



# Übertragung öffentlicher Planungs- und Bauaufgaben auf Private

lic. iur. Christian Bär, Rechtsanwalt, LL.M.

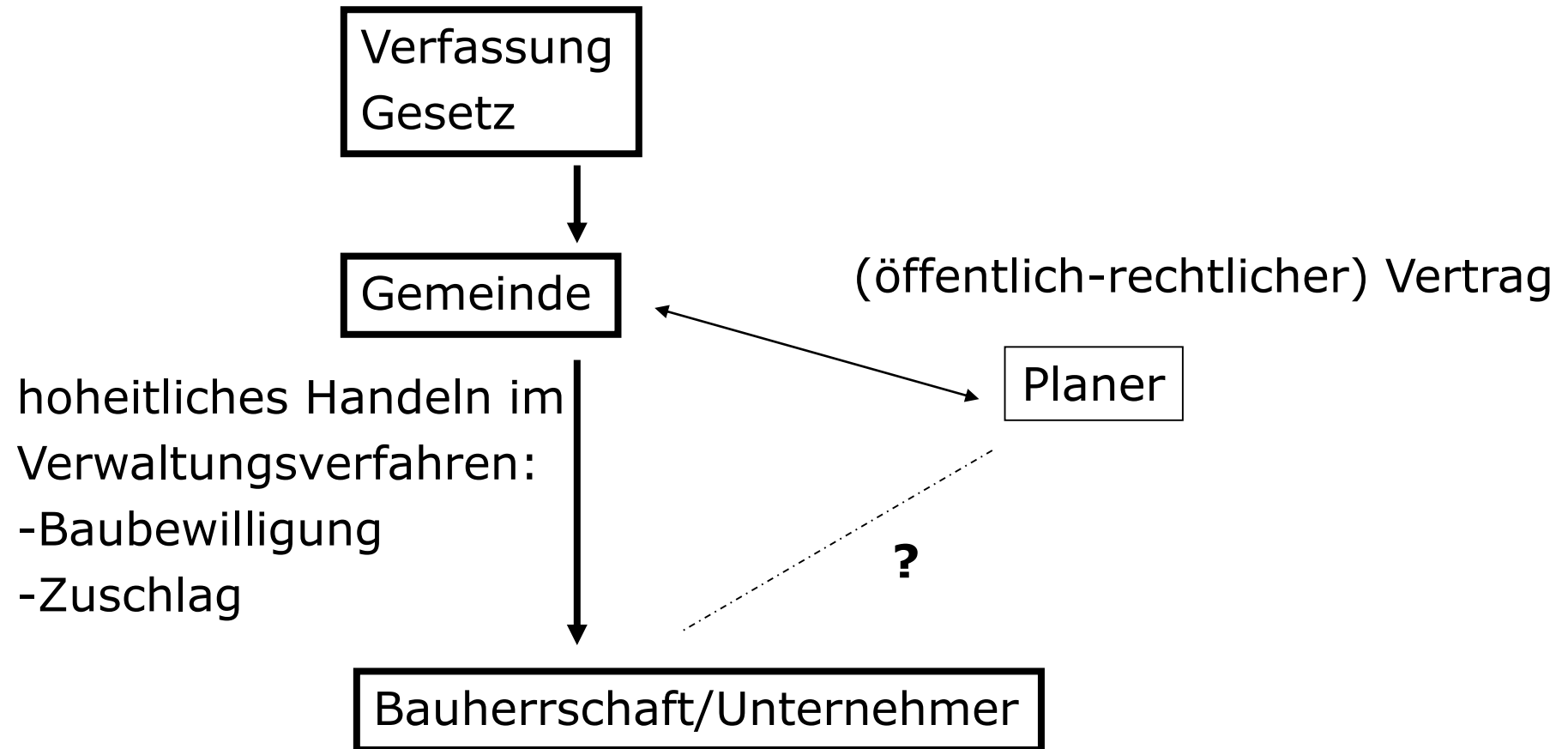
---

SCHÄRER  
RECHTS-  
ANWÄLTE

## Inhalt

1. Die Akteure: Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer
2. Eingrenzung des Themas: Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private
3. Zwei Fälle aus der Praxis
4. Zulässigkeit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private
5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private
6. Fazit: Verhaltensregeln für Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer

# 1. Die Akteure: Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer



## 2. Eingrenzung des Themas: Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private

- *Nicht* Thema: Übertragung der Erfüllung staatlicher Aufgaben von der klassischen Zentralverwaltung an:
  - öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen
  - öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform
  - gemischtwirtschaftliche Unternehmen
- *Sondern*: Übertragung der Erfüllung staatlicher Aufgaben von der klassischen Zentralverwaltung an *Private* (= Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private)

### 3. Zwei Fälle aus der Praxis

- Fall 1:
  - Im Auftrag der Gemeinde A führt die private X AG alle Baubewilligungsverfahren vom Baugesuch bis zum Entscheidentwurf an den Gemeinderat
- Fall 2:
  - Im Auftrag der Gemeinde B führt die private Y AG das gesamte Vergabeverfahren Z von der Ausschreibung bis zum Entscheidentwurf an den Gemeinderat

## 4. Zulässigkeit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private (1)

- Voraussetzungen der Bundesverfassung (Art. 5 und Art. 35 Abs. 2 BV):
  - gesetzliche Grundlage (unsichere Praxis, Massstab: Einfluss auf die Rechtsstellung des Bürgers)
  - öffentliches Interesse (Kernbestand der staatlichen Aufgaben bei der Zentralverwaltung)
  - Verhältnismässigkeit (Eignung des Privaten, Gewähr für korrekte Erfüllung der Aufgaben)
  - Treu und Glauben
  - Beachtung von Verfassung und Grundrechten

## 4. Zulässigkeit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private (2)

- Voraussetzungen der Kantonsverfassung (Art. 93 Abs. 3 KV):
  - Sicherstellung des Rechtsschutzes
  - Sicherstellung der Aufsicht
  - Gewährleistungsverwaltung statt Erfüllungsverwaltung (Gewährleistung der korrekten Aufgabenerfüllung durch den Staat)
- In der Praxis ist die Rechtsordnung sehr offen für die Auslagerung der Aufgabenerfüllung an Private

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (1)

- Beachtung von Verfassung und Grundrechten:
  - Handeln im öffentlichen Interesse (wandelbar)
  - Wahrung der Verhältnismässigkeit (Eignung, Erforderlichkeit, Verhältnis Eingriff/Ziel)
  - Wahrung von Treu und Glauben (Vertrauensschutz)
  - Beachtung von Rechtsgleichheit und Willkürverbot
  - Schutz der Privatsphäre (insbesondere Datenschutz)
  - weitere Grundrechte



## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (2)

- Beachtung der Rechtsordnung (insbesondere öffentliches Baurecht und Vergaberecht):
  - öffentliches Baurecht von Bund und Kanton
  - Vergaberecht von Bund und Kanton (Gleichbehandlung, fairer Wettbewerb, Bindung an die Ausschreibung, Vertraulichkeit)
  - Datenschutzrecht ( § 3 lit. c Ziff. 2 IDAG: Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind dem Gesetz ebenfalls unterstellt)
  - weitere Erlasse

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (3)

- Beachtung der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (1):
  - Prüfung der Zuständigkeit
  - Beachtung von Fristen
  - Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen
  - Ermittlung des anzuwendenden Rechts von Amtes wegen
  - Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung
  - Verbot des überspitzten Formalismus

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (4)

- Beachtung der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens (2):
  - Anspruch auf rechtmässig zusammengesetzte Behörde
  - Anspruch auf rechtliches Gehör
  - Recht auf Akteneinsicht
  - Anspruch auf genügende Begründung von Verfügungen
  - Rechtsmittelbelehrung

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (5)

- Sicherstellung des Rechtsschutzes:
  - gesetzlich vorgesehene Rechtsbehelfe und Rechtsmittel ( § 50 Abs. 1 lit. d VRPG: Beschwerde gegen Entscheide von Privaten, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind)
  - Recht auf gerichtliche Beurteilung (Rechtsweggarantie)
  - Problem: Rechtsschutz nur gegen Verfügungen und Entscheide, nicht aber gegen Realakte!

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (6)

- Sicherstellung der Aufsicht:
  - Aufsicht von Amtes wegen
  - Gewährleistungspflicht des Staates für die korrekte Erfüllung der staatlichen Aufgaben
  - Aufsichtsanzeige/Aufsichtsbeschwerde

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (7)

- Frage der Haftung:
  - Haftung des Staates nach den Regeln des öffentlichen Rechts
  - Haftung des Privaten nach den Regeln des Privatrechts ( § 1 Abs. 2 HG: Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, haften mit ihrem Vermögen. Keine Ausfallhaftung des Gemeinwesens)
  - Haftpflichtversicherung ( § 1 Abs. 2 HG: Nachweis der Haftpflichtversicherung bei Aufgabenübertragung an Private)

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (8)

- Beachtung des (öffentlich-rechtlichen) Vertrages zwischen Gemeinde und Planer:
  - Rechte und Pflichten
  - Folgen der Schlechterfüllung
  - anwendbares Recht
  - zuständiges Gericht ( § 60 VRPG: Verwaltungsgericht oder Zivilgericht?)

## 5. Anforderungen an die Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben durch Private (9)

- Wichtig: Pflicht der Gemeinde zur inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Materie, bevor sie entscheidet! Begründung:
  - Anspruch auf rechtmässig zusammengesetzte Behörde
  - grundsätzlich zwingender Charakter von Zuständigkeitsvorschriften
  - Verbot der Ermessensunterschreitung (das der Gemeinde zustehende Ermessen muss tatsächlich ausgeübt werden)



## 6. Fazit: Verhaltensregeln für Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer

(1)

Verfassung  
Gesetz

Gemeinde

(öffentlich-rechtlicher) Vertrag

Planer

hoheitliches Handeln im  
Verwaltungsverfahren:  
-Baubewilligung  
-Zuschlag

?

Bauherrschaft/Unternehmer

## 6. Fazit: Verhaltensregeln für Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer (2)

- Verhaltensregeln für Gemeinden:
  - sorgfältige Auswahl eines geeigneten und fachkundigen Privaten, der Gewähr bietet für die korrekte Erfüllung der ausgelagerten Aufgaben
  - Pflicht zur inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Materie, bevor sie entscheidet
  - sorgfältige Wahrnehmung der Aufsicht über den Privaten zur Gewährleistung der korrekten Erfüllung der ausgelagerten Aufgabe
  - Sicherstellung der Haftpflichtversicherung des Privaten

## 6. Fazit: Verhaltensregeln für Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer (3)

- Verhaltensregeln für Planer:
  - Beachtung von Verfassung und Grundrechten
  - Beachtung der Rechtsordnung (öffentliches Baurecht Vergaberecht, Datenschutzrecht, usw.)
  - Beachtung der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens
  - Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung

## 6. Fazit: Verhaltensregeln für Gemeinden, Planer und Bauherrschaften/Unternehmer (4)

- Verhaltensregeln für Bauherrschaften/Unternehmer:
  - wachsames Auge auf das Verhalten von Gemeinden und Planern
  - nötigenfalls Intervention

## Schluss

- Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!