

teilung. Eines konkreten Sachzusammenhangs bedarf es nicht, auch eine allgemeine Vertretung begründet ein Mitwirkungsverbot. Die rechtliche Begründung gesetzlicher Vertretungsmacht oder rechtsgeschäftlich bestellter Vollmacht im Einzelnen ist unerheblich (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 22; SBS/Schmitz § 20 Rn. 33). Die Vertretung kann demnach auf Gesetz beruhen oder rechtsgeschäftlich übertragen sein, wie es bei Eltern, dem Vormund oder Pfleger, Vorstandsmitgliedern und Organen juristischer Personen sowie persönlich haftenden Gesellschaftern der OHG und der KG – also nicht der Kommanditist –, kraft gerichtlicher Bestellung (§ 16) oder aufgrund gesetzlicher Fiktion (§§ 17, 18) der Fall ist. Nur der Empfangsbevollmächtigte (vgl. § 15) ist hiervon nicht betroffen; er ist zur aktiven Vertretung nicht befugt (SBS/Schmitz § 20 Rn. 33; KR/Ramsauer § 20 Rn. 19).

### 3. Angehöriger eines Vertreters (Nr. 4)

Nach Nr. 4 ist von der Mitwirkung im Verwaltungsverfahren ausgeschlossen, **16**  
 wer **Angehöriger einer Person** ist, **die einen Beteiligten** in dem konkreten Verwaltungsverfahren aufgrund – allgemein oder besonders erteilter – Vertretungsmacht **vertritt**. Ausreichend für die Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes ist (noch) nicht die lediglich abstrakte Bevollmächtigung, die Ausschlusswirkung setzt vielmehr die konkrete Wahrnehmung des Vertretungsverhältnisses voraus (Ziekow § 20 Rn. 10; SBS/Schmitz § 20 Rn. 34). Der Begriff des Angehörigen ergibt sich aus der Definition in § 20 V. Die in der Regel zivilrechtlich zu beurteilende rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Rechtsgrundlage für die Vertretungsbefugnis ist auch hier unerheblich (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 25). Analog gilt die Norm im Prozessrecht (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 25). Der Sachverhalt eines Eheverhältnisses zwischen einem Richter und einem Prozessbevollmächtigten ist nach § 41 ZPO iVm § 173 VwGO nicht geregelt. Die **Gesetzeslücke** wird durch eine analoge Heranziehung von § 20 I 1 Nr. 4 geschlossen (LSG Schleswig-Holstein NJW 1998, 2925 (2925)).

### 4. Beschäftigte, Vorstände und Mitglieder von Organen (Nr. 5)

In einem Verwaltungsverfahren ist ferner ausgeschlossen, wer bei einem Beteiligten **gegen Entgelt** beschäftigt ist oder bei ihm als **Mitglied des Vorstands**, des **Aufsichtsrates** oder eines gleichartigen Organs tätig ist. Eine Ausnahme von dem Mitwirkungsverbot besteht für den, dessen Anstellungskörperschaft nach § 20 I 1 beteiligt ist. Diese Vorschrift erfasst weisungsgebundene Arbeitsverhältnisse und Dienstverhältnisse (Ziekow § 20 Rn. 11). **17**

Ob und inwieweit der Begriff der „Beschäftigung“ auf Werkverträge und entgeltliche Geschäftsbesorgungsverhältnisse ausgedehnt werden kann, ist fraglich (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 28). Maßgeblich sind Umfang und Intensität der Abhängigkeit im Einzelfall, die durchaus auch im Werkvertragsrecht bestehen kann. Maßgeblich ist die Definition der Selbständigkeit, wonach selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 I 2 HGB). Bleibt die Freiheit der **18**

**Gestaltung der Tätigkeit** und die **Freiheit in der Arbeitszeitbestimmung** erkennbar und besteht kein Anlass, dass das „freie Auftragsverhältnis zu einer der abhängigen Tätigkeit vergleichbaren Unselbstständigkeit führen“ (OLG Stuttgart NVwZ-RR 2001, 29 (32)) kann, ist für eine analoge Anwendung kein Raum (Ziekow § 20 Rn. 11).

- 19 Ein Interessenkonflikt ist im Rahmen des § 20 beachtlich, wenn das entgeltliche Rechtsverhältnis zwischen dem Beteiligten und seinem Vertragspartner zum Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens existiert. Besteht es nicht mehr, greift § 20 nicht; es verbleibt dann bei § 21. Leitende Organe (zB Vorstand, Aufsichtsrat, Geschäftsführer) einer AG, einer GmbH und anderen gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlüssen sind zwar auch entgeltlich Beschäftigte (Dienstvertrag eines Geschäftsführers), aber nicht ausnahmslos, da Aufsichtsratsmitglieder idR eine Aufwandsentschädigung erhalten und jedenfalls ihrer Tätigkeit kein Dienstvertrag zugrunde liegt. Die Entgeltlichkeit liegt dann nicht vor, wenn lediglich Auslagen erstattet werden. Ggf. muss aber geprüft werden, ob mit einer pauschalen Auslagenerstattung nicht ein verdecktes Entgelt bezogen wird (MSU/Steinkühler § 20 Rn. 99). Der Verbotsatbestand des § 20 I 1 Nr. 5 Hs. 1 gilt allerdings auch für die Personen, die bei einem Beteiligten als Mitglied des Aufsichtsrats tätig sind. Nach der **ständigen Rspr. des BVerwG**, der sich der BGH angeschlossen hat, kommt es nicht darauf an, ob der Amtsträger dem Aufsichtsrat einer verfahrensbeteiligten Gesellschaft in privatem Interesse oder in amtlicher Eigenschaft angehört (BGH NVwZ 2002, 509 (510); BVerwG, NVwZ 1988, 527 (530); BVerwG NVwZ 1984, 718 (718)). Der für die Auslegung vor allem maßgebliche Gesichtspunkt ist, dass Ausschluss- und Befangenheitsregelungen grundsätzlich nicht nur Bedeutung haben, wenn eine Interessenkollision wirklich vorliegt, sondern darauf abzielen, dass schon der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit vermieden wird (BGH NVwZ 2002, 509 (510); BVerwGE 69, 256 (266)).
- 20 Nimmt ein Amtswalter eine Funktion in einer Gesellschaft in **leitender Position** ein, führt dieser Konflikt zum Ausschluss vom Verfahren (BGH NVwZ 2002, 509 (510); BVerwGE 69, 256 (265)). Das Betätigungsverbot gilt für **Minister, Staatssekretäre und leitende Ministerialbeamte** gleichermaßen und uneingeschränkt, wenn sie im Vorstand oder im Aufsichtsrat bzw. einem vergleichbaren Organ tätig sind (SBS/Schmitz § 20 Rn. 36).
- 21 Der Ausschlussgrund des § 20 I 1 Nr. 5 entfällt, sobald der Amtsträger seine Organtätigkeit aufgegeben hat. Von § 20 I 1 werden nur Tätigkeiten für eine Behörde erfasst, die aufgrund **einschlägiger Verfahrensvorschriften** dem Verwaltungsverfahren selbst zuzurechnen sind. Endet die Tätigkeit, bleibt die Frage offen, ob eine Besorgnis der Befangenheit nach § 21 gegeben ist (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 32). Im Planfeststellungsverfahren zum Flughafen München II wirkten auch ein Minister und ein hoher Ministerialbeamter mit, die zugleich als Aufsichtsräte der Flughafen München GmbH fungierten (v. Komorowski NVwZ 2002, 1455 (1456); BVerwG NVwZ 1987, 578 (578)).

## 5. Privater Gutachter und außerdienstliche Betätigung (Nr. 6)

Die **private Vorbefassung** in der konkreten Angelegenheit des Verwaltungsverfahrens rechtfertigt ein Mitwirkungs- und Betätigungsverbot. Eine Interessenkollision besteht, wenn jemand bezogen auf den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens als Gutachter oder auf sonstige Weise tätig geworden ist. In der Angelegenheit ist eine Person durch Gutachten oder sonst tätig geworden, wenn das Gutachten oder die sonstige Tätigkeit in einem engen inneren Zusammenhang mit dem konkreten Fall gestanden hat, auf den sich nunmehr die Tätigkeit im Verwaltungsverfahren bezieht. Gutachten zu einer Sach- oder Rechtsfrage, die nicht diesen engen Bezug zu demselben Lebenssachverhalt aufweisen, reichen nicht aus (BVerwG NVwZ 2012, 307 (308); KR/Ramsauer § 20 Rn. 30). Auch Gutachten in parallel gelagerten Fällen können nach den konkreten Umständen – insbesondere bei einer materiellen Vergleichbarkeit der zu begutachtenden Fragen – erfasst werden (BVerwG NVwZ 2012, 307 (308); SBS/Schmitz § 20 Rn. 39).

Die Erstattung eines Gutachtens ist eine von vielen anderen Möglichkeiten, die einen Ausschluss rechtfertigen. Eine **zeitliche Begrenzung** fehlt im Gesetzestext. Eine Notwendigkeit, mittels einer teleologischen Reduktion auf einen Zeitraum von zB 5 Jahren zu gelangen, nach dessen Ablauf der Ausschlussgrund nicht mehr greift, ist nicht erkennbar. Auch weit zurückliegende private Befassungen rechtfertigen daher das – de lege lata – zeitlich unbefristete Mitwirkungsverbot (VG Karlsruhe NVwZ 1996, 616 (620) unter Hinweis auf aml. Begründung; BVerwG NVwZ 1987, 578 (578); BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 36; MSU/Steinkühler § 20 Rn. 111 mwN aus der Entstehungsgeschichte).

Voraussetzung ist ferner, dass die Tätigkeit einen Bezug zur nach den Umständen des Einzelfalls konkret zu bestimmenden Angelegenheit des Verwaltungsverfahrens aufweist. Der Bezug muss in sachlicher Hinsicht umfänglich gegeben sein; liegt er nicht oder nur teilweise vor, kommt ein Ausschluss nach § 21 in Betracht (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 37).

## V. Unmittelbarer Vor- oder Nachteil (I 2)

In § 20 I 2 wird dem Beteiligten gleichgestellt, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Wer am Ausgang des Verfahrens ein eigenes Interesse hat und damit den „bösen Schein“ möglicher Parteilichkeit hervorruft (BVerwG NVwZ 1988, 913 (916)), ist von dem Verfahren ausgeschlossen. Ob die Interessenkollision tatsächlich besteht, ist unerheblich (VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 181 (183); NVwZ-RR 1993, 504 (505)). Wer aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Gegenstand der Beratung oder Entscheidung ein individuelles Sonderinteresse hat, das zu einer Interessenkollision führen kann und die Besorgnis rechtfertigt, dass der Betreffende nicht mehr uneigennützig handelt, darf an der anstehenden Entscheidung nicht mitwirken (VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 181 (183); NVwZ-RR 1993, 504 (505)). Erfasst

werden **individualisierbare immaterielle und materielle Vor- oder Nachteile** (VGH Mannheim NVwZ-RR 1993, 504 (505)). Dabei ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Eintritt des Sondervorteils oder -nachteils aufgrund der Entscheidung konkret möglich, dh hinreichend wahrscheinlich ist. Auch reflexartige Vorteile, wie der im Verfahren mögliche Einblick in Geschäftsgeheimnisse eines Konkurrenten, reichen aus (KR/Ramsauer § 20 Rn. 34). Allerdings wird ein Bebauungsplan bundesrechtlich nicht deshalb nichtig, weil Ratsbeschlüsse, die im Verfahren zu seiner Aufstellung vor dem Satzungsbeschluss (§ 10 BBauG/BauGB) gefasst worden sind und infolge der Mitwirkung befangener Gemeinderäte rechtswidrig sind (BVerwG NVwZ 1988, 913 (916)).

- 25 Das **Merkmal der Unmittelbarkeit eines Vorteils oder Nachteils** setzt nicht voraus, dass die fragliche Entscheidung tatsächlich eintritt. Auf eine direkte Kausalität kommt es nicht an (st. Rspr. VGH Mannheim NVwZ-RR 1993, 504 (505), NVwZ-RR 1993, 97 (98)). Der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit, der aus der Sicht des von einer Verwaltungsentscheidung Betroffenen zu beurteilen ist, reicht aus. Ein Mitwirkungsverbot nach § 20 I Nr. 1 S. 2 liegt nicht vor bei der Entgegennahme und Beglaubigung sog **Unterstützungsunterschriften** für einen Wahlvorschlag durch den ehrenamtlichen Bürgermeister (BVerwG NVwZ 2003, 619 (619)).

## VI. Gruppenvorteil (I 3)

- 26 Nach § 20 I 3 greift das Mitwirkungsverbot nicht ein, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer **Berufs- oder Bevölkerungsgruppe** angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Der sog Gruppenvorteil wird vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Relevant für einen Ausschluss ist lediglich das individuelle Sonderinteresse (VGH Mannheim NVwZ-RR 1993, 504 (505)), nicht aber das kollektive Interesse einer Gruppe (SBS/Schmitz § 20 Rn. 46; KR/Ramsauer § 20 Rn. 38 mwN).
- 26a Dass der Vorsitzende eines Zivilsenats selbst Halter eines Dieselfahrzeugs der Abgasnorm Euro 5 ist, er das ihm vom Hersteller angebotene Aufspielen eines Software-Updates nach Beratung mit dem Anwalt eines Verkehrsclubs wegen zu besorgender negativer Folgen abgelehnt hat und er aktuell eine Inanspruchnahme des Herstellers prüft, rechtfertigt weder die Selbstablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit noch ein Befangenheitsgesuch desselben Herstellers als Beklagter in einem vor dem Senat geführten Rechtsstreit, in dem der Käufer eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs Ansprüche gegen Verkäufer und Hersteller geltend macht (OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 31659)

## VII. Wahlen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit (II)

Die Ausschlussgründe nach § 20 I finden keine Anwendung auf **Wahlen** zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit und für die **Abberufung** von ehrenamtlich Tätigen (§ 20 II; vgl. §§ 82 ff.). Folglich können Personen tätig werden, die in ihrer Person die Ausschlussgründe nach § 20 I aufweisen. Das Stimmrecht für die Person selbst ist folglich zulässig (Ziekow § 20 Rn. 19). Die Ausnahmevorschrift erfasst über ihren Wortlaut hinausgehend nicht nur Wahl und als actus contrarius die Abberufung, sondern auch **annexe Maßnahmen**, die in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, wie zB Vorbereitung und Beschlussfassung über die Durchführung der Wahl (Ziekow § 20 Rn. 19, BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 46; SBS/Schmitz § 20 Rn. 48; aA KR/Ramsauer § 20 Rn. 46). 27

## VIII. Unaufschiebbare Maßnahmen bei Gefahr im Verzug (III)

Nach § 20 III kann selbst ein mutmaßlich befangener Amtswalter ausnahmsweise Maßnahmen treffen, wenn Gefahr im Verzug gegeben ist (Notkompetenz). Die Vorschrift ist auch im Fall des § 21 entsprechend anwendbar (KR/Ramsauer § 20 Rn. 47; SBS/Schmitz § 20 Rn. 51). Die Norm ist das Ergebnis einer **Güterabwägung**, die bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des Rechtsgüterschutzes höher gewichtet als ein aus dem Mitwirkungsverbot folgendes Unterlassen bei schadensstiftendem Kausalverlauf. 28

**Gefahr im Verzug** ist gegeben, wenn ohne die erforderliche Handlung ein nicht unerheblicher Schaden bei den betroffenen Rechtsgütern eintreten würde und ein Abwarten bis zum Tätigwerden einer nicht ausgeschlossenen Person den Eintritt eines erheblichen Nachteils bedeuten könnte (BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 47; Ziekow § 20 Rn. 20). Der Umfang zulässiger Handlungen ist einer **weiteren Güterabwägung** folgend auf unaufschiebbare Maßnahmen begrenzt, und damit auf grundsätzlich vorläufige (Sicherungs-) Maßnahmen zur Verhinderung weitergehender Nachteile (KR/Ramsauer § 20 Rn. 49; BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 48). 29

## IX. Befangenheitsbesorgnis eines Ausschussmitglieds (IV)

Hält sich ein Mitglied eines Ausschusses (§ 88) für ausgeschlossen oder bestehen Zweifel anderer Mitglieder, ob die Voraussetzungen nach § 20 I vorliegen, so ist dies nach § 20 IV 1 dem Vorsitzenden des Ausschusses mitzuteilen. Der Regelungsmechanismus setzt eine **aktive Mitwirkung** voraus; ein Ausschluss kraft Gesetzes findet hier (anders als in den Fallgruppen nach § 20 I) gerade nicht statt. Der Ausschuss entscheidet nach Eingang über den Ausschluss (§ 20 I 2). Eine **Selbstablehnung** des Betroffenen enthebt den Ausschuss nicht von einer Beschlussfassung (KR/Ramsauer § 20 Rn. 50). 30

Der Betroffene unterliegt bei Beratung und der darauffolgenden Beschlussfassung einem Anwesenheitsverbot (Ziekow § 20 Rn. 21; SBS/Schmitz § 20 Rn. 53; BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 51), um eine unbefangene Erörterung zu ermöglichen.

**30a** Steht die Besorgnis der Befangenheit des Mitglieds eines Ausschusses im Sinne von § 88 im Raum, so entscheidet gemäß § 21 II in Verbindung mit § 20 IV anstatt der Behördenleitung **der Ausschuss** über den Ausschluss des betroffenen Mitglieds. Dem Ausschuss steht bei seiner Entscheidung über den Ausschluss eines Mitglieds kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu; seine Entscheidung ist gerichtlich voll überprüfbar (BVerfG NVwZ-RR 2023, 121 Ls., Rn. 28 mwN).

**30b** Für die Behandlung eines gegen **Mitglieder der Vergabekammer** gerichteten Ablehnungsgesuchs sind nicht § 54 VwGO iVm §§ 41 ff. ZPO analog, sondern stattdessen (unmittelbar) §§ 20 IV, 21 I und II, 71 I und III anzuwenden. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die Vergabekammer aufgrund des Ablehnungsgesuchs beschlussunfähig wird und eine bestehende behördliche Vertretungskette erschöpft ist (OLG Rostock BeckRS 2021, 3593; OLG Naumburg, BeckRS 2011, 4404).

