

## **BGer 1C\_33/2017 vom 23. Juni 2017**

Bundesgericht, 2017-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_33\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_33_2017)

FR: TF 1C\_33/2017 du 23 juin 2017

IT: TF 1C\_33/2017 del 23 giugno 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Gerichtsentscheid, mit dem auf eine Beschwerde von Einsprechern gegen einen behördlichen Entscheid im Zusammenhang mit der Erstellung einer Mobilfunkantenne nicht eingetreten wurde, weil sie sich nicht am vorangehenden Beschwerdeverfahren vor dem zuständigen Departement beteiligt hatten. Inhaltlicher Streitpunkt ist unter anderem die Tragweite der bundesrechtlichen Bestimmungen zum Heimatschutz sowie zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung und damit Bundesverwaltungsrecht, dessen Anwendung im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu beurteilen ist ( Art. 82 ff. BGG ). Tritt eine kantonale Rechtsmittelinstanz in einer bundesrechtlichen Materie gestützt auf kantonales Verfahrensrecht auf eine Beschwerde nicht ein, ist ihr Nichteintretensentscheid geeignet, die richtige Anwendung des Bundesrechts zu vereiteln. Die Rüge, das kantonale Verfahrensrecht sei in bundesverfassungs- oder bundesrechtswidriger Weise angewendet worden, kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vorgebracht werden ( Art. 95 lit. a BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.2 S. 251; Urteil des Bundesgerichts 1C\_442/2007 vom 21. April 2008 E. 1).

#### **E. 1.2**

Im hier massgeblichen ersten Verfahren vor dem Departement befasste sich dieses einzig mit der Streitfrage der Vereinbarkeit des Bauprojekts mit den Bestimmungen der Denkmalpflege. Der Departementsentscheid vom 30. November 2015 äussert sich jedenfalls nur zu dieser Frage. Auf die übrigen bau-, zonen- und immissionsschutzrechtlichen Gesichtspunkte geht er nicht ein. Soweit das Departement die Sache an die Gemeinde zurückgewiesen hat zur Erteilung der Baubewilligung, geht der departementale Entscheid darüber hinweg, dass über die übrigen Voraussetzungen der Baubewilligung noch gar nicht befunden wurde. Das Verwaltungsgericht wiederum beschränkte seinen Entscheid auf die Frage der Legitimation der Beschwerdeführenden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Nur dazu liegt ein verwaltungsgerichtlicher Entscheid vor, und nur dies bildet Streitpunkt im bundesgerichtlichen Verfahren.

#### **E. 1.3**

Daraus ergibt sich, dass das Baubewilligungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, weshalb es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Zwischenentscheid handelt (vgl. Art. 90 BGG e contrario). Dagegen steht die Beschwerde, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, nur offen, wenn der Entscheid für die Beschwerdeführenden einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte. Ein solcher liegt darin, dass die Frage der ortsbildschutzrechtlichen Zulässigkeit des Bauprojekts mit dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, sollte dieser Bestand haben, rechtskräftig und damit für den weiteren

Verlauf des Baubewilligungsverfahrens verbindlich entschieden und unabänderlich würde. Die Beschwerdeführenden könnten sich in diesem Zusammenhang nicht mehr zur Wehr setzen. Ihre Rechtsposition in den übrigen, noch offenen Streitpunkten bleibt aber uneingeschränkt bestehen. Die Beschwerdeführenden erleiden jedoch insofern einen irreversiblen Nachteil, als sie mit ihren ortsbildschützerischen Einwänden vor den kantonalen Behörden nicht mehr gehört werden, sollte der angefochtene Entscheid rechtskräftig werden.

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführenden haben sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Sie sind als Einsprechende durch den angefochtenen Entscheid, mit dem ihnen die Legitimation für das verwaltungsgerichtliche Verfahren abgesprochen wurde, besonders berührt. Überdies haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides. Sie sind damit zur Beschwerdeführung vor dem Bundesgericht hinsichtlich der Eintretensfrage legitimiert (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG).

#### **E. 1.5**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

#### **E. 1.6**

Mit der Beschwerde an das Bundesgericht können insbesondere die Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG) gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführern geltend gemacht und begründet werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG). Erhöhte Anforderungen an die Begründung gelten, soweit die Verletzung von Grundrechten (unter Einschluss von Willkür bei der Rechtsanwendung und bei der Sachverhaltsfeststellung) gerügt wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführenden erklären, sie hätten sich nicht am Beschwerdeverfahren vor dem Departement beteiligt, da die Gemeinde die Rechtmässigkeit der Erstellung der strittigen Mobilfunkanlage verneint hatte. Sie hätten damit sowohl mit Blick auf das Ergebnis des für sie günstigen Entscheids der Gemeinde als auch im Hinblick auf die Vermeidung allfälliger Kostenfolgen keinen Anlass gehabt, am departementalen Verfahren teilzunehmen. Sie hätten aber klar zu erkennen gegeben, dass sie sich eine Beteiligung an einem allfälligen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorbehalten würden, falls der Departementsentscheid zu ihren Ungunsten ausginge. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, sie hätten mit dem Verzicht im Verfahren vor dem Departement die Parteistellung und die Beschwerdeberechtigung im weiteren Rechtsmittelverfahren verloren, sei willkürlich, überspitzt formalistisch und verstosse gegen Treu und Glauben.

#### **E. 2.2**

Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, auf Beurteilung innert angemessener Frist sowie auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ).

### **E. 2.2.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung begeht eine Behörde eine Gehörsverletzung im Sinne einer formellen Rechtsverweigerung, wenn sie auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber entscheiden müsste ( BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9 ; 134 I 229 E. 2.3 S. 232; vgl. auch BGE 136 II 177 E. 2.1). Ob eine solche Rechtsverweigerung vorliegt, prüft das Bundesgericht frei ( BGE 128 II 139 E. 2a S. 142 mit Hinweisen). Die Auslegung und Anwendung des einschlägigen kantonalen Rechts untersucht es indessen nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür ( BGE 131 I 217 E. 2.1 S. 219, 467 E. 3.1 S. 473 f., je mit Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Gemäss der ständigen Praxis des Bundesgerichts ist ein Entscheid willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht ( BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; je mit Hinweisen).

### **E. 2.2.3**

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (vgl. BGE 142 V 152 E. 4.2 S. 158 ; 135 I 6 E. 2.1 S. 9; 130 V 177 E. 5.4.1 S. 183 mit Hinweisen). Das Verbot des überspitzten Formalismus weist einen engen Bezug zum Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 5 Abs. 3 BV ; dazu BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 73; 131 II 627 E. 6.1 S. 636 f. ; 129 I 161 E. 4.1 S. 170) auf. Nach der bundesgerichtlichen Praxis erscheint es überspitzt formalistisch, eine Prozessklärung buchstabengetreu auszulegen, ohne zu fragen, welcher Sinn ihr vernünftigerweise beizumessen sei ( BGE 113 Ia 94 E. 2 S. 96 f. mit Hinweisen). Parteierklärungen, die im Rahmen eines Prozesses abgegeben werden, sind unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen ( BGE 105 II 149 E. 2a S. 152 mit Hinweisen), d.h. sie müssen so ausgelegt werden, wie sie der Empfänger nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste ( BGE 116 Ia 56 E. 3b S. 58 mit Hinweisen). Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei den Verfahrensbeteiligten - wie hier - um juristische Laien handelt (Urteil des Bundesgerichts 1C\_442/2007 vom 21. April 2008 E. 2.1).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführenden nennen keine kantonale Bestimmung, die willkürlich angewendet worden sein soll. Hingegen sind sie der Ansicht, das Verwaltungsgericht habe den Sachverhalt "nicht berücksichtigt" und deswegen einen willkürlichen Entscheid gefällt. Das lässt sich als Rüge einer willkürlichen bzw. offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung verstehen. Indessen ist nicht ersichtlich, weshalb die tatsächlichen

Feststellungen der Vorinstanz willkürlich sein sollten. Das Schreiben der Sachbearbeiterin und die Aktennotiz zum Telefonat sind aktenkundig, und das Verwaltungsgericht hat auch vom geäußerten Vorbehalt der Beschwerdeführenden Kenntnis genommen und diesen juristisch gewürdigt. Die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid sind mithin nicht offensichtlich unrichtig.

### **E. 3.2**

In rechtlicher Hinsicht ging das Verwaltungsgericht davon aus, es fehle den Beschwerdeführenden an der formellen Beschwer, weil sie sich nicht vorweg am Verfahren vor dem Departement beteiligt hatten. Die Voraussetzung der formellen Beschwer ist im schweizerischen Verwaltungsprozess verbreitet üblich (KIENER ET AL., Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., 2015, 1427 ff.; RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., 2014, Rz. 1099). Nach Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG gilt sie ausdrücklich auch im bundesgerichtlichen Verfahren. Gemäss dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen beteiligen können, wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist ( Art. 111 Abs. 1 BGG ). Dabei handelt es sich um einen allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz. Umgekehrt ergibt sich für die Beschwerdeführenden aus dem Prinzip der Einheit des Verfahrens grundsätzlich die Obliegenheit, sich am kantonalen Verfahren als Partei zu beteiligen, jedenfalls dann, wenn sie letztinstanzlich ans Bundesgericht gelangen wollen. Eine Ausnahme gilt, wenn jemand keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren erhalten hat (Urteil des Bundesgerichts 1C\_442/2007 vom 21. April 2008 E. 2.3). Die formelle Beschwer fehlt, wenn ein Beschwerdeführer von sich aus auf die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz verzichtet hat (KIENER ET AL., a.a.O., Rz. 1429; RHINOW ET AL., a.a.O., Rz. 1552). Es ist daher keineswegs systemfremd, willkürlich oder überspitzt formalistisch, wenn ein Kanton, wie dies vor Bundesgericht gilt, als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung des Verwaltungsgerichts verlangt, dass sich am Verfahren vor den unteren Instanzen beteiligt haben muss, wer ein kantonales Rechtsmittel an das Verwaltungsgericht ergreifen will.

### **E. 3.3**

Genauso wenig läuft es auf übertriebene formelle Anforderungen hinaus, wenn die kantonalen Instanzen einen Vorbehalt nicht zulassen, unter Auslassung der Beteiligung an einer Verwaltungsinstanz dann später doch wieder am Verwaltungsgerichtsverfahren teilnehmen zu wollen, wenn dazwischen ein ungünstiger Entscheid ergeht. Wer sich aus dem Verfahren ausklinkt, tut das definitiv. Die Teilnahme am Verfahren ist in diesem Sinne bedingungsfeindlich. Es erscheint zwar verständlich, dass die Beschwerdeführenden im vorliegenden Fall, in dem die Gemeinde in ihrem Sinne entschieden hatte, ihren eigenen Aufwand sowie die allfälligen Kostenfolgen für die nachfolgenden Verfahrensstufen vermeiden wollten. Das rechtfertigt aber eine Nichtteilnahme unter Vorbehalt nicht. Das Kostenrisiko bildet Bestandteil des schweizerischen Justizsystems und soll dazu beitragen, aussichtslose Verfahren zu vermeiden. Dem hat sich zu stellen, wer in einen Prozess einsteigt. Als Ausgleich gibt es im Bedarfsfall unter den entsprechenden Voraussetzungen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für Bedürftige (vgl. Art. 29 Abs. 3 BV ), was hier allerdings nicht weiter von Belang ist.

### **E. 3.4**

Verletzt wurde im vorliegenden Fall auch nicht der Grundsatz von Treu und Glauben. Weder das Verwaltungsgericht noch das Departement haben durch ihre Handlungen eine entsprechende Vertrauensgrundlage geschaffen. Das Verwaltungsgericht äusserte sich nie dahingehend oder erzeugte auch nur den entsprechenden Anschein, den Vorbehalt der Beschwerdeführenden gelten zu lassen. Das Departement als Vorinstanz des Verwaltungsgerichts fragte die Beschwerdeführenden ausdrücklich an, ob sie sich beteiligten wollten. Es teilte ihnen überdies explizit mit, der departementale Entscheid würde ihnen bei einer Nichtteilnahme nicht zugestellt und eine erst spätere Teilnahme vor Verwaltungsgericht sei diesfalls "vermutlich nicht möglich". Gestützt darauf musste den Beschwerdeführenden klar sein, welches Risiko sie mit der Nichtbeteiligung eingingen. Eine Vertrauensgrundlage für die gegenteilige Annahme ist hingegen nicht ersichtlich.

### **E. 3.5**

Damit bleibt einzig noch zu klären, ob den Beschwerdeführenden durch den angefochtenen Entscheid die Gelegenheit genommen wurde, ihre sämtlichen Standpunkte und Argumente als Einsprecher vorzutragen.

#### **E. 3.5.1**

In seinem Urteil 1C\_442/2007 vom 21. April 2008 mit einer teilweise vergleichbaren Ausgangslage entschied das Bundesgericht, dass bei einem Teilnahmeverzicht nach vorerst, d.h. noch nicht letztinstanzlichem, günstigem Verfahrensausgang die Rechte als Einsprecher nicht gekürzt werden dürften. Im damaligen Fall hatte die Verwaltungsbehörde den Einsprechern eine Kopie der vom Mobilfunkanbieter und Bauherrn für (ebenfalls) eine Mobilfunkantenne erhobenen Beschwerde zugestellt mit Frist zur allfälligen Beteiligung am Beschwerdeverfahren unter Hinweis darauf, Stillschweigen gelte als Verzicht auf die Beteiligung. Die Einsprecher äusserten sich nicht zur Beschwerde, da die Gemeinde damals die Baubewilligung aus zonenplanerischen Gründen verweigert hatte, während sich die Einsprecher auf andere Argumente gestützt hatten. In der Folge erteilte die kantonale Verwaltungsbehörde direkt die Gesamtbaubewilligung. Das von den Einsprechern angerufene zuständige Verwaltungsgericht trat mangels Beschwer auf ihre Beschwerde nicht ein. Das Bundesgericht sah darin insbesondere einen Verstoss gegen Art. 29 BV, weil die Einsprecher ihre Anliegen überhaupt nicht mehr einbringen konnten bzw. ihre Einsprachen gar nie vollumfänglich behandelt worden waren.

#### **E. 3.5.2**

Im vorliegenden Fall ist die Ausgangslage nicht dieselbe. Erstens hatten sich im Vergleichsfall die Einsprecher vor der kantonalen Verwaltungsbehörde einfach nicht geäussert bzw. keinen Antrag gestellt, woraus die kantonalen Behörden etwas fragwürdig auf eine generelle Nichtteilnahme am Verfahren schlossen. Demgegenüber verzichteten die Beschwerdeführenden hier auf Nachfrage hin ausdrücklich auf eine Teilnahme am Departementsverfahren. Zweitens erging im vorliegenden Fall noch keine Gesamtbaubewilligung. Mit dem angefochtenen Nichteintretensentscheid werden die Beschwerdeführenden einzig von der weiteren Geltendmachung ortsbildschützerischer Argumente ausgeschlossen, die für sie ursprünglich gar nicht im Vordergrund gestanden sind, beriefen sie sich doch in ihrer Einsprache hauptsächlich auf die immissions- und zonenrechtliche Rechtswidrigkeit des Bauprojekts. Die aktenkundige Einsprache der Beschwerdeführenden mit ihren untergeordneten Argumenten zum Ortsbildschutz lag im Übrigen dem zuständigen Departement vor und konnte von diesem berücksichtigt werden.

Im Punkt des Ortsbildschutzes wird der Entscheid des Departements mit seiner Rechtskraft verbindlich und ist danach nicht mehr anfechtbar. Für die übrigen, insbesondere bau-, zonen- und immissionsrechtlichen, Streitpunkte ist der Verfahrensausgang nach der Rückweisung der Streitsache an die Gemeinde durch das Departement, das sich dazu nicht geäußert hat, jedoch noch offen. Den Einsprechern muss die Beteiligung am Verfahren insofern weiterhin offen stehen. Ihre Einsprachen sind in diesen Punkten zu behandeln, und die Beschwerdeführenden müssen sich insoweit auch noch ins Verfahren einbringen können.

### **E. 3.5.3**

Der Departementsentscheid mag diesbezüglich in seiner Begründung etwas missverständlich erscheinen, soweit darin in Erwägung 5, wenn auch nicht im Dispositiv, ausgeführt wird, die Gemeinde werde angewiesen, die Baubewilligung zu erteilen. Tatsächlich hatte die Gemeinde bei ihrem erneuten Baubewilligungsentscheid die Rechtslage, abgesehen von den ortsbildschützerischen Gesichtspunkten, die eine Verweigerung der Bewilligung nicht mehr zu begründen vermochten, umfassend, namentlich auf bau-, zonen- und immissionsrechtliche Zulässigkeit hin, zu prüfen und dabei auch die eingegangenen Einsprachen zu behandeln. Ob die Gemeinde in ihrem Entscheid vom 29. Februar 2016 diese Vorgaben eingehalten hat, ist hier nicht Streitobjekt. Für das vorliegende Verfahren ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Rechte der Beschwerdeführenden als Einsprecher gewahrt sind. Diese haben denn auch gegen den Baubewilligungsentscheid der Gemeinde vom 29. Februar 2016 Rekurs erhoben, wobei das Rechtsmittelverfahren nach dem Kenntnisstand des Bundesgerichts noch hängig ist.

### **E. 3.6**

Der angefochtene Entscheid verstösst demnach nicht gegen Bundesrecht.

### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang werden die unterliegenden Beschwerdeführenden unter Solidarhaft für das bundesgerichtliche Verfahren kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1, Art. 65 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

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