

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2009/152

Bern, 12. März 2010

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____



_____ und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg, Gemeindeverwaltung, Alpenstrasse 26,
Postfach 271, 3627 Heimberg

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg vom
23. Oktober 2009 (Baugesuch Nr. 928/2008-0029; Auflage zur Katzenhaltung)

I. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 25. März 2008 forderte die Gemeinde Heimberg die Beschwerdeführenden auf, für zwei bestehende Sichtschutzwände sowie eine Gartenumzäunung bis zum 25. April 2008 ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens werde ausserdem zu prüfen sein, ob die Katzenhaltung der Beschwerdeführenden zonenkonform sei. Die Beschwerdeführenden reichten am 20. April 2008 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für die auf Parzelle Heimberg Grundbuchblatt Nr. D. _____ vorgenommenen Arbeiten. Die Parzelle

liegt in der Hangbauzone H. Das Baugesuch wurde am 22. und 29. Mai 2008 publiziert. Mit Schreiben vom 12. März 2009 teilte die Gemeinde den Beschwerdeführenden mit, dass sie dem Bauvorhaben den Bauabschlag erteilen müssen. Daraufhin reichten die Beschwerdeführenden am 3. Juni 2009 eine Projektänderung ein. Mit Bauentscheid vom 23. Oktober 2009 erteilte die Gemeinde den Beschwerdeführenden die Baubewilligung unter Auflagen.

2. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführenden am 20. November 2009 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, die mit der Baubewilligung vom 23. Oktober 2009 verbundenen Auflagen Ziff. 2.1 bis 2.3 seien aufzuheben.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch. Die Einsprecher vor der Vorinstanz verzichteten stillschweigend auf die Beteiligung am weiteren Verfahren. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden sind durch die Auflagen im vorinstanzlichen Bauentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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)

2. Zulässigkeit der Auflagen

a) Die Beschwerdeführenden halten auf ihrem Grundstück acht Katzen. Dazu kommen pro Jahr ein bis zwei Würfe von je rund ein bis drei Jungtieren, welche jeweils weggegeben werden. Die Katzen führen seit Längerem zu Unstimmigkeiten mit den Nachbarn (vgl. „Protokoll des Orientierungsabends“ vom 18. November 2005). Die Beschwerdeführenden errichteten auf dem Balkon seitlich je eine hölzerne Sichtschutzwand sowie eine 1,45 m hohe Gartenumzäunung, welche gleichzeitig als Tiergehege dienen sollte. Anlässlich einer Projektänderung einigten sich die Beteiligten darauf, die Sichtschutzwände in einer Metall-Glaskonstruktion auszuführen. Die Beschwerdeführenden reduzierten zudem die Höhe der Gartenumzäunung auf 1,20 m, so dass diese nicht mehr der Bewilligungspflicht unterlag. In ihrem Bauentscheid vom 23. Oktober 2009 bewilligte die Gemeinde die Haltung von maximal acht Katzen gleichzeitig, die Aufzucht von ca. zwei Würfen pro Jahr sowie die Sichtschutzwände gemäss Projektänderung, unter Vorbehalt der folgenden, von den Beschwerdeführenden angefochtenen Auflagen:

- 2.1 Der freie Auslauf ausserhalb des Gebäudes oder eines Geheges darf jeweils nur zwei Katzen gleichzeitig gewährt werden.
- 2.2 Der gleichzeitige Aufenthalt von mehr als zwei Katzen im Freien darf nur in einem vollständig geschlossenen und ausbruchsicheren Gehege erfolgen, das nach Anweisung einer Fachstelle auszuführen ist (baubewilligungspflichtig).
- 2.3 Sollte der Balkon weiterhin als Auslauf für die Katzen benutzt werden, sind Absperrvorrichtungen so anzubringen, dass jegliches Umgehen oder Überklettern der Sicht- und Wetterschutzwände durch die Katzen ausgeschlossen ist.

Die Beschwerdeführenden rügen, die genannten Auflagen seien unzulässig. Der Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens sei durch den Inhalt des Baugesuchs vorgegeben. Das Baugesuch habe lediglich den Bau von zwei Sichtschutzwänden beinhaltet und nicht die Frage der Katzenhaltung. Die Sichtschutzwände entsprächen den gesetzlichen Anforderungen, die Auflagen seien deshalb rechtswidrig. Es bestehe kein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Sichtschutzwänden und der Katzenhaltung, eine Verbindung der beiden Punkte sei damit nicht zulässig.

Die Gemeinde macht geltend, die Beschwerdeführenden seien bereits im Schreiben vom 25. März 2008 darauf hingewiesen worden, dass auch die Katzenhaltung Gegenstand des baupolizeilichen Verfahrens sei. Die Frage der Zonenkonformität der Katzenhaltung im vorliegenden Fall sei öffentlich-rechtlicher Natur. Die Gemeinde habe sie von Amtes wegen abzuklären.

b) Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 38 Abs. 3 BauG³). Bedingungen sind entweder Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Baubewilligung genutzt werden darf (Suspensivbedingung), oder Vorbehalte, deren Eintritt den Wegfall der Bewilligung zur Folge hat (Resolutivbedingung). Auflagen sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.⁴ Die Bedingungen und Auflagen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang zur erteilten Baubewilligung stehen.

c) Im vorliegenden Fall war von Anfang an klar, dass der eigentliche Gegenstand des Verfahrens die Katzenhaltung der Beschwerdeführenden bzw. die damit verbundenen Immissionen auf die Nachbargrundstücke ist (vgl. beispielsweise „Protokoll des Orientierungsabends“ vom 18. November 2005, Foto pag. 2, Schreiben Gemeinde Heimberg vom 25. März 2008 und 12. März 2009, Schreiben der Beschwerdeführenden vom 25. März 2009). Die Sichtschutzwände und das Gehege im Garten der Beschwerdeführenden waren erstellt worden, damit die Katzen nicht mehr, beziehungsweise nur noch kontrolliert auf die Nachbargrundstücke gelangen können. Die Auflagen im Bauentscheid vom 23. Oktober 2009 verfolgen denselben Zweck. Sie stehen damit in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben und sind grundsätzlich zulässig.

3. Verhältnismässigkeit der Auflagen

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Auflage, Band I, Bern 2007, Art. 29 N. 1

a) Die Beschwerdeführenden rügen, ihre Katzenhaltung sei zonenkonform und dürfe deshalb nicht eingeschränkt werden. Selbst wenn man die Auflagen als zulässig erachten wolle, seien diese rechtswidrig. Die Beschränkung des freien Auslaufs führe nicht zu einer Reduktion, sondern höchstens zu einer Staffelung der Immissionen und sei praktisch nicht durchführbar. Die Haltung der Katzen in einem geschlossenen Gehege verstosse gegen Art. 80 Abs. 4 TSchV⁵. Das Anbringen zusätzlicher Absperrvorrichtungen auf dem Balkon sei nicht notwendig, um den Zutritt zu den Nachbarbalkonen zu versperren, und damit unverhältnismässig.

Die Gemeinde macht geltend, die Liegenschaft der Beschwerdeführenden liege in verdichtetem Baugebiet, weshalb strengere Massstäbe bezüglich der Tierhaltung anzuwenden seien. Die Haltung von drei bis vier Katzen pro Familie sei angemessen. Mit den Auflagen könne von einer Beschränkung der maximal zulässigen Anzahl Katzen abgesehen werden. Die Beschränkung des freien Auslaufs schütze die Nachbarliegenschaften vor einer gleichzeitigen, übermässigen „Katzeninvasion“. Die Haltung der Katzen in einem geschlossenen Gehege verstosse nicht gegen die Tierschutzbestimmungen, sofern das Gehege eine ausreichende Grösse aufweise. Zudem sei ein zeitweiliger Auslauf gewährleistet. Die Auflage betreffend zusätzliche Absperrvorrichtungen komme erst zur Anwendung, wenn sich die bestehenden Sichtschutzwände tatsächlich als nicht ausreichend erweisen sollten.

b) Der Gesuchsteller, dessen Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat grundsätzlich Anspruch auf eine unbefristete, unwiderrufliche, bedingungslose und unbelastete Baubewilligung. Ihre Nutzung unterliegt lediglich den Bedingungen und Auflagen, die von Gesetzes wegen allgemein für solche Bewilligungen gelten.

Wenn ein Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen klar nicht entspricht, kann der Mangel nicht mit Bedingungen oder Auflagen geheilt werden. Bedingungen und Auflagen zu einer Baubewilligung kommen daher nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. Bedingungen und Auflagen sind in solchen Fällen das Mittel dazu, die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern. Insoweit sind sie gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel.⁶

⁵ Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TSchV; SR 455.1)

⁶ Zaugg/Peter, Art. 38 N. 15a

Nebenbestimmungen müssen dabei in jedem Fall verhältnismässig sein. Verhältnismässig ist eine Nebenbestimmung nur dann, wenn sie zum Erreichen des angestrebten Ziels erforderlich, geeignet und für den Bauherrn zumutbar ist.

c) Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Katzenhaltung der Beschwerdeführenden zonenkonform ist.⁷ Das Grundstück der Beschwerdeführenden liegt in der Hangbauzone H. Diese ist der Wohnnutzung vorbehalten (Art. 43 Abs. 1 GBR⁸).

Der Begriff der Wohnnutzung wird in zwei Aspekte unterteilt. Einerseits stellt sich die Frage, welche Nutzungen überhaupt als Wohnen gelten, andererseits ist zu entscheiden, welche mit dem Wohnen verbundenen Aspekte zulässig beziehungsweise zu dulden sind.⁹ Unbestritten ist vorliegend, dass die Beschwerdeführenden die Liegenschaft zu Wohnzwecken nutzen. Unter dem Titel der mit dem Wohnen verbundenen Aspekte sind beispielsweise Geruchs- und Lärmimmissionen sowie Freizeitaktivitäten zu beurteilen. In diese Kategorie fällt auch die hobbymässige Tierhaltung. Die hobbymässige Tierhaltung weniger Haustiere ist in der Regel zonenkonform. Für die Abgrenzung zwischen zonenkonformer und nicht mehr zonenkonformer Haustierhaltung sind in jedem Fall die konkreten Umstände massgeblich, wie beispielsweise Art und Anzahl der Haustiere, erforderliche Bauten für Gehege, Stallungen o.ä., ländliches oder städtisches Umfeld, Siedlungsdichte sowie mit der Tierhaltung verbundene Immissionen. So ist davon auszugehen, dass das Halten von acht Katzen auf einem Bauernhof als nicht aussergewöhnlich, in dicht besiedeltem Gebiet hingegen als problematisch einzustufen ist.¹⁰ Immissionen entstehen bei der Katzenhaltung vor allem dadurch, dass Katzen bei freiem Auslauf auch Nachbargrundstücke und -gebäude aufsuchen, ihr Revier markieren und Kot hinterlassen, allenfalls auch Gartenanlagen und Mobiliar beschädigen. Ein gewisses Mass solcher Immissionen auf Nachbargrundstücken ist zu dulden.

⁷ Für Rechtsprechung zur Zonenkonformität von Tierhaltung vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 24 N. 31 c)

⁸ Baureglement der Einwohnergemeinde Heimberg

⁹ Entscheid der BVE Nr. 120/2004/7 vom 26. Mai 2004, E. 3a

¹⁰ Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 5. Oktober 1977 (in: ZBI 1978, S. 34 ff.) festgehalten, dass das Halten von 60 Katzen auf einem Grundstück am Rande einer ländlichen Wohnzone unzulässig sei und dass die Behörden, welche den zulässigen Tierbestand auf fünf Katzen festgesetzt hatten, ihr Ermessen korrekt ausgeübt hätten.

Das Grundstück der Beschwerdeführenden liegt in einer ländlichen Gemeinde, aber in einer Siedlung mit verdichteter Überbauung, welche vor allem aus Reihenhäusern besteht. Aufgrund der verdichteten Bauweise erreichen die durch die Tierhaltung auf Nachbargrundstücken anfallenden Emissionen wesentlich schneller einen nicht mehr zonenkonformen Rahmen, als dies zum Beispiel in einem Quartier mit Einfamilienhäusern und relativ lockerer Bebauung der Fall wäre. Das Halten von ein bis zwei Katzen in einem Teil der Haushalte dürfte typisch sein. Die Gemeinde Heimberg erachtet in ihrer Stellungnahme drei bis vier Katzen pro Familie als zonenkonform. Dieser Wert dürfte die oberste Grenze dessen bezeichnen, was in einer verdichteten Siedlung als zonenkonform bezeichnet werden kann, es ist allerdings kein Grund ersichtlich, weshalb der Einschätzung der Gemeinde nicht gefolgt werden sollte.

Das Halten von acht Katzen zuzüglich zweier Würfe pro Jahr führt jedenfalls zu Immissionen, welche nicht mehr zonenkonform sind. Katzenhaltung in diesem Umfang ohne zusätzliche Massnahmen wäre nicht bewilligungsfähig, zur Wiederherstellung eines zonenkonformen Zustandes müssten Tiere weggegeben werden. Die Immissionen entstehen vor allem dadurch, dass die Katzen Nachbargrundstücke betreten. Sofern diese Immissionen durch geeignete Nebenbestimmungen auf ein zonenkonformes Mass reduziert werden können, kann die Katzenhaltung bewilligt werden, ohne dass Tiere weggegeben werden müssen.

Nicht relevant ist vorliegend, ob die Katzenhaltung als gewerbsmässig eingestuft werden muss oder nicht. Die Immissionen auf Nachbargrundstücke entstehen durch die Anzahl der Katzen, nicht durch den allenfalls gewerbsmässigen Handel mit den Jungkatzen. Auch die nicht gewerbsmässige Tierhaltung muss zonenkonform sein.

d) Die Auflage 2.1 sieht vor, dass der freie Auslauf ausserhalb des Gebäudes oder eines Geheges jeweils nur zwei Katzen gleichzeitig gewährt werden darf. Die Auflage bewirkt, dass weniger Katzen gleichzeitig im Freien sind und sich die Dauer des freien Auslaufs pro Katze reduziert. Auf diese Weise können die Immissionen auf Nachbargrundstücke verringert werden.

Die Gemeinde hat in ihrer Stellungnahme festgehalten, dass drei bis vier Katzen pro Familie als zonenkonform gelten können. Es ist davon auszugehen, dass sich Hauskatzen in der Regel nicht ununterbrochen im Freien aufhalten. Bei einer maximalen Anzahl Tiere

von vier Katzen pro Haushalt werden sich also kaum je mehr als drei Katzen gleichzeitig im Freien aufhalten. Es erscheint deshalb als gerechtfertigt, wenn gleichzeitig maximal drei Katzen freien Auslauf haben. Die Auflage 2.1 wird entsprechend angepasst. Den Beschwerdeführenden kann zugemutet werden, den freien Auslauf der Katzen entsprechend zu organisieren.

e) Die Auflage 2.2 sieht vor, dass der gleichzeitige Aufenthalt von mehr als zwei Katzen im Freien nur in einem vollständig geschlossenen und ausbruchsicheren Gehege erfolgen darf, das nach Anweisung einer Fachstelle auszuführen ist (baubewilligungspflichtig). Die Auflage 2.2. ist entsprechend der Auflage 2.1 anzupassen, d.h. es dürfen sich nicht mehr als drei Katzen gleichzeitig ausserhalb eines Geheges im Freien aufhalten.

Die Auflage kommt nur zur Anwendung, wenn die Beschwerdeführenden mehr als drei Katzen gleichzeitig Auslauf im Freien gewähren wollen. Es steht den Beschwerdeführenden frei, diejenigen Katzen, welche sich nicht gemäss Auflage 2.1 im Freien befinden, ausschliesslich in ihrer Wohnung und auf dem Balkon zu halten. Diesfalls ist das Erstellen eines Geheges nicht nötig. Falls die Beschwerdeführenden die übrigen Katzen ebenfalls im Freien halten möchten, ist die Erstellung eines ausbruchsicheren Geheges erforderlich. Die bisherigen Vorkehren der Beschwerdeführenden haben nicht ausgereicht, um die Immissionen auf die Nachbargrundstücke zu reduzieren. Insbesondere haben die Katzen die Gartenumzäunung von 1,45 m Höhe offenbar problemlos überwunden. Ein geschlossenes Gehege ist erforderlich, damit sich die Katzen nicht beliebig auf andern Grundstücken aufhalten können und damit die Auflage 2.1, wonach maximal drei Katzen gleichzeitig freien Auslauf haben, durchgesetzt werden kann.

Die Auflage 2.1 in Verbindung mit der Auflage 2.2. verstösst nicht gegen Tierschutzbestimmungen. Art. 80 Abs. 4 TSchV sieht vor, dass sich Katzen, welche in einem Gehege gehalten werden, während mindestens fünf Tagen pro Woche zeitweise ausserhalb desselben müssen bewegen können. Vorliegend können sich die Katzen zusätzlich zum beschränkten Auslauf im Freien im Haus der Beschwerdeführenden und auf deren Balkon aufhalten. Ausserdem führt die Anpassung von Auflage 2.1, wonach statt zwei gleichzeitig drei Katzen ins Freie gelassen werden dürfen, zu einer entsprechenden Erleichterung für die Beschwerdeführenden.

f) Die Auflage 2.3 sieht vor, dass auf dem Balkon Absperrvorrichtungen so anzubringen sind, dass jegliches Umgehen oder Überklettern der Sicht- und Wetterschutzwände durch die Katzen ausgeschlossen ist, sofern der Balkon weiterhin als Auslauf für die Tiere benutzt werden sollte.

Die Auflage 2.3 aktualisiert sich erst, wenn sich tatsächlich erweisen sollte, dass die Katzen trotz der Sichtschutzwände vom Balkon der Beschwerdeführenden auf Nachbargrundstücke gelangen können. Zur Durchsetzung der Auflage 2.1. wären diesfalls Massnahmen erforderlich, welche dies verhindern.

g) Die Auflagen im Bauentscheid vom 23. Oktober 2009 stehen in engem sachlichem Zusammenhang mit dem Bauvorhaben. Die Haltung von acht Katzen in einer Siedlung mit verdichteter Überbauung kann nur bewilligt werden, wenn die Immissionen auf Nachbargrundstücke auf ein zonenkonformes Mass beschränkt werden. Die Auflagen 2.1. bis 2.3. sind geeignet, diese Immissionen zu reduzieren. Sie sind erforderlich und zumutbar, und damit verhältnismässig. Die Auflagen werden dahingehend angepasst, dass gleichzeitig drei statt zwei Katzen der freie Auslauf gewährt werden darf.

4. Kosten

a) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG¹¹ geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten 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 Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführenden als unterliegend.

Die Kosten für das Verfahren vor der BVE werden auf Fr. 600.- festgesetzt (Art. 19 Abs. 1 GebV¹²).

b) Die Beschwerdeführenden haben als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Ersatz der Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

¹¹ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21)

¹² Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung vom 22. Februar 1995 (GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Heimberg vom 23. Oktober 2009 wird wie folgt geändert:

Auflage 2.1 Der freie Auslauf ausserhalb des Gebäudes darf jeweils nur drei Katzen gleichzeitig gewährt werden.

Auflage 2.2 Der gleichzeitige Aufenthalt von mehr als drei Katzen im Freien darf nur in einem vollständig geschlossenen und ausbruchsicheren Gehege erfolgen, das nach Anweisung einer Fachstelle auszuführen ist (baubewilligungspflichtig).

Im Übrigen wird der Bauentscheid der Gemeinde Heimberg bestätigt.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.- werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden 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

- Herrn Rechtsanwalt C._____, mit Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Heimberg, Gemeindeverwaltung, mit Gerichtsurkunde
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, zur Kenntnis, B-Post

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin