

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/157

Bern, 20. Dezember 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

B. _____
Beschwerdegegnerin

sowie



Baubewilligungsbehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, Lyssachstrasse 92,
Postfach, 3401 Burgdorf

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Burgdorf vom 30. August 2019 (Baugesuch Nr. 2019-B0059, e-Bau-Nr. 2019-40; Umbau einer bestehenden Mobilfunkanlage mit neuen Antennen)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 15. April 2019 bei der Gemeinde Burgdorf ein Baugesuch ein für den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage mit neuen Antennen auf Parzelle Burgdorf Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Zone mit Planungspflicht (ZPP) 4, D. _____. Gegen das Bauvorhaben erhob die Beschwerdeführerin Einsprache vom 24. Mai 2019. Mit Bauentscheid vom 30. August 2019 erteilte die Stadt Burgdorf die Baubewilligung.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 20. September 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, der

Bauentscheid vom 30. August 2019 sei aufzuheben, da der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Es sei darum zu veranlassen, dass die sieben Punkte der Einsprache vom 24. Mai 2019 beantwortet würden. Weiter sei eine allfällige Baubewilligung erst dann zu erteilen, wenn die nötigen Vollzugsverordnungen und Messgeräte für die neue 5G-Mobilfunkanwendung vorhanden seien, so dass die Abnahmemessungen von unabhängiger Stelle tatsächlich und unter realen Bedingungen durchgeführt werden könnten.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Dabei gab das Rechtsamt der Beschwerdeführerin gleichzeitig Gelegenheit zur allfälligen Verbesserung der Beschwerde, da nicht klar war, ob die Beschwerdeführerin, die die Beschwerde alleine unterzeichnet hat, auch im Namen weiterer Beschwerdeführenden Beschwerde erheben wollte. Zudem gab das Rechtsamt auch der Volkswirtschaftsdirektion (VOL), Immissionsschutz, Gelegenheit zur Stellungnahme.

Innert der dafür gesetzten Frist wurde keine verbesserte Beschwerde eingereicht, womit die Beschwerde einzig als Beschwerde der Beschwerdeführerin gilt. Die VOL, Immissionsschutz, teilte mit Stellungnahme vom 21. Oktober 2019 mit, für den Bereich des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung ergäben sich aus den Rügen keine neuen Erkenntnisse, es werde am Fachbericht vom 23. Mai 2019 festgehalten. Die Stadt Burgdorf beantragt in ihrer Stellungnahme vom 22. Oktober 2019 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Oktober 2019, die Beschwerde sei abzuweisen. Zudem sei von einer Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen der Vollzugshilfe des Bundesamts für Umwelt (BAFU) bzw. bis zum Vorliegen eines auditierten Qualitätssicherungssystems abzusehen. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2019 wiederholte die Beschwerdeführerin ihren Sistierungsantrag, wonach über die Baubewilligung erst entschieden werden könne, wenn die massgeblichen technischen und rechtlichen Grundlagen für einen Entscheid vorhanden seien.

¹ 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)

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

II. Erwägungen

1. Eintreten

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Einsprache abgewiesen wurde, wohnt in einem Abstand von rund 400 m vom Bauvorhaben entfernt und damit innerhalb des Einspracheperimeters von 852 m.³ Damit ist sie durch den angefochtenen Bauentscheid formell und materiell beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör, Eingaben zustellen

a) Die Beschwerdeführerin rügt eine doppelte Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie macht zunächst geltend, ihr seien im vorinstanzlichen Verfahren die Einspracheantwort der Beschwerdegegnerin sowie der Fachbericht vom 23. Mai 2019 und die Stellungnahme vom 12. August 2019 der VOL, Immissionsschutz, nicht zugestellt worden. Damit habe sie auch keine Gelegenheit gehabt, darauf zu antworten. Dies obschon sie die Stadt Burgdorf mit Schreiben vom 4. Juli 2019 auf ihre entsprechenden Rechte aufmerksam gemacht habe.

b) Am 23. Mai 2019 erstellte die VOL, Immissionsschutz, ihren Fachbericht zum Bauvorhaben. Nachdem die Beschwerdeführerin am 24. Mai 2019 Einsprache erhoben hatte, stellte die Stadt Burgdorf diese Einsprache mit Schreiben vom 21. Juni 2019 der Beschwerdegegnerin zur Stellungnahme zu. Die entsprechende Stellungnahme der Beschwerdegegnerin erfolgte am 30. Juli 2019. Mit E-Mail vom 8. August 2019 stellte die

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ Siehe Ziff. 6 des Standortdatenblatts vom 21. Februar 2019 in der Beilage der Vorakten

Stadt Burgdorf die Einsprache und die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Einsprache der VOL, Immissionsschutz, zur Stellungnahme zu. Die entsprechende Stellungnahme der VOL erfolgte am 12. August 2019. Schliesslich erteilte die Stadt Burgdorf am 30. August 2019 die Baubewilligung. Als Beilage wird in diesem Entscheid lediglich der Fachbericht Immissionsschutz vom 23. Mai 2019 erwähnt, die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Einsprache und die Stellungnahme des Immissionsschutzes vom 12. August 2019 werden nicht genannt.

Der Beschwerdeführerin wurde somit vor Erlass des Bauentscheids am 30. August 2019 weder der Fachbericht Immissionsschutz noch die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Einsprache noch die Stellungnahme des Immissionsschutzes vom 12. August 2019 zugestellt. Auch wurde sie nicht über den Eingang dieser Unterlagen informiert. Dies obschon sie sich mit Schreiben vom 4. Juli 2019 bei der Stadt Burgdorf nach dem Stand des Verfahrens erkundigte und dabei auf ihr Replikrecht aufmerksam machte. Als Folge davon hatte die Beschwerdeführerin keine Kenntnis dieser Unterlagen und konnte dementsprechend auch nicht dazu Stellung nehmen.

c) Dieser Sachverhalt wird von der Stadt Burgdorf in ihrer Stellungnahme vom 22. Oktober 2019 nicht bestritten. Sie macht jedoch geltend, in Art. 36 Abs. 2 Bst. c BewD⁴ werde ausdrücklich festgehalten, dass die Begründung im Bauentscheid die Stellungnahme zu den Einsprachen enthalten müsse. Daraus könne geschlossen werden, dass im Baubewilligungsverfahren nicht explizit noch eine zusätzliche Anhörung der Parteien vorangehen müsse, besonders wenn der Baubewilligungsbehörde der Sachverhalt als so klar erscheine, dass sie ohne weiteres die Baubewilligung verfügen könne.

Auch die Beschwerdegegnerin macht geltend, es bestehe kein Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel. Da sich aus ihrer Stellungnahme zur Einsprache keine neuen Tatsachen ergeben hätten, habe weder ein Bedarf nach einem zweiten Schriftenwechsel noch ein Bedarf oder Anspruch auf das Einreichen von Schlussbemerkungen bestanden. Auch dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Fachbericht Immissionsschutz nicht zugestellt habe, stelle keine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs dar,

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

zumal auch sie (die Beschwerdegegnerin) keine Kenntnis von diesem Fachbericht gehabt habe.

d) Der in Art. 29 Abs. 2 BV⁵, Art. 26 Abs. 2 KV⁶, Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁷ und Art. 21 ff. VRPG⁸ verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst namentlich das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stellungnahmen neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermögen. Die Art. 21 ff. VRPG unterscheiden bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör und insbesondere des Rechts, zum Ergebnis des Beweisverfahrens Stellung zu nehmen (Art. 24 VRPG) nicht zwischen Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren. Die bundesgerichtlichen Vorgaben gelten im Verwaltungsverfahren vor kantonalen und kommunalen Behörden entsprechend. Demnach sind den Parteien auch im Baubewilligungsverfahren die Amts- und Fachberichte und Stellungnahmen der Gegenpartei zumindest zur Kenntnisnahme zuzustellen, so dass diese Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, sofern sie dies als erforderlich erachten.⁹ Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch in elektronischen Baubewilligungsverfahren (eBau).

Die Stadt Burgdorf hat somit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie es unterlassen hat, ihr den Fachbericht Immissionsschutz, die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Einsprache und die Stellungnahme der VOL, Immissionsschutz, vom 12. August 2019 zuzustellen. Aufgrund dieser Unterlassung hatte die Beschwerdeführerin keine Gelegenheit, sich zu diesen Unterlagen zu äussern.

3. Rechtliches Gehör, Begründungspflicht

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁶ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁹ BGE 133 I 100 E. 4.3 ff., 138 I 484 E. 2.1; BVR 2009 S. 328 ff. E. 2.4; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. Aufl., Bern 2013, Art. N 38–39 N 9b; Urs Eymann, Das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren in, KPG-Bulletin 2006 S. 47 ff.

- a) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei auch dadurch verletzt worden, dass die Vorinstanz im angefochtenen Bauentscheid mit keinem Wort auf die in der Einsprache vorgebrachten sieben Punkte eingegangen sei. Damit sei es ihr unmöglich gewesen, den Bauentscheid inhaltlich anzufechten.
- b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁰
- c) Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Einsprache vom 24. Mai 2019 falsch deklarierte Sendeleistungen, fehlende Rechtsgrundlagen für das 5G-Netz, ein fehlendes Sicherheitssystem, die Unmöglichkeit von Abnahmemessungen, weitere Unstimmigkeiten bei den Berechnungsmethoden, mangelnde Gesundheitsverträglichkeit der Anlage und eine Wertverminderung von Liegenschaften gerügt. Alle diese Rügen sind in der Einsprache mehr oder weniger ausführlich begründet.

Im angefochtenen Bauentscheid wird hinsichtlich der Einsprache ausgeführt, gemäss dem Fachbericht der zuständigen Amtsstelle des Kantons (VOL, Immissionsschutz) erfülle die geplante Anlage die gesetzlichen Anforderungen. In ihrer Stellungnahme vom 12. August 2019 zu den Einsprachen teilte die Fachstelle mit, dass sich aufgrund der Einsprache keine neuen Erkenntnisse ergeben würden. Im angefochtenen Bauentscheid findet sich somit direkt keine Begründung hinsichtlich der Einsprache. Die Begründung kann aber auch in einem Verweis bestehen.¹¹ Im vorliegenden Fall wird auf den Fachbericht vom 23. Mai 2019 und die Stellungnahme vom 12. August 2019 der VOL, Immissionsschutz, verwiesen. Im Fachbericht vom 23. Mai 2019 findet sich lediglich die Aussage, die geplante Anlage erfülle die gesetzlichen Anforderungen, der Anlagegrenzwert werde rechnerisch bei sämtlichen Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) eingehalten. Auch mit einem Verweis

¹⁰ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

auf diesen Fachbericht läge damit kaum eine genügende Begründung hinsichtlich der Einsprache vor. In der Stellungnahme vom 12. August 2019 finden sich jedoch Ausführungen zu den angeblich falsch deklarierten Sendeleistungen, zu den angeblich fehlenden Rechtsgrundlagen für das 5G-Netz, zum angeblich fehlenden Sicherheitssystem, zur angeblichen Unmöglichkeit von Abnahmemessungen und zu angeblich weiteren Unstimmigkeiten bei den Berechnungsmethoden. In den allgemeinen Ausführungen der Stellungnahme wird zudem ausgeführt, die NISV¹² schütze mit ihren Grenzwerten die Bevölkerung vor übermässiger Belastung durch nichtionisierende Strahlung. Damit ist die Rüge der mangelnden Gesundheitsverträglichkeit der Anlage angesprochen. Lediglich zur Rüge der Wertverminderung von Liegenschaften findet sich nichts in der Stellungnahme, wobei dies auch kein Thema ist, das im Baubewilligungsverfahren zu prüfen ist (vgl. Art. 2 BauG). Aufgrund des Verweises im angefochtenen Bauentscheid auf die Stellungnahme vom 12. August 2019 läge somit grundsätzlich eine genügende Begründung vor. Da der Beschwerdeführerin die Stellungnahme vom 12. August 2019 aber nicht zugestellt wurde, weder vor dem Bauentscheid noch zusammen mit diesem, wurde ihr ein mangelhaft begründeter Entscheid eröffnet. Ohne Kenntnis der Stellungnahme vom 12. August 2019 war es für sie nicht möglich, den Bauentscheid sachgerecht anzufechten. Somit hat die Stadt Burgdorf auch insofern den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt.

4. Rückweisung

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann zwar dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹³

¹² Verordnung des Bundesrats vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710)

¹³ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

b) Im vorliegenden Fall spricht die Kumulation von zwei Gehörsverletzungen (Verletzung der Pflicht, Eingaben zuzustellen, und Verletzung der Begründungspflicht) gegen eine Heilung. Insgesamt wurden hier die Rechte der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz so gravierend verletzt, dass eine Heilung nicht mehr adäquat erscheint. Zusätzlich werden in der Beschwerde lediglich die Gehörsverletzungen gerügt, eine Auseinandersetzung in der Sache fehlt (zwangsläufig). Somit ist eine materielle Auseinandersetzung und damit eine Heilung ohne weitere Verfahrensschritte nicht möglich. Daher wird die Beschwerde gutgeheissen und der angefochtene Bauentscheid aufgehoben. Die Sache geht zurück an die Stadt Burgdorf zur Fortsetzung des Verfahrens. Dabei wird die Stadt Burgdorf der Beschwerdeführerin sämtliche Eingaben zuzustellen haben, so dass diese Gelegenheit hat, sich dazu zu äussern, sofern sie dies als erforderlich erachtet. Zudem ist noch der Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin offen. Aufgrund der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz erübrigt sich eine Behandlung dieses Antrags im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Der Antrag wird von der Vorinstanz im fortzusetzenden Baubewilligungsverfahren zu behandeln sein. Schliesslich wird die Stadt Burgdorf einen neuen, korrekt begründeten Bauentscheid zu fällen haben.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹⁴). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'000.-- festgelegt.

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). Die Beschwerdegegnerin, die die Abweisung der Beschwerde beantragt und die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestritten hat, gilt als unterliegende Partei. Sie hat daher die Verfahrenskosten zu tragen.

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

b) Die Parteien sind nicht anwaltlich vertreten, womit keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden sind (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Folglich sind keine Parteikosten zu sprechen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauentscheid der Stadt Burgdorf vom 30. August 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, eingeschrieben
- Amt für Wirtschaft (AWI), Immissionsschutz, zur Kenntnis

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.