

100.2021.300U
HAM/GEU/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. August 2023

Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Abteilungspräsidentin
Verwaltungsrichter Daum, Verwaltungsrichter Häusler
Gerichtsschreiberin Nuspliger

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

B. _____ GmbH
vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwältin ...
Beschwerdegegnerin 1

Einwohnergemeinde Büren an der Aare
handelnd durch den Gemeinderat, Hauptgasse 10, Postfach 161,
3294 Büren an der Aare
vertreten durch Rechtsanwältin ...
Beschwerdegegnerin 2

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3013 Bern



betreffend Baupolizei; Baubewilligungspflicht der Änderung einer Mobilfunkanlage (Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 24. September 2021; BVD 120/2021/17)

Prozessgeschichte:

A.

Die B. _____ GmbH (bis zum 2.6.2022: C. _____ GmbH) betreibt auf dem Silo der ... am ...weg ... in Büren an der Aare (Grundstück Büren an der Aare Gbbl. Nr. 1 _____) eine Mobilfunkanlage mit einer Antennengruppe, bestehend aus drei Antennenkörpern. Mit Gesamtentscheid vom 26. Juni 2003 hatte der Regierungsrat des damaligen Verwaltungskreises Büren den «Neubau einer Mobilkommunikationsanlage durch Montage eines Mastes am bestehenden Silogebäude sowie Einbau eines Technikraums im bestehenden Dachraum» bewilligt. Am 11. März 2011 bewilligte die Einwohnergemeinde (EG) Büren an der Aare das Ersetzen der bestehenden Mobilfunkanlage und das Erstellen von drei neuen Polizeifunkantennen. Gestützt auf das im Meldeverfahren (sog. «Bagatellverfahren») neu eingereichte Standortdatenblatt vom 17. Juni 2020 (Revision 1.3) stimmte das Amt für Umwelt und Energie des Kantons Bern (AUE) am 30. Juni 2020 einem Antennentausch und der Umverteilung der Sendeleistung zwischen bisher genutzten und neuen Frequenzbändern zu. Der Austausch umfasst einen sog. adaptiven Antennenteil, der im Frequenzband 3600 MHz betrieben werden soll (Laufnummern 7-9).

A. _____ teilte der EG Büren an der Aare am 26. August 2020 per E-Mail mit, die bestehende Mobilfunkanlage auf dem Silo der ... sei ausgewechselt worden. Er ersuchte um Einsicht in das Standortdatenblatt und verlangte einen Tag nach seiner ersten Eingabe von der Gemeinde, Abklärungen zur Baubewilligungspflicht des Antennenaustauschs vorzunehmen, was diese in der Folge auch tat. Mit Schreiben vom 23. September 2020 forderte A. _____ die EG Büren an der Aare auf, von der B. _____ AG (heute: B. _____ GmbH) ein nachträgliches Baugesuch zu verlangen und ein Benützungsverbot für den Mobilfunkdienst New Radio zu erlassen. Am

15. Oktober 2020 reichte er nebst weiteren Personen Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Diese wies die Beschwerde am 8. Dezember 2020 ab. Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde zog A._____ zurück, worauf das Verfahren als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben wurde (Abschreibungsverfügung vom 20.1.2021 im Verfahren 100.2021.11). Mit Verfügung vom 22. Februar 2021 trat die EG Büren an der Aare auf das «Gesuch um Wiederherstellung bzw. Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens» nicht ein und stellte fest, dass die per Ende August 2020 vorgenommenen Änderungen an der Mobilfunkantenne am ...weg ... keiner Baubewilligung bedürften.

B.

Dagegen erhob A._____ am 26. Februar 2021 Beschwerde bei der BVD. Diese wies die Beschwerde am 24. September 2021 ab.

C.

Am 9. Oktober 2021 hat A._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, der Entscheid der BVD sei aufzuheben. Die formelle Rechtswidrigkeit des Bagatellverfahrens sei festzustellen und für die Mobilfunkantenne am ...weg ... in Büren an der Aare sei ein Wiederherstellungsverfahren gemäss Art. 46 Abs. 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) mit vorsorglichem Benützungsverbot für den Mobilfunkdienst New Radio (5G) durchzuführen.

Die B._____ GmbH und die EG Büren an der Aare beantragen mit Beschwerdeantworten vom 20. Dezember 2021 bzw. 22. Dezember 2021 je die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die BVD beantragt mit Beschwerdevernehmlassung vom 18. November 2021 ebenfalls, die Beschwerde sei abzuweisen.

A._____ hat in der Folge weitere Bemerkungen eingereicht. Das AUE hat am 28. März 2022 auf Ersuchen des Instruktionsrichters einen ersten er-

gänzenden Fachbericht erstattet. Am 20. Februar 2023 hat es auf Frage des Instruktionsrichters mitgeteilt, dass die streitbetroffene Mobilfunk-Basisstation mit Korrekturfaktor betrieben werde. Das AUE hat gleichzeitig das entsprechende Standortdatenblatt vom 24. Juni 2021 Revision 1.4 eingereicht. Die Parteien haben Gelegenheit erhalten, dazu Stellung zu nehmen. Die BVD hat am 8. März 2023 eine Rückweisung der Sache an die EG Büren an der Aare beantragt, sollte das Verwaltungsgericht beabsichtigen, den angefochtenen Entscheid zufolge veränderter Sachumstände aufzuheben und zurückzuweisen. Die B._____ GmbH hat am 4. April 2023 ihre bereits gestellten Anträge bestätigt, dass die Beschwerde abzuweisen sei, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer wohnt im Einspracheperimeter von 612 m (vgl. Standortdatenblatt vom 17.6.2020 Revision 1.3, act. 5D pag. 43). Er hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 46 N. 2a und Art. 49 N. 3 Bst. b). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung einzutreten (vgl. zum Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zufolge Änderung des Korrekturfaktors hinten E. 5.6).

1.2 Der Beschwerdeführer beantragt nebst der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Durchführung eines Baupolizeiverfahrens im Sinn

von Art. 46 Abs. 1 BauG, es sei festzustellen, dass das Bagatellverfahren rechtswidrig sei. – Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses. Sie sind gegenüber rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann (BVR 2018 S. 310 E. 7.3 mit Hinweisen; Markus Müller, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 72 ff.). Den Anliegen des Beschwerdeführers kann mit seinem rechtsgestaltenden Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Durchführung eines Verfahrens zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vollständig Rechnung getragen werden. Ein gesondertes Interesse auf Feststellung der Bewilligungspflicht des Antennenaustauschs bzw. der Rechtswidrigkeit des Bagatellverfahrens ist weder ersichtlich noch begründet der Beschwerdeführer ein solches näher.

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

Umstritten ist in erster Linie, ob der Antennenaustausch baubewilligungspflichtig ist.

2.1 Nach der bundesrechtlichen Minimalvorschrift von Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Danach ist ein Vorhaben dem Baubewilligungsverfahren zu unterstellen, wenn mit ihm im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht (statt vieler BGE 139 II 134 E. 5.2; BVR 2020 S. 380 E. 3.1, je mit Hinweisen). Eine baubewilligungspflichtige Änderung einer Baute oder Anlage kann in ihrer baulichen Veränderung oder in einer Änderung der Nutzung bestehen. Umbauten sowie Nutzungs- bzw. Zweckänderungen sind grundsätzlich dann baubewilligungspflichtig, wenn

die mit der neuen Nutzung verbundenen Auswirkungen intensiver sind als die bisherigen, was bei einer (deutlichen) Zunahme der Immissionen der Fall ist (BGer 1C_431/2018 vom 16.10.2019 E. 2.2, 1C_418/2017 vom 28.3.2019 E. 3.2). Bei der Umrüstung von Mobilfunkanlagen trifft dies etwa im Fall einer wesentlichen Leistungserweiterung zu (BGer 1C_680/2013 vom 26.11.2014 E. 6.4). Entspricht dagegen auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zulässigen Nutzung und erweist sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Raum und Umwelt als ausgesprochen geringfügig, kann gemäss der Rechtsprechung auf ein Baubewilligungsverfahren verzichtet werden (BGer 1C_431/2018 vom 16.10.2019 E. 2.2, 1C_418/2017 vom 28.3.2019 E. 3.2; zum Ganzen BVR 2023 S. 227 E. 3.1).

2.2 Auf kantonaler Ebene wird die Baubewilligungspflicht in Art. 1a Abs. 1 BauG in allgemeiner Weise in Anlehnung an Art. 22 Abs. 1 RPG und an eine Formel des Bundesgerichts umschrieben (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 12). Danach sind grundsätzlich auch reine Zweckänderungen (Nutzungsänderungen) von Bauten, Anlagen und Einrichtungen baubewilligungspflichtig (Art. 1a Abs. 2 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen dagegen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben; im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). Art. 6 und 6a des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) zählen detailliert auf, welche Vorhaben grundsätzlich baubewilligungsfrei sind. Dazu gehört nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD auch das Unterhalten und Ändern (einschliesslich Umnutzen) von Bauten und Anlagen, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Gemäss der Praxis ist das bei einer Zweckänderung dann nicht mehr der Fall, wenn diese z.B. Zonenvorschriften oder den Umweltschutz berührt oder zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen führt (BVR 2015 S. 541 E. 3; VGE 2015/238 vom 17.5.2016 E. 4.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24). Laut Art. 7 Abs. 2 BewD sind aber auch die in Art. 6 BewD als grundsätzlich baubewilligungsfrei bezeichneten Bauvorhaben bewilligungspflichtig, wenn sie den Gewässerraum, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbildschutzgebiet, ein Naturschutzobjekt, ein Baudenk-

mal oder dessen Umgebung tangieren und das entsprechende Schutzinteresse betroffen ist (zum Ganzen BVR 2023 S. 227 E. 3.2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer kritisiert vorab, die BVD habe die Baubewilligungspflicht des Antennenaustauschs auf unzureichenden Grundlagen erteilt. Die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und eine Rechtsverweigerung begangen, weil sie nicht inhaltlich zum Gutachten des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg vom 7. Juni 2021 (Zufferey/Seydoux, Die anwendbaren kantonalen Verfahren zur Implementierung der 5G-Mobilfunkantennentechnologie; Beschwerdebeilage 2 act. 1C) und zur Medienmitteilung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) vom 6. Juli 2021 (einsehbar unter: <www.bpuk.ch>, Rubriken «Dokumentation/Medienmitteilungen/Archiv Medienmitteilungen») Stellung genommen habe (Beschwerde Ziff. 4.1 f. S. 5 f.; Replik vom 3.1.2021, act. 10 S. 2 f.).

3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG sowie Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) garantiert namentlich das Recht, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG), wobei sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken kann (BVR 2022 S. 51 E. 2.3, 2021 S. 285 E. 3.4.2; BGE 146 II 335 E. 5.1; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 15 und 28, Art. 52 N. 6 f.). Der Verletzung des Gehörsanspruchs kann eine formelle Rechtsverweigerung zugrunde liegen. Diese kann implizit erfolgen und sich mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör überschneiden, wenn die Behörde es unterlässt, sich mit zentralen Vorbringen und Argumenten zu befassen, die für die zu fällende Entscheidung wesentlich sind (Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 10; vgl. auch Markus Müller, a.a.O., Art. 49 N. 93).

3.3 Die BVD hat zunächst ihre Praxis zum Bewilligungs- bzw. Bagatellverfahren erläutert (angefochtener Entscheid E. 6). Anschliessend hat sie geprüft, ob die Voraussetzungen für ein Bagatellverfahren im konkreten Fall gegeben sind und hat dies bejaht (angefochtener Entscheid E. 7a-e). Schliesslich hat sie festgehalten, dass an diesem Ergebnis das genannte Gutachten und die Medienmitteilung der BPUK nichts ändere. Dies hat sie sinngemäss damit begründet, im Zentrum der Diskussion stehe die Rechtmässigkeit der Übergangsregelung gemäss Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung betreffend die Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) für Mobilfunk- und WLL-Basisstationen (Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL] 2002), wonach die Anwendung eines Korrekturfaktors der Behörde gemeldet und ein aktualisiertes Standortdatenblatt nachgereicht werden muss (S. 6; einsehbar unter: <www.bafu.admin.ch>, Rubriken «Themen/Elektrosmog und Licht/Vollzugshilfen»; nachfolgend: Nachtrag Vollzugsempfehlung NISV). Im vorliegenden Fall stehe der Korrekturfaktor nicht zur Diskussion (angefochtener Entscheid E. 7f und 5c). Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an die Begründungspflicht: Die Vorinstanz hat sich mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt und dargelegt, weshalb ihrer Ansicht nach die vorgelegten Dokumente an ihrer Würdigung nichts ändern, und dem Beschwerdeführer war eine sachgerechte Anfechtung möglich. Ob die vorinstanzlichen Erwägungen inhaltlich bzw. materiell-rechtlich zutreffen, ist nicht eine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Beurteilung (vgl. etwa BVR 2018 S. 310 E. 3.5; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 28). Im Vorgehen der BVD liegt demnach weder eine Gehörsverletzung noch eine formelle Rechtsverweigerung im vorgenannten Sinn (vgl. E. 3.2 hiavor).

4.

In der Sache ist zunächst zu prüfen, ob sich aus der baulichen bzw. äusserlichen Änderung (Entfernen der bisherigen und Anbringen der neuen Antennen) eine Baubewilligungspflicht ergibt:

4.1 Das Verwaltungsgericht hat in einem vergleichbaren Fall festgehalten, dass ein Antennenaustausch dann als geringfügiges Bauvorhaben im Sinn von Art. 1b Abs. 1 BauG bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD gilt, wenn sich die neuen Antennen bezüglich Aussehen, Montagehöhe und Ausrichtung von den bewilligten (und bestehenden) kaum bzw. gar nicht unterscheiden (BVR 2023 S. 227 E. 5.1).

