

Haftungsrisiken bei der Übertragung von Gemeindeaufgaben Rolle der kantonalen Aufsichtsstelle

Ueli Friederich, Bern

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- Einordnung des Themas
 - Gemeindeaufgaben
 - Erfüllung / Übertragung von Aufgaben
 - Aufgabenübertragung als Privatisierung?
- Gesetzliche Haftungsregeln
- Risiken der Übertragung von Gemeindeaufgaben
- Lehren aus der Praxis?
- Überlegungen zur Rolle der kantonalen Aufsicht

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- Staatsaufgabe als öffentliche Aufgabe des „Staats“ auf allen Ebenen (Bund, Kanton, Gemeinde)
- Obliegenheiten und Verantwortung: Was soll Staat tun?
- Übertragene Gemeindeaufgaben
 - Kanton (evtl. Bund) weist Gemeinde Aufgabe zu
 - Zwingende Aufgabe
- Selbstgewählte Gemeindeaufgaben
 - Zuständiges Gemeindeorgan beschliesst Übernahme Aufgabe
 - Gemeinde kann sich von Aufgabe wieder verabschieden

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- In der Regel weit gehende Autonomie betreffend selbstgewählte Aufgaben
- Erfordernis des öffentlichen Interesses
 - Kaum limitierende Bedeutung
 - Was das zuständige staatliche Organ beschliesst, liegt im öffentlichen Interesse
- Inhaltliche Grenzen?
 - Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) darf nicht ausgehöhlt werden
 - In Praxis weit gehende wirtschaftliche Tätigkeit (Dorfladen, Installationsabteilung EW, Bank, Spielcasino)

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- Gemeindeaufgabe: WAS?
 - Was ist (Gemeinde-)Aufgabe?
 - Durch Kanton übertragen oder durch zuständiges Gemeindeorgan beschlossen
- Erfüllung der Aufgabe: WIE?
 - Wie wird Aufgabe erfüllt?
- Insbesondere: Übertragung der Erfüllung: WER?
 - Wer erfüllt Aufgabe der Gemeinde?
 - Zwei Grund-Modelle: Ausgliederung / Auslagerung
 - Komplexe Varianten (Public Private Partnership)

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- Tourismusgemeinde will Altersresidenz mit Spitzenleistungen Wohnen / Pflege



- Grundsatzfragen
 - Angebote der Altersresidenz?
 - Wer stellt Angebote zur Verfügung?
 - Unternehmerische Gemeinde oder „Einkauf“?

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Grund-Modell „Ausgliederung“

7

- Gemeinde spielt aktive Rolle (MAKE), kauft aber gleichzeitig ein (BUY)
- Besondere Rechtsträgerschaft, gehört ganz oder teilweise der Gemeinde
- Rechtliche Verselbständigung Verwaltungszweig (Modellfall der „Ausgliederung“) oder Beteiligung an bestehender Organisation
- Aufgabenträgerin ist Teil des „Konzerns Gemeinde“
- Gemeinde kann in Organen Aufgabenträgerin Einfluss nehmen
- Gewinnchancen und unternehmerische Risiken der Gemeinde
- Beispiele: Gründung Gemeindeanstalt, interkommunale Versorgungs-AG

Grund-Modell „Auslagerung“

8

- Gemeinde spielt passive Rolle, „Einkauf“ von Leistungen auf dem Markt (BUY, Fremdbezug)
- Keine besonderen „strukturellen Beziehungen“ der Gemeinde zu Aufgabenträgerin
- Interesse der Gemeinde beschränkt auf Erfüllung der Aufgabe
- Kein Einfluss in Organen Aufgabenträgerin
- Keine Gewinnchancen / unternehmerische Risiken der Gemeinde
- Beispiele: Schneeräumung durch privates Transportunternehmen, Übertragung Aufgabe an Nachbargemeinde

Beispiel: Lösungen Altersresidenz

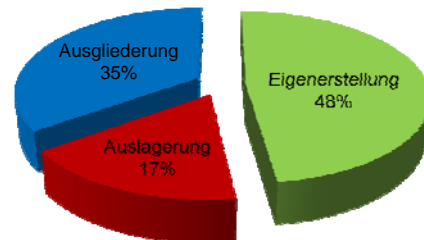
9

- Lösung „Ausgliederung“
 - Gemeinde gründet eigenes Unternehmen (Gemeindeanstalt, Aktiengesellschaft, Stiftung)
 - Gemeinde beteiligt sich an international tätigen Unternehmen
 - Zusammenarbeit im Rahmen PPP
- Lösung „Auslagerung“
 - Gemeinde kauft Leistung „auf dem Markt“ ein
 - Öffentliche Beschaffung

Bedeutung Aufgabenübertragung

10

Anteile an Ausgaben Gemeinden im Kanton Bern 2000, ohne Transferzahlungen zum Kanton (Lastenausgleich):



Heikler Begriff „Privatisierung“

11

- Privatisierung als rechtspolitischer Vorgang:
 - „Entstaatlichung“ der Verantwortung
 - „Verantwortungstransfer“ vom Staat zur Gesellschaft
- Bedeutung des Begriffs „Privatisierung“: „Aufgaben-“, „Organisations-“ oder „Finanzierungsprivatisierung“?
- **Übertragung der Erfüllung einer Gemeindeaufgabe ist keine Privatisierung der Aufgabe!**
 - Aufgabe bleibt Gemeindeaufgabe, Gemeinde bleibt verantwortlich
 - Kein „Verantwortungstransfer“

Haftung

12

- Haftung als Einstehen für Schäden Dritter
- Erfordert Rechtsgrundlage
 - Vertrag
 - Gesetz (Legalitätsprinzip)
- Gesetzliche Regelungen
 - Gewerbliche Verrichtungen: Haftungsregeln des OR
 - Amtliche Verrichtungen: Bund und Kantone können abweichen (Staatshaftungsrecht i.e.S.)
 - Sondernormen (Privatrecht, öffentliches Recht)

„Grund-Norm“ Art. 61 OR



13

Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellter

¹ Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen.

² Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden.

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Typische Merkmale Staatshaftung



14

- Ausservertragliche (deliktische) Haftung
- Primäre Organisationshaftung: Staat als solcher haftet
- Kausalhaftung: Kein Verschulden erforderlich
- Haftungsvoraussetzungen
 - Schaden
 - Kausalzusammenhang zwischen amtlicher Verrichtung (oder Unterlassen) und Schaden
 - Widerrechtlichkeit (teilweise hohe Anforderungen)
 - Teilweise zusätzlich Billigkeitshaftung

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Besondere Haftungstatbestände



15

- Staatshaftungsrecht wird ergänzt durch weitere Haftungsnormen
- Beispiele Privatrecht
 - Haftung aus Vormundschaftsrecht (Art. 426 ff. ZGB)
 - Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB)
 - Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)
- Beispiele öffentliches Recht
 - Haftung für Umweltschäden (Art. 59a USG)
 - Haftung für polizeiliches Handeln (Art. 57 ff. Polizeigesetz BE)
 - Haftung für Folgen vom Impfungen (Art. 23 Epidemiengesetz)

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Haftung bei Aufgabenübertragung



16

- Grundsatz: Verursacher haftet für Schaden
- Durchgriff auf Gemeinde, wenn Rechtsträgerin der Aufgabenerfüllung insolvent wird (Ausfallhaftung)
 - Staatshaftung für widerrechtliches Verhalten Dritter
 - Haftung für Vertretung in Organen (Art. 762 Abs. 4 OR)
 - Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)
 - Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)
 - Haftung aus Konzernvertrauen (BGE 120 II 331, Swissair Beteiligungen AG)
 - Garantien („Staatsgarantie“ der Gemeinde, Bürgschaft)

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Beispiel Staatshaftungsnorm



17

Art. 101 Personalgesetz BE (Haftung von Organisationen oder Personen ausserhalb der Kantonsverwaltung)

¹ Öffentliche Organisationen des kantonalen Rechts und private Organisationen oder Personen, die unmittelbar mit kantonalen öffentlichen Aufgaben betraut sind, haften für den Schaden, den ihre Organe oder Angestellten in Erfüllung ihrer Aufgabe Dritten widerrechtlich zugefügt haben.

² Wird ein Schaden, für den eine Organisation oder eine Person gemäss Absatz 1 haftet, nicht gedeckt, steht der Kanton für den Ausfall ein. In diesem Umfang geht die Forderung der Geschädigten auf den Kanton über.

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Risiken bei Übertragung



18

- Auslagerung: In der Regel „nur“ Haftungsrisiken
- Ausgliederung, PPP: Zusätzlich Risiko von Wertverlusten durch unwirtschaftliches Verhalten, insbesondere in „Risikobranchen“
- Für rechtlich zwingende oder politisch unabdingbare Aufgaben: Risiko, dass Gemeinde Aufgabe wieder selbst erfüllen und Infrastrukturen (wieder) finanzieren muss
 - Privatrechtliches Wasserversorgungsunternehmen wird liquidiert
 - Beispiel Staatsaufgabe: Betrieb Bahnhöfe / Schienennetz in Grossbritannien

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Beispiel: Risiken Altersresidenz

19

- Kunstfehler Pflege: Haftungsrisiko (Ausfallhaftung) unabhängig von Art der Übertragung
- Gebäude auf Grundstück der Gemeinde mit schadhafter gemeindeeigener Zufahrt: Haftung als Werkeigentümerin
- Insolvenz Trägerschaft: Grundsätzlich keine Haftung der Gemeinde; Ausnahmen:
 - Gesetzliche Haftung für bestimmte Rechtsformen (Gemeinde- / Zweckverband)
 - Garantien
 - „Konzernhaftung“, wenn „gemeindenah“ Anstalt?
- Wirtschaftlicher Wert Beteiligung kann abnehmen

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Praxisbeispiel I: MÜVE AG Brugg

20

- 1994 aus Gemeindeverband für Abfallverwertung und Abwasserreinigung entstanden
- Technische Probleme, Abfallanlage als „Dreckschleuder“
- Sanierungsbedarf für 46 Mio. Franken
- Verdoppelung Sackgebühr (Verursacherfinanzierung)
- Haftungsrechtliche Verpflichtungen der Gemeinden kaum begründbar
- Trotzdem: Aktionärgemeinden mussten 1997 40 Mio. Franken Darlehen gewähren

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Praxisbeispiel II: Leukerbad

21

- Munizipalgemeinde und Burgergemeinde Leukerbad als Investorinnen im Bereich Tourismus
- Gründung verschiedener, miteinander verflochtener Gesellschaften („Gruppe Leukerbad“)
- Weit gehende Genehmigungserfordernisse nach kantonalem Gemeindegesetz (Finanzbeschlüsse, Darlehen)
- Ausgaben / Darlehen an Gesellschaften unter Missachtung kantonaler Vorschriften
- Verschuldung Gemeinden 1998 ca. 220 Mio. Franken

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Lehren

22

- Politik verlangt u.U. finanzielles Engagement Gemeinde
- Weit gehende Genehmigungspflichten haben „Fall Leukerbad“ nicht verhindert (nicht beachtet / durchgesetzt)
- In Kantonen mit liberalen, aber klaren Vorgaben wenig Probleme bekannt
- Kantonale „Bevormundung“ kann falsches Vertrauen wecken und Risiken verbergen
 - Verantwortung Kanton / Gemeinden klar zuweisen
 - Notwendigkeit Risikomanagement: Risiken erkennen, beurteilen, begrenzen

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Elemente Risikomanagement

23

- Risiken durch klare Rahmenbedingungen begrenzen
 - Eigentümerstrategie
 - Leistungsauftrag
 - Insbesondere: Weiterübertragung von Aufgaben, Beteiligungen
- Transparenz durch Information
 - Ausweis Beteiligungen und finanzielle Risiken
 - Konsolidierung (HRM 2)?
- Aufsicht über beauftragte Organisation
 - Berichterstattung (periodisch, besondere Vorkommnisse)
 - Möglichkeiten der Einflussnahme im Notfall
 - Weitere Instrumente?

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

Gemeindeaufsicht

24

- Nicht hierarchische Dienstaufsicht über untere Verwaltungsstellen, sondern Verbandsaufsicht über selbständige Organisationen
- Umfang der Aufsicht gemäss gesetzlicher Regelung und Autonomie der Gemeinde
- Beschränkte Prüfungsbefugnis, in der Regel nur Rechtskontrolle
- Keine Möglichkeit, in konkrete Geschäfte einzugreifen (Ausnahme: gesetzliche Ermächtigung)
- Rechtsschutz (Beschwerdemöglichkeit)

Dr. Ueli Friederich
Arn Friederich Strecker, Bern

- Gesetzliche Leitplanken
 - Klare Regelung Art und Umfang der Übertragung
 - Insbesondere: Weitere Übertragungen / Beteiligungen?
 - Verpflichtung der Gemeinden zu Risikomanagement
 - Befähigung der verantwortlichen Personen (analog RPO)
- Systemprüfung: Treffen Gemeinden vorgeschriebene Massnahmen für ein wirksames Risikomanagement?
- Gemeinden informell begleiten und unterstützen (Werkzeugkasten aufsichtsrechtliche Instrumente)
- Vorgaben durchsetzen

Art. 97 Gemeindeverordnung BE

¹ Die Gemeinde gibt in einem öffentlichen Verzeichnis Auskunft über alle Verpflichtungen und Beteiligungen, die den Finanzhaushalt betreffen, sowie über Personen, welche für die Gemeinde in Organen Dritter tätig sind.

² Zu informieren ist insbesondere über die Finanzierungs-, Haftungs- und Nachschusspflichten bei

- a. Beteiligungen an öffentlich-rechtlichen Organisationen der interkommunalen Zusammenarbeit (Gemeindeverbände, Anstalten etc.),
- b. Beteiligungen an juristischen Personen des Privatrechts,
- c. vertraglichen Beziehungen, die zur Erfüllung von Gemeindeaufgaben eingegangen worden sind,
- d. Mitgliedschaften in Vereinen, einfachen Gesellschaften und Genossenschaften.