

BE_BVD 110 2020 222 vom 18. November 2020

Be Bvd, 2020-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_110_2020_222

FR: BE_BVD 110 2020 222 du 18 novembre 2020

IT: BE_BVD 110 2020 222 del 18 novembre 2020

Regeste

Mobilfunkanlage | Matten bei Interlaken

Erwägungen

E. 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)

E. 2

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

E. 3

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

BVD 110/2020/222 3/8 Die Beschwerdeführenden 1 bis 72, deren Einsprachen abgewiesen wurden, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid formell beschwert. Bei einem Einspracheperimeter von 514.39 m⁴ sind einzelne Beschwerdeführende mit Sicherheit auch materiell beschwert. Ob sämtliche Beschwerdeführenden einsprache- und damit auch beschwerdeberechtigt sind, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass alle Beschwerdeführenden ihre Legitimation in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht nachweisen müssten. Die Gemeinde Matten bei Interlaken ist mit ihrem Antrag in ihrem Amtsbericht vom 13. Juli 2020 nicht durchgedrungen und daher ebenfalls zur Beschwerde befugt. Auf die beiden form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist somit einzutreten. 2. Gebäudehöhe a) Die Beschwerdeführenden rügen, das bestehende Gebäude überschreite bereits heute die zulässige Gebäudehöhe von 10 m. Zwar genieße das bestehende Gebäude Besitzstandsschutz. Eine Erweiterung sei aber nur zulässig, wenn die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt werde. Da das Bauvorhaben nicht nur eine Antenne, sondern eine Einhausung von 3 mal 4 Metern Grundfläche und 3 Metern Höhe vorsehe, werde hier die Rechtswidrigkeit verstärkt. Bei der vorgesehenen Einhausung handle es sich weder um ein Attikageschoss noch um eine technisch bedingte Aufbaute. Die entsprechenden Vorschriften des kommunalen Baureglements seien daher nicht einschlägig. b) Das Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli hat in seinem angefochtenen Entscheid dazu ausgeführt, gemäss Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/721.0/10.1 seien die Vorschriften betreffend maximaler Gebäudehöhe unter anderem auf reine Mastkonstruktionen wie zum Beispiel Antennen, die keine gebäudeähnlichen Bauteile aufwiesen, nicht anwendbar. Die geplante Antenne sei nicht alleine aufgrund der

vorgesehenen GFK5-Verkleidung baurechtlich als Bestandteil des Hauptgebäudes, sondern unverändert als technischer Aufbau zu bewerten, der bei der Berechnung der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen sei. Die vorgesehene Verkleidung sei Ausdruck der Bemühungen der Gesuchstellerin, dem Ortsbild- und Landschaftsschutz soweit möglich Rechnung zu tragen. c) Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Beschwerdeantwort geltend, bei einer Mobilfunkanlage handle es sich um eine Infrastrukturanlage, die als technisch bedingte Aufbaute gelte, da sie auf einen erhöhten Standort angewiesen sei. Sie sei nicht Bestandteil des Gebäudes, so dass die entsprechenden baupolizeilichen Vorschriften in Bezug auf Höhe und Dimension nicht zur Anwendung gelangten. Dazu verweist die Beschwerdegegnerin auf den Bundesgerichtsentscheid 1C_248/2009 vom 13. April 2010. Gemäss der Beschwerdegegnerin gilt auch die Kaschierung der Antenne nicht als Baute, für die die Vorschriften zur zulässigen Gebäudehöhe anwendbar seien. Es handle sich weder um eine Einhausung noch um Wände oder Fassaden, sondern um eine Glasfaserverkleidung, die der besseren Einordnung der Anlage in das Orts- und Landschaftsbild diene. Sie sei Bestandteil der Mobilfunkanlage, nicht jedoch Bestandteil des Gebäudes. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid 1C_169/2013 vom 28. Juli 2013 eine entsprechende Auslegung ausdrücklich geschützt. Schliesslich halte auch die BSIG Nr. 7/721.0/10.1 fest, dass bei reinen Mastkonstruktionen wie Antennen, die keine gebäudeähnlichen Bauteile aufwiesen, die Vorschriften über die

E. 4

Siehe Ziff. 6 des Standortdatenblatts vom 30. April 2020, Vorakten Register 12

E. 5

GFK = Glasfaserverstärkter Kunststoff

BVD 110/2020/222 4/8 Gebäudehöhe nicht anwendbar seien. Durch die Antenne werde daher weder die Höhe der Baute noch deren Geschossigkeit geändert. Die Standortliegenschaft und die bestehende Nutzung des Gebäudes würden gar nicht berührt. Durch den Bau auf einem bestehenden Gebäude könne zudem die Höhe des Antennenmasts verringert werden, zumal die Mobilfunkantenne auch auf einem Mast neben dem Gebäude erstellt werden könnte. d) Die Bauparzelle befindet sich in der Wohnzone W3. In dieser beträgt die zulässige Gebäudehöhe 10 m und es sind drei Vollgeschosse zulässig (Art. 212 Abs. 1 GBR6). Gemäss den vom Regierungsstatthalteramt am 18. November 2020 bewilligten Plänen für die Mobilfunkanlage weist das bestehende Gebäude G._____strasse 15 eine Höhe von rund 12 m auf. Die genaue Gebäudehöhe liesse sich zwar nur aus den Baubewilligungsplänen für das Gebäude selber ablesen. Dass die zulässige Gebäudehöhe von 10 m überschritten ist, steht jedoch fest und ist unbestritten. Offenbar wurde das bestehende Gebäude ursprünglich rechtmässig bewilligt und erst aufgrund neuer Vorschriften rechtswidrig. Auch das ist unbestritten. Somit steht das Gebäude unter dem Schutz der Besitzstandsgarantie. Demnach werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Art. 3 Abs. 1 und 2 BauG). Die Rechtswidrigkeit wird im Sinne des Gesetzes verstärkt, wenn das öffentliche oder nachbarliche Interesse, das durch die verletzte Norm geschützt werden soll, durch den Umbau oder die Erweiterung noch stärker beeinträchtigt würde als bisher, wenn also die Auswirkungen des Vorhabens zu einer Verschlechterung

des bereits rechtswidrigen Zustands führen würden.⁷ Das kommunale Baureglement verweist auf diese Regelung zur Besitzstandsgarantie im übergeordneten kantonalen Recht (Seite 5 GBR). e) Somit wird durch das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin ein rechtswidriges Gebäude verändert. Dass es sich dabei nicht um einen Unterhalt des bestehenden Gebäudes handelt, liegt auf der Hand. Das gleiche gilt für eine zeitgemässe Erneuerung, zumal die Mobilfunkanlage eine technische Anlage ist, die zu zusätzlichen Emissionen führt (nichtionisierende Strahlung).⁸ Ein Umbau wiederum würde voraussetzen, dass die Mobilfunkanlage im bestehenden Volumen realisiert würde, was nicht der Fall ist. Da die Mobilfunkanlage auf das bestehende Dach aufgesetzt werden soll, handelt es sich somit um eine Erweiterung des Gebäudes im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG. Eine solche ist nur zulässig, wenn dadurch die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. Somit ist hier nicht zu prüfen, ob die Mobilfunkanlage bei der Messung der Gebäudehöhe zu berücksichtigen ist oder nicht – die zulässige Gebäudehöhe ist ohnehin bereits durch das bestehende Gebäude überschritten. Zu klären ist vielmehr, ob durch das Bauvorhaben die Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG verstärkt wird. f) Das Verwaltungsgericht hat sich zur Frage der Verstärkung der Rechtswidrigkeit in einem ähnlichen Fall bereits geäußert. Auch damals ging es um eine Mobilfunkanlage, welche auf einem nach geltendem Recht zu hohen Flachdach geplant war. Das Verwaltungsgericht zitierte zunächst die Rechtsprechung, wonach es unzulässig sei, auf einer zu hohen Flachdachbaute mit zu vielen Vollgeschossen eine Attika zu errichten, auch wenn diese bei der Gebäudehöhe und der Anzahl Geschosse nicht mitzuzählen sei; denn der Aufbau führe in seinen Auswirkungen zu einer

E. 6

Baureglement der Einwohnergemeinde Matten bei Interlaken vom 27. Mai 2009

E. 7

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

E. 8

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

BVD 110/2020/222 5/8 Verschlechterung des rechtswidrigen Zustands und beeinträchtigt die Nachbarinnen und Nachbarn in ihren bereits verletzten Interessen noch zusätzlich. Die gleichen Überlegungen würden für Dachstockaufbauten gelten. In der Folge hielt das Verwaltungsgericht fest, dass im vorliegenden Fall das Bauvolumen nicht verändert werde. Die auf die Geschosshöhe und die Gebäudehöhe bezogene Rechtswidrigkeit der bestehenden Liegenschaft werde mithin nicht verstärkt. Das umstrittene Vorhaben stelle daher keine unzulässige Erweiterung einer bestehenden altrechtlichen Baute dar.⁹ Allerdings bezogen sich diese Ausführungen des Verwaltungsgerichts – soweit dies beurteilt werden kann – auf die Antennenanlage als reine Mastkonstruktion. Dass mit einer solchen Anlage das Bauvolumen nicht erweitert wird, leuchtet ein: Ein Antennenmast und die daran montierten Antennenpanels beinhalten keinen umbauten Raum. Dies ist auch der Grund, weshalb nach ständiger Rechtsprechung Mobilfunkantennen keine Gebäude oder Gebäudeteile darstellen, auf die die Vorschriften über die Gebäudehöhe anwendbar wären. Eine Mobilfunkantenne verfügt weder über eine Fassade noch über ein Dach, was für die Berechnung der zulässigen Gebäudehöhe Voraussetzung ist. Dies gilt auch dann noch,

wenn ein einzelner solcher Mast mit einer kaminähnlichen Ummantelung kaschiert wird. Zwar ist auch eine solche Kaschierung technisch nicht notwendig, sie schafft aber praktisch keinen umbauten Raum, der nicht vom Masten und den daran montierten Panels beansprucht wird. Dies jedenfalls dann, wenn es sich um eine schlanke, wenig ausladende Konstruktion mit eng am Masten montierten Antennenpanels handelt. Ein solche Konstruktion wird nicht als gebäudeähnliches Bauteil wahrgenommen.^{10 g)} Im vorliegenden Fall präsentiert sich die Situation jedoch anders. Das Bauvorhaben sieht den Bau eines einzelnen Masts mit einer Höhe von 3 m vor. Daran sind in der oberen Hälfte des Masts Antennenpanels mit einer Ausladung von knapp 2.5 m im Durchmesser montiert. Diese Mobilfunksendeanlage wird zwecks Kaschierung von einer GFK-Verkleidung ummantelt. Die quaderförmige Ummantelung weist eine Länge von 4 m, eine Breite von 3 m und eine Höhe von 3 m auf. Innerhalb der Ummantelung wird zudem ein Technikschränk mit einer Länge von 1.80 m, einer Breite von 0.85 m und einer Höhe von ca. 1.75 m installiert. Schon alleine mit diesem Technikschränk wird zusätzlicher umbauter Raum geschaffen und dadurch das Bauvolumen in bescheidenem Rahmen erweitert. Dies ist der eigentlicher Zweck des Technikschränks: Er soll geschützten Raum zur Verfügung stellen, in welchem technisches Equipment untergebracht werden kann.¹¹ Das trifft zwar nicht im gleichen Sinne auf die quaderförmige Ummantelung zu, die lediglich aus vier Fassaden besteht, jedoch nach oben offen ist. Aber auch diese Ummantelung mit erheblichen Dimensionen sowohl im Grundriss als auch in der Höhe wird als gebäudeähnliches Bauteil wahrgenommen: Weist eine Anlage auf dem Dach erhebliche Dimensionen auf, wird sie als obere Begrenzung wahrgenommen und sind ihre Auswirkungen auf die Umgebung folglich mit denjenigen eines Gebäudes bzw. eines weiteren Geschosses vergleichbar.¹² Insofern wird somit auch die hier geplante Ummantelung im Unterschied zu einer schlanke, kaminähnlichen Ummantelung als Bauvolumenerweiterung wahrgenommen. Die auf einem nach geltendem Recht zu hohem Flachdach geplante Mobilfunkanlage mit quaderförmiger Ummantelung führt in ihren Auswirkungen folglich zu einer Verschlechterung des rechtswidrigen Zustands und beeinträchtigt die Nachbarinnen und Nachbarn in ihren bereits verletzen Interessen noch zusätzlich. Die auf die Gebäudehöhe bezogene Rechtswidrigkeit des bestehenden Gebäudes wird durch das Bauvorhaben folglich verstärkt. Das Bauvorhaben stellt daher eine unzulässige Erweiterung einer bestehenden altrechtlichen Baute dar.

E. 9

VGE 2007/22990 vom 28. April 2008 E. 5.5.5

E. 10

Vgl. dazu Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 13 N. 5, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

E. 11

Vgl. Entscheid der BVE (heute BVD) RA Nr. 110/2008/185 vom 25. Juni 2010 E. 2.d

E. 12

Vgl. VGE 2019/273 vom 12. Januar 2012 E. 3.5.1

BVD 110/2020/222 6/8 h) An diesem Ergebnis vermag die Ziff. 2.12 der BSIG Nr. 7/721.0/10.1 nichts zu ändern, handelt es sich im vorliegenden Fall doch gerade nicht um eine reine Mastkonstruktion, die keine gebäudeähnlichen Bauteile aufweist. Ob die geplante

Anlage alleine aufgrund der vorgesehenen GFK-Verkleidung baurechtlich als Bestandteil des Hauptgebäudes oder als technischer Aufbau zu bewerten ist, kann offen bleiben. Optisch wird die Anlage aufgrund der Verkleidung jedenfalls als Bestandteil des Hauptgebäudes wahrgenommen. Unerheblich ist auch, dass die vorgesehene Verkleidung Ausdruck der Bemühungen der Gesuchstellerin ist, dem Ortsbild- und Landschaftsschutz soweit möglich Rechnung zu tragen. Dieses Bestreben ist zwar zu begrüßen, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass es sich um eine unzulässige Erweiterung einer bestehenden altrechtlichen Baute handelt. Im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig sind die beiden von der Beschwerdegegnerin zitierten Bundesgerichtsentscheide. Der Entscheid 1C_248/2009 vom 13. April 2010 spricht lediglich von einer Mobilfunkanlage, ohne eine kaschierende Ummantelung zu erwähnen. Somit ist davon auszugehen, dass sich dieser Entscheid auf Mobilfunkanlagen bezieht, die als reine Mastkonstruktionen auf das technisch notwendige beschränkt sind. Damit kann auf die Ausführungen zu Ziff. 2.12 der BSIG Nr. 7/721.0/10.1 verwiesen werden. Der Entscheid 1C_169/2013 vom 29. Juli 2013 betrifft zwar eine Mobilfunkanlage, die mit Lochblech kaschiert wurde. Welche Ausmasse diese Lochblechkaschierung aufwies, lässt sich dem Entscheid jedoch nicht entnehmen. Zu vermuten ist, dass es sich um eine schon länger übliche kaminartige Kaschierung gehandelt hat und nicht um einen Quader mit deutlich grösserem Volumen, als für eine Kaschierung nötig wäre. Zudem ging es im Bundesgerichtsfall auch nicht um eine Mobilfunkanlage auf einem bereits zu hohen Gebäude und die Frage der Verstärkung der Rechtswidrigkeit. Somit ist der vorliegende Fall auch nicht mit dem Entscheid 1C_169/2013 vergleichbar. Soweit die Beschwerdegegnerin gelten macht, die Mobilfunkantenne könnte auch auf einem Mast neben dem Gebäude erstellt werden, trifft dies lediglich auf die Antennenpanels, nicht jedoch auf die Ummantelung inklusive Technikschränk zu. Das gesamte Bauvorhaben mit Antennenpanels, Technikschränk und Ummantelung lässt sich nicht auf einem Mast neben dem Gebäude realisieren. Dieses Argument der Beschwerdegegnerin ist somit schon im Ansatz falsch. Im Übrigen spielt es für die Verstärkung der Rechtswidrigkeit ohnehin keine Rolle, ob die Anlage auf einem freistehenden Mast erstellt werden könnte. i) Das Bauvorhaben ist daher nicht bewilligungsfähig. Die Beschwerden sind somit gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid muss aufgehoben werden und dem Baugesuch ist der Bauabschlag zu erteilen. Die übrigen Rügen aus den beiden Beschwerden müssen unter diesen Umständen nicht mehr geprüft werden. Dasselbe gilt für die Verfahrensanträge der Beschwerdeführenden 1 bis 72. 3. Feststellungsbegehren Soweit die Beschwerdeführenden 1 bis 72 beantragen, es sei die Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit von Anhang 1 Ziff. 63 der NISV festzustellen, handelt es sich um ein reines Feststellungsbegehren. Solche sind nur ausnahmsweise zulässig, insbesondere wenn kein leistungsverpflichtendes oder rechtsgestaltendes Begehren gestellt werden kann.¹³ Hier kann die Erteilung des Bauabschlags beantragt werden, weshalb kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht. Auf diesen Antrag kann daher nicht eingetreten werden.

E. 13

Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.; BVR 2010 S. 337 E. 3.2

BVD 110/2020/222 7/8 4. Sistierung a) Die Beschwerdeführenden 1 bis 72 beantragen eventualiter eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis die Vollzugsempfehlung vorliege bzw. bis die massgeblichen Grundlagen für die Beurteilung von adaptiven

Antennen erarbeitet seien und ein auditiertes Qualitätssicherungssystem sowie ein taugliches Messverfahren für adaptive Antennen vorlägen. b) Nach dem Gesagten ist die Beschwerden gutzuheissen und dem Baugesuch der Bauabschlag zu erteilen. Bei diesem Verfahrensausgang ist das rechtserhebliche Interesse an einem Entscheid über die Sistierung des Beschwerdeverfahrens weggefallen. Der Sistierungsantrag wird daher als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 39 Abs. 1 VRPG14). 5. Kosten a) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren haben in jedem Fall die Gesuchstellenden zu tragen, Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 52 Abs. 1 BewD15). Gemäss dem Bauentscheid des Regierungstatthalteramts Interlaken-Oberhasli vom

E. 18

November 2020 belaufen sich die amtlichen Kosten auf CHF 4190.–. Die amtlichen Kosten werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist das Regierungstatthalteramt zuständig. b) Als unterliegende Partei hat die Beschwerdegegnerin die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese Kosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV16). In Anwendung dieser Bestimmungen werden die Pauschalen auf CHF 1800.– je Beschwerde festgelegt. Werden in einem einzigen Entscheid mehrere Beschwerden beurteilt, so kann die Pauschalgebühr angemessen reduziert werden (Art. 21 Abs. 3 GebV). In Anwendung dieser Bestimmung werden die Verfahrenskosten auf CHF 1200.– je Beschwerde reduziert. Insgesamt belaufen sich die Verfahrenskosten somit auf CHF 2400.–. c) Parteikosten im Sinne des Gesetzes sind keine entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 2 VRPG). Daher werden keine solchen gesprochen. III. Entscheid 1. Die beiden Beschwerden werden gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Bauentscheid des Regierungstatthalteramtes Interlaken-Oberhasli vom 18. November 2020 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 2. Juni 2020 wird der Bauabschlag erteilt. 2. Der Sistierungsantrag der Beschwerdeführenden 1 bis 72 wird als gegenstandslos abgeschrieben. 14 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) 15 Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) 16 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

BVD 110/2020/222 8/8 3. Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von CHF 4190.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist das Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli zuständig. 4. Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2400.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. 5. Es werden keine Parteikosten gesprochen. IV. Eröffnung - Frau C. _____, eingeschrieben - D. _____, eingeschrieben - E. _____, eingeschrieben - Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, per Mail - Amt für Umwelt und Energie (AUE), Abteilung Immissionsschutz, per Mail, zur Kenntnis 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, Spichergasse 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.