

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 140/2017/28

Bern, 12. Dezember 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 1

_____ Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner 2

sowie

Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend die Kostenverteilungsverfügung des Amts für Wasser und Abfall vom 11. Juli 2017 (Kostenverteilungsverfügung Deponie H. _____)

I. Sachverhalt

1. Die E. _____ AG baute gestützt auf privatrechtliche Lehmausbeutungsrechte auf den Grundstücken Heimiswil Grundbuchblatt Nrn. F. _____ und G. _____ bis 1989 Lehm ab. Parallel zum Abbau wurde die Grube etappenweise mit Aushub- und

Abbruchmaterial aufgefüllt. Ab 1982 bis circa 1991 wurde vermehrt auch Bauschutt abgelagert. Zudem wurde Kehricht entsorgt. Die Lehmgrube H._____ ist seit dem 26. Januar 2004 im Kataster der belasteten Standorte des Kantons Bern unter der Standort-Nr. 04070006 eingetragen (Betrieb einer Deponie der Klasse II). Wegen der Ablagerung von Siedlungsabfällen und anderen Abfällen in der alten Lehmgrube wurde der Standort als untersuchungsbedürftig klassiert. Die notwendigen altlastenrechtlichen Untersuchungen wurden zwischen 1987 und 2016 vorgenommen und vom Kanton finanziert. Mit der technischen Untersuchung Grundwasser Phase 2 vom 1. Juli 2016 wurden die Abklärungen abgeschlossen und der Standort als weder überwachungs- noch sanierungsbedürftig eingestuft. Nach Anhörung der Parteien erliess das Amt für Wasser und Abfall (AWA) am 11. Juli 2017 folgende Kostenverteilungsverfügung für die Untersuchungskosten, die zwischen 2015 und 2016 angefallen waren:

- «1. Der Editionsantrag von Herr RA B._____ wird abgewiesen.
2. Die A._____, als Rechtsnachfolgerin der E._____ AG, trägt als Verhaltensstörerin 90% der Untersuchungskosten. Der Anteil beträgt CHF 31'376.15 (Bundessubventionen vorausgesetzt, vgl. Anhang 2).
3. Herr C._____, Grundstückinhaber Parz. F._____, trägt als Zustandsstörer 5 % der Untersuchungskosten. Der Anteil beträgt ohne Entschädigung CHF 1'743.10 (Bundessubventionen vorausgesetzt, vgl. Anhang 2). Für den Schadenersatz und den Ertragsausfall wird eine Entschädigung von CHF 793.-- vergütet. Somit beträgt der Anteil von Herrn C._____ CHF 950.10.
4. Herr D._____, Grundstückinhaber Parz. G._____, trägt als Zustandsstörer 5 % der Untersuchungskosten. Der Anteil beträgt ohne Entschädigung CHF 1'743.10 (Bundessubventionen vorausgesetzt, vgl. Anhang 2). Für den Schadenersatz und den Ertragsausfall wird eine Entschädigung von CHF 793.-- vergütet. Somit beträgt der Anteil von Herrn D._____ CHF 950.10.
5. (Eröffnung).»

2. Gegen diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin am 9. August 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) erhoben. Sie beantragt, Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin seien keine Untersuchungskosten aufzuerlegen. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, die Vorinstanz habe die Sperrwirkung des gerichtlich bestätigten Nachlassvertrages der E._____ AG als Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin könne höchstens verpflichtet werden, 10 Prozent der fehlerfrei auf alle Störer verteilten Untersuchungskosten zu bezahlen. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise die Fr. I._____ AG und die J._____ AG nicht als Verhaltensstörerinnen berücksichtigt.

Zudem habe sie das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nicht befolgt. Sie habe deshalb den Anspruch auf Erstattung der Untersuchungskosten verwirkt.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Das AWA beantragt in seiner Stellungnahme vom 28. August 2017 die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdegegner haben auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort verzichtet. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Verfügung des AWA, welche sich auf Art. 32d Abs. 4 USG² stützt. Verfügungen des AWA können gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG³ bei der BVE angefochten werden. Diese ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist durch die Kostenaufgabe besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung. Sie ist daher gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerde befugt.

c) Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 67 VRPG). Sie enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die BVE tritt deshalb auf die Beschwerde ein.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Verfahrensfehler

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nicht befolgt. Sie habe die Beschwerdegegner 1 und 2 als Standortinhaber und Zustandsstörer nie aufgefordert, selbst für die Untersuchungsmassnahmen zu sorgen. Auch die E._____ AG sei nie aufgefordert worden, Untersuchungsmassnahmen durchzuführen. Die Aufforderung habe sich an die K._____ GmbH bzw. an Herrn E._____ gerichtet. Aus den Akten würden sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese beiden Verhaltensstörer gewesen seien. Die Vorinstanz habe den Auftrag zur Altlastenvoruntersuchung selber erteilt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen für ein solches Vorgehen nicht erfüllt gewesen seien. Es habe die Festlegung missachtet, dass eine Voruntersuchung vom Inhaber eines belasteten Standortes durchzuführen sei und dass ein bekannter Verhaltensstörer zur Durchführung der Voruntersuchung verpflichtet werden müsse. Das Gemeinwesen sei weder massnahmenpflichtig noch primär massnahmenberechtigt gewesen. Auch die Voraussetzungen einer behördlichen Ersatzvornahme seien nicht erfüllt gewesen. Aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ergebe sich, dass die Behörde jeden Anspruch auf Erstattung von Untersuchungskosten verwerke, wenn sie das vorgeschriebene Vorgehen missachte. Die gesetzliche Regelung solle auch sicherstellen, dass der kostenpflichtige Verursacher einen übermässigen, nutzlosen oder nicht den Marktverhältnissen entsprechenden Kostenaufwand kontrollieren und beeinflussen könne. Aus diesem Grund könne der Beschwerdeführerin überhaupt keine Untersuchungskosten auferlegt werden.

b) Nach Art. 32c Abs. 1 USG sorgen die Kantone dafür, dass Deponien und andere durch Abfälle belastete Standorte saniert werden, wenn sie zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen oder die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen. Die Kantone erstellen einen öffentlich zugänglichen Kataster der belasteten Standorte (Art. 32c Abs. 2 USG). Sie können die Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte selber durchführen oder Dritte damit beauftragen, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Einwirkung notwendig ist, der Pflichtige nicht in der Lage ist, für die Durchführung der Massnahmen zu sorgen, oder wenn der Pflichtige trotz Mahnung und Fristansetzung untätig bleibt (Art. 32c Abs. 3 Bst. a bis c USG). Die Kostentragungspflicht für Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen trifft demgegenüber gemäss Art. 32d Abs. 1 USG die Verursacherin bzw. den Verursacher

der Belastung. Sind daran mehrere Personen beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung, wobei die Kosten in erster Linie tragen soll, wer die Massnahmen durch ihr oder sein Verhalten verursacht hat (Art. 32d Abs. 2 USG). Die Behörde erlässt eine Verfügung über die Kostenverteilung, wenn eine Verursacherin oder ein Verursacher dies verlangt oder die Behörde die Massnahmen selber durchführt (Art. 32d Abs. 4 USG).

c) Wer Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen bei belasteten Standorten durchführen oder durchführen lassen muss, bestimmt Art. 20 AltIV⁴. Diese Realleistungspflicht trifft in erster Linie den Inhaber oder die Inhaberin eines belasteten Standorts (Art. 20 Abs. 1 AltIV). Das steht im Einklang mit dem allgemeinen polizeirechtlichen Grundsatz, wonach zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustands diejenige Person verpflichtet werden kann, die dem Gefahrenherd am nächsten steht und die Verfügungsmacht über den Standort hat, also die Zustandsstörerin oder der Zustandsstörer.⁵ Zur Durchführung der Voruntersuchung, der Überwachungsmaßnahmen oder der Detailuntersuchung kann die Behörde aber auch Dritte verpflichten, wenn Grund zur Annahme besteht, dass diese die Belastung des Standorts durch ihr Verhalten verursacht haben (Art. 20 Abs. 2 AltIV). Sie ist allerdings nicht auf die Auswahl zwischen dem Standortinhaber und einem Dritten im Sinn von Art. 20 Abs. 2 AltIV beschränkt. Mit der Trennung zwischen Realleistungs- und Kostentragungspflicht wollte der Gesetzgeber eine rasche Gefahrenbeseitigung sicherstellen. Die Behörde kann deshalb auch selbst die Voruntersuchungen durchführen und anschliessend die Kosten von Amtes wegen gemäss Art. 32d USG auf die Verursacher aufteilen, und zwar unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme oder eine antizipierte Ersatzvornahme vorliegen. Das dürfte vor allem dort geboten sein, wo die Durchführung von Voruntersuchungen dringlich ist. Aber auch in anderen Fällen kann eine solche Vorgehensweise vorteilhaft sein, beispielsweise um zu vermeiden, dass ein Handlungspflichtiger die Durchführung der Untersuchungen durch Ausschöpfung aller rechtlichen Möglichkeiten verzögert.⁶

d) Es trifft zu, dass das AWA⁷ die Untersuchungsmassnahmen selber in Auftrag gegeben und vorfinanziert hat. Grund für den Verzicht, die Beschwerdegegner 1 und 2 als

⁴ Verordnung des Bundesrates vom 26. August 1998 über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltIV; SR 814.680)

⁵ BVR 2010 S. 411 E. 3.1.1; Pierre Tschannen, in Kommentar USG, 2000, Art. 32c N. 25

⁶ BGE 136 II 370 E. 2.4; BGer 1A.214/1999 vom 3. Mai 2000 E. 2 f

⁷ Bzw. das bis Ende 2008 zuständige Gewässerschutzamt (GSA)

Grundeigentümer zur Realleistung und Vorfinanzierung zu verpflichten, war, dass sie während der Zeit des Materialabbaus nicht Eigentümer waren und dass die damaligen Grundeigentümer von den Ertragsausfall- und Abbauschädigungen nicht wesentlich profitiert hatten.⁸ Der Versuch, die für den Materialabbau und den Betrieb der Deponie verantwortliche E._____ AG zur Durchführung weiterer Untersuchungen zu bewegen, scheiterte. Am 8. Juli 2003 fand zwar eine Sitzung mit dem damaligen einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten der E._____ AG, Herrn E._____, statt. Dieser erklärte sich bereit, die erforderlichen Untersuchungen durchführen zu lassen. Es wurde an dieser Sitzung auch besprochen, dass die E._____ AG bzw. ihre Rechtsnachfolgerin die Abklärungen bezahlen müsse.⁹ In der Folge ging jedoch weder ein Pflichtenheft noch ein Untersuchungsbericht beim Kanton ein. Es trifft zwar zu, dass die Korrespondenz in diesem Zusammenhang nicht an die E._____ AG sondern an die K._____ GmbH¹⁰ bzw. an Herrn E._____ ¹¹ adressiert war. Es ging daraus allerdings klar hervor, dass es um die Verantwortlichkeit der Firma E._____ AG als ehemalige Betreiberin der Deponie H._____ ging. Da beide Firmen die gleiche Domiziladresse aufwiesen und Herr E._____ für beide Firmen einzelzeichnungsberechtigt war, ist zu vermuten, dass die Korrespondenz an die von ihm angegebene Adresse gerichtet wurde. Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen gelassen werden.

e) Das AWA verzichtete in der Folge darauf, die E._____ AG mittels Verfügung zu verpflichten, die erforderlichen Untersuchungen durchzuführen. Dieses Vorgehen ist zulässig, handelt es sich doch bei Art. 20 Abs. 2 AltIV um eine Kann-Vorschrift. Zudem erlaubt Art. 23 Abs. 3 AltIV den Verzicht auf den Erlass von Verfügungen, wenn die Durchführung der erforderlichen Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen auf andere Weise gewährleistet ist. Auf die Kostentragungspflicht hat der Umstand, dass das AWA die Untersuchungen selber in Auftrag gegeben hat, keine Auswirkungen (vgl. dazu Art. 32d Abs. 4 USG). Dieses Vorgehen führt einzig dazu, dass die Beschwerdeführerin im Kostenverteilungsverfahren auch Einwände gegen

⁸ Vgl. dazu Aktennotiz der Besprechung vom 6. Dezember 2000 auf der Gemeindeverwaltung Heimiswil, Vorakten des AWA, Register 3 (Dossier AWA B&A / Altlasten 1998-2005)

⁹ Vgl. handschriftliche Notiz der Besprechung vom 8. Juli 2003, Vorakten des AWA, Register 3 (Dossier AWA B&A / Altlasten 1998-2005)

¹⁰ Schreiben des GSA vom 21. August 2003, Vorakten des AWA, Register 3 (Dossier AWA B&A / Altlasten 1998-2005)

¹¹ Schreiben des GSA vom 28. November 2005, Vorakten des AWA, Register 3 (Dossier AWA B&A / Altlasten 1998-2005)

Notwendigkeit, Art und Umfang der Massnahmen vorbringen kann.¹² Es wird jedoch weder dargetan noch ist ersichtlich, dass die Vorinstanz einen übermässigen, nutzlosen oder nicht den Marktverhältnissen entsprechenden Kostenaufwand betrieben hätte. Die Beschwerdeführerin kann deshalb aus dem Vorgehen des AWA nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3. Kostenteilung

a) Die Beschwerdeführerin beantragt zwar, es seien ihr keine Untersuchungskosten aufzuerlegen, sie begründet dies jedoch nicht weiter. Insbesondere bestreitet sie nicht, dass ihre Rechtsvorgängerin, die E._____ AG, als Inhaberin der Deponiebewilligung Verhaltensstörerin war. Sie macht einzig geltend, die Vorinstanz habe die Fr. I._____ AG und die J._____ AG in der Kostenverteilungsverfügung zu Unrecht nicht als weitere Verhaltensstörerinnen berücksichtigt. Die Materialablagerungen seien nicht durch die E._____ AG sondern durch die beiden anderen Unternehmungen ausgeführt worden. Diese hätten das Deponiegut angeliefert, entladen und verteilt. Sie hätten ebenfalls einen kausalen Beitrag zur Kontaminierung des Standorts geleistet. Der auf die Verhaltensstörerinnen entfallende Anteil sei unter diesen angemessen, d.h. je zu einem Drittel, aufzuteilen.

b) Der Verursacher trägt die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte (Art. 32d Abs. 1 USG). Anrechenbar sind damit die Kosten der eigentlichen Sanierungsmassnahmen, aber auch diejenigen der Voruntersuchung und der Detailuntersuchung. Überwachungsmassnahmen, die Teil einer Sanierung sind, sind ebenfalls in die Kostenteilung miteinzubeziehen.¹³ Sind mehrere Verursacher beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung. In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen durch sein Verhalten verursacht hat (Verhaltensstörer). Wer lediglich als Inhaber des Standortes beteiligt ist (Zustandsstörer), trägt keine Kosten, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte (Art. 32d Abs. 2 USG). Das zuständige Gemeinwesen trägt den Kostenanteil der Verursacher, die nicht ermittelt werden können

¹² VGE 2014.59 vom 24. Juni 2015 E 4.3 (teilweise publiziert in URP/DEP 3/2016 S. 296 ff.), mit weiteren Hinweisen; Beatrice Wagner Pfeifer, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, 2013, S. 169 Rz. 728

¹³ Pierre Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Art. 32d N. 38 ff.

oder zahlungsunfähig sind (Art. 32d Abs. 3 USG). Ergibt die Untersuchung eines im Kataster eingetragenen Standortes, dass dieser nicht belastet ist, so trägt das zuständige Gemeinwesen die Kosten für die notwendigen Untersuchungsmassnahmen (Art. 32d Abs. 5 USG).

c) Die Rechtsprechung stellt für die Umschreibung des Verursacherbegriffs auf den polizeirechtlichen Störerbegriff ab.¹⁴ Der Begriff des in die Kostenverteilung einzubeziehenden Verursachers nach Art. 32d USG erfasst in Anlehnung an den polizeirechtlichen Störerbegriff sowohl den Verhaltensstörer, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter unmittelbar verursacht hat, als auch den Zustandsstörer, der über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat. Abgrenzungskriterium ist die sogenannte Unmittelbarkeitstheorie. Nur wer eine Massnahme unmittelbar verursacht hat, gilt als kostenpflichtiger Verhaltensstörer bzw. -verursacher. Entferntere, lediglich mittelbare Ursachen scheiden hingegen aus.¹⁵ Bei einer Deponie ist jedenfalls die Deponiebetreiberin bzw. die Deponieinhaberin, die eine Bewilligung für das Betreiben einer Deponie hat oder hatte, Verhaltensstörerin.¹⁶ Fraglich ist, in welchem Umfang Abfalllieferanten oder Abfalltransporteure als Verursacher einzubeziehen sind. Von besonderen Situationen abgesehen kommen sie in aller Regel nicht als Verursacher in Betracht, da sie bloss den Transport von Abfällen übernehmen und damit lediglich eine mittelbare Ursache für den ordnungswidrigen Zustand setzen.¹⁷ Das gleiche gilt für Abfallentsorger, soweit die Gefährlichkeit von Abfällen im Rahmen der Behandlung nicht gesteigert wird und die Abfallentsorger nicht zugleich Inhaber einer Deponie sind.¹⁸

¹⁴ BGE 139 II 106 E. 3 S. 108 ff.

¹⁵ Vgl. Urteil 1C_418/2015 vom 25. April 2016 E. 2.1 f., nicht publ. in: BGE 142 II 232, aber in: URP 2016 S. 449; Pierre Tschannen / Martin Frick, Der Verursacherbegriff nach Art. 32d USG, Gutachten zuhanden des BUWAL vom 11. September 2002, S. 8

¹⁶ Beatrice Wagner Pfeifer, Kostentragungspflichten bei der Sanierung und Überwachung von Altlasten im Zusammenhang mit Deponien, ZBI 3/2004 S. 117 ff., S. 128 bzw. S. 132; Pierre Tschannen / Martin Frick, Der Verursacherbegriff nach Art. 32d USG, Gutachten zuhanden des BUWAL vom 11. September 2002, S.16 f. und S. 23

¹⁷ Pierre Tschannen / Martin Frick, Der Verursacherbegriff nach Art. 32d USG, Gutachten zuhanden des BUWAL vom 11. September 2002, S. 15 und 22

¹⁸ Pierre Tschannen / Martin Frick, Der Verursacherbegriff nach Art. 32d USG, Gutachten zuhanden des BUWAL vom 11. September 2002, S. 15 f. und 22

d) Die E._____ AG erhielt am 27. September 1982 eine Gewässerschutzbewilligung zur Erweiterung der Lehmausbeutung auf den Parzellen Nrn. F._____ und G._____. Diese enthielt unter anderem folgende Nebenbestimmungen: Die abgebauten Flächen seien fortlaufend aufzufüllen und zu humusieren (Ziff. 3). Zur Wiederauffüllung dürfe Aushub- und Abbruchmaterial, Abbruchmaterial aus Hoch- und Tiefbau, Brandschutt, Strassenwischgut und Holzabfall verwendet werden (Deponie der Klasse II, gemäss den Deponierichtlinien des Bundesamts für Umweltschutz vom März 1976). Jede Ablagerung von Industrie- und Gewerbeabfällen, Kehrlicht, Sperrgut, Baustellenabfällen, ausgedienten Fahrzeugen, Maschinen und Geräten, Schlämmen und Flüssigkeiten, ausser mineralischen Schlämmen (z.B. Tonschlamm, Gesteinsschlamm), sowie anderen wassergefährdenden Materialien seien verboten. Die Inhaberin der Gewässerschutzbewilligung habe durch geeignete Vorkehren, wie wirksame Umzäunung und richterliches Verbot dafür zu sorgen, dass verbotene Ablagerungen auch nicht durch unbefugte Dritte erfolgten. Falls dies unerlaubterweise erfolge, habe sie für den sofortigen Abtransport besorgt zu sein (Ziff. 4).¹⁹ Die E._____ AG war somit Deponieinhaberin und als solche unbestritten Verhaltensstörerin. Die Auffüllung der Lehmgrube erfolgte durch die Firmen J._____ AG und Fr. I._____ AG. Diese transportierten gemäss den Akten lediglich das Auffüllmaterial in Mulden in die Lehmgrube und füllten diese im Auftrag der E._____ AG auf.²⁰ In den Akten finden sich keine Hinweise, dass diese beiden Firmen eine unmittelbare Ursache für den ordnungswidrigen Zustand gesetzt hätten. Sie sind deshalb keine Verhaltensstörerinnen.

e) Aktiven und Passiven der E._____ AG gingen infolge Fusion auf die Beschwerdeführerin über. Im Rahmen einer Fusion geht die Verantwortlichkeit des Verhaltensstörers auf die übernehmende Gesellschaft über.²¹ Die Beschwerdeführerin ist unbestritten Rechtsnachfolgerin der E._____ AG und folglich Verhaltensstörerin, soweit die E._____ AG für die Belastung des Standorts verantwortlich ist. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unabhängig davon, ob die Sanierungsschuld im Zeitpunkt der Fusion bestand und ob die Beschwerdeführerin mit der Möglichkeit einer

¹⁹ Vorakten des AWA, Register 2 (Dossier AWA B&A / Deponien)

²⁰ Vgl. dazu Heimiswil, H._____-Grube, Ergänzung zu Geotest Bericht Nr. 99094.1, Zusammenstellung ausgewählter Archivunterlagen, 8.1.2015

²¹ Hans U. Liniger/Curdin Conrad, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, 2010, S. 229 ff., insb. S. 245 ff.

späteren kostenmässigen Belastung rechnen musste.²² Den Akten lässt sich entnehmen, dass die E._____ AG die Bewilligungsaufgaben und Gewässerschutzvorschriften nicht einhielt. Bereits 1984 gab die Auffüllung der Lehmgrube zu Klagen Anlass. Anstelle von Bauschutt wurden vermehrt Abfälle jeder Art abgelagert, so dass die Grube zunehmend den Charakter einer Kehrichtdeponie erhielt. Die Qualität des Auffüllmaterials wurde in der Folge mehrmals beanstandet. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die E._____ AG weder verbotene Ablagerungen durch unbefugte Dritte wirksam verhinderte noch dafür sorgte, dass solche Ablagerungen sofort abtransportiert wurden.²³ Unter diesen Umständen kann sie nicht als schuldlose Verhaltensstörerin betrachtet werden. Das AWA hat die Beschwerdeführerin zu Recht als alleinige Verhaltensstörerin eingestuft und ihr in dieser Eigenschaft 90 % der Untersuchungskosten auferlegt. Diese Kostenteilung ist nicht zu beanstanden. Sie entspricht der Praxis zu Art. 32d Abs. 2 USG, wonach grundsätzlich die Verhaltensstörer 70 bis 90 % und die Zustandsstörer 10 bis 30 % der Kosten zu tragen haben.²⁴ Sie berücksichtigt den Grad des Verschuldens der E._____ AG als Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin korrekt.

4. Nachlassvertrag

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Sperrwirkung des mit Urteil des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen vom 19. März 2001 bestätigten Nachlassvertrags der E._____ AG mit ihren Gläubigern nicht berücksichtigt. Die Begründung, dass Forderungen im Altlastenrecht nicht bereits bei der Kontaminierung des Bodens, sondern erst nach Abschluss der Untersuchungen und mit Kenntnis der definitiv angefallenen Kosten entstehen würden, sei unrichtig. Der bestätigte Nachlassvertrag sei für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen vor der Bewilligung der Stundung entstanden seien. Gläubiger, die am Nachlassverfahren nicht teilgenommen hätten, könnten ihre Forderung auch später geltend machen. Unerheblich sei, ob die Forderung im Zeitpunkt der Publikation der Nachlassstundung bereits fällig gewesen sei. In sachlicher

²² BGer 1C_18/2016 vom 6. Juni 2016, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Denis Oliver Adler, Aktuelle Entwicklungen im Altlastenrecht: Neue Urteile des Bundesgerichts, URP 2016 S. 523 ff., mit weiteren Hinweisen

²³ Vgl. dazu Heimiswil, H._____ -Grube, Ergänzung zu Geotest Bericht Nr. 99094.1, Zusammenstellung ausgewählter Archivunterlagen, 8.1.2015

²⁴ Realleistungs- und Kostentragungspflicht, Ein schrittweises Vorgehen bei der Bestimmung von Realleistungs- und Kostentragungspflichten nach dem Altlastenrecht, Herausgegeben vom Bundesamt für Umwelt (BAFU), Bern 2009, Ziff. 5.4.1.3

Hinsicht erstrecke sich die Wirkung des Nachlassvertrags auf solche Forderungen, die zu Beginn des Nachlassverfahrens schon bestanden hätten. Massgeblich sei, ob die Kontaminierung der Deponie H._____ vor oder nach der Bewilligung der Stundung geendet habe. Nicht massgeblich sei der Zeitpunkt der abschliessenden Untersuchungen, welche die Kosten verursachten. Der Zeitpunkt der Fälligkeit sei nicht massgebend. Die fragliche Kostenbeteiligungsforderung sei nach der Nachlassstundung nur beitragsmässig konkretisiert worden, jedoch im gesetzlich relevanten Kern bereits vorher begründet worden. Die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin der E._____ AG könne daher höchstens verpflichtet werden, 10 Prozent der fehlerfrei auf alle Verhaltes- und Zustandsstörer verteilten Untersuchungskosten zu bezahlen.

b) Die E._____ AG schloss mit ihren 21 Gläubigern einen ordentlichen Nachlassvertrag. Dieser wurde am 19. März 2001 gerichtlich bestätigt. Der bestätigte Nachlassvertrag ist für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen vor der Bewilligung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Nachlassforderungen). Ausgenommen sind die Pfandforderungen, soweit sie durch das Pfand gedeckt sind (Art. 310 Abs. 1 SchKG²⁵). Der Nachlassvertrag wird somit für alle Gläubiger (ausgenommen die Pfandgläubiger) verbindlich, deren Forderungen vor Bekanntmachung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind. Dies gilt auch für bestrittene Forderungen, für Forderungen von Gläubigern, die dem Vertrag nicht zugestimmt haben sowie zu spät oder gar nicht angemeldete Forderungen. Der Schuldner kann sich gegenüber jedem Gläubiger, der eine Forderung geltend macht, die vor der Bewilligung der Nachlassstundung entstanden ist, auf die Bestimmungen des rechtskräftigen Nachlassvertrags berufen. Das heisst, dass er bezüglich dieser Forderungen nur die im Nachlassvertrag offerierte Leistung erbringen muss.²⁶ Mit dem Nachlassvertrag ist somit ein Verzicht der Gläubiger auf einen Teil der Forderung verbunden.

c) Ob eine Forderung dem Nachlassvertrag unterliegt, hängt vom Zeitpunkt ihrer Entstehung ab. Dieser ist im vorliegenden Fall umstritten. Die für die Altlastenentstehung ursächlichen Handlungen sind zwar in der Vergangenheit erfolgt. Die dadurch geschaffene Gefahrenlage wirkt jedoch bis in die Gegenwart fort und wird erst mit der Sanierung

²⁵ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1)

²⁶ BSK SchKG II, Hardmeier, Art. 310 N. 1

behaben.²⁷ Führt die Behörde die Sanierung selber durch, tritt der Kostenanfall beim Gemeinwesen ein und es entsteht ein Rückerstattungsanspruch. Bei diesen Kosten handelt es sich nicht um Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinn, sondern das Gemeinwesen erfüllt eine gesetzlich vorgesehene Aufgabe.²⁸ Massgeblich für die Entstehung des Rückerstattungsanspruchs ist der Zeitpunkt, in dem die Massnahmen ausgeführt und deren Kosten bekannt sind.²⁹ Anders als die Beschwerdeführerin meint, kommt es für den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung somit nicht darauf an, wann die Belastung des Standorts entstanden ist. Mit der angefochtenen Kostenverteilungsverfügung werden die in der Zeit vom 8. Mai 2015 bis 2. September 2016 angefallenen Kosten verteilt. Die fragliche Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin unterliegt somit nicht dem gerichtlich genehmigten Nachlassvertrag von 2001. Die Beschwerde ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.

5. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV³⁰) und gestützt auf Art. 108 Abs. 1 VRPG der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt.

b) Laut Art. 108 Abs. 3 VRPG hat die unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint. Gemäss Art. 104 Abs. 1 VRPG umfassen die Parteikosten den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Damit ist in erster Linie die Vertretung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gemeint.³¹ Da die Beschwerdegegner nicht anwaltlich vertreten sind, ist

²⁷ Vgl. dazu BGer 1C_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 6.3

²⁸ Vgl. dazu Tschannen, in Kommentar USG, 2000, Art. 32d N. 10 ff, mit weiteren Hinweisen

²⁹ Seiler, in Kommentar USG, 2001, Art. 2 N. 96, mit weiteren Hinweisen

³⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³¹ BVR 2012 S. 424 E. 5.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 2

ihnen kein Parteikostenersatz zuzusprechen.³² Weil es sich nicht um ein aufwendiges Verfahren handelt, ist ihnen auch keine Parteientschädigung für das Prozessieren in eigener Sache zuzusprechen (vgl. Art. 104 Abs. 2 VRPG).³³

III. Entscheid

1. Die Beschwerde vom 9. August 2017 wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.

Eine Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid rechtskräftig geworden ist.

3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn C._____, eingeschrieben
- Herrn D._____, eingeschrieben
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), im Haus
- Gemeinde Heimiswil, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

³² Vgl. BVR 2006 S. 481, nicht publ. E. 5 (VGE 22613 vom 24.7.2006), 1993 S. 183 E. 5

³³ BVR 2012 S. 1 E. 6; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 12

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin