

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 2. Juli 2020

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Stohner
Gerichtsschreiberin Geiser Keller

1. **A.** _____
2. **B.** _____
beide vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführende

gegen

1. **C.** _____
2. **D.** _____
3. **E.** _____
alle vertreten durch Fürsprecher ... und Rechtsanwältin ...

Beschwerdegegnerschaft 1

Einwohnergemeinde Thun

Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun

Beschwerdegegnerin 2

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baupolizei; nachträgliche Baubewilligung für Gartengestaltung
mit Terrainaufschüttung und Stützmauer (Entscheid der Bau-, Verkehrs-
und Energiedirektion des Kantons Bern vom 23. Januar 2019,
RA Nr. 110/2018/66)



Sachverhalt:

A.

Am 29. August 2017 führte die Einwohnergemeinde (EG) Thun (Bauinspektorat) eine Kontrolle auf der Parzelle Thun Gbbl. Nr. 1 _____ von C. _____, D. _____ und E. _____ durch und stellte fest, dass eine Stützmauer ohne Baubewilligung erstellt worden war. Am 14. September 2017 verfügte sie den Baustopp und setzte eine Frist von 30 Tagen an zum Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs. Am 15. September 2017 reichten C. _____, D. _____ und E. _____ ein nachträgliches Baugesuch ein, das sie auf Aufforderung des Bauinspektorats am 2. Oktober 2017 verbesserten. Gegen das Vorhaben erhoben A. _____ und B. _____ am 1. Dezember 2017 Einsprache und meldeten eine Rechtsverwahrung an. Das Bauinspektorat stellte mit prozessleitender Verfügung vom 21. Dezember 2017 fest, dass das auf der Stützmauer geplante Gelände nicht bewilligungsfähig sei, worauf C. _____, D. _____ und E. _____ am 15. Januar 2018 geänderte Pläne einreichten. Am 9. April 2018 bewilligte die EG Thun die Stützmauer nachträglich und wies die Einsprache ab.

B.

Dagegen erhoben A. _____ und B. _____ am 9. Mai 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; heute: Bau- und Verkehrsdirektion [BVD]). Auf Aufforderung der BVE reichten C. _____, D. _____ und E. _____ am 28. September 2018 korrigierte Pläne ein. Die BVE entschied am 23. Januar 2019 Folgendes:

«1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Projektänderung vom 27. September 2018 (gemäss Plänen rev. vom 25. September 2018, gestempelt vom Rechtsamt der BVE am 1. Oktober 2018) wird bewilligt. Die Baubewilligung umfasst folgende Pläne:

- Situation 1:50 [richtig: 1:500] vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
- Grundriss 1:200 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018

- Schnitte Mauerecke Südwest 1:50 vom 2.10.2017, rev.
25.09.2018

3. Die Baubewilligung wird mit folgender Auflage versehen:

«Die Stützmauer Nordwest ist über die ganze Länge der Mauer (ca. 24 m) zu begrünen. Die Höhe der Hecke bzw. Bepflanzung muss mindestens der Mauerhöhe entsprechen. Vor dem ca. 17,6 m langen Teil der Stützmauer ist eine Hainbuchen- oder Ligusterhecke zu pflanzen. Vor dem ca. 6,4 m langen vorspringenden Teil der Stützmauer im Bereich des neuen Sitzplatzes ist eine Pflanzung vorzunehmen, die mit den nachbarrechtlichen Vorschriften von Art. 79k Abs. 3 und Art. 79l EG ZGB vereinbar ist. Die Pflanzungen sind bis spätestens Ende April 2019 vorzunehmen.»

4. Die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden vom 1. Dezember 2017 wird vorgemerkt.

5. Im Übrigen wird der Bauentscheid der Stadt Thun vom 9. April 2018 bestätigt.

[...]»

C.

Gegen diesen Entscheid haben A. _____ und B. _____ am 25. Februar 2019 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, dem Baugesuch vom 2. Oktober 2017 sei der Bauabschlag zu erteilen (Rechtsbegehren 1) und der Beschwerdegegnerschaft 1 sei eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen (Rechtsbegehren 2). Sie stellen zudem den Antrag, das Beschwerdeverfahren sei «bis zu einem zivilgerichtlichen Urteil» zu sistieren (Rechtsbegehren 3).

C. _____, D. _____ und E. _____ beantragen mit Beschwerdeantwort vom 27. März 2019 die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; der Sistierungsantrag sei ebenfalls abzuweisen. Die EG Thun und die BVE schliessen mit Beschwerdeantwort vom 28. März 2019 bzw. Vernehmlassung vom 7. März 2019 je auf Abweisung der Beschwerde. Zur beantragten Sistierung des Verfahrens äussern sie sich nicht.

An 25. April 2019 hat die Instruktionsrichterin den Sistierungsantrag von A. _____ und B. _____ abgewiesen.

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 als Nachbarin und Nachbar ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]).

1.2 Gemäss Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 VRPG müssen Parteieingaben unter anderem einen Antrag und eine Begründung enthalten. Der Antrag sollte so präzise gefasst sein, dass er unverändert ins Entscheiddispositiv übernommen werden kann. Die Praxis ist jedoch nicht streng. Dem Antragserfordernis ist bereits Genüge getan, wenn sich aus dem Zusammenhang und unter Zuhilfenahme der Begründung sinngemäss ergibt, was angebeht wird (vgl. BVR 2016 S. 560 E. 2, 2011 S. 391 E. 3.3, 1993 S. 394 E. 1b; VGE 2018/410 vom 3.10.2019 E. 1.2, 2014/261 vom 28.8.2015 E. 1.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 13). – Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde (wie in ihrer Einsprache vom 1. Dezember 2017 und in der Beschwerde vom 9. Mai 2018), dem Baugesuch vom 2. Oktober 2017 sei der Bauabschlag zu erteilen und es sei der rechtmässige Zustand wiederherzustellen (vorne Bst. C). Anfechtungsobjekt vor dem Verwaltungsgericht ist ausschliesslich der Entscheid der BVE, der die nachträgliche Baubewilligung für das im vorinstanzlichen Verfahren nochmals geänderte Projekt beinhaltet (vorne Bst. B). Bereits im Baubewilligungsverfahren hatte die Beschwerdegegnerschaft 1 eine Projektänderung eingebracht (vorne Bst. A). Im Streit liegt folglich nicht (mehr) das ursprüngliche Projekt vom 2. Oktober 2017. Aus der Begründung geht aber deutlich hervor, dass sich die Beschwerde gegen den Entscheid der BVE und das damit bewilligte Projekt richtet, das teilweise bereits ausgeführt

worden ist. Folglich liegt im Ergebnis ein genügender Antrag vor. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

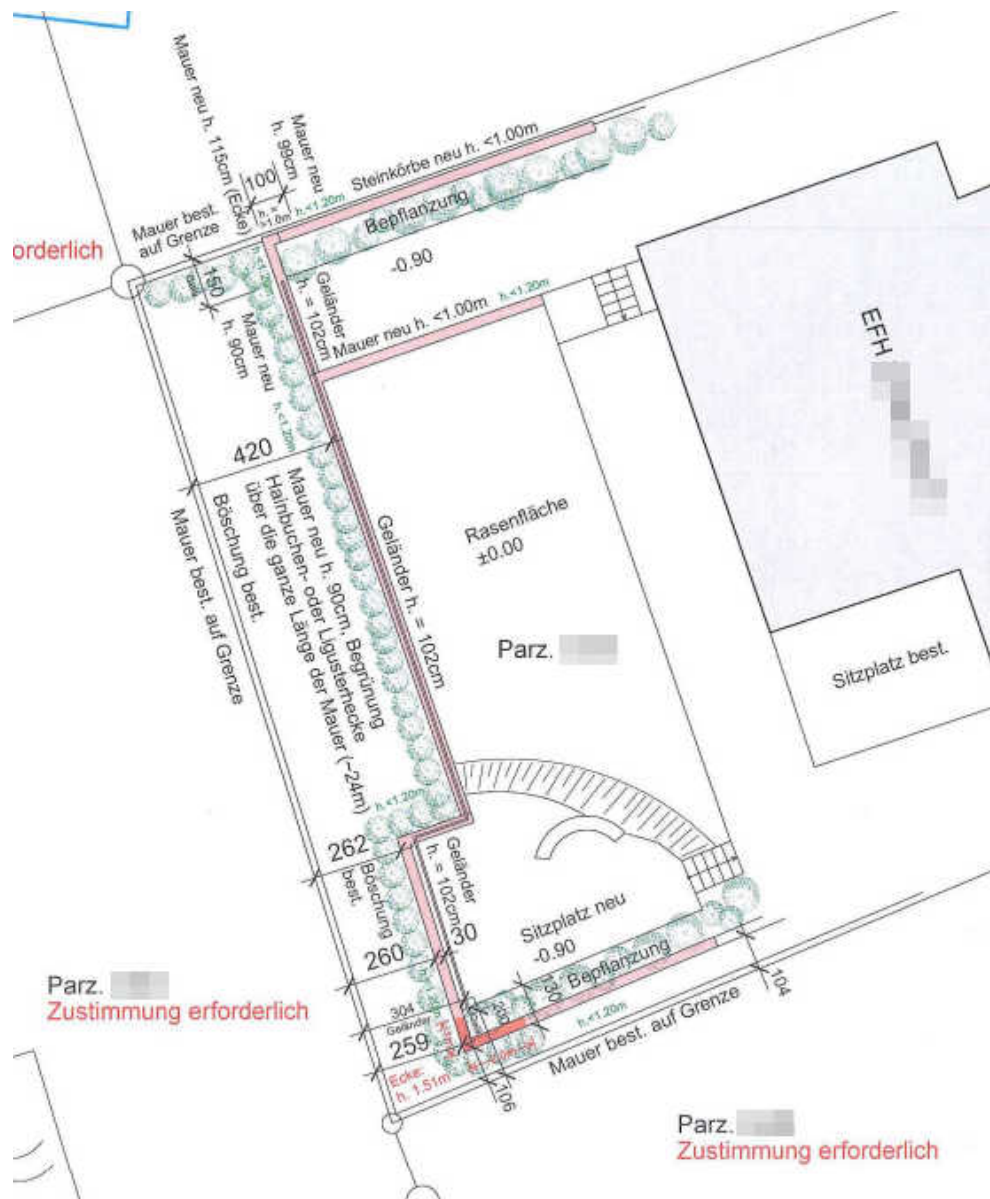
2.1 In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführenden eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Die BVE hat die Gemeinde beauftragt zu überprüfen, ob die bereits erstellte Stützmauer den Plänen des nachträglichen Baugesuchs entspreche (Verfügung vom 25.7.2018, act. 3A pag. 45). Die Gemeinde hat die F. _____ AG mit einer entsprechenden Kontrollmessung beauftragt (act. 3A pag. 54 und hinter pag. 55). Die Beschwerdeführenden sind der Ansicht, sie hätten die Möglichkeit haben müssen, bei der Nachmessung dabei zu sein.

