

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 17. Oktober 2016

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Müller
Gerichtsschreiberin Seiler

Einwohnergemeinde Thun

handelnd durch den Gemeinderat, Rathaus, Postfach 145, 3602 Thun
Beschwerdeführerin

gegen

Kanton Bern

handelnd durch die Erziehungsdirektion, Sulgeneckstrasse 70, 3005 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Denkmalpflege; Kostenbeteiligung an wissenschaftlichen
Untersuchungen (Verfügung der Erziehungsdirektion des Kantons Bern
vom 18. Februar 2016; 4800.600.050.11/15 [729422])



Sachverhalt:

A.

Die Einwohnergemeinde (EG) Thun ist Eigentümerin des Grundstücks Thun 2 Gbbl. Nr. 1___ im sog. Wirtschaftspark Thun-Schoren. Am 9. März 2016 räumte sie der A._____ AG daran ein selbständiges und dauerndes Baurecht ein. Bereits am 10. September 2015 hatte die A._____ AG mit Zustimmung der EG Thun ein Baugesuch für ein Verwaltungs- und Produktionsgebäude auf der Parzelle Nr. 1___ eingereicht, worauf der Archäologische Dienst Bern (ADB) auf zwischenzeitlich entdeckte prähistorische Funde auf der Nachbarparzelle hingewiesen und angekündigt hatte, es sei auch auf der Parzelle Nr. 1___ mit einer archäologischen Grabung zu rechnen. Nachdem Sondierungen diese Vermutung bestätigt hatten, verpflichtete die Erziehungsdirektion des Kantons Bern (ERZ) die EG Thun mit Verfügung vom 18. Februar 2016, die Hälfte, ausmachend höchstens Fr. 380'200.--, an die Kosten der wissenschaftlichen Untersuchung zu bezahlen.

B.

Gegen diese Verfügung hat die EG Thun am 18. März 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und der Kostenanteil der EG Thun sei auf maximal 30 % festzulegen.

Der Kanton Bern beantragt mit Beschwerdeantwort vom 26. April 2016, die Beschwerde sei abzuweisen.

Die Instruktionsrichterin hat die Baubewilligungsakten betreffend das Bauvorhaben auf dem Grundstück Thun 2 Gbbl. Nr. 1___ und den Baurechtsvertrag eingeholt. Die EG Thun hat sich dazu und zur Beschwerdeantwort geäußert und ihr Begehren dahingehend präzisiert, dass die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Kostenbeteiligung auf maximal ein Drittel (anstatt 30 %) festzusetzen sei.

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 Gemeinde ist Adressatin der angefochtenen Verfügung, durch diese in ihren finanziellen Interessen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

2.1 Kann eine archäologische Stätte oder Fundstelle nicht erhalten werden, wird sie wissenschaftlich untersucht (Art. 24 Abs. 1 des Gesetzes vom 8. September 1999 über die Denkmalpflege [Denkmalpflegegesetz, DPG; BSG 426.41]). Die wissenschaftliche Untersuchung umfasst die Felduntersuchung und deren Auswertung, die Konservierung und Restaurierung der Objekte sowie die Dokumentation und Publikation der Ergebnisse (Art. 24 Abs. 2 DPG). Die Kosten der Untersuchung trägt der Kanton. Gemeinden oder andere Trägerinnen und Träger öffentlicher Aufgaben beteiligen sich nach ihren finanziellen Möglichkeiten im Rahmen von 10 bis 50 Prozent an den Kosten, soweit das betreffende Grundstück in ihrem Eigentum steht und sie die Untersuchung verursacht haben (Art. 24 Abs. 3 DPG). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BVR 2016 S. 456 E. 2.3; VGE 2014/360 vom 3.9.2015, E. 2.2, 2013/247 vom 23.4.2015, E. 4.1, 2012/405 vom 8.10.2013, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

2.2 Die Kostenbeteiligung nach Art. 24 Abs. 3 DPG ist Folge der in Art. 5 Abs. 2 DPG verankerten sog. Selbstbindung des Gemeinwesens (Vortrag des Regierungsrats zum DPG, in Tagblatt des Grossen Rates

1999, Beilage 12 [nachfolgend: Vortrag], S. 14). Danach haben Kanton, Gemeinden sowie Personen und Institutionen des öffentlichen und solche des privaten Rechts, die öffentliche Aufgaben erfüllen, in ihrer Tätigkeit Denkmäler zu erhalten und, wo das öffentliche Interesse an diesen überwiegt, zu schützen. Entscheiden sie sich gegen die Belassung, haben sie sich an den archäologischen Untersuchungskosten zu beteiligen (BVR 2016 S. 456 E. 2.2; VGE 2015/49 vom 4.1.2016, E. 3.3, 2014/360 vom 3.9.2015, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). Das Gebot kommt in erster Linie dort zum Tragen, wo wertende Entscheide zu treffen und gegenläufige Interessen abzuwägen sind (Vortrag, S. 9; VGE 2011/32/33 vom 28.6.2012, E. 3.1, 2009/222 vom 21.12.2009, E. 3.3, 22624 vom 2.4.2007, E. 4.3). Die Kostenbeteiligung hat als Ausfluss dieser Selbstbindung den Zweck, dass sich das Gemeinwesen möglichst auf die Belassung des betreffenden Objekts im bisherigen Zustand besinnt (Vortrag, S. 14; VGE 2015/49 vom 4.1.2016, E. 3.3).

2.3 Die Gemeinde ist nach wie vor Eigentümerin der Parzelle. Sie macht geltend, sie habe von der archäologischen Fundstelle keine Kenntnis und daher keine Möglichkeit gehabt, sich für oder gegen deren Erhalt zu entscheiden. Die Parzelle Nr. 1___ sei nicht im archäologischen Inventar enthalten, weshalb nicht mit bedeutenden archäologischen Funden habe gerechnet werden müssen; auch der ADB sei überrascht gewesen (Beschwerde Rz. 6). Im Zeitpunkt, in dem bekannt geworden sei, dass eine Felduntersuchung notwendig werden könnte, habe sie bereits keine Entscheidungsgewalt über das Bauvorhaben mehr gehabt (Stellungnahme zur Beschwerdeantwort act. 9 S. 1). Mit diesen Vorbringen bestreitet die Gemeinde sinngemäss, die Untersuchung im Sinn der Selbstbindung des Gemeinwesens verursacht zu haben und überhaupt kostenpflichtig zu sein.

2.4 Die Vorinstanz räumt ein, dass das betroffene Gebiet nicht in einer archäologischen Zone liegt und die archäologischen Befunde erst nach Einreichen des Baugesuchs bekannt wurden. Das ändere aber nichts an der Kostenpflicht der Gemeinde, denn gemäss Art. 10f des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0) seien bisher unbekannte archäologische Objekte, die namentlich im Zuge von Arbeiten an Bauten oder im Erd-

reich zutage treten, unverändert zu lassen und durch den Entdecker oder die Entdeckerin, die am Bau beteiligten Personen sowie die Behörde, die davon Kenntnis erhält, sofort der zuständigen Fachstelle zu melden. Daraus ergebe sich, dass auch archäologische Überraschungsfunde schonend zu behandeln und, falls sie nicht erhalten werden können, wissenschaftlich zu untersuchen seien. Eine Gemeinde, auf deren Grundstück Überraschungsfunde auftreten, sei auch in diesem Fall verpflichtet, sich an den Kosten der Felduntersuchung zu beteiligen. Weder aus dem DPG noch der Verordnung vom 25. Oktober 2000 über die Denkmalpflege (Denkmalpflegeverordnung, DPV; BSG 426.411) ergebe sich eine Einschränkung dieser Verpflichtung oder eine Beschränkung des Beteiligungssatzes.

3.

3.1 Das Verwaltungsgericht hat die Voraussetzungen für die Kostenbeteiligung einer Gemeinde jeweils bejaht, wenn die Gemeinde als Grundeigentümerin selber ein Baugesuch eingereicht oder eine Drittperson hierzu ermächtigt hatte (VGE 2011/32/33 vom 28.6.2012, E. 5.1, 22624 vom 2.4.2007, E. 4.2 und 5.4, 21764 vom 6.2.2004, E. 2.4). Ebenso bejaht wurde die Kostenpflicht einer Gemeinde, die im Zeitpunkt des Baubewilligungsverfahrens zwar nicht mehr Grundeigentümerin war, die Grundstücksübergabe aber mit der Pflicht der neuen Eigentümerin verknüpft hatte, die Parzelle in einer bestimmten Weise zu überbauen (VGE 2009/222 vom 21.12.2009, E. 4.1.3 und 4.3). An den Kosten zu beteiligen hatte sich auch eine Gemeinde, die einer juristischen Person ein Baurecht eingeräumt und diese verpflichtet hatte, ein im Vertrag umschriebenes Nutzungskonzept umzusetzen (VGE 2014/360 vom 3.9.2015, E. 3.2.1). Eine andere Gemeinde, die im Zeitpunkt des Baubewilligungsverfahrens nicht mehr Eigentümerin der Bauparzelle war, hatte die wissenschaftliche Untersuchung verursacht, indem sie den ADB noch als Grundeigentümerin formell ersuchte, eine solche vorzunehmen (VGE 2012/405 vom 8.10.2013, E. 2.5; vgl. auch VGE 2015/49 vom 4.1.2016, E. 4.2). Für die Kostenpflicht war jeweils ausschlaggebend, dass sich die Gemeinde als Grundeigentümerin im Rahmen einer Interessenabwägung definitiv gegen den Erhalt der archäologischen Stätte bzw. Fundstelle entschieden und

damit Anlass für die archäologische Untersuchung gegeben hatte (VGE 2014/360 vom 3.9.2015, E. 3.2, 2012/405 vom 8.10.2013, E. 2.2, 22624 vom 2.4.2007, E. 4.3). In all diesen Fällen haben sich die Gemeinden in Kenntnis der archäologischen Befunde für ein Bauvorhaben und gegen den Erhalt der archäologischen Stätte entschieden. Zum gleichen Schluss kam das Verwaltungsgericht im Fall einer Gemeinde, die einen Kaufvertrag über ein Grundstück abschloss, als sie noch keine Kenntnis von archäologischen Befunden hatte, weil sie einerseits die Erwerblerin verpflichtete, innert einer bestimmten Frist ein Baugesuch einzureichen, das der betreffenden Überbauungsordnung entsprach, andererseits mit der Grundbuchanmeldung zuwartete, bis diese Verpflichtung erfüllt war, und die Anmeldung anschliessend vornahm, obwohl sie unterdessen – also vor Einreichen des Baugesuchs und vor der Grundbuchanmeldung – Kenntnis von den archäologischen Befunden erhalten hatte (VGE 2009/222 vom 21.12.2009, E. 4). Darin sah das Gericht einen Beleg dafür, dass die Gemeinde die Parzelle gezielt einer Überbauung gemäss der Überbauungsordnung zugeführt und damit entscheidend Einfluss genommen hatte.

3.2 Damit sich der (definitive) Entscheid für ein Bauvorhaben gleichzeitig gegen den Erhalt einer archäologischen Stätte richtet, muss die Fundstelle bekannt sein oder mindestens zuverlässig vermutet werden können. Dabei ist – entgegen der Auffassung der Gemeinde – nicht vorausgesetzt, dass die Stätte oder Fundstelle (bereits) im archäologischen Inventar nach Art. 23 DPG aufgeführt wird, zumal diesem ohnehin keine Negativwirkung zukommt, also weitere archäologische Stätten ausschliessen würde (vgl. Art. 13e Abs. 4 der Bauverordnung vom 6. März 1985 [BauV; BSG 721.1]; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 10a-10f N. 12). Vielmehr muss genügen, wenn der ADB die Gemeinde darauf hingewiesen oder diese anderweitig davon erfahren hat, dass im betroffenen Gebiet mit archäologischen Funden gerechnet werden muss. Entscheidet sich die Gemeinde trotzdem für das Bauvorhaben, das die archäologische Stätte zerstören könnte, geht sie bewusst das Risiko einer Untersuchung ein und wird kostenpflichtig. Treten hingegen Überraschungsfunde erst zu Tage, nachdem der definitive Entscheid für ein Bauvorhaben gefällt worden ist, ist es zu spät für eine Interessenabwägung zwischen Bauvorhaben und Erhalt der archäologischen Stätte.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz geht die Selbstbindung des Gemeinwesens nicht so weit, dass es in jedem Fall auf seinen in Unkenntnis der archäologischen Stätte gefällten Entscheid zurückkommen muss, um der Kostenbeteiligung zu entgehen. Aus den Bestimmungen über die Entdeckungen geht nichts anderes hervor. Diese regeln, welche Massnahmen bei Überraschungsfunden zu treffen sind, um den drohenden Verlust der historischen Erkenntnisse (sofort) zu verhindern; über die Kostenfolgen sagen sie nichts.

3.3 Nach der Rechtsprechung ist es grundsätzlich das Bauprojekt und der damit manifestierte Entscheid gegen den Erhalt der Stätte, das eine archäologische Untersuchung notwendig macht, und nicht etwa erst der Baubeginn. Denn die archäologischen Grabungen müssen vor Baubeginn stattfinden und werden, damit sich der Bau nicht verzögert, häufig schon in Angriff genommen, bevor die Baubewilligung vorliegt. Vorliegend hat die Gemeinde Dritte ermächtigt, ein Bauprojekt auszuarbeiten und das entsprechende Baugesuch einzureichen. Spätestens im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im September 2015 bekundete die Gemeinde offiziell, dass sie sich (endgültig) für die Überbauung der Parzelle entschieden hatte. In diesem Zeitpunkt hatte unbestrittenermassen noch niemand Kenntnis von einer mutmasslichen Fundstelle. Dies wurde erst bekannt, als ein Mitarbeiter des ADB am 28. Oktober 2015 auf dem Nachbargrundstück Spuren einer bronzezeitlichen Siedlung entdeckte. Dementsprechend kündigte der ADB in seinem (zweiten) Fachbericht vom 29. Oktober 2015 an, dass auch auf dem hier betroffenen Grundstück mit Grabungen zu rechnen sei. Die Gemeinde hatte folglich erst nach Einreichen des Baugesuchs durch die Bauherrschaft Kenntnis von der archäologischen Stätte. Ihr Entscheid, das Grundstück zur Überbauung freizugeben, war zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr ohne Weiteres rückgängig zu machen; ein Entscheid gegen den Erhalt der Stätte im Sinn von Art. 24 Abs. 3 DPG kann darin jedenfalls nicht erblickt werden. Die Gemeinde kann folglich nicht an den Kosten der Untersuchung beteiligt werden.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Kanton Bern. Er hat keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Erziehungsdirektion des Kantons Bern vom 18. Februar 2016 wird aufgehoben.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikostenersatz gesprochen.
3. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - dem Beschwerdegegner

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

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.