



Themenblatt 14 „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ (Art. 108 KV)

vom 25. April 2019 (Weiterverwendung nach Plenum)

-> Das Thema „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ hängt mit dem Thema „Grundsätze der Aufgabenerfüllung / Delegation von öffentlichen Aufgaben“ zusammen. Damit beschäftigt sich die Arbeitsgruppe 2 (-> bildet Gegenstand von Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung / Delegation von öffentlichen Aufgaben“. Arbeitsgruppe 2 informiert die Arbeitsgruppe 1, sobald das Themenblatt abgeschlossen ist. Gemäss Meldung vom 21. Januar 2019 ist das Themenblatt 212 abgeschlossen und liegt in einer Fassung vom 17. Januar 2019 vor.

1. Geltendes Recht

a) Nach Massgabe des Gesetzes können öffentliche Aufgaben von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden (Art. 108 KV).

Der Artikel schafft die verfassungsmässige Grundlage für die Übertragung öffentlicher Aufgaben an Korporationen und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts. Das erhebliche öffentliche Interesse, das regelmässig mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenhängt, rechtfertigt jedoch, dass die Stimmberechtigten auch die Möglichkeit haben, sich zu einer solchen Aufgabenübertragung zu äussern. Deshalb wird dafür eine formelle gesetzliche Grundlage vorgeschrieben (Schoch, Art. 108 N. 4).

Der Text der Verfassung greift zu kurz. Zulässig ist nach einhelliger Lehre und Praxis neben der Übertragung öffentlicher Aufgaben an Körperschaften des öffentlichen Rechts auch jene an private oder halbprivate Unternehmungen oder Organisationen. Auch dazu ist eine entsprechende gesetzliche Grundlage erforderlich (Schoch, Art. 108 N. 6).

b) Zahlreiche öffentliche Aufgaben werden heute durch selbständige Verwaltungseinheiten wie Anstalten und öffentlich-rechtliche Körperschaften oder durch andere öffentliche oder private Organisationen erfüllt. Als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten des Kantons mit eigener Rechtspersönlichkeit sind die Assekuranz von Appenzell Ausserrhoden, die Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden, die IV-Stelle Appenzell Ausserrhoden und der Spitalverbund Appenzell Ausserrhoden (Spitalverbund, SVAR) zu nennen. Mit der AR Informatik AG (ARI) besteht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.



Bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist etwa an die Wasserversorgung in einzelnen Gemeinden (bspw. Wasserversorgung Herisau, bis 2017 Dorferkorporation Herisau), an Weiher- und Roosenkorporationen oder an Beleuchtungskorporationen und Flurgenossenschaften für den Unterhalt von Strassen und Wegen zu denken (Schoch, Art. 108 N. 5).

Als private Institution, welche eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist beispielsweise der Win Win Markt in Herisau zu nennen. Dieser wird von einer privaten Stiftung geführt und nimmt im Auftrag der Gemeinde Herisau Abfallentsorgung und Recycling wahr. Die Zusammenarbeit von öffentlicher Hand bzw. öffentlichen Institutionen mit privaten Partnern kann vielfältige Formen annehmen. Neben losen Kooperationsformen bestehen auch partnerschaftliche Modelle der Zusammenarbeit, kurz Public Private Partnerships (PPP).

c) Gemäss Art. 59 Abs. 1 ZGB bleibt für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten. Art. 829 OR wiederholt das gleiche für öffentlich-rechtliche Personenverbände. Der Kanton Appenzell Ausserrhoden hat in Art. 19 ff. EG zum ZGB die privatrechtlichen juristischen Personen geregelt. Regelungen zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten finden sich in Art. 109 KV (öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften), Art. 25 ff. EG zum ZGB (Körperschaften des öffentlichen Rechts), Art. 35 EG zum ZGB (Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts), Art. 33 und 167 ff. EG zum ZGB (Bodenverbesserungen) und Art. 31 ff. des Gemeindegesetzes (Zweckverbände).

