

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 25. Juni 2014**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichter Daum und Verwaltungsrichterin Steinmann  
Gerichtsschreiber Kocher

**A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_**  
vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwältin ...  
Beschwerdeführende



gegen

**C. \_\_\_\_\_**  
Beschwerdegegner

und

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**  
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

**Einwohnergemeinde Worb**  
vertreten durch die Baubewilligungsbehörde, Bärenplatz 1, Postfach,  
3076 Worb

betreffend Betonstützmauer; nachträgliche Baubewilligung; Kostenliquidation  
(Entscheidung der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 28. März  
2013; RA Nr. 110/2012/125)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 5. April 2012 reichte A. \_\_\_\_\_ für das Erstellen einer Betonstützmauer auf seiner Parzelle Worb Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_ in der Wohnzone 2 (W2) bei der Einwohnergemeinde (EG) Worb ein Baugesuch ein. C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, in deren Eigentum sich das angrenzende Grundstück Worb Gbbl. Nr. 2 \_\_\_\_\_ befindet, hatten am 4. April 2012 ihre Zustimmung zum Vorhaben gegeben. Die Gemeinde gestattete den vorzeitigen Baubeginn und erteilte am 11. Mai 2012 die Baubewilligung. Mit Mail vom 10. Mai und Schreiben vom 12. Mai 2012 machte C. \_\_\_\_\_ die EG Worb darauf aufmerksam, dass A. \_\_\_\_\_ die Betonstützmauer abweichend von der erteilten Baubewilligung gebaut habe. Nach einer Kontrolle des Bauvorhabens bestätigte ihm die EG Worb am 16. Mai 2012 einerseits, dass die Stützmauer höher und näher an die Grundstücksgrenze gebaut wurde als bewilligt, hielt andererseits jedoch fest, dass das Projekt auch mit den genannten Abweichungen dem öffentlichen Recht entspreche und bewilligt werden könne. Ein von C. \_\_\_\_\_ als Baubeschwerde bezeichnetes Schreiben vom 31. Mai 2012 an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) leitete diese am 4. Juni 2012 der EG Worb weiter zur Behandlung als baupolizeiliche Anzeige. In der Folge forderte die EG Worb A. \_\_\_\_\_ auf, für die bereits erstellte Betonstützmauer eine nachträgliche Projektänderung und Masskontrollen einzureichen. Am 2. Juli 2012 dokumentierte der Bauherr die Gemeinde mit einem vermasseten Grundrissplan im Massstab 1:200. Mit Verfügung vom 27. Juli 2012 erteilte die EG Worb die Baubewilligung (Gesamtbaubauentscheid Projektänderung).

### **B.**

Dagegen erhob C. \_\_\_\_\_ am 24. August 2012 Beschwerde bei der BVE. Das Rechtsamt der BVE führte unter anderem einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch, nachdem sie B. \_\_\_\_\_ als Miteigentümerin der Parzelle Nr. 1 \_\_\_\_\_ von Amtes wegen am Verfahren beteiligt hatte. Mit Entscheid vom 28. März 2013 hiess die BVE die Beschwerde zwar insoweit gut, als sie die Verfügung der EG Worb vom 27. Juli 2012 aufhob und der Projektänderung vom 2. Juli 2012 den Bauabschlag erteilte (angefochtener Entscheid, Dispositiv Ziff. 1); sie

verzichtete jedoch auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Ziff. 2). Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- auferlegte sie je zur Hälfte den Parteien (Ziff. 3). Den geltend gemachten Parteikostensatz kürzte sie auf Fr. 4'400.-- (Honorar) und verpflichtete C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, und B.\_\_\_\_\_ die Hälfte, ausmachend Fr. 2'493.70 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen (Ziff. 4). C.\_\_\_\_\_ sprach sie eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- zu (Ziff. 5). A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ verpflichtete sie zur solidarischen Haftbarkeit für ihre Kostenanteile (Ziff. 3 und 5).

### C.

Hiergegen haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ am 1. Mai 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- «1. Ziff. 1 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 28. März 2013 sei aufzuheben und der Gesamtbauentscheid der Einwohnergemeinde Worb vom 27. Juli 2012 sei zu bestätigen.
2. Eventualiter: Ziff. 1 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 28. März 2013 sei aufzuheben und die Akten seien zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.
4. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für das vorinstanzliche Verfahren die Parteikosten von CHF 6'499.35 (inkl. Auslagen und MWST) zu ersetzen.
5. Ziff. 5 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 28. März 2013 sei aufzuheben.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge ->

Mit Schreiben vom 10. Mai 2013 verzichtet C.\_\_\_\_\_ auf eine Beschwerdeantwort. Er stellt keine Anträge, wünscht aber, weiterhin über das Verfahren orientiert und dokumentiert zu werden. Die BVE beantragt mit Vernehmlassung vom 24. Mai 2013 die Abweisung der Beschwerde. Die EG Worb hat sich nicht vernehmen lassen.

In der Folge hat der Instruktionsrichter einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet und bei der EG Worb Stellungnahmen zu ihrer Bewilligungspraxis bei Stützmauern eingeholt. Von der Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen, haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 27. Dezember 2013 Gebrauch gemacht. Die übrigen Verfahrensbeteiligten haben auf weitere Ausführungen verzichtet.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Dies gilt namentlich auch insoweit, als sie die Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung anfechten: Die BVE hat zwar auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet und der angefochtene Entscheid ist insoweit in Rechtskraft erwachsen (vgl. E. 2 hiernach); das bedeutet aber nicht, dass die Betonstützmauer dadurch legalisiert worden wäre. Sie bleibt rechtswidrig und ist deshalb auch nicht durch die Besitzstandsgarantie (Art. 3 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]) geschützt. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG). In Bezug auf die Bestimmung und Verlegung von Verfahrens- und Parteikosten auferlegt sich das Gericht praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung und billigt den vorinstanzlichen Behörden in dieser Hinsicht einen grossen Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu (statt vieler BVR 2004 S. 133 E. 1.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 80 N. 15, Art. 103 N. 5, Art. 104 N. 7, mit Hinweisen).

### **2.**

Es ist unbestritten, dass die Betonstützmauer nicht der am 11. Mai 2012 erteilten Baubewilligung entspricht und damit in Überschreitung dieser Bewilligung erstellt worden ist. Auch wenn die Gemeinde nach den festgestellten Abweichungen auf den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung verzichtet und die eingereichten Unterlagen vom 2. Juli 2012 als Projektänderung beurteilt hat (vgl. vorne Bst. A), handelte es sich

dabei in der Sache um ein nachträgliches Baugesuch und folglich bei der Verfügung der Gemeinde vom 27. Juli 2012 um eine nachträgliche Baubewilligung (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG; BVR 1996 S. 243 E. 2, 1994 S. 241 E. 2b; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 32-32d N. 14a sowie Art. 46 N. 14 und 17). Die von der BVE aufgehobene nachträgliche Baubewilligung ist nebst dem ebenfalls angefochtenen vorinstanzlichen Kostenschluss Gegenstand des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht. Nicht mehr Streitgegenstand bildet hingegen der Verzicht der BVE auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands; dieser blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

### **3.**

Die Verfahrensbeteiligten sind sich uneinig, ob für die Betonstützmauer eine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden kann. Zu klären sind vorab die in der Sache anwendbaren Rechtsgrundlagen.

**3.1** Bis zu 1,2 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 Kubikmeter Inhalt bedürfen gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. i des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) grundsätzlich keiner Baubewilligung. Laut Art. 20 Abs. 6 des Baureglements der EG Worb vom 7. März 1993 (GBR) sind für Einfriedungen, Stützmauern, Böschungen sowie Abort- und Düngergruben die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1) zu beachten (unter Nachbarn).

**3.2** Nicht jeder in einem kommunalen Baureglement enthaltene Verweis auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 79 ff. EG ZGB bedeutet, dass diese damit zu öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften werden. Ihnen kommt nur soweit die Wirkung öffentlichen Rechts zu, als die Gemeinde dies explizit bzw. klar und eindeutig so verstanden haben will. Enthält das Baureglement jedoch lediglich einen «Vorbehalt» bzw. einen Hinweis darauf, dass «[diese Bestimmungen] zu beachten sind», liegt keine Übernahme von Zivilrecht ins öffentliche Recht vor. Soweit ihnen nur zivilrechtliche Wirkung zukommt, wird im Baubewilligungsverfahren nicht darüber entschieden (VGE 21990 vom 15.3.2005, E. 9.1.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 13a; Peter

Ludwig, Die nachbarrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 79 ff. EG/ZGB, in KPG-Bulletin 2/1982 S. 23 ff., 25 f.).

