



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/173

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 27. November 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **B.**_____
Beschwerdeführer 3

und

C._____
Beschwerdegegnerin

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Thierachern, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 1,
3634 Thierachern

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 15. Juli 2019 (bbew
16/2019; Neubau einer Mobilfunkanlage auf bestehendem Gebäude)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 25. Januar 2019 bei der Gemeinde Thierachern ein Baugesuch ein für den Neubau einer Mobilfunkanlage auf Parzelle Thierachern Grundbuchblatt Nr. D._____. Die Parzelle liegt in der Zone für öffentliche Nutzungen (ZöN). Die Mobilfunkanlage soll im und auf dem Dach des E._____hauses erstellt werden. Sie umfasst einen mit zwei konventionellen Dualband-Antennen bestückten Masten auf dem Gebäudedach, der den Hauptfirst um rund 3 m überragt (Mast I mit Antennen Nrn. 1-4). Zusätzlich ist im Estrich des Quergiebels ein zweiter Mast mit zwei adaptiven Antennen vorgesehen, die gemäss dem 5G-Mobilfunkstandard betrieben werden sollen (Mast II mit Antennen Nrn. 5 und 6). Das Gebäude (E._____haus) ist gemäss Bauinventar der Gemeinde Thierachern als erhaltenswertes Gebäude eingestuft. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden 1 bis 3 Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 15. Juli 2019 erteilte das Regierungsstatthalteramt Thun dem Vorhaben die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführerin 1 am 31. Juli 2019 sowie die Beschwerdeführenden 2 und 3 am 12. August 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion, BVD) ein. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 15. Juli 2019 und eventuell die Rückweisung «zur Nachbesserung unter Zuhilfenahme von externen denkmalpflegerisch, funktechnisch und medizinisch versierten Fachpersonen». In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführenden eine «Missachtung des rechtlichen Gehörs, unterlassene Abklärung des Sachverhalts und Unterdrückung von Beweismitteln sowie Willkür» geltend. Die Stellungnahmen der Gemeinde sowie der Abteilung Immissionsschutz seien «nicht zu hören». Zudem sei die Vorinstanz voreingenommen gewesen. In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden 2 und 3, dass die geplante Mobilfunkanlage das Ortsbild beeinträchtige. Sie hätten bereits im Baubewilligungsverfahren den Beizug der kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) beantragt. Zudem machen die Beschwerdeführenden 2 und 3 eine Überschreitung der Anlagengrenzwerte geltend. Die Gesamtsendeleistung für 5G-Funkdienste müsse – um «glaubwürdig» zu sein – pro Sektorantenne mit total 25'000 Watt (ERP) und «nicht bloss mit 250 oder 300 Watt (ERP)» veranschlagt werden. Dadurch steige die Strahlenbelastung an den Orten empfindlicher Nutzung (OMEN) um das 3.5-fache gegenüber den im Standortdatenblatt berechneten Werten. Der Anlagengrenzwert könne durch den 5G-Funkdienst bei OMEN bis zu einer Distanz von 220 m überschritten werden. Zudem fehle nach wie vor ein Sicherheitssystem (QS-System) und die Abnahmemessungen seien ungenau bzw. unmöglich. Schliesslich sei die Anlage nicht gesundheitsverträglich.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Neben den Verfahrensbeteiligten gab es dabei auch der Abteilung Immissionsschutz² Gelegenheit zur Stellungnahme. Das Regierungsstatthalteramt Thun beantragt in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 19. August 2019 die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei. Die Abteilung Immissionsschutz teilte mit Stellungnahme vom 22. August 2019 mit, dass sich aus den Beschwerden für den Bereich des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung keine neuen Erkenntnisse ergäben, die eine andere Beurteilung der Sachlage gemäss ihrem Fachbericht vom 25. März 2019 erfordern würden. Die Beschwerdeführerin 1 zog mit Schreiben vom 27. August 2019 ihre Beschwerde zurück, weshalb das Beschwerdeverfahren 110/2019/138 mit Abschreibungsverfügung vom 10. September 2019 als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben wurde. Das Beschwerdeverfahren betreffend die Beschwerdeführerin 2 und den Beschwerdeführer 3 (nachfolgend: Beschwerdeführende) wurde unter der Nummer 110/2019/139 fortgesetzt.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. September 2019 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Gemeinde Thierachern nimmt mit Stellungnahme vom 10. September 2019 ausführlich zu den Rügen der Beschwerdeführenden Stellung und beantragt ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

4. Das Rechtsamt bat die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 20. September 2019, Angaben zur Farbe der Antennen 1 zu machen und die Lage der Antennen 2 im Dachraum zu konkretisieren. Zudem wurde sie gebeten, Fotomontagen bzw. eine Visualisierung der Mobilfunkanlage aus der näheren und weiteren Umgebung einzureichen, was mit Eingabe vom 23. Oktober 2019 erfolgte. Die Beschwerdeführenden reichten am 11. November 2019 eine zusätzliche Stellungnahme zu den Antennen 2 im Dach ein.

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 Seit dem 1. Januar 2020 gehört die Abteilung Immissionsschutz zum Amt für Umwelt und Energie (AUE)

Das Rechtsamt holte einen Fachbericht der OLK ein. Die zuständige OLK-Gruppe Oberland nahm in ihrem Fachbericht vom 20. November 2019 zum Vorhaben und dessen Auswirkungen auf das Orts- und Landschaftsbild und auf das Gebäude selbst wie auch zur Frage der Material- und Farbwahl Stellung.³ Anschliessend erhielten die Parteien mit Verfügung vom 4. Dezember 2019 Gelegenheit, sich zum Fachbericht der OLK und zur Aufnahme von Auflagen bezüglich einer Abnahmemessung innert drei Monaten nach Vorliegen der Messempfehlung für 5G und zur Farbwahl bezüglich Mast I und der Antennen 1 zu äussern. Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2019 darauf hin, dass eine Abnahmemessung innert drei Monaten nach Vorliegen der Messempfehlung für 5G vorliegend möglicherweise «obsolet» sei, da bereits zum Zeitpunkt der ordentlichen Abnahmemessung (wie sie die NIS-Fachstelle verlange) «5G mitgemessen» werden könne. Gegen die Farbwahl für Mast I und die Antennen 1 hat die Beschwerdegegnerin nichts einzuwenden. Bezüglich Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 11. November 2019 weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass das Dach entgegen der Darlegung der Beschwerdeführenden nicht mit Kunststoffziegeln belegt werde. Die Abteilung Immissionsschutz erachtet die zusätzliche Auflage zur Abnahmemessung in ihrer Stellungnahme vom 18. Dezember 2019 als gangbaren Weg, um die Einhaltung des Anlagegrenzwerts sicherzustellen.

Anschliessend erhielten die Parteien Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen, wovon einzig die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 20. Januar 2020 Gebrauch machten.

5. Mit Entscheid 110/2019/139 vom 19. Februar 2020 hiess die BVD die Beschwerde teilweise gut und ergänzte den angefochtenen Gesamtentscheid mit zwei Auflagen. Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab und bestätigte den angefochtenen Gesamtentscheid.

6. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden am 16. März 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde mit VGE 2020/96 vom 31. August 2023 dahingehend gut, dass der Entscheid der BVD vom 19. Februar 2020 aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.

7. Nachdem das Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 6. November 2023 der BVD die Akten hat zukommen lassen (Eingang der Akten bei der BVD am 8. November 2023), nahm das Rechtsamt das Verfahren unter der neuen RA Nr. 110/2023/173 mit Verfügung vom 14. November 2023 wieder auf und informierte die Verfahrensbeteiligten gleichzeitig, es werde eine Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt Thun beabsichtigt.

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

II. Erwägungen

1. Eintreten

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 31. August 2023 den Entscheid der BVD vom 19. Februar 2020 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Damit ist die Streitsache wieder bei der BVD

³ Vgl. Fachbericht der OLK vom 20. November 2019, Akten der BVD pag. 113 ff.

hängig. Hinsichtlich den Eintretensvoraussetzungen hat sich nichts geändert (vgl. Erwägung 1 des Entscheids der BVD vom 19. Februar 2020). Die Beschwerdeführenden sind zur Beschwerdeführung legitimiert und auf ihre Beschwerde ist einzutreten.

2. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG⁴ entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Die Bestimmung verbietet der Beschwerdebehörde somit nicht, kassatorisch unter Rückweisung an die Vorinstanz zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung aber nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, welche die prozessökonomischen Gesichtspunkte überwiegen. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber umfassende Beweismassnahmen durchführen müsste.⁵ Die Möglichkeit steht auch einer nach kassatorischer Entscheidung erneut mit der Sache befassten vorinstanzlichen Beschwerdebehörde zu. Sie kann die ihr zur weiteren Behandlung überwiesene Angelegenheit ihrerseits an die verfügende Behörde zurückweisen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, insbesondere wenn eine reformatorische Entscheidung vernünftigerweise ausscheidet.⁶

b) Das Verwaltungsgericht erwog, da ein Baudenkmal betroffen sei, seien besondere Anforderungen an die Einordnung und Gestaltung des Bauvorhabens zu stellen. Im Vorfeld sei nach Alternativen zum Eingriff in das Baudenkmal zu suchen. Wenn solche Möglichkeiten bestünden, sei ihnen im Interesse des Denkmalschutzes der Vorzug zu geben. Sei dies nicht möglich, seien die Interessen der technisch erforderlichen Installation und des Denkmalschutzes sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Hier sei unklar, weshalb die Beschwerdegegnerin ausgerechnet auf den Standort auf dem erhaltenswerten Baudenkmal angewiesen sein solle. Folglich sei bisher nicht ausreichend abgeklärt worden, ob für die Errichtung der Mobilfunkanlage tatsächlich keine tauglichen Alternativstandorte bestünden, die mit dem Ortsbild- und Denkmalschutz besser in Einklang stünden. Diese Abklärungen seien nachzuholen und in der Interessenabwägung mitzubersücksichtigen. Es sei nicht Sache des Verwaltungsgerichts, die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen als letzte kantonale Instanz selber zu erheben und als erste Instanz gestützt auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse über die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens zu entscheiden. Daher hob es den angefochtenen Entscheid auf und wies die Angelegenheit an die Vorinstanz zurück.⁷

Folglich sind weitere Abklärungen zu möglichen Alternativstandorten vorzunehmen. Gestützt auf die dabei gewonnenen Erkenntnisse muss eine neue Interessenabwägung vorgenommen werden. Dabei müssen die Interessen der technisch erforderlichen Installation sorgfältig gegen die Interessen des Denkmalschutzes abgewogen werden. Deshalb ist die Sache nicht entscheidreif. Es ist nicht an der BVD als Beschwerdeinstanz, die vom Verwaltungsgericht geforderten Abklärungen vorzunehmen und anschliessend als erste Instanz die neue Interessenabwägung vorzunehmen und erneut über das Baugesuch zu entscheiden. Folglich ist eine Rückweisung angezeigt. Daher wird der angefochtene Gesamtentscheid vom 15. Juli 2019 in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an das Regierungsstatthalteramt Thun zurückgewiesen.

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Ruth Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 72 N. 8

⁶ Ruth Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 72 N. 9

⁷ VGE 2020/96 vom 31. August 2023 E. 7, insbesondere E. 7.6 f.

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 das Baugesuch 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 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 2000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁸). Die Kosten der OLK (CHF 900.– gemäss Rechnung vom 25. November 2019) werden gestützt auf Art. 11 GebV zusätzlich erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit CHF 2900.–. Wegen des geringen Aufwands im zweiten Abschnitt dieses Beschwerdeverfahrens (110/2023/173) wird auf eine zusätzliche Erhöhung der Verfahrenskosten verzichtet.

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). Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch, da das Verfahren mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids nicht abgeschlossen wird. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt aber von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen Hauptantrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.⁹ Dementsprechend sind die Beschwerdeführenden als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegnerin als vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten trägt daher die Beschwerdegegnerin.

c) Keine der Parteien war anwaltlich vertreten, womit keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden sind (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Folglich werden keine Parteikosten gesprochen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Thun vom 15. Juli 2019 wird aufgehoben. Die Sache geht zurück an das Regierungsstatthalteramt Thun zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen.
2. Die Vorakten (Unterlagen der Gemeinde Thierachern gemäss Schreiben vom 16. August 2019 und amtliche Akten des Regierungsstatthalteramts Thun pag. 1 bis 331) gehen an das Regierungsstatthalteramt Thun.

⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁹ BVR 2016 S. 222 E. 4.1

3. Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2900.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau A. _____, eingeschrieben
- Herrn B. _____, eingeschrieben
- C. _____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, mit Beilagen gemäss Ziff. 2, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Thierachern, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Umwelt und Energie (AUE), Abteilung Immissionsschutz, per Mail, zur Kenntnis

Bau- und Verkehrsdirektion

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 fünf 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.