## X. Begriff des Angehörigen (V)

**31** § 20 V enthält eine **verwaltungsverfahrenrechtliche Legaldefinition** des Begriffs „Angehöriger“. Die Aufzählung der einzelnen Tatbestände ist abschließend (KR/Ramsauer § 20 Rn. 54; BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 52). Personen, die eine **Lebenspartnerschaft** (§ 1 I LPartG) begründet haben, gelten wechselseitig als Familienangehörige (§ 11 I LPartG) und sind daher in den Kreis der Angehörigen einzubeziehen. Aus dem Versprechen, eine Lebenspartnerschaft zu begründen, dem **Verlöbnis** (§ 1 IV LPartG), folgt seit dem 26.11.2015 durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (BGBl. I 2015, 2010), dass auch der Verlobte Lebenspartner dem Begriff des Angehörigen nach V Nr. 1 unterfällt. Die **nichteheliche Lebensgemeinschaft** wird von § 20 tatbestandlich nicht erfasst. Die im Wortlaut der Norm nicht berücksichtigte nichteheliche Lebensgemeinschaft kann jedoch dem Verlöbnis nach V Nr. 1 gleichgestellt werden (KR/Ramsauer § 20 Rn. 54; SBS/Schmitz § 20 Rn. 56; aA MSU/Steinkühler § 20 Rn. 71; BeckOK VwVfG/Heßhaus § 20 Rn. 53). Für tatbestandlich nicht berücksichtigte verwandtschaftliche Konstellationen kommt § 21 in Betracht (BVerwG NZA-RR 2003, 205 (208)). Grundlage für die Beurteilung der einzelnen verwandtschaftlichen Beziehungen sind insbesondere nach § 1297 BGB (Verlöbnis), §§ 1303 ff. BGB (Eingehung der Ehe), § 1589 BGB (Verwandtschaft), § 1590 BGB (Schwägerschaft), § 1741 BGB (Annahme als Kind), § 1755 BGB (Erlöschen von Verwandtschaftsverhältnissen). Maßgeblich sind die zivilrechtlichen Begriffsbestimmungen (KR/Ramsauer § 20 Rn. 54a ff.; SBS/Schmitz § 20 Rn. 55 ff.). Die Regelung zu Angehörigen nach S. 2 betrifft Nachwirkungen früherer familienrechtlicher Beziehungen.

## XI. Rechtsfolgen

Ergeht eine Entscheidung, obgleich eine durch § 20 ausgeschlossene Person mitgewirkt hat, ist die Entscheidung mit einem **Fehler behaftet** und daher **rechtswidrig**, aber in der Regel nicht nach § 44 III 2 nichtig. Liegt hingegen ein besonders schwerwiegender Fehler vor, welcher bei verständiger Würdigung aller Umstände evident ist, kann auch die Rechtsfolge der **Nichtigkeit** eingreifen. Dies wird insbesondere in den Fällen der Selbstbegünstigung und Entscheidung in unmittelbar eigener Sache angenommen (Ziekow § 20 Rn. 24; SBS/Schmitz § 20 Rn. 69).

Die Behörde muss den Versuch unternehmen, eine Heilung, ggf. Wiederholung der Handlung durch **unbefangene Amtswalter** herbeizuführen und die fehlerhaften Handlungen aufzuheben (KR/Ramsauer § 20 Rn. 67; Knack/Henneke/Ritgen § 20 Rn. 110). Vor Erlass eines VA hat sie etwaige abgeschlossene Verfahrensabschnitte durch unbefangene Bedienstete von dem Stigma der Parteilichkeit mittels einer Neuvernahme oder Bestätigung zu befreien. Es ist nicht erforderlich, dass ein eingeleitetes Verfahren abgebrochen und neu durchgeführt wird (Ziekow § 20 Rn. 24; KR/Ramsauer § 20 Rn. 67). Nach Erlass der Entscheidung ist eine **Heilung** durch die Ausgangsbehörde wegen § 45 II nicht mehr möglich, wohl aber durch die Widerspruchsbehörde (KR/Ramsauer § 20 Rn. 68). Auch bei einer Allgemeinverfügung ist nach deren Erlass eine Heilung nicht möglich, allenfalls durch spätere Aufhebung (Scholz/Schröder NVwZ 2021, 1734 (1738)). Sofern ein Bediensteter einen **öffentlich-rechtlichen Vertrag** mit sich selbst schließt, ist dieser nach § 59 II Nr. 1 iVm § 44 I nichtig. Im Übrigen ergibt sich eine Nichtigkeit, wenn die Voraussetzungen von § 59 I iVm § 134 BGB oder von § 59 II, insbesondere von Nr. 2 im Falle von **Kollusion** vorliegen (SBS/Schmitz § 20 Rn. 70).

Ist ein befangener Amtsträger in einem Ausgangsverfahren beteiligt, bleibt dieser Mangel dann unbeachtlich, wenn die Widerspruchsbehörde die verfahrensfehlerhaft zustande gekommene Ausgangsentscheidung nach einer **Neubewertung des Sachverhalts** im Ergebnis bestätigt und der mögliche Einfluss des befangenen Amtsträgers auf diese Widerspruchsentscheidung ausgeräumt ist (VG Neustadt BeckRS 2020, 1209 Rn. 30; OVG Sachsen-Anhalt BeckRS 2017, 140774).

## § 21 Besorgnis der Befangenheit

(1) <sup>1</sup>Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. <sup>2</sup>Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so

trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält.

(2) Für Mitglieder eines Ausschusses (§ 88) gilt § 20 Abs. 4 entsprechend.

### Übersicht

|                                           | Rn. |
|-------------------------------------------|-----|
| I. Bedeutung .....                        | 1   |
| II. Besorgnis der Befangenheit .....      | 5   |
| 1. Allgemeines .....                      | 5   |
| 2. Prüfungs- und Beurteilungswesen .....  | 7   |
| 3. Sachverständige .....                  | 12  |
| III. Behördliches Verfahren (I, II) ..... | 14  |
| IV. Rechtsfolge .....                     | 17  |
| V. Rechtsschutz .....                     | 18  |

## I. Bedeutung

- 1 Funktional ist § 21 ein **Auffangtatbestand** (KR/Ramsauer § 21 Rn. 1; BeckOK VwVfG/Heßhaus § 21 Rn. 2), der das Prinzip der Unbefangenheit der Verwaltung über den Anwendungsbereich des § 20 hinaus schützt und gemeinsam mit § 20 ein zweistufiges Sicherungssystem im Verwaltungsverfahrenrecht verankert. § 21 steht zu § 20 im Verhältnis der Subsidiarität und tritt aufgrund der kraft Gesetzes unwiderlegbaren Vermutungswirkung des § 20 zurück. § 21 enthält – im Gegensatz zu § 20 – keine unwiderlegbare Vermutung der Befangenheit, es bedarf vielmehr eines objektiv-konkreten Nachweises der Befangenheit eines Bediensteten. Ein förmliches Ablehnungsrecht ist in der Norm nicht enthalten (anders dagegen im förmlichen Verfahren bei der Ablehnung von Sachverständigen, vgl. § 65 I 2 iVm § 406 ZPO und vor Ausschüssen § 71 II). Die Vorschrift räumt damit dem Beteiligten zwar das Recht ein, Befangenheitsgründe im Rahmen eines verwaltungsinternen Verfahrens geltend zu machen, vermittelt aber kein eigenes Recht, einen Amtswalter ablehnen zu können (OVG Münster LMRR 2014, 9 (9)).
- 2 Die Beteiligten und der Bedienstete haben die Möglichkeit, die Behördenleitung zu unterrichten, die sodann in einem behördeninternen Verfahren (SBS/Schmitz § 21 Rn. 5) eine Entscheidung zu treffen hat. Eine **institutionelle Befangenheit**, die sich auf eine Behörde als Ganzes bezieht und damit ihren demokratisch legitimierten gesetzlichen Auftrag diskreditiert, ist der Rechtsordnung fremd (→ § 20 Rn. 7). Die Voreingenommenheit ist ein rein subjektives Kriterium, das nicht einer abstrakten Rechtsform, sondern nur einer natürlichen Person anhaften kann (SBS/Schmitz § 21 Rn. 2).
- 3 Zur Vermeidung eigener Nachteile obliegt es den Beteiligten, einen Ablehnungsgrund unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB) vor der Verwaltungsentscheidung geltend zu machen. Aus diesem in § 71 III nicht aber in § 21 explizit enthaltenen Grundsatz folgt die **Unzulässigkeit einer nachträglichen Ablehnung** wegen Befangenheit, wenn sich jemand auf eine Verhandlung einlässt, ohne einen ihm bekannten Ablehnungsgrund