

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2014/50

Bern, 2. April 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Frau Fürsprecherin C._____

und



Baupolizeibehörde der Gemeinde Bremgarten bei Bern, Chutzenstrasse 12,
3047 Bremgarten b. Bern

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Bremgarten vom
23. September 2014 (Parzelle Nr. E._____; Höhe Kamin)

I. Sachverhalt

1. An der F._____Strasse befinden sich vier zusammengebaute Reiheneinfamilienhäuser. Die Beschwerdeführer sind Eigentümer des mittleren Hauses Nr. H._____ (Bremgarten Gbbl. Nr. E._____). Die Parzelle liegt in der Wohnzone E2. Am 30. Mai 2003 bewilligte die Gemeinde auf Parzelle Nr. E._____ den Anbau eines unterkellerten Wintergartens samt Einbau eines Pizzaofens mit Kamin. Der Kamin befindet sich vor der Südfassade und überragt die Dachtraufe um rund 1 m. Im Februar 2014 gelangte der im Haus Nr. I._____ wohnende Nachbar, Herr J._____, an die Gemeinde und beschwerte sich über Rauchimmissionen, die von diesem Holzofen im Wintergarten und einem weiteren Holzherd im Haus der Beschwerdeführenden ausgingen.

Die Gemeinde liess die Rechtslage durch das Regierungsstatthalteramt klären. Dieses hielt mit Schreiben vom 25. April 2014 fest, in der Baubewilligung bestehe ein Widerspruch zwischen den bereits damals geltenden Vorschriften, wonach die Kaminmündungen den höchsten Gebäudeteil (z.B. den Dachfirst) um mindestens 0,5 m überragen müssten und der Kaminhöhe auf den bewilligten Plänen, welche diesen Vorgaben nicht entspreche. Das Regierungsstatthalteramt bejahte eine umweltrechtliche Sanierungspflicht. Gestützt auf die inzwischen schriftlich eingegangene baupolizeiliche Anzeige von Herrn J. _____ eröffnete die Gemeinde am 16. Juli 2014 ein baupolizeiliches Verfahren.

2. Mit Verfügung vom 23. September 2014 ordnete die Gemeinde Bremgarten bei Bern in Ziffer 1 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bis spätestens 24 Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung wie folgt an:

- «Die Höhe des Kamins des Pizzaofens ist auf die gesetzlich festgelegte Mindesthöhe von 0,5 m ab Dachfirst zu verlängern.
- Beim Holzherd wird davon ausgegangen, dass dieser mittels baulicher Massnahmen definitiv ausser Betrieb gesetzt ist und nicht mehr benützt werden kann. Es wird festgehalten, dass der Holzherd nicht mehr in Betrieb genommen werden darf.

Sollte er noch benutzbar sein oder wieder in Betrieb genommen werden, wäre auch die Höhe dieses Kamins auf die gesetzlich festgelegte Mindesthöhe von 0,5 m ab Dachfirst zu verlängern.»

Weiter verfügte die Gemeinde in Ziffer 4, dass ein nachträgliches Baugesuch ausgeschlossen sei, da bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden sei. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte sie Straffolgen und die Ersatzvornahme an.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 23. Oktober 2014 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde sei vollumfänglich aufzuheben und auf die Verlängerung des Kamins des Pizzaofens und des Holzherdes auf die Höhe von 0,5 m ab Dachfirst sei zu verzichten.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 21. November 2014, die Beschwerde sei abzuweisen. Der Anzeiger, Herr J._____, teilte mit Eingabe vom 21. November 2014 mit, dass er auf eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren verzichte. Das Rechtsamt führte im Beisein der Parteien und einer Vertretung des beco einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten und Grundeigentümer durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Mindesthöhe für Kamine

a) Die bundesrechtliche Umweltschutzgesetzgebung bezweckt, Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen zu schützen (Art. 1 Abs. 1 USG³). Zu diesen Einwirkungen gehören unter anderem Luftverunreinigungen wie Rauch, Russ, Gase, Dämpfe, Geruch oder Abwärme

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

³ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz; SR 814.01)

(vgl. Art. 7 USG). Emissionen müssen primär durch Massnahmen an der Quelle begrenzt werden (Emissionsbegrenzungen, Art. 11 Abs. 1 USG). Nach dem zweistufigen Konzept des USG sollen die Emissionen in einer ersten Stufe durch Massnahmen bei der Quelle so weit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, und zwar unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung (Vorsorgeprinzip, Art. 11 Abs. 2 USG). Wenn feststeht oder anzunehmen ist, dass diese vorsorglichen Massnahmen nicht genügen, um den Schutz vor übermässigen, d.h. lästigen oder schädlichen, Immissionen zu gewährleisten, werden die Emissionsbegrenzungen verschärft (Art. 11 Abs. 3 USG). Dieses zweistufige Konzept ist auch in der LRV⁴ umgesetzt: So dienen die Vorschriften von Art. 3, 4 und 6 der vorsorglichen Emissionsbegrenzung (Art. 7 LRV).⁵ Dazu gehören auch die Mindesthöhen für Abgasanlagen wie Kamine (Art. 6 LRV).⁶ Nach Art. 6 LRV sind Emissionen möglichst nahe am Ort ihrer Entstehung möglichst vollständig zu erfassen und so abzuleiten, dass keine übermässigen Immissionen entstehen. Sie müssen in der Regel durch Kamine oder Abluftkanäle über Dach ausgestossen werden (Abs. 2). Die erforderliche Mindesthöhe der Kamine ist in der LRV jedoch nur für Hochkamine geregelt (vgl. Anhang 6 der LRV). Für die Höhe von anderen Kaminen hat der Bund erstmals 1989 Empfehlungen über die Mindesthöhe von Kaminen über Dach (Kaminempfehlungen) herausgegeben. Aktuell gelten die Kaminempfehlungen von 2013.⁷ Der Vollzug der LRV obliegt den Kantonen (vgl. Art. 35 LRV). Der Kanton Bern hat die Kaminempfehlungen des Bundes, Stand 2001, in Art. 4 aLHV⁸, später aArt. 16 LHV⁹ als verbindlich erklärt. Seit 1. Januar 2015 erklärt Art. 89 Abs. 3 BauV die Kaminempfehlungen in der Version von 2013 als verbindlich. In Bezug auf die vorliegende Frage haben sich gegenüber den Kaminempfehlungen von 2001 keine wesentlichen Änderungen ergeben.

b) Gemäss den verbindlich erklärten Kaminempfehlungen muss die Kaminmündung bei Holzfeuerungen bis 70 kW Feuerungswärmeleistung den höchsten Gebäudeteil (z.B. den Dachfirst) um mindestens 0,5 m überragen. Diese Rechtslage galt bereits im Jahr 2003, als

⁴ Luftreinhalte-Verordnung des Bundesrates vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1)

⁵ Vgl. VGE 2013/194 vom 8. Juli 2014, E. 3

⁶ Schrader/Loretan, in Kommentar USG, 2001, Art. 11 N. 16 und 37 ff.

⁷ BUWAL, Empfehlungen über die Mindesthöhe von Kaminen über Dach vom 15. Dezember 1989, Stand Mai 2001 (Kamin-Empfehlungen); BAFU, Mindesthöhe von Kaminen über Dach, 2013 (Kamin-Empfehlungen)

⁸ Verordnung über den Vollzug des Gesetzes zur Reinhaltung der Luft vom 23. Mai 1990 (aLHV; BSG 823.111)

⁹ Verordnung vom 25. Juni 2008 zur Reinhaltung der Luft (Lufthygieneverordnung, LHV; BSG 823.111)

die Baubewilligung für den "Pizzaofen" mit Kamin erteilt wurde.¹⁰ Nebst den lufthygienischen Vorschriften müssen die Kamine auch den feuerpolizeilichen Anforderungen genügen, die das Brandrisiko durch Funkenwurf verhindern sollen. Massgebend ist jedoch stets die strengere der beiden Vorschriften, d.h. die höhere Mindesthöhe.¹¹

c) Höchster Gebäudeteil ist im vorliegenden Fall der First des Wohnhauses. Der Kamin des Holzofens im Wintergarten verläuft vor der Südfassade und überragt die Dachtraufe um rund 1 m, was den Anforderungen an den Brandschutz entspricht.¹² Die Kaminmündung befindet sich aber deutlich unterhalb der Firsthöhe, so dass im vorliegenden Fall die lufthygienische Mindesthöhe als strengere Vorschrift hätte eingehalten werden müssen. Nach dem (nicht massstabgetreu kopierten) Plan Südfassade 1:100 zu schliessen, müsste der Kamin schätzungsweise um etwa 1 m verlängert werden, um der gesetzlichen Regelung zu entsprechen.

d) Die Beschwerdeführenden bringen vor, dass die Abgasanlagen gemäss Art. 6 Abs. 2 LRV nur "in der Regel" 0,5 m über den First hochzuführen sei. Art. 6 Abs. 2 LRV bestimmt, dass die Emissionen in der Regel durch Kamine oder Abluftkanäle über Dach ausgestossen werden müssen. Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf Abgase aus Feuerungsanlagen, sondern auf alle Arten von Emissionen wie Staub, Gase, Dämpfe etc., die die Luft verunreinigen können (vgl. Art. 7 Abs. 3 USG, Anhänge zur LSV). Der Begriff "in der Regel" ist daher so zu verstehen, dass für die Abführung dieser Luftverunreinigungen in der Regel ein Kamin (oder Abluftkanal) über Dach erforderlich ist – aber nicht bei allen. Die zitierte Norm sagt auch nichts über die erforderliche Mindesthöhe des Kamins. Diese ist erst in Art. 6 Abs. 3 LRV geregelt.

Die Formulierung, dass Kamine "in der Regel" bis 0,5 m über First hochzuführen sind, findet sich in den Brandschutzauflagen des Feueraufsehers der Gemeinde, sie gibt aber die Rechtslage verkürzt wieder. In den Kaminempfehlungen heisst es, dass die Kaminmündung den höchsten Gebäudeteil um mindestens 0,5 m überragen "muss". An

¹⁰ Vgl. Information des KIGA vom 28. November 2000, "Mindesthöhe von Kaminen über Dach" BSIG 8/823.111/2.1

¹¹ BUWAL, Kamin-Empfehlungen 2001, Ziff. 13; BAFU, Kamin-Empfehlungen 2013, Ziff. 1.3

¹² Vgl. Beiblatt zu den Brandschutzauflagen vom 27. Mai 2003

besonderen Standorten können aber sogar höhere Kamine erforderlich sein.¹³ Nach den neuen Empfehlungen des BAFU von 2013 ist einzig bei Öl- und Gasheizungen mit einer Feuerungswärmeleistung bis 40 kW eine geringere Höhe möglich. Für Holzfeuerungen hat sich demgegenüber nichts geändert; die Mindesthöhe von 0,5 m muss eingehalten werden.

e) Die Beschwerdeführenden berufen sich auf die Erleichterungen für selten benützte Anlagen, die von den Behörden gemäss den Kaminempfehlungen von 2001 gewährt werden konnten, sofern keine übermässigen Immissionen entstehen.¹⁴ Sie machen geltend, im Zeitpunkt, als die Wiederherstellungsverfügung erlassen worden sei, sei noch aArt. 16 LHV in Kraft gewesen, der die Kaminempfehlungen von 2001 als anwendbar erklärt habe. Auch nach den neuen Kaminempfehlungen 2013 seien Erleichterungen möglich, da die Aufzählung nicht abschliessend sei.

Der Begriff der "selten benutzten Anlage" ist unscharf und daher auslegungsbedürftig. In den Kaminempfehlungen 2013 wurde er deshalb durch konkreter gefasste Ausnahmeregelungen ersetzt. Ausnahmen können demnach gewährt werden für nicht gewerblich genutzte Backöfen, Grillanlagen und Pizzaöfen im Aussenbereich, d.h. für Anlagen, die nicht unter Vordächern oder Unterständen gebaut sind. Ausnahmen sind weiter möglich bei denkmalgeschützten Gebäuden, soweit der Gesundheitsschutz gewährleistet ist und bei freistehenden Gebäuden in der Landwirtschaftszone.¹⁵

Abzustellen ist nicht auf den tatsächlichen Gebrauch der Anlage, sondern auf den objektiv möglichen. Es leuchtet ein, dass ein Pizzaofen, der vollständig im Freien steht, bei ungünstigen Wetterbedingungen naturgemäss seltener benutzt wird als einer, der sich in einem Unterstand oder wie vorliegend in einem angebauten Wintergarten befindet. Beim Pizzaofen der Beschwerdeführenden handelt es sich um einen geschlossenen runden Holzofen aus Metall mit einem grossen Feuerungsraum, der mit Schamottesteinen verkleidet ist, damit sich die Wärme lange hält. Wenn im Ofen eine Temperatur von ca. 350°C erreicht ist und die Kohle entfernt wurde, können auf dem Boden des Feuerungsraums Pizzas gebacken werden.¹⁶ Diese Nutzungsmöglichkeit ist aber nicht auf

¹³ BUWAL, Kamin-Empfehlungen 2001, Ziff. 32 Abs. 1 und 3; BAFU, Kamin-Empfehlungen 2013, Ziff. 3.2

¹⁴ BUWAL, Kamin-Empfehlungen 2001, Ziff. 24

¹⁵ BAFU, Kamin-Empfehlungen 2013, Ziff. 2.4

¹⁶ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 21. Januar 2015, S. 3, Votum Frau B. _____

den ersten Blick ersichtlich; im allgemeinen Sprachgebrauch würde dieser Ofentyp eher als "Schwedenofen" bezeichnet. In der Sache handelt es sich um einen Speicherofen, der sich sowohl zur Raumheizung als auch zum Pizzabacken eignet. Auch die Beschwerdeführenden räumen ein, dass der Ofen zum Heizen genutzt werden kann.¹⁷ Da der Wintergarten doppelverglast und unterkellert ist, wird er dadurch praktisch ganzjährig nutzbar. Objektiv könnte der Ofen in der Übergangszeit und selbst im Winter täglich betrieben werden. Der Kamin stellt daher weder nach den Kaminempfehlungen in der Fassung von 2001 noch nach der geltenden Fassung von 2013 eine selten genutzte Anlage dar. Die Möglichkeit einer Erleichterung bzw. Ausnahme scheidet damit aus.

f) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Besitzstandsgarantie bestehe unabhängig davon, ob eine Baubewilligung materiell rechtmässig sei. Es trifft zu, dass die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG nicht voraussetzt, dass die zu einem früheren Zeitpunkt erteilte Baubewilligung auch materiell rechtmässig war.¹⁸ Unter der Besitzstandsgarantie können Bauten und Anlagen, die nicht mehr dem geltenden Recht entsprechen, bestehen bleiben. Die Besitzstandsgarantie ist aber nicht absolut, enthält sie doch einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten von spezialgesetzlichen Anpassungs- und Sanierungspflichten, wie sie sich insbesondere aus dem Umweltrecht ergeben (vgl. Art. 3 Abs. 4 BauG). Im Umweltrecht hat der Gesetzgeber die Besitzstandsgarantie beim Immissionsschutz weitgehend beseitigt, weil das öffentliche Interesse am Umweltschutz besonders schwer wiegt.¹⁹ Der umweltrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung von neuen und alten Anlagen ist in Art. 7 LRV umgesetzt; demnach gelten für alte und neue Anlagen die gleichen Emissionsbegrenzungen.²⁰ Dem Investitionsschutz wird hauptsächlich durch Sanierungsfristen Rechnung getragen (vgl. Art. 10 LRV). Vorliegend geht es im Kern aber nicht um die Besitzstandsgarantie, die ja vor dem Verlust der getätigten Investitionen schützt.²¹ Die Gemeinde hat nicht das Ersetzen oder Entfernen der bestehenden Anlage verlangt, sondern lediglich eine Verlängerung des Kamins. Somit steht kein Investitionsschutz auf dem Spiel, sondern eine Zusatzinvestition.

¹⁷ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 21. Januar 2015, S. 3, Votum Frau B. _____

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 2

¹⁹ Griffel/Rausch, Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2011, Art. 16-18 N. 3

²⁰ Schrader/Wiestner, in Kommentar USG, 2001, Art. 16-18, N. 3, 6; Art. 16 N. 29 und 51

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N. 2a

g) Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass eine umweltrechtliche Sanierung angeordnet werden kann. Die Sanierungspflicht nach USG betreffe nur Altanlagen, die aufgrund einer Rechtsänderung nachträglich fehlerhaft würden, nicht jedoch Anlagen, welche Vorschriften missachteten, die bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Anlage gegolten hätten. Als die Baubewilligung für den Pizzaofen mit Kamin erteilt worden sei, hätten das USG, die LRV, die kantonale LHV sowie die Kaminempfehlungen des Bundes, Stand 2001, bereits bestanden. Seither sei keine Rechtsänderung erfolgt. Andererseits scheide auch ein Wiederherstellungsverfahren aus, da der Kamin bewilligt und gemäss den bewilligten Plänen erstellt worden sei.

h) Unter die Sanierungspflicht von Art. 16 USG fallen grundsätzlich Anlagen, die vor Inkrafttreten des USG am 1. Januar 1985 bzw. der LRV am 1. März 1986 bewilligt wurden (vgl. Art. 42 LRV).²² Der umstrittene Kamin wurde lange nach Inkrafttreten des USG und der LRV bewilligt, die Mindesthöhe von 0,5 m über First galt bereits damals und die anwendbaren Vorschriften haben sich seither nicht geändert. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Kamin überhaupt nicht an die geltenden Vorschriften angepasst werden müsste. Ein solches Ergebnis wäre stossend, da der von Anfang an nicht rechtskonforme Kamin der Beschwerdeführenden dadurch sogar gegenüber jenen Anlagen privilegiert würde, die im Zeitpunkt der Baubewilligung materiell rechtmässig waren, aufgrund einer späteren Rechtsänderung oder anderer Gründe aber saniert werden müssen. Dies würde dem Zweck des umweltrechtlichen Immissionsschutzes und dem Grundsatz der Gleichbehandlung von alten und neuen Anlagen fundamental zuwiderlaufen. Die Frage der Anpassung ist in solchen Konstellationen nach den Regeln des Widerrufs von Verfügungen oder der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu beantworten.²³ Ursprünglich rechtswidrige Neuanlagen unterliegen damit in der Tendenz einem strengerem rechtlichen Regime, denn die im Sanierungsrecht vorgesehenen Privilegierungen, namentlich die Sanierungsfristen und materiellen Sanierungserleichterungen (vgl. Art. 17 USG, Art. 10 und 11 LRV) sind nicht anwendbar.²⁴ Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde die Erhöhung des Kamins im Wiederherstellungsverfahren angeordnet.

²² Schrade/Wiestner, in Kommentar USG, 2001, Art. 16 N. 16 und 18

²³ Schrade/Wiestner, in Kommentar USG, 2001, Art. 16 N. 20

²⁴ Griffel/Rausch, Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2011, Art. 16 N. 10

i) Zusammenfassend ist für den Holzofen der Beschwerdeführenden ein Kamin erforderlich, der bis 0,5 m über den First ragt. Da dies nicht eingehalten ist, besteht materiell ein rechtswidriger Zustand.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Kamin Wintergarten)

a) In der Baubewilligung für den Kamin besteht eine Diskrepanz zwischen den bewilligten Plänen, auf denen die Kaminhöhe nicht den Kaminempfehlungen entspricht, und den Brandschutzauflagen, in denen die Mindesthöhe nach LRV vorbehalten wurde. Weshalb die Pläne mit der zu niedrigen Kaminhöhe bewilligt wurden, ist nicht mehr mit Sicherheit festzustellen. Die Beschwerdeführenden haben damals soweit ersichtlich keine Erleichterungen für selten benutzte Anlagen geltend gemacht. Aus den Vorakten ergibt sich auch kein Hinweis, dass die ungenügende Kaminhöhe im Baubewilligungsverfahren jemals thematisiert wurde. Es besteht somit kein Grund zur Annahme, dass die Gemeinde bewusst von den Kaminempfehlungen abgewichen ist oder abweichen wollte.²⁵ Andernfalls hätte sie ja wohl die Auflagen im Brandschutzbericht nicht in der Baubewilligung aufgenommen. Die Beschwerdeführenden haben den Kamin unbestritten nach den bewilligten Plänen erstellt. Insofern liegt kein eigentlicher Verstoss gegen die Baubewilligung vor. Das Wiederherstellungsverfahren nach Art. 45 ff. BauG betrifft aber nicht nur das Bauen ohne formelle Baubewilligung, sondern alle Konstellationen von ordnungswidrigen Bauten und Anlagen, insbesondere wenn das Umweltrecht oder ein Polizeigut wie die Gesundheit von Menschen betroffen ist (Art. 45 Abs. 2 Bst. c BauG). Wie oben dargelegt, ist die Sanierung von ursprünglich rechtswidrigen Anlagen im Wiederherstellungsverfahren durchzuführen, sofern die Bewilligung nicht widerrufen wird.

b) Der Vertreter des beco, Immissionsschutz, führte am Augenschein aus, das Rauchgas müsse über dem höchsten Gebäudeteil ausgestossen werden, damit es sich gut verdünnen könne. Je höher der Kamin sei, desto grösser sei die Luftgeschwindigkeit bei der Mündung und desto besser könne sich der Rauch verdünnen. Dies verhindere, dass die Nachbarn durch Abgasimmissionen gestört würden. Eine Verlängerung des Kamins bewirke in jedem Fall eine Verbesserung. Wenn ein Kamin die Mindesthöhe einhalte, gehe man davon aus, dass keine übermässigen Immissionen entstünden. Umgekehrt sei davon