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG sowie Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung einer Einzelperson eingreift. Er vermittelt unter anderem das Recht, sich an der Beweiserhebung beteiligen oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können (statt vieler BGE 144 I 11 E. 5.3, 140 I 99 E. 3.4; BVR 2018 S. 281 E. 3.1, 2012 S. 28 E. 2.3.1). Dieser Anspruch entfaltet seine Wirkung, wenn die Entscheidbehörde Beweismassnahmen nach Art. 19 Abs. 1 VRPG trifft. Gemäss Art. 22 VRPG sind die Parteien berechtigt, an Instruktionsverhandlungen und amtlichen Augenscheinen teilzunehmen, Personenbefragungen beizuwohnen und um Beantwortung von Ergänzungsfragen zu ersuchen. Das mit der Nachmessung beauftragte Ingenieurbüro war zwar vor Ort. Bei dieser Ortsbegehung handelte es sich aber nicht um einen Augenschein der Entscheidbehörde im Sinn von Art. 19 Abs. 1 Bst. f VRPG. Die Beschwerdeführenden hatten zudem Gele-

genheit, sich zur Nachmessung zu äussern (Verfügung vom 13.9.2018, act. 3B pag. 62; Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 1.11.2018, act. 3B pag. 82 und 84 ff.). Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor (vgl. auch BVR 2019 S. 51 [VGE 2017/351 vom 14.11.2018] nicht publ. E. 7.5.2; VGE 2017/352 vom 3.10.2018 E. 3.2 [bestätigt durch BGer 1C_603/2018 vom 13.1.2020 E. 2.2]).

3.

3.1 Die Parzelle der Beschwerdegegnerschaft 1 liegt an einem von Osten gegen Westen abfallenden Hang. Bereits vor den hier umstrittenen Bauarbeiten bestanden an den Grenzen zum hangabwärts liegenden Grundstück der Beschwerdeführenden im Westen und zu den Nachbargrundstücken im Norden und Süden Stützmauern. Neu hat die Beschwerdegegnerschaft 1 weitere von den Nachbargrundstücken unterschiedlich weit zurückversetzte Stützmauern errichtet und mit Erde hinterfüllt, so dass der Garten im Ergebnis über grössere ebene Flächen verfügt (Rasenfläche, Sitzplatz). Der Abstand der neuen Mauer von der westlichen Parzellengrenze (im Folgenden: Mauer West) beträgt im Bereich des neuen Sitzplatzes im Südwesten rund 2,6 m, im Übrigen bis zur nördlichen Parzellengrenze rund 4,2 m; bis zur bereits vorhandenen westlichen Stützmauer befindet sich eine bestehende Böschung. Insgesamt ist die Mauer West ca. 24 m lang und zwischen 1,15 m (Nordwestecke) und 1,51 m (Südwestecke, Sitzplatz) hoch. Zur südlichen Parzellengrenze hält die neue Mauer (im Folgenden: Mauer Süd) einen Abstand von rund 1 m ein. Sie ist an der höchsten Stelle (Südwestecke) 1,47 m hoch. Auf der Mauer West ist zudem ein 1,02 m hohes Geländer vorgesehen (vgl. zum Ganzen den nachfolgenden Plan Grundriss im Massstab 1:200 vom 2.10.2017, rev. 10.1.2018 und 25.9.2018, in act. 3A hinter pag. 69 und act. 3A pag. 54 f.).



3.2 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Stützmauer sei innerhalb des zivilrechtlichen Grenzabstands von 3 m zu hoch. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und die rechtlichen Grundlagen nicht korrekt ausgelegt. Ferner ordne sich die Stützmauer nicht gut in das Ortsbild ein. Ausserdem beanstanden die Beschwerdeführenden die Auflage betreffend Bepflanzung.

4.

4.1 Für die Grenzabstände gegenüber Nachbargrundstücken sind die Vorschriften der Gemeinden massgebend (Art. 69 Abs. 2 Bst. e, Art. 12 Abs. 2 BauG). Das Baureglement der EG Thun vom 2. Juni 2002 (nachfolgend: GBR) enthält keine Vorschriften zum Grenzabstand von Stützmauern. Gemäss Art. 2 Abs. 2 GBR sind unter Nachbarinnen und Nachbarn die Eigentumsbeschränkungen und die Bau- und Pflanzvorschriften des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) und des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1) zu beachten. Im Anhang 7 des GBR sind die entsprechenden nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 79-79o EG ZGB wiedergegeben. Nicht jeder in einem kommunalen Baureglement enthaltene Verweis auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen von Art. 79 ff. EG ZGB bedeutet, dass diese 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 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 2013/148 vom 25.6.2014 E. 3.2, 21990 vom 15.3.2005 E. 9.1.1; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 5. Aufl. 2020/4. Aufl. 2017, 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. Ziff. 5). Der Anhang 7 des GBR hat gemäss Kommentarspalte ausdrücklich nur hinweisenden Charakter, so dass die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB gemäss kommunalem Recht keine öffentlich-rechtlichen Normen sind (für ein gegenteiliges Beispiel vgl. BVR 1982 S. 168 E. 2).

4.2 Soweit bestehende Gemeindebauvorschriften einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnen, gilt das Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13) als ergänzendes Recht, wenn es eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (Art. 70 Abs. 2 BauG, Art. 1 Abs. 2 NBRD).

Gemäss Art. 3 NBRD gelten die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern und Einfriedungen sowie über die Ausführung der Brandmauern als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde. Art. 79h EG ZGB befasst sich gemäss Randtitel mit der Pflicht zur Errichtung von Stützmauern und Böschungen sowie mit deren Ausführung. Er bestimmt Folgendes:

- ¹ Wer längs der Grenze Auffüllungen oder Abgrabungen ausführt, hat das Nachbargrundstück durch Böschungen oder Stützmauern zu sichern.
- ² Böschungsneigungen dürfen höchstens 45° (100 %) betragen. In steilem Gelände bleibt eine stärkere Neigung natürlich entstandener oder genügend gesicherter Böschungen vorbehalten.
- ³ Die Stützmauer darf an die Grenze gestellt werden. Dient sie der Auffüllung, so darf sie den gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstückes höchstens um 1,2 m überragen.

Art. 3 NBRD erklärt nur die Regelungen zu den Stützmauern zu öffentlich-rechtlichen Gemeindevorschriften. Soweit Art. 79h EG ZGB die Pflicht zur Erstellung und die Ausführung von Böschungen regelt, ist die Norm folglich zivilrechtlicher Natur (Peter Ludwig, a.a.O., S. 25 Ziff. 3). Stützmauern dürfen gemäss Art. 79h Abs. 3 EG ZGB an die Grenze gestellt werden. Hier dürfen sie aber nicht höher sein als 1,2 m, wenn sie der Auffüllung dienen (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 5). Anders als Art. 79k EG ZGB zu den Einfriedungen regelt Art. 79h Abs. 3 EG ZGB nicht, wie hoch Stützmauern sein dürfen, die von der Grenze weggerückt sind. Die Bestimmung äussert sich auch nicht zur Kombination einer Auffüllstützmauer mit einer Böschung.

4.3 Das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern hat Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben abgegeben (BSIG Nr. 7/721.0/10.1; nachfolgend: BSIG-Empfehlung). Es habe sich gezeigt, dass die Bestimmungen von Art. 79h und 79k EG ZGB in der Praxis unterschiedlich gehandhabt würden und zum Teil auch unterschiedliche Auslegungen zuliessen. Deshalb werde empfohlen, folgende Regeln anzuwenden: Eine Stützmauer dürfe grundsätzlich nicht dazu dienen, eine höhere Aufschüttung zu ermöglichen, als ohne Stützmauer mit einer maximalen Böschungsneigung von 45° zulässig wäre. Da eine geringere Böschungsneigung als 45° grundsätzlich im Interesse sowohl der Bauherrschaft als auch der Nachbarschaft liege, werde

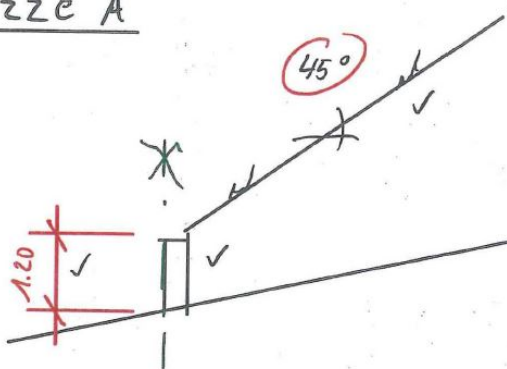
empfohlen, Auffüllungen hinter Stützmauern so anzulegen, dass ihre Böschungsbegrenzungslinie in einem Abstand von 3 m von der Parzellengrenze (zivilrechtlicher Grenzabstand gemäss Art. 79 Abs. 1 EG ZGB; vgl. hinten E. 4.4.3) nicht höher liege als die Böschungsbegrenzungslinie einer Auffüllung ohne Stützmauer (vgl. die nachfolgende Skizze gemäss Anhang II der BSIG-Empfehlung). Die Totalhöhe von Auffüllungen bzw. Böschungen sei baupolizeilich grundsätzlich nicht beschränkt. Die Böschungsbegrenzungslinien mit oder ohne Stützmauer dürften innerhalb des zivilrechtlichen Grenzabstands aber von keiner Stützmauer oder Auffüllung überschritten werden (Ziff. 4.3.3).



4.4 Die BSIG-Empfehlung kommt nicht zur Anwendung, wenn klare, abweichende Regelungen im Gemeindebaureglement oder eine konstante Praxis der Gemeinde bestehen, die nicht zwingendem kantonalem Recht widersprechen (Ziff. 1).

4.4.1 Die Gemeinde hat ihre Praxis im Verfahren vor der Vorinstanz erläutert und Unterlagen dazu eingereicht. Danach ist – abweichend von der BSIG-Empfehlung – anschliessend an eine maximal 1,2 m hohe Stützmauer an der Grenze eine Böschung mit einer Neigung von 45° erlaubt (act. 3A pag. 65 f., vgl. nachfolgende Skizze A):

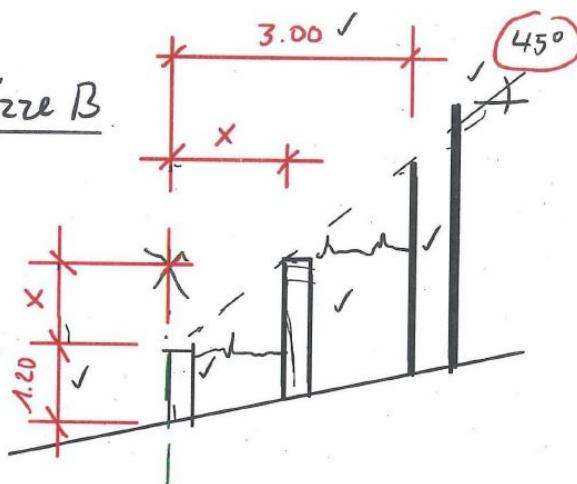
Skizze A



1:1 - Auslegung
von EG z ZGB
des BI

Stützmauern innerhalb des Grenzabstands von 3 m dürfen bis zur Böschungsbegrenzungslinie gemäss Skizze A reichen (Skizze B):

Skizze B



Einfriedungen nach
EG z ZGB

Diese Böschungsbegrenzungslinie lässt mithin höhere Stützmauern innerhalb des privatrechtlichen Grenzabstands zu.

4.4.2 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Gemeinde habe nicht nachgewiesen, dass sie Stützmauern in konstanter Praxis abweichend von der BSIG-Empfehlung beurteile (Beschwerde Art. 3 Ziff. 11 ff.). – Die Erklärung zur Praxis ist von mehreren Mitarbeitenden des Bauinspektors unterzeichnet. Vor dem Verwaltungsgericht hat die Gemeinde sodann fünf Briefe bzw. E-Mails des Bauinspektors mit Auskünften zu Baugesuchen oder Voranfragen eingereicht (act. 5A, Dokumente 1-5), wobei nicht restlos klar ist, ob diese alle Stützmauern betrafen. Darin findet sich aber jeweils der Hinweis, dass Stützmauern bzw. Einfriedungen um das Mehrmass von der Grenze zurückgenommen werden müssten, wenn sie das höher gelegene Terrain um mehr als 1,2 m überragten und kein Näherbau-

recht vorliege. Die Gemeinde bestätigt in ihrer Beschwerdeantwort (act. 5), dass ihrer Ansicht nach Stützmauern wie Einfriedungen zu behandeln seien. Gemäss Skizze B befindet sich eine Stützmauer unterhalb der Böschungsbegrenzungslinie gemäss Skizze A, wenn sie wie eine Einfriedung gemäss Art. 79k Abs. 2 EG ZGB um das Mehrmass von der Grenze zurückgenommen wird. Nach dem Verständnis der Gemeinde spielt es demnach keine Rolle, ob Art. 79k oder Art. 79h EG ZGB zur Anwendung gelangen (vgl. auch die Erwägungen in der Baubewilligung vom 9. April 2018). Ob das zutrifft, kann dahingestellt bleiben (vgl. auch hinten 4.4.5). Die genannten Erklärungen zeigen jedenfalls auf, dass die Auslegung der Gemeinde ihrer geübten Praxis entspricht und sie diese rechtsgleich anwendet (vgl. auch BVR 2019 S. 51 E. 5.2, 2010 S. 113 E. 4.4.3; VGE 23330 vom 31.3.2009 E. 4.3.2, 22990 vom 28.4.2008 E. 5.4.1). Damit verhält es sich anders als im Sachverhalt, der mit dem von den Beschwerdeführenden erwähnten Urteil des Verwaltungsgerichts beurteilt worden ist. Dort hatte die Gemeinde die Stützmauer zunächst bewilligt. Dies erachtete sie später selber als falsch und die Abklärungen des Verwaltungsgerichts ergaben, dass die Gemeinde keine konstante, von der BSIG-Empfehlung abweichende Praxis verfolgte (VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.6).

4.4.3 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Praxis der Gemeinde widerspreche Art. 79h Abs. 3 EG ZGB, denn danach seien innerhalb des «allgemeinen Grenzabstands» von Art. 79 EG ZGB maximal 1,2 m hohe Stützmauern zulässig (Beschwerde Art. 3 Ziff. 4 f. und 11). – Art. 79h Abs. 3 EG ZGB besagt, dass eine Auffüllstützmauer an der Grenze maximal 1,2 m hoch sein darf. Die Norm regelt weder die Höhe von Stützmauern im Grenzabstand, noch die Kombination von Stützmauer und Böschung (vorne E. 4.2). Der Wortlaut schliesst somit nicht aus, dass von der Grenze weggerückte Stützmauern höher als 1,2 m sein und mit anschliessenden Böschungen kombiniert werden dürfen. Davon geht auch die BSIG-Empfehlung aus, welche dem aktuellen Stand der kantonalen Auslegungspraxis entspricht (BSIG-Empfehlung Ziff. 1 einleitend) und mehr als 1,2 m hohe Stützmauern im Grenzabstand sowie die Kombination mit Böschungen erlaubt (vgl. vorne E. 4.3). Die Beschwerdeführenden erachten diese Empfehlung selber als «begrüssenswert», um «eine stützmauerspezifische Begrenzung der Maximalhöhe zu errechnen» (vgl. Beschwerde Art. 3

Ziff. 7). Wie die BVE zu Recht festgehalten hat, ist die Praxis der Gemeinde mit dem Wortlaut von Art. 79h EG ZGB vereinbar (angefochtener Entscheid E. 2d).

4.4.4 Gemäss Art. 79 Abs. 1 EG ZGB ist für Bauten, welche den gewachsenen Boden in irgendeinem Punkt um mehr als 1,20 m überragen, gegenüber den Nachbargrundstücken ein Grenzabstand von wenigstens 3 m einzuhalten. In einem früheren Urteil hat das Verwaltungsgericht erwogen, die BSIG-Empfehlung sehe eine nachvollziehbare Beschränkung der Höhe von Stützmauern mit einer Böschungsbegrenzungslinie vor. Diese sei allerdings nicht zwingend, käme für solche Mauern innerhalb des Grenzabstands doch auch eine Höhenbegrenzung auf maximal 1,2 m gemäss Art. 79 Abs. 1 i.V.m. Art. 79h Abs. 3 EG ZGB in Betracht (VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.4; vgl. auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 11a Lemma 2). Es hat diese Frage allerdings nicht vertieft und mit Blick auf den Verfahrensausgang letztlich offen gelassen. Art. 79 EG ZGB mit dem Randtitel «Grenzabstand» spricht in Absatz 1 allgemein von «Bauten, welche den gewachsenen Boden in irgendeinem Punkte um mehr als 1,20 m überragen». Bereits die Vorbehalte betreffend geschlossene Bauweise in den Absätzen 1 und 2, aber auch der Begriff «Nachbargebäude» in Absatz 3 deuten darauf hin, dass in Absatz 1 nicht jegliche mehr als 1,2 m hohen Bauten gemeint sind, sondern (Haupt-)Gebäude. Für diese Lesart sprechen auch Art. 79a EG ZGB, wonach für unbewohnte eingeschossige An- und Nebenbauten bis zu einer mittleren Fassadenhöhe von 4 m ein Grenzabstand von 2 m genügt, und die nachfolgenden Normen, welche privilegierte Grenzabstände von bestimmten Bauten und Bauteilen regeln. Art. 79h EG ZGB befasst sich mit den Stützmauern und Böschungen, die zur Sicherung von Auffüllungen und Abgrabungen entlang der Grenze dienen und zu diesem Zweck in einer bestimmten Art und Weise ausgeführt werden müssen. Eine Maximalhöhe von 1,2 m gilt gemäss Art. 79h Abs. 3 EG ZGB nur für Auffüllstützmauern, die an der Grenze errichtet werden. Die Regelung wäre unnötig, wenn die Höhenbegrenzung innerhalb des privatrechtlichen Grenzabstands gestützt auf Art. 79 Abs. 1 EG ZGB auch für Stützmauern massgeblich wäre. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Art. 79 Abs. 1 EG ZGB auf Stützmauern nicht anwendbar ist und insofern gestützt auf Art. 3 NBRD auch nicht als öffentlich-rechtliche Vorschrift

der Gemeinde gilt. Die gegenteilige Auffassung im Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern von 1971 wurde in den Folge-Auflagen denn auch nicht mehr vertreten (vgl. Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 1971, Art. 118 N. 11; Kommentar zum bernischen BauG, 1987 und 2. Aufl. 1995, jeweils Art. 12 N. 14 Bst. e).

4.4.5 Die Praxis der Gemeinde lässt zwar anschliessend an eine 1,2 m hohe Grenzstützmauer steilere Böschungen mit einem Neigungswinkel bis zu 45° analog Art. 79h Abs. 2 EG ZGB zu, was höhere Stützmauern und Böschungen im zivilrechtlichen Grenzabstand und dahinter höhere Aufschüttungen ermöglicht als die BSIG-Empfehlung. Es wird aber ebenfalls eine Höhenbeschränkung innerhalb des zivilrechtlichen Grenzabstands definiert, welche den Zweck von Art. 79h EG ZGB erfüllt, Nachbargrundstücke im Fall von Aufschüttungen zu sichern. Zudem ist die Totalhöhe von Auffüllungen hinter Stützmauern baupolizeilich grundsätzlich nicht beschränkt (VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.1; BSIG-Empfehlung Ziff. 4.3.3). Es spricht folglich auch mit Blick auf den Schutz der Nachbarschaft nichts dagegen, dass die Gemeinde die Höhe von Stützmauern im zivilrechtlichen Grenzabstand grosszügiger handhabt, als die BSIG-Empfehlung. Die BVE hat demnach zu Recht entschieden, dass die Praxis der Gemeinde mit Art. 79h EG ZGB vereinbar ist.

5.

5.1 Die Beschwerdegegnerschaft 1 hat der Vorinstanz Pläne eingereicht, welche die Böschungsbegrenzungslinie gemäss der Praxis der Gemeinde aufzeigen (Plan Schnitte Mauerecke Südwest im Massstab 1:50 vom 2.10.2017, rev. 10.1.2018 und 25.9.2018, in act. 3A hinter pag. 69; nachfolgend: Plan Schnitte):

Die BVE hat festgehalten, sowohl die Geometermessung der F._____ AG als auch jene der von den Beschwerdeführenden beauftragten G._____ AG bestätigten, dass diese Pläne korrekt seien. Die Mauer und das Gelände lägen folglich unterhalb der massgebenden Böschungsbegrenzungslinie (angefochtener Entscheid E. 4b-e). Diese Erwägungen sind nicht zu beanstanden: Es trifft nicht zu, dass die BVE «ohne genügende, rechnerische Darlegung» (Beschwerde Art. 2 Ziff. 3) zum Schluss gekommen ist, die Böschungsbegrenzungslinie werde eingehalten (vgl. die Messungen der F._____ AG [in act. 3A hinter pag. 55] und der G._____ AG [Beilage 7 zur Beschwerde an die BVE, act. 3A hinter pag. 89]; Stellungnahme der Gemeinde vom 22.8.2018, act. 3A pag. 55). Sie hat anhand der Messungen der F._____ AG namentlich die Höhendifferenz zwischen dem Fusspunkt des vorhandenen Grenzmäuerchens und der Mauerkrone der neuen Stützmauer sowie die Höhe der neuen Stützmauern West und Süd an der Südwestecke nachvollzogen und bestätigt (angefochtener Entscheid E. 4d f.). Anders als die Beschwerdeführenden meinen, ist das Gelände nicht zur Mauerhöhe hinzuzurechnen. Es befindet sich nicht auf der Mauer, sondern ist deutlich zurückversetzt und liegt unterhalb der Böschungsbegrenzungslinie. Schliesslich besteht kein Anlass, die Messung der G._____ AG aus den Akten zu weisen, wie es die Beschwerdegegnerschaft 1 verlangt (BA Rz. 23). Die BVE hat sich auf die Messung der F._____ AG gestützt und die Messung der von den Beschwerdeführenden beauftragten G._____ AG nur zu Kontrollzwecken herangezogen.

5.2 Auch die Kritik der Beschwerdeführenden an der Festlegung des massgeblichen Terrains verfängt nicht (Beschwerde Art. 5): An der Grenze zum Grundstück der Beschwerdeführenden befindet sich eine Mauer (vorne E. 3.1). Die fiktive 1,2 m hohe Grenzstützmauer, von der aus die Böschungsbegrenzungslinie mit einem Winkel von 45° gezogen wird, wurde ab dem Fuss dieses bestehenden Grenzmäuerchens gemessen, und zwar auf der der Parzelle der Beschwerdeführenden zugewandten Aussenseite (angefochtener Entscheid E. 3c; Plan Schnitte). Die fiktive Grenzstützmauer wurde folglich von einem Messpunkt aus gemessen, der von der Gartenumgestaltung nicht berührt war. Die von den Beschwerdeführenden behaupteten sukzessiven Aufschüttungen spielen demnach keine Rolle,

zumal nicht ersichtlich ist, dass die Böschungsbegrenzungslinie an irgendeinem Punkt überschritten würde (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 3b a.E.). Bei diesem Ergebnis und weil vom tiefstmöglichen Punkt aus gemessen wurde, muss nicht geprüft werden, ob das massgebliche Terrain anders festzulegen wäre. In Frage käme namentlich, die fiktive Grenzstützmauer ab dem gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstücks zu messen (Art. 79h Abs. 3 Satz 2 EG ZGB).

6.

6.1 Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass der Fachausschuss Bau- und Aussenraumgestaltung der Gemeinde (FBA) die Mauer aus ästhetischer Sicht als ungenügend bezeichnet habe (Beschwerde Art. 7 Ziff. 1). Dazu komme, dass sich eine Terrainaufschüttung von über 3 m nicht in das Ortsbild eingliedern lasse, sondern dieses zerstöre. Die Begrünung der Mauer könne nur das Äussere der Mauer verstecken, nicht aber über die massive Aufschüttung hinwegtäuschen (Beschwerde Art. 7 Ziff. 2). – Es hat sich gezeigt, dass die Ausmasse der Mauer den massgebenden Normen entsprechen. Die Beschwerdeführenden unterschlagen, dass bereits der FBA befunden hat, mit der Pflanzung einer Hainbuchen- oder Ligusterhecke über die ganze Länge der Mauer könne das Bauwerk «eingepackt» und die Situation derart entschärft werden, dass eine ausreichend gute Gestaltung erreicht werde (vgl. Protokoll vom 16.1.2018, act. 3B pag. 25 Rückseite). Die Vorinstanz hat diese Auffassung mit Blick auf die kommunale Gestaltungsvorschrift (Art. 6 GBR) und die durchschnittlichen ästhetischen Gegebenheiten geteilt, ohne das ästhetisch unbefriedigende Ergebnis zu beschönigen. Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden, zumal keine besonderen Schutzvorschriften zu beachten sind. Auch ist nicht ersichtlich, inwieweit die Aufschüttung des Terrains hinter der Stützmauer aus ästhetischer Sicht problematisch sein sollte, ragt sie doch nicht über die Mauer hinaus. Die BVE hat den berechtigten ästhetischen Einwänden Rechnung getragen, indem sie die Beschwerdegegnerschaft 1 mittels einer Auflage verpflichtete, eine konkret umschriebene immergrüne Hecke zu pflanzen. Damit ist eine ausreichend gute Gesamtwirkung gewährleistet.

6.2 Wie die BVE zutreffend ausgeführt hat, können Erwachsene das Gelände und die Stützmauer für den Gartenunterhalt ohne weiteres übersteigen. Die Pflege der Hecke ist folglich möglich, ohne dass das Grundstück der Beschwerdeführenden betreten werden müsste (vgl. Beschwerde Art. 6).

7.

Die Beschwerde erweist sich in allen Punkten als unbegründet. Weitere Beweismassnahmen versprechen keine entscheiderelevanten neuen Erkenntnisse. Die Beweisanträge werden abgewiesen (Gutachten über Neigungswinkel, Böschungsbegrenzungslinie; Augenschein; Gutachten zur Höhe des gewachsenen Terrains). Eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands steht bei diesem Ergebnis nicht zur Diskussion. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da die von der Vorinstanz angesetzte Frist für die Pflanzung vor der Stützmauer abgelaufen ist, ist eine neue anzusetzen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden unter Solidarhaft die Verfahrenskosten zu tragen und der Beschwerdegegnerschaft 1 die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG sowie Art. 106 VRPG).

8.2 Gemäss 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) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter und die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerschaft 1 machen in ihrer Kostennote vom 18. Mai 2020 ein Honorar von Fr. 5'440.-- zuzüglich Auslagen von

Fr. 190.40 und MWSt geltend (act. 9). Dies erscheint angesichts der obgenannten Kriterien als überhöht. Der Verfahrensgegenstand war aufgrund der Vertretung im vorinstanzlichen Verfahren bereits bekannt, es erfolgte nur ein einfacher Schriftenwechsel und es wurde kein Beweisverfahren durchgeführt; der gebotene Zeitaufwand war demnach höchstens durchschnittlich. Die Bedeutung der Streitsache ist ebenfalls höchstens durchschnittlich, die Schwierigkeit der Rechtsfragen leicht überdurchschnittlich. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint ein Honorar von Fr. 4'000.-- (zuzüglich Fr. 190.40 Auslagen und Fr. 322.70 MWSt) angemessen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des Entscheids der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 23. Januar 2019 wird neu angesetzt auf Ende Oktober 2020.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerschaft 1 die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf Fr. 4'513.10 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.

4. Zu eröffnen:

- den Beschwerdeführenden
- der Beschwerdegegnerschaft 1
- der Beschwerdegegnerin 2
- der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

und mitzuteilen:

- Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.