

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/162

Bern, 4. März 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



Regierungsstatthalteramt Oberaargau, Schloss, Postfach 175, 3380 Wangen an der Aare

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung,
Langenthalstrasse 4, Postfach 72, 4912 Aarwangen

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Oberaargau vom 16. November 2018 (bbew 66/2018; Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage mit neuen Antennen (Erhöhung der Sendeleistung))

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 23. März 2018 bei der Gemeinde Aarwangen ein Baugesuch (datiert vom 1. März 2018) ein für den Umbau der auf Parzelle Aarwangen Grundbuchblatt Nr. C. _____ bestehenden Mobilfunkanlage. Diese besteht unter anderem aus Antennen der D. _____ AG sowie solchen der Beschwerdegegnerin. Das Bauvorhaben umfasst im Wesentlichen den Abbruch der bisherigen Antennen der

Beschwerdegegnerin und die Montage von neun neuen Antennen (Laufnummern 1 bis 9) sowie eine damit verbundene Erhöhung der Sendeleistung. Die bestehenden neun Antennen der D. _____ AG (Laufnummern 10 bis 18) sind vom Bauvorhaben hingegen nicht betroffen. Da die Bauparzelle in der Landwirtschaftszone liegt, stellte die Beschwerdegegnerin zusätzlich ein Ausnahmegesuch für das Bauen in der Landwirtschaftszone.

Das Baugesuch vom 1. März 2018 wurde im Anzeiger Langenthal und Umgebung vom 19. und 26. April 2018 publiziert. Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderen die Beschwerdeführerin Einsprache.

Das Amt für Berner Wirtschaft (beco), Abteilung Immissionsschutz, beurteilte das Bauvorhaben in seinem Fachbericht vom 26. April 2018, gestützt auf das dem Baugesuch vom 1. März 2018 beigelegten Standortdatenblatt für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen vom 15. März 2018 (Version 1.53), unter Einhaltung gewisser Bedingungen und Auflagen als bewilligungsfähig. Mit Verfügung vom 27. April 2018 erteilte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG¹ (Ausnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen).

Am 8. Oktober 2018 reichte die Beschwerdegegnerin ein revidiertes Standortdatenblatt, datiert vom 5. Oktober 2018 (Version 1.55), ein; dies nachdem sie bereits mit Eingabe vom 20. September 2018 ein inhaltlich nahezu identisches Standortdatenblatt (Version 1.54) eingereicht hatte, das aber noch mit dem Vermerk «preliminary document, not for distribution» versehen war. Das revidierte Standortdatenblatt wurde den Verfahrensbeteiligten zugestellt; gleichzeitig erhielten diese Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen.

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 machte die Beschwerdeführerin unter anderem geltend, im revidierten Standortdatenblatt seien nicht bewilligungsfähige Änderungen vorgenommen worden. So seien die ursprünglich geplanten Antennen Nrn. 7, 8 und 9 durch Antennen des Mobilfunkstandards der 5. Generation (5G) mit Frequenzlagen von 3400 MHz und höher ausgetauscht worden. Für diese Frequenzen besitze die Beschwerdegegnerin jedoch keine Konzession; zudem gebe es für den 5G-Standard weder amtliche

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

Berechnungsgrundlagen (Vollzugshilfen) noch amtliche Messvorschriften für Abnahme- und Kontrollmessungen.

Mit Gesamtentscheid vom 16. November 2018 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Ob- und Nid- aargau das Vorhaben (basierend auf dem revidierten Standortdatenblatt vom 5. Oktober 2018) und eröffnete die Verfügung des AGR vom 27. April 2018.

2. Gegen den Entscheid des Regierungsstatthalteramts reichte die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt sinngemäss, der Gesamtentscheid vom 16. November 2018 sei bezüglich der Antennen Nrn. 7, 8 und 9 aufzuheben und dem Bauvorhaben sei insoweit die Baubewilligung zu verweigern.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet,² führte den Schriftenwechsel durch und edierte die Vorakten sowie die Akten betreffend das Baubewilligungsverfahren bbew 82/2017, in dem es auch um den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage mit neuen Antennen gegangen ist. Die Beschwerdegegnerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Regierungsstatthalteramt beantragt ebenfalls, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Gemeinde hat unter Verweis auf die Vorakten auf eine (förmliche) Stellungnahme verzichtet. Das beco hält an seiner bisherigen (positiven) Beurteilung fest.

4. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191).

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG³. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Oberaargau vom 16. November 2018 zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Einsprache der Beschwerdeführerin wurde abgewiesen, womit sie formell beschwert ist. Sie wohnt rund 245 m vom Bauvorhaben entfernt. Der maximale Abstand, bis zu dem die Berechtigung zur Einsprache gegeben ist, beträgt gemäss Standortdatenblatt vom 5. Oktober 2018 knapp 2'233 m. Damit ist die Beschwerdeführerin durch den vorinstanzlichen Entscheid auch materiell beschwert. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde im Übrigen form- und fristgerecht eingereicht.

2. Aufhebung von Amtes wegen

a) Verwaltungsjustizbehörden sind gemäss Art. 40 Abs. 1 VRPG⁵ befugt, ein bei ihnen hängiges Verwaltungsverfahren von Amtes wegen aufzuheben, wenn wesentliche Verfahrensgrundsätze derart verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird.

³ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

Die Kassation wegen Verletzung von Verfahrensgrundsätzen setzt voraus, dass ein vor unterer Instanz abgeschlossenes Verfahren von einer betroffenen Person mit einer Eingabe an die obere Instanz gezogen und bei dieser rechtshängig wird. Die angerufene Behörde prüft von Amtes wegen, ob Kassationsgründe vorliegen und ordnet gegebenenfalls von sich aus das Nötige an. Die Verwaltungsjustizbehörde muss innerhalb der Rechtsmittelfrist mit der Sache befasst werden. Eine Verwaltungsjustizbehörde darf ein Verfahren zudem nur kassieren, wenn sie die örtlich, sachlich und funktionell zuständige Rechtsmittelbehörde ist oder wäre, wenn die massgebenden Vorschriften angewendet worden wären.⁶ Zu den Kassationsvoraussetzungen brauchen die Beteiligten nicht eigens angehört zu werden, weil es sich beim Kassationsentscheid um eine rein rechtliche Würdigung handelt, die unabhängig von den Parteianträgen und -vorbringen von Amtes wegen vorzunehmen ist.⁷ Erachtet die Verwaltungsjustizbehörde die Voraussetzungen von Art. 40 Abs. 1 VRPG als erfüllt, so entscheidet sie, welche Verfahren oder Verfahrensabschnitte kassiert werden. Sie hebt in der Regel ein Verfahren bis zum begangenen Fehler zurück auf.⁸

b) In formeller Hinsicht sind die Voraussetzungen nach Art. 40 Abs. 1 VRPG für eine Aufhebung von Amtes wegen erfüllt. Das Verfahren wurde mit der Postaufgabe der Beschwerde am 15. Dezember 2018 innert der Rechtsmittelfrist bei der BVE rechtshängig gemacht und die BVE ist die örtlich, sachlich und funktionell zuständige Rechtsmittelbehörde (E. 1).

c) Nicht jeder Verfahrensfehler kann zur Kassation führen. Es muss sich um gravierende Mängel handeln, welche die richtige Beurteilung ausschliessen oder wesentlich erschweren. Ausgeschlossen ist die korrekte Entscheidungsfindung namentlich, wenn die Justizbehörde Versäumtes nicht nachholen kann. Wesentlich erschwert ist die richtige Beurteilung, wenn die obere Instanz Verfahrensmängel nur unvollkommen oder mit grossem Aufwand beseitigen könnte. Weniger wichtige prozessuale Mängel soll die Rechtsmittelbehörde heilen. So können nicht nur Gehörsverletzungen in vielen Fällen geheilt werden. Auch Versäumtes lässt sich oft ohne spürbare Nachteile für die Beteiligten nachholen. Die Verwaltungsjustizbehörde hat bei der Beurteilung der Erschwernis die Bedeutung der Verfahrensmängel und die berührten Interessen miteinzubeziehen. Mehrere

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zu bernischen VRPG, Art. 40 N. 2 bis 4.

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 6.

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 7.

eher unbedeutende Fehler können zusammen so gewichtig sein, dass sich die Aufhebung eines Verwaltungsakts rechtfertigt.⁹

d) Die Baubewilligungsbehörde muss das Baugesuch durch Veröffentlichung (Publikation) bekannt machen, wenn nicht die Mitteilung an die Nachbarn oder die privaten Organisationen genügt (Art. 26 Abs. 1 BewD¹⁰). Die Pflicht zur Bekanntmachung dient dem Schutz des rechtlichen Gehörs. Auf eine Bekanntmachung kann nur verzichtet werden, wenn Auswirkungen auf die Nachbarschaft oder die Allgemeinheit ausgeschlossen sind. Das Baugesuch ist in jedem Fall zu veröffentlichen, wenn der Kreis der möglicherweise betroffenen Personen und Organisationen nicht eindeutig bestimmbar ist, wenn die Gesetzgebung es vorsieht oder wenn wesentliche öffentliche Interessen berührt werden, insbesondere solche des Natur-, Ortsbild- oder Landschaftsschutzes, der Verkehrssicherheit, der Hindernisfreiheit oder der Ortsplanung (Art. 27 Abs. 5 BewD). Auch eine Projektänderung muss in einem solchen Fall publiziert werden (Art. 43 Abs. 2 BewD). Die Publikation hat in zwei aufeinanderfolgenden Nummern des amtlichen Anzeigers der Standortgemeinde zu erfolgen (Art. 26 Abs. 2 BewD). Besteht voraussichtlich ein Beschwerderecht gesamtschweizerischer Organisationen nach Art. 12 NHG¹¹ oder Art. 55 USG¹², ist das Gesuch zusätzlich im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen (Art. 12b Abs. 1 und 2 NHG sowie Art. 55a Abs. 1 und 2 USG).¹³

e) Wie bereits erwähnt, wurde das Baugesuch vom 1. März 2018 zwar im Anzeiger Langenthal und Umgebung vom 19. und 26. April 2018 publiziert. Da das Bauvorhaben jedoch eine Ausnahme nach Art. 24 RPG beansprucht, hätte das Baugesuch gestützt auf Art. 12b Abs. 2 NHG zusätzlich auch im Amtsblatt des Kantons Bern veröffentlicht werden müssen.¹⁴

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 5 mit Hinweisen.

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹¹ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

¹² Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35–35c N. 7 und 9.

¹⁴ Vgl. diesbezüglich auch Ziff. 1 der BSIG-Weisung Nr. 7/725.1/3.1 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 25. Mai 2011 betreffend Publikationspflicht von Ausnahmen nach Artikel 24 ff. RPG; Zeitpunkt der Prüfung der Zonenkonformität und von Ausnahmegesuchen nach Artikel 24 ff. RPG.

Die Vorinstanz hat aber nicht bloss bei der Publikation des Baugesuchs vom 1. März 2018 einen Fehler begangen. Sie hat es auch versäumt, nach der Einreichung des revidierten Standortdatenblatts eine Neupublikation vorzunehmen. Dazu wäre sie jedoch verpflichtet gewesen und zwar unabhängig davon, ob die im revidierten Standortdatenblatt vorgenommenen Änderungen (neue Hauptstrahlrichtungen [Azimut] sowie teilweise neue Antennentypen und Frequenzbänder, mit denen der neue Mobilfunkstandard 5G betrieben werden kann) als Projektänderung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BewD oder gänzlich neues Projekt zu qualifizieren sind; eine Qualifikation als blosser – nicht publikationspflichtige – Bagatell-änderung fällt von vornherein ausser Betracht, da mit den genannten Änderungen unter anderem die Erweiterung einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Mobilfunkanlage um eine zusätzliche Funktechnologie (5G) beabsichtigt wird¹⁵. So hat sich der Einsprachera-dius im revidierten Standortdatenblatt gegenüber demjenigen im ursprünglichen Standortdatenblatt vom 15. März 2018 um gut 178 m auf neu 2'232.99 m erhöht. Es ist mit anderen Worten ein zusätzlicher, nicht eindeutig bestimmbarer Kreis von Personen einspracheberechtigt geworden und eine Neupublikation wäre bereits gestützt auf Art. 43 Abs. 2 BewD nötig gewesen. Dass die Beschwerdegegnerin in den Begleitschreiben zum revidierten Standortdatenblatt nicht auf die neuen Antennentypen und Frequenzbänder – mit denen nota bene der neue Mobilfunkstandard 5G betrieben werden kann – hingewiesen hat, ist zwar erstaunlich bzw. zeugt von wenig Transparenz, ändert letztlich aber nichts am Versäumnis der Vorinstanz hinsichtlich Neupublikation.

Fehlende oder ungenügende Publikation hat zwar nicht die Nichtigkeit des Bauentscheids zur Folge, jedoch dessen (allenfalls nachträgliche) Anfechtbarkeit.¹⁶ Die von der Vorinstanz unterlassenen Publikationen berühren also nicht nur die Interessen derjenigen Personen und Organisationen, die dadurch von der Einsprachemöglichkeit ausgeschlossen worden sind, sondern insbesondere auch das Rechtssicherheitsinteresse der Beschwerdegegnerin.

f) Die Vorinstanz hat es ferner unterlassen, das Bauvorhaben nach Eingang des revidierten Standortdatenblatts nochmals dem AGR zur Neubeurteilung zukommen zu lassen. Dazu wäre sie jedoch ebenfalls verpflichtet gewesen. Denn gemäss Bundesgericht

¹⁵ Vgl. dazu S. 4 der Mobilfunkempfehlungen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz vom 7. März 2013, einsehbar unter: <<https://www.bpuk.ch/bpuk/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/bereich-umwelt/>>.

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35–35c N. 11.

ist bei der Erweiterung einer ausserhalb der Bauzone gelegenen Mobilfunkanlage um eine zusätzliche Funktechnologie – wie dies mit dem revidierten Standortdatenblatt beabsichtigt wird (E. 2e) – die Standortgebundenheit erneut nachzuweisen und auch die Interessenabwägung, mithin die Prüfung gemäss Art. 24 RPG, erneut durchzuführen.¹⁷ Dementsprechend hat das AGR in Ziff. 6 seiner Verfügung vom 27. April 2018 auch darauf hingewiesen, dass ihm im Falle einer Projektänderung die Akten nochmals für eine umfassende Neubeurteilung einzureichen seien.

Nichts anderes gilt schliesslich in Bezug auf das beco. Dieses hat zwar mit Eingabe vom 25. September 2018, mithin nach Eingang der ersten, vorläufigen («preliminary») Version des revidierten Standortdatenblatts bei der Vorinstanz, nochmals Stellung zum Bauvorhaben bzw. zu den Einsprachen genommen. Das beco ging in der besagten Stellungnahme aber mit keinem Wort auf das revidierte Standortdatenblatt ein; aufgrund der Vorakten ist davon auszugehen, dass es zu diesem Zeitpunkt noch gar keine Kenntnis davon hatte. Erst im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hat sich das beco erstmals zum revidierten Standortdatenblatt vom 5. Oktober 2018 geäussert. Die betreffende Stellungnahme vom 9. Januar 2019 vermag einen förmlichen Fachbericht jedoch nicht zu ersetzen. Folglich liegt diesbezüglich auch keine Heilung durch die BVE vor.

g) Nach dem Gesagten wurden von der Vorinstanz mehrere Verfahrensfehler begangen, die zumindest in ihrer Gesamtheit so gewichtig sind, dass sich die Aufhebung des vorinstanzlichen Verfahrens bis und mit der Publikation des Baugesuchs vom 1. März 2018 und damit verbunden die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen rechtfertigt. Dies insbesondere deshalb, weil den potentiellen Einsprecherinnen und Einsprechern, die vom Bauvorhaben bisher noch keine Kenntnis nehmen konnten, das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren verloren ginge, wenn die BVE anstelle des Regierungsstatthalteramts die (korrekte) Publikation nachholen würde.

¹⁷ BGer 1C_200/2012 vom 17.12.2012.

3. Zusammenfassung und Kosten

a) Das vom Regierungsstatthalteramt Oberaargau durchgeführte Verfahren bbew 66/2018 ist bis und mit der Publikation des Baugesuchs vom 1. März 2018 von Amtes wegen aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Für Kassationsentscheide gestützt auf Art. 40 VPRG sind in der Regel keine Verfahrenskosten zu erheben.¹⁸ Dies gilt auch für den vorliegenden Fall. Parteikosten sind ebenfalls keine zu sprechen, da keine Partei anwaltlich vertreten war (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Oberaargau vom 16. November 2018 und das unter der Verfahrensnummer bbew 66/2018 durchgeführte Verfahren bis und mit der Publikation des Baugesuchs vom 1. März 2018 werden von Amtes wegen aufgehoben. Die Sache geht zurück an das Regierungsstatthalteramt Oberaargau zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11.

IV. Eröffnung

- Frau A._____, eingeschrieben
- B._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Ob- und Nidwalden, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aarwangen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Berner Wirtschaft (beco), Immissionsschutz, zur Kenntnis

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident