

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 29. August 2018**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Herzog, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiberin Barben

**Bürgergemeinde Brienz**

handelnd durch den Burgerrat, Hauptstrasse 62, 3855 Brienz  
vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdeführerin

gegen

**Einwohnergemeinde Brienz**

handelnd durch den Gemeinderat, Hauptstrasse 204, Postfach 728,  
3855 Brienz  
vertreten durch Advokat ...

Beschwerdegegnerin

und

**Regierungsstatthalteramt Thun**

Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

betreffend Schadenersatzforderung (Entscheid des Regierungsstatthalter-  
amts Thun vom 6. Dezember 2016; vkv 5/2016)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Beim Unwetter vom 22./23. August 2005 verschüttete ein Murgang im Glyssibach den Dorfkern von Brienz. Während der Aufräumarbeiten lagerte die Einwohnergemeinde Brienz das anfallende Material auf einem Teil der Parzelle Brienz Gbbl. Nr. 139 ab. Das Grundstück gehört der Burgergemeinde Brienz; es befand sich damals in der Landwirtschaftszone und war als Landwirtschaftsland verpachtet.

Das abgelagerte Material bestand unter anderem aus Bauschutt und war teilweise mit umweltbelastenden Stoffen (Heizöl) verunreinigt. Die Parzelle wurde im Frühling 2006 der Pächterin wieder überlassen, das Material aber nicht vollständig entfernt. Ein Parzellenteil mit der Fläche von 13'827 m<sup>2</sup> ist als Ablagerungsstandort in den Kataster der belasteten Standorte des Kantons Bern aufgenommen. Er ist weder überwachungs- noch sanierungsbedürftig; der verunreinigte Boden muss allerdings entsorgt werden, wenn das Grundstück überbaut wird. Seit der Ortsplanungsrevision 2013 gehört die Parzelle Nr. 139 zur Industrie- und Gewerbezone. Zwischen der Burgergemeinde und der Einwohnergemeinde Brienz ist umstritten, wer im Fall der Überbauung der Parzelle die Kosten für die Entsorgung des belasteten Bodens zu tragen hat. Einigungsbemühungen unter der Leitung des Regierungstatthalters des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli blieben erfolglos.

### **B.**

Am 30. Juni 2016 erhob die Burgergemeinde Brienz deshalb beim Regierungstatthalteramt Interlaken-Oberhasli Klage gegen die Einwohnergemeinde Brienz. Sie beantragte, diese sei zu verurteilen, ihr einen Betrag von Fr. 800'000.-- aus Vertragsverletzung zu bezahlen. Gleichzeitig stellte sie den Antrag, der Regierungstatthalter von Interlaken-Oberhasli habe wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten.

Mit Verfügung vom 26. Juli 2016 stellte die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) die Ausstandspflicht des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises Interlaken-Oberhasli fest und wies die Klage dem Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Thun zur weiteren Behandlung zu.

Die Einwohnergemeinde Brienz beantragte mit Klageantwort vom 6. September 2016, es sei auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, eventuell sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Mit Entscheid vom 6. Dezember 2016 wies der Regierungsstatthalter von Thun die Klage ab.

### **C.**

Gegen diesen Entscheid hat die Burgergemeinde Brienz am 5. Januar 2017 Appellation an das Verwaltungsgericht erhoben. Sie beantragt, der Entscheid sei aufzuheben und die Einwohnergemeinde Brienz sei zu verurteilen, ihr einen Betrag von Fr. 800'000.-- zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zur Bestimmung des Schadenersatzes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Einwohnergemeinde Brienz beantragt mit Appellationsantwort vom 1. Februar 2017, in Bestätigung des Entscheids der Vorinstanz sei die Appellation vollumfänglich abzuweisen.

Der Regierungsstatthalter verweist in seiner Vernehmlassung vom 16. Januar 2017 auf den angefochtenen Entscheid, verzichtet aber auf einen formellen Antrag.

Auf richterliche Aufforderung hin haben sich die Verfahrensbeteiligten am 4., 14. und 19. Dezember 2017 zur allfälligen Anwendbarkeit der Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetzgebung geäußert.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Im Klageverfahren ergangene Urteile unterer Verwaltungsjustizbehörden können mit Appellation vor das Verwaltungsgericht gebracht werden, soweit die Gesetzgebung nichts anderes vorsieht (Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 20a VRPG) prüft das Verwaltungsgericht, in welchem Verfahren die Streitsache richtigerweise zu beurteilen und welches Rechtsmittel zulässig ist (BVR 2011 S. 458 E. 1.1.1). Die zuständige Behörde regelt öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse von Amtes wegen oder auf Gesuch hin mit einer Verfügung, es sei denn, das Gesetz sehe ausdrücklich etwas anderes vor oder verweise zur Streiterledigung auf den Klageweg (Art. 49 Abs. 1 VRPG). Verfügungen unterliegen der Beschwerde (Art. 60 Abs. 1 Bst. a und Art. 74 Abs. 1 VRPG). Dementsprechend ist die verwaltungsrechtliche Klage oder Appellation unzulässig, wenn der behauptete Anspruch auf dem Gesuchs- oder Beschwerdeweg geltend gemacht werden kann (Art. 90 Abs. 1 VRPG; BVR 2011 S. 458 E. 1.1.2). Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen sind im Klageverfahren zu beurteilen, soweit die zuständige Behörde die Streitigkeit nach dem Gesetz nicht durch Verfügung zu regeln hat (vgl. Art. 88 Bst. d bzw. auch Art. 87 Bst. b VRPG).

### **2.**

**2.1** Der Streitigkeit liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Es ist unbestritten, dass der Gemeinderatspräsident der Einwohnergemeinde nach dem Unwetter vom 22./23. August 2005 den Burgerratspräsidenten telefonisch anfragte, ob die Burgergemeinde das streitbetroffene Grundstück für Aufräumarbeiten zur Verfügung stelle. Der Burgerratspräsident erklärte sein Einverständnis und orientierte den Burgerrat an dessen Sitzung vom 7. September 2005 darüber (Eingabe der Burgergemeinde vom 7.10.2016, Vorakten Regierungsstatthalteramt act. 3A pag. 26; act. 3A pag. 111). Die beiden Gemeinden schlossen keine schriftliche Vereinbarung ab. Gemäss

Protokoll der Burgerratssitzung vom 19. Oktober 2015 ging die Bürgergemeinde davon aus, dass die Einwohnergemeinde die Kosten für das Planieren, Humusieren, Ansäen etc. übernehme und die Pächterin voraussichtlich direkt für den Ertragsausfall entschädige (act. 3A pag. 112). Der Gemeinderat der Einwohnergemeinde beschloss am 10. Januar 2006 eine Ertragsausfallentschädigung (act. 3A pag. 114). Am 24. August 2006 fand eine Begehung des Grundstücks mit Vertreterinnen und Vertretern der Bürgergemeinde und der Einwohnergemeinde statt. Dabei stellten diese fest, dass auf der Parzelle noch grössere Steine, Eisen- und Holzstücke lagen; die Parzelle sei nicht wunschgemäss humusiert und angesät worden (act. 3A pag. 59). Die Einwohnergemeinde erhöhte daraufhin die Entschädigung für den Ertragsausfall (act. 3A pag. 60). Im Rahmen der Ortsplanungsrevision 2013 wurde die Einzonung der Parzelle Nr. 139 in die Industriezone vorgesehen. Um die Versickerungsmöglichkeit für die Erschliessung zu prüfen, liess die Bürgergemeinde ein geologisch-hydrogeologisches Gutachten erstellen. Die Untersuchung mittels Baggerschlitzten zeigte, dass der Boden im Bereich der ehemaligen Deponie Fremdstoffe aufwies (Gutachten vom 9.12.2014, act. 3A pag. 64). Daraufhin liess die Einwohnergemeinde die Belastungssituation in einem technischen Gutachten abklären. Die Gutachter schätzten die Sanierungskosten grob auf Fr. 830'000.-- (Gutachten vom 12.3.2015, act. 3A pag. 73). Am 10. Juni 2015 wurde das Grundstück in den Kataster der belasteten Standorte eingetragen (einsehbar unter: <<http://www.geo.apps.be.ch>>, Rubrik «Karten»).

**2.2** Die Bürgergemeinde stellt sich auf den Standpunkt, sie habe der Einwohnergemeinde das Grundstück durch einen mündlichen öffentlich-rechtlichen Gebrauchsleihevertrag zur Verfügung gestellt; sie begründet ihre Klage mit der Verletzung dieses Vertrags. Die Einwohnergemeinde hat sich in der Klageantwort demgegenüber darauf berufen, die Nutzung des Grundstücks beruhe auf «Notrecht», ohne dies näher zu umschreiben. Gemeint ist damit im Allgemeinen die polizeiliche Generalklausel (Art. 22 des Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997 [PolG; BSG 551.1]). Der Regierungsrat teilt die Rechtsauffassung der Bürgergemeinde, verneint jedoch, dass dieser ein Schaden entstanden sei. Er hat erwogen, bei der Vereinbarung der Parteien handle es sich um einen öffentlich-rechtlichen (und nicht um einen privatrechtlichen) Vertrag, da die Einwohnergemeinde damit

die Beseitigung einer schweren und akuten Störung der öffentlichen Ordnung bezweckt habe. Zwar habe die Burgergemeinde ohne Zwang in den Gebrauchsleihevertrag eingewilligt, aber weil die Einwohnergemeinde womöglich aus Notrecht heraus hätte handeln können, sei davon auszugehen, dass die Burgergemeinde keine Wahl hatte, als der Zwischennutzung zuzustimmen.

**2.3** Im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist vorab zu prüfen, ob überhaupt eine Vertragsstreitigkeit vorliegt. Aufgrund des Vorrangs der Verfügung (Art. 49 Abs. 1 VRPG) ist die Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrags nur zulässig, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht (BVR 2000 S. 454 E. 1e, 1996 S. 219 E. 2b; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 5; dies jedenfalls im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts, vgl. VGE 22278 vom 12.9.2005 E. 2.4 [bestätigt durch BGer 1A.266/2005 vom 13.3.2006, in URP 2006 S. 361]). Nach der polizeilichen Generalklausel ist die zuständige Polizeibehörde ermächtigt, auch ohne gesetzliche Grundlage unaufschiebbare Massnahmen zu tätigen, um eingetretene, ernste Störungen oder unmittelbar drohende, ernste Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen oder abzuwehren. Die Generalklausel kommt nur subsidiär zur Anwendung, wenn sich die Massnahmen nicht auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen lassen (VGE 22848 vom 28.11.2007 E. 4.1). Die Ablagerung erfolgte im Jahr 2005; damals galt das alte kantonale Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetz vom 24. Juni 2004 [aKBZG; BAG 04-100; in Kraft vom 1.1.2005 bis 31.12.2014]). Nach Art. 38 Abs. 1 aKBZG sind die Behörden befugt, die erforderlichen Mittel (bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Tiere) durch Requisition zu beschaffen, wenn bei Katastrophen oder in Notlagen die öffentlichen Mittel nicht mehr ausreichen und private Mittel nicht auf andere Art zu annehmbaren Bedingungen beschafft werden können (ebenso Art. 38 Abs. 1 des kantonalen Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetzes vom 19. März 2014 [KBZG; BSG 521.1], in Kraft seit 1.1.2015). Requiriert wird durch Verfügung (Art. 38 Abs. 2 Satz 1 und Art. 79 Abs. 1 aKBZG). Requisitionsverfügungen sind sofort vollstreckbar. Das Verfügungsrecht über die requirierten Mittel geht gegen Entschädigung an die Behörde über (Art. 38 Abs. 2 aKBZG).

**2.4** Die Einwohnergemeinde benötigte das Grundstück für Aufräumarbeiten nach dem Unwetter, d.h. sie beschaffte es sich als Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Aus den übereinstimmenden Angaben der Parteien geht hervor, dass nach dem Unwetter schnell eine Lösung gefunden werden musste, um das vom Murgang verschüttete Dorfzentrum zu räumen; dies bedingte, dass das Material in der Nähe abgelagert werden konnte. Die Anfrage der Einwohnergemeinde erfolgte formlos; die Bürgergemeinde war bereit, unbürokratisch zu helfen. Es war klar, dass das Grundstück rasch benötigt wurde; wie auch der Regierungsstatthalter erwogen hat, blieb der Bürgergemeinde faktisch keine Wahl, als der Überlassung der Parzelle zuzustimmen. Vor diesem zivilschutzrechtlichen Hintergrund ist nicht von einem Vertrag auszugehen: Das Unwetter vom 22./23. August 2005 war klarerweise eine Katastrophe im Sinn von Art. 2 aKBZG (vgl. Vortrag des Regierungsrats zum aKBZG, in Tagblatt des Grossen Rates 2004, Beilage 14, S. 7; Vortrag des Regierungsrats zum Gesetz über ausserordentliche Lagen [ALG], in Tagblatt des Grossen Rates 1997, Beilage 59, S. 9). Die Einwohnergemeinde war daher nach Art. 38 Abs. 1 aKBZG befugt, das Grundstück der Bürgergemeinde durch Requisition zu beschaffen. Requisitionen erfolgen durch Verfügung (E. 2.3 hiervor). Eine Wahlmöglichkeit zugunsten vertraglichen Handelns bestand nicht. Vielmehr liegt ein einseitiger und verbindlicher Rechtsakt gestützt auf öffentliches Recht vor; dieser weist einen Formfehler auf, da er mündlich ergangen ist, er ist deswegen aber nicht nichtig (vgl. BVR 2009 S. 385 E. 5.7, 2000 S. 537 E. 2c betreffend mündliche Verfügungen bei zeitlicher Dringlichkeit). In der Einwilligung der Bürgergemeinde ist demnach die Zustimmung zu einer sofort vollstreckbaren formlosen Verfügung zu sehen (vgl. Art. 3 Bst. f des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021] analog und dazu Bickel/Oeschger/Stöckli, Die verfahrensfreie Verfügung, in ZBI 2009 S. 593 ff., insb. 609 ff.).

**2.5** Die Schadenersatzforderung der Bürgergemeinde beruht folglich nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Die Frage der Haftung der Einwohnergemeinde und das Verfahren zur Geltendmachung des eingeklagten Schadenersatzes richten sich vielmehr nach der Gesetzgebung über den Bevölkerungs- und Zivilschutz. Dabei ist die Haftung materiell

nach denjenigen Bestimmungen zu beurteilen, die im Zeitpunkt der schädigenden Handlung galten (BVR 1994 S. 528 E. 2c), d.h. nach dem aKBZG (vorne E. 2.3); das Verfahren richtet sich hingegen gemäss allgemeinen übergangsrechtlichen Grundsätzen nach dem heute geltenden Recht (BVR 2004 S. 241 E. 1.1.1; BGE 136 II 187 E. 3.1).

### **3.**

**3.1** Unter dem Titel «Vollzug und Rechtspflege» verweist Art. 93 Abs. 2 KBZG für die Schadenersatz- und Rückgriffsansprüche aus nicht zivilschutzrechtlichen Schutzdienstleistungen auf die jeweilige Spezialgesetzgebung bzw. die Staatshaftungsregelung gemäss Art. 100 ff. des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) und Art. 84 des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11). Gemäss Art. 84 Abs. 2 GG erlässt der Gemeinderat die Verfügung über streitige Ansprüche gegen die Gemeinde auf Schadenersatz oder Genugtuung, wenn das kommunale Recht keine andere Regelung vorsieht. Gegen Verfügungen der Gemeinde kann beim Regierungsstatthalteramt Beschwerde geführt werden (Art. 63 Abs. 1 Bst. a VRPG); dessen Entscheid kann beim Verwaltungsgericht angefochten werden (Art. 74 Abs. 1 VRPG). – Die Bürgergemeinde hätte ihre Forderung somit nicht mit Klage vor dem Regierungsstatthalteramt geltend machen dürfen; vielmehr hätte sie bei der Einwohnergemeinde eine anfechtbare Verfügung verlangen und gegen diese beim Regierungsstatthalteramt Beschwerde führen müssen.

**3.2** Wird das Verwaltungsgericht fälschlicherweise auf dem Klageweg angerufen, kann es bei entsprechender Zuständigkeit die Klage unter Umständen als Beschwerde entgegennehmen (BVR 2008 S. 241 E. 1.7.2, 2002 S. 181 E. 1a, 2011 S. 458 [VGE 2009/205 vom 18.2.2011] nicht publ. E. 1.3; VGE 2011/107 vom 27.1.2012 E. 5). Da das Verwaltungsgericht in Bezug auf die Anfechtung von Entscheiden der Regierungsstatthalterämter sowohl als Beschwerde- als auch als Appellationsinstanz zuständig ist, es die sich hier stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen frei prüfen kann (Art. 80 Bst. a und b VRPG) und sich für die Verfahrensbeteiligten auch sonst keine Nachteile ergeben, spricht nichts dagegen, die Appellation als

Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen (BVR 2011 S. 458 nicht publ. E. 1.3; VGE 2009/228 vom 27.4.2010 E. 1.3.3).

**3.3** Die Einwohnergemeinde hat über die Forderung der Burgergemeinde keine Verfügung erlassen; die Burgergemeinde hat eine solche auch nicht verlangt. Es fehlt damit grundsätzlich an einem Anfechtungsobjekt für ein Beschwerdeverfahren. Hingegen hat die Einwohnergemeinde mit Schreiben vom 4. Mai 2016 die Forderung der Burgergemeinde über Fr. 700'000.-- endgültig abgelehnt unter Hinweis auf ihren Gemeinderatsbeschluss vom 2. Mai 2016 (act. 3A pag. 110). Der Regierungsstatthalter, der auch zuständige Beschwerdeinstanz gewesen wäre, hat die Klage der Burgergemeinde materiell beurteilt; sein Entscheid wäre im Beschwerdeverfahren an die Stelle einer Verfügung der Einwohnergemeinde getreten (Devolutiveffekt der Beschwerde, vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4; BVR 2010 S. 411 E. 1.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 60 N. 7). Die Einwohnergemeinde verstand ihr Schreiben vom 4. Mai 2016 nicht als Verfügung; es war auch nicht als solche bezeichnet und enthielt keine Rechtsmittelbelehrung. Es kann der Burgergemeinde daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie ihre Eingabe an den Regierungsstatthalter nicht innerhalb von 30 Tagen nach diesem Schreiben eingereicht hat (vgl. auch BVR 2008 S. 241 E. 1.7.2, 2002 S. 181 E. 1a). Vielmehr stünde es ihr nach wie vor offen, bei der Einwohnergemeinde eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Da sich jedoch bereits alle Verfahrensbeteiligten umfassend zur Sache geäußert haben, widerspräche es dem Gebot der Prozessökonomie, die Burgergemeinde zu diesem Vorgehen zu verpflichten, um anschliessend den Instanzenzug erneut zu durchlaufen. Die Appellation ist daher als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen und es ist darauf einzutreten, da die Prozessvoraussetzungen im Übrigen erfüllt sind.

#### **4.**

**4.1** Nach Art. 39 Abs. 2 aKBZG ist für Gebrauch, Wertverminderung oder Verlust der requirierten Mittel eine angemessene Entschädigung gemäss den eidgenössischen Vorschriften über die Requisition zu entrichten. Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d und Art. 25 Abs. 6 der Verordnung vom

9. Dezember 1996 über die Requisition (nachfolgend: ReqV; AS 1997 S. 183) hat die Eigentümerin oder der Eigentümer namentlich Anspruch auf Schadenersatz bei Wertminderung oder Totalverlust des Requisitionsguts. Für Wertminderungen während der Dauer der Requisition wird eine Minderwertentschädigung ausgerichtet. Die ReqV wurde per 15. Dezember 2009 ersatzlos aufgehoben (AS 2009 S. 6507; David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Diss. St. Gallen 2016, S. 322 f. N. 829). Der Verweis auf die eidgenössischen Vorschriften ist deshalb in Art. 39 Abs. 2 KBZG nicht mehr enthalten.

**4.2** Der Regierungsstatthalter hat die Klage der Burgergemeinde abgewiesen mit der Begründung, es sei kein rechtserheblicher Schaden entstanden. Die Einwohnergemeinde habe das Grundstück nach den Aufräumarbeiten so wiederhergestellt, dass es landwirtschaftlich ohne Einschränkungen nutzbar gewesen sei. Es bestünden im Gegenteil Hinweise darauf, dass der landwirtschaftliche Nutzwert durch Übersandung und Einlebung allenfalls sogar gesteigert worden sei. Der finanzielle Wert der Parzelle als landwirtschaftliches Grundstück sei somit nicht rechtserheblich vermindert worden. Durch die Einzonung im Jahr 2014 habe das Grundstück eine Wertvermehrung erfahren, unabhängig davon, in welchem Zustand es sich vorher befunden habe. Die Kosten für die «Vorarbeiten» (die Entsorgung des verunreinigten Bodens) fielen nur wegen der zusätzlichen Nutzungsmöglichkeiten an und hingen von der tatsächlichen Nutzung ab. Der Regierungsstatthalter kam daher zum Schluss, dass ein daraus geltend gemachter Schaden der Einwohnergemeinde nicht zugerechnet werden könnte.

**4.3** Unbestritten ist, dass das mit Schadstoffen belastete Material, das nach Abschluss der Aufräumarbeiten auf dem Grundstück verblieben ist, zur Verunreinigung des Bodens geführt hat; im Fall einer Überbauung des Grundstücks muss der Aushub deshalb entsorgt werden. Umweltschutzrechtlich handelt es sich um eine sogenannte «Bauherrenaltlast» im Sinn von Art. 32b<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01); die Sanierungskosten sind daher nicht nach der altlastenrechtlichen Norm von Art. 32d USG zu verteilen, sondern die Inhaberin oder der Inhaber des Grundstücks hat

nach Abfallrecht grundsätzlich dafür aufzukommen (vgl. BGE 4A\_67/2017 vom 15.3.2018 E. 3).

**4.4** Die Ablagerung von Bauschutt auf einem Grundstück stellt eine ungerechtfertigte Einwirkung auf das Eigentum im Sinn von Art. 641 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) dar (BGE 107 II 134 E. 2c, 100 II 307). Die Ablagerung war durch die Requisition gerechtfertigt; die Entschädigung gemäss Art. 39 Abs. 2 aKBZG setzt aber kein rechtswidriges Handeln voraus. Die Einwohnergemeinde wäre jedoch verpflichtet gewesen, der Burgergemeinde das Grundstück nach Abschluss der Aufräumarbeiten in geräumtem Zustand zurückzugeben.

**4.5** Dass eine Sanierung nicht nötig war, solange das Grundstück weiterhin im bisherigen Umfang landwirtschaftlich bewirtschaftet wurde, ändert daran nichts. Zwar waren die baulichen Möglichkeiten beschränkt, als sich das Grundstück in der Landwirtschaftszone befand. Eine Nutzung anderer Art, die bereits die Entsorgung des verunreinigten Bodens erfordert hätte, war rechtlich jedoch nicht völlig ausgeschlossen. Diese latente Sanierungspflicht bewirkt durchaus eine Wertverminderung des Grundstücks (vgl. dazu Roland Brehm, Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, Art. 42 OR N. 21c, 21e und 24). Die Entsorgungskosten stellen daher entgegen der Auffassung des Regierungsstatthalters einen ersatzfähigen Schaden dar. Dass das Grundstück später eingezont wurde und dadurch eine Wertsteigerung erfahren hat, steht mit der Requisition in keinem Zusammenhang und ändert deshalb nichts am dadurch entstandenen Schaden.

**4.6** Die Requisition des Grundstücks im Sinn von Art. 38 Abs. 1 aKBZG nach dem Unwetter vom 22./23. August 2005 stellt eine amtliche Handlung dar. Ob die Einwohnergemeinde die Aufräumarbeiten bzw. einen Teil davon durch eine Unternehmung hat ausführen lassen, ist für die Frage der Entschädigung nicht von Bedeutung; die Handlungen der beauftragten Unternehmung sind ihr zuzurechnen (vgl. etwa VGE 2016/40 vom 21.4.2017 E. 4).

## 5.

**5.1** Das aKBZG enthält keine Bestimmung zur Verjährung der Entschädigungsforderung. Die ReqV kannte für Schadenersatzansprüche gegen den Bund eine Verjährungsfrist von fünf Jahren nach der schädigenden Handlung (Art. 28 Abs. 2 ReqV). Der Verweis auf die bundesrechtlichen Vorschriften in Art. 39 Abs. 2 aKBZG ist jedoch nicht so umfassend zu verstehen, dass er auch die Verjährungsbestimmung einschliessen würde; er betrifft im Wesentlichen den Umfang der Entschädigung. Nur so ist die Auffassung des kantonalen Gesetzgebers zu erklären, wonach die Aufhebung der ReqV zu keiner materiellen Änderung des Requisitions- und Entschädigungsrechts führte (vgl. Vortrag des Regierungsrats zum KBZG, in Tagblatt des Grossen Rates 2014, Beilage 10, S. 12). Im Übrigen verweist Art. 80 Abs. 2 aKBZG auf die Regeln über die Staatshaftung gemäss PG und GG; die Verjährung ist daher nach diesen Bestimmungen zu beurteilen.

**5.2** Allgemein gelten für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinden die Haftungsbestimmungen des PG sinngemäss (Art. 84 Abs. 1 GG). Weil dieses soweit hier interessierend die Verjährung nicht regelt, richtet sich diese gestützt auf Art. 105 PG nach dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR; SR 220) bzw. dessen Bestimmungen über die Haftung aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 ff. OR, die als ergänzendes kantonales Recht Anwendung finden (BVR 2002 S. 184 E. 2b und 3a; VGE 2011/309 vom 13.12.2012 E. 3.1). Gemäss Art. 60 Abs. 1 OR verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung innerhalb eines Jahres von dem Tag an gerechnet, an dem die geschädigte Person Kenntnis des Schadens und von der ersatzpflichtigen Person erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren seit dem Tag der schädigenden Handlung (BVR 2009 S. 149 E. 4.2, 2002 S. 184 E. 2b). Anders als im Privatrecht (Art. 135 OR) bedarf es im öffentlichen Recht zur Unterbrechung der Verjährung keiner sogenannt qualifizierten Rechtshandlung (BVR 2002 S. 481 E. 4d, 2001 S. 341 E. 3c). Ausreichend ist vielmehr jede Handlung, mit welcher eine Forderung gegenüber der Schuldnerin oder dem Schuldner in geeigneter bzw. genügend bestimmter Weise geltend gemacht wird. Sogar die blosser Mitteilung einer Forderung oder die formlose Mahnung

wirken verjährungsunterbrechend (BVR 2011 S. 458 E. 9.1; BGE 135 V 74 E. 4.2.1, 133 V 537; BGer 2A.319/2002 vom 6.12.2002 E. 2.3). Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist neu zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR).

**5.3** Die Kenntnis des Schadens setzt voraus, dass die geschädigte Person die Existenz, Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens soweit überblicken und hinreichend begründen kann, dass ihr eine gerichtliche Geltendmachung der sich daraus ergebenden Ansprüche möglich und zumutbar ist. Die Kenntnis muss sich auch auf das Ausmass des Schadens beziehen; die geschädigte Person braucht indes nicht zu wissen, wie hoch der Schaden ziffernmässig ist. Es genügt eine Kenntnis sämtlicher wesentlicher Elemente, eine Kenntnis im Grossen und Ganzen (BGE 136 III 322 E. 4.1, 131 III 61 E. 3.1.1; BVR 1997 S. 313 E. 3a; VGE 2011/309 vom 13.12.2012 E. 3.1; Roland Brehm, a.a.O., Art. 60 OR N. 27 ff.). Die Verjährungsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die geschädigte Person tatsächlich Kenntnis vom Schaden hat, nicht in demjenigen, in welchem sie bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit ausreichende Kenntnis hätte erlangen können; sogar die schuldhafte Unkenntnis schadet nicht (BGE 136 III 322 E. 4.1, 111 II 55 E. 3a; BVR 2007 [VGE 21818 vom 14.11.2006] nicht publ. E. 2.2; Roland Brehm, a.a.O., Art. 60 OR N. 59 f.).

**5.4** Der geltend gemachte Schaden beruht darauf, dass bei den Aufräumarbeiten nach dem Unwetter Teile des vorübergehend gelagerten Materials auf dem Grundstück der Burgergemeinde zurückgelassen worden sind. Die schädigende Handlung hat somit nach dem 23. August 2005 stattgefunden. Ein Jahr später, bei der Begehung vom 24. August 2006, fanden Vertreterinnen und Vertreter der Einwohnergemeinde und der Burgergemeinde auf der Parzelle noch grössere Steine, Eisen- und Holzstücke; die Einwohnergemeinde stellte in Aussicht, diese zu entfernen (act. 3A pag. 59). An der Abnahme vom 5. September 2007 wies die Burgergemeinde darauf hin, dass beim Auffüllen Fremdstoffe eingebaut worden waren; sie teilte mit, sie übernehme keine Verantwortung für deren Entsorgung (act. 3A pag. 61). Bei der Mitwirkung zur Ortsplanungsrevision verlangte die Burgergemeinde ebenfalls, allfällige Kosten für die Entsorgung

von Fremdstoffen müsse die Einwohnergemeinde tragen, falls «verdeckte Mängel» gemäss Abnahmeprotokoll vom 5. September 2007 auftreten sollten (act. 3A pag. 62). An einer weiteren Begehung vom 24. November 2014 stellten Vertreterinnen und Vertreter der Burgergemeinde und der Einwohnergemeinde erneut fest, dass das nach dem Unwetter 2005 deponierte Material nicht vollständig entfernt worden war. Sie vereinbarten, mittels Sondiergrabungen das Ausmass der Deponie zu bestimmen (act. 3A pag. 63). Das geologisch-hydrogeologische Gutachten vom 9. Dezember 2014 ergab, dass Fremdstoffe im Boden die Versickerung von Regenwasser teilweise verunmöglichen und die Deponie für ein Bauprojekt saniert bzw. der belastete Aushub entfernt werden muss (act. 3A pag. 64). Das Ausmass der Belastung zeigte sich im technischen Gutachten vom 12. März 2015, wonach die Sanierungskosten grob geschätzt Fr. 830'000.-- betragen (act. 3A pag. 73). Daraufhin erfolgte am 10. Juni 2015 der Eintrag in den Kataster der belasteten Standorte. Mit Schreiben vom 17. April 2015 forderte die Burgergemeinde die Einwohnergemeinde auf, das Fremdmaterial zu entfernen (act. 3A pag. 126). Nach einem weiteren Briefwechsel gab die Einwohnergemeinde am 19. August 2015 eine Erklärung ab, wonach sie bis zum 31. Juli 2016 auf die Einrede der Verjährung verzichte, soweit die Verjährung nicht bereits eingetreten sei (act. 3A pag. 101). Ab August 2015 führten die Burgergemeinde und die Einwohnergemeinde mehrere Einigungsgespräche vor dem Regierungsstatthalter von Interlaken-Oberhasli (act. 3A pag. 143, 155, 167).

**5.5** Wie sich aus den genannten Akten ergibt, wusste die Burgergemeinde seit dem Abschluss der Aufräumarbeiten, dass Fremdstoffe auf dem Grundstück verblieben waren. Die finanziellen Folgen davon waren ihr aber noch nicht bekannt, zumal das Grundstück vorerst weiter landwirtschaftlich genutzt wurde, ohne dass sie weitere Massnahmen treffen musste. Der Sanierungsbedarf wurde erst nach der Einzonung aktuell und mittels Gutachten abgeklärt; die ungefähre Höhe des Schadens ergibt sich aus dem technischen Gutachten vom 12. März 2015. Erst aus diesem konnte die Burgergemeinde das Ausmass des Schadens erkennen. Die relative Einjahresfrist begann somit erst in diesem Zeitpunkt zu laufen. Die absolute Zehnjahresfrist endete jedenfalls nach dem 23. August 2015. Mit dem Schreiben vom 17. April 2015 hat die Burgergemeinde sowohl die re-

lative als auch die absolute Verjährungsfrist unterbrochen. Zudem hat die Einwohnergemeinde ihren Verjährungseinredeverzicht am 19. August 2015 abgegeben, also ebenfalls weniger als zehn Jahre nach dem Unwetter und weniger als ein Jahr seit Kenntnis des Schadens. Auch die weitere Korrespondenz und die Einigungsgespräche ab August 2015 sind als verjährungsunterbrechende Handlungen zu betrachten. Im Zeitpunkt der Klage vom 30. Juni 2016 war die Forderung somit noch nicht verjährt; die Frist wurde seither jeweils durch Prozesshandlungen unterbrochen, so dass die Verjährung bisher nicht eingetreten ist.

## 6.

Die Einwohnergemeinde hat der Burgergemeinde somit den Schaden zu ersetzen, der aus der Ablagerung des Materials auf dem Grundstück entstanden ist. Dieser bestimmt sich nach den Entsorgungskosten. Gemäss Art. 39 aKBZG ist eine «angemessene», d.h. nicht zwingend eine «volle» Entschädigung geschuldet (im Gegensatz etwa zur Enteignung, Art. 10 des Gesetzes vom 3. Oktober 1965 über die Enteignung [nachfolgend: KEntG; BSG 711.0]; vgl. etwa auch Vallender/Hettich, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 26 N. 12). Nachdem im Gutachten vom 12. März 2015 Entsorgungskosten von Fr. 830'000.-- genannt worden waren, hat die Einwohnergemeinde die begutachtenden Geologen mit einer zusätzlichen groben Kostenschätzung beauftragt. Gemäss deren Einschätzung vom 19. Januar 2016 (act. 3A pag. 170) müssen bei einer Gesamtüberbauung des Areals voraussichtlich rund 7'000 bis 9'500 m<sup>3</sup> belasteter Aushub entsorgt werden; die Transport- und Entsorgungskosten belaufen sich dafür auf Fr. 450'000.-- bis Fr. 600'000.-- (ohne MWSt), dazu fallen Kosten für die fachliche Begleitung durch einen Geologen an (5-10% der Sanierungskosten), zudem sind weitere, schwer kalkulierbare Kostenfaktoren nicht berücksichtigt worden. Die Burgergemeinde geht gestützt auf diese Grundlage davon aus, der Mittelwert einschliesslich MWSt entspreche dem geforderten Betrag von Fr. 800'000.--. Da die Einwohnergemeinde einen ersatzfähigen Schaden verneint hat, hat sie sich zur Höhe der Entschädigung nicht geäussert. Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, diese Entschädigungsbemessung in erster Instanz vorzunehmen, zumal bei der

Festlegung der «angemessenen» Entschädigung der Behörde ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache ist an die Einwohnergemeinde zurückzuweisen (vgl. Art. 84 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 84 N. 5). Diese hat ausgehend von der Kostenschätzung die Höhe des Schadens zu ermitteln und die Entschädigung in einer anfechtbaren Verfügung festzulegen (vorne E. 3.1). Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen, im Übrigen ist sie abzuweisen.

## **7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt die beschwerdeführende Burgergemeinde mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch. Praxisgemäss ist indes im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann (BVR 2016 S. 222 E. 4.1). Demnach ist die Beschwerdeführerin für die Kostenverlegung als vollständig obsiegend zu betrachten. Da die unterliegende Einwohnergemeinde in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 2 Satz 2 VRPG).

**7.2** Nach Art. 104 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG haben Gemeinden – zu denen auch die Burgergemeinden gehören – in der Regel keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten. Parteikostenersatz kann einer Gemeinde ausnahmsweise dann gewährt werden, wenn eine besonders komplexe Angelegenheit vorliegt oder wenn die Gemeinde nicht in erster Linie hoheitliche Interessen wahrt, sondern – insbesondere als Bauherrin oder Grundeigentümerin – wie eine Privatperson betroffen ist (BVR 2015 S. 581 E. 7.3 mit Hinweisen). Letzteres ist hier der Fall. Die Einwohnergemeinde hat der Burgergemeinde daher für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten zu ersetzen.

**7.3** 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 zuzüglich allfälliger Zuschläge nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV. 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 der Bürgergemeinde macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 17'250.-- (ausgehend von einem Streitwert von Fr. 600'000.--) bzw. einen Aufwand von 17,25 Stunden (davon 0,5 Stunden im Jahr 2018) geltend. Im Unterschied zum Klage- bzw. Appellationsverfahren ist das Honorar in Beschwerdeverfahren nicht streitwertabhängig (Art. 41 Abs. 2 KAG). Nach den obgenannten Kriterien erscheint das geltend gemachte Honorar als überhöht. Zwar sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses hoch, der Aufwand bei zwei erforderlichen Eingaben jedoch durchschnittlich. Unter Berücksichtigung aller Umstände ist ein Honorar von Fr. 8'000.-- angemessen, zuzüglich die geltend gemachten Auslagen von Fr. 79.30 und Fr. 645.65 MWSt (bis 31.12.2017 8%, ab 1.1.2018 7,7%, entsprechend der Verteilung des Aufwands), d.h. total Fr. 8'724.95.

**7.4** Die Verfahrens- und Parteikosten für das Verfahren vor dem Regierungsstatthalteramt Thun sind nach denselben Grundsätzen neu zu verlegen. Die Kostennote des Rechtsvertreters der Bürgergemeinde vom 10. November 2016 (act. 3A pag. 21) ist nicht zu beanstanden. Der Parteikostenersatz wird daher festgelegt auf Fr. 7'011.45 (inkl. Auslagen und MWSt).

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

1. Die Appellation vom 5. Januar 2017 wird als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegengenommen. Diese wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid des Regierungsstatthalters von Thun vom 6. Dezember

2016 aufgehoben und die Sache zum Erlass einer Verfügung im Sinn der Erwägungen an die Einwohnergemeinde Brienz zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
- b) Die Kosten des Verfahrens vor dem Regierungsstatthalteramt Thun, festgesetzt auf Fr. 1'000.--, werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und vor dem Regierungsstatthalteramt Thun die Parteikosten, bestimmt auf insgesamt Fr. 15'736.40 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
  - der Beschwerdeführerin
  - der Beschwerdegegnerin
  - dem Regierungsstatthalteramt Thun

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.