

# **BGer 1C 591/2021 vom 18. Oktober 2022**

Bundesgericht, 2022-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_591\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_591_2021)

FR: TF 1C 591/2021 du 18 octobre 2022

IT: TF 1C 591/2021 del 18 ottobre 2022

## **Regeste**

Baubewilligung; Erneuerung und Erweiterung einer bestehender Mobilfunkanlage | Raumplanung und öffentliches Baurecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den angefochtenen, kantonal letztinstanzlichen Endentscheid im Bereich des Baurechts steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich offen ( Art. 82 ff. BGG ; BGE 133 II 353 E. 2). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerdeführung legitimiert, da sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Baugesuchstellerin durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin stellt gemäss ihren formellen Begehren keinen reformatorischen Antrag, wie in der Sache zu entscheiden sei. Aus der Begründung ihrer Beschwerde ergibt sich jedoch, dass sie die Bestätigung der von der Gemeinde Ostermundigen erteilten Baubewilligung anstrebt, weshalb ein Antrag in der Sache vorliegt ( BGE 133 II 409 E. 1.4 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 1C\_348/2017 vom 21. Februar 2018 E. 1.1). Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid verletze Bundes- oder Völkerrecht ( Art. 95 lit. a und b BGG ). Zulässig ist auch die Rüge der Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten, kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und über Volkswahlen und -abstimmungen ( Art. 95 lit. c und d BGG ). Abgesehen davon überprüft das Bundesgericht die Anwendung des kantonalen Rechts nicht als solche. Jedoch kann gerügt werden, diese Anwendung widerspreche dem Bundesrecht, namentlich dem Willkürverbot gemäss Art. 9 BV ( BGE 142 II 369 E. 2.1 S. 372 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung verstösst ein Entscheid gegen dieses Verbot, wenn er im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, weil er zum Beispiel eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar erscheint, genügt nicht ( BGE 144 I 170 E. 7.3; 142 II 369 E. 4.3, S. 389; je mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit nicht an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden und kann eine

Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen ( BGE 143 V 19 E. 2.3; 141 III 426 E. 2.4; 141 V 234 E. 1; je mit Hinweisen). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht prüft solche Rügen nur, wenn sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden sind ( BGE 136 I 65 E. 1.3.1 mit Hinweis).

## **E. 2**

Die Vorinstanz führte zusammengefasst aus, das streitbetroffene Bauvorhaben falle in den Anwendungsbereich von Art. 11a GBR. Daran ändere nichts, dass Abs. 5 dieses Artikels vom "Errichten" und nicht vom "Umbauen" von Antennenanlagen spreche, da es vorliegend nicht um den blossen Umbau einer solchen Anlage, sondern um den kompletten Ersatz der bisherigen Antennen und die Neuinstallation von 5G-Antennen gehe. Diese Erneuerung und Erweiterung einer bereits errichteten Anlage könne ideelle Immissionen erzeugen bzw. verstärken. Damit sei die Anwendung von Art. 11a GBR gerechtfertigt, da er solche Immissionen minimieren soll. Die Beschwerdeführerin legt nicht bzw. nicht rechtsgenügend begründet dar, inwiefern die Vorinstanz bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 11a GBR in Willkür verfallen sein soll (vgl. E. 1.4 hievore).

## **E. 3**

Weiter ging die Vorinstanz davon aus, das streitbetroffene Bauvorhaben dürfe gemäss Art. 11a Abs. 6 GBR nur bewilligt werden, wenn in den für das Arbeiten bestimmten Zonen kein zumutbarer Standort zur Verfügung stehe. Diese Bewilligungsvoraussetzung sei nicht gegeben, da die Beschwerdeführerin den von der Gemeinde verlangten zumutbaren Beleg für das Fehlen von Alternativstandorten in den Arbeitszonen zum vornherein abgelehnt habe. Diese Erwägung wird von der Beschwerdeführerin nicht angefochten.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 3 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt (Abs. 1). Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Abs. 2).

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, das streitbetroffene Bauvorhaben falle nicht unter den Bestandesschutz gemäss Art. 3 BauG. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, das Projekt umfasse den Ersatz der Antennen an den bestehenden Masten, die Installation von drei zusätzlichen Antennen des neuen Mobilfunkstandards 5G und eine massgebliche Erhöhung der Gesamtleistung der Mobilfunkanlage. So nehme die gesamte Sendeleistung laut der Stellungnahme des Amtes für Umwelt und Energie des Kantons Bern um ca. einen Drittel zu. Gemäss dem Standortdatenblatt betrage die bewilligte Feldstärke am (meistbelasteten) Ort des kurzfristigen Aufenthalts (OKA) mehr als das Zehnfache der ursprünglich zugelassenen Feldstärke. Aufgrund dieser weitgehenden Änderungen sei das Bauvorhaben als neubauähnliche Umgestaltung und nicht mehr als Umbau oder Erweiterung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG zu qualifizieren. Im Übrigen könnte das Bauvorhaben selbst dann nicht bewilligt werden, wenn von einem Umbau oder einer Erweiterung einer bestandesgeschützten Anlage ausgegangen würde, weil damit stärkere ideelle Immissionen verursacht würden, was die Rechtswidrigkeit der bestehenden Anlage verstärke. Die Rechtswidrigkeit ergebe sich aus der Unvereinbarkeit mit Art. 11a GBR, der namentlich

dem Schutz vor ideellen Immissionen diene. Solche Immissionen könnten auch durch Vorstellungen über verborgene Vorgänge entstehen. So habe das Bundesgericht anerkannt, dass visuell wahrnehmbare Mobilfunkanlagen grössere Ängste bzw. ideelle Beeinträchtigungen auslösen, wenn ihre Sendeleistung erhöht wird (Urteil 1C\_167/2018 vom 8. Januar 2019 E. 3.2). Das Wissen um eine erhöhte Sendeleistung könne somit in der Nachbarschaft zusätzliche Ängste wecken und damit die ideellen Immissionen verstärken. Dies belegten die zahlreichen Einsprachen gegen die hier umstrittene Systemerneuerung.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, die vorinstanzliche Verneinung der Anwendbarkeit von Art. 3 BauG verstosse gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV. Art. 3 Abs. 2 BauG lasse die zeitgemässe Erneuerung von Anlagen zu, damit diese während der normalen Lebensdauer an die technischen Entwicklungen angepasst werden könnten. Das Bauvorhaben sehe eine solche Anpassung vor, da die Antennen einer älteren Technologie durch Antennen ersetzt werden sollten, die nebst den bisherigen Mobilfunkstandards auch einen neuen Standard und die neu zugeteilten Frequenzen nutzen könnten. Die Leistungserhöhungen dienten dazu, den heutigen Kapazitätsansprüchen gerecht zu werden. Da die bestehende Anlage zeitgemäss erneuert werden dürfe, müsse nicht geklärt werden, ob diese Erneuerung die Rechtswidrigkeit verstärke. Zudem sei eine solche Verstärkung nicht ersichtlich, da die bestehende Anlage durch den geplanten Umbau optisch nur untergeordnet verändert würde. So sei der Austausch von Antennen baulich kaum wahrnehmbar und führe sogar zu einer optischen Verbesserung, da die neuen Panel- bzw. Falchantennen im Verhältnis zu den bestehenden Antennen zwar 10 cm breiter, jedoch 30 cm kürzer seien. Die zusätzlichen Antennen würden so angebracht, dass sie optisch mit den darüber liegenden Antennen eine Einheit bildeten. Die Erhöhung der Sendeleistung führe nicht zu einer Überschreitung der Grenzwerte für nichtionisierende Strahlung gemäss der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710). Diesbezüglich liege daher keine Rechtswidrigkeit vor, die verstärkt werden könnte. Daran ändere auch die Standortregelung in Art. 11a GBR nichts, weil sie nicht dem Schutz vor Strahlung diene. Es spiele daher keine Rolle, ob die bewilligte Feldstärke am OKA mehr als das Zehnfache der ursprünglichen Feldstärke betrage. Die Eigenschaft, bei der Nachbarschaft zusätzliche Ängste zu wecken, begründe (ebenfalls) keine Rechtswidrigkeit. Zwar werde im Urteil 1C\_167/2018 vom 8. Januar 2019 davon ausgegangen, visuell wahrnehmbare Mobilfunkanlagen mit hoher Sendeleistung könnten grössere Ängste bzw. ideelle Beeinträchtigungen auslösen als Anlagen mit geringer Sendeleistung (E. 3.2). Diese Rechtsprechung sei jedoch vorliegend nicht relevant, weil sie sich nicht auf die Besitzstandsgarantie, sondern die Einführung einer Kaskadenordnung beziehe, die nur auf neue Anlagen Anwendung finde.

#### **E. 4.4**

Gemäss Rechtsprechung und Lehre soll die Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG nur ermöglichen, dass die durch eine Rechtsänderung widerrechtlich gewordene Nutzung im bisherigen Umfang weitergeführt wird (ZAUGG/LUDWIG, Baugesetz des Kantons Bern, Kommentar, Band I, 5. Aufl., 2020, N. 2 und 2a zu Art. 3 BauG mit Hinweisen). Dazu kann eine Baute oder Anlage gemäss Art. 3 Abs. 2 BauG "zeitgemäss erneuert", d.h. im Rahmen der normalen Lebensdauer modernisiert werden, indem namentlich technische und sanitäre Einrichtungen an moderne Ansprüche angepasst werden. Die zeitgemässe Erneuerung bzw. Modernisierung umfasst dagegen nicht das Einrichten anderer oder zusätzlicher Anlagen,

die zu einer Intensivierung der Nutzung und damit zu mehr Emissionen führen (ZAUGG/LUDWIG, a.a.O., N. 3 zu Art. 3 BauG). Entsprechend lässt Art. 3 Abs. 2 BauG auch Umbauten und Erweiterungen bestehender Bauten nur zu, wenn dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. Eine solche Verstärkung liegt vor, 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 (ZAUGG/LUDWIG, a.a.O., N. 4 zu Art. 3 BauG).

#### **E. 4.5**

Die streitbetroffene Mobilfunkanlage wurde mit dem Inkrafttreten von Art. 11a GBR rechtswidrig, weil sie an ihrem Standort ohne den Nachweis des Fehlens von Alternativstandorten in den Arbeitszonen nicht mehr errichtet werden dürfte und die Beschwerdeführerin einen solchen Nachweis nicht erbrachte. Die Standortregelung in Art. 11a GBR dient namentlich der Verringerung der durch Mobilfunkanlagen verursachten ideellen Immissionen. Demnach wird die Rechtswidrigkeit der bestehenden Anlage durch ein Bauprojekt erhöht, das erhebliche zusätzlichen ideellen Immissionen bewirken kann.

#### **E. 4.6**

Im Urteil 1C\_167/2018 vom 8. Januar 2019 führte das Bundesgericht zusammengefasst aus, zwar liessen die äusseren Dimensionen der Antennen von Mobilfunkanlagen keine zwingenden Rückschlüsse auf die Sendeleistungen zu, weil diese bei äusserlich gleich grossen Antennen erheblich variieren könnten. Indes veröffentlichte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) eine über das Internet einsehbare Karte mit allen Sendeanlagen, auf der die maximale Sendeleistung pro Anlage für jede Generation der Mobilfunktechniken angegeben und den Kategorien "sehr klein", "klein", "mittel" und "gross" zugeordnet werde. Damit könnten sich auch Personen ohne Fachkenntnisse im Bereich des Mobilfunks ein Bild über die Grössenordnung der abgestrahlten Leistung einer Mobilfunkanlage machen. Zudem sei davon auszugehen, dass Mobilfunkanlagen mit hoher Sendeleistung grössere Ängste bzw. ideelle Beeinträchtigungen auslösen können als Anlagen mit geringer Sendeleistung. Demnach sei die in einer kommunalen Bau- und Zonenordnung vorgesehene Einschränkung, dass Mobilfunkanlagen grundsätzlich nur der Quartiersversorgung dienen dürfen, auch aufgrund der damit verbundenen Beschränkung der Stärke der Sendeleistung geeignet, die durch visuell als solche erkennbaren Mobilfunkanlagen verursachten ideellen Beeinträchtigungen zu verringern (E. 3.2).

#### **E. 4.7**

Gemäss der vorgenannten Erwägung können die ideellen Immissionen einer Mobilfunkanlage durch die erhebliche Erhöhung ihrer Sendeleistung verstärkt werden, was namentlich zutreffen kann, wenn sich damit ihre Grössenordnung ändert. Ob die mit dem vorliegenden Bauprojekt verbundene Erhöhung der Sendeleistung in diesem Sinne erheblich ist, erscheint fraglich. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da das Bauprojekt zusätzlich zur Erhöhung der Sendeleistung den Austausch von Antennen sowie die Neuinstallation adaptiver 5G-Antennen vorsieht und solche Antennen, die das Signal in die Richtung des Mobilfunkgerätes des Nutzers fokussieren können, geeignet sind, in der Bevölkerung zum Teil Ängste und damit erhöhte ideelle Immissionen zu bewirken. Zudem durfte die BVD in vertretbarer Weise davon ausgehen, diese Immissionen würden auch dadurch verstärkt, dass die bestehende Anlage trotz der Verringerung der Höhe durch das Anbringen von drei zusätzlichen Antennen (und 10 cm breiterer Ersatzantennen) eine

grösseren Ausladung hat und damit insgesamt massiver in Erscheinung tritt. Die Vorinstanz verfiel demnach nicht in Willkür, wenn sie in Übereinstimmung mit der BVD die Voraussetzungen der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 Abs. 2 BauG verneinte, weil sie annahm, die streitbetroffene Erneuerung und Erweiterung einer bestehenden Mobilfunkanlage verstärke deren ideellen Immissionen und damit deren Rechtswidrigkeit. Da diese Eventualbegründung der Vorinstanz vor dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot standhält, ist nicht entscheidenderheblich, ob dies auch bezüglich ihrer Hauptbegründung zutrifft, die von einer "neubauähnlichen Umgestaltung" ausgeht. Auf die dagegen erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin braucht daher nicht eingegangen zu werden.

### **E. 5.1**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in Bezug auf die Anwendung der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG keine bzw. eine falsche Interessenabwägung vorgenommen. Sie habe missachtet, dass diesbezüglich ideelle Immissionen, wie namentlich Ängste vor elektromagnetischer Strahlung, nicht ausschlaggebend sein könnten, da sie baurechtlich unbeachtlich seien und sie auch durch zonenkonforme Anlagen bewirkt werden könnten. Zudem habe die Vorinstanz das öffentliche Interesse an der Versorgung mit Mobilfunk nicht berücksichtigt.

### **E. 5.2**

Mit diesen Ausführungen lässt die Beschwerdeführerin ausser Acht, dass sich der Bauabschlag mangels der Voraussetzungen der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 3 BauG auf die Standortregelung in Art. 11a GBR stützt. Da diese dem öffentlichen Interesse an der Minimierung ideeller Immissionen dient, hat die Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 11a GBR bundesrechtskonform berücksichtigt, dass das Bauprojekt die ideellen Immissionen einer an ihrem Standort nicht bewilligungsfähigen Mobilfunkanlage erhöhen würde. Inwiefern der streitbetroffene Bauabschlag das entgegenstehende öffentliche Interesse an einer qualitativ hinreichenden Mobilfunkversorgung übermässig beeinträchtigen soll, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Dies ist auch nicht ersichtlich, zumal sie nicht bestreitet, dass sie den ihr zumutbaren Nachweis fehlender Alternativstandorte in den Arbeitszonen nicht erbrachte und sie die bisherige Anlage weiterhin betreiben kann. Unter diesen Umständen ist ein unverhältnismässiger Eingriff in die aus der Eigentumsgarantie ( Art. 36 BV ) abgeleiteten Baufreiheit der Beschwerdeführerin zu verneinen (vgl. BGE 145 I 156 E. 4.1 mit Hinweis).

### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die obsiegenden Beschwerdegegner wurden nicht durch einen externen Anwalt vertreten, weshalb ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ; vgl. Urteil 1C\_627/2019 vom 6. Oktober 2020 E. 7 mit Hinweisen).

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