Ausserdem bestehen verschiedene Ermächtigungsnormen, welche die Übertragung von Aufgaben an Private vorsehen. Mit Blick auf den Kanton ist beispielsweise Art. 49 Abs. 4 des Strassengesetzes zu erwähnen, wonach Kanton den Unterhalt einzelner Strecken der Kantonsstrassen ganz oder teilweise an Gemeinden oder Dritte übertragen kann. Mit Blick auf die Gemeinden sind Art. 27 und Art. 30 des Gemeindegesetzes zu erwähnen, welche die Gemeinden zur Übertragung wirtschaftlicher, sozialer, gemeinnütziger oder kultureller Aufgaben an privatrechtliche Körperschaften oder Anstalten ermächtigen.

2. Übergeordnetes Recht

Für den Bund sieht Art. 178 Abs. 3 BV vor, dass Verwaltungsaufgaben durch Gesetz an Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übertragen werden können, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.

Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben aus der (Zentral-)Verwaltung entspricht heute einem wachsenden Bedürfnis. Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf Organisationen „ausserhalb der Bundesverwaltung“ wird in Art. 178 Abs. 3 BV nicht erschöpfend geregelt. Die Bestimmung nennt eine Voraussetzung, nämlich dass die Ermächtigung „durch Gesetz“ erfolgen muss. Hingegen ist nicht davon die Rede, welche weiteren Voraussetzungen und Schranken im Fall einer Aufgabenauslagerung zu beachten sind. Insbesondere ist Art. 178 Abs. 3 BV nicht zu entnehmen, ob alle Verwaltungsaufgaben für eine Auslagerung in Betracht kommen. Dies ist nicht der Fall. In der Lehre ist anerkannt, dass es einen Kernbestand an nicht auslagerbaren Verwaltungsaufgaben gibt, wie beispielsweise die militärische Landesverteidigung oder die Strafverfolgung im engeren Sinn. Was im Einzelnen zu diesem Kernbestand gehört, ist umstritten (Giovanni Biaggini, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 178, Rz. 26 und 28).



Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf aussenstehende Aufgabenträger hat „durch Gesetz“ zu erfolgen. Das heisst, es wird eine bereichsspezifische formellgesetzliche Auslagerungsermächtigung verlangt, die auf einen bestimmten Aufgabenbereich Bezug nimmt.

Neben dem in Art. 178 Abs. 3 BV ausdrücklich genannten Erfordernis der Ermächtigung durch Gesetz sind weitere rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten:

- die Aufgabenauslagerung muss im öffentlichen Interesse liegen, und die gewählte Lösung muss geeignet sein, das die Auslagerung rechtfertigende öffentliche Interesse zu verwirklichen,
- der Rechtsschutz muss sichergestellt sein,
- die Funktionstauglichkeit des aussenstehenden Aufgabenträgers muss auf Dauer gewährleistet sein (was beispielsweise bei natürlichen Personen fraglich sein kann),
- eine staatliche Aufsicht muss eingerichtet werden,
- es muss gewährleistet sein, dass Aufgabenträger ausserhalb der Bundesverwaltung die Grundrechte respektieren (Giovanni Biaggini, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 178, Rz. 32 und 34).

Es geht hier um allgemeingültige Aspekte, die generell zu beachten sind, wenn ein Gemeinwesen Verwaltungsaufgaben auf Private überträgt (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 1509 ff.). Die genannten Rahmenbedingungen sind daher auch zu beachten, wenn Kantone Verwaltungsaufgaben auslagern (Bernhard Rütsche, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 2013, S. 153).

3. Verfassungsvergleich

(Vergleich mit anderen Kantonsverfassungen nach 1995)

In verschiedenen Kantonsverfassungen wird die Übertragung öffentlicher Aufgaben an Dritte geregelt. Teils ist – wie in AR – nur die Rede von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Institutionen (GE, TI), teils wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei diesen Dritten um solche des öffentlichen oder privates Rechts handeln kann (LU, SH, SG, ZH) und teils bleibt dies offen (FR).

Als anschauliches Beispiel wird nachfolgend die Regelung aus dem Kanton ZH dargestellt:

B. Übertragung öffentlicher Aufgaben

Art. 98 Rechtsgrundlagen

¹ Der Kanton und im Rahmen der Gesetzgebung die Gemeinden können die Erfüllung öffentlicher Aufgaben Dritten übertragen. Sie können hierzu Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts schaffen oder sich an solchen beteiligen.

² Die Übertragung einer kantonalen Aufgabe erfolgt durch Gesetz.

³ Die Übertragung einer kommunalen Aufgabe, zu deren Erfüllung hoheitliche Befugnisse erforderlich sind, muss in der Gemeindeordnung geregelt werden.

⁴ In den betreffenden Erlassen sind zu regeln:



- a. Art, Umfang und Finanzierung der zu übertragenden öffentlichen Aufgaben;
- b. die Struktur der Organisationen nach Absatz 1 und ihre Aufgaben;
- c. Umfang von Rechtsetzungsbefugnissen innerhalb gesetzlich vorgegebener Ziele;
- d. Art und Umfang von bedeutenden Beteiligungen;
- e. Aufsicht und Rechtsschutz.

4. Vorschläge und Argumentarium

Hinweis auf das Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung / Delegation von öffentlichen Aufgaben“ vom 17. Januar 2019: Die Arbeitsgruppe 2 beantragt, dass die heutige Möglichkeit, öffentliche Aufgaben mittels Gesetz zur Erfüllung auf Körperschaften/Anstalten des öffentlichen Rechts zu übertragen (Art. 108 KV), auf Private ausgedehnt werden soll. Es soll zudem die Vorgabe gemacht werden, dass bei der Aufgabendelegation an Dritte der Rechtsschutz und die Aufsicht sicherzustellen ist.

4.1 Soll eine Regelung zur Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des öffentlichen und (neu) privaten Rechts in die Verfassung aufgenommen werden?

Eine solche Regelung könnte auf unterschiedliche Weise erfolgen (die Systematik ist nicht Gegenstand dieses Themenblattes, dient indessen zur Verdeutlichung des Themas):

- Durch eine Ergänzung von Art. 108 KV mit einer Aussage betr. Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des privaten Rechts.
- Durch eine zusätzliche und systematisch bei den öffentlichen Aufgaben platzierte Bestimmung betr. Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des privaten Rechts.
- Durch Aufhebung von Art. 108 KV und Ersetzung durch eine systematisch bei den öffentlichen Aufgaben platzierte neue Bestimmung, welche die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des öffentlichen und privaten Rechts regelt.

Argumente Pro

- Art. 108 KV bezieht sich vom Inhalt her nur auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben [durch Kanton und Gemeinden] auch an privatrechtliche Körperschaften und Organisationen entspricht heute einem wachsenden Bedürfnis. Art. 108 KV erwähnt dies nicht. Eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private fehlt, obwohl deren Zulässigkeit unbestritten ist (vgl. bspw. die Verfassungen von GE, SH, ZH).
- Siehe im Übrigen die Argumente pro Präzisierung und Ergänzung im Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung/Delegation von öffentlichen Aufgaben“, Ziff. 5 lit. c.

Argumente Contra

- Siehe die Argumente pro Präzisierung und Ergänzung im Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung/Delegation von öffentlichen Aufgaben“, Ziff. 5 lit. c.



Beschluss:

Es soll eine Regelung zur Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des öffentlichen und (neu) privaten Rechts in die Verfassung aufgenommen werden (Abstimmung: einstimmig.)

4.2 Soll zudem in der Verfassung die Vorgabe gemacht werden, dass bei einer Regelung betr. Übertragung öffentlicher Aufgaben an Dritte auch die entsprechenden Rahmenbedingungen (u.a. Rechtsschutz und Aufsicht, evtl. nicht übertragbare öffentliche Aufgaben an Dritte) sicherzustellen sind?

