

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 21. November 2022**

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichterin Steinmann  
Gerichtsschreiberin Seiler

**A. \_\_\_\_\_ ag**  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Gesuchstellerin

gegen

1. **Regierungsrätin Christine Häsler**  
2. **Regierungsrat Philippe Müller**  
3. **Regierungsrat Christoph Neuhaus**  
4. **Regierungsrat Pierre Alain Schnegg**  
5. **Regierungsrätin Evi Allemann**  
6. **Regierungsrat Christoph Ammann**  
alle p.A. Staatskanzlei des Kantons Bern, Postgasse 68, Postfach,  
3000 Bern 8

Gesuchsgegnerschaft

betreffend Ablehnungsbegehren (Weiterleitung der Direktion für Inneres  
und Justiz des Kantons Bern vom 5. August 2022; 2022.DIJ.1767)



## **Prozessgeschichte:**

### **A.**

Die A.\_\_\_\_\_ ag betreibt in Burgdorf eine Werkstatt. Im Rahmen des Projekts «Verkehrssanierung Burgdorf – Oberburg – Hasle» soll ihr Betriebsgebäude einer neuen Unterführung «...» weichen. Mit Verfügung vom 10. Januar 2022 erliess die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) den entsprechenden Strassenplan und wies u.a. die Einsprache der A.\_\_\_\_\_ ag ab, soweit sie darauf eintrat.

### **B.**

Dagegen hat die A.\_\_\_\_\_ ag am 23. Februar 2022 beim Regierungsrat des Kantons Bern Beschwerde erhoben. In ihrer Replik vom 14. Juli 2022 hat sie zudem beantragt, die Regierungsratsmitglieder Häsler, Müller, Neuhaus, Schnegg, Allemann und Amman hätten in den Ausstand zu treten und das Verfahren sei wegen Beschlussunfähigkeit des Regierungsrats mit Sprungrekurs ans Verwaltungsgericht zur weiteren Behandlung zu überweisen. Mit Verfügung vom 5. August 2022 hat die für den Regierungsrat instruierende Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (DIJ) das Ablehnungsbegehren an das Verwaltungsgericht weitergeleitet und das Beschwerdeverfahren sistiert.

Mit Gesuchsantwort vom 31. August 2022 führt der Regierungsrat aus, die Ausstandspflicht von Regierungsrat Neuhaus werde nicht bestritten; das Ablehnungsgesuch gegen die anderen Regierungsratsmitglieder sei hingegen abzuweisen. Mit Replik vom 17. Oktober 2022 hält die Gesuchstellerin an ihrem Ausstandsbegehren fest und beantragt, die Gesuchsantwort vom 31. August 2022 sei aus den Akten zu weisen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Nach Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01) gelten die Vorschriften des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) und des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) über den Ausstand für Mitglieder des Regierungsrats sinngemäss. Nach Art. 9 Abs. 2 VRPG entscheidet über Ablehnungsbegehren die in der Sache zuständige Rechtsmittelbehörde oder, wenn Mitglieder einer Kollegialbehörde in den Ausstand treten, die Behörde unter Ausschluss der Betroffenen. Das Ausstandsgesuch richtet sich gegen einzeln bezeichnete Mitglieder des Regierungsrats. Da der Regierungsrat unter Ausschuss der sechs abgelehnten Mitglieder nicht beschlussfähig ist, kann er nicht als Kollegialbehörde über das Gesuch befinden (Art. 5 Abs. 1 OrG). Zwar ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, wer in einer solchen Situation ein Ablehnungsbegehren zu beurteilen hat; wie die DIJ jedoch zu Recht ausführt und die Gesuchstellerin auch nicht bestreitet, ist die Zuständigkeit der Rechtsmittelbehörde, hier des Verwaltungsgerichts (Art. 74 Abs. 1 VRPG; Art. 32 Abs. 2 des Strassengesetzes vom 4. Juni 2008 [SG; BSG 732.11]), in einer solchen Konstellation zu bejahen (vgl. Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 51).

### **1.2**

**1.2.1** Ablehnungsgründe können, anders als die Gesuchstellerin behauptet (Ablehnungsbegehren Rn. 2), nicht jederzeit vorgebracht, sondern müssen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 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; BVR 2005 S. 561 E. 4.1; VGE 2021/90 vom 10.5.2021 [bestätigt

durch BGer 1C\_364/2021 vom 6.12.2021] mit Hinweisen; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 55).

**1.2.2** In jedem Fall verspätet ist das Ablehnungsbegehren gegen Regierungsrat Neuhaus, denn dessen Ausstandspflicht begründet die Gesuchstellerin vorab damit, dass er die angefochtene Verfügung unterzeichnet hat (Ablehnungsbegehren Rn. 18). Dieser Ablehnungsgrund ist der Gesuchstellerin bereits seit Eröffnung der Verfügung vom 10. Januar 2022 bekannt. Insoweit ist auf das Ablehnungsbegehren vom 14. Juli 2022 nicht einzutreten. Im Übrigen ergibt sich die Ausstandspflicht von Regierungsrat Neuhaus bereits aus Art. 9 Abs. 1 Bst. b VRPG (vgl. auch Art. 5 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation des Regierungsrates [Organisationsverordnung RR; OrV RR]; BSG 152.11; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 18 und 43) und wird zu Recht nicht bestritten.

**1.2.3** Die Gesuchstellerin begründet ihr Ablehnungsbegehren weiter damit, dass der Regierungsrat dem Grossen Rat mit Beschluss Nr. 172/2022 vom 23. Februar 2022 (Geschäft 2021.BVD.8960) einen Ausführungskredit für das Verkehrsprojekt beantragt habe, das nun Gegenstand des Beschwerdeverfahrens 2022.DIJ.1767 bilde. Die am Beschluss beteiligten Regierungsratsmitglieder hätten sich damit zumindest politisch festgelegt, so dass keine Aussicht darauf bestehe, dass sie die Beschwerde der Gesuchstellerin gegen den Strassenplan offen und unbefangen beurteilen würden, zumal die Unterführung «...» ein zentrales Element des Projekts sei (Ablehnungsbegehren Rn. 19 f.). – Der Argumentation der Gesuchstellerin folgend, hätten sich die Mitglieder des Regierungsrats somit bei der Beschlussfassung über den dem Grossen Rat zu beantragenden Ausführungskredit festgelegt und wäre der entsprechende Ablehnungsgrund spätestens seit Kenntnis dieses Beschlusses erkennbar gewesen.

**1.2.4** Wohl trifft zu, dass der Beschluss vom 23. Februar 2022 erst nach Einreichen der Beschwerde gegen den Strassenplan am gleichen Tag bekannt geworden ist (Ablehnungsbegehren Rn. 19; Replik Rn. 14). Der Regierungsrat hat die Öffentlichkeit aber bereits mit Medienkonferenz und Medienmitteilung vom 25. Februar 2022 über den Beschluss informiert (Medienmitteilung einsehbar unter: <[www.rr.be.ch](http://www.rr.be.ch)>, Rubriken «Über den Regierungsrat/Medien/Medienmitteilungen», Suche nach «Verkehrssanierung»).

Die Medien haben sowohl darüber («Der Bund» vom 25.2.2022, einsehbar unter: <www.derbund.ch>, Suche nach «Verkehrssanierung»; «Wochenzeitung für das Emmental und das Entlebuch» vom 3.3.2022, einsehbar unter: <www.wochen-zeitung.ch>, Suche nach «Verkehrssanierung Burgdorf Kredit») als auch über den Kreditbeschluss des Grossen Rates vom 9. Juni 2022 berichtet («D'Region» vom 14.6.2022, einsehbar unter: <www.dregion.ch>, Suche nach «Emmentalwärts»). Es ist deshalb anzunehmen, dass der Regierungsratsbeschluss vom 23. Februar 2022 der direkt von der Verkehrssanierung betroffenen Gesuchstellerin bereits im Frühling 2022, spätestens aber nach dem Grossratsbeschluss vom 9. Juni 2022 bekannt war. Auf das Ablehnungsgesuch vom 14. Juli 2022 ist deshalb insgesamt nicht einzutreten. Es wäre im Übrigen auch unbegründet (hinten E. 2).

**1.3** Die Gesuchstellerin beantragt in ihrer Replik, die Gesuchsantwort des Regierungsrats vom 31. August 2022 sei aus den Akten zu weisen. Sie begründet ihren Antrag unter anderem damit, dass sich das Ablehnungsgesuch gegen sechs einzeln bezeichnete Mitglieder des Regierungsrats richte und der Regierungsrat als Behörde nicht befugt sei, anstelle dieser Mitglieder zu handeln bzw. diese zu vertreten (Replik Rn. 4 f.). – In der Tat erscheint fraglich, ob die von der Regierungspräsidentin und vom Staatsschreiber unterzeichnete Gesuchsantwort vom 31. August 2022 formell korrekt ist. Partei im Ablehnungsverfahren ist nicht der Regierungsrat als Behörde, sondern – unabhängig von den geltend gemachten Ausstandsgründen – die einzelnen Mitglieder, gegen die sich das Gesuch richtet. Diese Frage muss indes nicht abschliessend geklärt werden, weil das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 20a Abs. 1 VRPG) und nicht auf die Gesuchsantwort abstellt.

## **2.**

**2.1** Eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, tritt in den Ausstand, wenn einer der in Art. 9 Abs. 1 Bst. a-f VRPG genannten Gründe vorliegt. Da der Ausstandsgrund nach Bst. b nur die Mitwirkung am Vorentscheid in unterer Instanz betrifft (VGE 2020/28 vom 11.9.2020 E. 3.4.2 [be-

stätigt durch BGer 8C\_659/2020 vom 20.4.2021]; vorne E. 1.2.2), kommt hier einzig die Generalklausel nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG in Betracht. Sie 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. Ein Ausstandsgrund liegt nicht erst dann vor, wenn ein Behördenmitglied nachweislich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die objektiv den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (BVR 2015 S. 213 E. 3.1).

**2.2** Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 29 BV zu berücksichtigen, der in Analogie zu Art. 30 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung durch nichtrichterliche Behörden gewährleistet; das Gebot der Unbefangenheit bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts (BVR 2015 S. 213 E. 3.1 f. mit Hinweisen). Für nichtrichterliche Behörden gelten allerdings nicht die gleichen Grundsätze wie für Gerichtsbehörden. Bei Exekutivbehörden ist zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer Aufgaben einhergeht. Sie sind aufgrund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen, sondern tragen zugleich eine besondere Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Liegt die amtliche Mehrfachbefassung damit im öffentlichen Interesse und ist sie in diesem Sinn systembedingt, so liegt nicht bereits darin eine unzulässige Vorbefassung. Ob eine systembedingt vorbefasste Amtsperson tatsächlich voreingenommen erscheint, entscheidet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (zum Ganzen BGE 140 I 326 E. 5.2; vgl. auch BVR 2015 S. 213 E. 3.2, 2014 S. 216 E. 2.2). Zu berücksichtigen ist insbesondere, unter welchen tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umständen sich das Behördenmitglied im früheren Zeitpunkt mit der Sache befasst hat, welche Fragen in den einzelnen Verfahrensabschnitten

zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen, über welchen Entscheidungsspielraum das Mitglied dabei verfügt, und gegebenenfalls die Bedeutung der jeweiligen Entscheidung für den weiteren Verlauf des Verfahrens (BGE 140 I 326 E. 5.1; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 25 mit weiteren Hinweisen).

**2.3** Das Verkehrssanierungsvorhaben erforderte u.a. einen Objektkredit des Grossen Rates (Art. 55 Abs. 1 SG). Der Regierungsrat bereitete das Geschäft vor, indem er zuhanden des Grossen Rates den entsprechenden Kreditantrag stellte (vgl. Art. 90 Abs. 1 Bst. c der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Gleichzeitig entscheidet der Regierungsrat über Beschwerden gegen einen kantonalen Strassenplan (Art. 64 VRPG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 SG). Insoweit ergibt sich seine Mehrfachbefassung mit den einzelnen Elementen des Geschäfts aus der Zuständigkeitsordnung und ist systembedingt. Der Beschluss des Regierungsrats vom 23. Februar 2022 betreffend den Kreditantrag an den Grossen Rat legt kurz den Gegenstand der Verkehrssanierung und anschliessend vor allem die zu erwartenden Gesamtkosten und deren Finanzierung dar. Daraus und aus dem Vortrag zum Beschluss (einsehbar unter: <[www.rr.be.ch](http://www.rr.be.ch)>, Rubriken «Beschlüsse/Beschlüsse suchen» Sucheingabe: «172/2022», nachfolgend: Vortrag) ergibt sich auch, dass der Regierungsrat den am 10. Januar 2022 erlassenen Strassenplan zur Kenntnis genommen hat und die vorgesehene Verkehrssanierung grundsätzlich begrüsst. Andernfalls hätte er den Kreditantrag nicht gestellt. Die grundsätzlich positive Einstellung zum Geschäft als Ganzes ist so gesehen systemimmanent. Sie ändert nichts daran, dass es sich beim Kreditantrag einerseits und dem Rechtsmittelverfahren gegen den Strassenplan andererseits um verschiedene Verfahren handelt, die zwar einen Sachzusammenhang aufweisen, in denen sich für den Regierungsrat aber unterschiedliche tatsächliche und rechtliche Fragen stellen (vgl. auch VGE 2009/206 vom 24.11.2009 E. 5.5). Die Rechtmässigkeit der Planung war im Rahmen des Kreditbeschlusses kein Thema und hat der Regierungsrat auch nicht beurteilt; vielmehr hat er im Vortrag darauf hingewiesen, dass der Strassenplan noch nicht rechtskräftig und mit Beschwerden zu rechnen sei (Vortrag S. 6). Damit hat der Regierungsrat (auch politisch) klargestellt, dass das Projekt – einschliesslich des «Schlüsselpunkts» der Unterführung «...» (Replik Rn. 17) – unter Berücksichtigung der dagegen zu erwartenden

Einwände in einem allfälligen Beschwerdeverfahren erst noch auf seine Rechtmässigkeit zu prüfen sein wird. Der Kreditbeschluss des Grossen Rates bindet sodann den Regierungsrat nicht; erweist sich die Planung als rechtswidrig, wird bloss der Kredit im entsprechenden Umfang nicht beansprucht. Die Mehrfachbefassung des Regierungsrats als Behörde mit derselben Sache ist nach dem Gesagten systembedingt und ergibt sich aus der gesetzlichen Kompetenzordnung. Sie allein führt nicht dazu, dass die einzelnen Mitglieder befangen wären. Die gegenteilige Befürchtung der Gesuchstellerin aus «rein faktischen und psychologischen» Gründen ändert daran nichts (Replik Rn. 14).

**2.4** Das anerkennt grundsätzlich auch die Gesuchstellerin (Ablehnungsbegehren Rn. 18). Dennoch macht sie keine spezifischen Befangenheitsgründe der einzelnen Regierungsratsmitglieder geltend, sondern argumentiert ausschliesslich mit deren Mitwirken am Kreditbeschluss. Darin unterscheidet sich die vorliegende Situation massgeblich vom Urteil des Bundesgerichts, das die Gesuchstellerin erwähnt (BGE 140 I 326). Dort hatten sich zwei Gemeinderäte bereits in der Wettbewerbsjury intensiv mit dem Projekt einer privaten Bauherrschaft befasst und bei der Auswahl des siegreichen Projekts als Entscheidungsträger mitgewirkt. Dabei haben sie die Wettbewerbsbeiträge nach siedlungsplanerischen, landschaftlichen und erschliessungsmässigen Gesichtspunkten beurteilt, mithin über zentrale Kriterien entschieden, die der Gemeinderat auch für den Erlass des Gestaltungsplans zu beurteilen hatte. Das Projekt wurde sodann aufgrund konkreter Änderungsvorschläge der Preisrichter, d.h. auch der beiden Gemeinderäte, angepasst, weshalb das Bundesgericht ihre Tätigkeit mit derjenigen von Beratern zugunsten der privaten Bauherrschaft verglich (BGE 140 I 326 E. 7.2). Es geht hier auch nicht, wie in anderen Urteilen des Verwaltungsgerichts, um eine Konstellation, in der eine organisatorisch und funktionell gleichgestellte Direktion nochmals über eine politisch brisante Angelegenheit befinden und gleichzeitig die Arbeit der für die andere Direktion instruierenden Stelle überprüfen müsste (BVR 2015 S. 213 E. 4), oder darum, dass der Regierungsrat einen von ihm initiierten Grossratsbeschluss missachten müsste, wenn er die Beschwerde in der Sache gutheissen wollte (BVR 2014 S. 360 E. 1.2.2 ff.). Damit erscheinen die Gesuchsgegnerinnen und -gegner nicht als befangen.

**2.5** Muss ausser Regierungsrat Neuhaus kein Mitglied des Regierungsrats in den Ausstand treten, ist der Regierungsrat beschlussfähig und besteht kein Grund für einen Sprungrekurs (vgl. allgemein zu den Voraussetzungen für einen Sprungrekurs BVR 2015 S. 213 E. 2.1, 2014 S. 360 E. 1.2.1 und 1.2.4 mit Hinweisen).

### **3.**

**3.1** Die Kosten des Verfahrens sind der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 51 Bst. c des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]). Im Gesuchsverfahren besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 12).

**3.2** Beim vorliegenden 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 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110), gegen den Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden kann (Art. 82 ff. BGG). Er kann mit Beschwerde gegen den Endentscheid nicht mehr angefochten werden (Art. 92 Abs. 2 BGG).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Auf das Ablehnungsgesuch wird nicht eingetreten. Die Akten gehen zur Fortsetzung des Verfahrens 2022.DIJ.1767 zurück an die Direktion für Inneres und Justiz.

2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - Gesuchstellerin
  - Gesuchgegnerschaft (zusammen mit der Replik vom 17.10.2022)

Der Abteilungspräsident:

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.