



Kanton Zürich
Direktion der Justiz und des Innern
Gemeindefürsorgeamt
Abteilung Gemeinderecht

Wilhelmstrasse 10
Postfach
8090 Zürich
www.zh.ch/gaz

Leitfaden Privatrechtliche Aufgabenträger

September 2019

Inhaltsverzeichnis

Einleitung / Übersicht	1
A. GRUNDLAGEN	2
1. Was bedeuten die Begriffe Ausgliederung bzw. IKZ?	2
2. Was spricht für eine Ausgliederung bzw. IKZ?	2
3. Welche Formen der Ausgliederung bzw. IKZ gibt es?	2
4. Was sind die Charakteristika einer Ausgliederung bzw. IKZ?	2
5. Gegenüber was sind sie abzugrenzen?	3
B. VORAUSSETZUNG RECHTSGRUNDLAGE	3
1. Grundsatz	3
2. Was muss in der Rechtsgrundlage geregelt werden?	4
2.1. Welche Aufgabe erfüllt der Aufgabenträger?	4
2.1.1. Umschreibung der zu übertragenden Aufgabe	4
2.1.2. Schranken der zu übertragenden Aufgabe	5
2.1.3. Subübertragung	5
2.1.4. Gewerbliche Nebentätigkeit	6
2.2. Welche Rechtsform soll der Aufgabenträger haben?	6
2.3. Wie finanziert sich der Aufgabenträger?	7
2.3.1. Finanzierung des Aufgabenträgers	7
2.3.2. Spezialfinanzierung von Eigenwirtschaftsbetrieben	8
2.4. Wie nimmt die Gemeinde die Aufsicht wahr?	9
2.4.1. Aufsicht bei Subübertragung	9
2.4.2. Weitere Informationen zur Aufsicht	10
2.5. Besonderheiten IKZ betr. Regelungsinhalt	10
3. Weitere Rechtsgrundlagen	10
4. Wer ist für den Erlass der Rechtsgrundlage zuständig?	11
4.1. Zuständigkeit für Ausgliederungen	11
4.2. Zuständigkeit für IKZ	11
C. WIE LÄUFT DAS VERFAHREN AB?	11
D. WAS MUSS IN DER WEISUNG STEHEN?	12
E. SPEZIALFALL: RECHTSFORMUMWANDLUNG	12

F.	HAFTUNG DER TRÄGERGEMEINDE	13
G.	RECHNUNGSLEGUNG	13
H.	STEUERN	13
I.	GRUNDRECHTSBINDUNG	13
J.	BESCHAFFUNGSWESEN	14
K.	PERSONAL	14
L.	AUFLÖSUNG / LIQUIDATION	14
M.	ANHANG 1: CHECKLISTE	16
N.	ANHANG 2: VERBUCHUNGSSCHEMA	17
O.	ANHANG 3: LITERATURAUSWAHL	21



Einleitung / Übersicht

Die Gemeinden haben diverse Aufgaben zu erfüllen, sei es gestützt auf Bundes- oder kantonales Recht. Zudem können sie – sofern sie dafür die erforderlichen Rechtsgrundlagen schaffen – weitere Aufgaben freiwillig übernehmen.

Grundsätzlich erfüllen Gemeinden ihre Aufgaben selber. Die Kantonsverfassung ermöglicht aber sowohl die Zusammenarbeit unter den Gemeinden wie auch die Übertragung der Erfüllung kommunaler Aufgaben auf Dritte (Art. 90 Abs. 1 und Art. 98 KV). Die Gemeinden können hierzu Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts schaffen oder sich an solchen beteiligen (vgl. Art. 98 Abs. 1 KV). Das neue Gemeindegesetz vom 20. April 2015 (GG; LS 131.1) setzt diese Vorgabe um und gestattet den Gemeinden, kommunale Aufgaben Dritten zu übertragen oder in Zusammenarbeit mit anderen Gemeinden zu erfüllen (§ 63 GG). Die Gemeinden können ihre Aufgaben somit auf verschiedene Arten wahrnehmen.

Der vorliegende **Leitfaden** legt den Fokus auf die **Übertragung kommunaler Aufgaben auf privatrechtliche Aufgabenträger**, bei der sich das Gemeinwesen der Organisationsformen des Privatrechts anstelle öffentlich-rechtlicher Rechtsformen bedient.

Die Aufgabenübertragung auf privatrechtliche Aufgabenträger ist sehr anspruchsvoll. Sie steht an der **Schnittstelle** von **öffentlichem und privatem Recht**. Es ergeben sich dabei viele Fragen, die auch heute noch nicht abschliessend beantwortet sind. Der vorliegende Leitfaden hält die Grundsätze und eine Übersicht aus der bisherigen Praxis fest und nennt die Voraussetzungen für eine Übertragung. Den Abschluss bilden eine Checkliste für das konkrete Vorgehen (vgl. Anhang 1), ein Beispiel für die Verbuchung (vgl. Anhang 2) sowie eine Auswahl an einschlägiger Literatur (vgl. Anhang 3).



A. GRUNDLAGEN

1. Was bedeuten die Begriffe Ausgliederung bzw. IKZ?

Unter einer **Ausgliederung** versteht man die dauerhafte Übertragung einer oder mehrerer Aufgaben einer Gemeinde auf eine juristische Person des Privatrechts (§ 65 GG).

Bsp.: Eine einzelne Gemeinde überträgt ihre Gemeindewerke und die damit verbundene Aufgabe auf eine Aktiengesellschaft (AG).

Übertragen mehrere Gemeinden gemeinsam eine Aufgabe auf eine juristische Person des Privatrechts spricht man von **Interkommunaler Zusammenarbeit (IKZ)** (§ 75 GG).

Bsp.: Mehrere Gemeinden übertragen die Aufgabe der Führung eines Pflegezentrums gemeinsam auf eine AG.

2. Was spricht für eine Ausgliederung bzw. IKZ?

Die Gründe und Motive einer Gemeinde für eine Ausgliederung bzw. Zusammenarbeit sind individuell und zahlreich. Sie reichen von der Erreichung der Leistungsgrenze (mangelnde finanzielle und personelle Ressourcen) über fehlende Handlungsfähigkeit im schnelllebigen Markt (Erhöhung der Markt- und Konkurrenzfähigkeit), der politischen Bedeutung oder wirtschaftlichen Überlegungen (Effizienzsteigerung dank schnelleren bzw. kürzeren Entscheidungswegen [Entpolitisierung]) bis zur Allianzfähigkeit.

3. Welche Formen der Ausgliederung bzw. IKZ gibt es?

Das Gemeindegesetz sieht folgende Formen vor:

1. **Errichtung** eines privatrechtlichen Aufgabenträgers (mit Beteiligung der Gemeinde; § 63 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 67 lit. a bzw. § 75 lit. a GG)
→ **Gemeinde als Gründerin**
2. **Beteiligung** an bestehendem privatrechtlichem Aufgabenträger (§ 63 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 67 lit. b bzw. § 75 lit. b GG)
→ **Gemeinde als Teilhaberin**
3. **Übertragung** Aufgabe an bestehende privatrechtlichen Aufgabenträger (ohne Beteiligung Gemeinde; § 63 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 67 lit. c bzw. § 75 lit. c GG)
→ **Gemeinde im Public Private Partnership (PPP)**

4. Was sind die Charakteristika einer Ausgliederung bzw. IKZ?

Bei den nachfolgenden Charakteristika wird bewusst auf eine Einteilung in Vor- und Nachteile verzichtet¹. Denn je nach Sichtweise kann ein Charakteristikum als Vor- gleichzeitig aber auch als Nachteil gewertet werden.

- Verlust demokratischer Einflussmöglichkeiten, Ausschluss Finanzreferendum, Entpolitisierung;

¹ Vgl. auch VOGEL, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Vorbem. zu §§ 65–70 N. 4.



- Dauerhaftigkeit (im Gegensatz zu vertraglichen Lösungen);
- erschwerte Finanzierung (Gemeinden haben in der Regel hohe Bonität);
- erschwerte Sicherung der Vermögenswerte²;
- Beteiligung Privater möglich;
- erschwerte kommunale Kontrolle bei Beteiligung von weniger als 50%;
- erschwerter Verkauf Beteiligung (mangels Marktnachfrage);
- erschwerte Verstaatlichung (insbesondere bei Beteiligung Privater);
- hohe Flexibilität und unternehmerische Freiheit.

5. Gegenüber was sind sie abzugrenzen?

Für Abgrenzungen zur vertraglichen Einbindung eines Dritten lediglich als Erfüllungsgehilfen (**Vertrag**) gemäss § 63 Abs. 2 lit. a GG sowie zur sogenannten **Unterstützungsbeteiligung**³ kann auf den Leitfaden zur Abgrenzung von Aufgabenübertragung und Unterstützungsbeteiligung vom Dezember 2018⁴ verwiesen werden. Kurz zusammengefasst ist die bloss vertragliche Aufgabenübertragung grundsätzlich auf einen kürzeren Zeithorizont ausgerichtet und es kommt dem Erfüllungsgehilfen weniger Autonomie bei der Aufgabenerfüllung zu als bei einer Ausgliederung.

Beim **Aufgabenverzicht** (echte bzw. materielle Privatisierung, Aufgabenprivatisierung) entscheidet die Gemeinde, sich mangels öffentlichem Interesse vollständig von einer (freiwilligen) Aufgabe zurückzuziehen.

Bsp.: Eine Gemeinde entscheidet sich, ihr Schwimmbad aufzugeben.

B. VORAUSSETZUNG RECHTSGRUNDLAGE

1. Grundsatz

Jedes staatliche Agieren erfordert eine Rechtsgrundlage, so auch die Ausgliederung bzw. IKZ, was das Gemeindegesetz nun ausdrücklich in § 68 bzw. § 76 GG festhält.

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">– 1 Gemeinde → Ausgliederung → Ausgliederungserlass– Mehrere Gemeinden → Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) → Interkommunale Vereinbarung (IKV; öffentlich-rechtlicher [rechtsetzender] Vertrag) |
|--|

² Der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienende Vermögenswerte sind bei den Gemeinden im Verwaltungsvermögen zu verbuchen. Dies verunmöglicht eine konkursrechtliche Verwertung. Privatrechtliche Aufgabenträger kennen keine Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen. Eine konkursrechtliche Verwertung ist deshalb möglich.

³ JAAG, Der Staat als Aktionär, in: H.C. von der Crone/R.H. Weber/R. Zäch (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 383.

⁴ Abrufbar auf www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Aufgabenübertragung > Leitfaden Abgrenzung Aufgabenübertragung > Definition.



Erfordert die Erfüllung einer Aufgabe auch die **Übertragung hoheitlicher Befugnisse**⁵, ist gemäss Art. 98 Abs. 3 KV eine Regelung in der **Gemeindeordnung (GO)** erforderlich (z.B. Erhebung von Gebühren). Art. 98 Abs. 4 KV regelt den Mindestinhalt dieser Regelung. Er entspricht im Wesentlichen den Anforderungen von § 68 GG. In der Gemeindeordnung sind die Grundzüge zu regeln, in den Ausgliederungserlass sind die ergänzenden Regelungen aufzunehmen.

Sind keine hoheitlichen Befugnisse erforderlich, ist die Ausgliederung in einem **Gemeindeerlass** im Sinne von § 4 Abs. 2 GG zu verankern (vgl. zur Zuständigkeit nachfolgend Ziff. B.4)⁶.

Auf die **IKZ** findet Art. 98 Abs. 3 KV keine Anwendung. Sollen bei einer IKZ hoheitliche Befugnisse übertragen werden, sind sie gemäss § 76 Abs. 1 lit. d GG in der **IKV** zu regeln.

Die zu regelnden Punkte stimmen in allen Fällen überein (vgl. dazu unten Ziff. B.2).

2. Was muss in der Rechtsgrundlage geregelt werden?

Für Ausgliederungen, welche die Übertragung hoheitlicher Befugnisse beinhalten, regeln Art. 98 Abs. 3 und 4 KV den **(Mindest-)Inhalt** der **Rechtsgrundlage**. Ohne Übertragung hoheitlicher Befugnisse richtet er sich für Ausgliederungen nach § 68 GG; für IKZ gilt § 76 GG.

Der gesetzliche Katalog ist allerdings nicht abschliessend; in der Rechtsgrundlage ist insbesondere auch zu regeln, inwieweit sich Private am Aufgabenträger beteiligen können⁷. Zudem kommt es im Einzelfall auf die Aufgabe und die gewählte Form der Ausgliederung bzw. IKZ an, welche Punkte eingehender zu regeln sind.

2.1. Welche Aufgabe erfüllt der Aufgabenträger?

2.1.1. Umschreibung der zu übertragenden Aufgabe

Die Aufgabe, die ein Aufgabenträger erfüllen soll, ist in der Rechtsgrundlage hinreichend bestimmt zu regeln (vgl. § 68 lit. a und § 76 Abs. 1 lit. b GG). Ein Aufgabenträger erfüllt nur diejenigen Gemeindeaufgaben, die in der Rechtsgrundlage an ihn übertragen werden. Er kann nicht selber festlegen, dass und welche öffentliche bzw. kommunalen Aufgaben er anstelle der Gemeinden erfüllt. Denn der entsprechende Aufgabenträger besteht Kraft kommunaler Gesetzgebung. Der Gemeindevorstand, der die Aktionärsrechte in der AG als Alleinaktionär ausübt, ist an diese Rechtsgrundlage gebunden. Er kann daher nicht von sich aus dem Aufgabenträger weitere Aufgaben übertragen. Mangels entsprechender Rechtsgrundlage ist er dazu nicht legitimiert. Seine Aktionärsrechte sind insofern limitiert. Eine griffige und präzise Umschreibung des Zwecks bedeutet schliesslich auch einen grösseren Einfluss der beteiligten Gemeinden auf den Aufgabenträger.

⁵ Bei den hoheitlichen Befugnissen ist insbesondere an die Eingriffsverwaltung (z.B. in Bereichen Polizei, Strafverfolgung, Zwangsvollstreckung) zu denken sowie an die Erhebung von Gebühren und auch an Rechtsetzungs- oder Entscheidungsbe-fugnisse.

⁶ Vgl. VOGEL, a.a.O., § 68 N. 4.

⁷ Vgl. VOGEL, a.a.O., § 68 N. 8.

- *"Die AG sorgt für die Gemeinde X für ein bedarfs- und fachgerechtes Angebot an stationären Pflegedienstleistungen gemäss Pflegegesetz."*
Ausreichend: Die Regel beschreibt die Aufgabe der AG in ausreichender Weise.
- *"Die AG nimmt für die Gemeinde X Aufgaben im Bereich der Gesundheitsversorgung wahr."*
Unzureichend: Die Zweckumschreibung ist hier viel zu offen formuliert, so dass unklar ist, welche Aufgaben die AG tatsächlich wahrnimmt.

2.1.2. Schranken der zu übertragenden Aufgabe

Die Rechtsgrundlage muss **Art und Umfang der zu übertragenden Aufgabe** regeln. Grundsätzlich können alle Aufgaben, die eine Gemeinde erfüllt, auf Dritte übertragen werden. Allerdings gibt es gewisse gesetzliche **Schranken** zu beachten:

- Die für die Organisation, Selbständigkeit und Leistungsfähigkeit der Gemeinde notwendigen Aufgaben, sind von der Gemeinde selbst zu erfüllen (§ 63 Abs. 1 GG; hierzu gehören die Aufrechterhaltung der Eigenständigkeit und die Grundfunktionen der Gemeinde). Es geht um die Frage, wann eine Gemeinde noch als Gemeinde wahrgenommen wird und als solche handlungsfähig ist. Hierfür muss sie über eine gewisse personelle Mindestausstattung verfügen und bestimmte wesentliche Entscheidungen müssen vom Gemeindevorstand selber gefasst werden (so z.B. Aufgaben der politischen Gestaltung, Steuerung und Aufsicht wie z.B. Beschlussfassung über Budgets, Aufgaben- und Finanzplan oder Durchführung von Wahlen⁸). Die Gemeinde darf sich nicht auf eine Holdingfunktion beschränken und zur blossen organisatorischen Hülle verkommen.
- Spezialgesetze können weitere Schranken oder sogar Verbote vorsehen oder die Zusammenarbeit auf bestimmte öffentlich-rechtliche Formen beschränken.

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass sich Aufgaben im Monopolbereich (z.B. Abwasser) aufgrund der starken Reglementierung eher weniger für eine Ausgliederung bzw. IKZ auf privatrechtliche Aufgabenträger eignen. Auch hat sich gezeigt, dass Aufgaben von politisch grosser Bedeutung sich nicht für eine Ausgliederung bzw. IKZ eignen, sondern von den Gemeinden selber zu erfüllen sind. Demgegenüber eignen sich insbesondere wirtschaftliche bzw. dienstleistungsorientierte Aufgaben für eine Ausgliederung bzw. IKZ⁹.

2.1.3. Subübertragung

Bei der Subübertragung (auch Subausgliederung genannt) geht es um die weitere Übertragung einer Teilaufgabe vom privatrechtlichen Aufgabenträger auf einen anderen.

Keiner weiteren gesetzlichen Regelung bedarf die weitere Übertragung klar untergeordneter bzw. nebensächlicher Aufgaben (z.B. Betrieb einer Cafeteria oder Leistungen einer Wäscherei bei einem Spital).

Im Übrigen ist aber zwingend eine Regelung in der gesetzlichen Grundlage erforderlich. Dabei kann eine Subübertragung entweder bereits als **fixes Konstrukt** in der Rechtsgrundlage

⁸ Auch das staatliche Gewaltmonopol fällt darunter. Begründet wird dies mit dem fehlenden öffentlichen Interesse an der Ausgliederung dieser Tätigkeiten. Vgl. GUTMANNSSBAUER, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Diss., Zürich 2011, S. 15.

⁹ Vgl. hierzu auch die Grundsätze zur Ausgliederung von Gemeindeaufgaben, abrufbar auf www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Aufgabenübertragung > Ausgliederung > Grundsätze zur Ausgliederung von Gemeindeaufgaben.

der Ausgliederung vorgesehen werden (z.B. wenn eine Mutter-Tochter-Konstellation von Anfang an ins Auge gefasst wird). Oder es ist die bloss **Ermächtigung** zur Subausgliederung denkbar. Diese Bestimmung ist allerdings im Sinne von § 68 GG zu konkretisieren und muss in der Rechtsgrundlage mindestens die weiter auszugliedernde Aufgabe, die Rechtsform sowie die Entscheidung, ob eine Mehr- oder Minderheitsbeteiligung angestrebt wird, angegeben werden. Eine Kann-Bestimmung ohne weitere Konkretisierung ist demnach unzulässig. Der Entscheid, ob die Ausgliederung an eine Tochter-AG erfolgt, müssen die Stimmberechtigten fällen; er kann nicht an den Gemeindevorstand, der in der AG die Aktionärsrechte ausübt, delegiert werden.

2.1.4. Gewerbliche Nebentätigkeit

Eine gewerbliche Nebentätigkeit stellt einen unternehmerischen Betrieb in Konkurrenz zu Privatwirtschaft dar, der nicht in Erfüllung einer kommunalen Aufgabe erfolgt. Gemäss dem Grundsatz, wonach die Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich den Privaten vorbehalten ist und staatliche Wirtschaftstätigkeit deshalb subsidiär bleiben muss, ist die unternehmerische Betätigung des Gemeinwesens nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Es bedarf einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses sowie der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips und darf nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Die kommerzielle Nebentätigkeit muss im Verhältnis zu den von den Gemeinden übertragenen Aufgaben von untergeordneter Natur sein. Als solche darf sie somit lediglich in untergeordnetem Ausmass betrieben werden, was sich aus dem Ausgliederungserlass bzw. der IKV ergeben muss¹⁰. Die Möglichkeit zur Ausübung einer solchen gewerblichen Nebentätigkeit kann hier ausnahmsweise als bloss Kann-Vorschrift in den Ausgliederungserlass bzw. die IKV aufgenommen werden¹¹.

2.2. Welche Rechtsform soll der Aufgabenträger haben?

Grundsätzlich sind **alle Rechtsformen des Privatrechts** zulässig. Das Gemeindegesetz schränkt die Wahl nicht ein (vgl. § 67 und § 75 GG). Neben der oft genannten AG, sind somit auch die GmbH, die Genossenschaft, eine privatrechtliche Stiftung oder der Verein denkbar. Personengesellschaften kommen hingegen aufgrund der persönlichen, solidari-schen und unbeschränkten Haftung kaum in Frage¹². Es können zudem spezialgesetzliche Einschränkungen oder ganz praktische Gründe vorliegen, die gegen die eine oder andere Rechtsform sprechen. Ein Leitfaden erläutert, welche Grundsätze für die Ausgliederung bzw. interkommunale Zusammenarbeit zu beachten sind und welche Rechtsform für welche Arten von Aufgaben geeignet ist¹³.

Im Folgenden werden in einer kurzen **Übersicht** die gemeinhin als Vor- und Nachteile genannten Merkmale der gängigsten Rechtsformen aufgeführt. Allerdings gilt auch – wie schon bei den Charakteristika (vgl. Ziff. A.4) –, dass unter Umständen ein als Nachteil aufgeführtes Merkmal im Einzelfall gerade einen Vorteil darstellen kann.

- Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR)
 - *Vorteile*: eigene Rechtspersönlichkeit; geeignet für marktfähige wirtschaftliche Aufgaben; keine Haftung Aktionäre über Aktienkapital hinaus; strenge Kontrolle

¹⁰ Darüber hinaus ist dies nur möglich, wenn die Gemeinden den Aufgabenträger beherrschen.

¹¹ Allerdings ist dies nur möglich, solange die Gemeinde(n) den privatrechtlichen Aufgabenträger beherrschen.

¹² VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung als Voraussetzung einer Privatisierung, S. 22 ff.

¹³ Vgl. Fn. 9.



- durch aktienrechtliche Vorgaben; strenge Anforderungen an Rechnungswesen; private Beteiligung möglich; einfache Übertragung Beteiligung; Anonymität
 - *Nachteile*: kaum politische Mitbestimmung; staatliche Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten eingeschränkt; Veräusserung bei nicht markttauglichen Aufgaben schwierig; persönliche Haftung Verwaltungsrat
 - *Bsp.*: Spital, Pflegeheime, Energiewerke
- Stiftung (Art. 80 ff. ZGB; Widmung Vermögen für bestimmten Zweck)
 - *Vorteile*: eigene Rechtspersönlichkeit, verselbständigtes Zweckvermögen (keine Kapitalgesellschaft), langfristige Widmung eines Vermögens für bestimmten Zweck (insbesondere ideale Zwecke)
 - *Nachteile*: Auf unbestimmte Zeit errichtet (nur in Ausnahmefall Auflösung); nicht kapitalmarktfähig
 - *Bsp.*: Pensionskasse, Altersheim, Museum
 - *Abgrenzung*: sogenannte öffentlich-rechtliche Stiftung wird als Anstalt behandelt
- Verein (Art. 60 ff. ZGB)
 - *Vorteile*: eigene Rechtspersönlichkeit; unkompliziert; grosse Gestaltungsfreiheit betr. Zweck, Mitsprache und Aufsicht durch Gemeinden; Mitgliederbeiträge klar begrenzt
 - *Nachteile*: grundsätzlich nicht für wirtschaftliche Zwecke vorgesehen; Kopfstimmrecht; Durchsetzungsprobleme, falls auch Private beteiligt sind
 - *Bsp.*: Musikschule, Spitex, Kita, Ortsmuseum
- GmbH (Art. 772 ff. OR)
 - *Vorteile*: eigene Rechtspersönlichkeit; gemeinsame Aufgabenerfüllung
 - *Nachteile*: Nachschuss- und Nebenleistungspflichten möglich, Doppelbesteuerung (GmbH als juristische Person und Gesellschafter als natürliche Person)
 - *Bsp.*: Immobilienverwaltung
- Genossenschaft (Art. 828 ff. OR)
 - *Vorteile*: eigene Rechtspersönlichkeit; gemeinsame Aufgabenerfüllung ("Selbsthilfeorganisation" --> Förderung und Sicherung wirtschaftlicher Interessen Genossenschafter)
 - *Nachteile*: schwerfällig; pro-Kopf-Stimm-/Wahlrecht
 - *Bsp.*: Wasserwerke, Alterszentrum

Weitere Informationen zu den einzelnen privatrechtlichen Rechtsformen wie auch allfällige Kriterien für die Wahl der Rechtsform können beim Bund abgerufen werden¹⁴.

2.3. Wie finanziert sich der Aufgabenträger?

2.3.1. Finanzierung des Aufgabenträgers

Die Rechtsgrundlage muss Auskunft darüber geben, wie sich der Rechtsträger finanziert. Zur **Finanzierung** gehören die finanzielle Ausstattung des Aufgabenträgers bei seiner Gründung sowie die Entgelte, die der Aufgabenträger von seinen Kunden erhebt. Dies kann

¹⁴ www.kmu.admin.ch > Praktisches Wissen > KMU gründen.

je nach Aufgabenbereich eigenwirtschaftlich über die Erhebung von Gebühren und die Vereinnahmung von Geldern aus Erbringung von Sach- oder Dienstleistungen sein oder durch steuerfinanzierte Beiträge der Trägergemeinde(n) geschehen. Für bestimmte Aufgabenbereiche sieht das übergeordnete Recht vor, dass die Finanzierung über kostendeckende Gebühren zu erfolgen hat (z.B. bei der Wasserversorgung). Soll der Aufgabenträger die Gebühren selber erheben können, ist dies in der Rechtsgrundlage ausdrücklich zu erwähnen¹⁵.

Darüber hinaus sieht bereits das Bundesprivatrecht eine Mindestausstattung vor (vgl. Art. 621 und Art. 632 ff. OR in Form von Aktienkapital und/oder Sacheinlagen). Die Trägergemeinde kann dem Aufgabenträger auch Darlehen oder Bürgschaften gewähren¹⁶. Möglich wäre auch die Übernahme einer subsidiären Haftung betreffend Fremdkapitalschulden zur Verbesserung der Bonität des Aufgabenträgers. Dabei ist zwingend eine Obergrenze festzulegen¹⁷.

Es ist genau zu definieren, welche Sach- und Vermögenswerte auf den neuen Rechtsträger übertragen werden. Dazu sind ihre Anlagewerte zu ermitteln. Darüber hinaus ist zu entscheiden, ob die Vermögenswerte zu Buch- oder Verkehrswert übertragen werden. Bei Übertragung zu Buchwerten ist der Verkehrswert zumindest im beleuchtenden Bericht offenzulegen.

Es ist eine **Ausgliederungs- und Planeröffnungsbilanz** sowie ein **Beteiligungsschema** zu erstellen. Für ein Beispiel eines **Verbuchungsschemas** kann auf Anhang 2: Verbuchungsschema verwiesen werden.

2.3.2. Spezialfinanzierung von Eigenwirtschaftsbetrieben

Grundsätzliches: Mit der Errichtung eines Eigenwirtschaftsbetriebs werden Betriebsgewinne bzw. -verluste auf Spezialfinanzierungskonten vorgetragen. Diese werden landläufig Reserven genannt. Gemäss dem Grundsatz der Eigenwirtschaftlichkeit, der für alle Spezialfinanzierungen gilt, dürfen keine Mittel aus dem steuerfinanzierten Haushalt in die gebührenfinanzierte Spezialfinanzierung fliessen. Dies gilt auch umgekehrt, so dass der Ertrag des Betriebes nicht für den allgemeinen Haushalt verwendet werden darf, wenn der Betrieb zudem dem Kostendeckungsprinzip unterliegt. Denn diese Reserven gehören ökonomisch betrachtet den Gebührenzahlenden und sollen für sie zweckbestimmt verwendet werden. Sie sind Bestandteil des zweckgebundenen Eigenkapitals und dienen der Glättung von Schwankungen des Jahresergebnisses des Betriebs¹⁸.

Für den Fall, dass Reserven der Spezialfinanzierung von Eigenwirtschaftsbetrieben auf den neuen Aufgabenträger übertragen werden sollen, ist deshalb Folgendes zu beachten:

Spezialfinanzierungsreserven dürfen z.B. bei einer AG nur zur Bildung von Reserven, nicht aber zur Bildung von Aktienkapital verwendet werden. Letzteres wäre nur möglich, wenn im besagten Bereich das Kostendeckungsprinzip nicht gilt, weil dieses Prinzip keine Entwicklung zulässt. Ausserdem müsste dies im beleuchtenden Bericht zum Ausdruck gebracht werden (Tatsache der Aktienliberierung und Umfang).

¹⁵ Dies gilt im Übrigen als Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe.

¹⁶ Die Gewährung eines Darlehens stellt in der besagten Trägergemeinde eine neue Ausgabe dar, die vom zuständigen Organ bewilligt werden muss.

¹⁷ Eine Haftung in unbeschränkter Höhe würde die Selbständigkeit des Aufgabenträgers in Frage stellen und wäre daher unzulässig. Darlehen einer Gemeinde an die AG ist als neue Ausgabe von der Gemeinde zu beschliessen.

¹⁸ [Handbuch über den Finanzhaushalt der Zürcher Gemeinden](#), Kapitel 13, Ziffer 2.

2.4. Wie nimmt die Gemeinde die Aufsicht wahr?

Die Gemeinde bleibt bei einer Ausgliederung bzw. IKZ dafür verantwortlich, dass der Aufgabenträger die Aufgabe **recht- und zweckmässig** erfüllt (vgl. § 64 Abs. 1 GG; Art. 98 Abs. 4 lit. e KV), denn die gesetzliche Verpflichtung selbst kann nicht übertragen werden. Aus dieser Gewährleistungspflicht fliesst, dass die Gemeinde mindestens sicherstellen muss, dass ihr die zur Ausübung der **Aufsicht** erforderlichen Informationen zur Kenntnis gebracht werden (§ 64 Abs. 2 GG). Letztendlich muss sie auch stellvertretend einspringen, wenn der Aufgabenträger seiner Erfüllungspflicht nicht (mehr) nachkommt.

Die Einflussnahme auf einen privatrechtlichen Aufgabenträger ist allerdings durch das Bundesprivatrecht beschränkt¹⁹. So sind beispielsweise keine demokratischen Rechte vorgesehen²⁰. Bei der AG bestehen die zulässigen Aufsichts- und Steuerungsmittel des Gemeindevorstands bspw. darin, dass er die Eignerstrategie festlegt, eine griffige Leistungsvereinbarung abschliesst, den Verwaltungsrat (VR) wählt (u.a. auch Möglichkeit der Delegation von Gemeindevertreter in VR bei gemischtwirtschaftlicher AG [Art. 762 OR]) bzw. allgemein die Aktionärsrechte wahrnimmt und sich vom Aufgabenträger Bericht erstatten lässt (Jahresrechnung, Geschäftsbericht und weiteres [auch mündliches] Reporting). Die Sicherung einer Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde ist bei einer AG deshalb zentral, weil der Gemeindevorstand durch sie die Zusammensetzung des VR bestimmen kann. Beteiligen sich auch Private am Aufgabenträger könnten in Bezug auf übertragene Grundstücke Vorkaufsrechte zugunsten der Gemeinde verankert werden. Zudem bestünde die Möglichkeit, die Grundstücke nicht zu übertragen oder lediglich im Baurecht abzugeben.

Innerhalb der Gemeinde übt die Exekutive die allgemeine Aufsicht aus, währenddessen die Legislative die Oberaufsicht gegenüber der Exekutive innehat. Diese richtet sich auf die Frage, wie weit die Beteiligung die von der Exekutive definierten Eignerziele umsetzt und bildet die Überprüfung der Steuerung und Aufsicht der Exekutive gegenüber dem selbstständigen Aufgabenträger.

Sind Private am Aufgabenträger beteiligt, ist zu berücksichtigen, dass diese nicht an den Ausgliederungserlass bzw. die IKV gebunden sind.

Die privatrechtlichen Aufgabenträger unterstehen nicht der kantonalen Aufsicht (vgl. § 163 GG). Sie könnte lediglich mittelbar, d.h. mittels Aufsicht über die Gemeinden betreffend deren Aufsichtspflichten greifen.

2.4.1. Aufsicht bei Subübertragung

Die Aufsicht über einen Aufgabenträger erschwert sich, wenn die Aufgabe nicht nur auf eine AG, sondern auf eine Mutter- und eine Tochter-AG übertragen wird. Während die Aktionärsrechte bei der Mutter-AG vom Gemeindevorstand wahrgenommen werden, der auch den VR der Mutter-AG wählt, werden die Aktionärsrechte bei der Tochter-AG vom VR der Mutter-AG wahrgenommen. Der geschmälerte Einfluss des Gemeindevorstands bei einer Mutter-Tochter-Struktur verschärft sich darüber hinaus, wenn die Mutter-AG sich mit Bezug auf die Tochter-AG auf eine Minderheitsbeteiligung beschränkt.

¹⁹ NOBEL, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 135 ff.; VOGEL, a.a.O., § 67 N. 2 und 14 ff.

²⁰ JAAG, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Vorbem. zu §§ 71–83 N. 27 f.



2.4.2. Weitere Informationen zur Aufsicht

Weitere Möglichkeiten zur Steuerung und Aufsicht sind im Leitfaden betr. Grundsätze zur Ausgliederung von Gemeindeaufgaben²¹ zu finden.

2.5. Besonderheiten IKZ betr. Regelungsinhalt

Bei der IKZ sind folgende Punkte in der Rechtsgrundlage (der IKV) zu regeln:

- Beteiligte Gemeinden (§ 76 Abs. 1 lit. a GG): Die IKV muss die beteiligten Trägergemeinden einzeln aufführen. Der Beitritt einer weiteren Gemeinde bedingt eine Änderung der IKV. Da zumeist Mitgliedschaftsrechte davon betroffen sind, ist zudem Einstimmigkeit erforderlich.
- Allfällige Rechtsetzungs- und Entscheidungsbefugnisse (§ 76 Abs. 1 lit. d GG): Werden hoheitliche Befugnisse übertragen, sind sie in der Rechtsgrundlage zu nennen.
- Finanzierung (§ 76 Abs. 1 lit. e GG): Bei einer IKZ ist ausserdem zu regeln, in welchem Verhältnis die mehreren Trägergemeinden zur Finanzierung des Rechtsträgers beitragen.
- Beendigung Zusammenarbeit (§ 76 Abs. 1 lit. g GG): Aufgrund des Grundsatzes, dass sich niemand übermässig binden kann, muss eine Regelung zum Austritt aus bzw. zur Auflösung der IKV eingefügt werden (Kündigungsfrist und -termin; Weiterführung; finanzielle Folgen).
- Gemeinsames Aufsichtsorgan (§ 76 Abs. 2 GG): Bei der IKZ kann ein gemeinsames Aufsichtsorgan geschaffen werden, worin jede Gemeinde vertreten ist. Allerdings gelten auch hier die vorgenannten Einschränkungen betreffend Aufsicht²².

3. Weitere Rechtsgrundlagen

Je nach gewählter Rechtsform sind weitere Rechtsgrundlagen erforderlich. Solche bilden bspw. bei der AG:

- die Statuten²³ (zwingend gemäss Obligationenrecht),
- eine Leistungsvereinbarung (Steuerungsmittel, Konkretisierung der Aufgabenerfüllung bzw. der Leistungserstellung, Regelung Details),
- eine Eigentümerstrategie (Steuerungsmittel, Festlegung Strategie; beschränkte Durchsetzungskraft),
- ein Aktionärsbindungsvertrag (ABV; Achtung: bloss beschränkte Durchsetzung),
-

²¹ Vgl. Fn 9.

²² Das gemeinsame Aufsichtsorgan kann für die Wahl der VR-Mitglieder einer AG eingesetzt werden; es kann mit dem VR Verträge über Leistungen abschliessen oder andere Einflussrechte gemeinsam gegenüber dem privatrechtlichen Aufgabenträger geltend machen.

²³ Bei der Stiftung: Stiftungsurkunde; beim Verein: Vereinsstatuten; bei Genossenschaft und GmbH: Statuten.

Diese Unterlagen sind für die Vorprüfung beim Gemeindeamt zur Überprüfung insbesondere der Wahrnehmung der Aufsicht wichtig und sollten – sofern schon vorhanden – mit eingereicht werden²⁴. Sie unterliegen weder der Legitimation der Stimmberechtigten noch der Genehmigungspflicht des Regierungsrats; sie bilden Teil der Umsetzung.

4. Wer ist für den Erlass der Rechtsgrundlage zuständig?

4.1. Zuständigkeit für Ausgliederungen

Sind **Ausgliederungen** in politischer oder finanzieller Hinsicht als erheblich einzustufen, sind die Stimmberechtigten an der **Urne** zuständig (§ 69 GG). Bei der politischen Erheblichkeit wird darauf abgestellt, welche Bedeutung die Materie für die Bevölkerung oder welche Auswirkungen sie auf die demokratischen Entscheidungsprozesse hat. Eine erhebliche finanzielle Bedeutung ist gegeben, wenn die zu übertragenden Vermögenswerte gross sind. Bei dieser Beurteilung ist die Finanzkraft der Trägergemeinde einzubeziehen²⁵.

Ausgliederungen, die an der Urne beschlossen werden, bedürfen der **Genehmigung** durch den **Regierungsrat** (Rechtmässigkeitsprüfung, keine Zweckmässigkeitsprüfung). Die Genehmigung ist **konstitutiv** und bildet damit Voraussetzung für das Inkrafttreten des Erlasses (§ 70 GG).

In den übrigen Fällen handelt es sich um einen Erlass der **Gemeindeversammlung bzw. des Parlaments**, der keiner Genehmigung des Regierungsrats bedarf.

4.2. Zuständigkeit für IKZ

Die Zuständigkeit für den Beschluss über die Rechtsgrundlage eines **IKZ** liegt immer bei den Stimmberechtigten der beteiligten Gemeinden an der **Urne** (§ 79 GG). Bei Erlass und grundlegenden Änderungen ist Einstimmigkeit erforderlich; eine Mehrheit genügt bei den übrigen Änderungen (Mehrheitsquorum kann in der IKV verschärft werden; § 77 GG). Zudem ist in jedem Fall die **Genehmigung des Regierungsrats** erforderlich (§ 80 GG)²⁶.

