unter Umständen für Organwähler und Subjekte öffentlicher Verwaltung resultierenden Befangenheitsgründe in ein Schema pressen. Es gibt eine Vielzahl nur in konkreten Einzelfällen auffindbarer *atypischer Befangenheitsgründe*.

Dieser Sachlage trägt § 7 des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes konsequent und vorbildhaft Rechnung. Er verbietet den „Verwaltungsorganen“ zunächst, beim Vorliegen bestimmter *typischer Befangenheitsgründe* ihr Amt auszuüben und darüber hinaus,

¹⁴⁸ S. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84: „Es dürfte nicht zu beanstanden sein, daß sich zwei Stellen des Hoheitsträgers, mit denen“ der Staatsbürger „in Rechtsbeziehungen steht, miteinander gegen ihn verhandeln, und, sich die Bälle zuwerfend, kräftig in ihrer eigenen Sache in dem jeweils anderen Verfahren entscheiden“.

¹⁴⁹ v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84.

¹⁵⁰ Über die allseits anerkannte Auffassung, daß Rechtsbehelfsentscheidungen — auch wenn sie von einer Behörde derselben juristischen Person gefällt werden, die durch eine andere Behörde die angefochtene Maßnahme erließ — keine verbotenen Entscheidungen in eigener Sache sind, s. v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 82. BVerfG in: NJW 1934 S. 833.

¹⁵¹ Vgl. JEBENS, Ausschließung S. 302, 323; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56; HAUSEISEN, Interessenkollision S. 777; ROSENBERG, Befangenheit S. 214 f.; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 324.

wenn „sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen“¹⁵².

Wo eine derartige *Generalklausel* nicht an die Skala der typischen Befangenheitsgründe angefügt wird, bleibt eine gesetzliche Regelung des Handlungsverbots bei Befangenheit notwendig unvollständig und lückenhaft. Das trifft auf beinahe¹⁵³ sämtliche oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen zu, die das Handlungsverbot bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren für die Bundesrepublik regeln. Sich zur Erklärung dieser Gesetzeslage mit dem früher¹⁵⁴ vorgebrachten Argument zu begnügen, der Gesetzgeber habe es für entbehrlich angesehen, an einen Verwaltungs-Organwähler hinsichtlich der Unbefangenheit die gleichen Anforderungen zu stellen wie an den Richter, ist für das heutige Verwaltungsverfahren in einem materiellen Rechtsstaat fragwürdig und unbefriedigend. Wenn auch das Institut des Handlungsverbots bei Befangenheit im *Gerichtsverfahrensrecht* seine ursprüngliche Heimat hat und besonders evident mit der richterlichen Tätigkeit verbunden sein muß, so gilt es doch in gleichem Maße für das Verwaltungsverfahren¹⁵⁵. Denn beide, Richter und Verwaltungs-Organwähler, sind gehalten, Gerechtigkeit zu verwirklichen, und von beiden muß daher die dazu erforderliche Sachlichkeit und Unparteilichkeit verlangt werden.

Wenn trotzdem die Ansicht vertreten wurde, bestimmte (unvollständige) Gesetzesvorschriften, z. B. § 25 der DGO von 1935, enthielten eine erschöpfende und abschließende Aufzählung der Befangenheitsgründe¹⁵⁶, so ist dem zumindest in dieser apodiktischen Form nicht zuzustimmen.

¹⁵² Vgl. dazu auch KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 56; HERRNRIIT, Verwaltungsverfahren S. 50; ADAMOVICH, Handbuch Bd. 1 S. 218.

¹⁵³ Eine Ausnahme gilt für § 17 RNotO, nach dessen Absatz 3 sich ein Notar, auch ohne daß einer der in § 17 genannten typischen Ausschließungsgründe vorliegt, wegen Befangenheit der Ausübung seines Amtes enthalten kann. Ebenso kann sich nach § 69 RABGO ein „Amtsträger“, auch wenn keiner der in § 67 RABGO aufgezählten Befangenheitsgründe vorliegt, mit Zustimmung des Behördenleiters der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten. § 17 RNotO und §§ 67, 69 RABGO rücken damit in die Nähe der entsprechenden Vorschriften der Justizverfahrensgesetze. Neben §§ 41 ZPO, 22, 23 StPO, die eine Reihe von Ausschließungsgründen aufzählen, treten die §§ 48 ZPO, 30 StPO, die es ermöglichen, daß ein Richter sich selbst „ablehnt“, wenn irgendein sonstiger Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen.

¹⁵⁴ JEBENS, Ausschließung S. 304; GUILLAUME, Beteiligung S. 183.

¹⁵⁵ Vgl. auch v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 83/84, der ebenfalls der Ansicht ist, daß für einen im Verwaltungsverfahren hoheitlich tätigen Organwähler dieselben Befangenheitssituationen auftreten können wie für Gerichtspersonen, und daß das Tätigwerden eines Organwählers in solchen Fällen einer „sauberen Verwaltungsführung“ widerspricht. Ebenso HUBSCHMANN-HEPP-SPITALER, Reichsabgabenordnung § 87 Anm. 3.

¹⁵⁶ Für § 25 DGO: KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 237; BRAND, DRG S. 120; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 369/370 (im Anschluß an die amtliche Begründung zu § 25 DGO).

HAUEISEN¹²⁷ betont zu Recht, auch wo z. B. § 5 DBG oder § 25 DGO nicht verletzt seien, könne aus anderen Gründen eine Interessenkollision vorliegen. Das Gleiche ist im Hinblick auf die an die Stelle dieser Paragraphen getretenen heutigen Bestimmungen des Bundes (§ 59 Bundesbeamtengesetz)¹²⁸ und der Länder sowie die meisten übrigen gesetzlichen Bestimmungen zu sagen, die ein Handlungsverbot bei Befangenheit aussprechen. Die Aufzählung der Befangenheitsgründe in diesen Vorschriften ist keine enumerative Festlegung der Befangenheitsgründe, sondern hat nur die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung in dem Sinne, daß in den angegebenen Fällen Befangenheit tatsächlich gegeben ist, sie schließt nicht aus, daß sie auch in anderen Fällen vorliegen kann¹²⁹. Ein *argumentum a contrario* ist aus diesen Vorschriften nur insoweit zu ziehen und ihre Aufzählung ist nur insofern „erschöpfend“, als die in ihnen festgelegten besonderen Rechtsfolgen (wie z. B. die Ausschließung eines befangenen Organwalters von der Amtsausübung) nur bei den im Gesetz enumerativ genannten typischen Befangenheitsgründen eintreten. Jede andere Auffassung würde zu unverhältnismäßigen und von dem Sinn der gesetzlichen Bestimmungen nicht gedeckten Konsequenzen führen: So dürfte ein Organwalter trotz des Vorliegens eines zwar atypischen aber dennoch schwerwiegenden Befangenheitsgrundes, z. B. klar zu Tage liegender enger Freundschaft mit einem Beteiligten, hoheitlich begünstigend tätig werden und sich damit ohne weiteres über das Gerechtigkeitspostulat der Sachlichkeit hinwegsetzen, während ihm dies versagt wäre, falls z. B. ein Verwandter dritten Grades, mit dem er keinerlei enge Beziehungen unterhält, an dem Ergebnis des Verwaltungsverfahrens unmittelbar interessiert wäre. Ferner wäre unter Umständen ein Organwalter bzw. ein Subjekt öffentlicher Verwaltung in dem einen Land der Bundesrepublik laut Gesetz befangen, während er bzw. es in einem anderen Land bei der gleichen Sachlage nicht als befangen gälte, nur weil die Zahl der Befangenheitsgründe in dem entsprechenden Landesgesetz — vielleicht zufällig — nicht den gleichen Umfang hat¹³⁰.

Das zuständige Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der zuständige Organwalter hat daher in jedem konkreten Einzelfall seines Tätigwerdens sorgfältig zu prüfen, ob nicht irgendein (typischer oder atypischer) objektiver Grund seiner Unbefangenheit entgegensteht und sein Handeln verboten sein läßt¹³¹. Wie eng die möglichen Fälle der Befangenheit

¹²⁷ HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 777; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, *DBG* S. 208.

¹²⁸ S. FISCHBACH, *BBG* S. 418.

¹²⁹ HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 777.

¹³⁰ Vgl. S. 29, insbes. Anm. 29.

¹³¹ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, *DBG* S. 208; GROBER, *Steuernrecht* S. 1011; HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 777; BOCHALLI, *Landesbeamtengesetz* S. 131.

mit der Individualität der jeweiligen Einzelsituation zusammenhängen, beweist vor allem die Rechtsprechung. Die Entscheidungen der Gerichte, sei es, daß in ihnen Befangenheit bejaht oder daß sie verneint wird, besitzen sehr häufig keine über den speziellen Fall hinausragende Bedeutung¹³². Auch künftig wird vornehmlich der Verwaltungsrechtsprechung die Aufgabe zufallen, einerseits über eine weitestmögliche Sachlichkeit und Gerechtigkeit des hoheitlichen Verwaltungshandelns zu wachen¹³³, andererseits aber auch die notwendige Verwirklichung der Verwaltungsziele nicht durch eine allzu starke Ausweitung der Befangenheitsgründe zu lähmen oder doch ungebührlich zu hemmen. Das bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Verwirklichung der Sachlichkeit und Gerechtigkeit einerseits und der Gewährleistung eines möglichst reibungslosen Verwaltungsablaufs andererseits wird stets von neuem zu lösen sein.

§ 19. Ausnahmen vom Handlungsverbot

Da im materiellen Rechtsstaat die Verwirklichung der Gerechtigkeit und damit auch des besonderen Rechtsgrundsatzes des Handlungsverbots bei Befangenheit für die Subjekte öffentlicher Verwaltung und für die Organwalter kategorisch ist, sind Ausnahmen vom Handlungsverbot im allgemeinen nicht zulässig.

Deshalb erschien es dem Gesetzgeber nicht statthaft, in den § 59 des Bundesbeamtengesetzes von 1953 die in § 3 des Deutschen Beamtengesetzes von 1937 und im Anschluß an ihn in den Beamtengesetzen verschiedener deutscher Länder¹³⁴ enthaltene Bestimmung zu übernehmen, wonach Beamte trotz des Vorliegens von Befangenheitsgründen tätig werden durften, wenn die *Aufsichtsbehörde* dem zustimmte¹³⁵. Eine solche Ausnahme vom Handlungsverbot war keineswegs geeignet, die Befangenheit des zuständigen Organwalters zu beseitigen und die Sachlichkeit seines Handelns sicherzustellen. Sie war auch nicht von den Erfordernissen der Verwaltungspraxis her diktiert.

¹³² JEBENS, *Ausschließung* S. 302, 323; HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 777; ROSENBERG, *Befangenheit* S. 214 f.; NISCHKE, *BBG* S. 80 — OVG 42/424; OVG in: *PrVBl.* 5/149; 12/365; 21/518.

¹³³ HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 777; FELNER, *Verwaltungsverfahren* S. 95.

¹³⁴ Das trifft vor allem für die Beamtengesetze der Länder zu, die vor dem Bundesbeamtengesetz erlassen wurden. Dagegen entsprechen dem § 59 BBG: § 28 LBG v. Berlin; § 70 BG für Nordrh.-Westf.; § 75 BG für Schleswig-Holstein.

¹³⁵ Vgl. BOCHALLI, *BBG* S. 195; DISTEL-SELGE, *BBG* S. 255, 256; FISCHBACH, *BBG* S. 416, 417. — § 5 DBG wurde allerdings eng ausgelegt. Nach NADLER-WITTLAND-RUPPERT, *DBG* S. 208, dürfte die Zustimmung „nur in besonders liegenden Ausnahmefällen“ erteilt werden; das „Allgemeininteresse“ machte dabei eine „strenge Zurückhaltung“ erforderlich.

