



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2021/115

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 21. Juni 2022

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

Herrn **E.** _____
Beschwerdegegner 1 und 11 weitere Beschwerdegegner

sowie

Gemeinde Jaberg, Dorfplatz 2, 3629 Jaberg

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Jaberg vom 14. Juni 2021 (Baugesuch Nr. 868.20.327; Antennenaustausch an bestehender Mobilfunkanlage (Ausbau auf 5G))

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 15. September 2016 erteilte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland der Beschwerdeführerin die Baubewilligung für den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage auf der Parzelle Jaberg Grundbuchblatt Nr. S. _____ an der T. _____ strasse Nr. 4 in Jaberg. Der Anlagestandort befindet sich in der Landwirtschaftszone.

2. Einen weiteren Antennenaustausch, namentlich die Umrüstung der bestehenden Anlage auf den neuen Mobilfunkdienst 5G (New Radio) ohne Veränderung der Sendeleistung, beurteilte das beco Berner Wirtschaft, seit 1. Januar 2020 Amt für Umwelt und Energie (AUE), mit E-Mail vom 22. Februar 2019 als baubewilligungsfreie Bagatelländerung. Mit Schreiben vom 30. April 2020 teilte die Gemeinde der Beschwerdeführerin mit, sie habe festgestellt, dass für die neuen Sendeantennen keine rechtsgültige Bau- und Betriebsbewilligung vorliege. Die Beschwerdeführerin erklärte der Gemeinde daraufhin, das AUE habe den Antennentausch als Bagatelländerung beurteilt, weshalb kein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt

werden müsse. Dessen ungeachtet reichte die Beschwerdeführerin am 22. Juni 2020 bei der Gemeinde ein Baugesuch für den fraglichen Antennenaustausch ein. Sie überliess es der Gemeinde, ob sie ein Baubewilligungsverfahren durchführt oder nicht.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2020 ordnete die Gemeinde am Standort der Mobilfunkanlage die umgehende Abschaltung des Mobilfunkdienstes 5G in Sinne eines vorsorglichen Benützungsverbotes an. Gegen diese Verfügung führte die Beschwerdeführerin bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) Beschwerde. Die BVD wies die Beschwerde mit Entscheid vom 9. September 2020 ab und bestätigte das vorsorgliche Benützungsverbot.¹ Sie erwog unter anderem, der Antennentausch mit gleichzeitiger Erweiterung der bestehenden Mobilfunkanlage mit dem neuen Mobilfunkdienst 5G in der Landwirtschaftszone stelle nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine baubewilligungspflichtige Änderung dar. Aus diesen Grund müsse für den Antennenaustausch und die Umrüstung auf den neuen Mobilfunkdienst 5G ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden. Der Entscheid der BVD ist unanfechtbar in Rechtskraft erwachsen.

3. Die Gemeinde führte in der Folge für den strittigen Antennenaustausch, für den die Beschwerdeführerin am 22. Juni 2020 ein Baugesuch einreichte, ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durch. Gegen das Vorhaben gingen mehrere Einsprachen ein. Nebst anderen meldete auch der Gemeinderat Jaberg mit Eingabe vom 8. Februar 2021 vorsorglich Lastenausgleich und Rechtsverwahrung an. In der gleichen Eingabe hielt der Gemeinderat fest, dass «aus all diesen erwähnten Gründen das Baugesuch abzuweisen sei».

4. Im Fachbericht Immissionsschutz vom 25. Januar 2021 beurteilte das AUE das Vorhaben positiv. Mit Verfügung vom 15. Februar 2021 erteilte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) für das Vorhaben die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG². Mit Bauentscheid vom 14. Juni 2021 erteilte die Gemeinde dem Antennenaustausch den Bauabschlag.

5. Gegen diesen Entscheid reichte die Beschwerdeführerin am 14. Juli 2021 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Der Bauabschlag der Gemeinde Jaberg vom 14. Juni 2021 sei aufzuheben;
2. Die Gemeinde Jaberg sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Baubewilligung zu erteilen;
3. Allfällige Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten seien der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme bzw. zur Kenntnisnahme zuzustellen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte bei der Gemeinde die Vorakten ein und zog die Archivakten des Beschwerdeverfahrens BVD 120/2020/36 bei. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 16. Juli 2021 teilte das Rechtsamt der BVD den Verfahrensbeteiligten mit, es beabsichtige das Beschwerdeverfahren zu sistieren, bis ein Entscheid des Bundesgerichts bezüglich der rechtlichen Beurteilbarkeit der Strahlenbelastung von Mobilfunkantennen für 5G Funkdienste vorliege. Mit gleicher Verfügung erhielten die Einsprechenden die Möglichkeit, sich am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Von dieser Möglichkeit machten zwölf Einsprechende Gebrauch. Die Verfahrensbeteiligten erhielten mit

¹ Vgl. BVD 120/2020/36 vom 9. September 2020.

² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

³ 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).

Instruktionsverfügung vom 24. September 2021 Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob der angefochtene Bauentscheid der Gemeinde Jaberg allenfalls unter Verletzung der Ausstandspflicht zustande gekommen ist. Im Schreiben vom 1. November 2021 hielt die Gemeinde fest, die Ausstandspflicht sei durch den von ihr beigezogene Fachexperte im Bereich Mobilfunk in «keinster Weise» verletzt worden. Die übrigen Verfahrensbeteiligten äusserten sich nicht zur Frage der Ausstandspflicht.

Auf die Rechtsschriften und die Fachberichte wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde 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 Beschwerdeführerin, deren Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Bauentscheid bzw. den Bauabschlag fraglos beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Ausgangslage

a) Vorgesehen ist nach dem Zusatzblatt 2 des Standortdatenblattes vom 19. Oktober 2020 (Revision 2.2) eine Sendeantenne des Typs Huawei «AOC4518R8v06». Gemäss den Angaben im Standortdatenblatt sowie den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 14. Juli 2021 ist ein Sendebetrieb ohne Berücksichtigung von Korrekturfaktoren beantragt. Aus dem Zusatzblatt 2 des Standortdatenblattes sowie dem umhüllenden horizontalen Antennendiagramm in den Frequenzen zwischen 3400 und 3800 Megahertz (MHz) ist zu schliessen, dass es sich um Sendeantennen handelt, die die Beamforming-Funktionalität unterstützen. Aktenkundig ist ausserdem, dass die Beurteilung, ob das Vorhaben den Immissions- und den Anlagengrenzwert gemäss NISV⁵ einhält, auf der Basis eines «Worst-Case-Szenario» erfolgte.

b) Aus den Vorakten ergibt sich sodann, dass das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland der Gemeinde die Baugesuchsakten für den strittigen Antennenaustausch mit Schreiben vom 23. November 2020 zur Durchführung des Baubewilligungsverfahrens zustellte.⁶ Darin hielt der Regierungsstatthalter-Stv. fest, die Gemeinde Jaberg verfüge über das notwendige Fachwissen, um das Baubewilligungsverfahren selber durchzuführen. Weiter stufte der Regierungsstatthalter-Stv. das Bauvorhaben in Anlehnung an die BSIG-Weisung Nr. 7/725.1/9.1⁷ nicht als speziell

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

⁵ Verordnung des Bundesrats vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710).

⁶ Vgl. Schreiben des Regierungsstatthalters-Stv. vom 23. November 2020 hinten im Baugesuchsdossier im Mäppchen «Auflageakten».

⁷ Vgl. BSIG-Weisung Nr. BSIG-Nr. 7/725.1/9.1, «Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen den RSTH und den sog. kleinen Gde. bei Baubewilligungsverfahren die eine Plangenehmigung oder einen Fachbericht erfordern» vom 17. Juni

komplex oder konfliktträchtig ein. Auch vertrat der Regierungsstatthalter-Stv. die Auffassung, dass sich zum jetzigen Zeitpunkt keine anspruchsvollen Rechtsfragen stellen würden.

c) Danach führte die Gemeinde für den umstrittenen Antennenaustausch ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durch. Sie liess das Baugesuch im Januar 2021 publizieren und holte die nötigen Amts- bzw. Fachberichte ein. Im Fachbericht Immissionsschutz vom 25. Januar 2021 beantragte das AUE, das Vorhaben könne unter der Auflage, dass nach der Inbetriebnahme an zwei Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) Abnahmemessungen durchgeführt werden müssten, bewilligt werden. Ferner bejahte das AGR die Standortgebundenheit des geplanten Antennenaustausches und erteilte mit Verfügung vom 15. Februar 2021 die Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 RPG.

d) In der Folge beschloss die Gemeinde, B._____ zur Behandlung des Baugesuchs, besonders im technologischen aber auch im baurechtlichen Bereich, beizuziehen. Für die Dossierführung sollte nach wie vor der externe Bauinspektor verantwortlich sein. Dies geht aus dem Protokollauszug vom 22. März 2021 des Gemeinderats hervor.⁸ Aus dem gleichen Protokoll ist zu entnehmen, dass der Gemeinderat im Rahmen des abschliessenden Entscheids ein gemeinsames Beratungsgespräch mit dem Bauverwalter und B._____ wünschte. Dieses Beratungsgespräch zwischen dem Gemeinderat und B._____ fand nach den Akten am 27. April 2021 statt.⁹ Schliesslich geht aus dem Protokollauszug vom 26. Mai 2021 des Gemeinderats Folgendes hervor:¹⁰

Weiteres Vorgehen:

- Die Stellungnahme der Bauherrschaft vom 10. Mai 2021 ist B._____ zu Beurteilung zuzuschicken.
- Der Bauabschlag ist anschliessend aufgrund der bisherigen Argumentation sowie der erneuten Stellungnahme von B._____ zu verfassen und zu verfugen.

Die Vorakten zeigen, dass B._____ dem Gemeinderat im darauffolgenden Schreiben vom 6. Juni 2021 sowie im «Bericht und Antrag an den Gemeinderat» vom 6. bzw. 7. Juni 2021 ausdrücklich empfahl, den Bauabschlag zu bestätigen.

3. Rechtliche Grundlagen zur Ausstandspflicht

a) Die hoheitliche Tätigkeit verlangt stets Unbefangenheit. Ob ein Behördenmitglied sein Amt ausüben kann, hängt nicht von privaten Absprachen oder privater Meinungen ab. Es gelten vielmehr objektive Kriterien, welche in Art. 9 Abs. 1 VRPG¹¹ konkretisiert sind. Alle in Art. 9 Abs. 1 VRPG erwähnten Ausstandsgründe gelten als absolute, d.h. obligatorische Ausstandsgründe. Der Geltungsbereich von Art. 9 Abs. 1 VRPG umfasst alle behördlichen Verfahren, die im Hinblick auf die verbindliche Regelung von individuellen Rechtsverhältnissen durch Verfügung oder Entscheid durchgeführt werden.¹² Ausstandsgründe sind bei hinreichendem Anlass von Amtes wegen zu berücksichtigen.¹³

2020 (abrufbar unter: https://www.bsig.jgk.be.ch/bsig-2010-web/?locale=de#bsig_navigation_document_search_result_link).

⁸ Vgl. Vorakten der Gemeinde Jaberg im braunen Dossier.

⁹ Vgl. Auszug aus dem Protokoll des Gemeinderates Jaberg der Sitzung vom 27. April 2021 in den Vorakten der Gemeinde Jaberg (braunes Dossier).

¹⁰ Vgl. Vorakten der Gemeinde Jaberg im braunen Dossier.

¹¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹² Vgl. Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 10.

¹³ Vgl. Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 7.

b) Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder mitentscheidet. Vielmehr ist allen Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts Einfluss nehmen können und eine effektive Verantwortung tragen, jegliche Mitwirkung untersagt.¹⁴ So hält Art. 9 Abs. 2 VRPG fest, dass ausstandspflichtige Personen auch nicht an der Vorbereitung eines Verwaltungsaktes mitwirken dürfen. Dazu gehören namentlich Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber, Protokollführerinnen bzw. Protokollführer oder Übersetzerinnen und Übersetzer. Erfasst werden von der Ausstandspflicht ebenfalls behördlich beigezogene Sachverständige.¹⁵ Für sie gelten grundsätzlich die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe. Die Garantie der Unabhängigkeit verlangt, dass sich diese Personen bezüglich der Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben und somit keine Voreingenommenheit besteht.¹⁶

c) Zu berücksichtigen sind weiter die Vorschriften über den Ausstand nach dem Gemeindegesetz (Art. 9 Abs. 3 VRPG). Im gemeindeinternen Verwaltungsverfahren gelten zwar grundsätzlich die – gegenüber der Regelung im VRPG weniger strengen – gemeinderechtlichen Ausstandsregeln.¹⁷ Diese sind in Art. 47 GG¹⁸ geregelt und umschreiben die Ausstandspflicht für die Mitglieder und das Personal kommunaler Behörden. Damit hat der Gesetzgeber den speziellen, häufig engräumigen Verhältnissen in den Gemeinden Rechnung getragen.

d) Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde B. _____ als private Fachperson im Sinne von Art. 33a Abs. 2 BauG beigezogen. Diese Regelung erlaubt es den Gemeinden, Baugesuche durch ein regionales Bauinspektorat, durch Fachleute einer anderen Gemeinde oder durch private Fachleute zu prüfen, wenn sie nicht über eigene Fachleute verfügen. Die in Art. 47 GG umschriebene Ausstandspflicht gilt für die Mitglieder und Angestellten kommunaler Behörden.¹⁹ Bezüglich der Ausstandspflicht für private Sachverständige enthält das Gemeinderecht keine Regelung. Das ist nachvollziehbar, da beim Beizug einer externen, sachverständigen Person die engen räumlichen Verhältnissen in einer Gemeinde keine Rolle spielen. Demzufolge ist für sachverständige Personen nicht Art. 47 GG, sondern die allgemeine kantonale Regelung von Art. 9 Abs. 1 VRPG über die Ausstandspflicht anwendbar.

e) Die Gemeinde vertritt die Meinung, die Ausstandspflicht nach Art. 9 Abs. 1 VRPG dürfe auf externe, projektbezogene Berater nicht restriktiv angewendet werden, weil dies der Zielsetzung von Art. 33a BauG diametral zuwiderlaufe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Gemeinde hat vielfältige Möglichkeiten, sich das nötige Fachwissen zu beschaffen, unter anderem durch Konsultation einer unabhängigen kantonalen Fachbehörde. Lässt die Gemeinde das Baugesuch durch private Fachleute bzw. eine sachverständige Person prüfen, ist nicht erkennbar, weshalb für diese Personen ein milderer Massstab bei der Ausstandspflicht nach Art. 9 Abs. 1 VRPG gelten soll. Mit Blick auf die Funktion des Baubewilligungsverfahrens, das auf die verbindliche Regelung individueller Rechtsverhältnisse durch Entscheid gerichtet ist, rechtfertigt es sich, bezüglich der Unbefangenheit externer Sachverständiger den strengen Massstab von Art. 9 Abs. 1 VRPG anzuwenden. Danach dürfen Einschätzungen und Stellungnahmen solcher Personen in keiner Weise den Anschein erwecken, dass sie bezüglich der Beurteilung des Sachverhalts ihre Meinung bereits gebildet haben. Die Gemeinde trifft somit bei der Auswahl externer Fachleute eine gewisse Sorgfaltspflicht, indem sie darauf zu achten hat, dass beim

¹⁴ Vgl. BVR 2001 S. 284 E. 3a.

¹⁵ Vgl. VGE 2016/174 vom 1. Februar 2017, E. 2.2; VGE 2013/40 vom 17. September 2015, E. 7.3; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 8.

¹⁶ Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 5; BGE 140 I 326 E. 5.2.

¹⁷ Daniel Arn, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Vorbemerkungen zu Art. 47 und Art. 48 N. 6; VGE 2009/409 vom 21. Juni 2010, E.1.

¹⁸ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11).

¹⁹ Vgl. Daniel Arn, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 47 und Art. 48 N. 7.

