

# **BGer 1C\_50/2023 vom 19. März 2024**

Bundesgericht, 2024-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_50\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_50_2023)

FR: TF 1C\_50/2023 du 19 mars 2024

IT: TF 1C\_50/2023 del 19 marzo 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Entscheidung im Bereich des Bau- und Umweltschutzrechts. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 90 BGG ); ein Ausnahmegrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Bei den beschwerdeführenden Privatpersonen handelt es sich um Eigentümerinnen und Eigentümer bzw. Bewohnerinnen und Bewohner von Liegenschaften im rechtsmittelberechtigten Umkreis. Sie haben zudem am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

Aus den Akten geht hervor, dass die Interessengemeinschaft A. \_\_\_\_\_ unter anderem den Zweck verfolgt, die Erstellung der vorliegend umstrittenen Mobilfunk-Antennenanlage zu verhindern. Da dessen Mitglieder entweder Eigentümerinnen bzw. Eigentümer von Liegenschaften im rechtsmittelberechtigten Umkreis sind oder eine solche Liegenschaft bewohnen und somit ihrerseits beschwerdebefugt sind, ist der Verein vorliegend ebenfalls beschwerdeberechtigt ( BGE 146 I 62 E. 2.3; 142 II 80 E. 1.4.2; sog. egoistische Verbandsbeschwerde ).

### **E. 1.3**

Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass, sodass auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung von Art. 7 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451). Sie kritisieren dabei insbesondere, dass das kantonale Amt für Raumentwicklung als Fachstelle nicht in das Verfahren miteinbezogen worden sei.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 NHG haben die Kantone bei der Erfüllung von Bundesaufgaben dafür zu sorgen, dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben ( Art. 3 Abs. 1 NHG ). Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient ( Art. 6 Abs. 1 NHG ).

Kann bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, so verfasst die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) zuhanden der Entscheidbehörde ein Gutachten. Die Kommission gibt darin an, ob das Objekt ungeschmälert zu erhalten oder wie es zu schonen ist ( Art. 7 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 1 NHG i.V.m. Art. 23 Abs. 4 der dazugehörigen Verordnung vom 16. Januar 1991 [NHV; SR 451.1]).

Soweit für die Erfüllung einer Bundesaufgabe der Kanton zuständig ist, beurteilt die kantonale Fachstelle nach Art. 25 Abs. 2 NHG , ob ein Gutachten der ENHK oder EKD erforderlich ist ( Art. 7 Abs. 1 NHG ). Die kantonalen Fachstellen nehmen diese Beurteilung im Rahmen ihrer Mitwirkung wahr ( Art. 2 Abs. 4 NHV ). Die Kantone sorgen für deren Mitwirkung ( Art. 2 Abs. 3 NHV ). Art. 7 NHG stellt keine blosse Ordnungsvorschrift dar. Sind die Voraussetzungen erfüllt, ist eine Begutachtung durch die ENHK bzw. EKD vorgeschrieben (Urteile 1C\_409/2008 vom 8. April 2009 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 135 II 238 ; 1A.122/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2). Durch Art. 7 NHG verpflichtet sind dabei nicht nur die eidgenössischen Kommissionen, sondern auch die Fachstellen, die über die Erforderlichkeit eines Gutachtens entscheiden und die Entscheidbehörden, die ein Gutachten einholen müssen (vgl. JÖRG LEIMBACHER, in: Kommentar NHG, 2. Aufl. 2019, N. 10 zu Art. 7). Erachtet die Fachstelle ein Gutachten für erforderlich, so sind die kantonalen Entscheidbehörden verpflichtet, dieses einzuholen. Davon kann nur abgewichen werden, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 7 Abs. 2 NHG klarerweise nicht vorliegen (Urteil 1C\_315/2022 vom 10. November 2023 E. 5.3.1 mit Hinweis).

### **E. 2.2**

Die Erteilung einer Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage ist, auch innerhalb der Bauzone, eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV und Art. 2 NHG , weshalb die zuständigen Behörden zur Schonung der in Art. 3 Abs. 1 NHG genannten Schutzobjekte und zur ungeschmälerten Erhaltung und grösstmöglichen Schonung von Inventar-Objekten nach Art. 6 NHG verpflichtet sind ( BGE 131 II 545 E. 2.2; Urteil 1C\_703/2020 vom 13. Oktober 2022 E. 7.2). Ebenso ist in diesem Fall Art. 7 NHG zu berücksichtigen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Baubewilligungsbehörde verpflichtet gewesen wäre, für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Gutachtens der ENHK oder EKD die kantonale Fachstelle beizuziehen. Im Kanton Zürich ist dies das Amt für Raumentwicklung (ARE/ZH; Art. 25 Abs. 2 NHG , Art. 26 Abs. 1 NHV , § 2 und § 2a der Kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung vom 20. Juli 1977 [KNHV/ZH; LS 702.11]).

### **E. 2.3**

Es ist unbestritten, dass die Bausektion der Stadt Zürich im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens das ARE/ZH nicht konsultiert hat. Das Baurekursgericht führte hierzu in seiner Entscheidung aus, auf den Beizug der kantonalen Fachstelle gemäss Art. 7 Abs. 1 NHG zur Prüfung der Frage nach einer Begutachtung habe von vornherein verzichtet werden können, da die Schutzziele des Objekts nicht ansatzweise tangiert würden, womit eine Beeinträchtigung des ISOS-Objekts von vornherein ausgeschlossen werden könne. Das Verwaltungsgericht anerkannte, dass das ARE/ZH als kantonale Fachstelle in Fällen wie dem vorliegenden grundsätzlich immer beizuziehen wäre. Im Umstand, dass dies

vorliegend nicht geschehen sei, liege ein Verfahrensmangel, welcher jedoch ausnahmsweise durch den Augenschein und die Erwägungen des Baurekursgerichts als Fachinstanz geheilt werden könne. Vor diesem Hintergrund führe der Verfahrensmangel vorliegend nicht zur Aufhebung der Baubewilligung.

#### **E. 2.4**

Die geplante Mobilfunk-Antennenanlage ist 4 m hoch und soll auf dem Mansardflachdach des rund 16.6 m hohen Gebäudes Kat.-Nr. HO3655 an der Strasse B. \_\_\_\_\_ xxx in Zürich-Hottingen installiert werden. Das Baugrundstück ist im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) verzeichnet. Es befindet sich im Gebiet Nr. 4 des ISOS-Objekts Zürich-Hottingen, das der Aufnahmekategorie BC zugeordnet ist und das Erhaltungsziel B aufweist. In unmittelbarer Nähe zum Baugrundstück befinden sich sodann die ISOS-Baugruppen Nr. 4.3 im Süden, Nr. 7.1 im Norden und Nr. 4.2 im Osten, welche allesamt der Aufnahmekategorie AB mit dem Erhaltungsziel A zugeteilt sind.

##### **E. 2.4.1**

Angesichts dieser Ausgangslage kann die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von Inventar-Objekten durch die Erstellung der geplanten Mobilfunk-Antennenanlage nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Dies zeigt sich unter anderem an der ausführlichen Auseinandersetzung des Baurekursgerichts, welches ebenfalls festhielt, dass die Mobilfunk-Antennenanlage je nach Blickwinkel mit den Inventar-Objekten in Erscheinung trete. Auch wenn es anschliessend zum Schluss gelangt, dass die Antenne nicht als den inventarisierten Baugruppen zugehörig wahrgenommen werde und eine Beeinträchtigung verneint, so zeigt dies doch, dass eine Beeinträchtigung der Schutzziele nicht offensichtlich ausgeschlossen und von vornherein verneint werden kann. Unter diesen Umständen hätte das Bauvorhaben dem ARE/ZH als kantonale Fachstelle nicht vorenthalten werden dürfen und hätten die zuständigen Behörden dafür sorgen müssen, dass das ARE/ZH seine Mitwirkung wahrnehmen kann (vgl. Art. 2 Abs. 3 und 4 NHV ). Es liegt nach dem klaren Wortlaut von Art. 7 NHG im Zuständigkeitsbereich des ARE/ZH zu beurteilen, ob eine (erhebliche) Beeinträchtigung vorliegt oder sich allenfalls grundsätzliche Fragen stellen. Das ARE/ZH als zuständige Fachstelle entscheidet, ob eine Begutachtung erforderlich ist und ob diese bei Routinegeschäften durch diese selbst erfolgt oder ob die eidgenössischen Kommissionen zuhanden der Entscheidbehörde ein Gutachten verfassen müssen (LEIMBACHER, a.a.O., N. 1 zu Art. 7). Diese Beurteilung bildet die Grundlage für das weitere Vorgehen der Baubewilligungsbehörden (vgl. E. 2.1 hiavor).

##### **E. 2.4.2**

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz, wenn sie festhält, das Baurekursgericht hätte den Verfahrensmangel der unterlassenen Konsultation des ARE/ZH dadurch geheilt, dass es einen Augenschein durchgeführt und sich als Fachinstanz mit der Erforderlichkeit eines Gutachtens der ENHK bzw. EKD auseinandergesetzt habe. Für eine allfällige Heilung der als Verfahrensmangel bezeichneten Unterlassung hätte das ARE/ZH zumindest nachträglich konsultiert werden müssen, damit sich dieses als zuständige Fachstelle zur Notwendigkeit eines Gutachtens hätte äussern können. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich beim Baurekursgericht um ein Fachgericht handelt. Es widerspricht dem klaren Wortlaut von Art. 7 NHG , wenn das Baurekursgericht vorliegend anstelle der kantonalen Fachstelle und ohne dass Letztere je zur Stellungnahme eingeladen

wurde, befindet, ein Gutachten der eidgenössischen Kommissionen sei nicht erforderlich.

### **E. 2.4.3**

Ebenso wenig vermag das Baurekursgericht mit seinem Einwand zu überzeugen, es würde der mit der Neufassung von Art. 7 NHG beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung widersprechen, wenn die kantonalen Fachstellen in allen Fällen konsultiert werden müssten. Vor dem Inkrafttreten der heutigen Fassung von Art. 7 NHG am 1. Januar 2000 musste die zuständige Behörde obligatorisch ein Gutachten der ENHK einholen, wenn bei Erfüllung einer Bundesaufgabe ein Inventarobjekt des Bundes beeinträchtigt werden konnte. Die ENHK konnte die Beurteilung nur in dringenden Fällen oder bei Vorhaben von untergeordneter Bedeutung an die Fachstellen delegieren. Um die ENHK zu entlasten und eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, sollte die Delegation der Begutachtungskompetenz ausgebaut werden. Die Routinegeschäfte sollten nunmehr durch die Fachstellen beurteilt werden und eine Begutachtung durch die ENHK nur noch bei Vorhaben erfolgen, die einen massgeblichen Eingriff ins Inventarobjekt befürchten lassen oder die natur- und landschaftsschützerische Grundsatzfragen aufwerfen. Weil eine mit der Neuordnung von Art. 7 NHG beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung durch eine Delegation der Begutachtungskompetenz durch die Kommission selbst nicht erreicht werde - diese bzw. ihr Sekretariat müsste in diesem Fall trotzdem sämtliche Geschäfte sichten und über die Zuständigkeit entscheiden -, sollte diese Aufgabe neu von den Fachstellen wahrgenommen werden (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 III 2608 f., Ziff. 13.43). Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung wird also gerade mit der Beurteilung durch die kantonalen Fachstellen anstelle der ENHK erreicht. Nicht beabsichtigt wurde durch die Delegation dagegen eine Schwächung der Schutzanliegen (vgl. BBl 1998 III 2608 f., Ziff. 13.43; siehe auch LEIMBACHER, a.a.O., N. 1 zu Art. 7). Das Risiko einer solchen Schwächung bestünde jedoch genau dann, wenn die Entscheidbehörden eine mögliche Beeinträchtigung der Schutzanliegen eines ISOS-Objekts vorschnell verneinen und von vornherein auf eine Mitwirkung der kantonalen Fachstellen verzichten würden.

### **E. 2.4.4**

Zusammengefasst kann im vorliegenden Fall eine Beeinträchtigung eines Inventar-Objekts durch das Bauvorhaben nicht offensichtlich ausgeschlossen werden. Vor diesem Hintergrund liegt im unterlassenen Einbezug des ARE/ZH für die Beurteilung, ob ein Gutachten der ENHK oder EKD einzuholen ist, eine Verletzung von Art. 7 NHG. Dementsprechend hat die Vorinstanz Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG verletzt, indem sie die Baubewilligung der Bausektion der Stadt Zürich und den Entscheid des Baurekursgerichts schützte und auch ihrerseits das ARE/ZH nachträglich nicht in das Verfahren miteinbezogen hat. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen. Auf eine Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführenden kann unter diesen Umständen verzichtet werden.

### **E. 2.5**

Die Beschwerdegegnerin beantragt, dass das Bundesgericht eine Stellungnahme des ARE/ZH einholen solle, wenn es zum Schluss gelange, dieses wäre miteinzubeziehen gewesen. Ein solches Vorgehen ist vorliegend abzulehnen, da je nach Beurteilung des ARE/ZH unter Umständen weitere Abklärungen vorzunehmen sind, um abschliessend über

die Bewilligungsfähigkeit des Projekts zu urteilen (vgl. Urteil 1A.122/2004 vom 30. Mai 2005 E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Angelegenheit an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen. Dieses hat die Möglichkeit, selbst eine Beurteilung des ARE/ZH zur Notwendigkeit eines Gutachtens der ENHK oder EKD im Sinne von Art. 7 NHG einzuholen und anschliessend neu zu entscheiden oder die Sache an seine Vorinstanzen zurückzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Stadt Zürich sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen, weil sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis handelte ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat die anwaltlich vertretenen und obsiegenden Beschwerdeführenden angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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