**3.3** Die BVE ist unter Hinweis auf die Autonomie beim Erlass und bei der Anwendung kommunaler Regelungen der Auslegung der Gemeinde gefolgt, wonach den nachbarrechtlichen Vorschriften mit dem Verweis im GBR öffentlich-rechtlicher Gehalt zukomme (angefochtener Entscheid, E. 4b). Die Gemeinde hat sich zur Tragweite von Art. 20 Abs. 6 GBR allerdings widersprüchlich geäußert: Sie hat sich zwar zur Begründung ihres Gesamtbaurechts mehrerer Male auf Art. 79k EG ZGB gestützt (Akten Gemeinde [act. 4B], pag. 2 f.; vgl. auch Stellungnahme vom 24.9.2012, Akten BVE [act. 4A], pag. 22 f.), sich jedoch am Augenschein vom 21. November 2012 auf den Standpunkt gestellt, die Bestimmungen des EG ZGB seien im Baubewilligungsverfahren nicht von Bedeutung (Akten BVE [act. 4A], pag. 49, Votum Hochbauleiter ...). Diese Auffassung hat sie in ihrer Stellungnahme vom 7. Dezember 2012 zum Protokoll des Augenscheins dann wiederum korrigiert (Akten BVE [act. 4A], pag. 59).

**3.4** Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 6 GBR spricht eher für die rein zivilrechtliche Bedeutung der Bestimmungen des EG ZGB («beachten», «unter Nachbarn»). Zu berücksichtigen ist jedoch auch die Systematik des GBR. Art. 2 GBR enthält einen allgemeinen «Vorbehalt anderer Vorschriften» (Randtitel). Danach müssen bei der Erstellung, der Änderung und beim Abbruch von Bauten und Anlagen ausser die in Art. 1 GBR genannten Gemeindebauvorschriften auch die einschlägigen Bestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts eingehalten werden (insbesondere: RPG, USG und BauG mit deren Ausführungserlassen; Art. 2 Abs. 1 GBR). Im Verhältnis unter Nachbarn sind überdies die Eigentumsbeschränkungen und die Bau- und Pflanzvorschriften des ZGB (Art. 667 bis 712) und des EG ZGB (Art. 79 bis 79o) zu beachten (Abs. 2). Der Hinweis auf das Nachbarrecht ist hier lediglich als allgemeiner Vorbehalt zu verstehen, der am rein zivilrechtlichen Charakter der erwähnten Bestimmungen nichts ändert. Da Art. 20 Abs. 6 GBR in Bezug auf Einfriedungen, Stützmauern, Böschungen sowie Abort- und Düngergruben ebenfalls auf das EG ZGB verweist, kann es sich dabei kaum mehr um den gleichen allgemeinen Vorbehalt handeln wie im Fall von Art. 2 Abs. 2 GBR. Die Regelung wäre sonst überflüssig und es gäbe keinen Grund, sie im Zusammenhang mit «Anlagen und Bauteilen im Grenzgebiet» (Randtitel von Art. 20 GBR) zu wiederholen. Die Bestimmung steht zudem im Abschnitt «C Baupolizeiliche Vorschriften», was ebenfalls

nicht eine rein privatrechtliche Bedeutung nahelegt. Die Systematik des GBR spricht damit für die Übernahme des kantonalen Zivilrechts als öffentlich-rechtliche Normen für Stützmauern (vgl. VGE 21990 vom 15.3.2005, E. 9.1.2). Diese Sichtweise drängt sich gerade bei diesen Bauten insofern auf, als die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern auch nach Art. 3 des Dekrets vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13) als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde gelten. Die EG Worb hat die baupolizeilichen Masse von Stützmauern nicht selber geregelt; dieser Sachverhalt wäre im kommunalen Recht – wollte man Art. 20 Abs. 6 GBR wie die Beschwerdeführenden verstehen – also nicht bzw. nur lückenhaft geregelt (Art. 1 Abs. 2 NBRD; vgl. dazu auch RRB Nr. 3938 vom 25.11.1981, E. 4b/cc, zitiert bei Peter Ludwig, a.a.O., Fall 1, S. 24 mit Bemerkungen in Ziff. 3 S. 25). Die Auslegung der Gemeinde erweist sich damit jedenfalls im Ergebnis als rechtlich haltbar (vgl. zum Prüfungsmasstab bei der Auslegung kommunaler Erlasse statt vieler BVR 2012 S. 20 E. 3.2 mit Hinweis).

**3.5** Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bringen die Beschwerdeführenden zum ersten Mal vor, dass die Gemeinde im Vorfeld der Realisierung der Mauer zum Ausdruck gebracht habe, den Bestimmungen des EG ZGB komme nur zivilrechtliche Bedeutung zu; auf diese Auskunft bzw. Zusicherung hätten sie vertrauen dürfen (vgl. Replik, act. 7, Ziff. II/3 S. 3). Soweit sie sich damit auf den Vertrauensgrundsatz berufen wollen (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 11 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 22 N. 10 ff.), ist ihnen nicht zu folgen: Eine konkrete Auskunft bzw. Zusicherung der Gemeinde ist nicht belegt und die Beschwerdeführenden nennen diesbezüglich auch keine Beweismittel; zudem könnte eine falsche Auskunft bzw. Zusicherung dem Nachbarn ohnehin nicht entgegengehalten werden (vgl. VGE 2010/430 vom 29.3.2012 [Regeste mit Bemerkungen publ. in ZBI 2012 S. 378], E. 6.2).

**3.6** Die hier interessierenden nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB kommen somit als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde zur Anwendung.

#### 4.

Unter baupolizeilichen Gesichtspunkten umstritten ist die zulässige Höhe der Stützmauer.

**4.1** Für Bauten, welche den gewachsenen Boden in irgendeinem Punkt um mehr als 1,2 m überragen, ist gegenüber den Nachbargrundstücken ein Grenzabstand von wenigstens 3 m einzuhalten (Art. 79 Abs. 1 EG ZGB). Wer längs der Grenze Auffüllungen oder Abgrabungen ausführt, hat das Nachbargrundstück durch Böschungen oder Stützmauern zu sichern (Art. 79h Abs. 1 EG ZGB). Böschungsneigungen dürfen höchstens 45° (100 %) betragen (Abs. 2, erster Satz). Die Stützmauer darf an die Grenze gestellt werden; dient sie der Auffüllung, so darf sie den gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstücks höchstens um 1,2 m überragen (Abs. 3). Diese Höhenbeschränkung gilt grundsätzlich auch für Einfriedungen wie Holzwände, Mauern und Zäune (Art. 79k Abs. 1 EG ZGB). Höhere Einfriedungen sind um das Mass der Mehrhöhe von der Grenze zurückzunehmen, jedoch höchstens auf 3 m (Abs. 2). – Die Totalhöhe von Auffüllungen hinter Stützmauern ist baupolizeilich grundsätzlich nicht beschränkt, was in der Praxis zu unterschiedlichen Auslegungen von Art. 79h EG ZGB geführt hat. Der Kanton sieht deshalb in den Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben vom 14. April 2010 (BSIG Nr. 7/721.0/10.1; nachfolgend: BSIG-Empfehlungen) vor, dass keine Stützmauer oder Auffüllung im Bereich des zivilrechtlichen minimalen Grenzabstands von 3 m (Art. 79 Abs. 1 EG ZGB) die maximal zulässige Böschungsbegrenzungslinie überschreiten darf (Ziff. 4.3.3 und Anhang II).

**4.2** Die BVE hat erwogen, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 79h EG ZGB nicht klar ergebe, welchen Grenzabstand Stützmauern einzuhalten haben, die höher als 1,2 m seien. Die BSIG-Empfehlungen würden für diesen Fall die analoge Anwendung der Regelung über die Böschungsneigung (Art. 79h Abs. 2 EG ZGB) in Verbindung mit dem zivilrechtlichen Grenzabstand von 3 m vorsehen. Diese Auslegung erachte sie als überzeugend, weshalb sie auf die hier umstrittene Stützmauer anzuwenden sei (angefochtener Entscheid, E. 4c). In Anwendung der BSIG-Empfehlungen und unter Beizug der vom Beschwerdegegner eingereichten Schnittpläne (Beilagen 1-3 zur Beschwerde an die BVE, Akten BVE [act. 4A], pag. 1 ff.) ist die BVE zum Ergebnis gelangt, dass die Betonstützmauer die Böschungsbegrenzungslinie im Schnittpunkt E um ca. 20 cm und im Schnittpunkt D um ca. 35 cm überrage und deshalb nicht bewilligt

werden könne (angefochtener Entscheid, E. 5). In ihrer Vernehmlassung an das Verwaltungsgericht vom 24. Mai 2013 hat sie eine Überschreitung der Böschungsbegrenzungslinie um 11 cm im Schnittpunkt D und um 33 cm im Schnittpunkt E berechnet (act. 4, Ziff. 3).

**4.3** Soweit die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügen, weil die BVE die Parteien vorgängig über die beabsichtigte Auslegung des EG ZGB sowie den beabsichtigten Beizug der vom Beschwerdegegner erstellten Schnittpläne informieren und den Parteien Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme hätte geben müssen (Beschwerde, Ziff. III/2.4.6; vgl. zum Ausnahmegesuch hinten E. 4.8), ist ihnen nicht zu folgen: Der Gehörsanspruch verlangt in der Regel nicht, dass die Behörde die Parteien zur Rechtsanwendung anhören muss; dies muss sie nur, wenn die Anwendung von Normen zur Diskussion steht, die im bisherigen Verfahren nicht erwähnt worden sind und mit denen die Parteien nicht rechnen mussten (BVR 2012 S. 28 E. 2.3.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 8). Solche Vorschriften stehen hier nicht zur Diskussion, hat die BVE doch lediglich die kantonalen Empfehlungen zur Auslegung der Art. 79h und 79k EG ZGB beigezogen. Wenngleich die Beschwerdeführenden davon ausgehen, dass diesen Bestimmungen keine öffentlich-rechtliche Wirkung zukommt, haben sie sich im vorinstanzlichen Verfahren auch zu deren (ebenfalls umstrittenen) Auslegung geäußert (vgl. Beschwerdeantwort vom 1.10.2012, Akten BVE [act. 4A], pag. 30 f., Ziff. III/3.3). Es ist auch nicht erkennbar, weshalb eine gesonderte Anhörung zu den Schnittplänen hätte erfolgen müssen; der Beschwerdegegner hat diese als Beilagen mit seiner Beschwerde an die BVE eingereicht, was für die Beschwerdeführenden aus der Rechtschrift ersichtlich war (Akten BVE [act. 4A], pag. 5 und Beilagen 2 und 3). Die Schnittpläne sind den Beschwerdeführenden zur Einsichtnahme zugestellt worden (Verfügung vom 26.9.2012, Akten BVE [act. 4A], pag. 19 f.) und durften als Teil der amtlichen Akten von der BVE in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden. Eine Gehörsverletzung liegt damit nicht vor.

**4.4** Entgegen der Meinung der Beschwerdeführenden sehen die BSIG-Empfehlungen eine nachvollziehbare Beschränkung der Höhe von Stützmauern vor (vgl. Beschwerde, Ziff. III/2.4.4): Der Kanton geht davon aus, dass Stützmauern grundsätzlich nicht dazu dienen dürfen, eine höhere Auffüllung zu ermöglichen als ohne Stützmauer zulässig wäre. Damit berücksichtigen die Empfehlungen, dass mit einer Terrinauffüllung Einwirkungen auf das Nachbargrundstück einhergehen, die

umso grösser sind, je höher das Terrain aufgefüllt wird (vgl. auch Art. 1a Abs. 2 BauG, wonach wesentliche Terrainveränderungen baubewilligungspflichtig sind). Insofern erscheint es konsequent und nachvollziehbar, wenn nicht nur die Auffüllung hinter den Stützmauern, sondern auch die Stützmauern selber die Böschungsbegrenzungslinie nicht überschreiten dürfen, wie dies in Ziff. 4.3.3 letzter Satz der BSIG-Empfehlungen ausdrücklich festgehalten wird, zumal die Auffüllung regelmässig bis zur Mauerkrone reichen dürfte. – Allerdings ist festzuhalten, dass die Beschränkung der Höhe von Stützmauern mit einer Böschungsbegrenzungslinie nicht zwingend auf der Hand liegt, käme für solche Mauern innerhalb des Grenzabstands doch auch eine Höhenbegrenzung auf maximal 1,2 m in Betracht (Art. 79 Abs. 1 i.V.m. Art. 79h Abs. 3 EG ZGB; vgl. BSIG-Empfehlungen, Ziff. 4.3.2; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, 1971, Art. 118 N. 11). Diese Frage braucht mit Blick auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens indes nicht vertieft zu werden.

**4.5** Dass die Betonstützmauer in den Schnittpunkten D und E die nach den BSIG-Empfehlungen berechnete Böschungsbegrenzungslinie überschreitet, stellen die Beschwerdeführenden nicht mehr in Frage (Replik, act. 7, Ziff. II/5 S. 5). Sie machen hingegen geltend, die Gemeinde wende in konstanter Praxis die Regelung für Einfriedungen (Art. 79k Abs. 2 EG ZGB) analog auch auf Stützmauern an, weshalb nicht auf die Böschungsbegrenzungslinie abgestellt werden dürfe (Beschwerde, Ziff. III/2.4.3 S. 8; Replik, act. 7, Ziff. II/4 S. 4). – Die BSIG-Empfehlungen bilden den gegenwärtigen Stand der kantonalen Auslegungspraxis ab. Sie kommen allerdings nur dann zur Anwendung, wenn die Gemeinde keine klaren abweichenden Bestimmungen erlassen hat oder keine andere konstante Praxis verfolgt, die mit dem zwingenden kantonalen Recht vereinbar sind (vgl. BSIG-Empfehlungen, Ziff. 1). Es stellt sich somit die Frage nach der Praxis der Gemeinde.

**4.6** Die Abklärungen vor Verwaltungsgericht haben ergeben, dass bei Stützmauern über 1,2 m wie der hier betroffenen in erster Linie massgebend ist, ob die Nachbarschaft dem Vorhaben zustimmt oder nicht; liegt die Zustimmung vor, ist die Höhe der Stützmauern unter Vorbehalt der Ästhetik-, Landschaftsschutz- und Denkmalpflegevorschriften grundsätzlich nicht beschränkt. Fehlt die Zustimmung, so stellt sich die Gemeinde auf den Standpunkt, dass sie schon in der Vergangenheit die BSIG-Empfehlungen angewendet und die Böschungsbegrenzungslinie als massgebendes Kriterium herangezogen hat (vgl. Stellungnahmen der Gemeinde vom 19.9.2013 und vom 5.11.2013 zu den Fragen des Instruktionsrichters, act. 12 und 14).

Insofern existiere keine abweichende Praxis der Gemeinde. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Gemeinde bezogen auf die umstrittene Betonstützmauer zunächst nicht die Böschungsbegrenzungslinie gemäss den BSIG-Empfehlungen herangezogen hat, sondern Art. 79k EG ZGB, der sich (nur) zum Grenzabstand von Einfriedungen äussert, angewendet hat. Im vorinstanzlichen Verfahren hat sie sinngemäss erläutert, dass unter dem Begriff «Mauern» gemäss Art. 79k Abs. 1 EG ZGB auch Stützmauern zu verstehen seien (Stellungnahme vom 24.9.2012, Akten BVE [act. 4A], pag. 22). Inwiefern eine solche Auslegung rechtlich haltbar ist (vgl. angefochtener Entscheid, E. 4d), kann offenbleiben. Denn die Beschwerdeführenden können sich jedenfalls nicht auf eine konstante Praxis der Gemeinde berufen, wonach Stützmauern wie die hier zur Diskussion stehende zu bewilligen sind. Die von der Gemeinde eingereichten Unterlagen zur Dokumentation ihrer Praxis zeigen vielmehr, dass die Bewilligung in der Regel erteilt wurde, weil die Zustimmung der Nachbarschaft vorlag (vgl. Kopien von Bauentscheiden seit dem Jahr 1976, act. 12A). Von einer solchen Zustimmung ging die Gemeinde zunächst auch im vorliegenden Fall aus (Baubewilligung vom 11.5.2012, Akten Gemeinde [act. 4B], pag. 18, Ziff. B/2), bis aufgrund der Intervention des Beschwerdegegners klar wurde, dass dieser der Betonstützmauer, wie sie letztlich erstellt worden ist, nicht zugestimmt hat (Verfügung der Gemeinde vom 27.7.2012, Akten Gemeinde [act. 4B], pag. 2, Ziff. B/9). Dass die Gemeinde auch ohne Zustimmung in konstanter Praxis Stützmauern über 1,2 m bzw. über der Böschungsbegrenzungslinie bewilligt hat, ist hingegen nicht belegt. Die Beschwerdeführenden bringen in ihren Schlussbemerkungen vor, dass das Baugesuch Nr. 448/84 betreffend eine Stützmauer, welche die Böschungsbegrenzungslinie deutlich überschreite, ohne ersichtliche Zustimmung der betroffenen Nachbarschaft bewilligt worden sei (act. 19, Ziff. 3 S. 4; vgl. act. 12A, Baugesuch Nr. 448/84). Ob in diesem Fall die Zustimmung der Nachbarschaft vorlag, ist zwar unklar, doch kann daraus keine entsprechende konstante kommunale Praxis herausgelesen werden, zumal auch nicht klar ist, mit welcher Begründung die damalige Bewilligung erteilt wurde. So hat die Gemeinde im vorliegenden Fall die Betonstützmauer bereits im vorinstanzlichen Verfahren nicht nur gestützt auf Art. 79k Abs. 2 EG ZGB, sondern auch anhand einer Skizze mit einer Stützmauer und dem Böschungsverlauf, mithin einer Böschungsbegrenzungslinie beurteilt (Stellungnahme der Gemeinde vom 7.12.2012 inkl. Beilage Fassadenplan Süd-West, Akten BVE [act. 4A], pag. 59 f.), wobei sie die darin eingezeichnete Linie heute als falsch erachtet. Sie geht nunmehr selber davon aus, dass sie die umstrittene Betonstützmauer zu Unrecht bewilligt hat (vgl. Stellungnahmen der Gemeinde vom 19.9.2013 und vom 5.11.2013 zu den Fragen des Instruktionsrichters, act. 12, Ziff. 4,

und act. 14, Ziff. 3). Von einer konstanten abweichenden Praxis der Gemeinde kann damit nicht gesprochen werden.