— Eine Ausnahme vom Handlungsverbot darf auch dann nicht von der Aufsichtsbehörde zugelassen werden, wenn bei der Amtshandlung eines Organwalters zwar keine Bevorzugung, aber eine unmittelbare Benachteiligung von dessen Verwandten oder Verschwägerten zu erwarten steht. Denn in einem solchen Fall besteht die objektiv begründete Gefahr, der Organwaller werde diesen Nachteil in unsachgemäßer Weise verhindern bzw. mildern. Jedoch erscheint es m. E. vertretbar, daß der Mangel einer von einem befangenen Organwaller sachgemäß zum Nachteil von Verwandten oder Verschwägerten vorgenommenen Maßnahme nachträglich durch Genehmigung der Aufsichtsbehörde geheilt wird.

Dagegen muß eine Ausnahme vom Handlungsverbot gelten, bei „Gefahr im Verzuge“, wenn es sich um eine unaufschiebbare Verwaltungshandlung handelt, und die Vertretung oder Ersetzung des befangenen Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. Organwalters nicht sogleich bewirkt werden kann¹⁰⁰. In solchen Fällen, in denen jede nicht sofort getroffene hoheitliche Maßnahme zu spät käme, ist die Ausnahme vom Handlungsverbot bei Befangenheit vom öffentlichen Interesse her geboten.

§ 20. Der ungeschriebene Rechtssatz des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren

Als Ergebnis der vorhergehenden Untersuchungen läßt sich nunmehr folgende Satzreihe aufstellen, durch welche der gefundene besondere Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit konkretisiert wird:

(I) Eine mit hoheitlichen Verwaltungsaufgaben betraute Person darf in einem ihr zugewiesenen Verwaltungsverfahren keine Amtshandlungen vornehmen und nicht an solchen mitwirken, wenn sie befangen ist.

Dies ist der Fall:

1) wenn für sie enge persönliche Beziehungen zum Gegenstand des Verwaltungsverfahrens bestehen;

so, wenn

- a) die Amtshandlung ihr einen unmittelbaren persönlichen Sondervorteil oder Sondernachteil bringen kann,
- b) sie bereits früher in anderer als amtlicher Eigenschaft bezüglich desselben Verfahrensgegenstandes gutachtlich oder in anderer Weise für jemanden tätig war,

¹⁰⁰ Vgl. § 7 Abs. 2 österr. AVG; § 47 ZPO; § 29 StPO. — ADAMOVICH, Handbuch S. 218: „In diesen besonderen Fällen kann daher die Teilnahme eines befangenen Organs an der Erledigung der Sache keinen rechtlichen Mangel des Verfahrens begründen.“ — HERRBRITT, Verwaltungsverfahren S. 83. — Für den Zivilprozeß: BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anm. zu § 47.

c) sie in einem Beschwerdeverfahren mitzuwirken hat, jedoch bereits früher in unterer Instanz an dem Erlaß der angefochtenen Verwaltungsmaßnahme beteiligt war;

2) wenn sie enge persönliche Beziehungen auf Verwandtschaft oder naher Schwägerschaft beruhender oder rechtlicher Art zu den am Verwaltungsverfahren beteiligten natürlichen Personen, oder enge persönliche Beziehungen rechtlicher Art zu den am Verwaltungsverfahren beteiligten juristischen Personen und Personenvereinigungen des Privatrechts oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen unterhält, und die Amtshandlung diesen einen unmittelbaren Sondervorteil oder Sondernachteil bringen kann;

3) wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die objektiv geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen.

(II) Ebenso dürfen unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie Behörden oder Dienststellen wegen Befangenheit keine hoheitlichen Amtshandlungen vornehmen, wenn sie hierdurch in ein Verwaltungsverfahren eingreifen würden, an dessen Gegenstand sie selbst oder die von ihnen vertretenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen als Träger fiskalischer Interessen beteiligt sind oder wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die objektiv geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen.

(III) Diese Vorschriften gelten nicht bei Gefahr im Verzuge, wenn eine Vertretung oder Ersetzung des Subjekts der Befangenheit nicht sogleich bewirkt werden kann, eine sofortige Vornahme der Amtshandlung aber durch das öffentliche Interesse geboten ist.

Diese abgeleitete Satzreihe kann im Rechtssinne als einheitlicher „Satz“ bezeichnet werden. Es bleibt jedoch zu untersuchen, ob er auch Rechtssatzcharakter trägt.

Abgeleitet wurde er aus einem besonderen Rechtsgrundsatz, also aus einer Quelle positiven Rechts. Auch verknüpft er einen bestimmten vorausgesetzten Tatbestand mit einer bestimmten Rechtsfolge. Der vorausgesetzte Tatbestand ist die Zuständigkeit bestimmter Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. bestimmter Organwaller zur Wahrnehmung hoheitlicher Amtshandlungen und das gleichzeitige Vorliegen gewisser typischer oder atypischer Befangenheitsgründe bei ihnen. Die bestimmte Rechtsfolge ist der Eintritt eines Handlungsverbots. Er stellt somit einen auf konkrete Sachverhalte und Interessenlagen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz dar. Es handelt sich bei ihm um den gesuchten ungeschriebenen generellen, positiven Rechtssatz des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren, der zwingend aus dem das

Gerechtigkeitsprinzip konkretisierenden besonderen Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit abgeleitet ist.

Dieser Rechtssatz bedarf aber noch der Ergänzung. So ist es notwendig, im Anschluß an die bisher getroffenen Regelungen zu bestimmen, welche Pflichten dem Subjekt öffentlicher Verwaltung oder Organwalter aus dem Handlungsverbot erwachsen und auf welche Weise und durch wen das Subjekt der Befangenheit ersetzt werden soll.

ZWEITER HAUPTTEIL

ANWENDUNG DES HANDLUNGSVERBOTS BEI BEFANGENHEIT IM VERWALTUNGSVERFAHREN

Im ersten Hauptteil dieser Untersuchung wurde nachgewiesen, daß sowohl für alle natürlichen Personen als Organwalter, als auch für alle unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen ein Handlungsverbot bei Befangenheit existiert und welchen Umfang es hat.

Unberücksichtigt blieben bisher die Fragen, welche Rechtsfolgen sich im Einzelnen für das Subjekt der Befangenheit und die Beteiligten aus dem Handlungsverbot ergeben und welche rechtlichen Konsequenzen dann eintreten, wenn das Handlungsverbot unbeachtet bleibt. Hierauf sollen die folgenden Untersuchungen Antwort geben.

1. Kapitel:

Die Rechtsfolgen des Handlungsverbotes

§ 21. Pflichten des Subjekts der Befangenheit

Das Handlungsverbot löst für die Subjekte der Befangenheit die Entstehung verschiedener Pflichten aus.

Wenn ein Organwalter bzw. ein Subjekt öffentlicher Verwaltung feststellt, daß für ein bestimmtes von ihm wahrzunehmendes Verwaltungsverfahren bei ihm ein eindeutiger Befangenheitsgrund vorliegt, so ist es zunächst verpflichtet, sich in dieser Sache der Vornahme von hoheitlichen Verwaltungsmaßnahmen zu enthalten¹. Dies gilt insbeson-

¹ § 7 Abs. 1 österr. AVG. - GUILLAUME, Beteiligung S. 181; v. d. MOSEL, Handwörterbuch Sp. 355 (der ausdrücklich diese Pflicht auch für Behörden nennt); BRAND, DBG S. 119; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 265; GROBEL, Steuerrecht S. 1010; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 299; HANS, Öffentliches Recht S. 61; MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 83; ADAMOVICH, Handbuch S. 217; DISTEL-SELGE, BBG S. 255; AREND, Besetzungsgesetz S. 29; ULE, Verwaltungsverfahren S. 602. OVG 4. 328; 16,357; 51,434; 63,461; 97,245,246.

dere dann, wenn ein gesetzlicher Ausschließungsgrund gegeben ist, d. h. wenn das Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der Organwahrer wegen des Vorliegens eines bestimmten typischen Befangenheitsgrundes kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift von der Vornahme hoheitlicher Verwaltungsmaßnahmen ausgeschlossen ist⁸. Die Pflicht zur Amtsenthaltung besteht aber auch beim Vorliegen eines sonstigen, im Gesetz nicht aufgeführten, atypischen, aber dennoch eindeutigen Befangenheitsgrundes.

Da das öffentliche Interesse gebietet, das Verwaltungsverfahren trotzdem unverzüglich durchzuführen, hat das befangene Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der befangene Organwahrer sofort seine Ersetzung oder Vertretung durch ein anderes, unbefangenes Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. durch einen anderen, unbefangenen Organwahrer zu veranlassen⁹.

Ist es zweifelhaft, ob ein Befangenheitsgrund vorliegt oder nicht, so ist das betreffende Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der betreffende Organwahrer verpflichtet, der übergeordneten Stelle der öffentlichen Verwaltung den Sachverhalt und die Umstände, aus denen sich die Befangenheit ergeben kann, mitzuteilen.

Diese Mitteilung ist bei Organwahrern an den Dienstvorgesetzten oder den Leiter der Dienstbehörde, welcher er angehört, zu richten⁴. Fehlt ein Dienstvorgesetzter oder ein Leiter der Dienstbehörde, z. B. wenn der Organwahrer dieses Amt selbst innehat, so ist der Aufsichtsbehörde Meldung zu erstatten⁵. Mitglieder eines kollegialen Organs (z. B. eines Beschlusses Ausschusses) haben den Vorsitzenden dieses kollegialen Gremiums zu benachrichtigen⁶. Subjekte öffentlicher Verwaltung endlich haben ihrer Aufsichtsbehörde Mitteilung zu machen⁷.

⁸ Beispiele für gesetzlich fixierte Ausschließungsgründe im Bereich des Verwaltungsverfahrens: § 67 RAbgO; § 17 RNotO; § 122 RHO; § 93 BundesdisziplinarO; § 29 Nds. VVG; die Vorschriften der GOen der Länder, z. B. § 23 GO für Nordrh.-Westf. Vgl. auch: KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151.

⁹ Osterr. AVG § 7 Abs. 1. - ADAMOVICH, Handbuch S. 216; ULE, Verwaltungsverfahren S. 602. - S. u. S. 97 ff.

⁴ Vgl. z. B. § 18 Abs. 4 GO für Bad.-Württ.; § 69 RAbgO; § 50 OWG. - HERRNTRITZ, Verwaltungsverfahren S. 50; SCHATTENFROH, DGO S. 100; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 236; BRAND, DBG S. 119; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 272; ADAMOVICH, Handbuch S. 217; BOCHALLI, Landesbeamtengesetz S. 131; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 156, 152, 151. Für den Zivilprozeß vgl. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anm. zu § 48.

⁵ Vgl. § 69 RAbgO; § 50 OWG.

⁶ Vgl. z. B. § 18 Abs. 4 GO für Bad.-Württ.; § 20 Abs. 2 Nds. VVG. - KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 150, 151.

⁷ Wird diese Mitteilungspflicht verletzt, so hat das für den Organwahrer oder den verantwortlichen Organwahrer eines Subjekts öffentlicher Verwaltung disziplinarische Folgen. Vgl. KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 238; BRAND, DBG S. 120; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 372; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151.

In derartigen Zweifelsfällen haben die übergeordneten Verwaltungsstellen nämlich zu entscheiden, ob tatsächlich genügend objektive Umstände gegeben sind, die ein unsachliches Verhalten des Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. des Organwahrers befürchten lassen⁸.