C. WIE LÄUFT DAS VERFAHREN AB?

Das Verfahren unter Mitwirkung des Gemeindeamts wird in einem Merkblatt dargelegt²⁷. Weitere Informationen zum Ablauf beim Gemeindeamt und den erforderlichen Unterlagen

²⁴ Für Ausgliederung: www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Aufgabenübertragung > Rechtsgrundlage > Vorprüfung Rechtsgrundlage; für IKZ: www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Interkommunale Zusammenarbeit > Juristische Person des Privatrechts > Vorprüfung und Genehmigung > Vorprüfung IKV.

²⁵ Vgl. VOGEL, a.a.O., § 69 N. 6 f.

²⁶ Weitere Besonderheiten bei IKZ: Pflicht zur Zusammenarbeit bei Vorliegen wichtiger öffentlicher Interessen durch Beschluss des Regierungsrats möglich (§ 81 GG); Interkantonale Zusammenarbeit erfordert Vertrag zwischen Kantonen (Staatsvertrag), für dessen Abschluss der Regierungsrat zuständig ist (§ 82 GG).

²⁷ www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Aufgabenübertragung > Rechtsgrundlage > Merkblatt Musterablauf bei Ausgliederung / IKZ.

betr. Ausgliederung²⁸ und IKZ²⁹ finden Sie auf den hinterlegten Internetseiten. Dieses Verfahren ist mit demjenigen bei anderen Stellen (z.B. Notariat und Handelsregister) zu koordinieren.

Da das Verfahren sehr aufwändig und zeitintensiv ist, erweist sich die Erstellung eines **Zeitplans** unter Einberechnung genügender Vorlaufzeit als empfehlenswert.

D. WAS MUSS IN DER WEISUNG STEHEN?

Der beleuchtende Bericht hat insbesondere die folgenden Punkte zu behandeln:

- Begründung für Privatisierung – Weshalb soll dieser Aufgabenbereich von einem privatrechtlichen Aufgabenträger erfüllt werden?
- Vergleich mit anderen Rechtsformen – Weshalb ist gerade die gewählte Rechtsform die richtige?
- Wie sieht die finanzielle Belastung der Gemeinde mit und ohne Ausgliederung aus?
- Überträgt die Gemeinde hoheitliche Befugnisse (ev. Änderung GO)?
- Folgen aufzeigen, wenn die Gemeinde nicht mehr Mehrheitsaktionärin ist.
- Wegfall des demokratischen Einflusses aufzeigen.
- Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Arbeitsverhältnis sowie den Folgen der Änderung aufzeigen.
- Die Verkehrswerte der übergehenden Vermögenswerte in der Weisung betragsmässig angeben bzw. stille Reserven ausweisen (für den Fall, dass zu Buchwert übertragen wird); für die Stimmberechtigten muss klar sein, welche Vermögenswerte auf die AG übergehen und wie, d.h. nach welchen Grundsätzen, diese bewertet werden.
- Weitere wichtige Punkte im Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung (vom Einzelfall abhängig).

E. SPEZIALFALL: RECHTSFORMUMWANDLUNG

Soll eine gemeinsame Anstalt oder ein Zweckverband in einen privatrechtlichen Aufgabenträger umgewandelt werden, spricht man von einer Rechtsformumwandlung. Sie ist eine weitere Möglichkeit der Privatisierung (Umwandlung einer bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen Organisation in eine solche des Privatrechts). Hierzu ist die Rechtsgrundlage entsprechend anzupassen. Das Verfahren richtet sich im Übrigen nach dem Fusionsgesetz (Art. 99 ff. FusG)³⁰.

²⁸ www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Aufgabenübertragung > Rechtsgrundlage > Vorprüfung Rechtsgrundlage.

²⁹ www.zh.ch > Politik & Staat > Gemeinden > Interkommunale Zusammenarbeit > Juristische Personen Privatrecht > Vorprüfung und Genehmigung > Vorprüfung IKV.

³⁰ Vgl. JAAG, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Vorbem. zu §§ 71–83 N. 21 f.

Die Abstimmungsvorlage über die Rechtsformumwandlung wird in allen Verbandsgemeinden den Stimmberechtigten je gesondert an der Urne unterbreitet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Gemeinden ein zwingendes Antragsrecht zukommt (im Sinne einer Abstimmungsempfehlung) und entsprechend genügend Zeit eingeplant werden muss.

F. HAFTUNG DER TRÄGERGEMEINDE

Die Haftung für widerrechtlich zugefügten Schaden richtet sich nach dem Haftungsgesetz (insbes. § 4 HG und Art. 46 Abs. 2 KV, subsidiäre Haftung). Eine Wegbedingung dieser Haftung ist nicht möglich.

In der Rechtsgrundlage kann eine weitergehende subsidiäre Haftung der Gemeinde vorgesehen werden (vgl. oben Ziff. B.2.3.1).

G. RECHNUNGSLEGUNG

Juristische Personen des Privatrechts haben die privatrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften zu beachten³¹. Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Vorgaben aus der entsprechenden Spezialgesetzgebung³².

Die Beteiligungen am privatrechtlichen Aufgabenträger sind bei der Gemeinde im Verwaltungsvermögen zu verbuchen. Dasselbe gilt für den Fall von gewährten Darlehen³³. Erfüllt ein Aufgabenträger verschiedene Aufgaben (z.B. Elektrizitätswerk, Gasversorgung und Wasserwerk), erfolgt die funktionale Zuordnung nach dem Schwerpunktprinzip.

Die Werthaltigkeit von Beteiligungen und Darlehen sind jährlich zu überprüfen (Werthaltigkeitstest) und gegebenenfalls anzupassen (Wertberichtigung)³⁴.

H. STEUERN

Es ist zu empfehlen, steuerliche Folgen vorab mit der kantonalen Steuerverwaltung zu klären (vgl. § 61 Steuergesetz [LS 631.1]; z.B. bei gemeinnützigem Zweck)³⁵.

I. GRUNDRECHTSBINDUNG

Ein privatrechtlicher Aufgabenträger, der öffentliche bzw. kommunale Aufgaben wahrnimmt, unterliegt der Grundrechtsbindung³⁶ und ist verpflichtet, zur Verwirklichung der Grundrechte

³¹ Vgl. Art. 958 ff. [OR](#).

³² Vgl. z.B. Art. 47 Abs. 2 [BVV 2](#) (SR 8321.441.1), wonach Vorsorgeeinrichtungen ihre Jahresrechnung nach den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER 26 aufzustellen und zu gliedern haben.

³³ Vgl. hierzu [Orientierungsschreiben des Gemeindeamts vom 27. Juni 2014](#).

³⁴ Vgl. hierzu [Handbuch über den Finanzhaushalt der Zürcher Gemeinden](#), Kapitel 9.

³⁵ Vgl. hierzu auch: SIMONEK, Steuerrechtliche Aspekte der Überführung öffentlicher Aufgaben, in: Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 85 ff.; Freudiger, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, S. 238 ff.

³⁶ Zum Thema der Grundrechtsbindung HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, in: AJP 2000, S. 515 ff.; RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 152/2016, S. 84 f.

beizutragen (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV; Gleichbehandlung, gesetzmässiges Handeln, Willkürverbot, Wirtschaftsfreiheit). So unterliegt ein privatrechtlicher Aufgabenträger z.B. einer eingeschränkten Vertragsfreiheit (Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass keine ungleichen Vertragskonditionen gegenüber verschiedenen Kunden für vergleichbare Leistungen vereinbart werden). Es kann ausserdem sein, dass er einer Kontrahierungspflicht unterliegt (bspw. im Infrastrukturbereich als Leistungserbringer)³⁷.

J. BESCHAFFUNGSWESEN

Es ist anhand der entsprechenden rechtlichen Grundlagen zu prüfen, ob eine Beachtung des Submissionsrecht durch den privatrechtlichen Aufgabenträger notwendig ist. Grundsätzlich unterstehen Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, wozu gerade auch privatrechtliche Aufgabenträger mit öffentlichen Aufgaben gehören, sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und haben die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens einzuhalten³⁸. Es kann diesbezüglich auf die entsprechende Fachdirektion verwiesen werden³⁹.

K. PERSONAL

Auf das Personal des privatrechtlichen Aufgabenträgers findet Privatrecht Anwendung⁴⁰.

Im Rahmen der Ausgliederung bzw. der Zusammenarbeit sind Fragen der Anstellungsbedingungen, des Besitzstandes und der Pensionskasse der bisher öffentlich-rechtlich angestellten Personen zu klären.

L. AUFLÖSUNG / LIQUIDATION

Oftmals geht vergessen, dass eine Auflösung bzw. Liquidation des privatrechtlichen Aufgabenträgers nicht bedeutet, dass die Trägergemeinde die Aufgabe wieder selber erfüllt. Denn die Aufgabenübertragung besteht gestützt auf die entsprechende Rechtsgrundlage weiterhin und die Gemeinde bleibt für die Aufgabenerfüllung in dieser Form verantwortlich.

Die Gemeinde ist verpflichtet zu überwachen, dass der privatrechtliche Aufgabenträger die Erfüllung der Aufgabe stemmen kann, und muss gegebenenfalls einschreiten (Anpassung Leistungsauftrag, Auswechslung VR). Droht dennoch eine Liquidation, muss die Gemeinde deshalb prüfen, ob an der Ausgliederung bzw. der IKZ festgehalten werden soll oder nicht.

³⁷ Vgl. zum Thema die folgenden Entscheide BGE 103 IA 544, 127 I 84, 129 III 35 138 I 289 sowie GUTMANNSSBAUER, a.a.O.; RÜTSCH, Was sind öffentliche Aufgaben, in: recht 2013, S. 153 ff.; WICHTERMANN, Haftung der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten, in: Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern.

³⁸ VB.2015.00556, RRB-Nr. 758/2015; vgl. auch VOGEL, a.a.O., § 67 N. 13; BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018 und BGer 2C_196/2017 vom 21. Februar 2019.

³⁹ Weiterführende Informationen bei der [Baudirektion](#).

⁴⁰ Vgl. BGer 2P.217/2003 vom 22. Oktober 2003 und VGer PK.2010.00001 vom 19. Juli 2010.



Soll die Aufgabe wieder durch die Gemeinde selber wahrgenommen werden, ist die Rechtsgrundlage aufzuheben. Dafür zuständig ist das gleiche Organ wie bei der damaligen Übertragung⁴¹.

Wird an der Rechtsgrundlage festgehalten, ist die Gemeinde zur Vermeidung eines rechtswidrigen Zustands gehalten, die notwendigen Massnahmen vorzunehmen (z.B. in finanzieller oder organisatorischer Hinsicht).

Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass je nach gewählter Rechtsform die Auflösung nur ausnahmsweise möglich ist (vgl. z.B. bei der Stiftung Art. 88 f. ZGB).

Das soeben Gesagte gilt auch für IKZ.

⁴¹ Wenn die Gemeinde die Rechtsgrundlage aufhebt, fällt ihr die Erfüllung der Aufgabe wieder selber zu. Falls sie sich die erforderlichen Vermögenswerte nicht gesichert hat, muss sie diese aus der Liquidationsmasse lösen oder neu beschaffen.



M. ANHANG 1: CHECKLISTE

Checkliste privatrechtliche Aufgabenträger⁴²	
Vorabklärungen	Erledigt
Welche Aufgabe soll übertragen werden?	
Wie ist der Zeitbedarf /-horizont?	
Ist eine Ausgliederung bzw. IKZ zulässig oder bestehen Einschränkungen?	
Welche Gründe liegen für eine Ausgliederung bzw. IKZ vor?	
Welche Form der Ausgliederung bzw. IKZ soll gewählt werden?	
Welche Rechtsform ist für die zu übertragende Aufgabe zu wählen bzw. welche ist zulässig?	
Welche Vermögenswerte sollen übertragen werden und welchen Anlagewert haben sie?	
Eigenwirtschaftsbetriebe: Sollen Spezialfinanzierungsreserven übertragen werden?	
Soll die Beteiligung Privater möglich sein? Mehrheitlich?	
Sind weitere Abklärungen nötig (z.B. bei Steueramt betr. Gemeinnützigkeit)?	
Entwurf	
Ausarbeitung Entwurf Rechtsgrundlage und weiterer Unterlagen wie z.B. • Beleuchtender Bericht • Statuten • Eigentümerstrategie • Leistungsvereinbarung • Beteiligungsschema • Planeröffnungsbilanz • Aktionärbindungsvertrag • ...	
Vorprüfungsverfahren	
Merkblatt Vorprüfung und Genehmigung Ausgliederung in juristische Person Privatrecht	
Ausgliederungs- und Zusammenarbeitsprojekte: Musterablauf und Zeitbedarf für die Schaffung der Rechtsgrundlagen	
Abstimmungsverfahren	
Abstimmung an Urne in Gemeinde(n) bei Ausgliederungen von erheblicher Bedeutung und bei IKZ	
Genehmigungsverfahren	
Merkblatt Vorprüfung und Genehmigung Ausgliederung in juristische Person Privatrecht	
Vollzug	
Gründungs- bzw. Vollzugsschritte (HR-Anmeldung, Wahl Organe etc.)	

⁴² Weitere Checklisten finden Sie bei SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER.



N. ANHANG 2: VERBUCHUNGSSCHEMA

Politische Gemeinde xy

Ausgliederung Alters- und Pflegezentrum (APZ) in Aktiengesellschaft (APZ AG)

Ausgliederungsbilanz

Grunddaten gemäss Bilanz per 31. Dezember 20xx

in CHF

Finanzvermögen		Konto		4'767'000.00
- Flüssige Mittel (Kasse, Post, Bank)		100x.xx		2'800'000.00
- Forderungen		101x.xx		1'900'000.00
- Aktive Rechnungsabgrenzungen		104x.xx		41'000.00
- Vorräte		106x.xx		26'000.00
Verwaltungsvermögen		(Sacheinlage)		18'540'200.00
- Grundstücke VV	Anschaffungswert	1400.00	450'000.00	
	Wertberichtigungen	1400.09	0.00	450'000.00
- Übrige Tiefbauten VV	Anschaffungswert	1403.00	150'000.00	
	Kumulierte Abschreibungen	1403.09	-98'000.00	52'000.00
- Hochbauten VV	Anschaffungswert	1404.00	24'000'000.00	
	Kumulierte Abschreibungen	1404.09	-9'800'000.00	14'200'000.00
- Mobilien VV	Anschaffungswert	1406.00	8'600'000.00	
	Kumulierte Abschreibungen	1406.09	-4'800'000.00	3'800'000.00
- Software VV	Anschaffungswert	1420.00	58'000.00	
	Kumulierte Abschreibungen	1420.09	-34'800.00	23'200.00
- Beteiligungen VV	Anschaffungswert	1455.00	15'000.00	
	Wertberichtigungen	1455.09	0.00	15'000.00
Summe Aktiven				23'307'200.00
Fremdkapital				1'647'500.00
- Laufende Verbindlichkeiten		200x.xx		1'400'000.00
- Passive Rechnungsabgrenzungen		204x.xx		63'000.00
- Kurzfristige Rückstellungen		205x.xx		34'500.00
- Zweckgebundene Zuwendungen		2092.xx		150'000.00
Spezialfinanzierungen				1'022'000.00
- Spezialfinanzierung		2900.xx		1'022'000.00
Summe Passiven				2'669'500.00
Aktivenüberschuss				20'637'700.00
- Aktienkapital				5'000'000.00
- Darlehen				15'637'700.00

Ort, Datum



Verbuchungsschema

Übertragung Finanzvermögen auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

	Konto Soll	Konto Haben	in CHF	
Übertragung Flüssige Mittel	2005.xx	100x.xx	2'800'000.00	1
Übertragung Forderungen	2005.xx	101x.xx	1'900'000.00	2
Übertragung aktive Rechnungsabgrenzungen	2005.xx	104x.xx	41'000.00	3
Vorräte	2005.xx	106x.xx	26'000.00	4
Total			4'767'000.00	

Übertragung vom Verwaltungsvermögen ins Finanzvermögen (Restbuchwert)

Übertragung Grundstücke VV ins FV	9630.7500.00	4120.6000.00	450'000.00
Übertragung übrige Tiefbauten VV ins FV (Gebäude)	9630.7540.00	4120.6030.00	52'000.00
Übertragung Hochbauten VV ins FV	9630.7540.00	4120.6040.00	14'200'000.00
Übertragung Mobilien VV ins FV	9690.7560.00	4120.6060.00	3'800'000.00
Übertragung Software VV ins FV	9690.7590.00	4120.6200.00	23'200.00
Übertragung Beteiligungen VV ins FV	1070.xx	4120.6550.00	15'000.00
Total			18'540'200.00

Abschluss IR Verwaltungsvermögen

Abgang Anschaffungswert Grundstücke VV	9999.5900.00	1400.00	450'000.00
Abgang Anschaffungswert übrige Tiefbauten VV	9999.5900.00	1403.00	150'000.00
Abgang Anschaffungswert Hochbauten VV	9999.5900.00	1404.00	24'000'000.00
Abgang Anschaffungswert Mobilien VV	9999.5900.00	1406.00	8'600'000.00
Abgang Anschaffungswert Software VV	9999.5900.00	1420.00	58'000.00
Abgang Anschaffungswert Beteiligungen VV	9999.5900.00	1455.00	15'000.00
<i>Total Abgang Anschaffungswerte</i>			<i>33'273'000.00</i>
Abgang kumulierte Abschreibungen Grundstücke VV	1400.09	9999.5900.00	0.00
Abgang kumulierte Abschreibungen übrige Tiefbauten VV	1403.09	9999.5900.00	98'000.00
Abgang kumulierte Abschreibungen Hochbauten VV	1404.09	9999.5900.00	9'800'000.00
Abgang kumulierte Abschreibungen Mobilien VV	1406.09	9999.5900.00	4'800'000.00
Abgang kumulierte Abschreibungen Software VV	1420.09	9999.5900.00	34'800.00
Abgang kumulierte Abschreibungen Beteiligungen VV	1455.09	9999.5900.00	0.00
<i>Total Abgang kumulierte Abschreibungen</i>			<i>14'732'800.00</i>
Total			18'540'200.00

Übertragung der Sacheinlage auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

Übertragung Grundstücke	2005.xx	9630.8000.00	450'000.00	5
Übertragung Gebäude (inkl. übrige Tiefbauten)	2005.xx	9630.8040.00	14'252'000.00	6
Übertragung Mobilien	2005.xx	9690.8060.00	3'800'000.00	7
Übertragung Software	2005.xx	9690.8090.00	23'200.00	8
Total			18'525'200.00	

Übertragung der Beteiligungen auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

Übertragung Beteiligungen	2005.xx	1070.xx	15'000.00	9
Total			15'000.00	

Übertragung Fremdkapital auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

Übertragung laufende Verbindlichkeiten	200x.xx	2005.xx	1'400'000.00	10
Übertragung passive Rechnungsabgrenzungen	204x.xx	2005.xx	63'000.00	11
Übertragung kurzfristige Rückstellungen	205x.xx	2005.xx	34'500.00	12
Total			1'497'500.00	



Konto Soll Konto Haben in CHF

Auflösen der zweckgebundenen Zuwendungen (Sonderrechnungen) zu Gunsten der Erfolgsrechnung

Auflösung zweckgebundene Zuwendungen APZ	2092.xx	9951.4502.00	150'000.00
Total			150'000.00

Übertragung der zweckgebundenen Zuwendungen auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

Übertragung zweckgebundene Zuwendungen APZ	9951.3690.00	2005.xx	150'000.00
Total			150'000.00

13

Auflösen der Spezialfinanzierung zu Gunsten der Erfolgsrechnung

Auflösung Spezialfinanzierung APZ	2900.xx	4120.4510.00	1'022'000.00
Total			1'022'000.00

Übertragung Spezialfinanzierungsreserve auf das Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"

Übertragung Spezialfinanzierung APZ	4120.3690.00	2005.xx	1'022'000.00
Total			1'022'000.00

14

Beteiligung und Darlehen der Gemeinde

Beteiligung Gemeinde an APZ AG	Aktienkapital nominal	4120.5540.00	2005.xx	5'000'000.00
Darlehen der Gemeinde an APZ AG		4120.5440.00	2005.xx	15'637'700.00
Total				20'637'700.00

15

16

Aktivierung im Verwaltungsvermögen (Abschlussbuchung)

Aktivierung Beteiligung an APZ AG	1454.00	9999.6900.00	5'000'000.00
Aktivierung Darlehen an APZ AG	1444.00	9999.6900.00	15'637'700.00
Total			20'637'700.00

Ort, Datum

**Verbuchungsschema / Buchungen auf dem Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"****Konto 2005.xx Abrechnungskonto "Ausgliederung APZ"**

			Soll	Haben
		Gegenkonto		
1	Flüssige Mittel	100x.xx	2'800'000.00	
2	Forderungen	101x.xx	1'900'000.00	
3	Aktive Rechnungsabgrenzungen	104x.xx	41'000.00	
4	Vorräte	106x.xx	26'000.00	
5	Sacheinlage Grundstücke	9630.8000.00	450'000.00	
6	Sacheinlage Gebäude	9630.8040.00	14'252'000.00	
7	Sacheinlage Mobilien	9690.8060.00	3'800'000.00	
8	Übertragung Software	9690.8090.00	23'200.00	
9	Übertragung Beteiligungen	1070.xx	15'000.00	
10	Laufende Verbindlichkeiten	200x.xx		1'400'000.00
11	Passive Rechnungsabgrenzung	204x.xx		63'000.00
12	Rückstellungen	205x.xx		34'500.00
13	Zweckgebundene Zuwendungen	9951.3690.00		150'000.00
14	Spezialfinanzierung APZ	4120.3690.00		1'022'000.00
15	Beteiligung Gemeinde an APZ AG	4120.5540.00		5'000'000.00
16	Darlehen Gemeinde an APZ AG	4120.5440.00		15'637'700.00
Total			23'307'200.00	23'307'200.00

Ort, Datum

O. ANHANG 3: LITERATURAUSWAHL

- TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI/VITTORIO JENNI, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2017
- KUNO SCHEDLER/ROLAND MÜLLER/ROGER SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2016
- PATRICK FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Bern 2016
- JÜRIG WICHTERMANN, Haftung der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten, in: Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014, Luzern
- ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012
- HEIDRUN GUTMANNBAUER, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Diss., Zürich 2011
- PETER HETTICH (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, Referate der Tagung vom 17. Februar 2009 in Zürich, St. Gallen 2009
- FRANZISKA BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Zürich/St. Gallen 2008
- MARC EHRENSPERGER/URS BOLZ/ALINE STOLL, Wirtschaftlichkeit von Aufgabenauslagerungen im öffentlichen Sektor mit besonderer Berücksichtigung der Armeelogistik, Schriftenreihe des Verein PPP Schweiz, Band 2, Zürich 2008
- ANDREAS DVORAK/REGULA RUFLIN, Der Leistungsvertrag, Ein Praxisleitfaden, Bern 2007
- PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005
- KEREM KERN, Privatisierung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen, 2005
- RENÉ SCHAFFHAUSER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern, St. Gallen 2002
- ROLF H. WEBER, Umstrukturierung und Privatisierung von Instituten des öffentlichen Rechts, 2002
- Ratgeber für Gemeindereformen, Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern, Bern 2000
- STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000
- TOBIAS JAAG (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000
- PETER FORSTMOSER/TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000
- WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Tagung vom 15./16. Oktober 1997 an der Universität Bern, Bern 1998