Beizug solcher Personen die unabhängige und unvoreingenommene Beurteilung gewährleistet ist.

4. Ausstandspflicht im konkreten Fall

a) Die Gemeinde ist der Auffassung, die behauptete Befangenheit von B._____ sei unbegründet. Sie argumentiert, B._____ habe in keinem Zeitpunkt des Baubewilligungsverfahrens beim Zustandekommen des Verwaltungsaktes Entscheidungsbefugnisse gehabt und damit keinerlei Einfluss auf den Bauentscheid nehmen können. Ein persönliches Interesse von B._____ sei weder erkennbar noch vorhanden. Auch könne B._____ keine Vorteile aus dem Bauabschlag ziehen. Sein Grundrecht der Meinungsfreiheit sei klar von seiner Expertise als Fachmann zu trennen. Sie habe B._____ aufgrund seiner Kenntnisse bezüglich der Mobilfunktechnologie als Fachperson beigezogen. Dies deshalb, weil der im Mandat beauftragte Bauverwalter nicht über die einschlägigen, technischen Fachkenntnisse in der spezifischen Fachmaterie Mobilfunk verfügt habe.

b) Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde B._____ als sachverständige Person im Bereich der Mobilfunktechnologie zur Beratung beigezogen. Aus den Protokollauszügen des Gemeinderats geht klar hervor, dass B._____ massgeblichen Einfluss auf das Zustandekommen des Bauentscheids der Gemeinde hatte (vgl. E. 2d). Seine Empfehlung und Argumente in der Stellungnahme vom 6. Juni 2021 sowie dem «Bericht und Antrag» an den Gemeinderat vom 6. und 7. Juni 2021 sind teilweise wortwörtlich in die Erwägungen des Bauabschlages eingeflossen (vgl. Seite 11 ff. des angefochtenen Bauabschlages). Damit hatte B._____ entscheidenden Einfluss auf das Zustandekommen des Bauabschlages. Dass B._____ nicht selber verfügte und die formelle Verantwortung für den Bauentscheid trägt, ändert daran nichts. Es steht somit fest, dass B._____ als externe private Fachperson unter die Ausstandspflicht von Art. 9 Abs. 1 VRPG fällt.

c) In den Ausstand zu treten hat nach Art. 9 Abs. 1 VRPG namentlich, wer in der Sache ein persönliches Interesse hat (Bst. a) oder aus andern Gründen in der Sache befangen sein könnte (Bst. f). Die Generalklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG erfasst beispielsweise Eigeninteressen, Vorbefassung, enge Beziehungen und Interessenbindungen, die keinen Ausstand nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a-e VRPG begründen, aufgrund der konkreten Umstände aber doch auf mangelnde Unparteilichkeit schliessen lassen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Bei der Beurteilung ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen.²⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Sachverständigen zu erwecken. Es braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen.²¹

d) B._____ hat den aktuellen Ausbau des Mobilfunknetzes, namentlich die Einführung der 5G-Technologie, erwiesenermassen wiederholt sowohl privat wie auch öffentlich kritisiert und als

²⁰ BVR 2015 S. 213 E. 3.1, 2014 S. 216 E. 2.1, 2011 S. 128 E. 2.2; Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 24.

²¹ BGE 125 II 541 E. 4a, BGE 124 I 121 E. 3a.

«Ausbauwahnsinn» bezeichnet.²² Bei der BVD sind vier Beschwerdeverfahren aktenkundig, in denen B. _____ als Partei auftritt oder aufgetreten ist.²³ B. _____ ist zudem Mitgründer des Komitees «Stop 5G in Büren an der Aare»²⁴. Er hat sich in einem Radiointerview öffentlich gegen die Erteilung von Baubewilligungen von adaptiven Antennen für den 5G-Betrieb ausgesprochen.²⁵ Mit seinem wiederholten privaten sowie öffentlichen Äusserungen bringt B. _____ seine ablehnende Haltung gegen die Einführung des 5G-Funkdienstes unmissverständlich zum Ausdruck. Das Verhalten und die Äusserungen von B. _____ sind unter den konkreten Umständen bei objektiver Betrachtung geeignet, den Anschein zu erwecken, dass er sich in Bezug auf die Einführung des 5G-Funkdienstes bereits eine feste Meinung gebildet hat und nicht mehr imstande ist, den strittigen Antennentausch mit hinreichender Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen. Bestehen wie hier konkrete Anzeichen, dass sich eine sachverständige Person in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts bereits festgelegt hat, ist eine neutrale und unvoreingenommene Beratung nicht mehr gewährleistet.²⁶ Es liegen somit konkrete objektive Anhaltspunkte vor, die Zweifel an der Unvoreingenommenheit von B. _____ erwecken. Das stellt eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG dar, was die Gemeinde bei gebotener Sorgfalt hätte erkennen müssen. Daran ändert die Argumentation der Gemeinde, wonach B. _____ keine Vorteile aus dem Bauabschlag ziehen könne und in der Sache kein persönliches Interesse habe, nichts.

e) Indem die Gemeinde B. _____ als sachverständige Person zur Prüfung des Baugesuchs beigezogen hat, ist der Bauentscheid bzw. der Bauabschlag in Verletzung der Ausstandspflicht nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG zustande gekommen. Ein unter Missachtung der Ausstandsvorschriften zustande gekommener Entscheid ist grundsätzlich unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit und ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber aufzuheben. Diese Rechtsfolge gründet in der formellen Natur der Ausstandspflichten, wonach die Aufhebung des Entscheids ungeachtet eines eigenen materiellen Interesses und eines Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung und der Fehlerhaftigkeit des Entscheids verlangt werden kann. Die formelle Natur der Ausstandspflichten soll damit sicherstellen, dass ein Entscheid in einem fairen Verfahren zustande kommt.²⁷ Die Heilung eines solchen formellen Verfahrensverstosses kommt grundsätzlich höchstens bei geringfügigen Mängeln in Frage.²⁸ Bei der Heilung von Ausstandspflichten ist nach der Rechtsprechung zudem grosse Zurückhaltung geboten. Sie kann nur in Betracht gezogen werden, wenn ein Einfluss auf den Inhalt des Entscheids ausgeschlossen erscheint. Wie ausgeführt, ist das hier nicht der Fall (vgl. E. 3d). Eine Heilung kommt folglich nicht in Frage. Der angefochtene Bauentscheid ist deshalb infolge der Befangenheit des beigezogenen Sachverständigen, Herr B. _____, aufzuheben und die Sache ist zur Neubeurteilung die Vorinstanz zurückzuweisen.

f) Nach dem Erwogenen muss die Gemeinde das Baubewilligungsverfahren für den geplanten Antennenaustausch wieder aufnehmen. Sie hat über das hängige Baugesuch ohne Berücksichtigung der Beurteilung von B. _____ zu entscheiden. Bestehen gegen ein Vorhaben Bedenken oder Einwände bezüglich Einhaltung von Umweltvorschriften, wozu auch die NISV

²² Vgl. exemplarisch <https://schutz-vor-strahlung.ch/site/wp-content/uploads/2019/07/3294-Bueren-an-der-Aare-Flyer-Neubau-Mobilfunkanlage-Swisscom.pdf> (letztmals besucht am 15. Juni 2022).

²³ BVD 110/2020/50, 110/2020/197, 120/2020/59 und 120/2021/17.

²⁴ Vgl. Grenchner Tagblatt vom 12. August 2020, abrufbar unter: www.grenchnertagblatt.ch/solothurn/grenchen/komitee-will-kein-5g-in-bueren-und-reicht-nun-eine-initiative-ein-ld.1306080 (letztmals besucht am 15. Juni 2022).

²⁵ Vgl. Regionaljournal Bern Freiburg und Wallis vom 31. Mai 2021, abrufbar unter: www.srf.ch/news/abstimmungen-13-juni-2021/gemeindeinitiative-soll-die-gemeinde-bei-der-planung-der-5g-antennen-eingreifen (letztmals besucht am 15. Juni 2022).

²⁶ Vgl. BGE 140 I 326 E. 6.3.

²⁷ VGE 2009/409 vom 21. Juni 2010, E. 4.6.1 mit weiteren Hinweisen.

²⁸ BGE 2A.364/1995 vom 14. Februar 1995, in ZBI 99 (1998) S. 289, E. 4.

gehört, die nicht offensichtlich unbegründet sind, muss die Baubewilligungsbehörde nach Art. 22 Abs. 1 Bst. e BewD die zuständige kantonale Fachstelle konsultieren. Im Kanton Bern ist das AUE die zuständige Fachbehörde für den Vollzug der kantonalen Aufgaben im Bereich des Schutzes vor nichtionisierenden Strahlen.²⁹ Liegt ein Fall der Konsultation nach Art. 22 Abs. 1 Bst. e BewD vor, ist nicht ersichtlich, weshalb zusätzlich eine sachverständige Person im Bereich Mobilfunk beigezogen werden müsste. Anzumerken ist dabei, dass der Beurteilung der Fachbehörden regelmässig erhöhte Beweiskraft zukommt. Davon soll die entscheidende Behörde nur aus triftigen Gründen abweichen.³⁰

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Sie werden gestützt auf Art. 19 GebV³¹ auf CHF 800.00 festgesetzt.

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten es, keine Verfahrenskosten zu erheben. Die Beschwerdegegner 1 bis 12 teilten mit, dass sie an ihren Einsprachen festhalten und sich damit am Beschwerdeverfahren beteiligen. Sinngemäss verlangen sie damit die Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des Bauabschlages. Die Beschwerdegegner 1 bis 12 gelten somit als unterliegend, weshalb sie grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen haben. Im vorliegenden Fall ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Gemeinde Jaberg vorwerfen lassen muss, dass der beigezogene Sachverständige in den Ausstand hätte treten müssen. Dieser Mangel hat dazu geführt, dass der angefochtene Bauentscheid aufgehoben und die Sache an die Gemeinde zurückzuweisen ist. Es liegen damit besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, den unterliegenden Beschwerdegegnern 1 bis 12, die für den Verfahrensfehler der Gemeinde nicht verantwortlich sind, keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.³² Da der Gemeinde keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG), trägt der Kanton die Verfahrenskosten.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wie ausgeführt, muss sich die Gemeinde Jaberg vorwerfen lassen, dass der beigezogene Sachverständige in den Ausstand hätte treten müssen. Dieser Mangel ist der Gemeinde und nicht den Beschwerdegegnern 1 bis 12 anzulasten. Es liegen damit wie ausgeführt besondere Umstände vor, die es rechtfertigen, die Parteikosten der Beschwerdeführerin der Gemeinde aufzuerlegen.³³

Die Parteikosten werden vom Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin auf insgesamt CHF 4159.90 (Honorar: CHF 3750.00, Kleinspesenpauschale: CHF 112.50, Mehrwertsteuer: CHF 297.40) beziffert. Sie gibt grundsätzlich zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerin ist jedoch mehrwertsteuerpflichtig³⁴ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte

²⁹ Art. 11b Abs. 1 Bst. i der Verordnung vom 18. Oktober 1995 Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (Organisationsverordnung WEU, OrV WEU; BSG 152.221.111).

³⁰ Vgl. Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 19 N. 53 ff.

³¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³² Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 22.

³³ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 36; BVR 2003 S. 385 E. 9b.

³⁴ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>.

Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer von CHF 297.40 bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.³⁵ Die Gemeinde hat somit der Beschwerdeführerin die Parteikosten von CHF 3862.50 zu bezahlen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauabschlag der Gemeinde Jaberg vom 14. Juni 2021 wird aufgehoben und im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Gemeinde zurückgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Jaberg hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von CHF 3862.50 (inkl. Auslagen und exkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per E-Mail
- Gemeinde Jaberg, eingeschrieben
- Herrn E._____, und 11 weitere Beschwerdegegner eingeschrieben
- Amt für Umwelt und Energie (AUE), Abteilung Immissionsschutz, per E-Mail
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, 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, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in zwölf Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine

³⁵ VGE 2013/137 vom 26. Mai 2014, E. 6.

Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.