Solange diese Entscheidung aussteht, besteht für das betreffende Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. für den betreffenden Organwahrer die normale Pflicht, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallende Verwaltungsaufgabe zu erledigen⁹. Denn der erforderliche fließende Ablauf der Verwaltungsführung darf nicht schon durch die bloß mögliche Befangenheit eines Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. Organwahrers unterbrochen werden. Auch kann es nicht dem subjektiven Dafürhalten des jeweiligen Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. Organwahrers überlassen bleiben, schon dann seine Verwaltungstätigkeit einzustellen, wenn kein eindeutiger Befangenheitsgrund vorliegt, und damit möglicherweise der Verantwortung für unangenehme Entscheidungen auszuweichen.

Verneint die Entscheidung der übergeordneten Verwaltungsstelle das Vorliegen eines Befangenheitsgrundes, so ändert sich für das Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. für den Organwahrer, welches bzw. welcher den möglichen Befangenheitsgrund mitteilte, nichts: sie haben weiterhin ihre Aufgabe pflichtgemäß zu erfüllen¹⁰. Wird dagegen in der Entscheidung die Befangenheit des Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. des Organwahrers bejaht, so besteht ein Handlungsverbot und damit die Pflicht, sich jeglicher Ausübung von Verwaltungsfunktionen in der fraglichen Sache zu enthalten¹¹.

⁸ S. § 23 Abs. 4 GO für Nordrh.-Westf.; § 18 Abs. 4 GO für Bad.-Württ.; Art. 49 Abs. 2 GO für Bayern. - KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 238; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 372; BOCHALLI, Landesbeamtengesetz S. 131; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151, 152. Für den Zivilprozeß: BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO Anm. zu § 48. -

⁹ Kollegiale Organe treffen diese Entscheidung in Abwesenheit dessen, den die Entscheidung betrifft: S. z. B. § 18 Abs. 4 GO für Bad.-Württ.; Art. 49 Abs. 2 GO für Bayern. KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151; 6. M., jedoch ohne Begründung: RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 328. Vgl. auch § 50 OWG; ferner den neben § 67 (typische Befangenheitsgründe) stehenden § 69 RAbgO: „Ein Amtsträger kann sich der Ausübung seines Amtes wegen Befangenheit enthalten. Er bedarf hierzu der Zustimmung des Leiters der Behörde, der er angehört; bei dem Leiter der Behörde entscheidet die vorgesetzte Behörde...“ BÖHLER, Steuerrecht S. 317; GROHER, Steuerrecht S. 1011; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 327, 328.

¹⁰ Als Beispiel für die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über das Vorliegen von Befangenheit bei einem Subjekt öffentlicher Verwaltung (Behörde) s. § 48 Abs. 2 der Landkreisordeung für Nordrh.-Westf.

¹¹ KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 152; vgl. auch BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 48 Anm. 1.

¹² KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151.

¹³ Diese Entscheidung ist als eine das Verfahren betreffende Anordnung unanfechtbar. Vgl. HERRNTRITZ, Verwaltungsverfahren S. 50; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 372. Für den Zivilprozeß vgl. BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO § 48 Anm. 2.

Schließlich ist in einigen Gesetzen für befangene Mitglieder von Kollegialorganen die Pflicht fixiert, bei nichtöffentlichen Sitzungen des Kollegialorgans den Beratungsraum zu verlassen¹². Es soll hiermit auch die Möglichkeit indirekter Einflußnahme durch das bloße „Dabeisein“ vereitelt werden.

§ 22. „Befreiung“ des Subjekts der Befangenheit

Für eine zahlenmäßig bedeutsame Gruppe der Organwähler, nämlich die Beamten, ist in § 59 Abs. 1 des Bundesbeamtengesetzes und den entsprechenden Vorschriften der Länderbeamtengesetze¹³ eine Sonderregelung hinsichtlich der Rechtsfolgen des Vorliegens bestimmter Befangenheitsgründe getroffen. Danach ist ein Beamter von solchen Amtshandlungen zu „befreien“, die sich gegen ihn selbst oder seine Angehörigen¹⁴ richten würden¹⁵; die also einen Sondernachteil für den Beamten selbst oder seine Angehörigen zur Folge haben könnten.

Auch in diesen Fällen ist der Beamte verpflichtet, seinem Dienstvorgesetzten von den Umständen Meldung zu machen, aus denen sich seine Befangenheit ergibt, damit dieser über die Befreiung entscheiden kann¹⁶. Der Dienstvorgesetzte ist — falls tatsächlich ein objektiver Befreiungsgrund vorliegt — verpflichtet, die Befreiung zu erteilen, weil nicht nur das Interesse des Beamten eine solche Entscheidung nahelegt, sondern auch das Allgemeininteresse erfordert, daß die bei einer objektiven Amtsausübung für den Beamten notwendig entstehenden Nachteile nicht durch die Rücksicht auf die eigenen Belange bzw. die seiner Angehörigen unsachgemäß gemildert oder sogar vermieden werden¹⁷.

Bis zum Ausspruch der Befreiung bleibt der Beamte verpflichtet, die

¹² § 67 Abs. 2 RABGO; § 25 Abs. 3 DGO; § 18 Abs. 4 GO für Bad.-Württ.; § 22 Abs. 1 GO für Schlesw.-Holst.

KERL-WEIDEMANN, DGO S. 240; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 146, 152; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 372, welche eine solche Pflicht auch bei öffentlichen Sitzungen annehmen.

¹³ S. z. B. § 7 Abs. 1 des Beamtengesetzes für Nordrh.-Westf.; § 5 Abs. 3 des Beamtengesetzes für Rhld.-Pfalz usw.

¹⁴ Als „Angehörige“ sind dabei diejenigen Personen anzusehen, zu deren Gunsten dem Beamten wegen familienrechtlicher Beziehungen im Strafverfahren das Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Vgl. § 59 Abs. 2 BBG und z. B. § 7 Abs. 3 des Beamtengesetzes für Nordrh.-Westf.

¹⁵ BRAND, DBG S. 118; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 373, 374; NISCHK, BBG S. 80; DISTEL-SELGE, BBG S. 258; AREND, Beamtengesetz S. 29; GEIB, Landesbeamtenrecht S. 151; FISCHBACH, BBG S. 418 f.

¹⁶ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; NISCHK, BBG S. 80; DISTEL-SELGE, BBG S. 256; AREND, Beamtengesetz S. 29.

¹⁷ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206.

ihm zugewiesene Verwaltungsaufgabe sachgemäß auszuführen¹⁸. Erst nach Erteilung der Befreiung ist es ihm verboten, in der fraglichen Angelegenheit weiterhin tätig zu werden¹⁹.

Wird die Befreiung nicht gewährt, so kann der Beamte vor dem Verwaltungsgericht Klage auf Feststellung seiner Befreiung erheben²⁰.

Einer ausdrücklichen Befreiung bedarf es dagegen nicht, falls der Beamte durch eine anderweitige besondere gesetzliche Vorschrift von der Vornahme der ihn oder seine Angehörigen benachteiligenden Amtshandlung ausgeschlossen ist²¹. Er darf dann kraft Gesetzes in der zu entscheidenden Angelegenheit nicht tätig werden.

§ 23. Vertretung oder Ersetzung des Subjekts der Befangenheit

Sobald für ein Subjekt öffentlicher Verwaltung oder für einen Organwähler ein Handlungsverbot wegen Befangenheit bzw. die Pflicht besteht, die Vornahme einer Verwaltungshandlung wegen Befangenheit zu unterlassen, stellt sich das Problem, auf welche Weise und durch wen das Subjekt der Befangenheit vertreten bzw. ersetzt werden soll.

Wenn ein Organwähler befangen ist, so hat er im Benehmen mit seinem Dienstvorgesetzten bzw. mit dem Leiter seiner Dienstbehörde seinem allgemein bestellten Vertreter oder, sofern dieser ebenfalls befangen ist, einem Ad-hoc-Vertreter die Durchführung des Verwaltungsverfahrens zu übertragen. Auch der befangene Organwähler, bei dem es an einem Dienstvorgesetzten oder Behördenleiter fehlt, hat im Benehmen mit der allgemeinen Aufsichtsbehörde seinen ständigen (allgemeinen) Vertreter oder — falls auch dieser befangen ist — einen anderen Vertreter mit der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben zu betrauen²².

Im Gegensatz hierzu wurde vor allem in der früheren Literatur und in der Rechtsprechung des preußischen OVGs die Auffassung vertreten, die Entscheidung über die Vertretung eines befangenen Organwählers obliege dem Dienstvorgesetzten oder, beim Fehlen eines solchen, der Auf-

¹⁸ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; NISCHK, BBG S. 80; DISTEL-SELGE, BBG S. 256; AREND, Beamtengesetz S. 29.

¹⁹ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; FISCHBACH, BBG S. 419.

²⁰ FISCHBACH, BBG S. 419.

²¹ NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 206; FISCHBACH, BBG S. 419, 420.

²² BGH in: ZIEGLER, VerwaltungsRspr. 6. Bd. S. 653. V. BRAUCHITSCH, Preußische Verwaltungsgesetze Bd. 1 S. 267; HERRNRIIT, Verwaltungsverfahren S. 50; KERL-WEIDEMANN, DGO S. 237-239; SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 372; FECKER, Interessenkollision S. 365; HANS, Öffentliches Recht S. 62; NISCHK, BBG S. 80; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 84; AREND, Beamtengesetz S. 29.

sichtsbehörde²², weil der befangene Organwalter — wenn er selbst den Vertreter bestimme — naturgemäß auf diesen Einfluß ausübe, wodurch die Sachlichkeit des Verwaltungshandelns gefährdet werde.

Abgesehen davon, daß man bezweifeln kann, ob allgemein ein solches Mißtrauen bezüglich der Sachlichkeit des vom befangenen Organwalter bestellten Vertreters berechtigt ist, ist diese Lösung allzu perfektioniert und wird so den Erfordernissen der heutigen Verwaltung nicht gerecht. Organwalter sind — vor allem wenn sie kommunale Verwaltungsfunktionen wahrnehmen, bei denen in der Regel eine besondere Publikumsnähe besteht — nicht selten befangen. Die Bestellung des Vertreters für den befangenen Organwalter muß demgemäß einfach und möglichst schnell vonstatten gehen. Die Verwaltungsführung darf nicht durch die Umständlichkeit belastet werden, die eine häufige Anrufung des Dienstvorgesetzten bzw. sogar der Aufsichtsbehörde zur Vertreterbestellung im Gefolge haben würde. Jedoch dürfte es sachdienlich sein, daß der befangene Organwalter sich bei der Bestellung eines Vertreters mit dem Dienstvorgesetzten bzw. mit der allgemeinen Aufsichtsbehörde ins Benehmen setzt, damit eine Kontrolle ermöglicht wird, ob ein zur Vertreterbestellung verpflichtender Befangenheitsgrund vorliegt oder ob der Organwalter in Wirklichkeit nur der Verantwortung für eine unangenehme Entscheidung ausweichen will²³.

Bei befangenen Mitgliedern von Kollegialorganen ist zum Teil eine Vertretung natürlicherweise ausgeschlossen (z. B. ein befangenes Ratsmitglied kann nicht in der Sitzung des Rates der Gemeinde, in der über den Gegenstand beraten und entschieden wird, der seine Befangenheit hervorrief, vertreten werden), so daß das befangene Mitglied bei der zu entscheidenden Sache — ohne vertreten zu werden — ausscheidet. In anderen Fällen hat der für den Fall der Verhinderung des Mitglieds bestellte Vertreter mitzuwirken (z. B. wenn das Mitglied eines Beschlußausschusses befangen ist²⁴).

²² So JEBENS, Ausschließung S. 323 darüber, daß bei Befangenheit des „Amtsvorstehers“ nicht sein Stellvertreter tätig werden dürfte, daß vielmehr der „Kreisausschuß“ zuständig war, einen Stellvertreter zu bestimmen. Vgl. dazu: OVG 10/337, 361; 11/223 f.; 23/208 ff.; OVG in: PrVBl. 16/350; 17/200 f. — Vgl. ferner GUILLAUME, Beteiligung S. 181, 182; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DGB S. 205; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 290; ADAMOVIČ, Handbuch S. 217, OVG 24/306 ff. (308, 310).

