

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 6. November 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Gerichtsschreiberin Schnyder Niedermann

A. _____ und B. _____

Beschwerdeführende

gegen

C. _____
Mitarbeiter Rechtsamt, Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern,
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

Beschwerdegegner

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

D. _____

betreffend Baubeschwerdeverfahren; Ablehnung des Verfahrensleiters
(Zwischenverfügung der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
vom 25. August 2020; RA Nr. 195/2020/19)



Sachverhalt und Erwägungen:

1.

1.1 A._____ und B._____ stellten vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) im Verfahren RA Nr. 110/2020/70 ein Ablehnungsbegehren gegen den Verfahrensleiter Fürsprecher C._____. Die BVD hat das Begehren mit Zwischenverfügung vom 25. August 2020 abgewiesen.

1.2 Dagegen haben A._____ und B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführende) mit Eingabe vom 7. Oktober 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben (Postaufgabe: 8.10.2020). Der Abteilungspräsident hat mit prozessleitender Verfügung vom 9. Oktober 2020 das Verfahren auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde beschränkt und den Beschwerdeführenden Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen oder die Beschwerde zurückzuziehen. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 halten die Beschwerdeführenden an ihrem Rechtsmittel fest.

2.

2.1 Gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) beurteilt das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen, sofern keiner der Ausschlussgründe gemäss Art. 75 ff. VRPG gegeben ist. Hauptsache bildet hier eine baurechtliche Streitigkeit und ein Ausschlussgrund ist nicht gegeben, sodass das Verwaltungsgericht in der Hauptsache und damit auch zur Beurteilung des diese betreffenden Ablehnungsstreits zuständig ist (Art. 75 Bst. a VRPG [Umkehrschluss]). Zwischenverfügungen über den Ausstand und die Ablehnung sind selbstständig anfechtbar (Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 VRPG). Die Beurteilung der Streitigkeit fällt in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 2 Bst. b des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der

Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts ist das abgelehnte Behördenmitglied als Gegenpartei zu führen; die Gegenpartei im Hauptsachenverfahren hat grundsätzlich keine Parteistellung, kann aber als weitere Beteiligte im Ablehnungsverfahren angehört werden (vgl. Art. 9 Abs. 5 VRPG sowie hinten E. 3.7).

2.2 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist innert 30 Tagen zu erheben, wobei fristauslösend die Eröffnung der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids ist; zu laufen beginnt die Frist am folgenden Tag (Art. 81 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1 VRPG). Zur Wahrung einer Frist müssen Eingaben vor deren Ablauf der Behörde, der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42 Abs. 1 und 2 VRPG). Verwaltungsakte werden gemäss Art. 44 VRPG grundsätzlich durch postalische Zustellung eröffnet (Abs. 1). Ausser bei Massenverfügungen und vorbehältlich anders lautender Gesetzgebung werden Verfügungen und Entscheide entweder mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde eröffnet (Abs. 2). Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift der Adressatin oder des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als erfolgt (Abs. 3; sog. Zustellfiktion). Die Zustellfiktion findet ihre Rechtfertigung im Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]), weshalb sie in aller Regel ein hängiges Prozessrechtsverhältnis voraussetzt (BVR 2009 S. 107 E. 7.3.2, 2006 S. 378 E. 4.1).

2.3 Strittig ist hier, wann die Zwischenverfügung vom 25. August 2020 den Beschwerdeführenden eröffnet worden ist und damit der Fristenlauf begonnen hat. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat die Zwischenverfügung vom 25. August 2020 gleichentags mit Einschreiben verschickt. Die Sendung traf am 26. August 2020 auf der Poststelle in E. _____ ein und wurde «avisiert ins Postfach zur

