

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/55

Bern, 9. Mai 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



Regierungsstatthalter von Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wattenwil, Vorgasse 1, Postfach 98, 3665 Wattenwil

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalters von Thun vom 12. März 2018 (bbew 133/2017; Mobilfunkanlage)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 23. August 2017 bei der Gemeinde Wattenwil für den Neubau einer Mobilfunkanlage ein Baugesuch ein. Es umfasste einen freistehenden, 30 m hohen Sendemast mit sechs Antennen in den Frequenzbändern 800 bis 900 Megahertz (MHz) und 1800 bis 2600 MHz sowie Systemtechnikschränke. Der Antennenmast soll auf dem Vorplatz des Gemeindewerkhofes an der C. _____ 10 auf der Parzelle Nr. D. _____ realisiert werden. Die Parzelle liegt in der Arbeitszone A. Der Anlagestandort liegt zwischen einem kommunalen Ortsbilderhaltungsgebiet und dem

Landschaftsschongebiet "Gürbe". Gegen das Vorhaben erhob unter anderen die Beschwerdeführerin Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 12. März 2018 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun für das Vorhaben die Baubewilligung.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. April 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 12. März 2018 und eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Nachbesserung unter Zuhilfenahme von externen funktechnisch und medizinisch versierten Fachpersonen. Die Beschwerdeführerin rügt hauptsächlich die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Zusammengefasst kritisiert sie, die Vorinstanz habe ihre Beweisanträge weder angehört, noch geprüft, gewürdigt und beantwortet. Zudem wirft sie der Vorinstanz vor, sie habe willkürlich gehandelt, Beweismittel unterdrückt und den Sachverhalt nicht oder nur ungenügend abgeklärt. Sie befürchtet ausserdem, die Mobilfunkstrahlung wirke sich negativ auf die Gesundheit aus.

3. Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 20. April 2018 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. In der Stellungnahme vom 16. April 2018 beantragt die Vorinstanz ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Auch die Gemeinde Wattenwil schliesst in ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2018 auf Abweisung der Beschwerde. In der Stellungnahme vom 20. April 2018 hält das Amt für Berner Wirtschaft (neu: Amt für Wirtschaft) fest, nach seiner Beurteilung entspreche die geplante Mobilfunk-Basisstation der NISV¹, weshalb diese bewilligungsfähig sei.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Es holte zudem zur Frage der Ortsbildverträglichkeit der Anlage einen Fachbericht bei der kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) ein. Diese beurteilte das Vorhaben negativ.

¹ Verordnung des Bundesrats vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710)

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

Danach führte das Rechtsamt im Beisein der Parteien und einer Vertretung der OLK einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Mit Instruktionsverfügung vom 23. August 2018 forderte es die Beschwerdegegnerin auf, für die beantragten Frequenzbänder (GSM, UMTS und LTE) Netzausdeckungskarten für eine Antennenanlage mit einer Masthöhe von 30 m und 20 m einzureichen. In der Folge erhielt die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit, eine Projektänderung einzureichen.

5. Nach zweimaliger Fristerstreckung reichte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 ein geändertes Projekt ein. Im Begleitschreiben hielt die Beschwerdegegnerin fest, die Änderung des Antennenprojekts beschränke sich auf die Reduktion der Höhe der Anlage um 10 m und auf die damit verbundene, notwendige Reduktion der Leistung. Die Parteien, das Amt für Wirtschaft (AWI) und die OLK erhielten Gelegenheit, sich zum geänderten Projekt zu äussern. Davon machten die Verfahrensbeteiligten und betroffenen Fachstellen Gebrauch. Auf die Rechtsschriften und die vorhandenen Akten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die Beschwerdegegnerin reichte im Verlauf des Beschwerdeverfahrens ein geändertes Projekt ein. Nach der Praxis ersetzt das Projektänderungsgesuch das ursprüngliche Baugesuch.³ Das ursprüngliche Projekt steht somit im Umfang der Projektänderung nicht mehr zur Diskussion. Insoweit ist die Beschwerde gegenstandslos geworden (vgl. Erwägung 2g).

b) Gegenstand des Verfahrens ist somit nur noch das geänderte Projekt gemäss der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 10. Dezember 2018. Massgebend sind:

- Situationsplan im Massstab 1:500 vom 19. Mai 2017 (Geometerdatum)

³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N.13c; BVR 2012 S. 463 ff. E. 2.2, 1991 S. 401 E. 3b

- Baueingabeplan 3-1088807C im Massstab 1:250 vom 7. November 2018 (gestempelt vom Rechtsamt der BVE am 11. Dezember 2018)
- Standortdatenblatt vom 9. November 2018, Revision 1.30 (gestempelt vom Rechtsamt der BVE am 11. Dezember 2018)

c) Infolge der Gegenstandslosigkeit der Beschwerde erübrigt es sich hier zu prüfen, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. Ob die Beschwerdeführerin legitimiert ist, sich gegen das geänderte Projekt zur Wehr zu setzen, wird bei diesem Ausgang des Verfahrens die Vorinstanz zu prüfen haben. Anzumerken ist dabei, dass sich der Perimeter der Einsprachelegitimation durch das geänderte Projekt von 805 m auf 568 m verkleinerte.

2. Projektänderung

a) Laut Art. 43 BewD⁴ kann der Baugesuchsteller während der Hängigkeit eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor der BVE eine Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt (Art. 43 Abs. 1 BewD).⁵ Die Baubewilligungsbehörde kann nach Anhörung der Beteiligten und den von der Projektänderung berührten Dritten das Verfahren ohne erneute Veröffentlichung fortsetzen bzw. die Änderungen des bewilligten Projekts ohne neues Baugesuchsverfahren gestatten, wenn öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen nicht zusätzlich betroffen sind (Art. 43 Abs. 2 BewD). Diese Grundsätze gelten auch im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD), kann aber auch selbst über die Projektänderung entscheiden. Im Falle der Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Prüfung und neuem Entscheid ist der angefochtene Entscheid aus prozessualen Gründen aufzuheben.⁶ Hängige Beschwerden werden gegenstandslos.

b) Die Beschwerdegegnerin reichte während des Beschwerdeverfahrens mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 ein geändertes Projekt ein. Es umfasst zum einen eine Reduktion des Antennenmastes von 30 m auf 20 m. Zum anderen geht aus dem revidierten

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁵ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 12a mit Hinweisen

⁶ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13a und 13c

Standortdatenblatt vom 9. November 2018 (Revision 1.30) hervor, dass die Beschwerdegegnerin den Austausch der ursprünglich geplanten Antennen durch Sendeantennen mit einem neuen Antennendiagramm sowie die Erweiterung der Anlage durch drei adaptive Antennen im Frequenzbereich 3400 MHz plant. Mit den für die Erweiterung vorgesehenen Sendeantennen des Typs E._____ kann der Mobilfunkstandard der 5. Generation (5G) betrieben werden.

c) Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, die Änderung des Antennenprojekts beschränke sich auf die Höhe der Anlage und die damit verbundene, notwendige Reduktion der Leistung. Dies stelle keine wesentliche Änderung dar, die ein neues Baugesuch, verbunden mit einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren, erfordern würde. Die Behandlung der Projektänderung in einem vereinfachten Verfahren entspreche auch der Praxis der BVE, die die Reduktion der geplanten Sendeleistung einer Mobilfunkanlage um einen Drittel als Projektänderung zugelassen habe. Sie verweist auf den im KPG-Bulletin zitierten Beschwerdeentscheid im Verfahren RA Nr. 110/2003/25.⁷

d) Im Begleitschreiben zur Projektänderung führte die Beschwerdegegnerin lediglich aus, die Änderung beschränke sich auf die Reduktion des Sendemastes und die damit verbundene Reduktion der Sendeleistung. Den Antennenaustausch und die Erweiterung der Anlage mit drei adaptiven Sendeantennen im Frequenzband 3400 MHz für den Betrieb des Mobilfunkstandards 5G erwähnte die Beschwerdegegnerin hingegen nicht. Das ist erstaunlich und zeugt von wenig Transparenz. Denn nebst der Änderung der Lage der Sendeantennen (Reduktion der Höhe des Sendemastes) gelten auch der Austausch von Sendeantennen durch solche mit einem anderen Antennendiagramm und die Erweiterung der Anlage mit zusätzlichen Sendeantennen – hier für die neue 5G Funktechnologie – rechtlich als Änderungen im Sinne der NISV.⁸ Zusammen betrachtet bewirken diese Änderungen eine höhere Intensität der Strahlung an einigen Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) sowie eine Veränderung der räumlichen Verteilung der Strahlung: Das folgt aus den Standortdatenblätter für die ursprünglich geplante und geänderte Anlage. Ein Vergleich der Standortdatenblätter zeigt, dass beim geänderten Projekt die berechnete elektrische Feldstärke bei den OMEN Nr. 2, 5 und 7 zwischen 0.32 V/m bis 1.18 V/m zunimmt. Anzumerken ist dabei, dass bei diesen OMEN der Anlagegrenzwert von 5 V/m bereits um mehr als 80 Prozent ausgeschöpft ist.

⁷ Vgl. Heidi Walter Zbinden, Projektänderungen, in KPG-Bulletin 1/2005 S. 6

⁸ Vgl. Anhang 1 Ziffer 62 Abs. 5 Bst. b und c NISV

e) Ob es sich bei den Änderungen um eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BewD oder ein neues Bauvorhaben handelt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben:⁹ Denn unabhängig von der Beantwortung dieser Frage wird es den bisherigen Einsprechenden und weiteren, neu betroffenen Personen bei diesem Ausgang des Verfahrens möglich sein, ihre Rechte im Zusammenhang mit der Projektanpassung im Verfahren vor der Vorinstanz wahrzunehmen. Ob es sich um ein neues Bauvorhaben oder eine Projektänderung handelt, ist weiter im Hinblick auf Art. 36 Abs. 1 BauG¹⁰ und damit das anwendbare Recht relevant.¹¹ Auch für die Frage des anwendbaren Rechts ist es hier unerheblich, ob die Änderung des Bauvorhabens als Projektänderung oder als neues Baugesuch zu beurteilen ist. Die vorliegend anzuwendenden Bestimmungen der kantonalen und kommunalen Baugesetzgebung haben im Zeitraum zwischen der Eingabe des Baugesuchs und der Projektänderung keine Änderung erfahren. Soweit Bestimmungen der NISV anzuwenden sind, kommt Art. 36 Abs. 1 BauG ohnehin nicht zum Tragen.¹²

f) Entscheidend ist hier, dass eine Projektanpassung zur Diskussion steht, die an drei OMEN zu einer nennenswerten Erhöhung der elektrischen Feldstärke führt. Der Umstand, dass die summierte Sendeleistung der Antennen durch die Änderungen um rund zwei Drittel reduziert wurde, vermag daran nichts zu ändern. Denn ohne Reduktion der Sendeleistung wäre der Anlagegrenzwert bei den genannten OMEN überschritten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin lässt sich die hier umstrittene Projektänderung auch nicht mit jener im Verfahren RA Nr. 110/2003/25 vergleichen. In diesem Fall wurde die Sendeleistung reduziert, weil sich eine Mobilfunkanbieterin im Beschwerdeverfahren von einer mit anderen Mobilfunkanbieterinnen gemeinsam geplanten Mobilfunkanlage zurückzog. Dies hatte zur Folge, dass die berechnete elektrische Feldstärke an den OMEN durchschnittlich um 45 Prozent niedriger war als beim ursprünglichen Projekt.¹³ Hier führt die Projektanpassung aber trotz Reduktion der Sendeleistung zu einer wesentlich höheren Strahlenbelastung an drei OMEN. Gründe für

⁹ Vgl. VGE 2011/303 vom 1. Juni 2012 E. 3.3.2; Beschwerdeentscheid der BVE vom 30. Juni 2011 E. 4 im Verfahren RA Nr. 110/2011/21

¹⁰ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹¹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 12a

¹² Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O. Art. 36 N. 1 und 2a

¹³ Vgl. Beschwerdeentscheid der BVE vom 15. Oktober 2003 E. 2 im Verfahren RA Nr. 110/2003/25

die Zunahme der Strahlung sind wie erwähnt die geänderte Lage der Sendeantennen, der Austausch der ursprünglich geplanten Sendeantennen durch solche mit einem anderen Antennendiagramm und die Erweiterung der Anlage mit drei zusätzlichen, adaptiven Sendeantennen für den Betrieb des 5G-Netzes. Es handelt sich hier auch um keine Bagatelländerung, die ohne Durchführung eines baurechtlichen Verfahrens behandelt werden kann. Vielmehr sind hier öffentliche und wesentliche nachbarliche Interessen zusätzlich betroffen. Die fraglichen Änderungen sind geeignet, die Umwelt und die Nachbarschaft durch eine höhere Strahlenbelastung zu beeinträchtigen. Sie sind daher auch gestützt auf Bundesrecht baubewilligungspflichtig und in einem Verfahren zu beurteilen, das für alle Verfahrensbeteiligte mit vollen Rechtsschutzgarantien ausgestattet ist (Art. 22 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 RPG¹⁴). Projektänderungen in diesem Umfang sind somit in jedem Fall neu zu publizieren (Art. 43 Abs. 2 BewD e contrario).

g) Damit ist klar, dass die Projektänderung neu publiziert werden muss. Nebst den formellen Schritten muss das geänderte Projekt zusätzlich auf die Vereinbarkeit mit der NISV und aufgrund der Reduktion des Antennenmastes auf 20 m auf die Ortsbildverträglichkeit geprüft werden. Indem die Sache neu publiziert werden muss, der Kreis der möglicherweise betroffenen Personen und Organisationen nicht eindeutig bestimmbar ist, allenfalls weitere Abklärungen zur Ortsbildverträglichkeit und zur Vereinbarkeit mit der NISV nötig sind, ist die Projektänderung noch nicht entscheidreif. Es ist nicht Sache der BVE, die erforderlichen formellen Schritte und die Prüfung der Projektänderung im oberinstanzlichen Verfahren vorzunehmen. Auch ginge den Betroffenen das weniger formstrenge erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren verloren, wenn die BVE im Rechtsmittelverfahren über die Projektanpassung entscheiden würde. Es ist daher sachgerecht, die Projektänderung gestützt auf Art. 43 Abs. 3 BewD der Vorinstanz zur Weiterbehandlung und zum Entscheid zurückzuweisen. Der angefochtene Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 12. März 2018 wird aus prozessualen Gründen aufgehoben. Die hängige Beschwerde wird gegenstandslos.

h) Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist es nicht nötig, die Rüge der Gehörsverletzung sowie die übrigen Rügen der Beschwerdeführerin zu behandeln.

¹⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

3. Kosten

a) Mit der Aufhebung des angefochtenen Gesamtentscheids wird auch die Kostenverfügung der Vorinstanz aufgehoben. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz wird diese ihre Kosten im neuen Entscheid über die Projektänderung jedoch neu verfügen können. Daher müssen die vorinstanzlichen Kosten in diesem Beschwerdeentscheid nicht verlegt werden.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG¹⁵). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'300.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV¹⁶). Die Kosten der OLK (Fr. 650.00 gemäss Rechnung vom 25. Juni 2018, Fr. 300.00 für die Teilnahme am Augenschein gemäss Schreiben vom 4. Oktober 2018 und Fr. 600.00 gemäss Rechnung vom 8. Februar 2019) werden gestützt auf Art. 11 GebV zusätzlich erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 2'850.00.

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Wer ein Rechtsmittel zurück zieht, den Abstand erklärt, oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdegegnerin hat mit der Einreichung der Projektänderung dafür gesorgt, dass die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen und das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben wird. Damit gilt die Beschwerdegegnerin als unterliegend. Sie hat die Verfahrenskosten von Fr. 2'850.00 zu tragen.

c) Die Beschwerdeführerin war nicht anwaltlich vertreten. Es werden deshalb keine Parteikosten gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 12. März 2018 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur Neupublikation und Beurteilung der Projektänderung vom 10. Februar 2018 im Sinne der Erwägungen an den Regierungsstatthalter von Thun zurückgewiesen. Im Übrigen wird das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Die Vorakten, der Projektänderungsplan vom 7. November 2018 (gestempelt vom Rechtsamt der BVE am 11. Dezember 2018) sowie das revidierte Standortdatenblatt vom 9. November 2018 (Revision 1.30) gehen an den Regierungsstatthalter von Thun.
4. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'850.00 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau A._____, eingeschrieben
- B._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Wattenwil, eingeschrieben
- Amt für Wirtschaft, Immissionsschutz, zur Kenntnis, A-Post
- Kantonale Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK), per Kurier

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident