

**DEPARTEMENT
BAU, VERKEHR UND UMWELT**
Rechtsabteilung

BVURA.23.607

ZWISCHENENTSCHEID vom 6. August 2024

**Gemeinde Q.____; Planbeschwerde A.____ AG betreffend Sistierung Verfahren auf Erlass
Gestaltungplan "Arbeitszone A2 A.____ AG" (Parzelle aaa); Ausstandsgesuch gegen das De-
partement Bau, Verkehr und Umwelt; Nichteintreten**

Erwägungen

1. Zuständigkeit

1.1 Beschwerdeentscheid

Gegen die Beschlüsse der Gemeindeorgane über die Nutzungspläne kann innert 30 Tagen seit der amtlichen Publikation Beschwerde erhoben werden. Der Regierungsrat entscheidet Beschwerden gegen allgemeine Nutzungspläne, das zuständige Departement über solche gegen Sondernutzungspläne. Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) ist somit zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über Raumentwicklung und Bauwesen vom 19. Januar 1993 [Baugesetz, BauG; SAR 713.100]).

1.2 Zwischenentscheid Ausstandsgesuch

1.2.1

Aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt sich, dass vorliegend ein Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren zu fällen ist. Dabei fragt sich, welche Behörde dafür zuständig ist. Das alte Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 9. Juli 1968 (aVRPG; SAR 271.100) regelte die Zuständigkeit nicht explizit (vgl. § 5). Das geltende Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200) bestimmt in § 16 Abs. 4:

⁴ Ist der Ausstand streitig, entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitglieds einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds.

Somit fragt sich, wer Aufsichtsbehörde ist. Allgemein ist dabei zu berücksichtigen: Sonderbestimmungen in anderen Erlassen bleiben vorbehalten (§ 1 Abs. 3 VRPG). Das Baugesetz ist ein solcher Erlass.

Vorliegend betrifft das Ausstandsbegehren die Rechtsmittelinstanz (erste Beschwerdeinstanz), konkret angeblich das gesamte Departement, das für den Hauptentscheid zuständig ist. Soweit ersichtlich, hatte das Verwaltungsgericht bisher kaum je die Zuständigkeit für die Beurteilung solcher Begehren zu prüfen gehabt, jedenfalls nicht unter dem geltenden VRPG. In einem (wie beim Verwaltungsgericht bis Anfang 2021 üblich) *mit Leitsatz* in den AGVE publizierten Urteil hielt es dazu fest (Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] vom 10. Februar 2021 [WBE.2020.310]): "Aufsichtsbehörde über die kantonale Verwaltung, d.h. die Departemente, ist der Regierungsrat." Der Fall betraf den Ausstand eines

Sachbearbeiters der Rechtsabteilung BVU, die im Namen des Departements BVU über die Beschwerde zu entscheiden hatte. Die Begründung dazu besteht aus einem einzigen Satz: "Aufsichtsbehörde über die kantonale Verwaltung, d.h. die Departemente, ist der Regierungsrat (vgl. § 90 Abs. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980)." Diese Erwägung weicht im Ergebnis von der jahrzehntelangen Praxis der Departemente und insbesondere vom Urteil VGE vom 18. November 2013 (WBE.2013.372) ab. In diesem Urteil bestätigte das Gericht den vorinstanzlichen (Zwischen-) Entscheid des BVU (EBVU) 13.434 vom 26. Juni 2013, wo es um den Ausstand eines Sektionsleiters der Rechtsabteilung BVU ging. Der Entscheid wurde von der Leitung der Rechtsabteilung unterzeichnet; die eigene Zuständigkeit begründete das BVU damit, es sei "zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde inkl. der damit im Zusammenhang stehenden verfahrensrechtlichen Anträge". Das Gericht äusserte sich zwar nicht explizit zur Zuständigkeit, aber es hatte das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen vor der Vorinstanz von Amtes wegen zu prüfen:

Die Zuständigkeit ist eine Frage der Sachurteilsvoraussetzungen. Das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen; diese Prüfung schliesst die Abklärung ein, ob auch im vorinstanzlichen Entscheid die Sachurteilsvoraussetzungen vorgelegen haben (statt vieler: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [BGE] 122 V 372, Erw. 1; 116 II 385, Erw. 2; VGE III/49 vom 21. Juni 2021 [WBE.2020.247], S. 10; VGE vom 30. Juni 2017 [WBE.2016.440], S. 3; VGE vom 13. April 2011 [WBE.2010.331], S. 5; VGE vom 19. Juni 2008 [WBE.2006.312], S. 6; MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38–72 VRPG, 1998, Vorbemerkungen zu § 38 N 3 f.). Steht fest, dass die Vorinstanz einen *Sachentscheid* ausgefällt hat, obwohl dies wegen fehlender Sachurteilsvoraussetzungen nicht zulässig gewesen wäre, ist der vorinstanzliche Entscheid selbst dann aufzuheben, wenn dies von keiner Partei verlangt wird (VGE III/83 vom 18. November 2009, S. 5 unter Hinweis auf Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2000, S. 364; MERKER, a.a.O., § 38 N 4).

Somit liegen zwei widersprüchliche Urteile vor. Das Bundesgericht verlangt bei gerichtlichen Praxisänderungen eine vertiefte Auseinandersetzung mit der bisherigen Praxis und "ernsthafte sachliche Gründe" (BGE 148 III 295; BGer 1C_646/2020, in ZBI 2023, S. 444 mit Kommentar). Das erfordert auch, die bisherige Praxis darzulegen und sich mit der Gesetzgebung, den Materialien, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre auseinanderzusetzen. Dies ist im genannten Urteil WBE.2020.310 nicht ersichtlich erfolgt, was eher gegen die Absicht einer Praxisänderung spricht.

