

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.94 vom 17. September 2019

BS Appellationsgericht, 2019-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.94

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.94 du 17 septembre 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.94 del 17 settembre 2019

Erwägungen

E. 2

2.1 Anfechtungsobjekt im vorinstanzlichen Verfahren war eine Verfügung des BGI vom 25. Oktober 2017, in welcher dieses festgestellt hat, dass die Pergola-artige Metallkonstruktion auf der rheinseitigen Dachterrasse der Liegenschaft an der [...] im vereinfachten Baubewilligungsverfahren geprüft und bewilligt worden sei. Mit dieser Verfügung hat das BGI auf die Anfrage des Heimatschutzes Basel vom 19. Juni 2017, die Akteneinsichtsgesuche vom 14. Juli 2017 und 14. August 2017 sowie das Gesuch vom 28. August 2018 um Publikation des Baugesuches bzw. um Erlass einer anfechtbaren Verfügung reagiert. In seinem Rekurs vom 27. November 2017 an die Baurekurskommission beantragte der Heimatschutz Basel, es sei die Verfügung des BGI vom 25. Oktober 2017 zur Bewilligung der Metallkonstruktion auf der Dachterrasse der Liegenschaft an der [...] aufzuheben.

2.2 Im angefochtenen Entscheid vom 28. März 2018 hiess die Baurekurskommission den Rekurs des Heimatschutzes Basel gut und setzte den Eigentümern der Liegenschaft (den heutigen Rekurrenten) eine Frist von sechs Monaten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ab der Rechtskraft des Entscheids. Damit hob die Baurekurskommission nicht nur die Verfügung des BGI vom 25. Oktober 2017 sondern implizit auch die Freigabe-Verfügung des BGI vom 16. Juni 2016 zum Bauentscheid Nr. [...] vom 29. Januar 2014 auf. Gemäss dieser Freigabe-Verfügung vom 16. Juni 2016 wurde die ■unbewilligt ausgeführte Pergola auf dem rheinseitigen Flachdach [...] in Erwägung der Verhältnismässigkeit geduldet■, wobei eine präjudizielle Wirkung ausgeschlossen wurde.

E. 3

3.1 Die Rekurrenten beantragen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in ihrer Rekursbegründung vom 31. Juli 2018 die Aufhebung des Entscheids der Baurekurskommission vom 28. März 2018 und die Bestätigung der Verfügung des BGI vom 25. Oktober 2017. Zur Begründung wird im Hauptpunkt vorgebracht, dass die vorinstanzliche Beschwerde (richtig: Rekurs) des Beigeladenen verspätet erfolgt sei. Die Baurekurskommission habe ausgeführt, dass die umstrittene Pergola im Jahr 2016 nicht im vereinfachten Verfahren hätte bewilligt werden dürfen. Deshalb sei der Beigeladene berechtigt, nachträglich Einsprache zu erheben. Würden Dritte von der ihnen zustehenden Einsprachemöglichkeit abgehalten, hätten diese die Wiederherstellung der Einsprachefrist zu verlangen oder die Baubewilligung nachträglich wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs anzufechten (Rekursbegründung, Rz. 17). Die Baurekurskommission habe aber zu Unrecht nicht geprüft, ob der Beigeladene dieser Obliegenheit in der sich aus dem

Grundsatz von Treu und Glauben ergebenden Frist nachgekommen sei. Dies sei zu verneinen. Würde die Einrichtung auf der Dachterrasse tatsächlich ein Problem darstellen, hätte für den Beigeladenen, als auf solche Fragen spezialisierte Organisation, schon sehr viel früher als im Juni 2017 die Pflicht bestanden, sich beim BGI kundig zu machen (Rekursbegründung, Rz. 18). Der erst zwei Jahre nach der Fertigstellung des Umbaus erfolgte Rekurs sei zu spät erfolgt (Rekursbegründung, Rz. 19).

3.2 Dem hält die Baurekurskommission in ihrer Rekursantwort vom 9. Oktober 2018 entgegen, dass die Rekurrenten den Einwand der verspäteten Intervention des Beigeladenen im Verfahren vor der Baurekurskommission nicht vorgebracht hätten. Daher könne auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht auf diesen Einwand eingegangen werden. Ergänzend weist die Baurekurskommission darauf hin, dass der Beigeladene vom vereinfachten nachträglichen Baubewilligungsverfahren betreffend die Storenanlage mangels Publikation gar keine Kenntnis gehabt habe und entsprechend auch nicht zu diesem Zeitpunkt bzw. fristwährend Einsprache hätte erheben können. Die Baurekurskommission habe mit entsprechender Begründung festgehalten, dass ein Gesuch für eine solche Storenkonstruktion auf der Dachterrasse eines denkmalgeschützten Hauses hätte publiziert werden müssen. Auf diese Weise wäre es dem Beigeladenen möglich gewesen, fristgerecht Einsprache zu erheben. Die Wahl des falschen Verfahrens dürfe nun nicht dazu führen, dass dem Beigeladenen die Möglichkeit der Wahrung seiner Rechte genommen werde. Entsprechend habe die Baurekurskommission auf den Rekurs eintreten und diesen materiell beurteilen dürfen.

3.3 Der Beigeladene macht in seiner Vernehmlassung vom 9. Oktober 2018 geltend, dass er erstmals ■anfangs 2017■ von einem Dritten auf den strittigen Dachaufbau hingewiesen worden sei. Daraufhin habe der Obmann des Beigeladenen die nötigen Abklärungen zur allfälligen Bewilligung der Baute getroffen, weshalb von einer Verwirkung des Rekursrechts gegen den unpublizierten Freigabeentscheid vom 15./16. Juni 2016 keine Rede sein könne (Vernehmlassung Beigeladener, S. 2).

3.4 Die Rekurrenten beantragen in ihrer Replik vom 6. November 2019 die anzusetzende Verhandlung auf die Frage der Rechtzeitigkeit der Einsprache des Beigeladenen zu beschränken. Der Beigeladene habe erstmals in seiner Vernehmlassung vom 9. Oktober 2018 ausgeführt, dass er von einem Dritten ■anfangs 2017■ auf den verfahrensgegenständlichen Aufbau auf dem Dach der Liegenschaft [...] aufmerksam gemacht worden sei. Dennoch habe sich der Beigeladene erst mit Schreiben vom 19. Juni 2017 an das BGI gewandt. Mit diesem mehrmonatigen Zuwarten habe der Beigeladene sein Einspracherecht verwirkt.

E. 4

Zu prüfen ist zunächst, ob der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erhobene Einwand der Rekurrenten betreffend die Rechtzeitigkeit der Intervention des Beigeladenen beim BGI (vgl. Replik vom 6. November 2019) verspätet erfolgt ist.

4.1 Anders als vom BGI in der vorinstanzlich angefochtenen Verfügung vom 25. Oktober 2017 dargelegt, führte das BGI für die Prüfung des Pergola-artigen Aufbaus kein (neues) nachträgliches vereinfachtes Baubewilligungsverfahren durch, sondern nahm die Prüfung als Teil der Abnahme bzw. Freigabe in Bezug auf das im ordentlichen Baubewilligungsverfahren behandelte Baugesuch vom 6. August 2013 vor. Der Verzicht auf die erneute Publikation nach Eingang der ■Revisionspläne■ wurde vom BGI in dieser

Verfügung damit begründet, dass das strittige Bauvorhaben ■keine wesentliche Aussenwirkung entfalten■ würde und daher im vereinfachten Baubewilligungsverfahren ohne Baupublikation habe geprüft werden könne. Das BGI trat aus diesem Grund nicht auf den Antrag des Beigeladenen ein, das Bauvorhaben als ordentliches Baugesuch zu publizieren und räumte ihm auch keine nachträgliche Einsprachemöglichkeit ein. Da das BGI der Ansicht war, dass das Bauvorhaben zu Recht nicht publiziert worden war und daher dem Beigeladenen auch zu Recht keine Möglichkeit zur Einsprachenerhebung eingeräumt worden war, hat es die Frage, ob der Beigeladene ein solches Begehren um (nachträgliche) Publikation bzw. nachträgliche Möglichkeit zur Einspracheerhebung rechtzeitig gestellt hatte, gar nicht behandelt.

4.2Die Rekurrenten weisen zu Recht darauf hin, dass diese Frage auch von der Baurekurskommission nicht behandelt wurde (Replik, Rz. 8 und 10), obwohl diese, anders als das BGI zum Ergebnis gelangte, dass das Bauvorhaben hätte publiziert werden müssen und dass daher dem Beigeladenen ein nachträgliches Einspracherecht hätte eingeräumt werden müssen (angefochtener Entscheid, Rz. 12). Ebenso zutreffend ist allerdings auch der Hinweis der Baurekurskommission, dass der Einwand, wonach der Beigeladene seinen Anspruch auf Verfahrensbeteiligung verspätet vorgebracht habe, von den Rekurrenten bisher nicht vorgebracht wurde (Vernehmlassung Baurekurskommission, Rz. 13). Daran ändert nichts, dass die Rekurrenten im Verfahren vor der Baurekurskommission ausführten, dass die strittige Installation bereits seit 2,5 Jahren bestehe und dass sie ■offended■ seien. Auch wenn berücksichtigt wird, dass die Rekurrenten nicht deutscher Muttersprache sind und für ihre Interessensvertretung im vorinstanzlichen Verfahren vor der Baurekurskommission keine anwaltliche Unterstützung beigezogen haben (Replik, Rz. 9), kann aus den beiden vorgenannten Hinweisen nicht abgeleitet werden, sie hätten die Rüge der Verwirkung des Einspracherechts des Beigeladenen erhoben.

4.3Entgegen den Ausführungen der Baurekurskommission mussten die Rekurrenten ihren Einwand betreffend die Rechtzeitigkeit des Tätigwerdens des Beigeladenen jedoch nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen (Vernehmlassung Baurekurskommission, Rz. 13). Der von der Baurekurskommission angerufene § 92 des Bau- und Planungsgesetzes (BPG, 730.100) kommt hier nicht zum Tragen, da gar kein Einspracheverfahren durchgeführt und das Rekursverfahren vor der Baurekurskommission vom Beigeladenen eingeleitet wurde. Aus dem von der Baurekurskommission angeführten § 92 BPG lässt sich auch nicht indirekt ableiten, dass eine Bauherrschaft, deren Bauprojekt bewilligt wurde ■ bzw. wie vorliegend zumindest offiziell geduldet wird ■ in einem von dritter Seite eingeleiteten Rekursverfahren vor der Baurekurskommission alle möglichen Einwände gegen die Anträge im Rekurs vorbringen muss, ansonsten sie diese nicht mehr im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorbringen kann. Für eine solche Rüge- oder Verteidigungsobliegenheit der beigeladenen Partei im Verfahren vor der Baurekurskommission mit Präklusionswirkung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ergibt sich weder aus dem BPG noch aus dem VRPG eine Grundlage. Der nachträglich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erhobene Einwand der Rekurrenten betreffend die Rechtzeitigkeit der Intervention des Beigeladenen beim BGI erweist sich damit als nicht verspätet.

4.4Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob das BGI nach der Kenntnisnahme der in den bewilligten Bauplänen nicht eingezeichneten Pergola-artigen Aufbaute zu Recht auf eine (erneute) Publikation des Bauvorhabens verzichtete. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen,

ob sich der Beigeladene noch auf eine zu Unrecht nicht erfolgte Publikation berufen kann oder ob er sein Recht auf nachträglichen Einbezug ins Verfahren verwirkte.

E. 5

5.1 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 gewahrt wird. Dies ist nur möglich, wenn das Baubeglehen publiziert wird und die Beschwerdeberechtigten dadurch über das Bauvorhaben in Kenntnis gesetzt werden (Feldges/Barthe, Raumplanungs- und Baurecht, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verfassungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 767, 818; VGE VD.2015.89 vom 15. September 2016 E. 1.2.3).

5.2 Gemäss § 30 BPV werden Bauvorhaben, die im ordentlichen Bewilligungsverfahren zu bewilligen sind, öffentlich angezeigt. Im ordentlichen Bewilligungsverfahren sind dabei gemäss § 8 Abs. 2 ABPV Baugesuche bezüglich Bauten, Anlagen und Veränderungen zu prüfen, welche wesentliche Aussenwirkungen entfalten. Hat ein Bauprojekt keine wesentlichen Aussenwirkungen, so kann es im vereinfachten Bewilligungsverfahren oder allenfalls gar im Meldeverfahren beurteilt werden (§ 31 BPV, §§ 11 ff. ABPV). Dabei verzichtet das Bauinspektorat auf eine Publikation und ein Einspracheverfahren, wenn keine öffentlichen Interessen und keine Rechte Dritter berührt werden oder das schriftliche Einverständnis der zur Einsprache berechtigten Dritten vorliegt. Diese Grundsätze sind auch im Falle einer Projektänderung mittels der Einreichung von Austauschplänen während laufendem Baubewilligungsverfahren zur Anwendung zu bringen. Eine erneute Publikation hat dabei nur dann zu erfolgen, wenn die Projektänderung im Vergleich zum bisher aufgelegten Projekt mit Bezug auf die Berührung öffentlicher Interessen oder von Rechten Dritter wesentliche Änderungen enthält (Gebhardt/Meyer/Nertz/Piolino, Die Baubewilligung im Kanton Basel-Stadt, Basel 2014, S. 137 f.). In allen anderen Fällen gilt das rechtliche Gehör möglicher Drittbetroffener durch die erste Publikation und die erfolgte öffentliche Auflage der Gesuchsunterlagen als gewahrt (Dussy, in: FHB Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, N 7.142; VGE VD.2017.2 vom 21. November 2017 E. 2.3.2).

5.3 Zu den in der vorgenannten Rechtsprechung erwähnten Drittbetroffener gehören auch die gemäss § 29 Abs. 1 des Gesetzes über den Denkmalschutz [DSchG] rekursberechtigten Organisationen, da diese ansonsten von ihrer Rekursbefugnis gar nicht Gebrauch machen können. Vorliegend ist unbestritten, dass der Beigeladene bei Entscheiden, welche sich auf das Denkmalschutzgesetz stützen, rekursberechtigt und damit auch einspracheberechtigt ist (§ 27-29 DSchG in Verbindung mit dem Anhang der Denkmalpflegeverordnung [DPV, SG 497.110]).

5.4 Ebenfalls unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass der Pergola-artige Aufbau in den Bauplänen, welche dem Baugesuch vom 6. August 2013 betreffend ■ Umbau und Sanierung EFH ■ zu Grunde lagen, nicht aufgeführt und somit nicht Inhalt dieses Baubegehrens bzw. des entsprechenden Bewilligungsverfahrens und des Bauentscheids Nr. [...] vom 29. Januar 2014 wurde. Vielmehr wurde im Mängelprotokoll vom 29. Juni 2015 zur Bauabnahme festgestellt, dass diese Konstruktion in den bewilligten Plänen nicht ersichtlich sei. Sie müsse in den Revisionsplänen eingezeichnet werden, welche noch einmal von den relevanten Instanzen begutachtet werden müssten. Die in der Folge eingereichten Revisionspläne wurden von der kantonalen Denkmalpflege geprüft. In der Freigabe-Verfügung vom 16. Juni 2015 führte des BGI aus, dass die ■ unbewilligt ausgeführte Pergola ■ in Erwägung der Verhältnismässigkeit geduldet werde. Unbestritten ist ferner, dass im Hinblick auf diese Freigabe-Verfügung des BGI keine Publikation des geprüften Vorhabens erfolgte und somit dem Beigeladenen auch keine Möglichkeit zukam, von seinem Einsprache- bzw. Rekursrecht (vgl. E. 5.3 hiervor) Gebrauch zu machen.

5.5 Bei der Kommunikation zwischen der kantonalen Denkmalpflege und den von den Rekurrenten beauftragten Architekten betreffend die verfahrensgegenständliche Pergola-artige Konstruktion kam es offensichtlich zu Missverständnissen und Unsicherheiten. Gemäss den Ausführungen des Vertreters der kantonalen Denkmalpflege entspreche es einer gewissen Praxis, dass Detailänderungen erst bei der Bauausführung vorgenommen würden. Nicht für jedes Detail werde dabei ein Plan verlangt (Verhandlungsprotokoll, S. 5). Zwar dürfe nicht ohne Bewilligung gebaut werden, würden sich jedoch Work-in-Progress-Änderungen ergeben, welche nicht den ursprünglichen Baubewilligungsplänen entsprechen, reiche auch ein Stempel oder sogar ein mündliches OK seitens der kantonalen Denkmalpflege (Verhandlungsprotokoll, S. 8). Diese Detailänderungen würden in der Regel gestalterische Themen, wie etwa Materialfragen, betreffen (Verhandlungsprotokoll, S. 17). Die Änderungen müssten jedoch in jedem Fall in die (Revisions-)Pläne einfliessen (Verhandlungsprotokoll, S. 8). Letztlich sei es Sache des BGI zu prüfen, ob die kantonale Denkmalpflege für die sich stellende Frage die einzige Beurteilungsinstanz sei oder ob andere Interessen betroffen seien und noch andere Stellen involviert werden müssten (Verhandlungsprotokoll, S. 16). Wie der Vertreter der kantonalen Denkmalpflege weiter einräumte, erscheine die Pergola-artige Konstruktion im Kontext des riesigen Umbaus der Liegenschaft [...] zwar als Detail, entspreche allerdings in der vorliegenden Ausführung nicht einer Detailänderung, welche einer Bewilligung auf informeller Ebene durch die kantonale Denkmalpflege zugänglich sei (Verhandlungsprotokoll, S. 5 und 17). Die Baubegleitung und -beratung sei im vorliegenden Fall jedoch sehr ■ weitmaschig ■ erfolgt (Verhandlungsprotokoll, S. 11). Lediglich zu einem ersten Entwurf einer Pergola auf Plänen der Architekten vom März 2014 habe er kritische Anmerkungen gemacht und auf die Sonnenschutz-Konstruktion auf der Terrasse oberhalb des Restaurants Rhywyera in Kleinbasel verwiesen (Verhandlungsprotokoll, S. 4 und 8). Im Protokoll der Architekten betreffend eine gemeinsame Baubesprechung vor Ort am 5. März 2014 wurde in der Folge jedoch irrtümlich eine ■ Terrasse im Dachgeschoss ■ als Referenzobjekt festgehalten (Verhandlungsprotokoll, S. 4). Diesbezüglich sei ein Missverständnis bzw. eine Kommunikationspanne entstanden (Verhandlungsprotokoll, S. 4, mit Hinweis auf die Vernehmlassung des kantonalen Denkmalschutzes, Ad. 11 und Ad. 25-27). Danach sei die Pergola bei ihm nicht mehr ■ auf dem Radar ■ gewesen. Die Pergola-artige Konstruktion sei nie bewilligt worden (Verhandlungsprotokoll, S. 8). In ausgeführter Form habe er sie

zum ersten Mal bei der Bauabnahme zur Kenntnis genommen (Verhandlungsprotokoll, S. 10 f.). Demgegenüber machte der Architekt der Rekurrenten anlässlich des Augenscheins geltend, die korrigierten Pläne 16 Monate vor Bauabschluss eingereicht zu haben. Dieser Widerspruch konnte während der Gerichtsverhandlung nicht aufgelöst werden (Verhandlungsprotokoll, S. 7 und 10). Im Übrigen ergeben sich aus dem Hinweis des am Augenschein und an der Gerichtsverhandlung anwesenden Architekten auf die offenbar ohne vorgängig eingeholte Baubewilligung errichtete Gaube im Dachgeschoss der Liegenschaft an der [...] keine neuen Erkenntnisse (Verhandlungsprotokoll, S. 17 f.). So wurde diese Gaube ■ im Gegensatz zur verfahrensgegenständlichen Pergola ■ nach vorgängiger informeller Absprache mit der kantonalen Denkmalpflege erstellt. Entsprechend wurde die Gaube anlässlich der Bauabnahme vom 25. Juni 2015 auch nicht beanstandet (Verhandlungsprotokoll, S. 5 und 19).

5.6 Bereits ein vergleichender Blick auf die ursprünglich eingereichten ■ und bewilligten ■ Pläne vom 6. August 2013 sowie auf die Revisionspläne vom 7. Oktober 2015 zeigt, dass es sich bei der baulichen Ergänzung auf der rheinseitigen Dachterrasse der Liegenschaft an der [...] um eine Veränderung handelt, welche gemäss § 8 Abs. 2 ABPV wesentliche Aussenwirkungen entfaltet. Der Pergola-artige Aufbau mit sechs Metallpfosten und verbundenen Trägern führt zu einer visuellen Verlängerung des Daches über die Dachterrasse hinaus und ist somit deutlich raumwirksam. Dies bestätigte sich auch anlässlich des Augenscheins vom 17. September 2019 (Verhandlungsprotokoll, S. 7 und 12). Der Vertreter der kantonalen Denkmalpflege räumte anlässlich der Gerichtsverhandlung denn auch ein, dass es sich bei der Pergola-artigen Konstruktion nicht um eine Detailänderung handle (vgl. E. 5.5 hiervor, mit Hinweis auf das Verhandlungsprotokoll, S. 17). Die Baurekurskommission ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass ein solcher Pergola-artiger Aufbau einer im Denkmalverzeichnis aufgeführten Liegenschaft in der Stadtbild-Schutzzone gemäss § 38 BPG bzw. § 13 Abs. 1 DSchG nicht zu den Bauvorhaben gehört, welche gemäss § 11 Abs. 2 der ABPV keine öffentlichen Interessen und keine Rechte Dritter berührt und demgemäss im vereinfachten Bewilligungsverfahren ohne (erneute) Publikation geprüft werden dürfen. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (vgl. Rz. 9 ff.). Dies wird von den Rekurrenten zu Recht auch nicht mehr in Frage gestellt.

5.7 Die Baurekurskommission führt in ihrem Entscheid weiter zu Recht aus, dass die zu Unrecht unterbliebene Publikation des (geänderten bzw. zusätzlichen) Baubehrens einen formellen Mangel der Baubewilligung darstellt (vgl. angefochtener Entscheid, Rz. 11). Mit der ersten Publikation und der erfolgten öffentlichen Auflage der Gesuchsunterlagen ohne Pergola-artigen Aufbau und der unterlassenen Publikation des ergänzten Baubehrens wurde das rechtliche Gehör möglicher Drittbetroffener in Bezug auf diese Änderung nicht gewahrt.

5.8 Wie das Verwaltungsgericht in einem früheren Entscheid zu den Folgen einer zu Unrecht unterbliebenen Publikation eines Baubehrens ausgeführt hat, trifft die Behörden 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 (VGE VD.2015.89 vom 15. September 2016 E. 1.2.3)

5.9 Im vorliegenden Fall wies der Beigeladene mit Schreiben vom 19. Juni 2017 auf den Pergola-artige Aufbau hin und verlangte die Prüfung, ob dieser bewilligt worden sei. Nachdem ihn das BGI mit Schreiben vom 29. Juni 2017 zunächst darauf hingewiesen hatte, dass die Pergola nach ■ positiver Stellungnahme durch die Denkmalpflege ■ als Bestandteil des Baumentschids am 16. Juni 2016 freigegeben worden sei, beantragte der Beigeladene mit Schreiben vom 14. Juli und 14. August 2017 Akteneinsicht, um zu prüfen, ob der erwähnte Terrassenaufbau bereits im ursprünglichen Baugesuch enthalten und in den Plänen eingezeichnet gewesen oder ob das Projekt erst nachträglich bewilligt worden sei, ohne Bestandteil des Baugesuches zu sein. Der Beigeladene behielt sich vor, die Publikation eines zweiten Baugesuches zu verlangen. Nach einem abschlägigen Schreiben des BGI vom 18. August 2017 beantragte der Beigeladene mit Eingabe vom 28. August 2017 schliesslich die Publikation der Austauschpläne und verlangte für den Fall der Abweisung dieses Gesuches den Erlass einer begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung.

5.10 Nachdem das BGI zu Unrecht auf eine Publikation des geänderten bzw. ergänzten Baubehgehrens verzichtet hat, ist nachfolgend der Einwand der Rekurrenten zu prüfen, wonach die vorgenannte Intervention (vgl. E. 5.9 hiervor) des Beigeladenen verspätet erfolgt ist und dieser damit seinen Anspruch auf nachträglichen Einbezug in das Bewilligungsverfahren bzw. auf nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs verwirkt hat.

E. 6

6.1 In ihrer Rekursbegründung an das Verwaltungsgericht machen die Rekurrenten geltend, die unterbliebene Publikation des (ergänzten) Baugesuches führe nicht zu dessen Nichtigkeit, sondern lediglich zu dessen Anfechtbarkeit. Würden Dritte von ihrer Einsprachemöglichkeit abgehalten, hätten diese die Wiederherstellung der Einsprachefrist zu verlangen oder sie hätten die Baubewilligung nachträglich wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs anzufechten (Rekursbegründung, Rz. 17, mit Hinweis auf BGer 1C_150/2009 vom 8. September 2009 E. 4.2.2). Aus Gründen der Rechtssicherheit und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dürfe der betroffene Dritte jedoch nicht beliebig lange zuwarten. Er müsse an die Behörde gelangen, sobald er auf irgendeine Weise vom Baugesuch bzw. der Baubewilligung Kenntnis erlangt habe (Rekursbegründung, Rz. 17, mit Hinweisen auf BGE 134 V 306 E. 4.2 und Gebhardt/Meyer/Nertz/Piolino, Die Baubewilligung im Kanton Basel-Stadt, Basel 2014, S. 82). Beständen Anzeichen habe der (nicht berücksichtigte) Dritte eine Erkundigungspflicht bzw. die Pflicht sich das Dispositiv und die Begründung des Entscheids zu besorgen; unterlasse er dies, beginne für ihn die Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Entscheids ab dem Tag zu laufen, an dem er bei der Vornahme der zumutbaren Schritte vom Entscheid und seiner Begründung hätte Kenntnis nehmen können (Rekursbegründung, Rz. 17, mit Hinweis auf BGer 1C_256/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.1). Im vorliegenden Fall sei der Aufbau für alle ersichtlich gewesen, weshalb sich der Beigeladene ■ dessen Zweck es sei, Baudenkmäler im Auge zu behalten ■ früher nach dessen Bewilligungsstatus hätte erkundigen müssen. Am 28. Mai 2015 habe

die Basler Denkmalpflege zudem eine öffentliche Führung durch die frisch renovierte Liegenschaft durchgeführt. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass auch zahlreiche Mitglieder des Beigeladenen daran teilgenommen hätten (Rekursbegründung, Rz. 12 und 18). Die zwei Jahre nach der Fertigstellung des Umbaus erfolgte Intervention sei daher als verspätet zu erachten (Rekursbegründung, Rz. 17). In der Replik vom 6. November 2018 halten die Rekurrenten an ihrer Ansicht fest, dass der Beigeladene die Frist für eine nachträgliche Einsprache nicht eingehalten und seine Rechte damit verwirkt habe. Nachdem der Beigeladene gemäss eigenen Angaben ■anfangs 2017■ auf die Pergola aufmerksam gemacht worden sei, habe er mehrere Monate zugewartet und sich erst am 19. Juni 2017 an das BGI gewandt (Replik, Rz. 3). Damit habe der Beigeladene die von der bundes- wie auch von der kantonalen Rechtsprechung anerkannte Frist von zwei Monaten nicht eingehalten, um die Grundlage für einen allfälligen nachträglichen Rekurs zu schaffen (Replik, Rz. 4 ff., mit Hinweisen auf BGE 102 Ib 91 E. 4 S. 95, 107 Ia 72 E. 4a S. 76 f. und AGE 610/2005 vom 26. August 2005 in Sachen Zollfreistrasse). Der Beigeladene, dessen Geschäftsführer den Verein mit einer ■Art Feuerpolizei für historische Gebäude■ vergleiche, habe deshalb sein Recht auf nachträglichen Einbezug in das Verfahren verwirkt (Replik, Rz. 12; Noven-Eingabe vom 13. September 2019, mit Hinweis auf den bz-Artikel vom 26. August 2019, Denkmalschutz-Streit um Pergola: Heimatschutz zieht vors oberste Gericht).

6.2 In seiner Vernehmlassung vom 9. Oktober 2018 macht der Beigeladene geltend, dass keines seiner Vorstandsmitglieder an der Führung vom 28. Mai 2015 teilgenommen habe (Vernehmlassung Beigeladener, S. 1). Der Obmann des Beigeladenen habe nach einem ■anfangs 2017■ erfolgten Hinweis ■die nötigen Abklärungen zur allfälligen Bewilligung der Baute getroffen■, weshalb von einer Verwirkung des Rekursrechts gegen den unpublizierten Freigabeentscheid vom 15./16. Juni 2016 keine Rede sein könne (Vernehmlassung Beigeladener, S. 2).

6.3 Die Rekurrenten weisen zunächst zu Recht darauf hin, dass eine mangelhafte Publikation eines Baugesuches bzw. eine mangelhafte Eröffnung des entsprechenden Bewilligungsentscheids gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht zur Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung führt (AGE 675/2004 vom 7. März 2005 E. 1.3, betreffend Verlängerung der Rodungsbewilligung für den Bau der Zollfreistrasse). Die Verhinderung der Wahrnehmung der Rekurs- bzw. Einsprachemöglichkeit führt lediglich, aber immerhin dazu, dass der in Verletzung dieser Rechte ergangene Entscheid zu keinem Rechtsnachteil für die in ihren Rechten verletzte Partei führen darf. Die Rechtsmittelfrist, und dazu gehört eben auch die Frist zur Einsprache, kann erst dann zu laufen beginnen, wenn die betroffene Person im Besitz aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente ist (BGE 102 Ib 91 E. 3 S. 93 f.; BGer 6B_773/2017 vom 21. Februar 2018 E. 2.3.2). Sodann ergibt sich, den Ausführungen der Rekurrenten folgend, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Obliegenheit des zu Unrecht nicht ins Verfahren einbezogenen Dritten, bei entsprechenden Anzeichen die zumutbaren Schritte zu unternehmen, um sich diese Elemente zu beschaffen. In diesem Sinn beginnt nach einer in Baubewilligungsverfahren angewandten Praxis für zu Unrecht nicht ins Verfahren einbezogene Dritte die Anfechtungsfrist erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme des Entscheids zu laufen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darf der Dritte diese Kenntnisnahme bzw. den Beginn des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern, wenn er auf irgendeine Weise vom Erlass der ihn berührenden Entscheidung Kenntnis

erhielt (BGer 1C_256/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.1, mit Hinweis auf BGE 134 V 306 E. 4.2 S. 312 f.). Vielmehr hat er diesfalls darum besorgt zu sein, das Dispositiv und die Begründung des Entscheids zu erfahren, um sich über die Ergreifung eines Rechtsmittels zu entschliessen. Unterlässt er dies, beginnt für ihn die Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Entscheids ab dem Tag zu laufen, an dem er bei der Vornahme der zumutbaren Schritte vom Entscheid und seiner Begründung hätte Kenntnis nehmen können (BGer 1C_256/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.1, mit Hinweisen auf BGE 139 IV 228 E. 1.3 S. 232; 102 Ib 91 E. 3 S. 93 f.; BGer 1C_55/2010 vom 9. April 2010 E. 2.3.3., 1C_15/2016 vom 1. September 2016 E. 2.2).

6.4 Nicht gefolgt werden kann den Rekurrenten in ihrer Ansicht, dass für den Beigeladenen schon vor dem erwähnten Hinweis eines Dritten ■anfangs 2017■ Anzeichen für eine unrechtmässige Situation bzw. die Verletzung seiner Verfahrensrechte bestanden hätten. Auch eine ideelle Organisation, die sich ■ wie der Beigeladene ■ der Denkmalpflege widmet und deren Rekursberechtigung sich aus dem Denkmalschutzgesetz ergibt (vgl. § 29 DSchG), ist nicht verpflichtet, die Dächer im Kanton Basel-Stadt nach allfälligen nicht bewilligten oder nicht bewilligungsfähigen Bauten abzusuchen. Anders als bei unmittelbaren Nachbarn kann nicht verlangt werden, dass solche Organisationen die bauliche und nutzungsmässige Entwicklung in einem bestimmten Gebiet stets genau verfolgen (Marti, Bemerkungen zu Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 6. März 2013, 1C_150/2012., ZBl 115/2014 S. 324 ff., 330). Aus dem gleichen Grund kann eine unterbliebene Intervention auch nach der Vollendung einer entsprechenden Baute nicht zum Verlust der Einsprache- bzw. Rekursberechtigung führen. Die glaubhaften Ausführungen des Beigeladenen, dass dessen verantwortliche Organe vor dem Hinweis durch eine Drittperson Anfang des Jahres 2017 keine Kenntnis vom Pergola-artigen Aufbau auf der streitbezogenen Liegenschaft hatten, kann von den Rekurrenten nicht widerlegt werden. Dementsprechend kann von einer Verwirkung der Beteiligungsrechte vor Anfang des Jahres 2017 keine Rede sein.

6.5 Separat zu beurteilen ist jedoch der Zeitraum ab Anfang des Jahres 2017, nachdem der Beigeladene gemäss eigenen Angaben von einer Drittperson auf die strittige Pergola-artige Konstruktion hingewiesen worden war (Vernehmlassung Beigeladener, S. 2).

6.5.1 Aus den Akten ergibt sich nicht, welche Abklärungen der Beigeladene nach dem Erhalt des Hinweises von einem Dritten Anfang des Jahres 2017 vorgenommen hat, bevor er sich im Juni 2017 erstmals beim BGI brieflich erkundigte, ob für die Pergola-artige Baute eine Bewilligung vorliege. In seiner Vernehmlassung zur Rekursbegründung führt der Beigeladene zum zwischenzeitlichen Geschehen ebenfalls nichts aus. Gemäss dem Schreiben des Beigeladenen vom 19. Juni 2017 hätten seine ■Abklärungen■ zur Annahme geführt, dass die Konstruktion nicht dem Baugesuch entspreche und letztlich ohne Bewilligung ausgeführt worden sei (vgl. S. 1). Anlässlich der Gerichtsverhandlung erklärte der Obmann des Beigeladenen, dass im Januar 2017 ein Eigentümer einer Liegenschaft im [...] Kontakt mit ihm aufgenommen und auf diverse Bauten aufmerksam gemacht habe (Verhandlungsprotokoll, S. 11). Daraufhin habe er Erinnerungsgemäss im März 2017 ein Treffen stattgefunden. Dabei habe er vom gegenüberliegenden Rheinufer aus Fotos von der streitgegenständlichen Pergola gemacht. An der Rheinfront sei es oft gar nicht so einfach, herauszufinden, um welches Gebäude es sich handle. In der Folge habe er zunächst informelle, telefonische Anfragen getätigt, bevor am 19. Juni 2017 eine erste briefliche Anfrage an das BGI erfolgte. Im August 2019 sei die Sache an der Vorstandssitzung

besprochen worden (Verhandlungsprotokoll, S. 14). Vor dem 19. Juni 2017 sei keine schriftliche Anfrage an das BGI erfolgt, auch nicht per E-Mail (Verhandlungsprotokoll, S. 15).

6.5.2 Die Rechtsprechung hebt hervor, dass es nicht angeht, Verfügungen, die dazu bestimmt sind, Rechtskraftwirkungen zu entfalten, noch nach beliebig langer Zeit in Frage zu stellen. Umgekehrt ist der Grundsatz zu beachten, dass der Verfügungsadressat aus einer unterbliebenen oder fehlerhaften Eröffnung keine Nachteile erleiden soll. Wann die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt, ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall zu bestimmen. Als Leitlinie gilt dabei, dass derjenige, der aus einer nicht offiziellen Quelle Kenntnis von einer ihn berührenden Entscheidung erlangt, zwar nicht innert Frist seit dieser Kenntnisaufnahme ein Rechtsmittel ergreifen muss. Allerdings darf er in diesem Fall auch nicht einfach untätig bleiben, sondern hat die je nach den Umständen gebotenen Schritte zu unternehmen (BGer 1C_150/2012 vom 6. März 2013 E. 2.3, mit Hinweis auf BGE 102 Ib 91 E. 3 S. 94). Dabei tritt mit der Zeit das Rechtsschutzinteresse gegenüber jenem der Rechtssicherheit in den Hintergrund. Welcher der beiden Gesichtspunkte den Vorrang verdient, ist aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen (BGer 1C_150/2012 vom 6. März 2013 E. 2.3, mit Hinweisen).

6.5.3 Im vorliegenden Fall ist zunächst zu beachten, dass der Beigeladene Anfang des Jahres 2017 nicht Kenntnis von einer (Bewilligungs)-Verfügung erhalten hatte, sondern lediglich auf eine aus Sicht einer Drittperson nicht bewilligungsfähige Baute hingewiesen worden war. Die vorliegende Situation unterscheidet sich damit deutlich von derjenigen, welche den von den Rekurrenten zitierten Entscheidungen betreffend die Zollfreistrasse zu Grunde liegt (vgl. E. 6.3 hiervor). In der Entscheidung betreffend die mangelhafte Eröffnung einer Rodungsbewilligungsverlängerungsverfügung führte das Verwaltungsgericht aus, dass die Berechtigten nach dem Gebot von Treu und Glauben im Rechtsverkehr und im Interesse der Rechtssicherheit den Beginn des Fristenlaufs nicht beliebig hinauszögern dürften, wenn sie einmal von der Existenz der sie berührenden Verfügung Kenntnis erhalten hätten, sondern es sei ihnen dann zuzumuten, umgehend dafür besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung zu erfahren. Mit ihrem langen Zuwarten nach den vielen und überdeutlichen Anzeichen für das Vorhandensein einer Bewilligungsverlängerung hätten diejenigen Rekurrierenden, welche grundsätzlich zur Verfahrensbeteiligung berechtigt gewesen wären, ihr Rekursrecht verwirkt (AGE 610/2005 vom 26. August 2005 E. 3). Bei den Rekurrierenden in den genannten Fällen handelte es sich allerdings um (frühere) Einsprecher, welche somit grundsätzlich Kenntnis vom entsprechenden Verfahren hatten und welche gemäss Beurteilung durch das Gericht aufgrund der intensiven öffentlichen Diskussion auch Kenntnis von der (ihnen nicht eröffneten) Verlängerungsverfügung hätten haben müssen. Demgegenüber hatte der Beigeladene im vorliegenden zu beurteilenden Fall bei der Kontaktaufnahme durch einen Dritten Anfang des Jahres 2017 keine Kenntnis davon, ob für die monierte Baute eine Bewilligung erteilt worden oder ob diese ohne Bewilligung errichtet worden war. Die von den Rekurrenten geltend gemachte zweimonatige Frist für die Vornahme zumutbarer Schritte durch den Beigeladenen kommt daher nicht zum Tragen (vgl. E. 6.1 hiervor).

6.5.4 Sodann offengelassen werden kann, ob der erste Hinweis eines Dritten auf die verfahrensgegenständliche Pergola im Januar 2017 für die Frage der Rechtzeitigkeit des Handelns des Beigeladenen bereits von Bedeutung ist. Nach einem Treffen im März 2017 zwischen dem Obmann des Beigeladenen und dem hinweisenden Dritten erfolgte die erste

dokumentierte Kontaktaufnahme des Beigeladenen mit dem BGI zu diesem Fall jedoch erst am 19. Juni 2017. Ob der Beigeladene dadurch sein Recht auf Einbezug in das Verfahren verwirkt hat, ist aufgrund einer Interessenabwägung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Einzelfall zu bestimmen (vgl. E. 6.5.2 hiervor). Dabei ist zwar anzuerkennen, dass bei einem Verein wie dem Beigeladenen der Prozess der internen Willensbildung für die Ergreifung eines Rechtsmittels einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Nicht nachvollziehbar ist aber, weshalb der Beigeladene mehrere Monate für seine Abklärungen benötigte. Zumal er das BGI im Schreiben vom 19. Juni 2017 lediglich ersuchte, das Baugesuch und die Baupläne mit der errichteten Installation zu vergleichen. Eine solche einfache Anfrage wäre auch schon früher möglich gewesen. Zu Unrecht nicht in das Verfahren Einbezogene sind gehalten nicht einfach untätig zu bleiben, sondern innerhalb einer kurzer Frist zu handeln (vgl. E. 6.3 hiervor). Ferner tritt das Rechtsschutzinteresse in den Hintergrund je länger eine Baute besteht (vgl. E. 6.5.2 hiervor). Nach einem Treffen mit dem hinweisenden Dritten im März 2017 erfolgte die schriftliche Anfrage des Beigeladenen an das BGI vom 19. Juni 2017 zwei Jahre nach der Bauabnahme vom 25. Juni 2015 bzw. ein Jahr nach der Freigabe-Verfügung des BGI vom 16. Juni 2016. Weitere Abklärungen des Beigeladenen seit März 2017 sind nicht belegt (vgl. E. 6.5.1 hiervor). Besonders zu berücksichtigen ist im vorliegenden Einzelfall schliesslich, dass die ■unbewilligt ausgeführte Pergola■ in der Freigabe-Verfügung vom 16. Juni 2016 in Erwägung der Verhältnismässigkeit lediglich geduldet und insbesondere eine präjudizielle Wirkung ausgeschlossen wurde. Dies mindert das Interesse an einer öffentlichen Prüfung zusätzlich und das Interesse des Beigeladenen am richtigen Verfahren ist zwei Jahre nach Bauabschluss nicht mehr als hoch zu werten. Zusammenfassend ist aufgrund der vorgenommenen Interessenabwägung das Interesse der Rekurrenten an der Rechtssicherheit höher zu werten als jenes des Beigeladenen am nachträglichen Rechtsschutz. Damit ist die erste formelle Intervention am 19. Juni 2017 zu spät erfolgt und der Beigeladene hat mit seinem Zuwarten über mehrere Monate seinen Anspruch auf nachträglichen Einbezug in das Verfahren verwirkt.

E. 7

7.1 Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist der Rekurs gutzuheissen und der Entscheid der Baurekurskommission vom 28. März 2018 aufzuheben.

7.2 Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet. Den Rekurrenten ist aufgrund ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zu entrichten. Da der Rechtsvertreter der Rekurrenten, [...], darauf verzichtet hat, dem Gericht eine Honorarnote einzureichen, ist die angemessene Parteientschädigung gerichtlich zu schätzen. Dabei erscheint aufgrund des Umfangs der Eingaben sowie unter Berücksichtigung der Dauer der Gerichtsverhandlung mit vorgängigem Augenschein eine Parteientschädigung von pauschal CHF 5'000.■, inklusive Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer, angemessen. Davon hat der beigelade Heimatschutz Basel CHF 1'000.■, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu bezahlen. Das BGI hat CHF 4'000.■, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu tragen, da durch die Wahl des falschen Bewilligungsverfahrens das vorliegende Verfahren massgeblich verursacht wurde (vgl. E. 5.6 hiervor).