**4.7** Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die BVE anhand der BSIG-Empfehlungen zum Schluss gekommen ist, die Stützmauer könne wegen Überschreitens der Böschungsbegrenzungslinie nicht bewilligt werden. Daran ändert auch die anfängliche Zustimmung des Beschwerdegegners nichts (vgl. Beschwerde, Ziff. III/2.4.2), wurde doch die Betonstützmauer anders als ursprünglich projiziert gebaut (vgl. E. 4.6 hiavor).

**4.8** Die Beschwerdeführenden beanstanden schliesslich, dass die BVE ihnen keine Gelegenheit zur Einreichung eines allfälligen Ausnahmegesuchs gegeben habe, obwohl durchaus wichtige Gründe für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorliegen würden. Damit habe die BVE ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Beschwerde, Ziff. III/2.4.6 und Ziff. III/3.3). – Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden muss der Bauherrschaft nicht in jedem Fall Gelegenheit gegeben werden, ein (nachträgliches) Ausnahmegesuch zu stellen, wenn das Vorhaben nicht bewilligungsfähig ist. Art. 18 Abs. 2 BewD ist im Baubeschwerdeverfahren nicht anwendbar (VGE 2010/430 vom 29.3.2012 [Regeste mit Bemerkungen publ. in ZBl 2012 S. 378], E. 8.3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 23). Es wäre also Sache der Bauherrschaft gewesen, um eine Ausnahme zu ersuchen, und eine Gehörsverletzung ist auch insoweit zu verneinen. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwiefern hier besondere Verhältnisse im Sinn von Art. 26 Abs. 1 BauG vorliegen sollen. Den Beschwerdeführenden geht es letztlich um eine bessere Ausnützung ihres Grundstücks (vgl. Beschwerde, Ziff. III/1.2 sowie III/3.3), was praxismässig keinen Ausnahmegrund abgibt (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 5 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

## **5.**

Im Streit liegt schliesslich der vorinstanzliche Kostenschluss.

**5.1** Die Beschwerdeführenden beanstanden die Beteiligung der Beschwerdeführerin von Amtes wegen am vorinstanzlichen Verfahren und machen geltend, dass ihr keine Kosten hätten auferlegt werden dürfen (Beschwerde, Ziff. III/4.4). – Dem ist entgegenzuhalten, dass im nachträglichen

Baubewilligungsverfahren bei einem Bauabschlag jeweils über die Wiederherstellung zu entscheiden ist, wobei es grundsätzlich bereits an der Gemeinde gewesen wäre, eine Wiederherstellungsverfügung zu erlassen und auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hinzuweisen anstatt die Bauherrschaft aufzufordern, eine Projektänderung für das bereits abgeschlossene Projekt einzureichen (Art. 46 Abs. 2 Bst. b und e BauG; vgl. vorne E. 2). Zudem hat der Beschwerdegegner in seiner Beschwerde an die BVE nebst anderem sinngemäss die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands beantragt (Akten BVE [act. 4A], pag. 2, Ziff. 2.1). Als Miteigentümerin der streitbetroffenen Parzelle wäre der Beschwerdeführerin eine Wiederherstellungsverfügung ebenfalls zu eröffnen gewesen (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 12a). Sie ist damit zu Recht von Amtes wegen am Verfahren beteiligt worden, weshalb es auch nicht zu beanstanden ist, dass sie von der BVE ebenfalls in die Kostenliquidation miteinbezogen wurde, zumal die Beschwerdeführenden die anfallenden Kosten ohnehin gemeinsam zu tragen beabsichtigen (Replik, act. 7, Ziff. II/6).

**5.2** Ebenso wenig erweist sich das Auferlegen der Hälfte der Verfahrenskosten als rechtsfehlerhaft (Beschwerde, Ziff. III/4.3). Nach dem vorstehend Gesagten hat weder die BVE eine Gehörsverletzung begangen noch existiert eine langjährige konstante Praxis der Gemeinde, auf welche die Beschwerdeführenden hätten vertrauen können (vgl. vorne E. 4.3 und 4.8 sowie E. 4.6). Damit liegen keine besonderen Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG vor, die zu einem Abweichen vom Unterliegerprinzip hätten führen können.

**5.3** Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, dass das geltend gemachte Honorar von der BVE zu Unrecht gekürzt worden sei (Beschwerde, Ziff. III/4.2). – Der Rahmentarif für den Parteikostenersatz beträgt Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz (Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]). Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Die BVE hat das geltend gemachte Honorar von Fr. 5'800.-- auf Fr. 4'400.-- mit der Begründung gekürzt, dass der gebotene Zeitaufwand höchstens als durchschnittlich (anstatt überdurchschnittlich) und die Schwierigkeit des Prozesses als unterdurchschnittlich (anstatt durchschnittlich)

einzustufen seien (vgl. angefochtener Entscheid, E. 8c; Kostennote vom 18.12.2012, Akten BVE [act. 4A], pag. 71). Die Bedeutung der Streitsache hält sie ebenfalls für unterdurchschnittlich. Die Beschwerdeführenden haben den überdurchschnittlichen Zeitaufwand in ihrer Kostennote mit der Vorbereitung und der Teilnahme am Augenschein sowie dem Einreichen von Schlussbemerkungen begründet. Jedoch dauerte der Augenschein nur rund eine Stunde und fielen die Schlussbemerkungen mit den Bemerkungen zum Protokoll zusammen. Im Übrigen fand nur ein Schriftenwechsel statt. Damit ist die Beurteilung der BVE, wonach der Zeitaufwand höchstens als durchschnittlich zu betrachten sei, nicht zu beanstanden. Selbst wenn man mit den Beschwerdeführenden von einem durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad ausgeht, durfte die BVE wegen der unterdurchschnittlichen Bedeutung der Sache das geltend gemachte Honorar auf Fr. 4'400.-- kürzen.

**5.4** Die Beschwerdeführenden sind schliesslich der Ansicht, die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung seien beim anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdegegner nicht erfüllt gewesen (Beschwerde, Ziff. III/4.5). – Bei aufwendigen Verfahren kann die Verwaltungsjustizbehörde Privaten, die ihren Prozess selber geführt haben, eine angemessene Parteientschädigung und Auslagenersatz zuerkennen (Art. 104 Abs. 2 VRPG). Grundsätzlich zu Recht verweisen die Beschwerdeführenden auf die strenge Praxis, wonach sich der Zuspruch einer solchen Billigkeitsentschädigung auf aufwendige Verfahren beschränkt, in denen die beteiligte Privatperson durch sorgfältige Auseinandersetzung mit den sich stellenden Fragen und durch erheblichen persönlichen Arbeitsaufwand wesentlich zur Entscheidungsfindung beigetragen hat (BVR 2012 S. 1 E. 6 mit Hinweisen). Das Verfahren kann nicht als besonders aufwendig bezeichnet werden. Hingegen wies es durchaus eine gewisse Schwierigkeit auf. Das Bauvorhaben wurde von der Bauherrschaft zudem schlecht dokumentiert und die Gemeinde reichte eine fehlerhafte Skizze ein (vgl. vorne E. 4.6). So haben schliesslich die vom Beschwerdegegner angefertigten Schnittpläne zur Entscheidungsfindung beigetragen, wie auch die BVE anerkennt (angefochtener Entscheid, E. 8d). Dass die von der BVE im Rahmen der Vernehmlassung vorgenommenen Berechnungen zur Überschreitung der Böschungsbegrenzungslinie nicht mit denjenigen im angefochtenen Entscheid übereinstimmen, ändert daran nichts (vgl. Replik, act. 7, Ziff. II/5 S. 6), sind aus den Schnittplänen des Beschwerdegegners doch die gleichen Angaben (Mauerhöhe und Grenzabstand in den Schnittpunkten D und E) ablesbar, wie sie der Vernehmlassung und im Übrigen auch dem von den Beschwerdeführenden eingereichten Situationsplan zugrunde liegen (vgl. Ver-

nehmlassung der BVE, act. 4, Ziff. 3; Schnittpläne 1:50 vom 4.8.2012, Beilagen 2 und 3 zur Beschwerde an die BVE, Akten BVE [act. 4A], pag. 1 ff.; Situationsplan 1:200 vom 29.7.2012, Akten Gemeinde [act. 4B], pag. 6). Angesichts des in dieser Frage grossen Spielraums der Vorinstanz ist die gesprochene Parteientschädigung nicht zu korrigieren (vgl. vorne E. 1.2).

## 6.

Die Beschwerde erweist sich damit in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 bzw. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführenden
  - dem Beschwerdegegner
  - der Einwohnergemeinde Worb
  - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.