4.2 Nach der Vorinstanz ändere der Austausch der drei Sektorantennen in ästhetischer Hinsicht kaum etwas am Erscheinungsbild der Antenne (angefochtener Entscheid E. 7e). Es sei zwar ersichtlich, dass die neuen Antennenkörper verglichen mit den baubewilligten etwas breiter seien. Nach der Gemeinde zeige aber ein Vergleich mit Fotos, dass der Antennenaustausch keinen nennenswerten Einfluss auf das Erscheinungsbild habe. Diese Einschätzung der Gemeinde sei plausibel (angefochtener Entscheid E. 4b). – Der Beschwerdeführer macht demgegenüber sinngemäss geltend, die Änderung der Antenne verändere den «Raum äusserlich erheblich» (Beschwerde Ziff. 8.1 S. 15 und Ziff. 6 S. 11 ff.). Er geht davon aus, dass gegenüber den bisherigen doppelt so grosse Antennenkörper montiert worden seien (Eingabe vom 13.3.2023, act. 28 S. 2).

4.3 In den Akten der Gemeinde sind Fotos der neuen und der alten Antenne vorhanden (5D pag. 30 ff. und 98 ff.). Es trifft zu, dass die neuen Antennenkörper breiter sind als die bisherigen (vgl. z.B. act. 5D pag. 98 [neu] und pag. 101 [alt]). Sie wurden aber im selben Bereich des Masts wie zuvor unterhalb der Sendeantennen der Kantonspolizei und oberhalb der Richtfunkantennen montiert. Die neuen Antennenkörper unterscheiden sich somit zwar geringfügig von den bisherigen. Diese äusserliche Veränderung wirkt sich bei dieser technischen Anlage jedoch nur unwesentlich aus. Das Erscheinungsbild des Antennenmasts mit den verschiedenen Antennen verändert sich dadurch insgesamt kaum. Der Beschwerdeführer legt denn auch nicht dar, inwieweit der Antennenaustausch mehr als geringfügige Auswirkungen auf das bisherige Erscheinungsbild haben soll. Die Änderung überschreitet demnach optisch das Mass der Geringfügigkeit nicht und löst unter diesem Aspekt keine Baubewilligungspflicht aus. Insoweit durfte die BVD auch davon ausgehen, dass im Zusammenhang mit der genauen Lage der

Antennenkörper keine weiteren Abklärungen nötig sind (vgl. angefochtener Entscheid E. 4b; vgl. aber hinten E. 6.2).

4.4 Aus dem Standortdatenblatt ergibt sich, dass die neuen Antennenkörper auf der gleichen Höhe wie die bisherigen montiert werden sollten (vgl. die jeweiligen Zusatzblätter 2 act. 5D pag. 44 Rückseite, act. 5D pag. 72 und act. 5B pag. 79). Auch die Pläne zu den Standortdatenblättern der streit betroffenen Änderung und der Baubewilligung vom 11. März 2011 zeigen, dass die neuen Antennen an der gleichen Stelle am bestehenden Mast wie die alten angebracht werden sollten (vgl. Plan Grundriss und Plan Ansicht der bisherigen [act. 5B pag. 101 f.] und der neuen Antenne [act. 5D pag. 66 Rückseite und pag. 67]). Aufgrund der Gesuchsunterlagen durfte die BVD demnach davon ausgehen, dass sich optisch keine wesentlichen Veränderungen ergeben. Eine andere Frage ist, ob die neuen Antennen tatsächlich genau in Übereinstimmung mit den Plänen und den Angaben im Standortdatenblatt an der gleichen Stelle am Mast montiert wurden wie die alten (Beschwerde Ziff. 6; vgl. dazu hinten E. 6.2).

5.

Zu prüfen ist weiter, ob die mit der Umrüstung verbundene nutzungsmässige Änderung (Betrieb der Antennen nach dem neuen Standortdatenblatt) der Baubewilligungspflicht untersteht.

5.1 Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist der Wechsel von der konventionellen zur teilweise adaptiv betriebenen neuen Antenne (vgl. vorne Bst. A).

5.1.1 Während die konventionellen Antennen mit einer im Wesentlichen konstanten räumlichen Strahlungsverteilung senden, bestehen die adaptiven Antennen aus mehreren separat ansteuerbaren Elementarantennen (Subarrays), was es ihnen ermöglicht, das ausgesendete Strahlungsmuster automatisch, d.h. ohne Veränderung der Montagerichtung, in kurzen zeitlichen Abständen anzupassen und insbesondere die Strahlung in bestimmte Richtungen zu fokussieren bzw. in Form von sog. «Beams» oder «Strahlenkeulen» auszusenden (sog. «Beamforming»). Anders als konventionelle Anten-

nen sind sie daher in der Lage, die abgegebene Strahlungsenergie in Richtung der Nutzerinnen und Nutzer zu lenken und in diejenigen Richtungen zu reduzieren, wo sich keine aktiv kommunizierenden Endgeräte befinden. Adaptive Antennen können in der Regel über verschiedene Beams mit mehreren Endgeräten gleichzeitig kommunizieren, wobei die gesamthaft zur Verfügung stehende Sendeleistung auf die einzelnen Beams aufgeteilt wird. Weil der Datenverkehr nicht mehr wie bisher in die gesamte Funkzelle abgestrahlt, sondern möglichst zu den aktiven Endgeräten hingelenkt wird, kann die über die Fläche und die Zeit gemittelte Exposition mit dem Einsatz der Beamforming-Technologie bei gleichbleibender Datenrate reduziert werden (Erläuterungen des Bundesamts für Umwelt [BAFU] vom 23.2.2021 zu adaptiven Antennen und deren Beurteilung gemäss der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung Ziff. 1 S. 2, Ziff. 4 S. 5 ff. und Ziff. 6 S. 15 ff., einsehbar unter: <www.bafu.admin.ch>, Rubriken «Themen/Elektrosmog und Licht/Fachinformationen/Elektrosmog-Quellen/Mobilfunk/Mobilfunk: Vollzugshilfen»; Bericht des Bundesamts für Kommunikation [BAKOM] vom 24.9.2020 «Testkonzession und Messungen adaptive Antennen» Ziff. 2 S. 4 ff., einsehbar unter: <www.bakom.admin.ch>, Rubriken «Telekommunikation/Technologie/5G/Erste Tests und Messungen des BAKOM mit adaptiven Antennen»; Bericht «Mobilfunk und Strahlung» vom 18.11.2019 S. 6 und 19, Arbeitsgruppe Mobilfunk und Strahlung im Auftrag des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK], einsehbar unter: <www.bafu.admin.ch/5g>; zum Ganzen BVR 2023 S. 227 E. 2.1).

5.1.2 Gemäss dem am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 2 NISV ist es neu möglich, der Variabilität der Senderichtung bei adaptiven Antennen durch Anwendung eines sog. «Korrekturfaktors» Rechnung zu tragen. Dieser beruht auf statistischen Studien über die tatsächliche Strahlungsexposition und soll sicherstellen, dass adaptive Antennen nicht strenger beurteilt werden als konventionelle Antennen (Erläuterungen des BAFU zur Änderung der NISV vom 17.12.2021 Ziff. 2 S. 4; BVR 2023 S. 227 E. 2.2). Den Angaben des AUE im vorinstanzlichen Verfahren zufolge erlaubt der Korrekturfaktor eine deutlich höhere Sendeleistung als die im Standortdatenblatt ausgewiesene. Möglich seien kurze Überschreitungen der bewilligten Sendeleistungen bis zu einem Faktor 10 und

somit auch der deklarierten Strahlenbelastung an Orten mit empfindlicher Nutzung (OMEN) um einen Faktor 3,2. Im 6-Minuten-Mittel würden die bewilligten Leistungen und deklarierten Feldstärken aber immer eingehalten. Der Betreiber habe dies mit einem QS-System sicherzustellen (Stellungnahme vom 1.4.2021, act. 5A pag. 25).

5.2 Die Vorinstanz hat festgehalten, die Betreiberin oder der Betreiber einer Mobilfunkanlage müsse dem AUE Änderungen an baubewilligten Anlagen in einem aktualisierten Standortdatenblatt bekannt geben. Das AUE prüfe, ob bei Anpassungen im Sinn von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV die Kriterien einer Bagatelländerung gemäss Empfehlungen der BPUK vom 19. September 2019 erfüllt seien. Liege eine Bagatelländerung vor, sei keine Baubewilligung nötig. Diese Praxis habe die BVD bestätigt (angefochtener Entscheid E. 6c und d). Hier ergebe sich der Umfang der zu beurteilenden Änderung aus dem Vergleich des bewilligten Betriebszustands der Anlage auf der Basis des Standortdatenblatts vom 27. September 2010 (Revision 1.0) mit dem aktuellen Antennenbetrieb gemäss dem Standortdatenblatt vom 17. Juni 2020 (Revision 1.3). Zur Diskussion stehe somit der Ersatz der bewilligten, konventionellen Antennen des Typs «Kathrein 742 271» durch eine Multibandantenne des Typs «Huawei AAU5811». Dazu gehöre ein adaptiver Antennenteil, der im Frequenzband 3600 MHz ohne Anwendung des Korrekturfaktors betrieben werde (Laufnummern 7, 8 und 9). Ein Vergleich der aktuellen Werte mit den bewilligten Werten zeige, dass die Gesamtsendeleistung in den Hauptstrahlrichtungen reduziert wurde und die Immissionsfeldstärke an den OMEN 01b, 01c und 14 leicht abgenommen habe. Es sei eine sog. «worst case»-Beurteilung vorgenommen worden, bei der die adaptiven Antennen im Ergebnis wie konventionelle Antennen behandelt würden. Für die Nachbarschaft ändere sich umweltrechtlich kaum etwas (angefochtener Entscheid E. 7).

5.3 Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, ein Baubewilligungsverfahren sei immer dann nötig, wenn eine Änderung im Sinn von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV vorliegt. Dies leitet er namentlich aus dem bereits erwähnten Gutachten des Instituts für Schweizerisches und internationales Baurecht der Universität Freiburg vom 7. Juni 2021 ab (vorne E. 3.1; Beschwerde Ziff. 4 S. 5 ff.). Beim streitbetroffenen Antennenaustausch

handle es sich um eine solche Änderung im Sinn von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV, da die Anpassung die Intensität der Strahlung an den OMEN erhöhen könne und deren räumliche Verteilung verändere. Adaptive Antennen dürften nicht gleich wie konventionelle Antennen behandelt werden, auch nicht mit einer «worst-case»-Beurteilung (Beschwerde Ziff. 5 S. 8 ff.; zum Ganzen auch Beschwerde Ziff. 8 S. 15).

5.4 Die NISV definiert in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV, was aus Sicht des umweltrechtlichen Immissionsschutzes als Änderung einer bestehenden Mobilfunkanlage gilt. Es handelt sich generell um Anpassungen, welche die Intensität der Strahlung an OMEN erhöhen können oder deren räumliche Verteilung verändern (Erläuterungen des BAFU vom 28.11.2008 zur Änderung der NISV Ziff. 5.3 S. 6). Liegt eine solche Änderung vor, muss die Inhaberin bzw. der Inhaber der betreffenden Anlage nach Art. 11 Abs. 1 NISV der zuständigen Behörde vor deren Inbetriebnahme ein neues Standortdatenblatt mit den geänderten Betriebsparametern einreichen. Die NISV schreibt allerdings für solche Fälle nicht vor, dass ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist. Der Bund wäre aus staatsrechtlichen Gründen, namentlich mit Blick auf das Gesetzmässigkeits- oder Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), auch nicht befugt, den Kantonen auf Verordnungsstufe (NISV) die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens vorzuschreiben (vgl. BVR 2023 S. 227 E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. insb. den Hinweis auf die wohl abweichende Meinung von Zufferey/Seydoux, a.a.O., S. 36). – Aus dem Vorliegen einer Änderung im Sinn von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV kann somit entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht ohne Weiteres auf die Baubewilligungspflicht geschlossen werden. Vielmehr ist auch bei solchen Änderungen massgebend, ob sich die umweltrechtlich relevanten Immissionen gegenüber der ursprünglich bewilligten Anlage wesentlich verstärkt haben (vgl. vorne E. 2 und BVR 2023 S. 227 E. 5.2.1 a.E.).

5.5 Aus der Stellungnahme des AUE vom 1. April 2021 vor der Vorinstanz (act. 5A pag. 23) ist zu schliessen, dass bei der streitbetroffenen Anlage ursprünglich kein Korrekturfaktor zur Anwendung kam, sondern die Zustimmung zur umstrittenen Umrüstung gestützt auf eine sog. «worst case»-Beurteilung erfolgte, in welcher für die Strahlungsprognose in jede Sende- richtung vom maximal möglichen Antennengewinn (Signalstärke) bzw. von

der maximal möglichen Fokussierung ausgegangen wird (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 5b; zur Zulässigkeit der «worst case»-Beurteilung VGE 2020/27 vom 6.1.2021 E. 4.2 ff. [bestätigt durch BGer 1C_100/2021 vom 14.2.2023]). Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass ein solcher Antennenaustausch ohne Baubewilligungsverfahren zulässig ist, sofern gestützt auf die «worst case»-Beurteilung feststeht, dass die Grenzwerte für die maximal zulässige Immissionsfeldstärke eingehalten werden und die Betriebsänderung keine nennenswerten Auswirkungen auf die Zonenkonformität oder die Erschliessungssituation der Mobilfunkanlage hat (BVR 2023 S. 227 E. 5.2). Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht hat sich allerdings ergeben, dass die adaptiven Antennen neu mit einem Korrekturfaktor gemäss Standortdatenblatt vom 24. Juni 2021 Revision 1.4 betrieben werden (vgl. Stellungnahme des AUE vom 20.2.2023, act. 25 und 25A). Die BVD hat zudem mitgeteilt, dass gemäss Auskunft des AUE das Standortdatenblatt vom 24. Juni 2021 Revision 1.4 am 25. Juli 2022 beim AUE eingegangen sei. Das AUE habe dem Betrieb mit Korrekturfaktoren am 9. November 2022 zugestimmt (Stellungnahme vom 8.3.2023, act. 27).

5.6 Zur Berücksichtigung des Korrekturfaktors im vorliegenden Verfahren ergibt sich, was folgt:

5.6.1 Das Verfahren ist auf den Streitgegenstand beschränkt. Ausgangspunkt für dessen Bestimmung bildet die angefochtene Verfügung oder der angefochtene Entscheid, das sog. Anfechtungsobjekt. Es gibt den Rahmen des Streitgegenstands vor (vgl. BVR 2020 S. 59 E. 2.2, 2017 S. 514 E. 1.2). Dieser kann im Verlauf des Verfahrens grundsätzlich nicht erweitert oder inhaltlich verändert werden. Hingegen können ihn die Parteien einschränken (Michel Daum, a.a.O., Art. 20a N. 5 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall bildet Streitgegenstand die Baubewilligungspflicht für den Austausch der ursprünglich bewilligten Mobilfunkantennen mit neuen Antennen, darunter adaptive. Die Gemeinde hat als Baupolizeibehörde festgestellt, dass der Antennenaustausch nicht baubewilligungspflichtig sei, was die Vorinstanz bestätigt hat (vorne Bst. A und B). Beide Behörden sind dabei von einer «worst case»-Beurteilung ausgegangen. Neu wird mit Zustimmung des AUE vom 9. November 2022 ein Korrekturfaktor angewendet (vorne E. 5.5). Die Beschwerdegegnerin 1 und die Gemeinde halten dafür, dass mit dieser

neuen Tatsache nicht mehr der gleiche Streitgegenstand zur Diskussion steht. Der Betrieb der Antennen mit Korrekturfaktor sei deshalb allenfalls Gegenstand eines neuen Verfahrens bzw. es sei – so die Gemeinde – von Amtes wegen zu prüfen, ob sich aus prozessökonomischen Gründen die Ausdehnung des Verfahrens auf eine ausserhalb des Streitgegenstands liegende Frage rechtfertige (vgl. act. 33 S. 1 und act. 30 S. 2). Die BVD sieht den Streitgegenstand demgegenüber nicht als Hinderungsgrund für eine materielle Beurteilung der veränderten Sachlage; vielmehr äussert sie sich für den Fall, dass das Verwaltungsgericht die Sache zur Neuurteilung zurückweisen will (act. 27 S. 2; vorne Bst. C).

5.6.2 Gegenstand des Baupolizeiverfahrens ist die Umrüstung einer Mobilfunkanlage auf adaptive Antennen mit 5G-Technologie im August 2020 (vorne Bst. A). Bei der Beurteilung der Bewilligungspflicht bzw. Rechtmässigkeit eines solchen Antennentauschs sind Stärke und Verteilung der Leistung zu prüfende Faktoren und bilden demnach Teil des Streitgegenstands. Ob die Anlage mit oder ohne Korrekturfaktor betrieben wird, ändert an diesem Prüfprogramm nichts, sondern allenfalls am Resultat der Prüfung (E. 5.7 f. hiernach). Insofern führt die Anwendung des Korrekturfaktors baupolizeilich gesehen nicht zu einem anderen oder erweiterten Streitgegenstand, auch wenn damit eine höhere Sendeleistung als die im Standortdatenblatt ausgewiesene ermöglicht wird (vorne E. 5.1.2; vgl. für diese Würdigung auch VGE 2021/355 vom 8.11.2022 E. 3). Diese Situation ist insoweit nicht ohne weiteres vergleichbar mit dem Baubewilligungsverfahren, in dem nur Gegenstand der Bewilligung sein kann, was die Bauherrschaft mit ihrem Baugesuch einschliesslich des Standortdatenblattes beantragt (z.B. Neubau einer Mobilfunkanlage ohne Korrekturfaktor; vgl. dazu VGE 2020/409 vom 15.2.2022 E. 1.3). Die Anwendung des Korrekturfaktors ist demnach im Baupolizeiverfahren eine neue Tatsache innerhalb des Streitgegenstands, die bis zum Entscheidzeitpunkt in das Verfahren eingebracht werden kann und zu berücksichtigen ist (Art. 25 VRPG; vgl. dazu etwa BVR 2018 S. 139 E. 4.3; Michel Daum, a.a.O., Art. 25 N. 16 ff.).

5.7 Für die Beantwortung der Frage, ob sich die umweltrechtlich relevanten Immissionen der adaptiv betriebenen Antennen gegenüber der ursprünglich bewilligten Anlage wesentlich verstärkt haben und ob eine Baubewilli-

gungspflicht besteht, hat die Vorinstanz auf die «worst case»-Beurteilung abgestellt (vorne E. 5.2; angefochtener Entscheid E. 7c f.). Nachdem neu ein Korrekturfaktor zur Anwendung gelangt, steht die «worst case»-Beurteilung nicht mehr zur Diskussion; es erübrigt sich demnach zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Baubewilligungspflicht unter diesem Aspekt zu Recht verneint hat. Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers in diesem Zusammenhang ist deswegen nicht weiter einzugehen (vgl. etwa Beschwerde Ziff. 4.6 S. 7 und Ziff. 5.1 f. S. 8 f.). Die Frage nach der Baubewilligungspflicht stellt sich nach dem Gesagten mit Blick auf einen veränderten Sachverhalt (E. 5.6.2 hiervor). Namentlich unterscheiden sich die umweltrechtlich relevanten Immissionen bei der Anwendung des Korrekturfaktors von denjenigen bei der Anwendung der «worst case»-Beurteilung (vorne E. 5.1.2). Dem angefochtenen Entscheid liegt demnach ein aus heutiger Sicht unrichtiger Sachverhalt zugrunde.

5.8 Ob das Aufschalten eines Korrekturfaktors oder der Austausch konventioneller Antennen mit adaptiven Antennen, die mit einem Korrekturfaktor betrieben werden, baubewilligungspflichtig sind, hat das Verwaltungsgericht bisher nicht beantwortet; diese Frage stellte sich nicht (vgl. BVR 2023 S. 227 E. 5.4; vgl. auch VGE 2020/27 vom 6.1.2021 E. 4.8). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (vgl. insb. die Eingaben vom 13.3.2023, act. 28 S. 2 und vom 20.3.2023, act. 29) haben weder das Verwaltungsgericht (VGE 2020/27 vom 6.1.2021 E. 4.8) noch das Bundesgericht (BGer 1C_100/2021 vom 14.2.2023 E. 6.3.2) abschliessend geklärt, wie es sich mit der Baubewilligungspflicht bei Änderungen mit Korrekturfaktor verhält (vgl. auch die Bemerkungen von Michael Pflüger zu BVR 2023 S. 227, S. 243). Auch die Vorinstanz, hat sich soweit ersichtlich bisher nicht dazu geäußert (vgl. auch die Stellungnahme vom 8.3.2023, act. 27). Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als letzte kantonale Instanz die Frage der Baubewilligungspflicht eines Antennenaustauschs mit Anwendung des Korrekturfaktors erstmals zu beantworten. Dazu ist das Verwaltungsgericht funktionell nicht berufen, gilt es doch, die konkrete prozessuale Konstellation erstmals zu beurteilen. Zudem ging dem Beschwerdeführer eine Rechtsmittelinstanz verloren (vgl. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 84 N. 7 und Art. 80 N. 26).

6.

6.1 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten dahin gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Gemeinde hat in ihrer Stellungnahme vom 22. März 2023 dargelegt, dass sie insbesondere gestützt auf die Information der Geschäftsleitung der Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter vom 28. April 2022 betreffend Baubewilligungsverfahren für Mobilfunkantennen (Bernische Systematische Information Gemeinden [BSIG] Nr. 7/725.1/11.1, einsehbar unter: <www.dij.be.ch>, Rubrik «E-Services & Dienstleistungen») von der Baubewilligungsfreiheit ausgehe, bis die Frage von den zuständigen Verwaltungsjustizbehörden geklärt sei (vgl. act. 30 S. 3). Unter diesen Umständen würde die Rückweisung an die Gemeinden einen prozessualen Leerlauf bedeuten; die Vorinstanz wird die Frage zu klären haben (vgl. Art. 84 Abs. 1 VRPG). Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2).

6.2 Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die Einwände des Beschwerdeführers zur Lage der Antennen bzw. deren Einzeichnung in den Plänen (Beschwerde Ziff. 6.1-6.4 S. 11 ff.; Replik vom 3.1.2021 act. 10 S. 6 f.) sowie zur Tauglichkeit der Kontrollmechanismen zur Prüfung der Einhaltung der Grenzwerte bei adaptiven Antennen (Beschwerde Ziff. 7 S. 13 ff. und Ziff. 5.5 S. 9) und allfällige in diesem Zusammenhang zu erhebende Beweismassnahmen einzugehen. Mit diesen Fragen wird sich die Vorinstanz im weiteren Verfahren zu befassen haben.

7.

7.1 Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann (statt vieler

BVR 2020 S. 455 E. 5.1). Der Beschwerdeführer gilt demnach als vollständig obsiegend, zumal das Nichteintreten (Feststellungsbegehren) keine Kostenausscheidung rechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin 1 und die Gemeinde unterliegen und werden demnach grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Die Gemeinde ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Dieser Kostenteil ist nicht zu erheben (Art. 108 Abs. 2a VRPG, in Kraft seit 1.4.2023; vgl. VGE 2023/92 vom 1.6.2023 E. 5.2; Michel Daum, Teilrevision 2023 des bernischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, in BVR 2023 S. 286 ff., 297). Ersatzfähige Parteikosten sind im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht entstanden (vgl. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

7.2 Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens wird die aufgrund des vorliegenden Rückweisungsentscheids erneut mit der Angelegenheit befasste BVD gemäss dem Ausgang der Neuprüfung festzulegen haben (Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7).

8.

Gegen das vorliegende Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht geführt werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Soweit es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.1), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn eine der zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 24. September 2021 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen

an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden der Beschwerdegegnerin 1 zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'750.--, auferlegt. Die verbleibenden Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer
 - Beschwerdegegnerin 1
 - Beschwerdegegnerin 2
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
 - Bundesamt für Umweltund mitzuteilen:
 - Amt für Umwelt und Energie des Kantons Bern
 - Regierungsstatthalteramt Seeland

Die Abteilungspräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.