Es rechtfertigt sich daher, auf die Zuständigkeitsfrage für den Zwischenentscheid zum Ausstandsbegehren hier vertiefter einzugehen.

1.2.2

Die Zuständigkeit in der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Zwischenentscheide (AGVE 2001, S. 262, Verwaltungsgericht, unter Hinweis auf AGVE 1999, S. 355 ff.; 1998, S. 434 ff.; 1991, S. 195 ff.; vgl. auch Grundsatz *a maiore ad minus*). Ein Entscheid über ein Ausstandsbegehren ist ein Zwischenentscheid (MERKER, a.a.O., § 38 N 53). Zwischenentscheide sind somit auch an das Departement BVU delegiert, ohne dass das ausdrücklich im Gesetz oder einer Verordnung erwähnt werden muss. Für den vorliegenden Zwischenentscheid ist demgemäss grundsätzlich das BVU zuständig.

1.2.3

Aus dem VRPG ergibt sich nichts anderes: Ist der Ausstand streitig, entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde (vgl. § 16 Abs. 4 VRPG). Der Begriff "Aufsichtsbehörde" ist auszulegen. Die Auslegung führt ebenfalls zur Zuständigkeit des Departements BVU, womit letztlich offen bleiben kann, ob § 26 Abs. 1 BauG (das Departement entscheidet über Beschwerden gegen Sondernutzungspläne) eine Sonderbestimmung zum VRPG darstellt:

In den Materialien zu § 16 VRPG steht: Aufsichtsbehörde ist "die in der Sache hierarchisch übergeordnete Behörde ..."; wäre es immer der Regierungsrat, hätte der Gesetzgeber das so ausgeführt. Bei

der grossen Zahl an Mitarbeitenden würde es jedoch kaum Sinn ergeben, diese Aufgabe dem Regierungsrat zuzuweisen. Gemäss § 32 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 26. März 1985 (Organisationsgesetz; SAR 153.100) werden die Departemente "hierarchisch in Abteilungen und Sektionen" gegliedert und ferner die "Aufsicht des Departements" (also nicht des Regierungsrats) geregelt.

Der Begriff "Aufsichtsbehörde" kommt im VRPG auch bei Aufsichtsanzeigen vor (§ 38 VRPG). Da es dort um mögliches tatsächliches Fehlverhalten geht und nicht wie beim Ausstand um einen allfälligen *Anschein* einer Befangenheit (und somit eines formellen Fehlers, falls der Ausstandsgrund nicht berücksichtigt wird), kommt dort der korrekten Hierarchiestufe mindestens eine so grosse Bedeutung zu. Dazu führte das Verwaltungsgericht – unter Bezugnahme auf die Kantonsverfassung (§ 90 Abs. 1) – kürzlich aus (VGE vom 28. Mai 2024 [WBE.2023.365], Erw. I.3.2):

"Aufsichtsbehörde ist regelmässig eine Verwaltungsbehörde, welche der eines Fehlverhaltens bezichtigten Behörde hierarchisch übergeordnet ist (MERKER, a.a.O., N. 24 zu § 59a [a]VRPG). ... Die Oberaufsicht liegt beim Regierungsrat. Dieser beaufsichtigt die anderen Träger von öffentlichen Aufgaben. Er ist die höchste und letzte Stelle für Aufsichtsanzeigen (§ 90 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 [KV; SAR 110.000]; KURT EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986, N. 7 zu § 90 KV)."

Die Verfassung sieht demgemäss nicht nur eine einzige Aufsichtsbehörde vor. Gemäss dem VRPG-Kommentator MICHAEL MERKER gilt (a.a.O., § 59a N 24): Aufsichtsbehörde "ist regelmässig eine Verwaltungsbehörde, die der eines Fehlverhaltens bezichtigten Behörde hierarchisch übergeordnet ist".

1.2.4

[...]

1.2.5

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Regierungsrat die Beurteilung der Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende oder eine ganze Abteilung des Departements an das Departement delegiert hat:

Über Beschwerden gegen *allgemeine* Nutzungsplanungen entscheidet der Regierungsrat (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 2 BauG). Zur Zuständigkeit in diesen Fällen regelt die Verordnung über die Delegation von Kompetenzen des Regierungsrats vom 10. April 2013 (Delegationsverordnung, DeIV; SAR 153.113; diese stützt sich gemäss Ingress auf das Organisationsgesetz und § 50 Abs. 2 VRPG) in § 14 mit dem Randtitel "Instruktion und Entscheidfällung in nicht delegierten Bereichen", dass die Entscheide über die "Fällung eines Teil- oder Zwischenentscheids" an die Departemente delegiert sind (vgl. § 14 Abs. 2 lit. c DeIV). Bei allgemeinen Nutzungsplanungen ist somit der Zwischenentscheid über Ausstandsbegehren grundsätzlich an das zuständige Departement BVU delegiert. Umso mehr muss dies für den vorliegenden Fall betreffend einer Sondernutzungsplanung gelten, wo auch der Hauptentscheid gemäss der Spezialgesetzgebung (§ 26 BauG), die dem VRPG vorgeht, an das Departement BVU delegiert ist.

1.2.6

Die vorstehend genannte Rechtslage gilt insbesondere für die einen Beschwerdeentscheid oder Ausstandsentscheid *fällenden* Personen. Sind Personen in unterschiedlichen Rollen im Verfahren betroffen, erfolgt für alle ein koordinierter Entscheid über den Ausstand, wobei sich die Zuständigkeit entsprechend nach der jeweils strengsten Anforderung (Hierarchiestufe) richtet.

Ist jedoch nur die Ausstandspflicht einer instruierenden oder sachbearbeitenden Person in Frage gestellt (wie im genannten Urteil WBE.2020.310), darf aus prozessökonomischen Gründen der direkte Vorgesetzte, nicht die Aufsichtsbehörde, entscheiden (RRB 2010-001454 vom 20. Oktober 2010, S. 12). Diese Auffassung wird von der herrschenden Lehre geteilt bzw. basiert auf ihr (statt vieler: BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, 2002 [= ZStöR 148], S. 205, mit

zahlreichen Hinweisen auf Kommentarwerke, die heute alle in aktualisierter Form und mit unveränderter Aussage vorliegen):

"Den Verfahren im Streit um Ausstandsbegehren liegt meist die Annahme zu Grunde, das Begehren richte sich gegen die entscheidende Amtsperson selber oder ein Mitglied der Kollektivbehörde. Richtet sich das Ausstandsbegehren aber gegen eine Person, welche lediglich an der Vorbereitung eines Entscheids mitwirkt (Sekretäre, Sachbearbeiter o.ä.), erscheint es aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht sachgerecht, die Aufsichts- oder Gesamtbehörde mit dem Entscheid zu betrauen. Sinnvoller ist es, in solchen Fällen der direkt vorgesetzten Amtsperson den Entscheid zu überlassen."

Diese Haltung wird namentlich auch zu Art. 10 VwVG vertreten (STEPHAN BREITENMOSER /ROBERT WEYENETH, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 10 N 120; ähnlich RETO FELLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Art. 10 N 39):

"Steht die Ausstandspflicht einer den Entscheid vorbereitenden Person (Sachbearbeiter, Sekretär, Gerichtsschreiber) infrage, so rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, dass deren direkter Vorgesetzter über den Ausstand entscheidet und nicht die Aufsichts- oder Gesamtbehörde."

1.2.7

[...]

4. Eintretensvoraussetzungen

4.1 Prüfung von Amtes wegen

Zunächst ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen, um auf das Ausstandsbegehren des Beschwerdegegners und Gesuchstellers (Gemeinderat) eintreten zu können, gegeben sind.

Ob auf ein Ausstandsbegehren eingetreten werden darf, ist eine Frage der Sachurteilsvoraussetzungen. Das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen, also auch dann, wenn dies von keiner Partei verlangt wird (vgl. vorstehend Erw. 1.2.1). Vorliegend muss der Beschwerdeführerin dazu bereits aufgrund des Ergebnisses des Zwischenverfahrens (keine Gutheissung) das rechtliche Gehör nicht gewährt werden, da sie ihrerseits die Zuständigkeit des BVU anerkannt hat und sich der Beschwerdegegner auf die Beschwerdeanträge beruft; die Beschwerdeführerin wird somit durch den vorliegenden Zwischenentscheid nicht in ihrer Rechtsstellung berührt.

Darüber hinaus gilt allgemein, dass zu einem Ausstandsgesuch der Gegenpartei das rechtliche Gehör nicht gewährt werden muss; das hält das (sinngemäss anwendbare Bundesrecht; vgl. nachfolgend) ausdrücklich fest. Gemäss Art. 37 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) gilt, dass über die Ausstandsfrage ohne Anhörung der Gegenpartei entschieden werden kann (anders wie gesagt, wenn in eine Rechtsstellung eingegriffen wird).

4.2 Anwendbarkeit der bundesgerichtlichen Praxis

Den Materialien zu § 16 VRPG lässt sich entnehmen (Botschaft I VRPG [07.27], S. 27): "Die Formulierung von § 16 entspricht den heute, insbesondere auf Bundesebene üblichen Standards (vgl. Art. 34 BGG)." § 16 Abs. 1 VRPG entspricht vom Wortlaut und Aufbau her inhaltlich offensichtlich Art. 34 Abs. 1 BGG und ist ähnlich wie Art. 10 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Es ist somit davon auszugehen, dass der Kanton Aargau auch die bundesgerichtliche Praxis dazu, die sich über weite Strecken aus der Bundesverfassung ableitet, übernehmen wollte, was entsprechend auch die Eintretensvoraussetzungen und die Rechtsfolgen eines (Nicht-)Eintretens umfasst. Wenn eine kantonale Bestimmung (im gleichen Kontext) wortwörtlich die Bundesvorschrift wiedergibt, liegt es auf der Hand, dass diese kantonale Bestimmung

grundsätzlich genauso auszulegen ist wie die Bundesvorschrift (vgl. BGE 148 I 145, S. 154, E. 6.4, publ. in: Die Praxis [Pra] 2023 Nr. 13, S. 189).

4.3 Folgen eines Nichteintretens

Auf unzulässige Begehren ist nicht einzutreten; sie sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht lediglich *materiell* unbegründet. Die vom Ausstandsbegehren betroffenen Gerichtspersonen können namentlich an einem späteren Verfahren mitwirken, ohne dass – in Verfahren vor dem Bundesgericht – gemäss Art. 37 BGG (Entscheidet über den Ausstand unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson) vorzugehen wäre (vgl. BGE 114 Ia 278 Erw. 1; 105 Ib 301 Erw. 1c; BGer 9C_218/2013 und 2F_12/2008 Erw. 2.1; 8C_41/2013). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann also eine Behörde selbst über ihren eigenen Ausstand bzw. über denjenigen ihrer Mitglieder bestimmen, wenn die gestellten Ablehnungsbegehren unzulässig sind (BGer 2C_305/2011 vom 22. August 2011, Erw. 2.6; 2C_8/2007 vom 27. September 2007, Erw. 2.4).

Dasselbe gilt nach dem Gesagten analog auch für die Gerichte und die Verwaltungsbehörden des Kantons Aargau. Auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, die auf jene des Bundesgerichts hinweist, "braucht in einem solchen Fall nicht vorgängig und unter Ausschluss der betroffenen Mitglieder (vgl. § 16 Abs. 4 VRPG) über den Ausstand entschieden zu werden" (VGE vom 18. August 2022 [WBE.2021.163], Erw. I.4, publiziert in den AGVE, unter Hinweis auf VGE vom 2. Februar 2022 [WBE.2021.473], Erw. I/2.3; WBE.2013.33 vom 7. Mai 2013, Erw. A/2).

Daraus folgt, dass in Fällen, in denen auf das Ausstandsbegehren nicht einzutreten ist, auf ein Ausstandsverfahren verzichtet werden kann oder die vom Begehren betroffenen Personen im allfälligen Ausstandsverfahren oder ansonsten direkt im Hauptentscheid mitwirken dürfen.

In den Rechtsmittelverfahren vor dem Departement BVU (wo bei der Beurteilung von allen Ausstandsbegehren auf die Mitwirkung der konkret betroffenen Personen verzichtet wird) ist das in der Praxis namentlich dann bedeutsam, wenn auch der Departementsvorsteher von einem unzulässigen Ausstandsbegehren erfasst ist. Zum einen darf er dann an einem Regierungsratsbeschluss zum Ausstandsbegehren oder zum Hauptentscheid teilnehmen und zum anderen gilt die (formell der Departementsleitung unterstellte) Rechtsabteilung BVU, welche Rechtsmittelverfahren instruiert und regelmässig auch (wie vorliegend) für das BVU entscheidet, als nicht befangen.

Ist hingegen auf ein Ausstandsbegehren einzutreten, gilt: Wird ein Ausstandsgesuch gestellt, so darf die möglicherweise befangene Person bis zum Entscheid über den Ausstand keine weiteren Prozesshandlungen vornehmen und muss sich jeglichen Einflusses auf das Verfahren enthalten (VGE vom 10. Februar 2021 [WBE.2020.310], Leitsatz 1). Sie darf somit bis zur (rechtskräftigen) Erledigung des Ausstandsverfahrens am Hauptverfahren nicht mehr mitwirken (AGVE 2008, S. 348 [nur im Leitsatz publiziert]). Betrifft ein Ausstandsbegehren die gesamte für die Instruktion zuständige Abteilung, ein ganzes Team von notwendigen Fachpersonen oder gar das ganze Departement, führt das gegebenenfalls dazu, dass das Beschwerdeverfahren (mangels unbetroffener Personen ohne formelle Sistierung) ruht, bis rechtskräftig über das Begehren entschieden ist.

Diese weitreichende Rechtsfolge ergibt sich nicht explizit aus dem Gesetz, sondern aus der Rechtsprechung und erfordert daher Grenzen, damit nicht eine Partei letztlich bzw. faktisch eigenmächtig ein Verfahren mit einem einfachen Antrag massiv verzögern, eine ganze Behörde lahmlegen oder gar einen Wechsel der Zuständigkeit der Instanz erzwingen kann, alles zulasten der anderen Parteien oder der betroffenen öffentlichen Interessen.

Die Eintretensfrage zu prüfen, gebietet somit nicht nur die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes wegen, sondern auch das Gebot, das Hauptverfahren effizient zu führen (vgl. § 47 Abs. 1 VRPG), denn regelmässig sind eine interessierte Gegenpartei oder wichtige öffentliche Interesse (etwa bei einer Beschwerde gegen eine Vollzugsanordnung) von einem Stillstand im Verfahren negativ betroffen.

4.4 Fallkategorien

4.4.1

Das Bundesgericht bildet in seiner Praxis Fallkategorien, in denen es auf die Ausstandsbegehren nicht eintritt. Die Begrifflichkeiten sind ähnlich wie jene im BGG. Als Oberbegriff spricht es verschiedentlich von "**unzulässigen**" Ausstandsbegehren, was unter anderem auf Art. 42 Abs. 7 BGG (sowie Art. 108 Abs. 3 BGG) Bezug nimmt, der nicht nur für einzelne Begehren, sondern für ganze Rechtsschriften gilt ("Rechtsschriften, die auf querulatorischer oder rechtsmissbräuchlicher Prozessführung beruhen, sind unzulässig.").

Die wichtigsten Fallkategorien sind zusammenfassend auch in Art. 108 BGG abgebildet. Dieser regelt, wann der Einzelrichter oder die Einzelrichterin im vereinfachten Verfahren auf die gesamte Beschwerde nicht eintritt und lautet wie folgt:

Art. 108 Einzelrichter oder Einzelrichterin

1 Der Präsident oder die Präsidentin der Abteilung entscheidet im vereinfachten Verfahren über:

- a. Nichteintreten auf **offensichtlich unzulässige** Beschwerden;
- b. Nichteintreten auf Beschwerden, die **offensichtlich keine hinreichende Begründung** (Art. 42 Abs. 2) enthalten;
- c. Nichteintreten auf **querulatorische oder rechtsmissbräuchliche** Beschwerden.

2 ...

3 Die Begründung des Entscheids beschränkt sich auf eine kurze Angabe des **Unzulässigkeitsgrundes**.

Das Bundesgericht verwendet auch die zusammenfassende Formulierung, dass auf "**missbräuchliche oder offensichtlich unbegründete**" Ausstandsbegehren nicht eingetreten werden dürfe, wobei die Unbegründetheit ohne Ermessensentscheid festgestellt werden können müsse (BGE 129 III 445, S. 464 f., Erw. 4; vgl. BGE 114 Ia 278, S. 279, Erw. 1; 105 Ib 301, S. 303 f., Erw. 1; BGer 1C_96/2014 vom 5. Mai 2014, Erw. 2.4). Teilweise wandelt die Lehre diese Formulierung zu "offensichtlich unbegründet oder rechtsmissbräuchlich" ab, was den Nachteil hat, dass sprachlich nicht mehr klar ist, dass sich das "offensichtlich" (eine Form der Steigerung) nicht auf "[rechts-]missbräuchlich" bezieht.

Was das Begriffspaar "querulatorisch oder rechtsmissbräuchlich" betrifft, beurteilt die Lehre mehrheitlich den Begriff "querulatorisch" wohl eher strenger als "rechtsmissbräuchlich" und verwendet den Ausdruck "(rechts-)missbräuchlich" als Oberbegriff; teilweise werden die Begriffe als Synonyme verwendet. MERKER (a.a.O., § 59a [heute § 38 Abs. 2] N 8) definiert in Anlehnung an die erwähnte bundesgerichtliche Kurzformel (missbräuchlich oder offensichtlich unbegründet): "Missbrauch ist bei querulatorischen, offensichtlich unbegründeten oder wiederholt eingebrachten identischen Eingaben gegeben."

4.4.2

Im Einzelnen lassen sich aufgrund der Rechtsprechung insbesondere folgende Fallkategorien von offensichtlich unzulässigen Begehren, die ein Nichteintreten auf das Ausstandsbegehren zur Folge haben, bilden:

I. missbräuchliche oder offensichtlich unbegründete Begehren

Mit dieser Umschreibung fasst das Bundesgericht teilweise die nachfolgenden Kategorien zusammen (vgl. BGE 129 III 445, S. 464 ff., Erw. 4.2.2).

Bei der Anwendung des Rechts gelten Treu und Glauben. Rechtsmissbrauch findet keinen Rechtsschutz (§ 4 VRPG).

II. querulatorische Begehren

Auf querulatorische Begehren ist nicht einzutreten (vgl. Art. 108 Abs. 1 lit. c BGG).

In Fällen mit klar querulatorischen Begehren antwortet die Rechtsabteilung BVU mitunter nur mit einem Brief, so als ein Beschwerdeführer den Ausstand des ganzen Departements beantragte, weil ein Mitglied des Gemeinderats der betroffenen Gemeinde hauptberuflich in einer nicht in das Verfahren involvierten Abteilung des Departements arbeitete (Schreiben vom 5. Oktober 2020). Im gleichen Verfahren stellte der Beschwerdeführer ferner eine unsinnige Strafanzeige gegen die verfahrensleitende Person, um so eine Befangenheit des Departements erreichen zu können. Das Departement trat (ohne Mitwirkung der verfahrensleitenden Person) auf das entsprechende Ausstandsbegehren nicht ein (Zwischenentscheid EBVU 20.435 vom 22. Januar 2021).

III. Begehren gegen eine ganze Behörde (wie Regierungsrat, Departement oder Abteilung)

Ausstandsgesuche, die sich gegen die ganze Behörde richten, sind von vornherein unzulässig. Nach feststehender Praxis des Bundesgerichts kann eine Behörde nicht als Ganzes abgelehnt werden, wenn keine Ausstandsgründe gegen einzelne Mitglieder geltend gemacht werden, weshalb die Behörde auch selber über das Ausstandsbegehren entscheiden darf (BGer 2C_305/2011 vom 22. August 2011, Erw. 2.7, unter Hinweis auf BGer 1B_86/2011 vom 14. April 2011, Erw. 3.3.1).

Ein pauschal gegen alle Mitglieder einer Abteilung (oder sogar des gesamten Bundesgerichts) gerichtetes Ausstandsbegehren (mit dem also nicht im Einzelnen dargetan wird, in Bezug auf welche Gerichtsperson welcher Ausstandsgrund gegeben sein soll) ist unzulässig. Ein solches Ablehnungsbegehren wird von der mit der Sache befassten Abteilung behandelt, ohne das Verfahren nach Art. 37 BGG einzuschlagen (ANDREAS GÜNGERICH, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bundesgesetz über das Bundesgericht, 2. Aufl., Bern 2015, Art. 37 N 3, unter Hinweis auf BGE 105 Ib 301).

Zu Art. 30 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101; Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht) und zum Pendant in der EMRK wird in der Lehre ausgeführt (GEROLD STEINMANN /BENJAMIN SCHINDLER /DAMIAN WYSS, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., 2023, Art. 30 / I. - II. N 28):

"Allerdings dürfen im Fall offensichtlich untauglicher oder missbräuchlicher Ausstandsgesuche die Abgelehnten auch selber darüber befinden, etwa wenn sich das Ausstandsbegehren pauschal gegen sämtliche Mitglieder eines Gerichts richtet und sich das Begehren in nicht näher substantiierten Behauptungen erschöpft (vgl. BGE 129 III 445 E. 4.2.2, 464 ff.; 114 Ia 278 E. 1, 278 f.; 105 Ib 301 E. 1c, 304; BGer 1C_483/2017 [12.1.2018], E. 2.3; 2C_912/2017 [18.12.2017], E. 2.2; EGMR A.K. c. Liechtenstein, 3819/12 [2015], Ziff. 68)."

IV. verspätete Begehren

Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 5 Abs. 3 BV), die auch im Verfahrensrecht Geltung beanspruchen, ist ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, d. h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend zu machen. Ein derartiger Mangel muss sofort nach Entdecken gerügt werden; das Untätigbleiben bzw. die Einlassung auf das Verfahren gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zum Verwirken des Anspruchs (vgl. statt vieler: BGE 132 II 496 f.; 126 III 254; 124 I 123; 121 I 229; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 9 N 5; je mit Hinweisen).

Diese Rechtsprechung hat auch das Verwaltungsgericht übernommen: Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (VGE vom 15. Mai 2023 [WBE.2022.359], Erw. 3.4.1.1; VGE vom 21. April 2015 [WBE.2014.376], Erw. I.3, unter Hinweis auf BGer 1C_474/2014 vom 9. Februar 2015, Erw. 3.1; BGE 140 I 271, Erw. 8.4; 138 I 1, Erw. 2.2; 132 II 485, Erw. 4.3; vgl. AGVE 1997, S. 97).

Wer zu einem Schreiben, das später Anlass zum Ausstandsgesuch gab, in Kenntnis des behaupteten Ausstandsgrunds Stellung genommen hatte, ohne den Ausstand zu beantragen, hat die Rüge verwirkt, wenn er oder sie ernsthaft damit rechnen musste, dass die betroffene Person am Hauptentscheid mitwirkt (vgl. VGE vom 18. Dezember 2012 [WBE.2011.340], Erw. I.4). Eine erst sieben Monate nach Kenntnis des Schreibens angebrachte Rüge ist klarerweise verspätet (VGE vom 15. Februar 2006 [WBE.2004.154], Erw. I.1.1.2.2).

Ein verspätet gestellter Antrag auf Ausstand bildet somit einen Fall eines offensichtlich unzulässigen Ausstandsbegehrens, auf das nicht einzutreten ist (vgl. VGE vom 18. August 2022 [WBE.2021.163], S. 9; BGE 114 Ia 278, Erw. 1).

Das dispensiert die Behörde aber nicht davon, das Vorliegen von klaren Ausstandsgründen von Amtes wegen zu berücksichtigen, etwa wenn eine Person in der Sache ein (unmittelbares) persönliches Interesse hat (vgl. BGer 2C_305/2011 vom 22. August 2011, Erw. 2.7; siehe die Ausstandsgründe in § 16 Abs. 1 lit. a–d VRPG).

V. Begehren aufgrund nachteiliger Entscheide in der Vergangenheit

Allein daraus, dass der Ausgang eines früheren (Gerichts-)Verfahrens für den Ausstandsgesuchsteller nachteilig war, kann keine Ausstandspflicht der am entsprechenden Entscheid beteiligten Personen abgeleitet werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf eine Richterin oder ein Richter nicht bloss deswegen abgelehnt werden, weil sie oder er in einem früheren Verfahren gegen den Gesuchsteller entschieden hat (VGE vom 18. August 2022 [WBE.2021.163], Erw. I.4, publ. in: www.ag.ch/agve, unter Hinweis auf BGE 114 Ia 278, Erw. 1; vgl. VGE III/115 vom 27. November 1990, S. 9 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_374/2012 vom 16. August 2012; 2C_466/2010 vom 25. Oktober 2010; insbesondere zum Ganzen: BGer 2C_219/2013 vom 27. Mai 2013).

Ausstandsbegehren, die einzig damit begründet werden, dass Gerichtsmitglieder an einem oder mehreren Entscheiden mitgewirkt haben, die für die das Ausstandsbegehren stellende Partei negativ ausfielen, sind unzulässig; auf sie wird ohne ein Ausstandsverfahren durchzuführen nicht eingetreten (vgl. GÜNGERICH, a.a.O., Art. 37 N 3).

VI. bedingte Begehren

Bedingte Ausstandsbegehren sind von vornherein unzulässig (BGer 6B_334/2017, 6B_470/2017 vom 23. Juni 2017, Erw. 3.2.1; VGE vom 28. März 2022 [WBE.2021.215], Erw. II.4.2, publ. in: www.ag.ch/agve; REGINA KIENER, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, 2014, § 5a N 42).

VII. Begehren aufgrund einer (gesetzlich bzw. amtlich vorgesehenen) Beratung

Beratung im Rahmen der amtlichen Pflichten ist in der Regel kein Ausstandsgrund (§ 16 Abs. 3 VRPG). Im Baugesetz ist die Beratung im Nutzungsplanungsverfahren ausdrücklich vorgesehen: Das zuständige Departement berät in Zusammenarbeit mit weiteren kantonalen Amtsstellen die Gemeinden bei der Nutzungsplanung (§ 23 Abs. 2 BauG). Wird nur pauschal auf die Beratungstätigkeit verwiesen, ohne dass ein näherer Grund für einen möglichen Anschein der Befangenheit geltend gemacht wird, ist daher auf solche Begehren nicht einzutreten.

Dazu urteilte das Verwaltungsgericht (VGE vom 15. Juli 2020 [WBE.2019.368], Erw. II.3.2.1):

"Das Bundesgericht verneinte im Urteil BGer 1A.11/2007 vom 16. Mai 2007 (Erw. 3.5) eine verfassungswidrige Vorbefassung des Vertreters der kantonalen Denkmalpflege, der bereits als Juror am Architekturwettbewerb teilgenommen hatte, weil dessen Beizug um Projektierungsstadium den gesetzlichen Vorgaben entsprochen habe und dieser Umstand allein keinen Ausschlussgrund für das anschliessende Baubewilligungsverfahren darstellen könne. Auch im Kanton Aargau bildet die beratende Funktion fester Bestandteil des Aufgabenbereichs der Denkmalpflege, was gesetzlich verankert ist (vgl. § 48 des Kulturgesetzes vom 31. März 2009 [KG; SAR 495.200])."

Auch bei der Beantwortung abstrakter Rechtsfragen in einem frühen Stadium der Projektierung besteht in aller Regel keine Gefahr der späteren Befangenheit; gleiches gilt bei Auskünften über baurechtliche Fragen, die gesetzlich determiniert sind und (bei einer späteren Anfechtung der Baubewilligung durch Dritte) von den Rechtsmittelbehörden frei überprüft werden können.

Dagegen kann bei einer umfangreichen und detaillierten Prüfung konkreter, projektbezogener Fragen, namentlich im Autonomiebereich der Gemeinde, die Gefahr einer Vorbestimmung des Baubewilligungsverfahrens bestehen (vgl. zum Ganzen BGer 1C_1 50/2009 vom 8. September 2009, Erw. 3.5)."

VIII. Begehren aufgrund der Vorprüfung der Nutzungsplanung (§ 23 BauG)

Beim Vorprüfungsbericht des BVU, Abteilung Raumentwicklung, der im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Vorprüfungsverfahrens ergeht, handelt es sich klar weder um eine verbindliche Weisung, noch um einen Teilentscheid eines Departements. Die Frage der Vorbefassung des BVU aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Vornahme der Vorprüfung wird demzufolge durch die Zuständigkeitsordnung klar verneint (§ 23 BauG, § 2 Abs. 1 lit. b V RDRR; vgl. AGVE 2013, S. 545 ff.; VGE vom 28. April 2005 [BE.2004.00425-K4], Erw. II.1.b; CHRISTIAN HÄUPTLI, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 23 N 21).

Eine Weisung kann nur dann verbindlich sein, wenn das Departement im betreffenden Sachbereich Weisungsbefugnisse gegenüber der untergeordneten Behörde hat (MERKER, a.a.O., § 50 N 30). Im Bereich der Vorprüfung und Beratung kommt dem BVU nicht die Kompetenz zu, verbindliche Weisungen gegenüber den Gemeindeorganen zu erteilen. Vielmehr hat es Beratungsfunktion (Abs. 2) und die Beratung und Vorprüfung dient der Koordination mit den kantonalen Behörden. Damit werden im Hinblick auf die Genehmigung allenfalls mangelhafte kommunale Vorlagen verhindert. Bei einer kommunalen Planung liegt die Planungszuständigkeit bei der Gemeinde, deren Planungsermessen durch die kantonale Vorprüfung nicht eingeschränkt wird (vgl. AGVE 2000, S. 204 f.). Eine (zusätzliche) Besprechung zwischen dem Gemeinderat und Vertretern des BVU (vorliegend dem Departementsvorsteher sowie dem zuständigen Kreisplaner und dem zuständigen Sektionsleiter der Abteilung Raumentwicklung) zu allgemeinen Fragen fällt in den Anwendungsbereich von § 23 BauG und führt grundsätzlich nicht zu einer Befangenheit (vgl. VGE vom 28. April 2005 [BE.2004.00425-K4], Erw. II.1.b, zu § 50 Abs. 3 aVRPG, mit Hinweisen; VGE vom 2. Juni 2006 [WBE.2004.356], Erw. II.1.3.1).

Wird ein Antrag auf Ausstand mit der Vorbefassung aufgrund von Mitteilungen im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens begründet, widerspricht diese Begründung der klaren Rechtslage, und es liegt ein Fall eines *offensichtlich unzulässigen* Ausstandsbegehrens vor, auf das nicht einzutreten ist (vgl. VGE vom 18. August 2022 [WBE.2021.163], S. 9; BGE 114 Ia 278, Erw. 1).

Was für den Vorprüfungsbericht gilt, muss sodann auch für andere Mitteilungen und Handlungen im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens gelten.

Was die Rechtsabteilung BVU betrifft, ist auf Folgendes hinzuweisen: Planbeschwerden werden von den Juristinnen und Juristen der Rechtsabteilung BVU instruiert. Regelmässig werden sie durch die sich stellenden Fragen in der Vorprüfung nicht konfrontiert (die Abteilung Raumentwicklung hat dazu eigene juristische Mitarbeitende) und gelten daher nicht als vorbefasst. Es kann ihnen nicht allein deshalb die Unparteilichkeit abgesprochen werden, weil sie ebenfalls dem BVU angehören, dessen Abteilung Raumentwicklung sich mit der Vorprüfung und Beratung im Sinn von § 23 BauG befasst hat. Ebenso wenig lässt sie die allfällige Teilnahme des Departementsvorstehers an einem Gespräch mit dem Gemeinderat als befangen erscheinen. Liegen keine Anhaltspunkte vor, dass sie von ihm Weisungen erhalten haben, ist davon auszugehen, dass sie sich bei der Beantwortung der sich stellenden Fragen nicht von einer Stellungnahme ihres Vorgesetzten beeinflussen lassen werden. Zur Bejahung einer Befangenheit müssten vielmehr zusätzliche Ausschlussgründe vorgebracht und im Einzelnen begründet werden. Deshalb ist die Instruktion der Planbeschwerden durch das BVU (Rechtsabteilung) auch nicht zu beanstanden (vgl. VGE vom 28. April 2005 [BE.2004.00425-K4], Erw. II.1.c.bb, unter Hinweis auf BGE 105 Ib 301 Erw. 1c).

Dies muss umso mehr bei Sondernutzungsplanungen gelten, wo die Rechtsabteilung im Namen des BVU die Beschwerdeentscheide verfasst (§ 26 Abs. 1 Satz 2 BauG) und die Genehmigungsbehörde (Departementsleitung) zumindest formell-gesetzlich gesehen an die Beschwerdeentscheide gebunden ist (vgl. § 26 Abs. 2 BauG).

IX. Begehren mit einer fehlenden Begründung

Auf Begehren ohne bzw. mit einer offensichtlich nicht hinreichenden Begründung ist nicht einzutreten (vgl. § 43 Abs. 2 VRPG; Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG). Wird gegen den Zwischenentscheid Beschwerde erhoben und besteht deren Begründung aus einer wörtlichen Wiederholung der Ausführungen vor der Vorinstanz (das heisst, es findet auch keine Auseinandersetzung mit der Entscheidungsbegründung statt), ist schon deshalb nicht auf die Beschwerde einzutreten (vgl. VGE III/17 vom 19. Februar 2018, S. 7, III/9 vom 24. Januar 2018, S. 5; III/90 vom 20. Juni 2017, S. 6; VGE III/64 vom 27. Mai 2016, S. 4, unter Hinweis auf BGE 134 II 246 f., BGer 2C_567/2009 vom 4. März 2010, Erw. 3.4, AGVE 2009, S. 275 und AGVE 2001, S. 375).

X. Begehren einer nicht beschwerdelegitimierten Person

Ist die gesuchstellende Person nicht zur Beschwerde legitimiert, ist sie auch nicht legitimiert, ein Ausstandsbegehren zu stellen (vgl. § 42 VRPG).

4.5 Kritik einer Minderheit der Lehre

Eine Minderheit in der Lehre kritisiert teilweise die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Einige Autorinnen bzw. Autoren halten dafür, dass diese Rechtsprechung nicht für Gerichte gelten solle (vgl. KIE-
NER, a.a.O., § 5a N 47). Andere halten sie auch bei Verwaltungsbehörden für nicht verfassungskonform (vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O., Art. 10 N 121–122). Allen ist gemeinsam, dass die Kritik darauf basiert, dass *kein* Ausstandsverfahren durchgeführt wird und die vom Ausstandsbegehren *konkret* betroffenen Personen am Entscheid über den Ausstand (im Rahmen des Hauptentscheids) teilnehmen dürfen.

Vorliegend wird jedoch ein Zwischenentscheid gefällt, bei dem zudem keine Person aus der für als befangen angesehenen Abteilung mitwirkt. Dieser kann von den Gerichtsinstanzen überprüft werden lassen. Somit liegt auch kein Hauptentscheid unter Mitwirkung einer beteiligten Person vor, der im Fall einer Verletzung der Ausstandsregeln im Wiederholungsfall faktisch nur noch schwer änderbar wäre, was insbesondere für Gerichtsurteile gilt, bei denen eine auf Rechtsfehler beschränkte Kognition gegeben ist (keine Ermessensprüfung) oder wie beim Bundesgericht der Sachverhalt grundsätzlich nicht mehr überprüft wird.

Gegen einen Zwischenentscheid über den Ausstand kann an jene Instanz, die auch für Beschwerden gegen den Hauptentscheid zuständig ist, Beschwerde erhoben werden, vorliegend also an das Verwaltungsgericht. Dem Gericht kommt dabei aus Sicht BVU *vorliegend* volle Kognition zu, weil das Bundesrecht vorgibt, dass mindestens *eine* Beschwerdeinstanz eine Ermessensprüfung vornehmen muss. Das Gericht ist bezüglich Ausstand hier *erste* Beschwerdeinstanz (vgl. § 55 Abs. 3 lit. f VRPG; Art. 29a und Art. 30 BV; ebenso Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG zu Nutzungsplanungen und Baubewilligungen). Andernfalls könnte die verfassungsmässige Unparteilichkeit nie umfassend in einem Rechtsmittelverfahren geprüft werden, was der Rechtsweggarantie widersprechen dürfte. Insofern begrenzte das Verwaltungsgericht im erwähnten Entscheid VGE vom 10. Februar 2021 (WBE.2020.310) seine Kognition wohl eher versehentlich auf jene des Hauptentscheids (keine Ermessensüberprüfung resp. "Rüge der Unangemessenheit"), wo es zweite Beschwerdeinstanz war bzw. ist.

Somit liegt eine Situation vor, bei der auch die Minderheit der Lehre keine Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Eintretensvoraussetzungen anbringt. Die genannten Fallgruppen für ein Nichteintreten auf ein Ausstandsbegehren gelten daher insofern als in Rechtsprechung und Lehre unumstritten.

[...]

8. Kosten

Da dieser Zwischenentscheid zum Ausstand (ebenso wie Zwischenentscheide zur Zuständigkeit) anfechtbar ist und später nicht mehr angefochten werden kann (vgl. Art. 92 BGG), können aufgrund des Koordinationsgebots – anders als in der früheren Praxis namentlich vor Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 2007 – die Kosten des Zwischenentscheids nicht auf das Hauptverfahren verschoben werden (vgl. künftig explizit auch § 12 Abs. 3 GebührG, sinngemäss: Gebühren für Entscheide sind in der Regel gleichzeitig im entsprechenden Entscheid zu erheben und zu beziehen.).

Im vorliegenden Verfahren stammt das Ausstandsgesuch von einer Behörde. Diese machte nicht selbst Beschwerde. Es kann offen bleiben, ob in einem solchen Fall die allgemeine Regelung gemäss § 31 Abs. 2 VRPG zum Beschwerdeverfahren, in dessen Rahmen das zu beurteilende Begehren gestellt worden ist, direkt oder analog zur Anwendung kommt ("Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben."). Somit spielt es keine Rolle, dass der Gemeinderat selbst keinen Verfahrensmangel begangen und auch nicht (willkürlich) entschieden hat. Dies aus folgendem Grund:

Zusatzaufwand, der durch das Verhalten einer Partei entstanden ist, kann dieser auferlegt werden (§ 31 Abs. 4 Satz 1 VRPG). Dies trifft vorliegend zu. Die Verfahrenskosten sind daher dem unterliegenden Gemeinderat aufzuerlegen.