

100.2021.90U  
STE/SES/SRE

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil der Einzelrichterin vom 10. Mai 2021

Verwaltungsrichterin Steinmann  
Gerichtsschreiberin Seiler

A. \_\_\_\_\_  
p.A. B. \_\_\_\_\_

Gesuchsteller

gegen

1. Verwaltungsrichter C. \_\_\_\_\_
2. Verwaltungsrichter D. \_\_\_\_\_
3. Verwaltungsrichter E. \_\_\_\_\_

alle Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche  
Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern

Gesuchsgegner

betreffend Ablehnungsbegehren im Verfahren 100.2020.305



### **Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:**

- Der Verein A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) hat Verwaltungsgerichtsbeschwerde (undatiert; Eingangsdatum 4.8.2020) erhoben gegen den Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 8. Juli 2020 (Verfahren 100.2020.305 betreffend Baupolizei; Baubewilligungspflicht der Änderung einer Mobilfunkanlage). Es handelt sich dabei um eines von mehreren zurzeit vor Verwaltungsgericht hängigen Verfahren, in denen u.a. die Vereinbarkeit der neuen 5G-Mobilfunktechnologie mit den umweltrechtlichen Vorschriften zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung umstritten ist.
- Am 6. Januar 2021 hat das Verwaltungsgericht in einem dieser Verfahren ein Grundsatzurteil gefällt (VGE 2020/27). Der Spruchkörper bestand aus Verwaltungsrichter C.\_\_\_\_\_ (Abteilungspräsident), Verwaltungsrichter D.\_\_\_\_\_ und Verwaltungsrichter E.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsgegner).
- Mit Verfügung vom 4. März 2021 hat Verwaltungsrichter D.\_\_\_\_\_ als Instruktionsrichter im Verfahren 100.2020.305 den Gesuchsteller auf das Grundsatzurteil hingewiesen und sich erkundigt, ob er an seiner Beschwerde festhalten oder diese zurückziehen wolle. Der Instruktionsrichter gab weiter bekannt, dass das Grundsatzurteil vom 6. Januar 2021 beim Bundesgericht angefochten wurde (Verfahren 1C\_100/2021). Sollte der Gesuchsteller an seiner Beschwerde festhalten, halte er es deshalb für zweckmässig das Verfahren zu sistieren, bis das Bundesgericht über die Beschwerde im Verfahren 1C\_100/2021 entschieden habe.
- Der Gesuchsteller hat daraufhin am 24. März 2021 ein Ablehnungsbegehren gegen die Gesuchsgegner gestellt. Am 6. bzw. 8. April 2021 haben die Gesuchsgegner Gesuchsantworten eingereicht und der Gesuchsteller am 27. April 2021 eine Replik.
- Über Ablehnungsbegehren gegen Mitglieder einer Kollegialbehörde entscheidet die Behörde unter Ausschluss der Betroffenen (Art. 9

- Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Diese Zuständigkeit gilt auch für das abgelehnte Mitglied einer Kollegialbehörde, das mit der Instruktion beauftragt ist (Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 37). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Behandlung des Ausstandsgesuchs zuständig.
- Ablehnungsgründe müssen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) sofort nach Entdecken geltend gemacht werden (Art. 9 Abs. 5 VRPG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]), d.h. in der Regel innert sechs bis sieben Tagen nach Kenntnis. Ein Zuwarten während mehrerer Wochen ist nicht zulässig (vgl. BGE 140 I 271 E. 8.4.3 [Pra 104/2015 Nr. 54], 138 I 1 E. 2.2; BGer 1B\_217/2020 vom 3.7.2020 E. 3.5; BVR 2005 S. 561 E. 4.1; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 55; VGE 2020/101 vom 27.3.2020, 2019/312 vom 27.9.2019 [bestätigt durch BGer 1B\_536/2019 vom 14.1.2020] mit Hinweisen).
  - Der Gesuchsteller begründet sein Ablehnungsbegehren damit, dass die Gesuchsgegner im Verfahren 100.2020.27 Beweismittel nicht angemessen berücksichtigt hätten und in antizipierter Beweiswürdigung zu einem «Fehlurteil» gelangt seien. Mit dem Versenden des Grundsatzurteils und der gleichzeitigen Aufforderung, die Beschwerde zurückzuziehen, hätten die Gesuchsgegner ihre Befangenheit erneut gezeigt. Der Gesuchsteller bezieht sich damit auf die Verfügung vom 4. März 2021, die ihm am 5. März 2021 zugestellt wurde, und das erwähnte Grundsatzurteil, das der Verfügung beilag. Ab diesem Zeitpunkt hatte er folglich Kenntnis von den behaupteten Ausstandsgründen.
  - Das Ablehnungsbegehren stellte der Gesuchsteller indes erst am 24. März 2021. Er hat damit nicht unverzüglich im Sinn der gesetzlichen Bestimmungen und der massgeblichen Rechtsprechung gehandelt. Das Ablehnungsgesuch ist verspätet, weshalb offensichtlich nicht darauf eingetreten werden kann.

- Zudem wäre das Ablehnungsbegehren ohnehin unbegründet:

Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG tritt eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten hat, in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in Art. 9 Abs. 1 Bst. a-e VRPG aufgeführten Gründen in der Sache befangen sein könnte. Die Generalklausel erfasst alle übrigen Arten von Befangenheit, namentlich auch Eigeninteressen, Vorbefassungen, enge Beziehungen und Interessenbindungen, die keinen Ausstand nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a-e VRPG begründen, aufgrund der konkreten Umstände aber doch auf mangelnde Unparteilichkeit schliessen lassen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Bei ihrer Beurteilung ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Dabei genügt es, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken (BVR 2015 S. 213 E. 3.1, 2014 S. 216 E. 2.1; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 24).
- Das Verfahren 100.2020.27 betraf weder den Gesuchsteller noch den gleichen konkreten Einzelfall. Der Umstand, dass die Gesuchsgegner im Grundsatzurteil Rechtsfragen beantwortet haben, die auch im Verfahren 100.2020.305 zur Diskussion stehen, begründet nach der Praxis noch keine Befangenheit; es müssten weitere Gründe vorgebracht werden. Auch Verfahrensmassnahmen eines Richters oder einer Richterin, seien sie richtig oder falsch, vermögen im Allgemeinen keinen objektiven Verdacht der Befangenheit zu begründen. Dasselbe gilt für einen allenfalls materiell falschen Entscheid (zum Ganzen BGer 2C\_1124/2013 und 2C\_1156/2013 beide vom 1.5.2014, je E. 2.2 mit Hinweisen). Die Verfügung vom 4. März 2021 zeigt im Übrigen, dass der Instruktionsrichter ergebnisoffen handelt. Gerade weil er das Bundesgerichtsurteil im Verfahren 1C\_100/2021 abwarten und berücksichtigen will, zieht er in Betracht, das Verfahren 100.2020.305 zu sistieren. Er hat den Gesuchsteller auch nicht auf-

gefordert, seine Beschwerde zurückzuziehen, sondern bloss Gelegenheit dazu gegeben. Die Verfügung ist neutral und sachlich formuliert und lässt, bei objektiver Betrachtung, keine Voreingenommenheit erkennen. Das Gesuch wäre mithin abzuweisen, wenn darauf eingetreten werden könnte.

- Der Gesuchsteller hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 107 Abs. 1 VRPG).
- Die einzelrichterliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1).
- Bei diesem Urteil handelt es sich um einen Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren im Sinn von Art. 92 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110), gegen den die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offensteht (Art. 82 ff. BGG) und der mit Beschwerde gegen den Endentscheid nicht mehr angefochten werden kann (Art. 92 Abs. 2 BGG).

**Demnach entscheidet die Einzelrichterin:**

1. Auf das Ablehnungsgesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

4. Zu eröffnen:

- Gesuchsteller
- Gesuchsgegner

und mitzuteilen:

- Beschwerdegegnerin im Verfahren 100.2020.305
- Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
- Einwohnergemeinde Zollikofen

Die Einzelrichterin:

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.