Argumente Pro

- Eine Regelung der wichtigsten Rahmenbedingungen in der Verfassung dient der Rechtssicherheit und Transparenz.
- Siehe im Übrigen die Argumente pro Präzisierung und Ergänzung im Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung/Delegation von öffentlichen Aufgaben“, Ziff. 5 lit. c.

Argumente Contra

- Eine starre Verfassungsbestimmung bleibt zwangsläufig unvollständig und kann nicht allen Fällen gerecht werden. Die Bundesverfassung regelt in Art. 178 Abs. 3 BV lediglich den Grundsatz und die Voraussetzung einer formalgesetzlichen Grundlage. Die Verfassung ZH ist ausführlicher und enthält gewisse inhaltliche Vorgaben für die Übertragung von kommunalen Aufgaben. Doch auch sie ist nicht vollständig. Während Lehre und Praxis davon ausgehen, dass bestimmte Aufgaben nicht an Dritte übertragen werden können, lässt sich weder aus der systematischen Stellung noch aus dem umfangreichen Kriterienkatalog von Art. 98 in der Verfassung ZH ein Hinweis auf eine solche Beschränkung herauslesen (vgl. Müller, Art. 98 N. 9). Andere neuere Verfassungen, soweit sie das Thema Aufgabenübertragung überhaupt aufnehmen, verweisen auf das Gesetz (FR, LU, SH, SG, TI).
- Siehe im Übrigen die Argumente contra Präzisierung und Ergänzung im Themenblatt 212 „Grundsätze der Aufgabenerfüllung/Delegation von öffentlichen Aufgaben“, Ziff. 5 lit. c.

Beschluss:

Es soll darauf verzichtet werden, in der Verfassung eine Vorgabe zu machen, dass bei einer Regelung betr. Übertragung öffentlicher Aufgaben an Dritte auch die entsprechenden Rahmenbedingungen (u.a. Rechtsschutz und Aufsicht, evtl. nicht übertragbare öffentliche Aufgaben an Dritte) sicherzustellen sind (Abstimmung: 7 für Verzicht, 1 Enthaltung).

5. Literaturhinweise

- Jörg Schoch, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung 30. April 1995, Herisau 1996
- Christian Merz, Die öffentlichrechtlichen Körperschaften im Kanton Appenzell A.Rh., Diss. Zürich 1976
- Public Private Partnership, Ein neuer Lösungsansatz für die Schweiz, Herausgeber: Baudirektion des Kantons Zürich u.a., 2005
- Andreas Müller, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 98



6. Beschlüsse

28.02.2019	<p>Die Arbeitsgruppe 1 beschliesst, dem Plenum folgende Anträge zu stellen:</p> <ul style="list-style-type: none">- Es soll eine Regelung zur Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Personen des öffentlichen und (neu) privaten Rechts in die Verfassung aufgenommen werden.- Es soll darauf verzichtet werden, in der Verfassung eine Vorgabe zu machen, dass bei einer Regelung betr. Übertragung öffentlicher Aufgaben an Dritte auch die entsprechenden Rahmenbedingungen (u.a. Rechtsschutz und Aufsicht, evtl. nicht übertragbare öffentliche Aufgaben an Dritte) sicherzustellen sind.
14.03.2019	<p>Die Arbeitsgruppe 1 genehmigt das Themenblatt 14 „Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“ und verabschiedet es zuhanden des Plenums.</p>
25.04.2019	<p>Beschlüsse der VK:</p> <p>Annahme des Antrags der AG1, wonach „eine Regelung, welche die Übertragung öffentlicher Aufgaben an Personen des öffentlichen und [neu] privaten Rechts vorsieht“ in die Kantonsverfassung aufgenommen werden soll (Protokoll der VK-Sitzung vom 25.04.2019, S. 4 f.).</p> <p>Unterstützung eines Antrags von Peter Gut, wonach „die Verfassung dem Gesetzgeber zumindest die Regelung der Aufsicht vorgeben solle“ (Protokoll der VK-Sitzung vom 25.04.2019, S. 5).</p>