



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2023/60

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 1. Dezember 2023

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2024/2 vom 19.09.2024).

in der Beschwerdesache zwischen

C._____

Beschwerdeführerin / Gesuchstellerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. A._____

gegen

alle **Mitglieder des Gemeinderats** Jaberg, Dorfplatz 2, 3629 Jaberg
Gesuchsgegnerschaft

Frau **G.**_____ **und weitere 8 Gesuchsgegnerinnen und Gesuchsgegner**
Gesuchsgegnerin 6

und

Gemeinde Jaberg, Dorfplatz 2, 3629 Jaberg

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Jaberg vom 28. März 2023 (Baugesuch Nr. 868.20.327; Sistierungsverfügung; Antennenaustausch an Mobilfunkanlage) sowie Ablehnungsbegehren gegen alle Mitglieder des Gemeinderates Jaberg

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) betreibt am südlichen Dorfrand von Jaberg an der H._____strasse 4 eine Mobilfunk-Basisstation. Der Standort der Anlage liegt auf der Parzelle Jaberg Grundbuchblatt Nr. P._____, die sich in der Landwirtschaftszone befindet.¹

¹ Vgl. Zonenplan der Gemeinde Jaberg vom 20. Dezember 2020, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 13. September 2021.

2. Mit Gesamtentscheid vom 15. September 2016 hatte das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland den Ausbau und Umbau der bestehenden Anlage bewilligt. Am 22. Februar 2019 stimmte das damalige beco Berner Wirtschaft, heute Amt für Umwelt und Energie (AUE), gestützt auf das im Meldeverfahren (sog. «Bagatellverfahren») neu eingereichte Standortdatenblatt einem Antennentausch und der Umverteilung der Sendeleistung zwischen den bisher genutzten und den neuen Frequenzbändern zu.

3. 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. Als zuständige Baupolizeibehörde werde sie unverzüglich ein Benützungsverbot für den Mobilfunkdienst 5G erlassen. Hierauf reichte die Beschwerdeführerin am 22. Juni 2020 bei der Gemeinde ein Baugesuch für den strittigen Antennenaustausch ein.

4. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 25. Juni 2020 ordnete die Gemeinde an, der Mobilfunkdienst 5G am Standort der Mobilfunkantenne H. _____ strasse 4 in Jaberg sei umgehend, jedoch spätestens bis 25. Juli 2020 auszuschalten. Eine gegen das Benützungsverbot erhobene Beschwerde der Beschwerdeführerin wies die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) mit Entscheid vom 9. September 2020 ab und bestätigte das vorsorgliche Benützungsverbot.² Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

5. Die Gemeinde führte danach für den Antennenaustausch ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durch. Sie liess das Baugesuch im Januar 2021 publizieren und holte die nötigen Amts- bzw. Fachberichte ein. Gegen das Vorhaben gingen mehrere Einsprachen ein. Im Fachbericht Immissionsschutz vom 25. Januar 2021 beurteilte das AUE das Vorhaben unter dem Aspekt des Immissionsschutzes positiv und beantragte unter Auflagen die Baubewilligung. In der Verfügung vom 15. Februar 2021 bejahte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) die Standortgebundenheit und erteilte für den Antennentausch die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG³.

6. Gestützt auf die Empfehlung von B. _____, den die Gemeinde als externen Sachverständigen im Bereich der Mobilfunktechnologie zur Beurteilung des Baugesuchs beizog, erteilte die Gemeinde mit Bauentscheid vom 14. Juni 2021 den Bauabschlag für den Antennentausch. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin bei der BVD Beschwerde ein. Diese hiess die Beschwerde aufgrund der Befangenheit von Herrn B. _____ mit Entscheid vom 21. Juni 2022 gut, hob den Bauabschlag auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Gemeinde Jaberg zurück.⁴ Dieser Entscheid der BVD ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

7. Die Gemeinde Jaberg nahm in der Folge das Baubewilligungsverfahren wieder auf und holte beim AUE erneut einen Fachbericht zum strittigen Antennenaustausch ein. Im Fachbericht Immissionsschutz vom 26. Oktober 2022 beantragte das AUE, das Vorhaben könne unter Auflagen bewilligt werden. Das AGR teilte mit E-Mail vom 27. Oktober 2022 mit, seine Verfügung vom 15. Februar 2021 sei unverändert gültig. Mit Schreiben von 19. Dezember 2022 erklärte die Gemeinde Jaberg der Beschwerdeführerin, sie beabsichtige, das Baubewilligungsverfahren zu sistieren, bis «entsprechende Bundesgerichtsentscheide» zu adaptiven 5G-Antennen vorlägen. Mit gleichem Schreiben erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, sich bis 20. Januar 2023 zur beabsichtigten Sistierung der Gemeinde zu äussern. Mit E-Mail vom 31. Januar 2023 teilte die Beschwerdeführerin der Gemeinde mit, sie sei mit einer Sistierung nicht einverstanden und wünsche eine Behandlung des Baugesuchs.

² Vgl. BVD 120/2020/36 vom 9. September 2020.

³ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

⁴ Vgl. BVD 110/2021/115 vom 21. Juni 2022.

8. An der Sitzung vom 21. März 2023 beschloss der Gemeinderat in Kenntnis des Leiturteils des Bundesgerichts 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 zu adaptiven 5G-Antennen (Fall Steffisburg), das Baugesuchsverfahren zu sistieren. Mit Verfügung vom 28. März 2023 sistierte die Gemeinde Jaberg das Baubewilligungsverfahren bis auf Weiteres. Dies mit der Begründung, dass trotz des Bundesgerichtsurteils, das in der Zwischenzeit zugunsten der Anlagebetreiberin ausgefallen sei, die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seit ihrem Bauentscheid vom 14. Juni 2021 nach wie vor unverändert seien, da sich das Bundesgericht zum Vollzug nicht geäußert habe.

9. Gegen die Sistierungsverfügung reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. April 2023 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Sistierungsverfügung vom 28. März 2023 sei aufzuheben;
2. Das Baubewilligungsverfahren sei zur Erteilung der Baubewilligung an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu überweisen;
3. Eventualiter sei die Gemeinde Jaberg anzuweisen, der Beschwerdeführerin unverzüglich die Baubewilligung zu erteilen;
4. 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.

Das Rechtsbegehren in der Ziffer 2 begründet die Beschwerdeführerin damit, dass der Gemeinderat als Gesamtorgan bzw. in der Gesamtheit seiner Mitglieder als befangen gelte und nicht in der Lage und nicht willens sei, das Baubewilligungsverfahren vorschriftsgemäss zu Ende zu führen und ihr die Baubewilligung zu erteilen.

10. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁵, führte den Schriftenwechsel durch und holte bei der Gemeinde die Vorakten ein. In ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2023 beantragt die Gemeinde Jaberg unter Kostenfolgen die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der angefochtenen Sistierungsverfügung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt die Gemeinde Jaberg ausserdem, das Beschwerdeverfahren sei aufgrund einer hängigen Strafanzeige zu sistieren.

11. Mit Instruktionsverfügung vom 8. Juni 2023 beteiligte die BVD die Mitglieder des Gemeinderats bezüglich des Ablehnungsbegehrens als Gesuchsgegnerschaft am Verfahren. Gleichzeitig erhielten die Einsprecherinnen und Einsprecher die Möglichkeit, sich bezüglich des Ablehnungsbegehrens am Verfahren zu beteiligen. Weiter zog die BVD in Erwägung, dass sie im Falle einer allfälligen Gutheissung des Ablehnungsbegehrens beabsichtige, das Baugesuch an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu überweisen. Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, sich zu diesem verfahrensrechtlichen Vorgehen zu äussern.

12. In der Stellungnahme vom 19. Juni 2023 bemerkte die Beschwerdeführerin, die Überweisung des Baubewilligungsverfahrens an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland sei unumgänglich. Demgegenüber teilte die Gemeinde Jaberg in ihrer Eingabe vom 19. Juni 2023 mit, sie erachte die Überweisung des Baugesuchs an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland als unzulässig. Ihrer Meinung nach bestehe kein Grund, ihr die Entscheidungsbefugnis zu entziehen, da für die einzelnen Mitglieder keine Ausstandsgründe auszumachen seien. Mit Stellungnahmen vom 19. Juni 2023, 20. Juni 2023, 21. Juni 2023 und 22. Juni 2023 beteiligten sich die Gesuchsgegnerinnen und Gesuchsgegner 6 bis 13 am Ablehnungsverfahren. In ihren Stellungnahmen lehnen

⁵ 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).

sie eine Überweisung des Baugesuchs an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland ebenfalls ab. Sinngemäss beantragen sie damit die Abweisung des Ablehnungsbegehrens. Auf die Rechtschriften der Verfahrensbeteiligten und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Ablehnungsverfahren

1.1 Eintreten

a) Mit Eingabe vom 11. April 2023 reichte die Beschwerdeführerin gleichzeitig mit ihrer Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung ein Ablehnungsbegehren gegen den Gemeinderat Jaberg als Gesamtorgan bzw. gegen die Gesamtheit seiner Mitglieder ein. Das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin ist als Ablehnungsbegehren gegen sämtliche Mitglieder des Gemeinderats Jaberg zu verstehen. Eine unzulässige pauschale Ablehnung einer Kollegialbehörde liegt somit entgegen der Ansicht der Gemeinde Jaberg nicht vor.

b) Über Ablehnungsbegehren, die sich gegen alle Mitglieder einer Kollegialbehörde richten, entscheidet die in der Sache zuständige Rechtsmittelbehörde (Art. 9 Abs. 2 VRPG⁶). Die Beschwerdeführerin stellt ihr Ablehnungsbegehren im Zusammenhang mit dem sistierten Baubewilligungsverfahren für den Antennentausch, an welchem sie als Baugesuchstellerin beteiligt ist. Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Bauentscheide ist die BVD zuständig (Art. 40 Abs. 1 BauG⁷). Sie ist somit auch für die Behandlung des Ablehnungsbegehrens zuständig, welches sämtliche Mitglieder der zuständigen Baubewilligungsbehörde betrifft (vgl. Gesuchsgegnerschaft 1 bis 5). Die Beschwerdeführerin hat mit der angefochtenen Sistierungsverfügung Kenntnis von den Umständen erlangt, die bei ihr die Befürchtung der Befangenheit in die Mitglieder des Gemeinderats bewirkte. Die Beschwerdeführerin hat die Ablehnung innerhalb der Rechtsmittelfrist und somit rechtzeitig gerügt. Auf das Ablehnungsbegehren ist einzutreten.

1.2 Rechtliche Grundlagen zum Ausstand

a) Mindeststandards bezüglich der Ausstandspflicht von Gemeindeorganen setzt das übergeordnete Recht. Bei den Mitgliedern des Gemeinderats von Jaberg handelt es sich nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 30 BV⁸, sondern um Mitglieder einer Gemeindebehörde, bei denen die aus Art. 6 EMRK⁹ bzw. Art. 30 Abs. 1 BV ableitbaren Ansprüche auf ein unparteiliches Gericht nicht anwendbar sind. Wann Mitglieder einer Verwaltungsbehörde in den Ausstand zu treten haben, ergibt sich aus dem anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht und aus den aus Art. 29 Abs. 1 BV herleitbaren Grundsätzen.¹⁰ Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Die allgemeine Verfahrensgarantie auf «gleiche und gerechte Behandlung» gewährt als Teilgehalt den Anspruch auf Unbefangenheit der Entscheidungsträger

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

¹⁰ Vgl. BGer 1C_413/2021 vom 14. Juni 2013 E. 4.4.1.

der Verwaltung.¹¹ In Analogie zu Art. 30 Abs. 1 BV verpflichtet Art. 29 Abs. 1 BV eine Amtsperson zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken.¹²

b) Auf kantonaler Ebene ist der Anspruch auf Unbefangenheit der Entscheidungsträger der Verwaltung – soweit hier von Interesse – in den Art. 9 VRPG und Art. 47 GG¹³ geregelt. Im Vergleich zu den allgemeinen Ausstandsregeln gemäss Art. 9 VRPG gelten auf kommunaler Ebene tendenziell mildere Ausstandsregeln.¹⁴ Nach Art. 47 Abs. 1 GG ist, wer an einem Geschäft unmittelbar persönliche Interessen hat, bei dessen Behandlung ausstandspflichtig. Ausstandspflichtig ist gemäss Art. 47 Abs. 2 GG ebenfalls, wer mit einer Person in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis dem dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden ist (Bst. a) oder diese Person gesetzlich, statutarisch oder vertraglich vertritt (Bst. b).

c) Die Umschreibung der Ausstandsgründe in der Regelung von Art. 47 GG wird von der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Grundgarantie von Art. 29 BV als zu eng erachtet.¹⁵ So hat das Bundesgericht aus dem Anspruch von Art. 29 Abs. 1 BV auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren auch für Gemeindebehörden einen Anspruch auf ein gewisses Mass an Unvoreingenommenheit und Unbefangenheit abgeleitet, so dass ein Mitglied einer Gemeindebehörde wegen besonderer Beziehungsnähe zu einer Partei oder wegen Vorbefassung mit der Streitsache befangen sein kann.¹⁶ Die kommunale Regelung von Art. 47 GG ist daher verfassungskonform anzuwenden. Die Umschreibung der Ausstandspflicht in Art. 47 GG ist für die Mitglieder und Angestellten kommunaler Behörden demzufolge nicht abschliessend. Dies gilt jedenfalls, soweit Gemeinderats- und Kommissionsmitglieder sowie Gemeindepersonal Verfügungen im Sinne von Art. 49 VRPG zu erlassen haben, wozu auch Bauentscheide gehören. Eine Ausstandspflicht wurde vom Bundesgericht beispielsweise bejaht, wenn das betreffende Behördenmitglied seine persönliche Geringschätzung oder Abneigung gegenüber einer Verfahrenspartei zum Ausdruck gebracht hat oder wenn ihm Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die aufgrund ihrer Natur oder ihrer aussergewöhnlichen Häufung so krass sind, dass sie Rückschlüsse auf eine Befangenheit des Entscheidungsträgers zulassen.¹⁷ Auch eine Kombination verschiedener Umstände, die sich gegenseitig ergänzen und bedingen, kann eine Befangenheit begründen.¹⁸ Dabei ist es denkbar, dass jeder einzelne Umstand für sich genommen nicht die ausreichende Intensität aufweist, um eine Ausstandspflicht zu begründen. In der Gesamtschau kann jedoch die Besorgnis der Befangenheit begründet sein. Es sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art des Verfahrens und die Funktion der kommunalen Verwaltungsbehörde, zu berücksichtigen.¹⁹

¹¹ Vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329; vgl. Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 3).

