



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2024/50

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 23. Oktober 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer

und

D._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. A._____ und/oder Herrn Rechtsanwalt
B._____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Büren an der Aare, Bauverwaltung, Kreuzgasse 32,
Postfach 161, 3294 Büren an der Aare

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Büren an der Aare vom
27. September 2024 (Änderung Mobilfunkanlage; Instruktionsverfügung)

I. Sachverhalt

1. Das Regierungsstatthalteramt Büren (heute: Regierungsstatthalteramt Seeland) bewilligte der Beschwerdegegnerin mit Gesamtentscheid vom 26. Juni 2003 den Neubau einer Mobilfunkanlage auf dem auf der Parzelle Büren an der Aare Grundbuchblatt Nr. H._____ stehenden Silogebäude der «E._____». Am 11. März 2011 erteilte ihr die Gemeinde Büren an der Aare die Baubewilligung für den Umbau der bestehenden Mobilfunkanlage. Das Amt für Umwelt und Energie (AUE), Abteilung Immissionsschutz, stimmte am 30. Juni 2020 dem Austausch der bewilligten Sendeantennen durch neuere Antennenmodelle im Rahmen des Meldeverfahrens (sog. Bagatellverfahren) zu.

2. Mit Schreiben vom 23. September 2020 forderte der Beschwerdeführer die Gemeinde auf, von der Beschwerdegegnerin ein nachträgliches Baugesuch zu verlangen und ein Benützungsverbot für den Mobilfunkdienst New Radio (5G) zu erlassen. Die Gemeinde Büren an der Aare trat mit Verfügung vom 22. Februar 2021 auf das «Gesuch um Wiederherstellung bzw. Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens» des Beschwerdeführers nicht ein. In derselben Verfügung

stellte sie fest, dass die per Ende August 2020 vorgenommenen Änderungen an der Mobilfunkantenne keiner Baubewilligung bedürften. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 26. Februar 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Diese wies die Beschwerde mit Entscheid vom 24. September 2021 ab. Gegen den Entscheid der BVD erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 9. Oktober 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Am 9. November 2022 stimmte das AUE während des hängigen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens der Anwendung des Korrekturfaktors für die adaptiven Antennen im Frequenzband 3600 Megahertz (MHz) zu. Mit Urteil 2021/300 vom 21. August 2023 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers dahingehend gut, dass es den Entscheid der BVD aufhob und ihr die Sache zur weiteren Behandlung im Sinne der Erwägungen zurückwies. Im Übrigen wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

3. In der Folge nahm das Rechtsamt der BVD das Verfahren mit Verfügung vom 10. Oktober 2023 wieder auf. Mit Entscheid vom 18. Dezember 2023 hiess die BVD die Beschwerde gut, hob die Verfügung der Gemeinde Büren an der Aare vom 22. Februar 2021 auf und wies die Sache zur Weiterführung des Wiederherstellungsverfahrens an die Gemeinde zurück. Dagegen erhob die Beschwerdegegnerin am 16. Januar 2024 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Nachdem das Bundesgericht im Urteil 1C_506/2023 vom 23. April 2024 die Anwendung des Korrekturfaktors auf bisher nach dem «worst case»-Szenario bewilligten adaptiven Antennen als baubewilligungspflichtig qualifizierte, reichte die Beschwerdegegnerin am 2. Juli 2024 bei der Gemeinde Büren an der Aare ein nachträgliches Baugesuch ein. Mit Eingabe vom 4. Juli 2024 zog sie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurück. Das Verwaltungsgericht schrieb das Verfahren mit Abschreibungsverfügung vom 19. Juli 2024 als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis ab. Das nachträgliche Baugesuch der Beschwerdegegnerin wurde im Anzeiger Büren und Umgebung in den Ausgaben vom 15. und 22. August 2024 publiziert. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Einsprache.

4. Mit Instruktionsverfügung vom 27. September 2024 verfügte die Gemeinde Büren an der Aare unter anderem die Wiederaufnahme des baupolizeilichen Verfahrens zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend die Mobilfunkantenne und die Vereinigung dieses baupolizeilichen Verfahrens mit dem hängigen nachträglichen Baugesuchsverfahren betreffend Einsatz adaptiver Antennen mit Korrekturfaktor. Zudem gab es den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Frage eines vorsorglichen Benützungsverbots zu äussern.

5. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 30. September 2024 Beschwerde bei der BVD ein. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, verzichtete auf die Durchführung eines Schriftenwechsels (vgl. Art. 69 Abs. 1 VRPG²). Am 18. Oktober 2024 ging ein Schreiben der Gemeinde Büren an der Aare ein.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Instruktionsverfügung der Gemeinde Büren an der Aare. Da mit dieser Verfügung das Verfahren weder ganz noch teilweise abgeschlossen wird, handelt es sich um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 61 VRPG. Zwischenverfügungen, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen

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

nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG).

Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil wird in der Praxis bejaht, wenn die opponierende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung hat. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei genügt auch ein tatsächliches – etwa bloss wirtschaftliches – Interesse, soweit es für die betroffene Person nicht darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern. Als Beweis reicht das Glaubhaftmachen, während reine Mutmassungen nicht genügen.³

b) Diesbezüglich führt der Beschwerdeführer aus, diese Sachverhaltsvoraussetzungen seien vorliegend vollumfänglich gegeben. Die angefochtene Instruktionsverfügung führe zu einem jahrelangen Verfahren, ohne dass dem Recht des obsiegenden Beschwerdeführers vor Verwaltungsgericht und der BVD Rechnung getragen werde. Im Gegenteil, das Recht auf einen Entscheid bezüglich des in der baupolizeilichen Anzeige vom 23. September 2020 gestellten Benützungsverbots für die rechtswidrig und ohne Baubewilligung ausgewechselten adaptiven Antennen werde durch diese rechtswidrige Instruktionsverfügung erneut um Jahre verweigert (Rechtsverzögerung). Entscheidend dazu sei ebenfalls der aktuellste Bundesgerichtsentscheid 1C_414/2022 vom 29. August 2024. Dort werde eine sachverhaltsgleiche Beschwerde und insbesondere das gestellte Benützungsverbot für den rechtswidrig erfolgten Antennenersatz mit adaptiven Antennen gutgeheissen. Somit würden mit der vorliegenden Verfahrensvereinigung rechtsgültige Entscheide der Beschwerdeinstanz missachtet und willkürlich vollzogen, da über das beantragte Benützungsverbot erst im nachträglichen Baubewilligungsverfahren entschieden werde.

c) Die Gemeinde Büren an der Aare gab sowohl dem Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegnerin mit der angefochtenen Verfügung Gelegenheit, sich zur Frage eines vorsorglichen Benützungsverbots zu äussern. Dies lässt darauf schliessen, dass die Gemeinde beabsichtigt, nicht erst mit dem Entscheid über das nachträgliche Baugesuch, sondern in einem nächsten Schritt über die Anordnung eines vorsorglichen Benützungsverbots zu entscheiden. Anschliessend wird sie über das nachträgliche Baugesuch zu entscheiden haben. Sofern die Gemeinde das nachträgliche Baugesuch nur teilweise oder gar nicht bewilligen kann, wird sie zugleich über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entscheiden und allfällige definitive Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anordnen müssen (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG⁴).

Inwiefern dem Beschwerdeführer dadurch ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht, ist nicht ersichtlich. Mit der angefochtenen Instruktionsverfügung wird dem Beschwerdeführer das Recht auf einen Entscheid bezüglich des gestellten Benützungsverbots gerade nicht um Jahre verweigert, da über die Anordnung eines vorsorglichen Benützungsverbots anscheinend bereits in einem nächsten Schritt entschieden werden soll. Zudem muss die Gemeinde, um das rechtliche Gehör zu gewähren, die Verfahrensbeteiligten anhören, bevor sie über ein allfälliges vorsorgliches Benützungsverbot entscheidet.⁵ Auch werden durch die Vereinigung des baupolizeilichen Verfahrens und des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens weder rechtsgültige Entscheide der Beschwerdeinstanz missachtet noch willkürlich vollzogen. Nachdem bereits ein nachträgliches Bau-

³ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 39.

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

⁵ Vgl. Michel Daum/David Rechsteiner, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 27 N. 8.

gesuch eingereicht wurde, wäre es unzulässig, zunächst über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu entscheiden und anschliessend das nachträgliche Baugesuch zu behandeln, da die Wiederherstellungsverfügung durch das nachträgliche Baugesuch aufgeschoben wird und im Falle eines (teilweisen) Bauabschlags die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands neu verfügt werden muss (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b und e BauG).

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sowohl gegen den Entscheid bezüglich der Anordnung des vorsorglichen Benützungsverbots als auch gegen den Entscheid zum nachträglichen Baugesuch Beschwerde bei der BVD erhoben werden kann (vgl. Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG).

d) Das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist zu verneinen. Auch würde die Gutheissung der Beschwerde keinen Endentscheid zur Folge haben (Art. 61 Abs. 3 Bst. b VPRG). Somit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Soweit der Beschwerdeführer eine Rechtsverzögerung geltend machen wollte, ist eine solche zurzeit nicht gegeben.

2. Aufschiebende Wirkung

a) Die Gemeinde Büren an der Aare bringt in ihrem Schreiben vom 17. Oktober 2024 vor, um die hängigen Verfahren betreffend die Mobilfunkantenne möglichst rasch fortsetzen und über ein vorsorgliches Benützungsverbot sowie das nachträgliche Baugesuch bzw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entscheiden zu können, ersuche sie darum, im Entscheid einer allfälligen Beschwerde an das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 68 Abs. 2 VRPG die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

b) Nach Art. 68 Abs. 2 VRPG kann die verfügende Behörde aus wichtigen Gründen anordnen, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme. Als wichtige Gründe gelten insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer belastenden Verfügung erfordert, oder ein privates Interesse an der sofortigen Wirksamkeit einer begünstigenden Verfügung, sofern dadurch der Ausgang des Verfahrens nicht beeinflusst wird oder eine summarische Prüfung ergibt, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (Art. 68 Abs. 5 VRPG).

c) Die Gemeinde bringt keine konkreten öffentlichen oder privaten Interessen vor, die den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde bereits im vorliegenden Entscheid rechtfertigen. Auf die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde an das Verwaltungsgericht wird daher verzichtet. Es steht der Gemeinde Büren an der Aare aber offen, im Falle der Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den vorliegenden Entscheid den Entzug der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor Verwaltungsgericht zu beantragen.

3. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁶).

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Gemeinde Büren an der Aare um Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 600.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auf-
erlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft er-
wachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
Herrn Rechtsanwalt Dr. A._____, und/oder Herrn Rechtsanwalt Dr. B._____, einge-
schrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Büren an der Aare, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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