



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2019/215

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 21. April 2020

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2020/187 vom 31.8.2021). Das Bundesgericht hat die Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts abgewiesen (BGE 1C_591/2021 vom 18.10.2022).

in der Beschwerdesache zwischen

Beschwerdeführende 1 - 9

alle per Adresse Herrn C. _____

und

A. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen, Abteilung Hochbau,
Bernstrasse 65 D, Postfach 101, 3072 Ostermundigen 1

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen vom 14. November 2019 (BK-Nr. 363/2019-037; Systemerneuerung, Neuinstallation zusätzliche Antenne (5G) und Austausch der bestehenden Antenne)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 30. April 2019 bei der Gemeinde Ostermundigen ein Baugesuch ein für "Systemerneuerung beim bestehenden Mobilfunkstandort BE053-1. Austausch der bestehenden Antennen durch Typen der neuen Generation und Neuinstallation zusätzlicher Antennen 5G. Standortdatenblatt mit Leistungsanpassung und Frequenzerweiterung." auf Parzelle Ostermundigen Grundbuchblatt Nr. G. _____. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Gewerbezone 3 (WG3). Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Bauentscheid vom 14. November 2019 erteilte die Gemeinde Ostermundigen die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 13. Dezember 2019 gemeinsam Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; seit 1. Januar 2020: Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern, BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauentscheids vom 14. November 2019 und die Abweisung des Baugesuchs vom 30. April 2019.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde Ostermundigen beantragt in ihrer Stellungnahme vom 15. Januar 2020 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2020, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Amt für Umwelt und Energie (AUE), Abteilung Immissionsschutz, das vom Rechtsamt ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hatte, hält in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2020 an seinem Fachbericht vom 6. Juni 2019 fest. Die geplante Anlage erfülle die Bestimmungen der NISV² und sei damit bewilligungsfähig.

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 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD 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 Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde und die alle innerhalb des Einspracheperimeters⁴ wohnen, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Art. 11a GBR⁵

a) Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung von Art. 11a GBR. Der Standort erfülle die Voraussetzungen von Art. 11a Abs. 5 GBR nicht. Daher dürfe die bestehende Anlage nur ausgebaut werden, wenn nach Art. 11a Abs. 6 Satz 1 GBR nachgewiesen sei, dass kein Standort nach Absatz 5 möglich sei. Ein Ausbau am bestehenden Standort könne nicht als Koordination im Sinne von Art. 11a Abs. 6 Satz 2 GBR verstanden werden. Diese Bestimmung komme nur zum Tragen, wenn der Nachweis nach dem ersten Satz erbracht sei. Diesen Nachweis habe die Beschwerdegegnerin nicht geliefert.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

² Verordnung des Bundesrats vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴ Siehe Ziff. 6 des Standortdatenblatts vom 15. März 2019, Vorakten pag. 4.19

⁵ Baureglement der Gemeinde Ostermundigen vom 17. Juli 1995

b) Die Gemeinde Ostermundigen hat ihren angefochtenen Bauentscheid damit begründet, Mobilfunkantennen seien in der WG3 grundsätzlich zonenkonform. Beim vorgesehenen Standort handle es sich nicht um einen solchen nach Art. 11a Abs. 5 GBR, somit sei nach Absatz 6 eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen zu prüfen. Da es sich hier um eine Modernisierung der bestehenden Antenne handle, sei diese Koordination erfüllt. Auch wenn die WG3 in Absatz 5 nicht explizit in der Kaskade erwähnt werde, so werde sie in Absatz 7 als Standort nicht explizit ausgeschlossen. In ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2019 macht die Gemeinde zudem geltend, falls der Gesetzgeber wollte, dass bestehende Antennen an den nicht in Art. 11a Abs. 5 GBR erwähnten Standorten nicht ausgebaut und erneuert werden dürften, so dürfte er unter Absatz 6 keine Koordination mit bestehenden Antennen vorschreiben.

c) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sollte die Besitzstandsgarantie wider Erwarten nicht zur Anwendung kommen, sei bei der Auslegung von Art. 11a GBR die Gemeindeautonomie zu berücksichtigen. Aus der systematischen Ordnung von Art. 11a Abs. 4 und 5 GBR sowie aus der Erläuterung in der Klammer ergebe sich, dass Antennenanlage prioritär an bestehenden Standorten zu realisieren seien. Im Übrigen lasse sich die beantragte Antennenanlage auch unter Art. 11a Abs. 6 GBR subsumieren. Bei der WG3 handle es sich um eine von Absatz 6 erfasste Bauzone. Da die Antenne bereits bestehe, sei kein anderer Standort nach Absatz 4 oder 5 möglich. Im Einklang mit Absatz 6 werde die neue Anlage am bestehenden Standort erstellt.

d) Art. 11a GBR zu Antennenanlagen lautet wie folgt:

- ¹ Als Antennenanlagen (Antennen) gelten Anlagen, die dem draht- und kabellosen Empfang sowie der draht- und kabellosen Übermittlung von Signalen für Radio, Fernsehen, Amateurfunk, Mobilfunk u.a. dienen.
- ² Antennenanlagen haben sich in allen Zonen gut einzuordnen und dürfen das Orts- und Landschaftsbild nicht stören. Unter die Absätze 3 bis 8 fallen Antennen, die ausserhalb von Gebäuden angebracht werden und die von allgemein zugänglichen Standorten visuell wahrgenommen werden können. Davon ausgenommen sind Antennenanlagen für nichtkommerzielle Funkdienste (Blaulichtorganisationen, Amateur- resp. CB-Funk), die in unmittelbarer funktioneller Beziehung zum Ort stehen wo sie errichtet und betrieben werden. Auch solche Antennen dürfen das Orts- und Landschaftsbild nicht stören.
- ³ In Ortsbild-, Siedlung- und Landschaftsschutzgebieten sind Antennenanlagen nicht zugelassen. Die Baubewilligungsbehörde kann, in Absprache mit einer betroffenen Fachstelle (z.B. Fachgruppe Bau- und Gestaltung, Kantonale Denkmalpflege) dem Bau einzelner Antennenanlagen zustimmen, wenn sie zur Wahrung der Kommunikationsfreiheit unabdingbar ist und gut in das Orts-, Siedlungs- und Landschaftsbild integriert werden kann.
- ⁴ Antennen sind nach Möglichkeit an bestehenden, Abs. 5 entsprechenden Standorten zu erstellen.
- ⁵ Im Übrigen sind Antennenanlagen vorzugsweise an folgenden Standorten zu errichten (in der jeweils nächsten Linie sind Antennen nur zulässig, wenn kein Standort in der vorhergehenden Linie möglich und eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen geprüft worden ist; falls die Prüfung ergibt, dass eine Koordination aufgrund der anwendbaren Vorschriften möglich ist, ist die neue Anlage am bestehenden Standort zu erstellen):

a) In erster Linie in

- den Gewerbebezonen Ga und Gb;
- der Arbeitszone „Mösli, AZM“;
- der Tanklagerzone;
- der Abbauzone;
- der Industriezone sowie in folgenden anderen Zonen, die hauptsächlich anderen als Wohnnutzungen vorbehalten sind
- Zone für öffentliche Nutzungen [ZöN];
- Zonen für Sport- und Freizeitanlagen [ZSF];
- Zonen mit Planungspflicht [ZPP] Nr. 13 „Industrie“;

- ZPP Nr. 21 „Bernstrasse“;
 - ZPP Nr. 25 „Ringstrasse/Güterstrasse“;
 - ZPP Nr. 27 „Bahnhof“;
 - ZPP Nr. 33 „Zentrum Oberfeld“ Sektor B;
 - ZPP Nr. 35 „Schützenhaus“ sowie im Perimeter der Überbauungsordnungen [ÜO]
 - Gartenbaubetriebe Kreuzweg und
 - ÜO Nr. 6 Poststrasse.
- b) In zweiter Linie auf Bauten, die acht oder mehr Vollgeschosse aufweisen.
- c) In dritter Linie auf Bauten, die fünf bis sieben Vollgeschosse aufweisen.
- ⁶ In anderen Teilen der Gemeinde sind Antennenanlagen, die nicht unter Absatz 4 oder 5 fallen, nur zulässig, wenn kein Standort nach Absatz 4 oder 5 möglich ist. In diesen Fällen ist zudem eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen zu prüfen. Falls die Prüfung ergibt, dass eine Koordination aufgrund der anwendbaren Vorschriften möglich ist, ist die neue Anlage am bestehenden Standort zu erstellen.
- ⁷ In den Wohnzonen W1, W2, W3, der Wohnzone „Oberfeld“ und den Zonen mit Planungspflicht Nr. 5 „Rüti“, Nr. 15 Hättenberg“, Nr. 19 „Oberdorf“, Nr. 23 „Steingrübli“ sind Antennenanlagen, die nicht unter Absatz 4 oder 5 fallen, nur zum Empfang von Signalen oder für die Versorgung der Nachbarschaft der Anlage gestattet oder wenn sie auf den Standort angewiesen sind. Sie sind in jedem Fall möglichst unauffällig zu gestalten.
- ⁸ Die Vorschriften des Baubewilligungsdekrets über die Parabolantennen (mit reinen Empfangsfunktionen, ohne Sendeleistung) bleiben vorbehalten.
- ⁹ Die Zulässigkeit von Antennen ausserhalb der Bauzone richtet sich im Übrigen nach Bundesrecht und kantonalem Recht.

Hinsichtlich der Frage, welche öffentlichen oder nachbarlichen Interessen durch Art. 11a GBR geschützt werden sollen, lässt sich festhalten, dass diese Bestimmung nicht dem Immissionsschutz dienen darf. Die bundesrechtliche Regelung in der NISV betreffend Immissionen von Mobilfunksendeanlagen ist abschliessend. Für das kommunale Recht bleibt deshalb insoweit kein Raum. Die Gemeinden sind aber im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten grundsätzlich befugt, zum Beispiel ortsplannerische Bestimmungen zum Schutz der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers zu erlassen, sofern sie die bundesrechtlichen Schranken, die sich insbesondere aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergeben, beachten. Umweltrechtskonforme Mobilfunkanlagen können unerwünschte Auswirkungen auslösen, obwohl von ihnen zurzeit keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung ausgeht. Solche psychologische Auswirkungen werden auch als ideelle Immissionen bezeichnet, welche grundsätzlich neben dem zivilrechtlichen Schutz durch planungs- und baurechtliche Vorschriften eingeschränkt werden können.⁶

Im Erläuterungsbericht zur Einführung von Art. 11a GBR finden sich folgende Aussagen: "Bei der geplanten Vorschrift handelt es sich um eine Gestaltungsvorschrift mit Auswirkungen auf das Orts- und Landschaftsbild und betrifft sämtliche Zonen. Die Bestimmung bezieht sich zudem nicht auf die Gestaltung der Bauten an und für sich, weshalb sie systematisch im Kapitel "B3 UMGEBUNGSGESTALTUNG" einzuordnen ist. Art. 11 legt die Grundsätze der Umgebungsgestaltung fest. Demnach sind Umgebung und Aussenräume derart zu gestalten, dass sie sich harmonisch in die Umgebung und das Strassen-, Quartier- und Landschaftsbild eingliedern. Dasselbe soll für Antennenanlagen gelten, wobei für diese auch bevorzugte Standorte definiert werden sollen. Damit soll das Ziel der Einwohnergemeinde Ostermundigen, die bestehende Wohnqualität halten zu können, erreicht werden. (...) Für die Bewohner und Bewohnerinnen der Einwohnergemeinde Ostermundigen liegt es in einem erheblichen öffentlichen Interesse, dass ideelle Immissionen, die von Antennenanlagen ausgehen können,

⁶ Vgl. BGE 133 II 321 E. 4.3.4

weder den Charakter noch die Qualität der Wohngebiete beeinträchtigen."⁷ Im Mitwirkungsbericht zur Einführung von Art. 11a GBR lautet die Stellungnahme der Gemeinde im Zusammenhang mit einer Mitwirkungseingabe zu Art. 11a Abs. 6 GBR wie folgt: "Die Koordination mit bestehenden Standorten ist zur Vermeidung zusätzlicher ideeller Immissionen unabdingbar."⁸ Aus diesen Aussagen lässt sich schliessen, dass die Bestimmung von Art. 11a GBR einerseits der Schonung des Orts- und Landschaftsbilds dient und andererseits vor ideellen Immissionen schützen soll. Beides dient letztlich der Erhaltung der Wohnqualität.

e) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass Art. 11a GBR rechtmässig und auf das Bauvorhaben anwendbar ist. In Art. 11a Abs. 5 Bst. a bis c GBR sind diejenigen Standorte kaskadenmässig aufgelistet, an denen Antennenanlagen vorzugsweise zu errichten sind. Es ist unbestritten, dass der Standort des Bauvorhabens keinem der in Art. 11a Abs. 5 GBR genannten Standorte entspricht. Damit entfällt auch ein Standort gemäss Art. 11a Abs. 4 GBR, wonach Antennen nach Möglichkeit an bestehenden, Absatz 5 entsprechenden Standorten zu erstellen sind. Auch diese Bestimmung knüpft an Art. 11a Abs. 5 GBR an. Neben Art. 11a Abs. 4 und 5 GBR ist hier auch Art. 11a Abs. 7 GBR nicht anwendbar, was ebenfalls unbestritten ist.

f) Somit ist im vorliegenden Fall Art. 11a Abs. 6 GBR einschlägig. Gemäss dem ersten Satz dieser Bestimmung sind Antennenanlagen in anderen Teilen der Gemeinde, die nicht unter Absatz 4 oder 5 fallen, nur zulässig, wenn kein Standort nach Absatz 4 oder 5 möglich ist. Da Absatz 4 ebenfalls an Absatz 5 anknüpft, beschränkt sich der erforderliche Nachweis letztlich auf Absatz 5. Mit anderen Worten: Soll eine Anlage an einem Standort erstellt werden, der nicht in Absatz 5 erwähnt ist, ist ein Nachweis erforderlich, dass kein Standort nach Absatz 5 möglich ist. Der zweite und dritte Satz von Art. 11a Abs. 6 GBR lauten: "In diesen Fällen ist zudem eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen zu prüfen. Falls die Prüfung ergibt, dass eine Koordination aufgrund der anwendbaren Vorschriften möglich ist, ist die neue Anlage am bestehenden Standort zu erstellen." Mit der Formulierung im zweiten Satz "in diesen Fällen" wird an den ersten Satz angeknüpft. Liegt also ein Fall gemäss Satz 1 vor, d.h. ist kein Standort gemäss Absatz 5 möglich, ist neben einem entsprechenden Nachweis auch eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen zu prüfen. Dass diese Koordinationsprüfungspflicht kumulativ zur Standortnachweispflicht hinzukommt, macht das Wort "zudem" im zweiten Satz deutlich.

Bestätigt wird dieses Auslegungsergebnis nach dem Wortlaut der Bestimmung durch den Erläuterungsbericht zur Einführung von Art. 11a GBR:

2.5 In den übrigen Zonen oder auf Gebäuden mit weniger als fünf Vollgeschossen

Antennen sind auch in den übrigen Zonen des Gemeindegebiets oder auch auf Gebäuden mit weniger als fünf Vollgeschossen zulässig. Dort allerdings nur, wenn sie zur Erfüllung der Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung unerlässlich sind, d.h. wenn kein Standort in der Arbeitszone oder auf einem Gebäude mit mehr als fünf Vollgeschossen möglich ist. Der Baugesuchsteller oder die Baugesuchstellerin hat dabei nachzuweisen, dass ein Standort in der Arbeitszone aus technischen Gründen nicht genügt, um den Fernmeldeauftrag zu erfüllen (z.B. durch die Einreichung der entsprechenden Abdeckungskarten pro Frequenzband) oder dass es nicht gelungen ist, das erforderliche Enteignungsrecht nach Art. 36 Abs. 1 Fernmeldegesetz für einen Standort in der Arbeitszone zu erlangen. In diesem Fall ist zudem auch zwingend eine Koordination mit bestehenden Anlagen vorzunehmen. Erst wenn dies nicht möglich ist, kann eine Antennenanlage ausserhalb der Arbeitszonen bewilligt werden.

4.2.3 Anpassungen aufgrund der Mitwirkung

⁷ Erläuterungsbericht vom 4. November 2016, S. 7 f.

⁸ Mitwirkungsbericht vom 3. Mai 2016, S. 15

Abs. 4: Der Grundsatz, wonach Antennen nach Möglichkeit an bestehenden Standorten zu erstellen sind, soll eingeschränkt werden. Bestehende Standorte in Wohnzonen sollen hiervon ausgenommen werden. Neue Antennen sollen nach Möglichkeit an bestehenden in Abs. 5 geregelten Standorten erstellt werden, d.h. in Zonen mit Arbeitsnutzung und auf Bauten mit mehr als 5 Vollgeschossen.

Abs. 6: Der Verweis auf die bestehenden Antennenanlagen wird entsprechend der Änderung von Abs. 4 angepasst.

Schliesslich deckt sich dieses Auslegungsergebnis auch mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Art. 11a GBR dient einerseits der Schonung des Orts- und Landschaftsbilds und soll andererseits vor ideellen Immissionen schützen. Beides dient letztlich der Erhaltung der Wohnqualität. Würden neue Antennen an bestehenden, nicht in Absatz 5 erwähnten Mobilfunkstandorten ohne Standortnachweis erlaubt, würde dies dem Normzweck von Art. 11a GBR widersprechen. Dem Normzweck kann nur entsprochen werden, wenn solche an sich unerwünschten Standorte grundsätzlich nicht noch weiter ausgebaut werden. Dafür muss sichergestellt werden, dass neue Antennen immer nur dann an einem nicht in Absatz 5 erwähnten Standort installiert werden, wenn kein Standort nach Absatz 5 möglich ist. Kann ein solcher Nachweis erbracht werden, macht es in einem zweiten Schritt mit Blick auf den Normzweck Sinn, dann wenigsten soweit möglich eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen an nicht in Absatz 5 erwähnten Standorten zu verlangen. Damit ist sichergestellt, dass wenn kein in Absatz 5 erwähnter Standort möglich ist, zumindest soweit möglich kein neuer nicht in Absatz 5 erwähnter Standort hinzukommt, sondern ein bereits bestehender, an sich unerwünschter Standort ausgebaut wird.

g) Bei Art. 11a GBR handelt es sich um eine kommunale Bestimmung. Somit ist die Gemeindeautonomie zu berücksichtigen. Das heisst, es ist vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie ihre eigenen Vorschriften verstanden haben will. Ist ihre Auslegung der Norm rechtlich vertretbar, darf eine Rechtsmittelbehörde nicht einer anderen, ebenfalls möglichen oder vertretbaren Auslegung den Vorzug geben.⁹ Die Auslegung der Gemeinde von Art. 11a Abs. 6 GBR, wonach kein Standortnachweis erforderlich ist, wenn eine Koordination mit bestehenden Antennenanlagen erfolgt, ist jedoch rechtlich nicht haltbar. Weder die Formulierung noch der Sinn und Zweck der Bestimmung lassen Raum für eine solche Auslegung, ebenso wenig der Erläuterungsbericht zur Einführung von Art. 11a GBR. Weshalb der Gesetzgeber wie von der Gemeinde geltend gemacht unter Absatz 6 keine Koordination mit bestehenden Antennen hätte vorschreiben dürfen, falls er gewollt hätte, dass bestehende Antennen an den nicht in Absatz 5 erwähnten Standorten nicht ausgebaut und erneuert werden dürften, ist nicht erkennbar. Antennen an den nicht in Absatz 5 erwähnten Standorten dürfen durchaus ausgebaut und erneuert werden. Dies aber nur dann, wenn kein in Absatz 5 erwähnter Standort möglich ist. Daher ist die von der Gemeinde geltend gemachte Auslegung auch unter Berücksichtigung der in Absatz 6 vorgeschriebenen Koordination rechtlich nicht haltbar.

h) Einen Standortnachweis im Sinne von Art. 11a Abs. 6 Satz 1 GBR hat die Beschwerdegegnerin vorliegend nicht erbracht. Dies obschon die Gemeinde mit Schreiben vom 5. September 2019 zunächst eine solche Standortevaluation verlangt hatte; mit Schreiben vom 10. September 2019 verzichtete die Beschwerdegegnerin mit Verweis auf die Besitzstandsgarantie auf die Einreichung einer solchen Evaluation.¹⁰ Aufgrund des fehlenden Standortnachweises ist das Bauvorhaben somit grundsätzlich nicht bewilligungsfähig. Allerdings beruft sich die Beschwerdegegnerin zusätzlich auf die Besitzstandsgarantie.

⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 65 N. 1–3

¹⁰ Vorakten pag. 10.3 und 10.2

3. Besitzstandsgarantie

a) Die Beschwerdeführenden rügen, auch aus dem Besitzstand könne kein Anspruch auf den projektierten Ausbau der bestehenden Anlage abgeleitet werden. Dabei handle es sich um einen Umbau oder eine Erweiterung, die nur zulässig seien, wenn dadurch die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt werde. Hauptzweck der Bestimmung von Art. 11a GBR sei die Erhaltung der Wohnqualität durch die Festlegung erhöhter planerischer Anforderungen für Antennenanlagen in Wohnquartieren. Eine Erhöhung der Sendeleistung und das Anbringen zusätzlicher Antennen mit anderen Eigenschaften verstärke somit die Rechtswidrigkeit.

b) Die Gemeinde Ostermundigen führt in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2019 aus, inwieweit die Anforderungen an die Besitzstandsgarantie erfüllt seien oder nicht, habe die Baubewilligungsbehörde nicht in der Tiefe geklärt. Da hier eine Koordination mit einer bestehenden Antenne stattdessen sei diese Frage nebensächlich. Dennoch könne festgehalten werden, dass die Anforderungen an die NISV beim vorliegenden Bauvorhaben erfüllt seien. Daher könne davon ausgegangen werden, dass die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt werde. Betreffend Grösse und Dimension der Anlage werde die neue Antenne sogar etwas kleiner als die bestehende.

c) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, beim Bauvorhaben handle es sich um eine zeitgemässe Erneuerung der bestehenden Mobilfunkanlage im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG. Da sich die Beschwerdegegnerin somit auf die Besitzstandsgarantie berufen könne, erweise sich das Bauvorhaben als rechtskonform. Dem stehe die Erhöhung der Sendeleistung nicht entgegen, da sich dies nicht auf das Erscheinungsbild der Antenne auswirke. Für den Betrachter der Antenne sei deren Sendeleistung nicht erkennbar, weshalb der neuen Anlage ideelle Immissionen nicht entgegen gehalten werden könnten. Demzufolge führe die neue Anlage im Vergleich zur bestehenden nicht zu einer Schmälerung der Wohnqualität. Die Höhe der Antennenanlage werde sogar reduziert. Somit werde eine allfällige Rechtswidrigkeit der bestehenden Anlage nicht verstärkt, zumal auch die neue Antenne die Grenzwerte der NISV einhalte. Weder die Erhöhung des Radius des Perimeters der Antennengruppe noch die Erhöhung des Perimeters der Einspracheberechtigung habe eine Rechtswidrigkeit zur Folge, womit auch diesbezüglich keine Erhöhung der Rechtswidrigkeit vorliege. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfe nur mit grosser Zurückhaltung eine neubauähnliche Umgestaltung angenommen werden. Auch gestützt auf diese Rechtsprechung könne sich die Bauherrschaft somit bei der Modernisierung der Anlage auf die Besitzstandsgarantie berufen. Daran ändere auch Art. 11a Abs. 6 GBR nichts. Dabei handle es sich nicht um eine von der Besitzstandsgarantie abweichende Regelung, da Absatz 6 nur neue, nicht aber zu ersetzende Anlagen betreffe.

d) Gemäss Art. 4 GBR ist die Besitzstandsgarantie im Umfang des übergeordneten Rechts gewährleistet (Abs. 1); Vorbehalten bleiben die in Zonenvorschriften abweichend geregelten Sachverhalte (Abs. 2). Gemäss Art. 3 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt (Abs. 1); sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Abs. 2); vorbehalten bleiben die in besonderen Erlassen vorgesehenen Anpassungs- und Sanierungspflichten sowie Gemeindevorschriften, welche die Besitzstandsgarantie für besondere Fälle des Gemeindebaurechts regeln (Abs. 4). Nicht unter die Besitzstandsgarantie fällt die neubauähnliche Umgestaltung. Wer Veränderungen in einem Umfang vornimmt, der einem Neubau gleichkommt, ist gehalten, zugleich die erforderlichen Anpassungen an das neue Recht vorzunehmen.¹¹

¹¹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 3 N. 3a

e) Die aktuelle bestehende Mobilfunkanlage befindet sich auf einem dreigeschossigen Gebäude in der WG3. Damit entspricht sie nicht Art. 11a Abs. 4 und 5 GBR. Mit dem heutigen Recht wäre die bestehende Anlage folglich nur in Einklang, wenn sie Art. 11a Abs. 6 GBR entsprechen würde. Somit wäre die bestehende Anlage, nur zulässig, wenn kein Standort nach Absatz 4 oder 5 möglich wäre. Einen solchen Nachweis hat die Beschwerdegegnerin nicht erbracht. Ohne solchen Nachweis entspricht die bestehende Anlage den Vorgaben von Art. 11a GBR nicht. Die Rechtswidrigkeit der bestehenden Anlage scheint denn auch unbestritten zu sein.

Art. 11a GBR stammt vom 15. Dezember 2016 und wurde vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 15. Februar 2019 genehmigt. Die aktuell bestehende Mobilfunkanlage wurde von der Gemeinde Ostermundigen mit Entscheid vom 24. Juli 2006 baubewilligt. Diese Baubewilligung wurde mit Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Januar 2009 letztinstanzlich bestätigt.¹² Damit wurde die bestehende Anlage vor Inkrafttreten von Art. 11a GBR bewilligt. Für sie besteht somit eine Besitzstandsgarantie.

f) Folglich ist zu prüfen, ob das Bauvorhaben, welches Anpassungen an der aktuell bestehende Mobilfunkanlage vorsieht, unter Art. 3 Abs. 2 BauG fällt und wenn ja, welche dieser Alternativen zum Tragen kommt. Zu vergleichen ist dabei der letzte baubewilligte Zustand der bestehenden Anlage mit dem aktuellen Bauvorhaben. Nicht relevant sind allenfalls dazwischen vorgenommene Anpassungen im sogenannten Bagatellverfahren ohne Baubewilligungsverfahren.¹³

Das Bauvorhaben sieht vor, die bestehenden drei Antennenpanels mit insgesamt sechs Antennen an zwei Sendemasten durch sechs Antennenpanels mit insgesamt neun Antennen an den beiden Sendemasten zu ersetzen. Damit verbunden ist die Einführung der neusten Mobilfunktechnologie 5G (New Radio). Die Oberkante der neuen Antennenpanels kommt 30 cm tiefer zu liegen als die alten Panels. Insofern treten die beiden Mastkonstruktionen neu optisch weniger in Erscheinung. Allerdings erhöht sich dafür die Ausladung der Antennenpanels von bisher ungefähr 10 cm auf neu ungefähr 20 cm. Insofern treten die beiden Mastkonstruktionen neu massiger und damit stärker in Erscheinung. Gemäss dem mit Entscheid vom 24. Juli 2006 bewilligten Standortdatenblatt vom 26. Februar 2005 für die bestehende Anlage besteht diese aus sechs Antennen. Drei davon werden mit einer Sendeleistung von 800 W und drei mit einer Leistung von 650 W betrieben. Die kumulierte Sendeleistung im höchstbelasteten Sektor beträgt 1'450 W, der Radius des Anlageperimeters beträgt 45 m und der maximale Abstand für die Einspracheberechtigung beträgt 444 m. Der Immissionsgrenzwert wird am höchstbelasteten Ort für den kurzfristigen Aufenthalt (OKA) mit einer elektrischen Feldstärke von 3.27 V/m zu 6 % ausgeschöpft.¹⁴ Gemäss Standortdatenblatt vom 15. März 2019 des aktuellen Bauvorhabens sollen neu neun Antennen mit Sendeleistungen zwischen 200 und 700 W betrieben werden. Die kumulierte Sendeleistung im höchstbelasteten Sektor beträgt 1'500 W, der Radius des Anlageperimeters beträgt 81 m und der maximale Abstand für die Einspracheberechtigung beträgt 542 m. Der Immissionsgrenzwert wird am OKA mit einer elektrischen Feldstärke von 33.40 V/m zu 64 % ausgeschöpft.¹⁵

g) Unter diesen Umständen handelt es sich offensichtlich nicht bloss um einen Unterhalt einer besitzstandsgeschützten Anlage. Eine zeitgemässe Erneuerung bedeutet Modernisieren im Rahmen der normalen Lebensdauer von Anlagen. Nicht darunter fallen Eingriffe in die Substanz und die Grundstruktur der Baute, wie zum Beispiel das Einrichten anderer oder zusätzlicher

¹² Siehe Beilage zum Schreiben der Gemeinde Ostermundigen vom 20. Januar 2020

¹³ Siehe dazu die Empfehlungen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen vom 7. März 2013

¹⁴ Siehe Beilage zum Schreiben der Gemeinde Ostermundigen vom 20. Januar 2020

¹⁵ Siehe Vorakten pag. 4.15 ff.

technischer Anlagen, die zu mehr Emissionen führen.¹⁶ Diesbezüglich ist hier zu berücksichtigen, dass nicht bloss die drei alten Antennenpanels durch drei neue, technisch verbesserte Antennenpanels ersetzt werden, sondern drei zusätzliche Antennenpanels der neusten Mobilfunktechnologie installiert werden. Damit wird der Rahmen einer zeitgemässen Erneuerung gesprengt. Kommt hinzu, dass auch die Sendeleistung insofern erhöht wird, als sich die kumulierte Sendeleistung im höchstbelasteten Sektor, der Radius des Anlageperimeters, der maximale Abstand für die Einspracheberechtigung und die Ausschöpfung des Immissionsgrenzwerts am OKA erhöhen. Von einer Erhöhung der Sendeleistung gehen im Übrigen auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort und das AUE, Immissionsschutz, in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2020 aus.

Aufgrund der Erweiterung der Anlage um drei Antennenpanels der neusten Mobilfunktechnologie und der Erhöhung der Sendeleistung liegt auch kein Umbau vor. Vielmehr handelt es sich um die Erweiterung einer altrechtlichen Anlage. Eine solche ist nur zulässig, wenn dadurch die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. Die Rechtswidrigkeit wird verstärkt, wenn das öffentliche oder nachbarliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt werden soll, durch die Erweiterung noch stärker beeinträchtigt würde als bisher, wenn also die Auswirkungen des Vorhabens zu einer Verschlechterung des bereits rechtswidrigen Zustands führen würden.¹⁷

h) Wie bereits in Erwägung 2.d erläutert, dient die Bestimmung von Art. 11a GBR einerseits der Schonung des Orts- und Landschaftsbilds und soll andererseits vor ideellen Immissionen schützen. Beides dient letztlich der Erhaltung der Wohnqualität. Bei den ideellen Immissionen handelt es sich um psychologische Auswirkungen, die mit einer umweltrechtskonformen Mobilfunkanlage verbunden sind, obwohl von ihnen zurzeit keine erwiesene gesundheitliche Gefährdung ausgeht. Dass das Bauvorhaben den Anforderungen der NISV, die den Schutz der Gesundheit garantieren soll, genügt, ist somit im Zusammenhang mit ideellen Immissionen nicht relevant. Sowohl das Wissen um eine erhöhte Sendeleistung als auch die optische Wahrnehmung von drei zusätzlichen Antennenpanels der neusten Mobilfunktechnologie sind geeignet, in der Nachbarschaft zusätzliche Ängste zu wecken. Insofern ist nicht richtig, dass das Erscheinungsbild der Anlage nicht verändert wird. Auch wenn die Anlage in der Höhe etwas verringert wird, ist erkennbar, dass drei zusätzliche Antennenpanels montiert werden, zumal die Anlage aufgrund der grösseren Ausladung insgesamt massiger in Erscheinung tritt. Die erhöhte Sendeleistung und das Anbringen von drei zusätzlichen Antennenpanels der neusten Mobilfunktechnologie sind somit geeignet, die psychologischen Auswirkungen zu verstärken. Folglich hat das Bauvorhaben erhöhte ideelle Immissionen zur Folge und verstärkt damit die Rechtswidrigkeit der bestehenden Anlage.

i) Auch unter dem Gesichtspunkt der Besitzstandsgarantie kann das Bauvorhaben somit nicht bewilligt werden. Ob es sich beim Bauvorhaben sogar um eine neubauähnliche Umgestaltung der bestehenden Anlage handelt, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden, die Besitzstandsgarantie kommt ohnehin nicht zur Anwendung. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Bauentscheid wird aufgehoben und dem Bauvorhaben wird der Bauabschlag erteilt.

4. Kosten

¹⁶ Vgl. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 3 N. 3

¹⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 3 N. 4

a) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren haben in jedem Fall die Gesuchstellenden zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD¹⁸). Die amtlichen Kosten belaufen sich gemäss Bauentscheid der Gemeinde Ostermundigen vom 14. November 2019 auf Fr. 2'517.35. Diese Kosten werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

b) Die oberinstanzlichen 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 VRPG¹⁹). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei. Sie hat demzufolge die Verfahrenskosten zu tragen.

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.-- erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV²⁰). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'600.-- festgelegt.

c) Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die obsiegenden Beschwerdeführenden waren nicht anwaltlich vertreten, weshalb ihnen 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 Gemeinde Ostermundigen vom 14. November 2019 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 30. April 2019 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 2'517.35 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde Ostermundigen zuständig.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ostermundigen, Abteilung Hochbau, eingeschrieben
- Amt für Umwelt und Energie (AUE), Immissionsschutz, zur Kenntnis, per E-Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. 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.