²³ Erfährt die übergeordnete Verwaltungsstelle, daß ein Organwalter trotz Befangenheit keinen Vertreter bestellt, so hat sie von Amts wegen für die Vertretung zu sorgen, weil sie dafür verantwortlich ist, daß die öffentliche Verwaltung gesetz- und rechtmäßig verläuft. Vgl. KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151.

²⁴ Vgl. z. B. § 26 Abs. 1 Nds. VVG.

²⁵ Wenn infolge der Befangenheit verschiedener Mitglieder eines Kollegialorgans dieses beschlußfähig wird, hat die Aufsichtsinstanz zu entscheiden. — Vgl. z. B. preuß. LVG § 118; Nds. VVG § 5 Abs. 1 und die Begründung hierzu: S. 3379 der nieders. Landtags-Drucksache 1572 (1954); § 10 Abs. 4 des 1. Vereinfachungsgesetzes von Nordrhein-Westf. — JEBENS, Ausschließung S. 304; RITTEL, Interessenkollision S. 24.

Die Entscheidung über die Ersetzung befangener Organe öffentlicher Verwaltung schließlich obliegt der allgemeinen Aufsichtsbehörde²⁶. Das befangene Organ öffentlicher Verwaltung ist daher verpflichtet, dieser von dem Befangenheitsgrund Mitteilung zu machen. Die Aufsichtsbehörde wird an Stelle des befangenen Organs öffentlicher Verwaltung ein anderes (etwa benachbartes) zur Vornahme des Verwaltungsvorgangs für zuständig erklären²⁷. Ist dies nicht möglich, so hat die Aufsichtsbehörde selbst im Einzelfall entscheidend einzugreifen²⁸.

Der aus dem besonderen Rechtsgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit abgeleitete Rechtssatz des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren²⁹ kann nunmehr auf seiner Rechtsfolgesseite in folgender Weise ergänzt werden:

(IV) In den Fällen des Absatz 1 hat das Subjekt der Befangenheit im Benehmen mit seinem Dienstvorgesetzten oder, beim Fehlen eines solchen, im Benehmen mit der allgemeinen Aufsichtsbehörde die Durchführung des Verwaltungsvorgangs seinem allgemein bestellten Vertreter zu übertragen. Ist auch dieser befangen, so hat das Subjekt der Befangenheit im Benehmen mit den genannten Stellen einen anderen Vertreter zu bestellen.

In den Fällen des Absatz 2 hat das Subjekt der Befangenheit der allgemeinen Aufsichtsbehörde von dem Befangenheitsgrund Mitteilung zu machen. Ihm obliegt die Entscheidung über die Ersetzung des Subjekts der Befangenheit.

Bestehen Zweifel, ob ein Befangenheitsgrund tatsächlich gegeben ist oder nicht, so hat der betreffende Organwalter dem Dienstvorgesetzten oder, beim Fehlen eines solchen, der allgemeinen Aufsichtsbehörde, das betreffende Subjekt öffentlicher Verwaltung der allgemeinen Aufsichtsbehörde Mitteilung zu machen. Diese haben zu entscheiden, ob die Zweifel begründet sind oder nicht.

Damit weist der gefundene Rechtssatz endgültig die „Sinngevißheit des Norminhalts“ auf, die ihn zur unmittelbaren Anwendung auf konkrete Sachverhalte und Interessenlagen fähig macht.

²⁶ Soweit nicht diese Entscheidung durch Gesetz getroffen ist; z. für die Beschlußbehörden: § 10 des 1. Vereinfachungsgesetzes v. Nordrhein-Westf. — OVG in: PrVBl. 47/191.

²⁷ Für die Beschlußbehörden z. § 39 preuß. LVG; § 10 Abs. 4 des 1. Vereinfachungsgesetzes v. Nordrhein-Westf.; § 5 Abs. 1 Nds. VVG. — JEBENS, Ausschließung S. 322; v. TUREGG, Verwaltungsentscheidungen S. 63, 65.

²⁸ OVG 2/424 ff.; 23/214; 24/247, 410; 36/293; OVG in: PrVBl. 37/135 f.; 47/191. Die Entscheidungsbefugnis der Aufsichtsbehörde an Stelle des befangenen Organs öffentlicher Verwaltung ist z. B. gesetzlich festgelegt in § 48 Abs. 2 der Landkreisordnung von Nordrhein-Westfalen.

²⁹ S. o. S. 90 f.

§ 24. Geltungsrang des gefundenen ungeschriebenen Rechtssatzes

Die allgemeinen und besonderen *Rechtsgrundsätze* stellen trotz ihres hohen Ranges, den sie als unmittelbare Ableitungen aus dem allem Recht zugrunde liegenden Gerechtigkeitsprinzip gegenüber den anderen Rechtsquellen besitzen, nur eine *subsidiäre Rechtsquelle* dar. „Eine Rechtsfrage ist zunächst nach den übrigen Rechtsquellen, insbesondere nach formellem Gesetz oder Verordnung, zu entscheiden. Erst wenn man daraus keine Auskunft erhält oder nur eine solche, die in offenbarem Widerspruch zu den in den Rechtsgrundsätzen formulierten Fundamentalnormen steht, darf man auf diese zurückgreifen“⁸¹.

Die aus den Rechtsgrundsätzen abgeleiteten *ungeschriebenen Rechtsätze* sind dementsprechend zwar als den (geschriebenen) formellen Gesetzen rangmäßig gleichgeordnet anzusehen, können aber auch nur *subsidiär angewandt* werden, d. h. nur dann, wenn auf dem entsprechenden Rechtsgebiet noch keine formellen Gesetze bestehen oder wenn die bestehenden Gesetze der Ergänzung oder inhaltlichen Berichtigung bedürftig sind⁸².

Hieraus folgt für diese Untersuchung: Der oben formulierte Rechtssatz ist zunächst auf diejenigen Subjekte öffentlicher Verwaltung anzuwenden, für die ein gesetzliches Handlungsverbot wegen Befangenheit fehlt. Das sind mit Ausnahme der Beschlußbehörden alle unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden und Dienststellen.

Darüber hinaus greift er auch für alle übrigen Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. Organwähler dort ergänzend ein, wo das für sie in verfassungsgesetzlichen Einzelregelungen festgelegte Handlungsverbot bei Befangenheit einen nur unvollkommenen Ausdruck gefunden hat; insbesondere dort, wo die vom Gesetz aufgestellte Skala der Befangenheitsgründe lückenhaft ist (z. B. beim Fehlen einer Generalklausel der Befangenheitsgründe).

§ 25. Ablehnungsrecht der Beteiligten?

Die bisherigen Untersuchungen führten zur Anerkennung eines ungeschriebenen Rechtssatzes, der ein generelles Handlungsverbot bei Befangenheit für alle Subjekte öffentlicher Verwaltung und alle Organwähler auspricht. Es bleibt jedoch noch die Frage offen, ob der sich

⁸¹ WOLFF, *Rechtsgrundsätze* S. 47; ders., *Verwaltungsrecht* § 25 I c; s. ferner JEBENS, *Ausschließung* S. 321; del VECCHIO, *Grundprinzipien* S. 13, 60, 61; LAUN, *Allgemeine Rechtsgrundsätze* S. 134.

⁸² Vgl. del VECCHIO, *Grundprinzipien* S. 49/50 Anm. 82; WOLFF, *Rechtsgrundsätze* S. 47.

aus dieser Verbotsnorm ergebenden Pflicht der Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. Organwähler, in den ihre Befangenheit hervorrufenden Angelegenheiten die Vornahme hoheitlicher Verwaltungsmaßnahmen zu unterlassen, auf Seiten der am Verwaltungsverfahren Beteiligten ein *Recht auf Ablehnung* der Subjekte der Befangenheit gegenübersteht; wie es für die Parteien bzw. die Beschuldigten der Gerichtsverfahren gegenüber den befangenen Gerichtspersonen festgelegt ist⁸³.

HAUEISEN und ULE⁸⁴ bejahen diese Frage und behaupten, im Verwaltungsverfahren bestehe für den Beteiligten ein *subjektives öffentliches Recht* auf Ablehnung des Subjektes der Befangenheit. Sie bleiben jedoch eine nähere Begründung ihrer Ansicht schuldig. Auch die im verwaltungsrechtlichen Schrifttum weit häufiger vertretene entgegengesetzte Auffassung, die ein derartiges Ablehnungsrecht der Beteiligten verneint⁸⁵, läßt eine überzeugende Begründung vermissen.

Die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Ablehnung kann nur durch eine Subsumtion des gefundenen ungeschriebenen Rechtssatzes unter eine Definition des subjektiven öffentlichen Rechts nachgewiesen werden, wie sie z. B. von H. J. WOLFF⁸⁶ formuliert worden ist. Es ist also die Frage zu beantworten, ob der ungeschriebene Rechtssatz des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren eine „perfekte Berechtigung“ jedes am Verwaltungsverfahren Beteiligten auf Ablehnung der Subjekte der Befangenheit begründet, der eine „unausweichliche (rechtlich notwendige) Pflicht“ der Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. der Organwähler entspricht, bei Befangenheit die Vornahme von Verwaltungshandlungen zu unterlassen.

Es bestehen nach den bisherigen Untersuchungen keine Bedenken, den gefundenen Rechtssatz als eine geltende Norm zu kennzeichnen, welche klar und deutlich den Subjekten öffentlicher Verwaltung bzw. den Organwählern die zwingende, unausweichliche Pflicht auferlegt, sich bei Befangenheit der Vornahme von Amtshandlungen zu enthalten. Er schließt das freie Ermessen der Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. der Organwähler, ihn anzuwenden oder nicht, aus.

⁸³ S. o. S. 21 ff.

⁸⁴ HAUEISEN, *Interessenkollision* S. 776; ULE, *Verwaltungsverfahren* S. 602.

⁸⁵ Für das steuerrechtliche Verfahren: GROBER, *Steuerrecht* S. 1011; KUHN, *Reichsabgabenordnung* § 69 Anm. 1; für das österr. Verwaltungsverfahren: PRAUNEGGER, *Verwaltungsverfahren* S. 69; KOMORZYNSKI-OSZCZYNSKI, *Verwaltungsverfahren* S. 34; KOROPATNICKI, *Verwaltungsverfahrensgesetz* S. 55; MÄNNLICHER-CORETH, *Verwaltungsverfahren* S. 47, 221; MÄNNLICHER, *Verwaltungsverfahren* S. 635; ADAMOVICH, *Handbuch* S. 217.

⁸⁶ WOLFF, *Verwaltungsrecht* § 43 III d. S. auch die Definitionen bei Georg JELLINEK, *System* S. 201; BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte* S. 224 (über die einzelnen Voraussetzungen der Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts s. aaO S. 21); THOMA, *System* S. 697 ff.; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* S. 157 ff.

Fraglich ist es jedoch, ob der abgeleitete Rechtssatz den am Verfahren Beteiligten eine „perfekte Berechtigung“ gewährt, von den Subjekten der Befangenheit die Unterlassung hoheitlichen Tätigwerdens zu verlangen bzw. sie abzulehnen.

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines näheren Eingehens auf den Rechtscharakter und den Zweck des Rechtssatzes des Handlungsverbots bei Befangenheit im Verwaltungsverfahren. Er stellt eine zwingende Verfahrensnorm⁴⁷ dar, die dem Interesse der Allgemeinheit an einer unparteilichen und sachgemäßen Verwaltungsführung dienen⁴⁸ und gleichzeitig die Subjekte öffentlicher Verwaltung bzw. die Organwalter vor Interessenkonflikten bewahren⁴⁹ soll.

