

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.89 vom 30. März 2011**

BS Appellationsgericht, 2011-03-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.89](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.89)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.89 du 30 mars 2011

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.89 del 30 marzo 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Baurekurskommission ist gemäss § 2 des Gesetzes betreffend die Baurekurskommission (BRKG, SG 790.100) eine vom Regierungsrat gewählte Kommission, deren Entscheide nach § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht unterliegen (vgl. auch § 6 BRKG). Dementsprechend ist das Verwaltungsgericht für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses sachlich und funktionell zuständig.

### **E. 1.2**

1.2.1 Die Beigeladene bestreitet die Legitimation der Rekurrenten. Die Einsprachefrist sei am 18. März 2011 abgelaufen, ohne dass die Rekurrenten Einsprache erhoben hätten. Damit hätten sie nicht am bisherigen Verfahren teilgenommen. Da die Voraussetzungen für ein nachträgliches Einspracheverfahren nicht gegeben gewesen seien, habe ihnen auch kein nachträgliches Einspracherecht zugestanden. Das von der Erstinstanz durchgeführte nachträgliche Einspracheverfahren sei nichtig, weshalb den Rekurrenten keine Parteistellung zukäme.

1.2.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Die Rekurrenten sind als Eigentümer der unmittelbar an die Liegenschaft der Beigeladenen anstossenden Häuser von den Umbauten der Bauherrin im oberen Dachgeschoss betroffen und haben ein tatsächliches Interesse am Rückbau der Dachgaube und des Lamellendachflächenfensters. Neben der erforderlichen Beziehungsnähe zum Streitgegenstand setzt die Rekurslegitimation zudem die vorliegend strittige formelle Beschwer voraus: Die Rekurrenten müssen grundsätzlich am Verfahren vor den unteren Instanzen teilgenommen haben und mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen sein (BGE 133 II 181 E. 3.2 S. 187; VGE VD.2013.223 vom 19. September 2014 E. 2.2).

1.2.3 Das Einspracheverfahren bezweckt insbesondere, den betroffenen Dritten das rechtliche Gehör zu gewähren und dient damit auch dem Schutz der Nachbarn (vgl. VGE VD.2014.31 vom 4. November 2014 E. 3.3.1). Beim vereinfachten Baubeglehen, das grundsätzlich nicht öffentlich angezeigt wird (§ 45 der Bau- und Planungsverordnung [BPV, SG 730.110]), wird daher nur dann auf die Publikation und ein Einspracheverfahren verzichtet, wenn keine öffentlichen Interessen und keine Rechte Dritter berührt werden oder das schriftliche Einverständnis der zur Einsprache berechtigten Dritten vorliegt (§ 11 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zur Bau- und Planungsverordnung [ABPV, SG 730.115]). In allen anderen Fällen verlangt der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör, dass das in Art. 33 Abs. 2 des Bundesgesetzes

über die Raumplanung (RPG, SR 700) gewährleistete Beschwerderecht Dritter gewährt wird. Dies ist nur möglich, wenn das Baubegehren publiziert wird und die Beschwerdeberechtigten dadurch über das Bauvorhaben in Kenntnis gesetzt werden (Feldges/Barthe, Raumplanungs- und Baurecht, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verfassungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 818). Ist das vorgeschriebene Baubegehren mangelhaft, können Dritte keine vollständige Kenntnis vom Bauvorhaben erhalten und dieses damit nicht zuverlässig beurteilen. Dadurch entsteht ihnen ein Nachteil. Mithin stellt die unterbliebene oder mangelhafte Publikation von Baubegehren einen formellen Fehler der Baubewilligung dar (vgl. BGer 1C\_150/2009 vom 8. September 2009 E. 4.2.1; Gebhardt/Meyer/Nertz/Piolino, Die Baubewilligung im Kanton Basel-Stadt, Basel 2014, S. 81 f. mit Hinweisen). Die Behörden trifft die Pflicht die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um den Mangel einer nicht in vorgeschriebener Weise erfolgten Bekanntmachung und die dadurch eingetretene Missachtung des rechtlichen Gehörs der betroffenen Grundeigentümer im laufenden Verfahren zu beheben. Geschieht dies nicht durch die Wiederaufnahme desjenigen Verfahrensabschnitts, in dessen Rahmen die Gehörsverletzung eingetreten ist, so doch zumindest durch die Anhörung der betroffenen Grundeigentümer im weiteren Verlauf des Verfahrens unter Verzicht auf überspitzte formelle Anforderungen. Gemäss § 50 BPV kann das Bauinspektorat verspätete Einsprachen auch entgegennehmen, wenn die Verspätung auf ein unverschuldetes Hindernis zurückzuführen ist.