Abholung am Schalter» mit Frist bis 2. September 2020. Bereits am 12. August 2020 hatten die Beschwerdeführenden der Post jedoch den Auftrag «Post zurückbehalten» (sog. Rückbehalteauftrag) erteilt, gültig vom 17. August 2020 bis 12. September 2020, mit der Option «Zustellung am Domizil: 14. September 2020» (vgl. Beilage zur Eingabe der Beschwerdeführenden vom 26.10.2020 [act. 3B]). Aufgrund dieses Rückbehalteauftrags machte die Post in ihrem System den folgenden Eintrag: «Aufbewahrungsfrist wurde durch Empfänger verlängert, Frist bis 14.9.2020». Am 12. September 2020 haben die Beschwerdeführenden die Sendung am Schalter der Poststelle E. _____ abgeholt (vgl. zum Ganzen «Track & Trace» Sendungsinformationen der Post zur Sendungsnummer ...).

3.2 Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie hätten nicht mit einer Zustellung rechnen müssen, weshalb die Zustellfiktion gemäss Art. 44 Abs. 3 VRPG von vornherein nicht greife. Nach Einreichung des Ablehnungsbegehrens bei der BVD hätten sie keine Mitteilung über die Eröffnung eines Verfahrens erhalten. Das Ablehnungsbegehren sei daher aus ihrer Sicht «noch nicht rechtshängig» gewesen (Eingabe vom 26.10.2020 S. 2). – Dem kann nicht gefolgt werden: Das Verfahren wurde mit der Einreichung des Ablehnungsgesuchs von Amtes wegen rechtshängig (Art. 16 Abs. 1 VRPG). Damit wurde zwischen der BVD und den Beschwerdeführenden ein Prozessrechtsverhältnis und die sich daraus ergebende Empfangspflicht begründet, gemäss welcher die Verfahrensbeteiligten dafür sorgen müssen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 11 und Art. 16 N. 1). Die Beschwerdeführenden mussten daher zum fraglichen Zeitpunkt mit der Zustellung von (auch fristauslösenden) Verfügungen rechnen (vgl. auch BVR 2019 S. 82 E. 1.6.1). Im Übrigen bestand bereits aufgrund des hängigen Baubeschwerdeverfahrens (Hauptverfahren) ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführenden und der BVD. Sie mussten deshalb auch unbesehen des als Nebenverfahren geführten Ablehnungsstreits sicherstellen, dass ihnen die BVD jederzeit Verfügungen und Entscheide zustellen kann.

3.3 Die Siebentagefrist der Zustellfiktion wird durch gesonderte Abmachungen mit der Post nicht berührt (grundlegend BGE 127 I 31 E. 2b). Der Auftrag «Post zurückbehalten», mit dem Einschreiben bis zu zwei Monate auf der Poststelle aufbewahrt werden können, vermag den Zeitpunkt der rechtlich relevanten Zustellung nicht zugunsten der Empfängerin oder des Empfängers auf später, z.B. auf den Zeitpunkt der effektiven Aushändigung, zu verlegen. Ansonsten könnte die beschwerdeführende Person die nicht erstreckbare gesetzliche Beschwerdefrist faktisch nach Belieben verlängern. Trifft sie mit der Post besondere Abreden über die Zustellung von Sendungen, trägt sie die Konsequenzen und handelt die Post insoweit nicht mehr als Hilfsperson der Behörde, sondern der Adressatin oder des Adressaten. Es ist zudem nicht erforderlich, dass bei einem Rückbehalteauftrag eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt wird. Lässt die Adressatin oder der Adressat vorübergehend Post zurückbehalten, verzichtet sie oder er bewusst darauf, während dieser Zeit Sendungen zu empfangen, und es würde dem Rückbehalteauftrag widersprechen, sie oder ihn in diesem Zeitraum zur Abholung bestimmter Sendungen aufzufordern (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 429 [Pra 105/2016 Nr. 53] E. 3.1 ff., zur Abholungseinladung insb. E. 3.3.3, mit Hinweisen; ferner BVR 1995 S. 142 E. 2b; OGer BE ZK 13 436 vom 19.12.2013 E. 5e).

3.4 Daraus ergibt sich für die vorliegende Streitigkeit Folgendes: Der erste (erfolglose) Zustellversuch der Verfügung vom 25. August 2020 fand bei Eintreffen der Sendung auf der Poststelle am 26. August 2020 statt. Dass dies den Beschwerdeführenden aufgrund des bis 12. September 2020 gültigen Rückbehalteauftrags nicht gesondert durch Abholungseinladung mitgeteilt wurde, ist unerheblich. Ausserdem war es ihnen mittels elektronischer Sendungsverfolgung ohne weiteres möglich, den Zeitpunkt des Eintreffens der Sendung auf der Poststelle in Erfahrung zu bringen (z.B. über den auf dem Umschlag aufgeklebten QR-Code). Die siebentägige Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion wurde demnach am 26. August 2020 ausgelöst und endete am 2. September 2020.

3.5 Die Beschwerdeführenden berufen sich diesbezüglich jedoch auf Vertrauensschutz: Sie machen geltend, die Post habe ihnen «zweifelsfrei die Abholfrist 14.9.2020» gesetzt. Sie verweisen dazu auf den Sendungsum-

schlag, welcher einen Aufkleber trägt mit folgenden Angaben: Adresse der Poststelle E. _____, handschriftlich vermerktes Datum «14.9.» sowie QR-Code für den Zugriff auf die Sendungsinformationen (Eingabe vom 26.10.2020 und Beilage dazu [act. 3A]). – Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden handelt es sich bei dem auf dem Aufkleber vermerkten Datum nicht um eine Abholfrist, sondern um das Datum, an welchem die zurückbehaltene Post am Domizil zugestellt wird (vgl. vorne E. 3.1). Gerichtsnotorisch versieht die Post zurückbehaltene Sendungen jeweils mit einem entsprechenden Aufkleber, insbesondere auch normale Briefpost ohne Abholfristen. Dies musste auch den Beschwerdeführenden klar sein, zumal sie selber den entsprechenden Auftrag erteilt haben. Im Übrigen ist nirgends vermerkt, es handle sich beim fraglichen Datum um eine «Abholfrist»; der entsprechende Eintrag in den Sendungsinformationen der Post lautet korrekt auf «Aufbewahrungsfrist» (vorne E. 3.1). Es liegt daher von vornherein kein Fall vor, welcher mit der von den Beschwerdeführenden angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung vergleichbar wäre (BGer 1C_85/2010 vom 4.6.2010 betreffend die falsche Datierung der Abholfrist durch den Postboten auf der Abholungseinladung). Auch braucht hier die Tragweite von BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2012 nicht weiter erörtert zu werden, welcher eine auf Ersuchen der beschwerdeführenden Person verlängerte Abholfrist für eine konkrete Sendung betraf.

3.6 Die Zwischenverfügung vom 25. August 2020 wurde den Beschwerdeführenden somit kraft Zustellfiktion am 2. September 2020 rechtsgültig eröffnet. Die dreissigtägige Beschwerdefrist endete mithin am 2. Oktober 2020. Die am 8. Oktober 2020 der Post übergebene Beschwerde ist demzufolge verspätet, weshalb nicht auf sie einzutreten ist. – Im Übrigen wäre der Beschwerde auch bei materieller Prüfung kein Erfolg beschieden gewesen: Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die gegen den Verfahrensleiter vorgebrachten Beanstandungen offensichtlich keine Ablehnungsgründe im Sinn des Gesetzes darstellen (E. 4 der angefochtenen Verfügung).

3.7 Auf die Anhörung der Gegenpartei im Hauptverfahren und auf eine Stellungnahme des abgelehnten Mitarbeiters kann bei diesem Ergebnis verzichtet werden (vgl. Art. 9 Abs. 5 sowie Art. 83 i.V.m. Art. 69 Abs. 1 VRPG).

4.

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführenden kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

4.2 Gegen dieses Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Es handelt sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinn von Art. 92 Abs. 1 BGG. Er kann mit Beschwerde gegen den Endentscheid nicht mehr angefochten werden (Art. 92 Abs. 2 BGG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführende
 - Beschwerdegegner
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
 - D. _____

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.