²⁵ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 21. Januar 2015, S. 8 Voten Gemeindevertreter

auszugehen, dass der Rauch nicht genügend abgeleitet werde und übermässige Immissionen verursache, wenn die Vorschriften zur Mindesthöhe nicht eingehalten seien. Bei Holzfeuerungsanlagen sei es typisch, dass man den Rauch rieche. Zur vorliegenden Situation hielt er fest, es bestehe grundsätzlich ein grosses Luftvolumen, in dem sich der Rauch ausbreiten könne. Bei Nordostwind (Bise) sei davon auszugehen, dass sich der Rauch genügend verdünnen könne. Anders verhalte es sich, wenn der Wind von Westen, Süden oder Südwesten komme. Bei Westwind könne der Wind in den Garten des Nachbarn (Nr. I. _____) hinuntergedrückt werden und sich dort störend auswirken. Wenn der Wind von Süden oder Südwesten komme, könnten Verwirbelungen auf der nordseitigen Dachfläche entstehen und der Rauch zur Nordseite der Gebäude hinuntergedrückt werden. Massgebender Immissionsort sei die Parzellengrenze, die sich hier sehr nahe beim Kamin befinde. Bei Hanglagen oder höheren Gebäuden in der Nähe gehe man von einem Einwirkungsradius von 10 m aus. Diese 10-m-Abstandsregel zum Immissionsort könne hilfsweise zur Beurteilung herangezogen werden und sei vorliegend bei weitem nicht eingehalten. Das Nachbargrundstück sei mit grosser Wahrscheinlichkeit von übermässigen Rauchimmissionen betroffen.²⁶

c) Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, dass es sich nur um eine theoretische Einschätzung handle. Es sei nicht erwiesen, dass bei der Nachbarliegenschaft tatsächlich übermässige Immissionen entstünden.

Vorliegend geht es nicht um verschärfte Emissionsbegrenzungen, für die höhere Anforderungen an den Nachweis oder die Prognose gelten würden (sog. zweite Stufe).²⁷ Der streitige Kamin genügt bereits den Anforderungen an die in der ersten Stufe geforderte vorsorgliche Emissionsbegrenzung nicht. Die angebaute Nachbarliegenschaft wird je nach Windrichtung durch Rauchimmissionen stark betroffen, was sich aufgrund der örtlichen Gegebenheiten und der Beurteilung des beco am Augenschein leicht nachvollziehen lässt. Vom Nachbar liegt eine baupolizeiliche Anzeige vor. Dass er damit längere Zeit zugewartet hat, um das nachbarliche Verhältnis nicht zu belasten, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Da vorliegend die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nicht eingehalten wurde, sind keine weiteren Abklärungen der tatsächlichen Immissionen erforderlich, zumal diese auch kaum praktikabel wären.

²⁶ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 21. Januar 2015, S. 4-7, Voten Vertreter beco

²⁷ Schrader/Loretan, in Kommentar USG, 2001, Art. 11 N. 38a

d) Die Mindesthöhe von Kaminen bezweckt den Schutz der Bewohner, der Nachbarn und der Umwelt vor den abgeleiteten Luftschadstoffen. Bei genügender Kaminhöhe gelangen die Abgase in die freie Atmosphäre, wo sie sich ausreichend verdünnen können. Bei zu geringer Kaminhöhe wird die Abluft demgegenüber tendenziell gegen unten gedrückt.²⁸ Das beco hat nachvollziehbar ausgeführt, dass dies vorliegend bei West-, Süd- und Südwestwindlagen der Fall ist, was bei der Nachbarliegenschaft zu Immissionen führt. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich um ein Reiheneinfamilienhaus handelt, so dass die Distanz zum Immissionsort bei der Parzellengrenze äusserst gering ist. Der Kamin steht praktisch an der Grenze zur Parzelle Nr. K._____, was insoweit unproblematisch ist, als diese auch den Beschwerdeführenden gehört. Zur östlich gelegenen Parzelle Nr. L._____ beträgt der Abstand aber nur etwa 5 m. Sofern der Rauch aufgrund der Wetterlage nach unten gedrückt wird, gelangt er, noch kaum verdünnt, in den Garten, auf den Balkon oder Sitzplatz der Nachbarn oder kann bei offenen Fenstern in deren Haus eindringen.²⁹ Auch die Beschwerdeführenden schliessen nicht aus, dass es bei ungünstigen Wetterbedingungen zu einer gewissen Beeinträchtigung bei der Liegenschaft der Familie J._____ kommt.³⁰ Zusammenfassend besteht ein ordnungswidriger Zustand, weil die erforderliche Mindesthöhe nicht eingehalten ist und die zu geringe Kaminhöhe bei diesen engen baulichen Verhältnissen zu übermässigen Immissionen führt.

e) Als Eigentumsbeschränkung ist die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Art. 46 BauG nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV³¹). Die Erhöhung des Kamins bis 50 cm über First beruht auf einer gesetzlichen Grundlage (Art. 6 Abs. 2 LRV i.V.m. aArt. 16 LHV bzw. Art. 89 Abs. 3 BauV). Es besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass ein Kamin, der nicht den geltenden Umweltvorschriften entspricht, verlängert wird.

f) Durch die Wiederherstellung darf der Vertrauensgrundsatz nicht verletzt werden (Art. 47 Abs. 6 BewD). Eine Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft

²⁸ Vgl. BSIG 8/823.111/2.1, S. 2, Abb. 1 und 2

²⁹ Vgl. Fotodokumentation zum Augenschein vom 21. Januar 2015, Fotos Nr. 3-6, 11

³⁰ Brief der Beschwerdeführenden vom 30. Juli 2014 an die Gemeinde, Vorakten der Gemeinde pag. 23

³¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

gutgläubig gehandelt hat, sofern nicht gewichtige öffentliche oder nachbarliche Interessen betroffen sind.³²

In den verbindlichen Brandschutzaufgaben wurde die nach der LRV erforderliche Mindestkaminhöhe beschrieben und grafisch dargestellt. Als Bauherrschaft hätten sich die Beschwerdeführenden ohnehin über die Rechtslage informieren müssen. Zudem wird ihnen das Wissen des Erstellers des Kamins angerechnet (vgl. Art. 101 OR³³), von dem erwartet wird, dass er als Fachperson die geltende Rechtslage kannte. Die Beschwerdeführenden konnten daher nicht gutgläubig sein. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes schützt die im Vertrauen auf eine behördliche Auskunft oder Erlaubnis getätigte Disposition.³⁴ Vorliegend ist der Vertrauensschutz nicht tangiert, denn der im Vertrauen auf die Bewilligung erstellte Kamin muss weder abgebrochen noch ersetzt werden. Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Beschwerdeführenden den Kamin anders hochgeführt hätten, wenn er die erforderliche Mindesthöhe von Beginn an eingehalten hätte.

g) Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Anordnung geeignet und erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen bzw. das öffentliche Interesse zu verwirklichen. Die Anordnung darf nicht weiter gehen, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig ist, und muss für die Betroffenen zumutbar sein.³⁵ Bei einem höheren Kamin gelangt der Rauch in höhere Luftschichten, wo er sich schneller und ungehindert verdünnen kann. Wenn die Mindesthöhe eingehalten ist, kann davon ausgegangen werden, dass bei den Nachbarliegenschaften keine übermässigen Immissionen mehr entstehen. Die Kaminverlängerung ist daher erforderlich und geeignet, den rechtmässigen Zustand herzustellen. Der Kamin besteht aus Kupferrohr. Dieses müsste um schätzungsweise 1 m verlängert werden, was technisch machbar und finanziell zumutbar ist. Eine andere Massnahme im Sinne eines mildereren Mittels steht nicht zur

³² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b

³³ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9c; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

Verfügung. Ausserdem hat die Gemeinde eine recht lange Wiederherstellungsfrist von 24 Monaten angeordnet.

h) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei nicht zulässig, da die Fünfjahresfrist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG längst verstrichen sei. Dass der Kamin die Mindesthöhe nicht einhalte, sei seit Jahren erkennbar. Es bestünden keine zwingenden öffentlichen Interessen für die Wiederherstellung.

Um den Geboten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, sieht das bernische Recht in Art. 46 Abs. 3 BauG eine Fünfjahresfrist vor, nach deren Ablauf die Wiederherstellung in der Regel nicht mehr angeordnet werden kann, es sei denn, zwingende öffentliche Interessen würden sie erfordern. Diese Frist gilt jedoch nicht für bundesrechtlich geregelte Sachverhalte, wie beispielsweise den umweltrechtlichen Immissionsschutz, der zudem ein zwingendes öffentliches Interesse darstellt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in diesem Fall eine Wiederherstellung nach Ablauf von 30 Jahren grundsätzlich nicht mehr möglich. Diese Frist ist vorliegend noch nicht abgelaufen. Zudem könnten jederzeit Massnahmen angeordnet werden, wenn Polizeigüter im engeren Sinn betroffen sind, wie der Schutz der Sicherheit und Gesundheit von Personen.³⁶

i) Zusammenfassend hat die Gemeinde die Verlängerung des Kamins beim Wintergarten zu Recht angeordnet.

4. Kamin Holzherd

a) Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung in Ziff. 1, zweites Lemma, festgehalten, sie gehe davon aus, dass der Holzherd definitiv ausser Betrieb gesetzt sei. Er dürfe nicht mehr in Betrieb genommen werden. In Absatz 2 hielt sie fest: "Sollte er benutzbar sein oder wieder in Betrieb genommen werden, wäre auch die Höhe dieses Kamins auf die gesetzlich festgelegte Mindesthöhe von 0,5 m ab Dachfirst zu verlängern." Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, dass keine Grundlage für eine

³⁶ VGE 2013/55 vom 10.03.2014, E. 6.1; BGE 136 136 II 359 E. 8; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 11

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bestehe, da der Holzherd ausser Betrieb gesetzt worden sei.

b) Die Installation eines Holzherdes an einen bestehenden Kamin betrifft sowohl die Brandsicherheit als auch das Umweltrecht. Ein solches Bauvorhaben ist daher baubewilligungspflichtig (Art. 1a Abs 1 BauG; Art. 6 Abs. 1 Bst. d BewD³⁷). Der Kamin bei der Küche diente ursprünglich für die Ölheizung. Soweit bekannt, wurde die Installation des Holzherdes an diesen Kamin nie bewilligt. Anlässlich des Augenscheins zeigte sich, dass der Holzherd wieder entfernt wurde.³⁸ Die Kaminverlängerung, die für eine allfällige Wiederinbetriebnahme angeordnet wurde, betrifft somit einen noch ungewissen zukünftigen Sachverhalt – dementsprechend hat die Gemeinde die Textpassage im Konjunktiv formuliert. Der etwas missverständliche zweite Absatz ist unter den gegebenen Umständen nur als Hinweis für ein zukünftiges Baugesuch zu verstehen. Da der Holzherd entfernt und der Kamin nicht benützt wird, sind die Beschwerdeführenden nicht zur Kaminverlängerung verpflichtet und durch die angefochtene Verfügung nicht beschwert. Die korrekte Kaminhöhe wird erst in einem allfälligen künftigen Verfahren zu beurteilen sein.

c) In Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung hat die Gemeinde festgehalten: "Ein nachträgliches Baugesuch ist ausgeschlossen, da bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG)." Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist im Entscheid zu präzisieren, dass sich Ziff. 4 nur auf den Kamin des Holzofens im Wintergarten bezieht.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'400.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³⁹). Darin sind auch die

³⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁸ Protokoll des Augenscheins vom 21. Januar 2015, S. 2, Foto Nr. 7

³⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Kosten für den Augenschein und die Teilnahme des Vertreters des beco enthalten (Art. 20 Abs. 1 GebV).

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Die geringfügige Präzisierung der angefochtenen Verfügung rechtfertigt keine Ausscheidung von Verfahrenskosten. Den Beschwerdeführenden werden somit Fr. 1'400.– zur Bezahlung auferlegt.

c) Die Beschwerdeführenden haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Ziffer 4 der Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Bremgarten vom 23. September 2014 wird von Amtes wegen wie folgt präzisiert:

4. Für die Erhöhung des Kamins beim Wintergarten ist ein nachträgliches Baugesuch ausgeschlossen, (...)

Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Bremgarten bei Bern vom 23. September 2014 bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf Fr. 1'400.– und den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau Fürsprecherin C._____, mit Gerichtsurkunde
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Bremgarten bei Bern, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis
- Berner Wirtschaft beco, Immissionsschutz, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer,
Regierungspräsidentin

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Beilage: Kopie des Situationsplanes 1:500 vom 29. April 2003