1.2.4 Es trifft zu, dass die Rekurrenten innerhalb der Einsprachefrist bis zum 18. März 2011 keine Einwände gegen das Bauvorhaben der Beigeladenen erhoben haben. Die Planaufgabe gründete allerdings auf den Bauplänen vom 27. Januar 2011, die sich im Nachhinein als mangelhaft erwiesen. Gemäss § 37 Abs. 3 ABPV sind in den Fassadenplänen die Anschlussfassaden der Nachbargebäude mindestens über die erste Fensterachse hinaus einzuzeichnen, wobei das Bauinspektorat auf Antrag mitwirkender Behörden die vollständigen Nachbarfassaden verlangen kann. In den ursprünglichen Plänen sind die Anschlussfassaden der Nachbargebäude nicht vollständig dargestellt worden. Aufgrund der in den ursprünglichen Plänen nicht dargestellten Situation der Nachbarkamine konnten sich die Rekurrenten zu diesem Zeitpunkt kein vollständiges Bild über das Bauprojekt, dessen Vereinbarkeit mit den massgebenden Brandschutz- und Lufthygienebestimmungen und seine allfälligen Auswirkungen auf ihre eigenen Liegenschaften machen. Es darf nicht von ihnen erwartet werden, dass sie sich die notwendigen Informationen selbst hätten beschaffen und die erforderlichen Abklärungen von sich aus vornehmen müssen, auch wenn sich die fraglichen Kamine auf ihrem Grundstück befinden, zumal es sich bei den Rekurrenten um bautechnische und juristische und zu diesem Zeitpunkt nicht anwaltlich vertretene Laien handelt. Ein unverschuldetes Hindernis im Sinn von § 50 BPV liegt daher vor, worauf von den Rekurrenten auch innert nützlicher Frist hingewiesen wurde. Das Bau- und Gastgewerbeinspektorat hat den Rekurrenten deshalb zu Recht die Möglichkeit der nachträglichen Einsprache gewährt. Die Rekurrenten wurden entsprechend auch von der Vorinstanz zu Recht als Beigeladene in das Verfahren aufgenommen. Da sie im vorinstanzlichen Verfahren vollständig unterlegen sind, sind sie vorliegend zum Rekurs vor Verwaltungsgericht legitimiert. Auf ihren Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Anfechtungsobjekt im vorinstanzlichen Rekursverfahren war der neue Bauentscheid des Bau- und Gastgewerbeinspektorats vom 10. September 2014, welcher den rechtskräftigen Bauentscheid vom 30. März 2011 ersetzte. Mit dem ursprünglichen Bauentscheid wurden

unter anderem die obere Dachgaube sowie das Lamellendachflächenfenster auf der Liegenschaft der Beigeladenen zur Rheinseite [...] hin bewilligt. In der Nähe dieser Fenster befinden sich die Kamine der Nachbarliegenschaften; einerseits der Kamin des Holzherds der Rekurrenten 1 und 2 und andererseits der Kamin des Cheminées sowie ■ etwas weiter entfernt ■ der Kamin der Gasheizung der Rekurrentin 3. Gemäss den Angaben des Amts für Umwelt und Energie veränderten sich die Strömungsverhältnisse des Nachbarkamins (Kamin des Holzherds) wegen des Ausbaus wesentlich, da dieser nun im Windschatten der Gaube liege. Je nach Windrichtung verhindere der Wind das Aufsteigen der Abgase und diese würden in die Strasse gedrückt. Zudem bestehe die Gefahr eines Kaminbrandes oder einer Kohlenstoffmonoxid-Vergiftung (vgl. Stellungnahme des Amts für Umwelt und Energie vom 8. Dezember 2014, S. 1 f.). Aufgrund dieser Situation fällte das Bau- und Gastgewerbeinspektorat einen neuen Bauentscheid, wonach die Dachgaube sowie das Lamellendachflächenfenster nicht mehr bewilligt wurden. Dieser Entscheid wurde alleine von der Beigeladenen angefochten. In Bezug auf die (erneut) erteilte Bewilligung ist der angefochtene Entscheid damit rechtskräftig geworden. Die Rekurrenten haben hingegen den korrelierenden Einspracheentscheid vom 10. September 2014 nicht angefochten. Folglich waren nur noch die nachträglich nicht mehr bewilligte obere Dachgaube und das danebenliegende Lamellendachflächenfenster Streitgegenstand des Verfahrens vor der Baurekurskommission.

Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheids war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Die von den Rekurrenten im Verfahren vor Verwaltungsgericht erstmals erhobenen Einwände gegen die Positionierung des Entlüftungskamins auf dem Dach der Beigeladenen können damit nicht behandelt werden. Das Baugesuch der Beigeladenen ist in Bezug auf diesen Kamin resp. die Entlüftung bewilligt worden, was von den Rekurrenten nicht angefochten worden ist. Dasselbe gilt für die gerügte Verletzung von Brandschutzvorschriften bei der Liegenschaft der Bauherrin selbst. Auf diese Vorbringen kann nicht eingetreten werden. Damit ist im Folgenden einzig auf die Frage der Rechtmässigkeit der Rückbauverpflichtung der oberen Dachgaube und des Lamellendachflächenfensters sowie auf damit zusammenhängende denkmalschutzrechtliche Einwände einzugehen.

## **E. 2**

2.1 Die Rekurrenten rügen die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Baurekurskommission. Diese sei zu Unrecht lediglich auf den Konflikt der strittigen Baute mit den Kaminen der Rekurrenten eingegangen. Mit den übrigen Einwänden der Rekurrenten, das Bauvorhaben an sich verletze lufthygienische, feuer- sowie baupolizeiliche Vorschriften, habe die Baurekurskommission sich nicht auseinandergesetzt. Die Rekurrenten hätten keinen Anlass gehabt, gegen den Einspracheentscheid des Bau- und Gastgewerbeinspektorats zu rekurrieren, da ihre Einsprache im Wesentlichen gutgeheissen worden sei.

2.2 Der Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, wobei sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken kann (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Wird er verletzt, ist der betreffende Entscheid unabhängig davon, ob er

inhaltlich richtig ist oder nicht, grundsätzlich aufzuheben (BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190, 126 V 130 E. 2b S. 132). Die von den Rekurrenten geltend gemachte Gehörsverletzung ist deshalb vorweg zu prüfen.

2.3 Die Möglichkeit der nachträglichen Einsprache in Bezug auf das Verhältnis zwischen den Kaminen und den Dachausbauten darf nicht dazu dienen, die im ordentlichen Einspracheverfahren wissentlich und willentlich unterlassenen Rügen nachholen zu können. Die Rekurrenten haben in ihrer Einsprache vom 12. Februar 2014 eine Verletzung von denkmalschutzrechtlichen, feuerpolizeilichen sowie lufthygienischen Vorschriften gerügt und dabei auf eine Beilage ■ Beanstandung der Austauschpläne ■ hingewiesen. Die in Bezug auf den Dachausbau und die Gestaltung der oberen Dachgauben vorgebrachten Rügen bezogen sich sowohl auf die untere als auch die obere Dachgaube. Die Einwände, die nicht im Zusammenhang mit dem Konflikt zwischen den Dachausbauten und den Nachbarkaminen stehen, hätten bereits im Baubewilligungsverfahren im Jahr 2011 vorgebracht werden müssen, weshalb die Baurekurskommission darauf nicht mehr einzugehen hatte. Die Rügen in Bezug auf die angeblichen Abweichungen von den ursprünglichen Bauplänen wurden zudem im Einspracheentscheid vom 10. September 2014 ausführlich abgehandelt. Da die Einsprache nur teilweise gutgeheissen wurde, hätten die Rekurrenten entgegen ihren Ausführungen durchaus Anlass und Gelegenheit gehabt, den Einspracheentscheid anzufechten, soweit ihre Rügen abgewiesen wurde. Dies haben sie aber nicht getan. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren war der Streitgegenstand somit auf die Bewilligungsfähigkeit der oberen Dachgaube und des Lamellendachflächenfensters beschränkt, da nur die Beigeladene den neuen Baueentscheid vom 10. September 2014 angefochten hatte. Damit war die Vorinstanz berechtigt, sich nicht mehr mit den übrigen im Einspracheverfahren geltend gemachten Vorbringen zu befassen. Die Rekurrenten haben zudem in ihrer Stellungnahme als Beigeladene an die Baurekurskommission die Verletzung von Lufthygienevorschriften, Brandschutzvorschriften sowie baupolizeilicher Vorschriften durch das Bauprojekt in Bezug auf die Liegenschaft der Bauherrin selbst gar nicht vorgebracht. Folglich ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Rekurrenten durch die Vorinstanz ersichtlich.

### **E. 3**

3.1 In materieller Hinsicht führen die Rekurrenten an, dass das Bau- und Gastgewerbeinspektorat die Bewilligung für die bereits erstellten Dachaufbauten zu Recht verweigert habe. Die ursprünglich erteilte Baubewilligung sei wegen der mangelhaften Pläne fehlerhaft gewesen. Die Rekurrenten machen geltend, dass die von der Beigeladenen neu erstellte Dachgaube und das neu erstellte Lamellendachflächenfenster die Brandschutzvorschriften verletzen, da sie einen zu geringen Abstand von den bestehenden Kaminen auf den beiden Nachbarliegenschaften aufwiesen. Zudem führten die Dachaufbauten zu Problemen in Bezug auf die Einhaltung der Lufthygienevorschriften. Aufgrund des Störerprinzips sowie der Bestandesgarantie für die Nachbarliegenschaften habe die Bauherrschaft für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Vorschriften zu sorgen. Schliesslich rügen die Rekurrenten die Verletzung von Denkmalschutzvorschriften, da die Neuerstellung der Dachaufbauten und des Lamellendachfensters gegen das Gebot der Erhaltung der sichtbaren Bausubstanz verstosse.

3.2. Die Baurekurskommission weist demgegenüber darauf hin, dass die ursprünglich erteilte Baubewilligung nicht wegen mangelhafter Pläne widerrufen worden sei, sondern aufgrund von umweltschutz- und brandschutzrechtlichen Überlegungen. Zwar gehe das

Bau- und Gastgewerbeinspektorat zu Recht davon aus, dass zwischen der oberen Dachgaube sowie dem daneben liegenden Lamellendachflächenfenster und den bestehenden Kaminen der Nachbarliegenschaften ein umweltrechtlicher und feuerpolizeilicher Konflikt vorliege, der eine behördliche Intervention erforderlich mache. Diese Intervention müsse sich aber gegen den Störer richten. Dies seien im vorliegenden Fall die Eigentümer der betroffenen Kamine, die allenfalls sanierungsbedürftig seien. Dementsprechend könne nicht die Bauherrschaft in die Pflicht genommen werden. Damit habe die Rückbauverpflichtung keine rechtliche Grundlage. Der angefochtene Entscheid wurde daher aufgehoben und die Sache zur Bewilligung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.3 Der Teilwiderruf des Bauentscheids vom 30. März 2011 sowie der gleichzeitig verfügte Rückbau der ausgebauten Dachgaube und des Lamellendachflächenfensters stellen einen Eingriff in die Eigentumsgarantie der Beigeladenen nach Art. 26 BV dar. Ein solcher kann gerechtfertigt werden, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, einem öffentlichen Interesse entspricht und verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Gemäss § 55 Abs. 3 BPV ist ein Widerruf der Baubewilligung nach dem Beginn der Bauarbeiten zulässig, sofern überwiegende öffentliche Interessen dies erfordern oder sofern die Bewilligung aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben erlangt wurde. Entgegen der Auffassung der Rekurrenten erfolgte der Widerruf vorliegend nicht wegen der unvollständigen Pläne, sondern infolge brandschutz- und umweltrechtlicher Bedenken (vgl. Bauentscheid vom 10. September 2014). Dass bei Vorliegen falscher Pläne zuerst die vollständigen Unterlagen einzuholen sind, entspricht auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Zu prüfen ist demnach, ob überwiegende öffentliche Interessen den Widerruf der Baubewilligung erfordern. Dabei kommen insbesondere denkmalschutz-, umwelt- und brandschutzrechtliche Interessen infrage.

#### **E. 3.4**

3.4.1 Aus denkmalpflegerischer Sicht ist zu beachten, dass das vom Bauvorhaben betroffene Gebäude in der Schutzzone liegt. Nach § 37 Abs. 4 des Bau- und Planungsgesetzes (BPG, SG 730.100) sind Um-, Aus- und Neubauten in der Schutzzone zulässig, wenn keine nach aussen sichtbare historisch oder künstlerisch wertvolle Substanz beeinträchtigt wird und sie sich an die historischen Baufluchten, Brandmauern, Geschosszahlen und Dachformen halten. Erforderlich ist, dass der Betrachter eine bauliche Veränderung optisch als solche wahrnehmen und erfassen kann, was einen einigermaßen zusammenhängenden Blick auf das jeweilige Bauobjekt voraussetzt. Sichtbarkeit nach aussen bedeutet Einsehbarkeit hauptsächlich vom öffentlichen Raum, aber auch von anderen Liegenschaften oder von benachbarten Gärten aus (VGE VD.2014.139 vom 2. Mai 2016 E. 3.1.1; VD.2012.7 vom 17. August 2012 E. 5.2; VD.2009.692 vom 15. September 2010 E. 2.2).

Bei der Liegenschaft der Beigeladenen handelt sich um ein im Jahr 1956 komplett erneuertes Gebäude, das keine historisch wertvolle Substanz aufweist. Der Substanzschutz ist folglich nicht massgebend. Gemäss der Stellungnahme der Kantonalen Denkmalpflege vom 27. März 2014 richtet sich das denkmalpflegerische Augenmerk deshalb in erster Linie auf stadtbildrelevante Aspekte und weniger auf bautechnische oder materielle Details. Die zusätzlichen Gauben im oberen Dachgeschoss seien eine klassische Lösung, die den Vorgaben der Schutzzone Rechnung tragen würden. In dieser Häuserzeile seien Gauben für beide Dachgeschosse typisch, wobei die obere Gaube jeweils als kleinere Version der unteren Gaube gestaltet sei. Diesen Ausführungen kann gefolgt werden. Anlässlich des Augenscheins konnte das Verwaltungsgericht auch feststellen, dass die ausgebaute obere

Dachgaube von der Strasse her kaum, das Lamellendachflächenfenster gar nicht ersichtlich ist. Die Bauten sind allenfalls von den höheren Stockwerken der gegenüberliegenden Gebäude aus einsehbar. Es ist zudem ortsüblich, dass über eine Dachgaube im oberen Dachgeschoss eine zweite, kleinere Gaube gebaut wird, die typengleich ist. Dies wurde beim Augenschein bei mehreren Nachbarliegenschaften gesehen. Die strittige obere Dachgaube hat denselben pagodenförmigen Kranz wie die untere, grössere Dachgaube und passt sich somit dieser an.

3.4.2 Die Rekurrenten bringen vor, dass es sich bei der [...] -Strasse gemäss dem Bundesinventar der geschützten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) um eine sich besonders homogen präsentierende Häuserfront spätmittelalterlichen Gepräges als besterhaltener Teil der [...] Gründungsstadt mit dem höchsten Erhaltungsziel A handle. Es sei nicht erkennbar, wie dieses hohe Schutzziel mit den besonders wuchtigen und mit einem untypischen, pagodenartigen Kranz versehenen Dachgauben und dem Dachlamellenfenster vereinbar wäre.

Das ISOS gilt lediglich bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise, ist jedoch auch bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben von Bedeutung. Im ISOS werden zur Verfolgung des Erhaltungsziels A bei einem Gebiet oder einer Baugruppe verschiedene Massnahmen empfohlen. Dazu gehören die Sensibilisierung der Öffentlichkeit, die Erstellung eines Detailinventars, die Subventionierung von vorbildlichen Aus- und Umbauten; die Abstimmung der Planung der öffentlichen Hand auf den Altbaubestand, die Einführung von Vorbaulinien und rückwärtigen Baulinien und das Vorsehen von Schutzmassnahmen für Einzelbauten (Erläuterungen zum ISOS). Es handelt sich bei der Qualifizierung im ISOS aber auch beim Erhaltungsziel A nicht um eine Schutzverfügung. Dem Erhaltungsziel A hat der Kanton Basel-Stadt mit der Einzonung des betroffenen Gebiets in die Schutzzone umfassend Rechnung getragen (vgl. zum Ganzen VGE VD.2014.106 vom 31. Mai 2016, VD.2013.223 vom 19. September 2014 E. 2.2). Bei der Prüfung des Baubehrens wurde den Anforderungen, die sich aus dem ISOS ergeben, genügend Rechnung getragen (vgl. Bauentscheid vom 30. März 2011, Ziff. 47-49). Die vorliegend strittige Dachgaube ist zudem auf der Seite der [...] -Strasse und damit nicht an der [Rheinfront].

3.4.3 Die Vorschriften zur Schutzzone halten in § 37 Abs. 1 BPG fest, dass die nach aussen sichtbare historisch oder künstlerisch wertvolle Substanz und der entsprechende Charakter der bestehenden Bebauung zu erhalten sind. Hinsichtlich des "historischen oder künstlerischen Charakters" ist nicht nur auf die betroffene Baute, sondern auch auf deren Umgebung abzustellen (VGE VD.2014.139 vom 2. Mai 2016 E. 3.1.1). In die Beurteilung der Bauten der Beigeladenen ist somit auch deren Einfluss auf die nachbarschaftlichen Gebäude einzubeziehen. Damit sind im Sinn einer materiellen Koordination die Umgebung und folglich auch die Interessen der Rekurrenten zu berücksichtigen. Eine formelle Koordination des Bewilligungsverfahrens für die Dachausbauten der Rekurrentin mit allfälligen Sanierungsverfahren ist jedoch nicht erforderlich. Die Koordinationspflicht gemäss Art. 25a Abs. 1 RPG will insbesondere verhindern, dass es zu widersprüchlichen und nicht aufeinander abgestimmten Entscheiden kommt (vgl. BGE 116 Ib 50 E. 4a S. 56). Sie erfasst jedoch lediglich den Fall, dass mehrere Bewilligungen verschiedener Behörden für dasselbe Vorhaben erforderlich sind (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 297). Dies ist beim vorliegenden Konflikt nicht gegeben.

Bei beiden Nachbarliegenschaften handelt es sich um Gebäude von historisch wertvollen Bausubstanzen, wobei die Liegenschaft der Rekurrentin 3 im Denkmalverzeichnis eingetragen ist. Die hier strittigen baulichen Änderungen führen möglicherweise zur Sanierungspflichten der Nachbarn (siehe dazu E. 3.6): Die Kamine beider Liegenschaften entsprechen nicht den Empfehlungen des Bundesamts für Umwelt (BAFU) für die Mindesthöhe von Kaminen über Dach aus dem Jahr 2013 (Kamin-Empfehlungen, abrufbar unter [www.bafu.admin.ch/uv-1318-d](http://www.bafu.admin.ch/uv-1318-d)). Diese Empfehlungen weisen zwar keine Gesetzeskraft auf, sie sind aber nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts Ausdruck des Wissens und der Erfahrung bewährter Fachstellen und in diesem Sinn beachtlich (BGer 1C\_97/2007 vom 10. September 2007 E. 2.4; vgl. auch BGE 118 Ib 614 E. 4b S. 618). Nach Ziff. 3.2 Abs. 1 lit. a der Kaminempfehlungen muss die Kaminmündung den höchsten Gebäudeteil (z.B. Dachfirst) um mindestens 0.5 m überragen. Befinden sich die Kaminmündungen von kleinen Holzfeuerungsanlagen näher als 10 m zu höheren Nachbargebäuden, sind gemäss Abs. 3 dieser Ziffer die Nachbargebäude für die Mindesthöhe massgebend. Ausnahmen sind allerdings gemäss Ziff. 2.4 der Kamin-Empfehlungen ■ insbesondere aus Gründen des Denkmalschutzes ■ möglich.

3.4.4 Nach der Einschätzung des Amtes für Umwelt und Energie wäre aufgrund von Luftreinhalte- und Brandschutzvorschriften die Erhöhung des Holzherdkamins der Rekurrenten 1 und 2 notwendig. Dafür würde eine Erhöhung um 0.5 m über den First der oberen Dachgaube genügen (Stellungnahmen des Amtes für Umwelt und Energie vom 25. November 2013 sowie vom 8. Dezember 2014). Bei der Liegenschaft der Rekurrentin 3 müssten gemäss Ausführungen des Vertreters des Amtes für Umwelt und Energie anlässlich des Augenscheins gar keine Veränderung vorgenommen werden, da für den Kamin der Gasheizung andere Vorschriften gelten würden und der Kamin des Cheminées lufthygienisch kein Problem darstelle. Die Dankmalpflege könnte sich der Lösung einer Erhöhung des Holzherdkamins um 0.5 m über den First der oberen Dachgaube im Sinn eines Kompromisses anschliessen, was die Vertreterin anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts bestätigte. Aus denkmalschutzrechtlicher Sicht wiegt damit der Eingriff in die Rechte der Nachbarn nicht so schwer, als dass daraus die Unzulässigkeit der Dachausbauten folgen würde.

3.4.5 Insgesamt sprechen damit keine denkmalschutzrechtlichen Einwände gegen den strittigen Ausbau. Im Rahmen der Interessenabwägung wäre zudem auch zu berücksichtigen, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Schaffung von Wohnraum besteht, das auch der gesetzlichen Ausnahmebestimmung von § 37 Abs. 4 BPG zu Grunde liegt (vgl. VD.2014.106 vom 31. Mai 2016 E. 5.3.7). Das vorliegende Projekt dient der Wohnnutzung und schafft an attraktiver Lage Wohnraum, womit neben dem privaten Interesse der Bauherrin auch ein öffentliches Interesse an den Dachausbauten besteht.

3.5 Soweit die Rekurrenten eine Verletzung von § 27 Abs. 2 BPG rügen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung für Schutzzonen nicht direkt anwendbar ist. Die Regelung der Dachgestaltung befindet sich im ersten Abschnitt des Bau- und Planungsgesetzes, der für die Zonen 5a, 4, 3, 2 und 2a gilt. Ein Verweis auf diese Bestimmungen für die Schutzzone besteht nicht, weshalb sie für den vorliegenden Fall keine Anwendung finden. Es sind demnach auch keine baupolizeilichen Gründe ersichtlich, die einen Widerruf der entsprechenden Baubewilligung rechtfertigen könnten.

### E. 3.6

3.6.1 Fraglich ist, ob lufthygienische oder brandschutzrechtliche Interessen bestehen, die den Widerruf der Baubewilligung rechtfertigen. Beim Schutz vor schädlichen Luftverunreinigungen handelt es sich um ein gewichtiges öffentliches Interesse (vgl. BGer 1C\_168/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3.2). Wie dargelegt, kann es durch die obere Dachgaube zu einer Veränderung der Strömungsverhältnisse des Nachbarkamins kommen, wodurch das Aufsteigen der Abgase verhindert wird. Die Kamine der Liegenschaften der Rekurrenten sind stationäre Anlagen im Sinn von Art. 2 Abs. 1 lit. a der Luftreinhalte-Verordnung (LRV, SR 814.318.142.1), durch deren Betrieb Luftverunreinigungen und damit umweltschutzrechtlich relevante Einwirkungen im Sinn von Art. 7 Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01) entstehen. Entsprechend dem zweistufigen Konzept des Umweltschutzrechts werden Luftverunreinigungen durch Massnahmen an der Quelle begrenzt und zwar unabhängig der bestehenden Umweltbelastung so weit, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 1 und 2 USG). Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. b USG sieht Art. 6 Abs. 2 LRV vor, dass Emissionen in der Regel durch Kamine oder Abluftkanäle über Dach ausgestossen werden müssen. Gemäss den geltenden Kamin-Empfehlungen müssen die Kaminmündungen den höchsten Gebäudeteil um mindestens 0.5 m überragen, was bei den Kaminen der Rekurrenten nicht erfüllt ist.

Art. 16 Abs. 1 USG hält fest, dass Anlagen, die den Vorschriften des Umweltschutzgesetzes oder den Umweltvorschriften anderer Bundesgesetze nicht genügen, saniert werden müssen. Die Sanierungspflicht im Lufthygienerecht richtet sich an den Störer (vgl. Hunger, Die Sanierungspflicht im Umweltschutz- und im Gewässerschutzgesetz, Diss. Zürich 2010, S. 30 f.). Zustandsstörer ist, wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft über Sachen hat, die die Polizeigüter unmittelbar stören oder gefährden. Als solcher kommt in erster Linie der Eigentümer in Betracht. Anknüpfungspunkt ist die Verfügungsmacht, die es dem Inhaber ermöglicht, die Sache in ordnungsgemäsem Zustand zu halten oder den Gefahrenherd zu beseitigen. Unerheblich ist, wodurch der polizeiwidrige Zustand entstanden ist und ob den Zustandsstörer dafür ein Verschulden trifft. Entscheidend ist allein die Tatsache, dass eine Störung vorliegt und dass die Sache selbst unmittelbar die Gefahrenquelle bildet (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 2612 ff. mit Hinweisen). Demnach sind grundsätzlich die Rekurrenten als Eigentümer der Kamine zu deren Sanierung verpflichtet. Solche Sanierungspflichten gehen der Besitzstandsgarantie vor (§ 79 Abs. 3 BPG).

3.6.2 Weiter besteht insbesondere in Bezug auf das Lamellendachflächenfenster die Gefahr eines Kaminbrandes oder einer Kohlenstoffmonoxid-Vergiftung. Das Amt für Umwelt und Energie erachtete die Gefahr indes als nicht akut, solange die Liegenschaft nicht bewohnt sei und damit das Lamellendachflächenfenster geschlossen bleibe (Stellungnahme des Amtes für Umwelt und Energie vom 8. Dezember 2014, S. 3). Gemäss Art. 59 Abs. 1 und 2 BPG müssen Bauten sicher sein und so betrieben werden, dass Menschen keinen vermeidbaren Gefahren ausgesetzt sind. § 2 Abs. 1 der Verordnung über den Brandschutz (SG 735.200) schreibt vor, dass unter Vorbehalt weitergehender Bestimmungen die Schweizerischen Brandschutzvorschriften VKF als kantonales Recht anwendbar sind (vgl. VGE VD.2013.113 vom 3. Juni 2014 E. 3.1). Der Gefahrenabwehr für Polizeigüter dienend, richten sich die gestützt auf die Brandschutzvorschriften anzuordnenden Massnahmen jeweils gegen den Störer. Störer ist wiederum die Eigentümerschaft des Kamins, da es ihr

möglich ist, die Sache in ordnungsgemäsem Zustand zu halten oder den Gefahrenherd zu beseitigen. Sofern es um erhebliche polizeiliche Missstände geht, namentlich um Gefahren für die Gesundheit oder für Leib und Leben, kommt auch eine Anpassung bestehender Bauwerke an neue oder geänderte Vorschriften in Betracht, da überwiegende öffentliche Interessen in der Regel eine Einschränkung des Besitzstandes rechtfertigen. Damit gehen auch Brandschutzvorschriften der Besitzstandsgarantie vor (vgl. BGer1C\_107/2016 vom 28. Juli 2012 E. 8.2; Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone, Diss. 2003, S. 47 f., mit Hinweisen).

3.6.3 Da sowohl die umweltschutzrechtlichen Bestimmungen als auch die Brandschutzvorschriften die Rekurrenten zur Anpassung ihrer Kamine verpflichten, sind die entsprechenden öffentlichen Interessen nicht zu Ungunsten der Beigeladenen in Bezug auf den Rückbau der Dachausbauten zu berücksichtigen. Demnach sind keine überwiegenden öffentlichen Interessen ersichtlich, die den Widerruf der Baubewilligung nach erfolgtem Baubeginn erfordern.

#### **E. 4**

4.1 Ein Eingriff in die Rechte der Beigeladenen kann schliesslich auch durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Die Rekurrenten machen geltend, die ordnungsgemässe Nutzung ihrer Liegenschaften im bisherigen Umfang sei gefährdet oder gar verunmöglicht, sollten die Kamine tatsächlich zu übermässigen Emissionen führen.

4.2 Vorschriftsgemässen Bauvorhaben kann gemäss § 83 Abs. 1 lit. a die Bewilligung verweigert werden, wenn sie schwer gegen wesentliche nachbarliche Interessen verstossen. Eine grundsätzlich zulässige Bauteil kann somit nicht bewilligt werden, wenn die rechtmässige Ausübung des Baurechts gravierende Auswirkungen auf Nachbarn hat. Das Ausnahmeverbot soll nur in Notfällen greifen, um ein stossendes, nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht annehmbares Ergebnis zu verhindern, das von einem Bau trotz Einhaltung der einschlägigen Vorschriften ausgehen kann (VGE 770/2002 vom 24. September 2003 E. 7b).

4.3 Es ist vorliegend davon auszugehen, dass ohne die bauliche Veränderung die Sanierungspflicht der Nachbarn, trotz der unabhängig vom strittigen Bauvorhaben der Beigeladenen bestehenden Nichteinhaltung der Kamin-Empfehlungen, nicht in absehbarer Zeit durchgesetzt worden wäre. Damit besteht ein Interesse an der Beibehaltung der vor den Bauarbeiten bestehenden Situation. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist zu prüfen, ob die nachbarlichen Interessen den Eingriff in das Eigentum der Beigeladenen rechtfertigen. Das Interesse der Nachbarn an einem Rückbau der Dachbauten kann allerdings nicht besonders stark gewichtet werden, da es keinen rechtlichen Schutz genießt. Die Besitzstandsgarantie wird von den umweltschutz- und brandschutzrechtlichen Vorschriften durchbrochen. Dass die Behörden die Sanierungspflicht bis jetzt noch nicht durchgesetzt haben, bedeutet nicht, dass die Nachbarn auf die Beibehaltung des momentanen Zustands vertrauen können. Auch wenn die Behörde in Bezug auf andere Kamine keine Sanierungsverfügung erlässt, können die Rekurrenten daraus nichts für sich ableiten. Vorliegend besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, weil nicht damit gerechnet werden kann, dass die Behörde auch künftig an dieser Praxis festhalten wird (vgl. BGE 139 II 49 E. 7.1 S. 61, 136 I 65 E. 5.6 S. 78). Es ist zudem nicht ersichtlich, weshalb eine allfällige Sanierung die ordnungsgemässe Nutzung der Liegenschaften

verunmöglichen würde. Vielmehr ist eine Lösung im Sinn des genannten Kompromisses, wonach der Holzherdkamin 0.5 m über den First der Gaube angehoben werden kann, denkbar. Auf der anderen Seite gibt es keine Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche oder schikanöse Ausübung der Baufreiheit durch die Beigeladene. Somit überwiegt das Interesse der Bauherrin an der Ausübung des ihr zustehenden Baurechts die Interessen der Nachbarn. Daher kann der Rückbau der Dachaufbauten der Beigeladenen auch nicht auf § 83 BPG gestützt werden.

## **E. 5**

5.1 Insgesamt erweist sich der Teilwiderruf der Baubewilligung mit Bauentscheid vom 10. September 2014 damit als unzulässig. Die Vorinstanz hat diesen folglich zu Recht aufgehoben und die Sache an das Bau- und Gastgewerbeinspektorat zur Bewilligung zurückgewiesen. Im Sinn einer Übergangsregelung ist die Bewilligung dahingehend zu ergänzen, als dass die Öffenbarkeit des Lamellendachflächenfensters bis zu einer allfälligen Sanierung des Kamins der Holzfeuerung der Rekurrenten 1 und 2 zu beschränken ist. Das Bau- und Gastgewerbeinspektorat ist aufzufordern, eine entsprechende Auflage in den zu fällenden Bauentscheid aufzunehmen.

5.2 Im Übrigen ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Rekurrenten dessen Kosten zu tragen und die Beigeladene angemessen zu entschädigen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Angemessen erscheint ein Aufwand ihres Rechtsvertreters von 10 Stunden, einschliesslich Verhandlung und Auslagen, wobei es sich dabei um eine sehr leicht reduzierte Parteientschädigung handelt, weil dem Begehren der Beigeladenen auf Nichteintreten mangels Legitimation der Rekurrenten nicht entsprochen wurde.

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