¹² Vgl. BGE 127 I 196 E. 2b S. 198 f.

¹³ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11).

¹⁴ Vgl. Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl. 2021, S. 31.

¹⁵ Vgl. BGER 1C_413/2012 vom 14. Juni 2012 E. 5.3.2; Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 45.

¹⁶ Vgl. BGE 140 I 326 E. 5.

¹⁷ BGER 2C_1007/2013 vom 23. Mai 2014 E. 2.2, 1C_413/2012 vom 14. Juni 2013 E. 4.2, 2D_29/2009 vom 12. April 2011 E. 3.3, 2C_36/2010 vom 14. Juni 2010 E. 3.3; BGE 125 I 119 E. 3e.

¹⁸ Vgl. Schindler Benjamin, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Zürich – Basel – Genf 2002, S. 139.

¹⁹ Vgl. BGE 125 I 119 E. 3 f.; BGER 1P.96/2007 vom 26. März 2008 E. 5.4; BVR 2011 S. 128 E. 3.1

1.3 Befangenheit im konkreten Fall

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Gemeinderat sei in der Gesamtheit seiner Mitglieder als befangen zu qualifizieren. Zur Begründung führt sie aus, diese seien offensichtlich nicht bereit, die verbindlichen Anweisungen im Rückweisungsentscheid der BVD vom 21. Juni 2002 zu befolgen. Das Fachgutachten der zuständigen NIS-Fachstelle finde weiterhin und ungeachtet der klaren Anweisungen der BVD keinerlei Beachtung. Selbst das in der Zwischenzeit vorliegende höchstrichterliche Urteil des Bundesgerichts würden die Mitglieder des Gemeinderats mit der pauschalen Begründung übergehen, wonach die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seit dem Bauentscheid vom 14. Juni 2021 nach wie vor unverändert geblieben seien. Die Mitglieder des Gemeinderats seien nicht mehr imstande, den strittigen Antennentausch mit hinreichender Offenheit und Unabhängigkeit zu prüfen. Vielmehr verfolge der Gemeinderat Jaberg aufgrund persönlicher Ansicht einiger oder aller seiner Mitglieder eine Verzögerungstaktik, indem er sich über sämtliche gesetzliche Vorgaben und insbesondere auch über die verbindlichen Anweisungen der BVD sowie über die höchstrichterliche Rechtsprechung hinwegsetze, um den ihnen missliebigen Antennentausch zu verhindern. Das Baubewilligungsverfahren sei daher an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu überweisen. In der Stellungnahme vom 19. Juni 2023 ergänzte die Beschwerdeführerin, obwohl die Befangenheit von Herrn B. _____ von der BVD festgestellt worden sei, stütze sich der Gemeinderat in der Stellungnahme vom 9. Mai 2023 wiederholt auf dessen Ausführungen ab. Dieses Vorgehen des Gemeinderats verdeutliche dessen Befangenheit.

b) Der Gemeinderat Jaberg entgegnet in seiner Stellungnahme vom 19. Juni 2023, die Beschwerdeführerin begründe nicht, weshalb die einzelnen Mitglieder befangen sein könnten. Auch bringe die Beschwerdeführerin zu keinem einzigen Mitglied des Gemeinderats einen Ausstandsgrund vor. Weiter bemerkt der Gemeinderat, er setze sich im Gegensatz zur Beschwerdeführerin, die sich für die illegale Inbetriebnahme der rechtswidrigen Mobilfunkanlage strafrechtlich verantworten müsse, nicht über gesetzliche Vorgaben hinweg. Auch ist der Gemeinderat der Ansicht, er und seine Mitglieder würden sich in der Sache nicht befangen fühlen. Er könne nach wie vor frei erörtern und frei erwägen, wie er seine Funktion als Baubewilligungsbehörde wahrnehmen möchte. Er orientiere sich dabei an der geltenden Rechtsprechung und prüfe sämtliche Gesuche unvoreingenommen. Dies treffe auch auf die einzelnen Mitglieder zu, auf welche die gesetzlich vorgesehenen Ausstandsgründe nicht zutreffen würden. Schliesslich ist der Gemeinderat der Meinung, dass eine Überweisung des Baugesuchs an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland unzulässig sei. Auch die Gesuchsgegnerschaft 6 bis 13 lehnt in ihren Stellungnahmen eine Überweisung des Baugesuchs an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland ab.

c) Wie in Erwägung 1.2 dargelegt, ist die Umschreibung der Ausstandsgründe in Art. 47 GG im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Grundgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV verfassungskonform anzuwenden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als dem Gemeinderat als Baubewilligungsbehörde Entscheidbefugnis zukommt. Zu beachten ist weiter, dass den Baubewilligungsbehörden bei der Beurteilung von Baugesuchen kein unbeschränkter Ermessens- und Handlungsspielraum zusteht. Nach Art. 2 Abs. 1 BauG sind Bauvorhaben zu bewilligen, wenn sie den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den Vorschriften anderer Gesetze, die im Baubewilligungsverfahren zu prüfen sind, entsprechen, die öffentliche Ordnung nicht gefährden und keine Planungshindernisse im Sinne von Art. 36 und 62 BauG entgegenstehen. Als verfassungsrechtliches Minimum wird von den Gemeindebehörden mit Blick auf Art. 29 Abs. 1 BV – unabhängig von den Ausstandsregeln gemäss Art. 47 GG – somit ein gewisses Mass an Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit verlangt. Kern der Garantie der Unbefangenheit ist, dass sich die Mitglieder eines Entscheidträgers in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht bereits fest-

gelegt haben.²⁰ Die Besorgnis mangelnder Unvoreingenommenheit muss nach den konkreten Umständen als ernsthaft und begründet erscheinen.

d) In seiner Stellungnahme vom 19. Juni 2023 kritisiert der Gemeinderat, dass die Beschwerdeführerin nicht darlege, auf welche Personen die Vorwürfe betreffend die Befangenheit zutreffen würden. Er erklärte ferner, es sei richtig, dass die Sistierungsverfügung vom 28. März 2023 vom Gemeinderat als Kollegialbehörde beschlossen worden sei. Ob die Verfügung einstimmig gefasst worden sei oder nicht, spiele seiner Meinung nach keine Rolle, werde nicht protokolliert und dürfe vom Gemeinderat auch nicht offengelegt werden.

Welche Gemeinderatsmitglieder dem Beschluss für die Verfahrenssistierung genau zugestimmt haben, kann somit mangels Mitwirkung durch den Gemeinderat nicht geklärt werden. Dass die Beschwerdeführerin nicht darlegen kann, auf welche Gemeinderatsmitglieder der Vorwurf der Befangenheit genau zutrifft, wenn der Gemeinderat das Abstimmungsverhalten der Mitglieder nicht offenlegt, kann der Beschwerdeführerin somit nicht angelastet werden. Im Gegenteil: Die Fehlende Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung wirkt sich hier gestützt auf Art. 20 Abs. 1 VRPG zuungunsten der Gemeinde aus.²¹ Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Gemeinderat von Jaberg aus fünf Mitgliedern besteht, nämlich Frau D._____, Herrn E._____, Herrn F._____, Herrn J._____ und Frau L._____. Unbestritten ist auch, dass diese Mitglieder des Gemeinderats in Kenntnis des Bundesgerichtsentscheids 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 am 21. März 2023 beschlossen haben, das Baubewilligungsverfahren für den Antennentausch bis auf unbestimmte Zeit zu sistieren. Welche Gemeinderatsmitglieder dem Beschluss für die Verfahrenssistierung genau gefasst haben, kann und muss aufgrund der fehlenden Mitwirkung durch den Gemeinderat nicht näher geklärt werden. Entscheidend ist, dass von den insgesamt fünf Mitgliedern des Gemeinderats Jaberg mindestens drei Mitglieder dem Beschluss der Sistierung zugestimmt haben. Damit steht die Unparteilichkeit und die Unvoreingenommenheit derjenigen Gemeinderatsmitglieder von Jaberg infrage, die die Sistierung mit Mehrheitsentscheid beschlossen haben.

e) Aus der Erwägung 2.3.f folgt, dass die Verfahrenssistierung offensichtlich ohne hinreichende Gründe erfolgte und dieses verfahrensrechtliche Vorgehen das in Art. 29 Abs. 1 BV verankerte Beschleunigungsgebot verletzt. Bereits dieser gravierende Verfahrensfehler erscheint unter den gegebenen Umständen geeignet, den Anschein zu erwecken, dass sich alle oder die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats eine feste Meinung zum verfahrensgegenständlichen Antennentausch gebildet haben. Ob dies von den Gemeinderatsmitgliedern aus ihrer subjektiven Sicht anders empfunden wird, ist nach der Rechtsprechung für die Beurteilung unerheblich.²² Erforderlich ist das Vorliegen objektiver Gründe, wie sie hier gegeben sind. Die Argumentation des Gemeinderats in der Stellungnahme vom 19. Juni 2023, er und seine Mitglieder würden sich in der Sache nicht befangen fühlen, erweist sich damit als unbehilflich.

f) Hinzu kommt, dass eine Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats in der Stellungnahme vom 9. Mai 2023 die Sistierung des Verfahrens wörtlich mit Argumenten aus dem von Herrn B._____ verfassten Dokument «Irreführung der Gemeinden durch die Medien und kantonalen Vollzugsbehörden vom 31. März 2023» begründete. Herr B._____ wurde von der BVD in seiner Funktion als «externer Experte» im hängigen Baubewilligungsverfahren als befangen erklärt.²³ Er ist Mitbegründer des Komitees «Stop 5G in Q._____», hat sich öffentlich gegen die Erteilung von Baubewilligungen für adaptive Antennen für den 5G-Betrieb ausgesprochen, publi-

²⁰ Vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2.

²¹ Vgl. auch Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20 N. 6.

²² Vgl. BVR 2015 S. 213 E. 3.1.

²³ Vgl. BVD 110/2021/115 vom 21. Juni 2022.

ziert seine ablehnende Haltung gegenüber adaptiven Antennen für den 5G-Betrieb auf der Webseite des mobilfunkkritischen «Schweizerischen Vereins WIR» und tritt auch als dessen Referent an «5G-Informationsveranstaltungen» auf.²⁴ Wider besseres Wissen begründete eine Mehrheit des Gemeinderats Jaberg in der Stellungnahme vom 9. Mai 2023 die Sistierung des Verfahrens erneut mit Argumenten von Herrn B._____. Dies obwohl auch der vom Gemeinderat selbst zur Rechtsberatung beigezogene Anwalt, Herrn N._____, ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass in der Begründung eines allfälligen Bauentscheids die Argumente von Herrn B._____ «geflissentlich» weggelassen werden sollen. Dies geht aus dem Protokollauszug der ausserordentlichen Gemeinderatssitzung vom 27. Juni 2022 hervor, an der alle Gemeinderatsmitglieder teilgenommen haben.²⁵ Dass eine Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats in der Stellungnahme vom 9. Mai 2023 die Sistierung des Verfahrens wiederum wörtlich mit den Argumenten von Herrn B._____ begründete, ist ein weiteres Indiz, das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats weckt. Weiter ist aktenkundig, dass sich Herr B._____ anlässlich der Gemeinderatssitzung vom 27. April 2021, an welcher das Baugesuch für den umstrittenen Antennenersatz behandelt wurde, vor Ort persönlich bei den Gemeinderatsmitgliedern für den «bisherigen Erfolg» in Sachen Mobilfunkanlage bedankte und die Wichtigkeit der Rolle der Gemeinde Jaberg als Baupolizeiorgan betonte.²⁶ Die Chronologie des Baubewilligungsverfahrens zeigt, dass ernsthaft zu befürchten ist, dass die Mehrheit des Gemeinderats bei der Beurteilung des Baugesuches nicht bereit ist, sich von der Sichtweise von Herrn B._____ zu lösen, sondern weiterhin auf dessen vorgefasste Meinung zurückgreifen wird.

g) Der Anschein der Befangenheit der Gemeinderatsmitglieder wird durch die Ausführungen des Gemeinderats in der Stellungnahme vom 19. Juni 2023 weiter bestärkt. Zum einen setzen sich die Mitglieder des Gemeinderats darin nicht ernsthaft mit der umstrittenen Rechtsfrage auseinander, ob ein Sistierungsgrund nach Art. 38 Abs. 1 VRPG vorliegt (vgl. Erwägung 2.3). Ihre Argumentation läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass sie den fraglichen Antennentausch aus materiellen Gründen ablehnen. Das geht besonders aus der Formulierung, wonach angeblich die notwendigen Grundlagen für die Beurteilung der adaptiven Antennen nicht vorliegen würden, hervor. Damit bringt die Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder ihre grundsätzlich ablehnende Haltung gegenüber dem Baugesuch für den Antennentausch noch vor dem Endentscheid offen zum Ausdruck.

h) Weiter zeigt die Stellungnahme vom 19. Juni 2023, dass sich die Angelegenheit zwischen der Beschwerdeführerin und den Mitgliedern des Gemeinderats auf eine emotionale Ebene verlagert hat. So hält der Gemeinderat in der Stellungnahme vom 19. Juni 2023 fest, dass er die Vorwürfe der Beschwerdeführerin als falsch und ehrverletzend erachte. Er lasse sich diese Vorwürfe der Beschwerdeführerin nicht gefallen. Er werde deshalb prüfen, ob die Beschwerdeführerin auch für diese Verfehlung strafrechtlich verfolgt werden müsse. Darüber hinaus findet sich in der Stellungnahme vom 19. Juni 2023 folgende Bemerkung:

«Der Gemeinderat behält sich zudem vor, eine Anzeige bei den Bundesbehörden zu erstatten. Es gilt zu prüfen, ob es sich bei den Verfehlungen in Jaberg um einen Einzelfall handelt oder nicht. Letzteres könnte den Entzug der Konzession zur Folge haben. Die Beschwerdeführerin sollte keine Steine werfen, solange sie im Glashaus sitzt»

i) Diese emotional geprägten Äusserungen des Gemeinderats deuten darauf hin, dass die Angelegenheit zwischen den Gemeinderatsmitgliedern und der Beschwerdeführerin inzwischen eine persönliche Dimension erreicht hat, die ebenfalls Zweifel an der Unbefangenheit der Gemeinderatsmitglieder aufkommen lässt. Auch wenn dieser Umstand für sich allein genommen noch

²⁴ Vgl. www.vereinwir.ch/5g-elektrosmog (letztmals am 22. November 2023 besucht).

²⁵ Vgl. Register 1, pag. 46 in den Vorakten der Gemeinde Jaberg.

²⁶ Vgl. Register 3, pag. 91 in den Vorakten der Gemeinde Jaberg.

keine Intensität erreicht, die zwingend eine Ausstandspflicht begründen würde. In einer Gesamtbetrachtung und im Zusammenwirken mit der grundlosen Sistierungsverfügung, der Rechtsverzögerung und dem wiederholten Rückgriff auf die vorgefasste Meinung von B._____ erwecken die genannten Äusserungen dennoch den Anschein mangelnder Unbefangenheit der Gemeinderatsmitglieder.

j) Aus dem Gesagten folgt, dass bei objektiver Betrachtung zu befürchten ist, dass die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats nicht mehr in der Lage ist, das Baugesuch für den hier strittigen Antennentausch hinreichend offen und unabhängig zu prüfen. Es bestehen konkrete Anzeichen dafür, dass eine neutrale und unvoreingenommene Behandlung des Baugesuchs für den strittigen Antennentausch nicht mehr gewährleistet ist. Unter diesen Umständen hätte die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV, der auch bei kommunalen Verwaltungsbehörden ein Mindestmass an Unvoreingenommenheit und Unbefangenheit verlangt, im Baubewilligungsverfahren in den Ausstand treten müssen. Der gegenteiligen Auffassung des Gemeinderats von Jaberg kann nicht gefolgt werden. Das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin ist somit begründet. Eine unter Missachtung der Ausstandsvorschriften zustande gekommene Verfügung ist grundsätzlich unabhängig von ihrer inhaltlichen Richtigkeit und ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber aufzuheben. Im vorliegenden Fall entfällt die Möglichkeit, den Verstoss gegen die Ausstandspflicht im Rechtsmittelverfahren zu heilen. Das Ablehnungsbegehren ist demzufolge gutzuheissen. Die Sistierungsverfügung der Gemeinde Jaberg vom 28. März 2023 ist aufzuheben.

k) Ist, wie hier, die Mehrheit einer Kollegialbehörde ausstandspflichtig, so ist diese nicht mehr beschlussfähig. Mangels Beschlussfähigkeit des Gemeinderats ist zu entscheiden, wer für die Behandlung des hängigen Baugesuches zuständig ist. Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD²⁷ bezeichnet die Regierungsstatthalterin oder den Regierungsstatthalter generell dann für zuständig, wenn die Gemeinde befangen ist, weil das Bauvorhaben für ihre eigenen Zwecke bestimmt ist. Gemäss der Praxis der BVD gilt die Zuständigkeitsregel von Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD sinngemäss auch in Konstellationen, in denen eine Kollegialbehörde wegen Befangenheit nicht mehr beschlussfähig ist.²⁸ Demzufolge ist vorliegend die Regierungsstatthalterin des Verwaltungskreises Bern-Mittelland für die Behandlung des Baugesuchs für den streitigen Antennentausch zuständig. Entgegen der Auffassung des Gemeinderats Jaberg und der Gesuchsgegnerschaft 6 bis 13 ist es gestützt auf Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD zulässig, das Baubewilligungsverfahren Nr. 868-20.327 an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu überweisen. Die Gemeinde Jaberg wird angewiesen, dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland die Baugesuchsunterlagen im Original nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids umgehend zu übermitteln.

2. Beschwerde gegen Sistierungsverfügung

2.1 Eintreten

a) Für die Beurteilung der Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung ist ebenfalls die BVD zuständig (Art. 40 Abs. 1 BauG).

b) Aus der Erwägung 1.3 ergibt sich zwar, dass die Sistierungsverfügung vom 28. März 2023 bereits aus formellen Gründen (Verletzung der Ausstandspflicht) aufzuheben ist. Damit erübrigt sich grundsätzlich eine weitere Überprüfung der Sistierungsverfügung. Da im vorliegenden Fall jedoch ein enger Sachzusammenhang zwischen der Verletzung der Ausstandspflicht und der Feh-

²⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

²⁸ Vgl. BVD 190/1998/17003 vom 9. Februar 1998.

lerhaftigkeit der Sistierungsverfügung besteht, ist es gerechtfertigt, die angefochtene Sistierungsverfügung einer materiellen Überprüfung zu unterziehen. Insofern besteht ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung, zumal die Beschwerdeführerin auch eine Rechtsverzögerung rügt.

c) Die übrigen Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Insoweit ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde der Beschwerdeführerin einzutreten.

2.2 Rechtliche Grundlage für eine Verfahrenssistierung

Die Verfahrenseinstellung erfordert einen Sistierungsgrund.²⁹ Nach Art. 38 Abs. 1 VRPG kann die instruierende Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im anderen Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Ausdrücklich zugelassen ist die Verfahrenseinstellung somit, wenn über die gleiche Rechtsfrage in einem anderen Verfahren zu entscheiden ist. Dieser Sistierungsgrund beruht auf prozessökonomischen Überlegungen. Die Behörde verfügt im Zusammenhang mit Sistierungsentscheiden über einen relativ grossen Ermessensspielraum. Sie muss diesen Handlungsspielraum aber sachgerecht und pflichtgemäss ausfüllen. Dabei sind die betroffenen Interessen zu berücksichtigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Sistierung eines Verfahrens die Ausnahme sein; im Zweifelsfall geht daher das Beschleunigungsgebot den entgegenstehenden Interessen vor.³⁰

2.3 Rechtmässigkeit der Sistierung

a) Nach den Akten präsentiert sich die Situation wie folgt: Am 22. Februar 2019 erteilte das AUE auf Basis des im Rahmen des Meldeverfahrens (sog. «Bagatellverfahren») neu eingereichten Standortdatenblattes die Zustimmung für einen Antennentausch und für eine Umverteilung der Sendeleistung zwischen den bisher genutzten und den neuen Frequenzbändern. Die Beschwerdeführerin tauschte danach die alten Sendeantennen durch neue aus. Der Gemeinderat Jaberg teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 30. April 2020 daraufhin mit, dass für die neuen Sendeantennen keine rechtsgültige Bau- und Betriebsbewilligung vorliege, weshalb sie unverzüglich ein Benützungsverbot für den Mobilfunkdienst 5G erlassen werde. Die Beschwerdeführerin reichte hierauf am 22. Juni 2020 für den Antennenaustausch freiwillig ein nachträgliches Bauge-such ein. Dieses umfasst gemäss dem Standortdatenblatt vom 19. Oktober 2020 (Revision 2.2) Antennenkörper des Typs Huawei «AOC4518R8v06». Die Antennen sollen in den Frequenzen 700 – 900 MHz, 1400 – 2600 MHz und 3600 MHz betrieben werden. Vorgesehen ist gemäss dem Standortdatenblatt ein Sendebetrieb ohne Berücksichtigung von Korrekturfaktoren. Aus dem Standortdatenblatt geht zudem hervor, dass für die zwei Antennen im Frequenzband 3600 MHz eine Sendeleistung von je 1000 Watt ERP beantragt ist. Der fragliche Antennentyp weist zudem lediglich vier Subarrays (sog. Beams) auf, weshalb die Nutzung eines Korrekturfaktors aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist (vgl. Ziffer 63 Abs. 2 Anhang 1 NISV³¹). Weiter ist aktenkundig, dass die Beurteilung, ob die geänderte Anlage an den Orten für den kurzfristigen Aufenthalt (OKA) den Immissionsgrenzwert und an den Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) den Anlagegrenzwert gemäss NISV einhält, auf der Basis eines «worst-case-Szenarios» erfolgte.

²⁹ Vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 4.

³⁰ Vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 25.

³¹ Verordnung des Bundesrats vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710).

b) Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern und die BVD haben aufgrund des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens 1C_100/2021 (Fall Steffisburg) ab April 2021 zahlreiche Beschwerdeverfahren sistiert, die Mobilfunkanlagen mit adaptiven 5G-Antennen ohne Korrekturfaktor in einem Baubewilligungsverfahren zum Gegenstand hatten, weil sich in diesen Verfahren die gleichen Rechtsfragen stellten wie im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren. Umstritten war insbesondere die rechtliche Beurteilung der Strahlenbelastung von adaptiven Sendeantennen nach einer «worst case»-Betrachtung für 5G-Funkdienste ohne Anwendung des Korrekturfaktors sowie deren grundsätzliche Zulässigkeit im Rahmen der bestehenden umweltrechtlichen Vorschriften. Ebenso strittig war der Vollzug, insbesondere die Tauglichkeit des Qualitätssicherungssystems (QS-System) sowie die Abnahmemessungen beim Einsatz von adaptiven Sendeantennen nach dem «worst-case-Szenario».

c) Diese strittigen Rechtsfragen wurden vom Bundesgericht im Leitentscheid 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023, das am 17. März 2023 veröffentlicht wurde, ausführlich behandelt und die Beschwerde abgewiesen. Das Bundesgericht stellte fest, dass die geltenden Immissions- und Anlagegrenzwerte gemäss der NISV auf wissenschaftlichen Grundlagen beruhen und unabhängig vom aufgeschalteten Mobilfunkdienst (2G, 3G, 4G oder 5G) gelten.³² Weiter kam es in der Erwägung 5 zum Schluss, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Fachbehörden des Bundes oder der Bundesrat eine Anpassung der Grenzwerte hätten beantragen oder vornehmen müssen. Auch stellt es in der Erwägung 8 fest, dass sich die vom METAS empfohlene Messmethode zum heutigen Zeitpunkt als tauglich erweise. Schliesslich befand es in der Erwägung 9, zum heutigen Zeitpunkt bestehe keine Veranlassung, die Tauglichkeit der QS-Systeme zu verneinen. In der Folge haben das Verwaltungsgericht und die BVD die aufgrund des Leiturteils des Bundesgerichts 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 sistierten Beschwerdeverfahren wiederaufgenommen, weil der Sistierungsgrund nach Art. 38 Abs. 1 VRPG weggefallen ist.

d) Demgegenüber hat die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats von Jaberg in Kenntnis des Leiturteils des Bundesgerichts 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 an seiner Sitzung vom 21. März 2023 beschlossen, das hängige Baubewilligungsverfahren zu sistieren.³³ Zur Begründung hielten sie in der angefochtenen Sistierungsverfügung fest, sowohl das Verwaltungsgericht wie auch die BVD hätten mehrere ähnliche Verfahren sistiert. Weiter bemerkten sie, obwohl in der Zwischenzeit das Bundesgerichtsurteil zugunsten der Anlagebetreiberin ausgefallen sei, seien die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seit dem Bauentscheid vom 14. Juni 2021 des Gemeinderats nach wie vor unverändert. Das Bundesgericht habe sich zum Vollzug nicht geäussert. Zudem würden keine neuen Erkenntnisse über die Messweise der Strahlenbelastung von 5G-Mobilfunkantennen vorliegen.

e) Soweit eine Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder in der angefochtenen Sistierungsverfügung vom 28. März 2023 der Meinung ist, sowohl die BVD und das Verwaltungsgericht hätten ebenfalls mehrere ähnliche Verfahren sistiert, ist ihre Auffassung seit dem Leiturteil 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 überholt. Die Situation hat sich mit dem Bundesgerichtsurteil vom 14. Februar 2023 in verfahrensrechtlicher Hinsicht grundlegend verändert. Mit dem Leiturteil des Bundesgerichts ist der Sistierungsgrund von Art. 38 Abs. 1 VRPG, wonach sich in einem anderen Verfahren die gleiche Rechtsfrage stellt, offenkundig weggefallen. Dass die Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder in Kenntnis des Bundesgerichts das Baubewilligungsverfahren für den strittigen Antennentausch trotzdem bis auf unbestimmte Zeit sistierte, ist aus rechtlicher Sicht unhaltbar.

f) Die Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderats begründet in der angefochtenen Sistierungsverfügung nicht weiter, weshalb ein Sistierungsgrund nach Art. 38 Abs. 1 VRPG vorliegt, sondern

³² Vgl. BGer 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 4.