Bei derartigen die Verwaltung bindenden Verfahrensvorschriften ist es häufig schwer zu sagen, ob sie daneben auch noch zur Befriedigung der Individualinteressen und zum Schutz der am Verfahren Beteiligten bestimmt sind⁵⁰.

Mag der in dieser Untersuchung gefundene Rechtssatz im Einzelfall der „Befriedigung von Individualinteressen“ und dem Schutz⁵¹ der am Verwaltungsverfahren Beteiligten zugute kommen — so z. B. indem er sie vor einer ungünstigen, benachteiligenden Behandlung durch Subjekte der Befangenheit bewahrt — so läßt sich aus dieser seiner tatsächlichen Wirkung nicht gleich der Schluß ziehen, der Rechtssatz bezwecke auch diese Wirkung. Vielmehr zwingt sich die gegenteilige Meinung auf, wenn man bedenkt, daß der gefundene Rechtssatz auch eine ungerechtfertigte Begünstigung der Beteiligten durch die Subjekte der Befangenheit verhindern soll, also durchaus häufig dem Individualinteresse der Beteiligten widersprechen wird. Man kann ihn daher als „abstrakte Ordnungsnorm“⁵² oder Verbotsnorm bezeichnen, die sich an die befangenen Subjekte öffentlicher Verwaltung und an die befangenen Organwalter richtet und ihnen — von einigen Ausnahmen abgesehen — generell und abstrakt jedes Tätigwerden in der betreffenden Angelegenheit verbietet, ohne Rücksicht darauf, ob für die Beteiligten wirklich im Einzelfall die Gefahr unsachlicher (benachteiligender) Behandlung und

damit ein Schutzinteresse besteht. Sie dient dem öffentlichen Interesse an einer sachgemäßen und gerechten Verwaltungsführung und kann nicht als eine „konkrete Schutznorm“ bezeichnet werden, die im Interesse der am Verwaltungsverfahren Beteiligten mit der Wirkung besteht, „daß sie sich auf ihn sollen berufen, mittels desselben ein bestimmtes Verhalten“ von den Subjekten öffentlicher Verwaltung bzw. Organwaltern „sollen herbeiführen können“⁵³. Damit entfällt aber die Möglichkeit, aus dem gefundenen Rechtssatz für die am Verfahren Beteiligten eine „perfekte Berechtigung“ und ein subjektives öffentliches Recht auf Ablehnung des Subjekts der Befangenheit herzuleiten.

Zur Verneinung des Bestehens eines subjektiven öffentlichen Ablehnungsrechts bedarf es keines näheren Eingehens auf die erheblichen rechtspolitischen Bedenken, die mit Recht gegen ein Ablehnungsrecht im Verwaltungsverfahren vorgebracht werden, und die darin bestehen, daß durch die Anerkennung eines Ablehnungsrechts die öffentliche Verwaltung in unerträgliche Schwierigkeiten geraten und stellenweise — vor allem in kleineren Verwaltungsbezirken — lahmgelegt werden könnte⁵⁴.

So ist denn auch in den verfahrensrechtlichen Einzelregelungen des Handlungsverbots bei Befangenheit den Beteiligten kein förmliches Ablehnungsrecht zugesprochen worden⁵⁵. Das Gleiche gilt für den § 7 des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes⁵⁶. Diese Tatsache macht es verständlich, daß dem Verwaltungsverfahrensrecht die dem Gerichtsverfahrensrecht geläufige Zweiteilung der Befangenheitsgründe in Ausschließungs- und Ablehnungsgründe im allgemeinen fremd ist. Es gibt als Folge der Befangenheit entweder die kraft besonderer Gesetzesbestimmung vorgeschriebene „strenge“ Ausschließung oder — und das ist die Regel — die „mildere“ Pflicht der Subjekte der Befangenheit, sich einer Amtshandlung zu enthalten⁵⁷.

Ein ungeachtet des Nichtbestandes eines formellen Ablehnungsrechts bei der Vornahme einer Verwaltungshandlung dem Subjekt der Befangenheit oder dessen übergeordneter Verwaltungsstelle gegenüber vorgebrachter Ablehnungsantrag eines Beteiligten ist als formlose Ablehnung, als Anrempung zu betrachten. Seine Nichtbeachtung stellt keinen Verfahrensmangel dar und ist nicht mit Rechtsbehelfen oder Rechts-

⁴⁷ HENSEL, Steuerrecht S. 115; KÖHLER, Grundlehren S. 181; GROBER, Steuerrecht S. 1011; FECKER, Interessenskollision S. 364; ADAMOVICH, Handbuch S. 217; KÜHN, Reichsabgabenordnung § 67 Anm. 1; RIEWALD, Reichsabgabenordnung S. 327.

⁴⁸ JEHENS, Ausschließung S. 323; LABAND, Staatsrecht S. 456; BRAND, DBG S. 120; GROBER, Steuerrecht S. 1010; DISTEL-SELGE, BBG S. 237, 238; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 147; FELLNER, Verwaltungsverfahren S. 106.

⁴⁹ Vgl. LABAND, Staatsrecht S. 456; GROBER, Steuerrecht S. 1010; SCHULZE-WAGNER, Reichshaushaltsordnung S. 645.

⁵⁰ BÜHLER, Die subj. öffentl. Rechte S. 49.

⁵¹ BÜHLER, Die subj. öffentl. Rechte S. 21; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 150.

⁵² Vgl. o. S. 19 f.; ferner RÜDE-MÜHE-HAUSER, Reichsabgabenordnung S. 53.

⁵³ BÜHLER, Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 21.

⁵⁴ KOMORZYNSKI-OSZCZYNSKI, Verwaltungsverfahren S. 34; KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 85; PRAUNEGGER, Verwaltungsverfahren S. 93; MANNLICHER-CORETH, Verwaltungsverfahren S. 221.

⁵⁵ Eine Ausnahme bildet lediglich § 70 RABgO, wonach Steuerauschnullmitglieder abgelehnt werden können. — Auch das FGG (vgl. o. S. 23) kennt keine Ablehnung von Richtern.

⁵⁶ Nur in § 23 Österr. AVG findet sich ein Ablehnungsrecht gegenüber Sachverständigen, die nicht Amtssachverständige sind.

⁵⁷ Vgl. MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 63.

mitteln angreifbar⁶⁵. Von der Möglichkeit, gegen die unter Verletzung des Handlungsverbots bei Befangenheit zustande gekommene Verwaltungsmaßnahme selbst Rechtsbehelfe und Rechtsmittel geltend zu machen, wird anschließend die Rede sein.

2. Kapitel: Die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung des Handlungsverbotes

Wenn auch theoretisch für die Subjekte öffentlicher Verwaltung und für die Organwalter ein Verbot besteht, bei Befangenheit hoheitliche Verwaltungsfunktionen auszuüben, so zeigt doch die große Zahl von Urteilen, in denen Verwaltungsgerichte das Tätigwerden von befangenen Subjekten öffentlicher Verwaltung bzw. von befangenen Organwaltern rügen¹, daß in der Verwaltungspraxis — und zwar vor allem in den Fällen, in denen das Handlungsverbot bei Befangenheit nicht ausdrücklich oder aber nur lückenhaft gesetzlich geregelt ist — dieses Verbot häufig mißachtet wird. Es ist daher zum Abschluß dieser Untersuchung zu erörtern, wie sich die Außerachtlassung des Handlungsverbots auf den ergangenen Verwaltungsakt auswirkt und welche Rechtsfolgen sie für das Subjekt der Befangenheit auslöst.

§ 26. Rechtsfolgen für die ergangene Verwaltungsmaßnahme

Die Frage, wie sich die Nichtbeachtung des Handlungsverbots bei Befangenheit auf den ergangenen Verwaltungsakt auswirkt, ist in Schrifttum und Rechtsprechung umstritten. Während eine Meinung dahingehet, ein solcher Verwaltungsakt sei nichtig², ist eine andere unklar; sie bezeichnet einen unter Mißachtung des Handlungsverbots zustande gekommenen Verwaltungsakt zwar als „rechtsunwirksam“, fügt aber einschränkend hinzu, daraus ergäbe sich noch nicht, daß die Entscheidung auch im Außenverhältnis, d. h. gegenüber Dritten, keinerlei Rechtswir-

⁶⁵ HERRNRITT, *Verwaltungsverfahren* S. 50; GROBER, *Steuerrecht* S. 1011; MANNLICHER, *Verwaltungsverfahren* S. 83; ADAMOVICH, *Handbuch* S. 217.

¹ S. o. S. 65 ff. und die dort angeführten Entscheidungen.
² SCHATTENFROH, DGO S. 98, 100; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 237; NEBINGER, *Verwaltungsrecht* S. 187. Bayr. VGH, Urteil v. 3. 4. 1907, in: REGER, *Entscheidungen der Gerichte u. Verwaltungsbehörden* 27. Bd. S. 355 ff. (360); Würtl.-Bad. VGH, Urteil v. 17. 6. 1949, III 148/49, teilw. abgedruckt bei HAUERSEN, *Interessenkollision* S. 776; Würtl.-Bad. VGH, Urteil v. 29. 10. 1953, 2 S 6/53, in: *Entscheidungssammlung des Hess. u. Würtl.-Bad. VGH*, Bd. III, Karlsruhe 1954, S. 30.

kungen erzielen könne. Zu der besonderen Frage, ob der Verwaltungsakt nichtig oder aufhebbar sei, bezieht sie nicht ausdrücklich Stellung³. Dagegen hält die wohl überwiegende Auffassung den erlassenen Verwaltungsakt lediglich für aufhebbar⁴. Und eine vierte Ansicht endlich lehnt ihn grundsätzlich für aufhebbar, jedoch unter bestimmten besonderen Voraussetzungen für nichtig bzw. für relativ nichtig an⁵.

Aus diesen widerspruchsvollen Ansichten läßt sich keine eindeutige Feststellung der Rechtsfolgen gewinnen, die sich aus der Nichtbeachtung des Handlungsverbots bei Befangenheit für einen Verwaltungsakt ergeben. Es ist daher eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten geboten und speziell mit dem Problem, wann die Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsakten deren Nichtigkeit und wann sie lediglich deren Aufhebbarkeit bewirkt.

Es ist im Verwaltungsrecht allgemein anerkannt, daß Verwaltungsakte — gleichgültig, ob sie ordnungsgemäß oder fehlerhaft zustande gekommen sind — als Bekundungen der hoheitlichen Autorität des Staates bzw. der öffentlich-rechtlichen Körperschaften stets die *Vermutung der Rechtswirksamkeit* in sich tragen, solange sie nicht durch einseitigen Widerruf oder durch Einlegung von Rechtsbehelfen oder Rechtsmitteln aufgehoben worden sind. Auch liegt es im Interesse der Rechtsicherheit, das Vertrauen der Staatsbürger auf den Bestand von Hoheitsakten zu schützen. Aus diesem Grunde sind fehlerhafte Verwaltungsakte nur ausnahmsweise und nur dann nichtig, wenn sie mit besonders groben Fehlern behaftet sind⁶.

So hat auch ein Verstoß gegen die Verfahrensnorm des Handlungsverbots bei Befangenheit im Zweifel nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Aufhebbarkeit des ergangenen Verwaltungsaktes zur Folge. Um aber die bestehenden Zweifel auszuräumen, muß geprüft werden, ob ein sol-

³ KIEFER-SCHMID, DGO S. 158; SURÉN-LOSCHOLDER, DGO S. 374 f.

⁴ BÜHLER, *Steuerrecht* S. 317; KOROPATNICKI, *Verwaltungsverfahrensgesetz* S. 55; HERRNRITT, *Verwaltungsverfahren* S. 50; HENSEL, *Steuerrecht* S. 115; BRAND, DBG S. 119; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 208 f.; GROBER, *Steuerrecht* S. 1011; FREYTAG, *Bem. zum Urteil des Thüring. OVG Jena, NJW 1947/48 S. 399*; FECKER, *Interessenkollision* S. 364 f.; HAUERSEN, *Interessenkollision* S. 774 bis 776; HANS, *Öffentliches Recht* S. 62; MANNLICHER, *Verwaltungsverfahren* S. 83; NISCHKE BBG S. 80; ADAMOVICH, *Handbuch* S. 217; AREND, *Beamtengesetz* S. 29; FISCHBACH, BBG S. 418; KÜHN, *Reichsabgabenordnung* § 67 Anm. 1; RIEWALD, *Reichsabgabenordnung* S. 227; KUNZE-SCHMID, *Gemeindeordnung* S. 146. — OVG in: PrVBl. 37. Jahrg. S. 136; 46/19 f.; OVG Bd. 6 S. 363; 10/368; 84/310; Thüring. OVG Jena, Urteil v. 29. 10. 1947, NJW 1947/48 S. 399 f.; Hess. VGH, Urteil v. 20. 10. 1948, in: DV S. 76 f.

⁵ Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht* S. 273; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* S. 193 f.; v. TUREGG, *Verwaltungsrecht* S. 125; WOLFF, *Verwaltungsrecht* § 51 III b. BGH, Urteil v. 26. 3. 1954, in: ZIEGLER, *Verwaltungsrechtsprechung* 6. Bd. (1954) S. 650 ff.

⁶ Vgl. statt vieler z. B. LAFORET, *Verwaltungsrecht* S. 241 ff. (243); NAUMANN, *Anm. in: DV 1949 S. 189 f.*; FECKER, *Interessenkollision* S. 364 f.; HAUERSEN, *Interessenkollision* S. 775; HANS, *Öffentliches Recht* S. 62; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* S. 182 ff. (185); WOLFF, *Verwaltungsrecht* § 51.

cher Verstoß nicht ausnahmsweise einen Nichtigkeitsgrund darstellen könnte. Zu diesem Zweck soll die von H. J. WOLFF gegebene Definition der Nichtigkeit von Verwaltungsakten herangezogen werden. Danach ist ein Verwaltungsakt, sei es aus materiellen oder — was für den Verstoß gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit zuträfe — aus formellen Gründen, nichtig, wenn er „absolut rechtswidrig ist, weil er tatsächlich unmöglich ist oder unter keinen Umständen (d. h. abstrakt) so wie geschehen hätte erlassen werden dürfen“¹⁷. Eine tatsächliche Unmöglichkeit, wie sie in der Definition als erste Alternative für die Begründung der Nichtigkeit gefordert wird, scheidet hier aus. Ein Verwaltungsakt ist niemals nur aus dem Grunde tatsächlich unmöglich, weil er entgegen dem Handlungsverbot erlassen wurde. Man wird aber auch nicht entsprechend der zweiten Alternative der Definition behaupten können, ein solcher verbotswidrig vorgenommener Verwaltungsakt hätte unter keinen Umständen so wie geschehen erlassen werden dürfen. Vielmehr besteht durchaus die Möglichkeit, daß auch bei Beachtung der Verfahrensnorm des Handlungsverbots bei Befangenheit von dem vertretenden Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. von dem vertretenden Organwalter eine inhaltlich gleiche Entscheidung getroffen worden wäre. Außerdem kann bei Gefahr im Verzuge die hoheitliche Maßnahme sogar von dem befangenen Organwalter selbst erlassen werden. Es ergibt sich also, daß eine Verletzung des Handlungsverbots keine Nichtigkeit des ergangenen Verwaltungsaktes zur Folge haben kann¹⁸. Sie zieht nur eine „relative Rechtswidrigkeit“ nach sich, nicht aber die für die Bejahung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes notwendige „absolute Rechtswidrigkeit“¹⁹. Sie läßt den ergangenen Verwaltungsakt somit mangelhaft und damit nur aufhebbar sein²⁰, wenn nicht auf Grund besonderer Gesetzesbestimmungen die Nichtigkeit als Rechtsfolge vorgeschrieben wird²¹.

Eine Bestätigung erfährt die hier vorgetragene Meinung durch § 68 der Reichsabgabenordnung, in dem ausdrücklich bestimmt ist, daß Handlungen einer Steuerbehörde nicht deshalb „unwirksam“ sind, weil ein

¹⁷ WOLFF, Nichtigkeit S. 523 ff.

¹⁸ Auch wenn man, wie es vielfach geschieht (vgl. z. B. PETERS, Verwaltung S. 166 ff.), als Merkmal der Nichtigkeit eines fehlerhaften Verwaltungsaktes die „Offensichtlichkeit“ oder „Erkennbarkeit“ des Fehlers verlangt (zur Kritik an dieser Auffassung s. WOLFF, Nichtigkeit S. 524), so ist dieses Merkmal bei einer Zuwiderhandlung gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit nicht gegeben. Vielmehr sind zur Feststellung der Befangenheit sehr häufig eingehende und sorgfältige Untersuchungen erforderlich. S. HAUSEISEN, Interessenskonflikte S. 776.

¹⁹ S. WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 III a, § 51 IV a.

²⁰ S. WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 IV.

²¹ FISCHBACH, BBG S. 418; WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 III a. So legen z. B. § 35 Abs. 2 GO von Rheinland-Pfalz und Art. 49 Abs. 3 GO für Bayern fest, daß ein Beschluß des Gemeinderates, der unter Mitwirkung eines befangenen Ratsmitgliedes zustande gekommen ist, „ungültig“ ist.

²² Vgl. auch § 171 FGG (S. o. S. 23).

Amtsträger, der nach § 67 nicht mitwirken sollte, sie vorgenommen oder bei ihnen mitgewirkt hat. Ebenso bestimmt § 17 Abs. 2 der Reichsnotarordnung, daß das Tätigwerden eines nach § 17 Abs. 1 ausgeschlossenen Notars die Gültigkeit der Amtshandlung nicht berührt²²; und § 7 Abs. 2 des Berliner Verwaltungsverfahrensgesetzes legt fest, daß eine Amtshandlung nicht deshalb unwirksam ist, weil jemand, der ein öffentliches Amt wahrnimmt, sie vorgenommen oder bei ihr mitgewirkt hat, obwohl er dies nach § 7 Abs. 1 nicht durfte. Ferner steht diese Auffassung im Einklang mit den Regelungen, die das FGG und die Gerichtsverfahrensgesetze bezüglich des Tätigwerdens von befangenen Richtern treffen (keine Unwirksamkeit gerichtlicher Handlungen bzw. Aufhebbarkeit der Urteile durch Rechtsmittel²³), ebenso mit den Rechtsfolgen, die bei einem Verstoß gegen die „bürgerlich-rechtliche Parallelerscheinung“ des Handlungsverbots bei Befangenheit, nämlich gegen das Verbot des Selbstkontrahierens, eintreten (schwebende Unwirksamkeit²⁴).

Die Auffassung, daß Rechtsfolge einer Verletzung des Handlungsverbots bei Befangenheit lediglich die Aufhebbarkeit des erlassenen Verwaltungsaktes ist, daß der fehlerhafte Verwaltungsakt also bis zu seiner Aufhebung Rechtswirksamkeit besitzt, bedarf indessen einer Einschränkung: Auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes kann sich nur derjenige berufen, der auf den ordnungsmäßigen Erlaß des Verwaltungsaktes (gutgläubig) vertraut. Nicht aber kann sich auf den Bestand des Hoheitsaktes berufen, wer von der Befangenheit gewußt hat. Das kann nicht nur das pflichtwidrig in seinem eigenen oder im Interesse anderer handelnde Subjekt der Befangenheit selbst sein, sondern auch der am Verwaltungsverfahren Beteiligte, zu dessen Gunsten das Subjekt öffentlicher Verwaltung bzw. der Organwalter befangen war und mit dessen unerlaubtem Einverständnis sie verbotswidrig tätig geworden sind (Kollusion). Der Verwaltungsakt ist in einem solchen Fall zwar nicht absolut, d. h. gegenüber allen, aber relativ denjenigen gegenüber nichtig, die um die seinem ordnungsgemäßen Erlaß entgegenstehende Befangenheit wußten²⁵.

Ist gesetzlich festgelegt, daß im Falle der Befangenheit eines Subjekts öffentlicher Verwaltung bzw. Organwalters ein bestimmtes anderes bzw.

²² Vgl. auch die amtliche Begründung zu § 5 des früheren DRG: „Nimmt der Beamte entgegen dieser Vorschrift Amtshandlungen zu seinen oder seiner Angehörigen Gunsten vor, so bleiben sie Amtshandlungen und sind nach außen gültig ...“ zitiert nach SUREN-LOSCHELDER, DGO S. 374.

²³ S. o. S. 22 u. 23.

²⁴ S. o. S. 20.

²⁵ S. WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 III b. — Diese Lösung erstrebt dasselbe wie die von Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 273; FORSTHOFF, Verwaltungsrecht S. 193; v. TUREGG, Verwaltungsrecht S. 125 angenommene, welche den § 181 BGB analog anwendet und den erlassenen Verwaltungsakt absolut nichtig sein läßt. Sie ist jedoch befriedigender, weil sie im Interesse der Rechtssicherheit das Vertrauen derjenigen auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes schützt, die von der Befangenheit nichts wußten.

ein bestimmter anderer zur Vornahme der Verwaltungshandlung zuständig ist¹⁶, so ist der entgegen dieser Zuständigkeitsregelung von dem Subjekt der Befangenheit vorgenommene Verwaltungsakt mit einem „relativen Zuständigkeitsmangel“ behaftet und ebenfalls aufhebbar. Derartige relative Zuständigkeitsmängel unterscheiden sich von den absoluten Zuständigkeitsfehlern, deren Folge die Nichtigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes ist, dadurch, daß der Verwaltungsakt „von der Behörde, die ihn erlassen hat, zwar unter den obwaltenden Umständen rechtlich nicht hätte erlassen werden dürfen (und daher rechtswidrig ist), unter anderen . . . Umständen aber rechtmäßig hätte ergehen können“¹⁷.

Die Aufhebung des wegen Nichtbeachtung des Handlungsverbots bei Befangenheit mangelhaften Verwaltungsaktes¹⁸ kann in der Weise geschehen, daß er auf den Widerspruch des durch ihn beschwerten Beteiligten aufgehoben wird. Geschieht dies nicht oder steht dem Beteiligten dieser Rechtsbehelf nicht zur Verfügung, so kann der Verwaltungsakt auf die form- und fristgerechte Klage des Beteiligten — sofern er durch ihn in seinen Rechten verletzt ist — vom zuständigen Verwaltungsgericht aufgehoben werden¹⁹.

Der Widerruf eines wegen Verstoßes gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit mangelhaften begünstigenden Verwaltungsaktes durch eine Verwaltungsbehörde ist einem gutgläubigen Empfänger gegenüber jedoch nur möglich, solange dieser „noch nichts ins Werk gesetzt“

§ 27. Rechtsfolgen für das Subjekt der Befangenheit

Eine Verletzung des Handlungsverbots bei Befangenheit läßt nicht nur den ergangenen Verwaltungsakt wegen Mangelhaftigkeit aufhebbar oder sogar relativ nichtig sein, sie kann auch für den verbotswidrig tätig gewordenen Organwalter selbst nachteilige Rechtsfolgen haben.

Handelt es sich bei dem Organwalter um einen Beamten, so kann er wegen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoßes gegen das Handlungsverbot zunächst disziplinarrechtlich zur Verantwortung gezogen

¹⁶ So z. B. § 10 des 1. Vereinf.-Gesetzes von Nordrhein-Westfalen.

¹⁷ WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 III b und § 51 IV b.

¹⁸ S. dazu: KOROPATNICKI, Verwaltungsverfahrensgesetz S. 55; HERRN-RITT, Verwaltungsverfahren S. 50; MANNLICHER, Verwaltungsverfahren S. 635; ADAMOVICH, Handbuch S. 217; KUHN, RABG § 47 Anm. 1.

¹⁹ Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht § 51 IV c.

²⁰ S. WOLFF, Verwaltungsrecht § 53 III und IV.

werden²¹. Ein Verstoß gegen das Handlungsverbot richtet sich zugleich gegen die in den Beamtenengesetzen festgelegten elementaren Dienstpflichten des Beamten, nämlich uneigennützig, unparteiisch und gerecht zu verfahren²².

Darüber hinaus kann eine schuldhaftige Verletzung des Handlungsverbots bei Befangenheit für die im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätigen natürlichen Personen strafrechtliche²³ und zivilrechtliche Konsequenzen in sich schließen. So sind Beamte ihrem Dienstherrn gegenüber vermögensrechtlich für den Schaden haftbar, der diesem dadurch entsteht, daß die entsprechende Amtshandlung auf Grund einer Anfechtung mit den zulässigen Rechtsbehelfen oder Rechtsmitteln aufgehoben wird und erneut vorgenommen werden muß (§ 78 Abs. 1 Bundesbeamtengesetz und z. B. § 69 Abs. 1 Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen)²⁴.

²¹ SCHATTENFROH, DGO S. 100; KIEFER-SCHMID, DGO S. 158; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 238, 240; NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 209; GROBER, Steuerrecht S. 1011; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 376; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 373; HANS, Öffentliches Recht S. 61; NISCHK, BBG S. 80; ADAMOVICH, Handbuch S. 217, 133; AREND, Beamtengesetz S. 29; FISCHBACH, BBG S. 418; GEIB, Landesbeamtenrecht S. 151; KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151. — Die Bundesdisziplinarordnung und die Dienstordnungsgesetze der Länder finden im allgemeinen nur auf Beamte Anwendung. S. RÖMER, Bundesdisziplinarordnung Anm. zu § 1. — Ob auch andere in der Hoheitsverwaltung tätige natürliche Personen disziplinarisch verantwortlich sind, richtet sich nach den bestehenden besonderen Vorschriften. So sind z. B. nach § 44 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst des Landes Hessen vom 11. 11. 1954 die für die Beamten bestehenden dienststrafrechtlichen Bestimmungen auf Angestellte analog anzuwenden. Über die Anwendung des Disziplinarrechts auf Gemeinderäte und Gemeindeverordnete s. KUNZE-SCHMID, Gemeindeordnung S. 151.

²² S. §§ 52, 54 BBG und z. B. §§ 63, 65 des Beamtengesetzes für Nordrh.-Westf.
²³ KIEFER-SCHMID, DGO S. 158; ADAMOVICH, Handbuch S. 217, 133. So wäre etwa an eine Bestrafung wegen Untreue (§ 286 StGB) oder z. B. für Polizeibeamte wegen Begünstigung im Amte (§ 346 StGB), ferner wegen Betruges (§ 283 StGB) u. a. m. zu denken.

²⁴ Vgl. die für Mitglieder des Gemeinderates festgelegte Schadensersatzpflicht in § 30 GO für Nordrhein-Westfalen. — NADLER-WITTLAND-RUPPERT, DBG S. 209; ferner SCHATTENFROH, DGO S. 100; KIEFER-SCHMID, DGO S. 158; KERRL-WEIDEMANN, DGO S. 240; SUREN-LOSCHOLDER, DGO S. 376; ADAMOVICH, Handbuch S. 217, 133; FISCHBACH, BBG S. 418.

ZUSAMMENFASSUNG

Als *wesentliches Ergebnis* dieser Untersuchungen kann zusammenfassend festgestellt werden, daß — trotz der lückenhaften oder sogar fehlenden Regelungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen — sowohl für alle natürlichen Personen als Organwalter als auch für alle unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Behörden oder Dienststellen im Verwaltungsverfahren ein Handlungsverbot bei Befangenheit besteht. Festzuhalten bleibt auch, daß der sich aus dieser Verbotsnorm ergebenden Pflicht der Subjekte der Befangenheit, die Vornahme hoheitlicher Verwaltungsmaßnahmen zu unterlassen, auf Seiten der am Verwaltungsverfahren Beteiligten kein subjektives öffentliches Recht auf Ablehnung der Subjekte der Befangenheit gegenübersteht, falls nicht ausdrücklich etwas anderes gesetzlich festgelegt ist.

Die sich an dieses Hauptergebnis knüpfenden Erörterungen dienten vornehmlich der Bestimmung des Umfangs und der Rechtsfolgen des Handlungsverbots bei Befangenheit. Sie zeigten, daß eine erschöpfende Darstellung aller sich aus dem Handlungsverbot bei Befangenheit ergebenden Einzelprobleme infolge der progressiven Vielgestaltigkeit des hoheitlichen Verwaltungshandelns naturnotwendig unmöglich ist. Sie deckten jedoch zumindest die große Bedeutung auf, die dem Handlungsverbot bei Befangenheit in einem Rechtsstaat zukommt, wenn es gilt, das hoheitliche Handeln in Einklang zu bringen mit der Gerechtigkeit und den aus ihr entspringenden obersten Grundsätzen des Rechts, mit anderen Worten: wenn es gilt, den entscheidenden Staatszweck zu erfüllen.

ANHANG

Schriftumsverzeichnis

- Adamovich, Ludwig**
Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts, I. Bd., 5., neubearbeitete Aufl., Wien 1954 (zit.: Handbuch).
- Arend, Paul**
Beamtengesetz von Rheinland-Pfalz, Siegburg 1955 (zit.: Beamtengesetz).
- Baumbach, Adolf**
- Lauterbach, Wolfgang**
Zivilprozeßordnung, 23. Aufl., München und Berlin 1954 (zit.: ZPO)
- Bettermann, Karl August**
Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, S. 17 ff. (zit.: Festschrift für Lent).
Das Verwaltungsverfahren, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1959, S. 118 ff. (zit.: Verwaltungsverfahren).
- Bitter, von**
Handwörterbuch der Preussischen Verwaltung, 3., vollständig umgearbeitete Aufl., I. u. II. Bd., Berlin und Leipzig 1928 (zit.: Handwörterbuch).
- Bochall, Alfred**
Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen, Köln-Berlin 1955 (zit.: Landesbeamtengesetz).
Bundesbeamtengesetz, München und Berlin 1954 (zit.: BBG).
- Bochmer, Gustav**
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 3. Abteilung, Tübingen 1952 (zit.: Grundlagen).
- Brand, Arthur**
Das Deutsche Beamtengesetz, 2. Aufl., Berlin 1936 (zit.: DBG).
- Brauchitsch, von, M.**
Die Preussischen Verwaltungsgesetze, neu herausgegeben von Draws, Bill und Lassar, Gerhard, I. Bd., 33. vollst. neubearbeitete Aufl., Berlin 1935 (zit.: Preussische Verwaltungsgesetze).
- Bühler, Ottmar**
Allgemeines Steuerrecht, Berlin 1927 (zit.: Steuerrecht).
Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914 (zit.: Die subjektiven öffentlichen Rechte).
- Coing, Helmut**
Die obersten Grundsätze des Rechts, in: Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Heft 4, Heidelberg 1947 (zit.: Oberste Grundsätze).
- Distel, Josef**
- Selge, Bodo**
Bundesbeamtengesetz, Köln-Deutz 1954 (zit.: BBG).
- Drost, Heinrich**
Grundlagen des Völkerrechts, München u. Leipzig 1936 (zit.: Grundlagen).
- Dürig, Günter**
- Mallmann, Walter**
Staatsrechtslehrertagung 1959, Bericht in: JZ 1959 S. 292 f.

- Enneccerus, Ludwig**
Nipperdey, Hans Carl
 Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd., 14., neubearbeitete Aufl., Tübingen 1932;
 2. Halbbd., 14. neubearbeitete Aufl., Tübingen 1935.
- Fechner, Erich**
 Rechtsphilosophie, Tübingen 1936.
- Fecker,**
 Interessenkollision des Bürgermeisters nach § 25 DGO, in: DVBl 1950 S. 364 ff. (zit.: Interessenkollision).
- Fellner, Michael**
 Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, in: Verw. Archiv, Bd. 48 (1957), S. 95 ff. (zit.: Verwaltungsverfahren).
- Fischbach, Oskar Georg**
 Bundesbeamtengesetz, 2. neubearbeitete und vermehrte Aufl., Köln-Berlin 1936 (zit.: BBG).
- Forsthoff, Ernst**
 Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. unveränderte Aufl., München und Berlin 1954 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Freytag,**
 Bemerkung zum Urteil des Thüringischen OVG Jena vom 29. 10. 1947, in: NJW 1947/48 S. 399.
- Geib, Ekkehard**
 Landesbeamtenrecht in Schleswig-Holstein, Stuttgart 1936 (zit.: Landesbeamtenrecht).
- Gerhard, Hans**
 Die Gesetze der Selbstverwaltung im Lande Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl., Köln und Opladen 1954 (zit.: Selbstverwaltung im Lande Nordrhein-Westfalen).
- Giese, Friedrich**
 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. erweiterte Aufl., Frankfurt a. M. 1953 (zit.: Grundgesetz).
- Grimm, Jakob**
Grimm, Wilhelm
 Deutsches Wörterbuch, 1. Bd., Leipzig 1854.
- Grober,**
 Ausschließung und Ablehnung im Steuerrecht, in: Deutsche Steuerzeitung, 26. Jahrg. (1939), S. 1016 ff. (zit.: Steuerrecht).
- Guggenheim, Paul**
 Was ist positives Völkerrecht?, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1951, Bd. 8, S. 31 ff. (zit.: Völkerrecht).
- Guillaume,**
 Persönliche Beteiligung des Amtsvorstehers, in: PrVBl., Bd. 48 (1927), S. 181 ff. (zit.: Beteiligung).
- Hans, H.**
 Öffentliches Recht (60 Fälle mit Lösungen), neubearbeitete Aufl., Düsseldorf 1952.
- Hatschek, Julius**
 Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5. und 6. verbesserte Aufl., herausgegeben von Paul Kurtzig, Leipzig 1927 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Hauzeisen,**
 Die Bedeutung der Interessenkollision im Verwaltungsrecht, in: DVBl. 1950 S. 774 ff. (zit.: Interessenkollision).

- Heller, Hermann**
 Die Souveränität, Berlin und Leipzig 1927.
 Staatslehre, Leiden 1934.
- Hensel, Albert**
 Steuerrecht, Dritte völlig neubearbeitete Aufl., Berlin 1933.
 Herders Bildungsbuch, 2. Aufl., Freiburg 1953.
- Herrnritt, Rudolf**
 Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932.
- Heydte, Freiherr von der, Friedrich August**
 Glossen zu einer Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, in: Die Friedenswarie, 23. Jahrg. (1933), S. 230 ff. (zit.: Glossen).
 Völkerrecht, 1. Bd., Köln 1933.
- Hübschmann, Walter**
Hepp, Ernst
Spitaler, Armin
 Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 3. Aufl., Köln 1957 (zit.: Reichsabgabenordnung).
- Jaenicke, Günther**
 Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien, Bericht in: DÖV 1958 S. 925 ff. (zit.: Tagung).
- Jebens, A. W.**
 Ausschließung und Ablehnung beteiligter Beamter, in: PrVBl., 26. Jahrg. (1904/05), S. 301 ff., 321 ff. (zit.: Ausschließung).
- Jellinek, Georg**
 System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. durchgesehene und vermehrte Aufl., Tübingen 1905 (zit.: System).
- Jellinek, Walter**
 Verwaltungsrecht, 3. durchgesehene Aufl., Offenburg 1946.
- Kerl, Hanns**
Weidemann,
 Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 2. erweiterte Aufl., Berlin 1937 (zit.: DGO).
- Kiefer, Friedrich**
Schmid, Carl
 Die Deutsche Gemeindeordnung, Stuttgart und Berlin 1937 (zit.: DGO).
- Klein, Friedrich**
 Institutionelle Garantien und Rechtsmittlungsstellen, in: Bonner Grundgesetz, 106. Bd. S. 390 ff., Tübingen 1950 (zit.: Bonner Grundgesetz).
- Kluge, Friedrich**
Götze, Alfred
 Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 15. völlig neubearbeitete Aufl., Berlin 1951.
- Knauth, Rudolf**
Wagner, Kurt
 Landesverwaltungsordnung für Thüringen, Weimar 1927.
- Köhler, von Ludwig**
 Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1928 (zit.: Grundlehren).
- Komorzyński-Oszczynski, Ritter von, Otto**
 Die neuen österreichischen Gesetze über das Verwaltungsverfahren, Wien, Berlin 1926 (zit.: Verwaltungsverfahren).

- Köröspatnicki, Demeter**
Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, Wien 1927 (zit.: Verwaltungsverfahrensgesetz).
- Köhn, Rolf**
Reichsabgabenordnung, 4. neubearbeitete Aufl., Stuttgart 1956.
- Kunze, Richard**
- Schmid, Carl**
Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stuttgart und Köln 1956 (zit.: Gemeindeordnung).
- Laband, Paul**
Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. neubearbeitete Aufl., I. Bd., Tübingen 1911 (zit.: Staatsrecht).
- Laferet, Wilhelm**
Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Lange, Heinrich**
BGB, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1952.
- Lau, Rudolf**
Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie, Heidelberg 1948, S. 117 ff.
- Lechner, Hans**
Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954.
- Leibholz, Gerhard**
Die Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1925.
- Lent, Friedrich**
Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., München und Berlin 1956 (zit.: FG).
- Loschelder, Wilhelm**
Die Gemeindeordnungen in den westdeutschen Ländern und die Verfassungen von Berlin, Hamburg und Bremen, 2. auf den neuesten Stand gebrachte Aufl., Stuttgart und Köln 1956 (zit.: Gemeindeordnungen).
- Mangoldt, von, Hermann**
- Klein, Friedrich**
Das Bonner Grundgesetz, Bd. I., 2. neubearbeitete und vermehrte Aufl., Berlin und Frankfurt 1957 (zit.: Grundgesetz).
- Mannlicher, Egbert**
Das Verwaltungsverfahren, 6. neubearbeitete Aufl., Wien 1953.
- Mannlicher, Egbert**
- Coreth, Emmerich**
Das Verwaltungsverfahren, 2. neubearbeitete Aufl., Wien 1927.
- Maunz, Theodor**
Deutsches Staatsrecht, 3. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1954 (zit.: Staatsrecht).
Verwaltung, Hamburg 1937.
- Mayer, Otto**
Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., Leipzig 1895 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Melichar, Erwin**
Das Verwaltungsverfahren, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 17, Berlin 1929, S. 182 ff.
- Menger, Christian-Friedrich**
Fortgeltung verfahrensrechtlicher Grundsätze des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, in: DVBl 1930 S. 696 ff. (zit.: Verfahrensrechtliche Grundsätze).
Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953 (zit.: Sozialer Rechtsstaat).
System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit.: System).

- Merkel, Adolf**
Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Mosel, von der, Curt**
- Mosel, von der, Günther**
Handwörterbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd., 14. Aufl., Leipzig 1938 (zit.: Handwörterbuch).
- Nadler, Max**
- Wittland, Hermann**
- Ruppert, Kuno**
Deutsches Beamtengesetz, Teil I, Berlin 1938 (zit.: DBG).
- Naumann,**
Anmerkung, in: DV, 2. Jahrg. (1949), S. 189 f.
- Nebinger, Robert**
Verwaltungsrecht, Stuttgart 1946.
- Nelson, Leonhard**
System der philosophischen Rechtslehre und Politik, Göttingen 1923 (zit.: System).
- Nischk, Kurt**
Das Bundesbeamtengesetz, Braunschweig 1953 (zit.: BBG).
- Palandt, Otto**
Bürgerliches Gesetzbuch, 9. neubearbeitete und erweiterte Aufl., München und Berlin 1951 (zit.: BGB).
- Partsch, K. J.**
- Genzer, W. E.**
Inkompatibilität der Mitgliedschaft in Bundestag und Bundesrat, in: Archiv für öffentliches Recht, 76. Bd. (1950/51), S. 188 ff. (zit.: Inkompatibilität).
- Peters, Hans**
Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1863 und Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1863, Halle/S., Berlin 1933 (zit.: Landesverwaltung).
Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949 (zit.: Verwaltung).
Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, I. Bd., Kommunalverfassung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956 (zit.: Handbuch).
- Pieper, Josef**
Über die Gerechtigkeit, München 1953 (zit.: Gerechtigkeit).
- Fraunegger, Egon**
Das österreichische Verwaltungsverfahren, Graz 1925 (zit.: Verwaltungsverfahren).
- Radbruch, Gustav**
Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950, S. 335 ff. (zit.: Minuten).
Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950.
- Riewald, Alfred**
Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, zugleich 5. Aufl. des Kommentars zur Reichsabgabenordnung von Enno Becker, Teil I, unveränderter Nachdruck, Berlin, Köln 1956 (zit.: Reichsabgabenordnung).
- Rittel**
Interessenkollision der Mitglieder kommunaler Parlamente, in: „Die Neue Verwaltung“ 1949 S. 23 f. (zit.: Interessenkollision).
- Römer, Curt**
Bundesdisziplinarordnung nebst Länderdienststrafgesetzen, München und Berlin 1954.

- Rommen, Heinrich**
Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. erweiterte Aufl., München 1947 (zit.: Naturrecht)
- Rosenberg, Leo**
Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, in: Juristen-Zeitung 1951 S. 214 f. (zit.: Befangenheit).
Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1956 (zit.: Zivilprozessrecht).
- Ruck, Erwin**
Schweizerisches Verwaltungsrecht, I. Bd., Allgem. Teil, 3. verbesserte und ergänzte Aufl., Zürich 1951 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Rüde, Fritz**
- Mühe, Wilhelm**
- Hauser, Gustav**
Reichsabgabenordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1922.
- Schack, Friedrich**
„Analogie“ und „Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken“ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 275 ff. (zit.: Analogie).
- Schäfer, Hans**
Der Bundesrat, Köln, Berlin 1955.
- Schattenfroh, Max**
Deutsche Gemeindeordnung, München, Berlin und Leipzig 1935 (zit.: DGO).
- Schüle, Adolf**
Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, in: Verw.-Archiv, 38. Bd., Berlin 1933, S. 399 ff. u. 39. Bd., Berlin 1934, S. 1 ff. (zit.: Treu und Glauben).
- Schultze-Rhonhof, Klaus**
Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Diss. jur., Münster 1957 (zit.: Das rechtliche Gehör).
- Schulze, R.**
- Wagner, E.**
Reichshaushaltsordnung, 3. vollständig durchgesehene und erweiterte Aufl., Berlin 1934.
- Schwarz, Otto**
Strafprozeßordnung, 18. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1955 (zit.: StPO).
- Schweer, Dieter**
Die Pflichtaufgaben nach Weisung nach der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen, in: DVBl 1956 S. 703 ff. (zit.: Pflichtaufgaben).
- Scapin, H. U.**
Über die Menschenrechte, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 173 ff. (zit.: Menschenrechte).
- Staudinger**
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1925.
- Strebel, Helmut**
Was ist positives Völkerrecht?, in: Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen, Köln, Berlin 1954, S. 473 ff. (zit.: Völkerrecht).
- Suren, Friedrich-Karl**
- Loscheider, Wilhelm**
Die Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1940 (zit.: DGO).

- Thoma, Richard**
Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., Tübingen 1932, S. 807 ff. (zit.: System der subjektiven öffentlichen Rechte).
- Thomas von Aquino**
Summa theologica, II. Teil des II. Hauptteils.
- Trübners** Deutsches Wörterbuch, herausgegeben von Alfred Götz, 1. Bd., Berlin 1939.
- Turegg, von, Kurt Egon**
Verwaltungsentscheidungen in eigener Sache, in: NJW 1955 S. 81 ff. (zit.: Verwaltungsentscheidungen).
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. neubearbeitete Aufl., Berlin 1956 (zit.: Verwaltungsrecht).
- Ule, C. H.**
Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl 1957 S. 597 ff. (zit.: Verwaltungsverfahren).
- Vecchio, del, Giorgio**
Die Grundprinzipien des Rechts, übertragen von Albert Hellwig, Berlin-Grunewald 1923 (zit.: Grundprinzipien).
- Verdroß, Alfred**
Völkerrecht, 2. völlig umgearbeitete und erweiterte Aufl., Wien 1950.
Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931.
- Vollmer, Günther**
- Schwarz, Hans-Ulrich**
Reichsnotarordnung, Berlin 1937.
- Wolff, Hans J.**
Über die Gerechtigkeit als principium juris, in: Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 103 ff. (zit.: Gerechtigkeit).
Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: Archiv für öffentliches Recht, 76. Bd. (1950/51), S. 295 ff. (zit.: Unterschied).
Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, in: MDR 1951 S. 523 ff. (zit.: Nichtigkeit).
Die Rechtsstellung der Beschlüssausschüsse in Nordrhein-Westfalen, in: Festschrift der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen zu Ehren des Herrn Ministerpräsidenten Karl Arnold, Köln und Opladen 1955, S. 201 ff. (zit.: Beschlüssausschüsse).
Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33 ff. (zit.: Rechtsgrundsätze).
Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München und Berlin 1959.
- Zeitler, Ralf**
- Bitter, Walter**
- Derschau, von, Werner**
Deutsche Gemeindeordnung, 3. erweiterte Aufl., Berlin 1927 (zit.: DGO).



Lebenslauf

Als Sohn des Studienrats Dr. Heinrich Marré und seiner Frau Maria geb. Fürstenau, wurde ich am 23. April 1929 in Gladbeck/Westfalen geboren. Ich wuchs mit zwei Geschwistern zusammen auf und besuchte die Volks- und die Oberschule in meiner Heimatstadt. Dort bestand ich auch am 11. März 1950 die Reifeprüfung.

Zum Sommersemester desselben Jahres begann ich an der Universität München mit dem Studium der Rechtswissenschaften, setzte es 1951 in Bonn fort und wechselte schließlich 1952 zu meiner Heimatuniversität Münster über. Neben dem Fachstudium, in dessen Bereich mich vor allem das öffentliche Recht interessierte, beschäftigten mich vornehmlich die historischen und politischen Wissenschaften, sowie Theologie und Philosophie in ihrem Zusammenhang mit der Jurisprudenz.

Am 3. Oktober 1955 absolvierte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm mein erstes juristisches Staatsexamen. Nach der Ernennung zum Referendar begann ich zum 1. Dezember 1955 am Amtsgericht in Gladbeck mit dem juristischen Vorbereitungsdienst. In der Folgezeit durchlief ich dann den von der Justizausbildungsordnung vorgeschriebenen Ausbildungsweg.

Am 18. Dezember 1959 bestand ich vor der Prüfungskommission der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Münster das mündliche Dokorexamen.

Die Anregung zur Behandlung des Themas dieser Dissertation ging von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans J. WOLFF, aus. Ihm gilt mein besonderer Dank auch für die beständige wertvolle Förderung und den ermutigenden Zuspruch, die er mir bei der Ausarbeitung dieser Schrift zuteil werden ließ. Ferner bin ich Herrn Ministerialrat Dr. DEHM, dem Sekretär des Rechtsausschusses des Bundesrates in Bonn, für seine verständnisvolle Unterstützung bei der Fertigstellung dieser Dissertation zu Dank verpflichtet.