³³ Vgl. Register 1, pag. 25 ff. in den Vorakten der Gemeinde Jaberg.

führt pauschal aus, dass die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seit dem Bauentscheid vom 14. Juni 2021 des Gemeinderats nach wie vor unverändert seien. Abgesehen davon, dass es sich bei dieser Argumentation um eine materielle Beurteilung handelt, steht diese in Widerspruch zum Leiturteil des Bundesgerichts. Im vorliegenden Fall umfasst das streitgegenständliche Baugesuch gleich wie im Leiturteil des Bundesgerichts adaptive Sendeantennen, wobei ein Korrekturfaktor im Frequenzband 3600 MHz weder beantragt noch aus rechtlichen Gründen angewendet werden kann. Denn die umstrittene Sendeantenne verfügt nur über vier Subarrays bzw. separate Beams. Die Gemeinderatsmitglieder setzten sich nicht mit den tatsächlichen technischen und rechtlichen Gegebenheiten der verfahrensgegenständlichen Sendeantenne auseinander. Vielmehr kritisieren sie in genereller Art und Weise die Anwendung des Korrekturfaktors bei adaptiven Sendeantennen gemäss der revidierten Bestimmung in Ziffer 63 Anhang 1 NISV, obwohl im hängigen Baubewilligungsverfahren der Korrekturfaktor kein Thema ist. Entgegen der Darstellung des Gemeinderats bzw. der Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder hat das Bundesgericht die Berechnung der Strahlenbelastung von adaptiven Sendeantennen nach einer «worst case»-Betrachtung für 5G-Funkdienste ohne Anwendung des Korrekturfaktors ausdrücklich als zulässig befunden.³⁴ Es hat sich auch zum Vollzug geäussert: So besteht gemäss dem Bundesgericht keine Veranlassung, die Tauglichkeit der QS-Systeme zu verneinen.³⁵ Auch können gemäss dem Leiturteil Abnahmemessungen durchgeführt werden. Durch die Abnahmemessungen wird ausserdem dem Fehlen der Berücksichtigung der Reflexionen im Freiraumausbreitungsmodell bzw. dessen Schwächen Rechnung getragen.³⁶ Ebenso befand das Bundesgericht, dass der Betrieb von adaptiven Sendeantennen ohne Aufschaltung des Korrekturfaktors das Vorsorgeprinzip nicht verletzt.³⁷ Obwohl hier in fachtechnischer Hinsicht ein mit dem Leiturteil des Bundesgerichts vergleichbarer Sachverhalt im hängigen Baubewilligungsverfahren vorliegt und das Verwaltungsgericht und die BVD in vergleichbaren Beschwerdefällen die Verfahrenssistierung mangels Sistierungsgrund aufgehoben haben, hat der Gemeinderat bzw. die Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder die Sistierung des Baubewilligungsverfahrens ohne Sistierungsgrund und mit einer dem Bundesgerichtsurteil widersprechenden Begründung verfügt. Dieses verfahrensrechtliche Vorgehen stellt einen krassen Verfahrensfehler dar, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Rückschlüsse auf die Befangenheit der Mitglieder des Gemeinderats zulässt.³⁸ Eine unberechtigte Sistierung stellt auch immer eine Rechtsverzögerung dar.³⁹ Die ungerechtfertigte Verfahrenssistierung verstösst daher auch gegen die grundlegende Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV, die den Parteien eines Verfahrens das Recht auf einen begründeten Entscheid innert angemessener Frist gibt. Die Beschwerde gegen die Sistierungsverfügung ist somit gutzuheissen.

g) Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gemeindeorgane und das Gemeindepersonal nach Art. 80 Abs. 1 GG ihre Amtspflichten gewissenhaft und sorgfältig zu erfüllen haben. Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob das Verhalten des Gemeinderats Jaberg und dessen Mitglieder mit der Regelung von Art. 80 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die zuständige kantonale Stelle leitet zudem von Amtes wegen eine Untersuchung ein, wenn der Verdacht besteht, dass durch rechtswidriges Handeln der Gemeindeorgane oder auf andere Weise ernsthaft die ordnungsgemässe Verwaltung gestört oder gefährdet wird (Art. 88 Abs. 1 Bst. a GG). Die Regierungsratspräsidentin des Verwaltungskreises Bern-Mittelland ist die zuständige Aufsichts- und Disziplinarbehörde der Gemeinde Jaberg (Art. 81 Abs. 2 Bst. b GG und Art. 87 Abs. 1 Abs. GG). Sie kann im vorliegenden Fall prüfen und entscheiden, ob im Zusammenhang mit dem hängigen Baubewilligungsverfahren gegen den Gemeinderat Jaberg und seine Mitglieder aufsichts- oder disziplinarrechtliche Massnahmen ergriffen werden müssen.

³⁴ Vgl. BGer 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 6.

³⁵ Vgl. BGer 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 9.

³⁶ Vgl. BGer 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 8.

³⁷ Vgl. BGer 1C_100/2021 vom 14. Februar 2023 E. 5.

³⁸ Vgl. BGer 2C_1007/2013 vom 23. Mai 2014 E. 2.2 mit Hinweisen.

³⁹ Vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 24.

3. Sistierung des Beschwerdeverfahrens

a) In ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2023 beantragt die Gemeinde Jaberg, das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren. Dies mit der Begründung, dass aufgrund einer angeblichen rechtswidrigen Wiederinbetriebnahme der Antennenanlage an der H._____strasse 4 ein Strafverfahren hängig sei. Aus dem Devolutiveffekt des Strafverfahrens ergebe sich, dass das Beschwerdeverfahren zwingend sistiert werden müsse. Die Gemeinde verweist dabei in ihrer Stellungnahme auf eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft vom 19. Dezember 2022, welche die Gemeinde nicht zu den Akten reichte, obwohl sie diese in der Stellungnahme vom 9. Mai 2023 als Beweismittel aufführte.

b) Wie erwähnt, kann die instruierende Behörde nach Art. 38 Abs. 1 VRPG von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im anderen Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist.

c) Die Voraussetzungen von Art. 38 Abs. 1 VRPG für eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens sind vorliegend nicht erfüllt. Inwiefern ein angebliches Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin das hängige Beschwerdeverfahren beeinflussen könnte, ist weder dargetan noch ersichtlich. Zu beurteilen sind hier ein Ablehnungsbegehren und eine Beschwerde gegen eine Sistierungsverfügung in einem Baubewilligungsverfahren für einen Antennentausch, während in einem allfälligen Strafverfahren untersucht wird, ob eine bestimmte beschuldigte Person möglicherweise eine strafbare Handlung begangen hat. In den zwei genannten Verfahren stehen somit komplett unterschiedliche Verfahrensgegenstände zur Diskussion. Da die BVD keine Strafbehörde nach Art. 12 und 13 StPO⁴⁰ ist, stellen sich ihr im Beschwerdeverfahren auch andere Rechtsfragen. Im hängigen Beschwerdeverfahren muss daher weder ein Entscheid in einem allfälligen Strafverfahren abgewartet werden, noch würde sich in einem allfälligen Strafverfahren die gleiche Rechtsfrage stellen, über die hier zu befinden ist. Nicht nachvollziehbar ist schliesslich die Argumentation der Gemeinde, aus dem Strafverfahren ergebe sich ein Devolutiveffekt, der für eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens genüge. Der so genannte Devolutiveffekt besagt, dass die Zuständigkeit, sich als Rechtsmittelinstanz mit der Verfügung oder einem anderen Akt zu befassen, auf die Rechtsmittelbehörde übergeht, soweit die Sache angefochten worden ist.⁴¹ Ein Devolutiveffekt im Strafverfahren, d.h., wenn ein allfälliges Urteil einer Strafbehörde an die nächste Rechtsmittelbehörde weitergezogen wird, kann hier im Beschwerdeverfahren von vornherein kein Sistierungsgrund begründen, da in einem allfälligen Strafverfahren und im hängigen Beschwerdeverfahren unterschiedliche Verfahrensgegenstände zur Debatte stehen.

⁴⁰ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

⁴¹ Vgl. Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 60 N. 30 f.

4. Kosten im Ablehnungs- und Beschwerdeverfahren

4.1 Ablehnungsverfahren

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Gestützt auf Art. 14 Abs. 1 GebV⁴² i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Bst. c GebV wird im Ablehnungsverfahren eine Gebühr von CHF 1200.00 erhoben.

b) Der vorliegende Entscheid über das Ablehnungsgesuch erging in einem Verwaltungsverfahren nach Art. 107 VRPG. Art. 107 Abs. 1 VRPG enthält keine eigene Regelung zur Verlegung der Verfahrenskosten. Die Kostentragungspflicht nach Art. 107 Abs. 1 VRPG beruht auf dem Verursacherprinzip.⁴³ Die Beschwerdeführerin und die Gesuchsgegnerschaft 6 bis 13 gelten vorliegend nicht als Verursacher. Sie haben die Verletzung der Ausstandspflicht nicht zu vertreten. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.00 können ihnen daher nicht auferlegt werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Art. 108 Abs. 2 VRPG die Behörden bzw. Verwaltungsträger von der Kostenpflicht befreit, wenn effektiv behördlich gehandelt wird. Die Kostenbefreiung für Behörden gilt nach der Regelung von Art. 108 Abs. 2 VRPG zwar im Beschwerdeverfahren. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich aber, die Regelung von Art. 108 Abs. 2 VRPG im Verwaltungsverfahren analog auch auf die Mitglieder des Gemeinderats Jaberg anzuwenden, welche mit dem Erlass der Sistierungsverfügung behördlich gehandelt haben. Unter den gegebenen Umständen ist es somit nicht gerechtfertigt, die Verfahrenskosten von CHF 1200.00 den Mitgliedern des Gemeinderats aufzuerlegen. Der Kanton trägt daher die Verfahrenskosten des Ablehnungsverfahrens von CHF 1200.00.

c) Im Ablehnungsverfahren besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG). Es werden deshalb keine Parteikosten gesprochen.

4.2 Beschwerdeverfahren

a) Im Beschwerdeverfahren gegen die Sistierungsverfügung bestehen die Verfahrenskosten ebenfalls aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.00 bis CHF 4000.00 je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV). Vorliegend wird die Pauschale auf CHF 800.00 festgelegt.

b) Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten nach Art. 108 Abs. 1 VRPG 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. Parteien im Beschwerdeverfahren sind die Beschwerdeführerin und die Gemeinde Jaberg. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin. Da der Gemeinde im Beschwerdeverfahren keine Kosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG), trägt der Kanton die Verfahrenskosten von CHF 800.00.

c) Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Parteikosten werden vom Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin auf insgesamt CHF 3727.30 (Honorar: CHF 3360.00, Kleinspesenpauschale: CHF 100.80, Mehrwertsteuer: CHF 266.50) beziffert. Sie gibt grundsätzlich zu keinen Bemerkungen Anlass.

⁴² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

⁴³ Vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 107 N. 1; siehe auch Markus Müller, a.a.O., S. 271.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch mehrwertsteuerpflichtig⁴⁴ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte 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 Verwaltungsgerichts⁴⁵ ist deshalb die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer von CHF 266.50 bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen, womit sich die Parteikosten auf CHF 3460.80 belaufen. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass in der Kostennote nicht zwischen dem Ablehnungsverfahren und dem Beschwerdeverfahren unterschieden wird. Es erscheint hier gerechtfertigt, je die Hälfte der Parteikosten von CHF 3460.80, ausmachend CHF 1730.40, dem Ablehnungsverfahren und dem Beschwerdeverfahren zuzuordnen. Die Parteikosten im Beschwerdeverfahren werden somit auf CHF 1730.40 (inkl. Auslagen und exkl. MWSt) festgesetzt.

d) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wett-schlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Vorliegend hat die Gemeinde Jaberg offenkundig eine rechts-widrige Sistierungsverfügung erlassen, was einen krassen Verfahrensfehler darstellt. Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, die Parteikosten der Beschwerdeführerin im Betrag von CHF 1730.40 (inkl. Auslagen und exkl. MWSt) der Gemeinde Jaberg zur Bezahlung aufzuerlegen.

⁴⁴ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>.

⁴⁵ Vgl. VGE 2013/137 vom 26. Mai 2014 E. 6.

III. Entscheid

1. Der Antrag der Gemeinde Jaberg auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens wird abgewiesen.
2. Ablehnungsverfahren
 - 2.1 Das Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin gegen die Mitglieder des Gemeinderats von Jaberg wird gutgeheissen. Der Sistierungsverfügung der Gemeinde Jaberg vom 28. März 2023 wird aufgehoben.
 - 2.2 Das Baubewilligungsverfahren Nr. 868-20.327 wird an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland überwiesen. Die Gemeinde Jaberg wird angewiesen, die Baubewilligungsakten Nr. 868-20.327 nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids im Original an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu übermitteln.
 - 2.3 Für das Ablehnungsverfahren werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
3. Beschwerdeverfahren
 - 3.1 Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Sistierungsverfügung der Gemeinde Jaberg vom 28. März 2023 wird gutgeheissen.
 - 3.2 Für das Beschwerdeverfahren werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 - 3.3 Die Gemeinde Jaberg hat der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die Parteikosten im Betrag von CHF 1730.40 (inkl. Auslagen und exkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt Dr. A. _____, eingeschrieben
- Gemeinderat der Gemeinde Jaberg für sich und die einzelnen Mitglieder des Gemeinderats, eingeschrieben
- Frau und Herr I. _____, eingeschrieben
- Frau und Herr K. _____, eingeschrieben
- Frau und Herr M. _____, eingeschrieben
- Frau und Herr O. _____, eingeschrieben
- Gemeinde Jaberg, eingeschrieben
- 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. 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.