

TOBIAS JAAG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Professor an der Universität Zürich

MARKUS RÜSSLI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

UMBRICHT RECHTSANWÄLTE
Bahnhofstrasse 22
Postfach 2957, 8022 Zürich
Telefon: 044 213 63 63
Telefax: 044 213 63 99
www.umbricht.ch

Rechtsgutachten
zur
Zulässigkeit der Errichtung von Stiftungen
durch die Ortsbürgergemeinden
des Kantons Aargau

erstattet zuhanden des Departements Volkswirtschaft und Inneres
des Kantons Aargau, Gemeindeabteilung

Zürich, 28. April 2010

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literatur	3
Abkürzungen und Rechtsquellen	4
I. Einleitung	5
1. Ausgangslage	5
2. Auftrag	6
3. Unterlagen	6
II. Zweck und Aufgaben der Ortsbürgergemeinden	7
1. Allgemein	7
2. Bestehende Ortsbürgerstiftungen	8
III. Träger der Aufgaben der Ortsbürgergemeinden	8
1. Aufgabenerfüllung durch die Ortsbürgergemeinde oder eine Gemeindeanstalt	8
2. Interkommunale Zusammenarbeit	9
3. Aufgabenerfüllung durch Dritte?	9
IV. Gesetzeslücke oder qualifiziertes Schweigen?	10
1. Ausgangspunkt	10
2. Historische Auslegung	11
3. Teleologische Auslegung	13
4. Fazit	14
V. Exkurs: Schranken der Errichtung von Ortsbürgerstiftungen	14
1. Stiftungszweck	14
2. Stiftungsvermögen	16
VI. Beantwortung der Gutachterfragen	16

Literatur

- BAUMANN ANDREAS, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005
- EICHENBERGER KURT, Verfassung des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M. 1986
- FRIEDERICH UELI, Art. 64 und 67, in: Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, hrsg. von Daniel Arn et al., Bern 1999
- GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht, Bern 1986
- HÄFELIN ULRICH, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- HUTTER SILVAN, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, Diss., Freiburg 1989
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., 5./6. Aufl., Basel usw. 1976/1986, Ergänzungsband 1990 (Rhinow René A./Krähenmann Beat)
- RIEMER HANS MICHAEL, Die Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), 2. Aufl., Bern 2003 (zit. Riemer)
- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Art. 80–89^{bis} ZGB, Bern 1975 (zit. Riemer, Berner Kommentar)

Abkürzungen und Rechtsquellen

Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd., Bde.	Band, Bände
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung; Bundesgerichtsentscheid
Diss.	Dissertation
et al.	et alii (= und andere)
f., ff.	und folgende
GG	Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100)
hrsg.	herausgegeben von
KV	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000)
lit.	litera (= Buchstabe)
N.	Note
OGG	Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.200)
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
sog.	so genannt
SR	Sammlung des Bundesrechts
usw.	und so weiter
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit.	zitiert

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Beim Zusammenschluss der Einwohnergemeinden Villmergen und Hilfikon stellte sich die Frage, was mit der Ortsbürgergemeinde Villmergen und deren Vermögen geschehen soll und ob die Ortsbürgergemeinde eine Stiftung errichten dürfe. Die Gemeindeabteilung des Departements des Innern (heute Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau) bejahte dies in einem Bericht vom 21. März 2005. Sie erwog dabei Folgendes¹:

„Bei der Frage der Zulässigkeit der Gründung einer Stiftung durch eine Ortsbürgergemeinde lassen sich zwei Standpunkte einnehmen. Man kann davon ausgehen, dass das Ortsbürgergemeindegesezt bewusst nur die Errichtung von unselbständigen Gemeindegeseztanstellen vorgesehen hat. Der Geseztgeber hätte dann bei den Ortsbürgergemeinden eine klare Einschränkung gegenüber den Möglichkeiten der Einwohnergemeinden gewollt.

Demgegenüber kann man auch den Standpunkt einnehmen, dass der Geseztgeber die Frage versehentlich nicht geregelt hat. In diesem Fall wäre die Lücke analog zu den Regelungen für die Einwohnergemeinden zu lösen. Diese können grundsätzlich Stiftungen errichten. Wir ziehen die zweite Variante vor. Einerseits lassen sich den Materialien zur Ortsbürgergemeindegeseztgebung keine eindeutigen Hinweise zu dieser Frage entnehmen. Eine liberale Haltung entspricht andererseits auch eher dem offenen Geist der aargauischen Gemeindegeseztgebung. Somit können grundsätzlich auch Ortsbürgergemeinden Stiftungen gründen.

Schranke für die Bildung von Stiftungen durch die Ortsbürgergemeinden bildet aber in jedem Fall § 2 des Ortsbürgergemeindegeseztes. Diese Bestimmung statuiert grundsätzlich die Pflicht zur Erhaltung des Vermögens. Auch wenn darin in der Klammer die Stiftungen ausdrücklich erwähnt werden, kann es nicht angehen, dass eine Ortsbürgergemeinde das gesamte Vermögen oder wesentliche Teile in eine Stiftung einbringt. Damit würde § 2 des Ortsbürgergemeindegeseztes missachtet. Der Kanton hätte also die Möglichkeit zu verhindern, dass ‚arme‘ Ortsbürgergemeinden den gleichen Weg wie Villmergen beschreiten könnten.“

Zusammenfassend hielt die Gemeindeabteilung fest, dass das Ortsbürgergemeindegesezt die Gründung von Stiftungen nicht ausschliesse. Allerdings seien die Ortsbürgergemeinden zur Erhaltung ihres Vermögens verpflichtet; dies bedeute, dass eine Stiftung grundsätzlich nur durch Vermögenserträge dotiert werden dürfe².

In der Folge errichtete die Ortsbürgergemeinde Villmergen am 8. Dezember 2006 unter dem Namen „Ortsbürgerstiftung Villmergen“ eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. des

¹ Bericht der Gemeindeabteilung des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 21. März 2005, S. 2 f.

² Bericht der Gemeindeabteilung, S. 6.

Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)³. Die Stiftung wurde mit einem Vermögen von 6 Mio. Franken ausgestattet. Am 26. Februar 2009 wurden sodann die Ortsbürgerstiftung Mühlau mit einem Stiftungsvermögen von 1 Mio. Franken und am 23. November 2009 die Ortsbürgerstiftung Oberlunkhofen mit einem Stiftungsvermögen von 250 000 Franken errichtet. Im Fall der Ortsbürgerstiftung Oberlunkhofen stammt das Stiftungsvermögen aus den Liegenschaftenerträgen der Ortsbürgergemeinde.

2. Auftrag

Die Gemeindeabteilung des Kantons Aargau steht diesem Trend zur Errichtung von Ortsbürgerstiftungen skeptisch gegenüber. Sie beschloss daher, die Frage der Zulässigkeit der Errichtung von Ortsbürgerstiftungen durch ein Rechtsgutachten klären zu lassen. Am 17. Februar 2010 fand eine Instruktionssitzung statt, an der nebst den Gutachtern die Herren Dr. Walter Mischler und Martin Süess vom Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau, Gemeindeabteilung, teilnahmen. Gemäss Schreiben vom 25. Februar 2010 sind (einstweilen) die folgenden Fragen zu beantworten:

- „1. Ist die Gründung einer Stiftung durch die Ortsbürgergemeinden zulässig?
2. Wie weit darf der Stiftungszweck gezogen werden; gibt es Einschränkungen?
3. Ist es gemäss dem Ortsbürgergemeindegesezt zulässig,
 - 3.1. Vermögensbestandteile in eine Stiftung zu überführen?
 - 3.2. Grundeigentum zu veräussern und den realisierten Buchgewinn in eine Stiftung einzubringen?
 - 3.3. Überschüsse der laufenden Rechnung in eine Stiftung einzubringen?“

Am 20. April 2010 wurde der Auftraggeberin ein Entwurf des Gutachtens vorgelegt. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Endfassung.

3. Unterlagen

Für die Ausarbeitung des Gutachtens wurden uns folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- Bericht des Departements des Innern des Kantons Aargau, Gemeindeabteilung, zur Ortsbürgergemeinde Villmergen betreffend Zulässigkeit und Schranken der Gründung einer Stiftung vom 21. März 2005
- Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100)

³ Vgl. zum Zweck der Ortsbürgerstiftung Villmergen nachfolgend II.2 (S. 8).

- Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.200)
- Dekret über den Finanzhaushalt der Gemeinden und der Gemeindeverbände (Finanzdekret) vom 17. März 1981 (SAR 617.110)
- Verordnung über den Finanzhaushalt der Gemeinden und der Gemeindeverbände (Finanzverordnung) vom 9. Juli 1984 (SAR 617.111)
- (aufgehobenes) Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Gemeinderäte vom 26. November 1841
- Botschaft des Regierungsrates zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, vom 12. Juni 1972
- Botschaft des Regierungsrates zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden, Bericht und Entwurf zur 2. Beratung, vom 20. Dezember 1976
- Protokoll des Aargauischen Grossen Rates vom 22. und 23. Oktober, 6. und 19. November 1974 (Art. 800, 806, 808, 835, 838, 843, 844, 846)
- Protokoll des Aargauischen Grossen Rates vom 12., 13. und 27. September 1978 (Art. 723, 724, 726, 777, 781)
- Materialien (Botschaft, Kommissionsprotokolle und Protokolle des Grossen Rates) zu §§ 3, 17 und 20 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt)
- Materialien (Botschaft, Kommissionsprotokolle und Protokolle des Grossen Rates) zu §§ 2 und 7 des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden
- Stiftungsurkunde der Ortsbürgerstiftung Villmergen vom 8. Dezember 2006
- Stiftungsurkunde der Ortsbürgerstiftung Mühlau, Entwurf vom 15. September 2008 (die definitive, uns nicht vorliegende Stiftungsurkunde datiert vom 26. Februar 2009)
- Stiftungsurkunde der Ortsbürgerstiftung Oberlunkhofen vom 23. November 2009

II. Zweck und Aufgaben der Ortsbürgergemeinden

1. Allgemein

Den Ortsbürgergemeinden des Kantons Aargau kommt – anders als den Einwohnergemeinden – nur ein *beschränkter Zweck* zu. Gemäss § 104 Abs. 3 der Kantonsverfassung⁴ verwalten die Ortsbürgergemeinden das Ortsbürgergut, unterstützen die Einwohnergemeinden und fördern das Kulturleben⁵. § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden vom 19. Dezember 1978 (OGG)⁶ erklärt die *Erhaltung und gute Verwaltung des Vermögens* (Grundstücke, Stiftungen, Kapitalien usw.) zur Hauptaufgabe der Ortsbürgergemeinden. Sofern ihre Mittel, vor allem der Ertrag ihres Vermögens, ausreichen, obliegen ihnen im Weiteren die Förderung des kulturellen Lebens sowie die Unterstützung kultureller und sozialer Werke, die Mithilfe bei der Erfüllung

⁴ Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV; SAR 110.000).

⁵ Dazu EICHENBERGER, § 104 N. 15 ff.

⁶ SAR 171.200.

von Aufgaben der Einwohnergemeinden und die Erfüllung von Aufgaben, die sie sich selber stellen (§ 2 Abs. 2 OGG)⁷.

2. Bestehende Ortsbürgerstiftungen

Der Zweck der drei Ortsbürgergemeindestiftungen Villmergen, Mühlau und Oberlunkhofen besteht (in Übereinstimmung mit § 104 Abs. 3 KV und § 2 Abs. 2 OGG) in der *Förderung* des kulturellen, sozialen und gesellschaftlichen Lebens. Mit der Zweckerfüllung verbunden sind insbesondere auch die Förderung der Gemeindefraditionen, die Förderung der Attraktivität der Gemeinde, die Unterstützung und Förderung aller Alters- und Gesellschaftsschichten, die Durchführung von bzw. die Beteiligung an gemeinnützigen Aktionen sowie (teilweise) die Förderung der Verbundenheit auch ehemaliger Ortsbürgerinnen und Ortsbürger mit der Gemeinde⁸.

Begründet wurde die Errichtung der Ortsbürgerstiftungen damit, dass ein Teil des Vermögens der Ortsbürgergemeinden auch weiterhin und auf Jahrzehnte hinaus kulturellen, sozialen und gesellschaftlichen Projekten in der Gemeinde und in deren Interesse zukommen solle. Dies solle – so die Präambeln in den Stiftungsurkunden – „politisch und konfessionell unabhängig, ohne äusseren Einfluss, rasch, gezielt und ohne die politischen Unwägbarkeiten der künftigen Gestaltung der aargauischen Gemeindefandtschaft möglich sein“.

Mit der Errichtung der Ortsbürgerstiftungen haben die drei Ortsbürgergemeinden somit einen Teil ihrer Aufgaben den Stiftungen *übertragen* und damit dem Einfluss der Gemeinde weitgehend entzogen. Die Stiftungen nehmen mit ihrem Stiftungsvermögen Förderaufgaben der Ortsbürgergemeinden wahr, soweit diese noch bestehen; die Ortsbürgergemeinde Villmergen wurde aufgelöst.

Ob diese Aufgabenübertragung zulässig war, ist im Folgenden zu prüfen.

III. Träger der Aufgaben der Ortsbürgergemeinden

1. Aufgabenerfüllung durch die Ortsbürgergemeinde oder eine Gemeindeanstalt

§ 2 des Ortsbürgergemeindefgesetzes geht davon aus, dass die Ortsbürgergemeinden die ihnen zugewiesenen Aufgaben *selbst* erfüllen.

⁷ Vgl. dazu auch Votum Regierungsrat Dr. Lang, Protokoll des Aargauischen Grossen Rates vom 29. September 1978, Art. 781, S. 991, der zu den Aufgaben der Ortsbürgergemeinden Folgendes erklärte: „An oberer Stelle ist die Selbsterhaltung, um nicht auf anderweitige Zuschüsse angewiesen zu sein. Das drückt der Absatz 1 aus. Wenn die Mittel aber grösser sind, sagt der Absatz 2, was damit geschehen soll.“

⁸ Vgl. Art. 2 der jeweiligen Stiftungsbestimmungen.

Die Ortsbürgergemeinden haben (gleich wie die Einwohnergemeinden) auch die Möglichkeit, *unselbständige öffentliche Anstalten* (Gemeindeanstalten) mit eigener Rechnungsführung zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zu errichten⁹. Der Entwurf des Regierungsrates zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 12. Juni 1972 sah dies in § 3 noch ausdrücklich vor¹⁰. Aus gesetzestechnischen Gründen wurde die Bestimmung jedoch gestrichen¹¹. Die Zulässigkeit der Errichtung von Gemeindeanstalten ergibt sich nunmehr aus § 15 des Ortsbürgergemeindeggesetzes in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden (Gemeindeggesetz) vom 19. Dezember 1978 (GG)¹². Danach gelten die Vorschriften des Gemeindeggesetzes, vor allem über die Autonomie, die Errichtung von Gemeindeanstalten, den Gemeindegzusammenschluss usw. *sinngemäss* auch für die Ortsbürgergemeinden. Die Beschlussfassung über die Errichtung von Gemeindeanstalten obliegt gemäss § 7 Abs. 2 lit. i OGG der Ortsbürgergemeindegversammlung. Die Gemeindeanstalten sind nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen¹³.

2. Interkommunale Zusammenarbeit

Das Ortsbürgergemeindeggesetz sieht weiter vor, dass zwei oder mehrere Ortsbürgergemeinden durch Vertrag die gemeinschaftliche Besorgung einzelner Zweige ihrer *Verwaltung* vereinbaren können; für die gemeinsame Verwaltung und Bewirtschaftung ihrer *Waldungen* können sie auch einen Gemeindegverband bilden¹⁴.

3. Aufgabenerfüllung durch Dritte?

Für die *Einwohnergemeinden* sieht das Gemeindeggesetz die Möglichkeit der Aufgabenerfüllung durch Dritte vor. § 3 des Gemeindeggesetzes lautet wie folgt:

„§ 3

III. Aufgabenerfüllung

¹ Die Gemeinden können zur Erfüllung bestimmter Aufgaben unselbständige öffentliche Anstalten (Gemeindeanstalten) mit eigener Rechnungsführung errichten.

² Die Gemeinden können die Erfüllung einzelner Aufgaben durch Vertrag Dritten übertragen.“

Wie sich aus dem Gesetzesentwurf zur 1. Beratung und der Botschaft des Regierungsrates zum Gemeindeggesetz ergibt, sind mit „*Dritten*“ gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, Anstalten des Staates, andere Gemeinden oder private Organisationen

⁹ Vgl. dazu BAUMANN, S. 150 ff.

¹⁰ Vgl. zum Gesetzestext nachfolgend IV.2 (S. 12).

¹¹ Botschaft zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindeggesetz) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 20. Dezember 1976, 2. Beratung, S. 42, 45.

¹² SAR 171.100.

¹³ § 84 Abs. 3 GG; § 13 des Dekrets über den Finanzhaushalt der Gemeinden und der Gemeindegverbände (Finanzdekret) vom 17. März 1981 (SAR 617.110).

¹⁴ § 4 OGG.

(wie z.B. Aktiengesellschaften, Vereine oder Stiftungen) gemeint¹⁵, unabhängig davon, ob sich die Gemeinde an deren Unternehmung beteiligt oder nicht¹⁶. Über die Beteiligung an privaten oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen bzw. über die Genehmigung von Verträgen betreffend Übertragung von Aufgaben an Dritte, deren Folgen für die Gemeinde oder unmittelbar deren Einwohner von erheblicher Bedeutung sind, hat die Gemeindeversammlung zu beschliessen¹⁷. Eine *Beteiligung* liegt einerseits vor, wenn die Gemeinde an einer bestehenden Organisation mitwirkt, andererseits, wenn die Gemeinde eigens eine Organisation (Aktiengesellschaft, Stiftung usw.) gründet, um ihr die Erfüllung einzelner Aufgaben zu übertragen¹⁸.

Das Ortsbürgergemeindegesezt beinhaltet *keine* § 3 Abs. 2 des Gemeindegesetzes entsprechende Regelung. Anders als bei den Gemeindeanstalten enthält § 15 OGG auch keinen Verweis auf das Gemeindegesetz; auch die Entwürfe des Regierungsrates sahen die Möglichkeit der Aufgabenerfüllung durch Dritte nicht vor. Es fragt sich daher, ob den Ortsbürgergemeinden die Befugnis zur Aufgabenübertragung an Dritte gleich wie den Einwohnergemeinden zukommt oder ob sie nur (unselbständige) Gemeindeanstalten errichten dürfen. Trifft Letzteres zu, so wäre die Errichtung von Stiftungen durch die Ortsbürgergemeinden ausgeschlossen.

IV. Gesetzeslücke oder qualifiziertes Schweigen?

1. Ausgangspunkt

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die unterschiedliche Regelung in den beiden Gesetzen hinsichtlich der Aufgabenübertragung an Dritte auf einem bewussten Entscheid beruht oder ob sie auf eine Unachtsamkeit, ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen ist.

Hat der Gesetzgeber bei den Ortsbürgergemeinden bewusst darauf verzichtet, die Möglichkeit der Aufgabenübertragung an Dritte vorzusehen, so ist von einem *qualifizierten Schweigen* auszugehen. Das bedeutet, dass das Ortsbürgergemeindegesezt als abschliessende Regelung zu verstehen ist; im Schweigen des Gesetzes liegt ein negativer Entscheid¹⁹. Bei Vorliegen eines qualifizierten Schweigens wäre eine Aufgabenübertragung an Dritte und damit die Errichtung von Ortsbürgerstiftungen durch die Ortsbürgergemeinden unzulässig.

¹⁵ Botschaft zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesetz) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 12. Juni 1972, 1. Beratung, S. 12; vgl. auch Verwaltungsgericht Aargau, AGVE 1984, S. 388 ff., 391 f.; BAUMANN, S. 155, 160, sowie für den Gesetzestext nachfolgend IV.2 (S. 11).

¹⁶ Vgl. BAUMANN, S. 161 f.

¹⁷ § 20 Abs. 2 lit. g und h GG.

¹⁸ Vgl. für das Gemeindegesetz des Kantons Bern FRIEDERICH, Art. 64 N. 32, Art. 67 N. 6.

¹⁹ GYGI, S. 83 f.; HÄFELIN, S. 116; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 143; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 23 B III; umfassend HUTTER, passim; vgl. aus der privatrechtlichen Lehre etwa RIEMER, § 4 N. 87 ff.

Von einer (echten) *Gesetzeslücke* ist hingegen dann auszugehen, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann²⁰. Läge eine Lücke vor, so wäre diese in *analoger Anwendung* des Gemeindegesetzes zu füllen²¹.

Ob eine Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist durch *Auslegung* zu ermitteln. Unentbehrliches Hilfsmittel zur Feststellung eines qualifizierten Schweigens sind die Gesetzesmaterialien²².

2. Historische Auslegung

Aus den Materialien geht nicht klar hervor, ob im Ortsbürgergemeindegesetz bewusst nur die Errichtung von (unselbständigen) Gemeindeanstalten durch die Ortsbürgergemeinden vorgesehen wurde. Die Tatsache, dass das Gemeindegesetz und das Gesetz über die Ortsbürgergemeinden Teil einer gemeinsamen Vorlage bildeten und gleichzeitig erlassen wurden, deutet allerdings stark darauf hin, dass mit Bedacht eine Differenzierung vorgenommen wurde. Anders liesse sich kaum erklären, weshalb § 3 des Entwurfs des Regierungsrates zum Gemeindegesetz vom 12. Juni 1972 sowohl die Errichtung von Gemeindeanstalten als auch die Übertragung von Aufgaben an Dritte beinhaltet, während § 3 des Entwurfs zum Ortsbürgergemeindegesetz sich auf die erste Möglichkeit beschränkt. Die entsprechenden Bestimmungen, die im Grossen Rat diskussionslos genehmigt wurden²³, lauten wie folgt:

„§ 3 [des Entwurfs zum Gemeindegesetz vom 12. Juni 1972]

- | | |
|-----------------------------|--|
| 2. Unselbständige Anstalten | ¹ Die Gemeinden können zur Erfüllung bestimmter Aufgaben unselbständige öffentliche Anstalten mit eigener Rechnungsführung errichten. |
| 3. Übertragung von Aufgaben | ² Die Gemeinden können die Erfüllung einzelner Aufgaben durch Vertrag einer gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, einer Anstalt des Staates, einer anderen Gemeinde oder privaten Organisationen übertragen. |

²⁰ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 128 I 34 ff., 42; ferner GYGI, S. 83; HÄFELIN, S. 92; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 139 ff.; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 23 B I; RIEMER, § 4 N. 102 ff. – Von einer sog. *unechten* oder rechtspolitischen Lücke ist die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Hierauf ist im Folgenden nicht weiter einzugehen.

²¹ GYGI, S. 84; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 27 B Ib.

²² BGE 114 Ia 191 ff., 197; IMBODEN/RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 22 B I und IIa, Nr. 23 B III; vgl. ferner Verwaltungsgericht Aargau, AGVE 1993, S. 184 ff., 191 ff.

²³ Protokoll des Aargauischen Grossen Rates vom 22. Oktober 1974, Art. 800, S. 1026; vom 19. November 1974, Art. 846, S. 1135; und vom 12. September 1978, Art. 723, S. 888. Die uns vorliegenden Auszüge aus den Kommissionsprotokollen enthalten keine weiterführenden Hinweise.

§ 3 [des Entwurfs zum Ortsbürgergemeindegesetz vom 12. Juni 1972]

2. Unselbständige Anstalten Die Ortsbürgergemeinden können zur Erfüllung bestimmter Aufgaben unselbständige öffentliche Anstalten mit eigener Rechnungsführung errichten.“

In der Botschaft des Regierungsrates vom 12. Juni 1972 finden sich zu § 3 des Entwurfs zum Gemeindegesetz folgende Ausführungen²⁴:

„*Abs. 1:* Die *öffentliche Anstalt* ist ein alter verwaltungsrechtlicher Begriff als Bestand von Personen und Mitteln, der technisch zu einer Einheit zusammengefasst und einem besondern öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt ist (Fleiner, S. 322; vgl. BGE 92 I 457 und 511). Die öffentliche Anstalt wird aus der allgemeinen Gemeindeverwaltung ausgeschieden und nach ihren besondern Bedürfnissen betrieben (Wasser- und Energieversorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Schlachthöfe, Kläranlagen, Altersheime und dergleichen). Der Entwurf sieht davon ab, innerhalb der Gemeinden selbständige öffentliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit einführen zu wollen. Eine solche Regelung wäre zwar denkbar (Fleiner, S. 123), würde aber doch im Unterschied zu den Anstalten des Staates eine Ausnahme darstellen (Imboden, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 512 III) und schwierige organisatorische Probleme ergeben. Deshalb sollen die öffentlichen Anstalten der Gemeinden nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet werden, vielmehr wie bisher ‚unselbständig‘ sein, was namentlich bedeutet, dass sie vom Gemeinderat geleitet werden. Die Organisation der Gemeindeanstalten kann in der Gemeindeordnung oder in besondern Reglementen umschrieben werden.

Abs. 2: Die Gemeinden sollen durch das Gesetz ausdrücklich ermächtigt werden, einzelne Aufgaben einer gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung (d.h. einem wirtschaftlichen Unternehmen zu dessen Betrieb sich privates Kapital und öffentliche Gelder zusammengefunden haben; vgl. Fleiner, S. 124), einer Staatsanstalt, einer anderen Gemeinde oder privaten Organisationen zu übertragen. Diese *Übertragung von Aufgaben* wird beispielsweise auf dem Gebiete der Wasser- und Energieversorgung praktisch bedeutsam. Es könnten aber auch ein Altersheim, eine Kinderkrippe usw. von der Gemeinde selbst oder von Dritten betrieben werden.“

In der Botschaft des Regierungsrates wird zu § 3 des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden sodann Folgendes gesagt²⁵:

„Eine Ortsbürgergemeinde kann auch wirtschaftlich tätig sein. Als Beispiel werden die da und dort bestehenden ortsbürgerlichen Kieswerke genannt. Solche *wirtschaftlichen Unternehmungen* sind auch von den Ortsbürgerge-

²⁴ Botschaft zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesetz) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 12. Juni 1972, 1. Beratung, S. 12 (Hervorhebungen im Original).

²⁵ Botschaft zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesetz) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 12. Juni 1972, 1. Beratung, S. 37 (Hervorhebung im Original).

meinden als unselbständige Anstalten mit eigener Rechnungsführung zu betreiben (vgl. § 3 Abs. 1 des Gemeindegesetzes und Bemerkungen dazu).“

In den Gesetzesmaterialien findet sich somit kein Hinweis darauf, dass die Ortsbürgergemeinden gleich wie die Einwohnergemeinden ermächtigt werden sollten, einzelne Aufgaben Dritten zu übertragen. Im Gegenteil: Die Botschaft des Regierungsrates zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden verweist ausdrücklich nur auf § 3 Abs. 1 des Gemeindegesetzes und die Bemerkungen dazu. Dies bildet ein starkes Indiz dafür, dass der Gesetzgeber den Ortsbürgergemeinden bloss die Befugnis einräumen wollte, zur Erfüllung bestimmter Aufgaben unselbständige Gemeindeanstalten zu errichten, die Aufgabenübertragung an Dritte und damit die Errichtung von Stiftungen aber ausschliessen wollte. Die Gesetzesmaterialien enthalten somit verschiedene gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen eines *qualifizierten Schweigens*.

3. Teleologische Auslegung

Eine teleologische Auslegung des Ortsbürgergemeindegesetzes führt ebenfalls zum Ergebnis, dass den Ortsbürgergemeinden nur die Befugnis zur Errichtung von unselbständigen Gemeindeanstalten zukommt. Die teleologische Auslegung dient der Ermittlung des Zwecks einer Gesetzesbestimmung²⁶.

Gemäss § 2 Abs. 1 OGG haben die Ortsbürgergemeinden *in erster Linie* die Aufgabe der Erhaltung und der guten Verwaltung ihres Vermögens, das heisst von Grundstücken, Stiftungen, Kapitalien usw. Mit den in § 2 Abs. 1 OGG erwähnten Stiftungen müssen die sog. *unselbständigen Stiftungen* gemeint sein, denn nur diese gehören zum Vermögen der Ortsbürgergemeinden. Unselbständige Stiftungen entstehen z.B. durch Schenkungen an die Gemeinde mit der Auflage, die Vermögenswerte für einen bestimmten Zweck zu verwenden²⁷. Selbständige Stiftungen fallen hingegen nicht darunter; diese sind selbst Träger des Vermögens, auch wenn die Stiftungen von der Ortsbürgergemeinde errichtet wurden. Die Erwähnung von „Stiftungen“ in § 2 Abs. 1 OGG kommt mithin nicht die Bedeutung zu, dass es den Ortsbürgergemeinden erlaubt wäre, Stiftungen zu errichten.

Überträgt die Ortsbürgergemeinde Teile ihres Vermögens auf eine Ortsbürgerstiftung, damit diese mit den zur Verfügung gestellten Mitteln das kulturelle, soziale und gesellschaftliche Leben fördert, so *entzieht* sie die entsprechenden Mittel der Ortsbürgergemeinde. Das übertragene Vermögen steht fortan im Eigentum der Stiftung und nicht mehr in jenem der Ortsbürgergemeinde. Dies steht im Widerspruch zu § 2 Abs. 1 OGG, wonach es zur Hauptaufgabe der Ortsbürgergemeinden gehört, ihr Vermögen zu

²⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 120 ff.

²⁷ RIEMER, Berner Kommentar, Systematischer Teil, N. 418 ff.

erhalten. Bei den Gemeindeanstalten präsentiert sich die Situation anders; dort bleibt die Ortsbürgergemeinde Träger des Vermögens.

Dass der Erhaltung des Vermögens der Ortsbürgergemeinde ein grosser Stellenwert zukommt, zeigt auch das in § 14 OGG verankerte *Bürgernutzenverbot*. Danach dürfen aus den Erträgen des Vermögens keine Geld- und Naturalabgaben (Bürgernutzen) an die einzelnen Ortsbürger ausgerichtet werden; kleinere Naturalabgaben sind davon ausgenommen. Die ortsbürgerliche Vermögenssubstanz soll also nicht dadurch geschmälert werden, dass die Erträge einzelnen Ortsbürgerinnen und Ortsbürgern überlassen werden²⁸.

Die unterschiedliche Regelung für die Einwohnergemeinden und die Ortsbürgergemeinden scheint auch *gerechtfertigt*. Die Einwohnergemeinde ist für die Gesamtheit der lokalen Aufgaben zuständig, soweit diese nicht in die Zuständigkeit anderer Organisationen fallen²⁹. Da mag es sinnvoll erscheinen, einzelne Bereiche auf Organisationen auszulagern, die über die erforderlichen Ressourcen und Fähigkeiten für deren Erfüllung verfügen. Dagegen ist die Ortsbürgergemeinde eine Spezialgemeinde mit beschränktem Aufgabenkreis. Da macht es weniger Sinn, einzelne Aufgaben auf eine andere Organisation auszulagern. Ist die Ortsbürgergemeinde nicht selbst willens oder in der Lage zur Wahrnehmung einer Aufgabe, so ist diese der Einwohnergemeinde zu überlassen, welche sie selbst erfüllen oder Dritte damit beauftragen kann. Die Möglichkeit der Errichtung von Stiftungen oder anderen Organisationen durch die Ortsbürgergemeinden würde zu komplizierten und unübersichtlichen Strukturen führen; dies zu vermeiden ist ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers.

Die teleologische Auslegung des Gesetzes spricht somit wie die historische Auslegung gegen die Zulässigkeit der Errichtung von Stiftungen durch die Ortsbürgergemeinden.

4. Fazit

Gestützt auf diese Überlegungen kommen wir zum Ergebnis, dass es den Ortsbürgergemeinden *nicht gestattet* ist, Ortsbürgerstiftungen zu errichten. Zwar finden sich in den Gesetzesmaterialien – wie die Gemeindeabteilung in ihrem Bericht vom 21. März 2005 zutreffend bemerkt – keine ausdrücklichen Hinweise auf ein qualifiziertes Schweigen, doch sprechen verschiedene Anhaltspunkte für einen solchen Schluss und gegen die Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an Dritte durch die Ortsbürgergemeinden. Dieser Befund wird durch die teleologische Auslegung des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden bestätigt.

²⁸ Vgl. dazu Departement des Innern des Kantons Aargau, AGVE 1985, S. 543 ff.

²⁹ § 104 Abs. 2 KV; § 1 Abs. 1 GG.

Die aus unserer Sicht vom Gesetzgeber angestrebte Regelung des Gemeindegewesens sieht die Einwohnergemeinde als allgemeine Gemeinde mit umfassenden Aufgaben vor. Für Spezialaufgaben stehen einerseits die Ortsbürgergemeinden zur Verfügung, andererseits kann die Einwohnergemeinde Dritte (Aktiengesellschaften, Vereine, Stiftungen) beiziehen oder selbst schaffen. Die Ortsbürgergemeinde ist somit eine von mehreren Formen der dezentralen Erfüllung von Gemeindeaufgaben.

Wenn wie im Fall der Ortsbürgergemeinde Villmergen die Ortsbürgergemeinde aufgehoben wird, sind Aufgaben und Vermögen der Ortsbürgergemeinde auf die Einwohnergemeinde zu übertragen, welche ihrerseits zur Aufgaben- und Vermögensübertragung auf eine Stiftung befugt ist. Die Errichtung einer Stiftung durch die Einwohnergemeinde könnte im Fusionsvertrag der beteiligten Gemeinden vereinbart werden.

Zur verbindlichen Klärung der Rechtslage und Schaffung der erforderlichen Transparenz ist zu empfehlen, die Frage der Zulässigkeit im positiven oder negativen Sinn durch den *Gesetzgeber* entscheiden zu lassen.

V. Exkurs: Schranken der Errichtung von Ortsbürgerstiftungen

Würde die Errichtung von Ortsbürgerstiftungen entgegen der hier dargelegten Auffassung durch Auslegung oder Gesetzesänderung zugelassen, so stellt sich die Frage, welche Schranken zu beachten wären.

1. Stiftungszweck

Abgesehen von der Hauptaufgabe der Erhaltung und der guten Verwaltung ihres Vermögens obliegen den Ortsbürgergemeinden die Förderung des kulturellen Lebens sowie die Unterstützung kultureller und sozialer Werke, die Mithilfe bei der Erfüllung von Aufgaben der Einwohnergemeinden und die Erfüllung von Aufgaben, die sie sich selber stellen³⁰. Letzterer Punkt wird in der Botschaft des Regierungsrates eigens hervorgehoben. So wird betont, dass sich jede Ortsbürgergemeinde im Rahmen ihrer Möglichkeiten Aufgaben selbst stellen können soll³¹; immerhin sollte es sich dabei vor allem um Aufgaben *lokaler Bedeutung* handeln³².

Mit dem weiten Aufgabenbereich der Ortsbürgergemeinden wäre auch ein grosser Bereich von Aufgaben denkbar, welche auf die Ortsbürgerstiftungen übertragen werden können. Der Stiftungszweck der Ortsbürgerstiftungen könnte somit (innerhalb der

³⁰ § 2 Abs. 2 OGG.

³¹ Botschaft zum Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) und zum Gesetz über die Ortsbürgergemeinden vom 12. Juni 1972, 1. Beratung, S. 37.

³² EICHENBERGER, § 104 N. 19 mit Verweis auf § 104 Abs. 2 KV.

Schranken von § 2 Abs. 2 OGG) *weit* gefasst werden; allerdings müsste ein lokaler Bezug vorhanden sein.

2. Stiftungsvermögen

Gemäss § 2 Abs. 2 OGG können die Ortsbürgergemeinden im Rahmen der verfügbaren Mittel, insbesondere aus den Vermögenserträgen, kulturelle und soziale sowie weitere Aufgaben finanzieren. Von daher wäre es als zulässig anzusehen, wenn Vermögenserträge, also Überschüsse der laufenden Rechnung, in eine Stiftung eingebracht werden, um solche Aufgaben wahrzunehmen.

Die Übertragung von Teilen des *Vermögens* (Kapital, Grundstücke, Buchgewinne aus der Veräusserung von Grundstücken usw.) der Ortsbürgergemeinde auf eine Stiftung steht dagegen im Widerspruch zu § 2 Abs. 1 des Ortsbürgergemeindeggesetzes. Mit der Aufgabe, das Vermögen der Ortsbürgergemeinde zu erhalten, zu äufnen und zu verwalten, ist es nicht vereinbar, Vermögensbestandteile auf einen anderen (selbständigen) Rechtsträger zu übertragen; auf diese Weise werden der Ortsbürgergemeinde Vermögensmittel entzogen.

VI. Beantwortung der Gutachterfragen

Frage 1

Ist die Gründung einer Stiftung durch die Ortsbürgergemeinden zulässig?

Gestützt auf eine historische und teleologische Auslegung des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden erachten wir die Gründung von Stiftungen durch die Ortsbürgergemeinden als *unzulässig*. Zwar finden sich in den Gesetzesmaterialien keine ausdrücklichen Hinweise auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, doch legen verschiedene gewichtige Anhaltspunkte einen solchen Schluss nahe.

Die nachfolgenden Antworten zu den Fragen 2 und 3 stehen daher unter dem Vorbehalt, dass die Zulässigkeit der Errichtung von Stiftungen durch die Ortsbürgergemeinden entgegen unserer Auffassung durch Auslegung bejaht oder durch Gesetzesänderung ermöglicht werden sollte.

Frage 2

Wie weit darf der Stiftungszweck gezogen werden; gibt es Einschränkungen?

Der Stiftungszweck muss innerhalb der Schranken von § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden liegen. Angesichts der Tatsache, dass die Ortsbürgergemein-

den auch selbstgewählte Aufgaben wahrnehmen und diese Aufgaben auf die Stiftungen übertragen werden können, kommt ein weit gefasster Stiftungszweck in Betracht. Immerhin müssten die Aufgaben einen lokalen Bezug aufweisen.

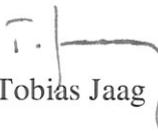
Frage 3

Ist es gemäss dem Ortsbürgergemeindegesetz zulässig

- 3.1. Vermögensbestandteile in eine Stiftung zu überführen?*
- 3.2. Grundeigentum zu veräussern und den realisierten Buchgewinn in eine Stiftung einzubringen?*
- 3.3. Überschüsse der laufenden Rechnung in eine Stiftung einzubringen?*

Während Überschüsse der laufenden Rechnung von den Ortsbürgergemeinden in eine Stiftung eingebracht werden können, widerspricht es § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Ortsbürgergemeinden, wenn Vermögensbestandteile der Ortsbürgergemeinden (Kapital, Grundstücke, Buchgewinne aus der Veräusserung von Grundstücken usw.) in eine Stiftung überführt werden.

Zürich, 28. April 2010
X0426312.doc


Tobias Jaag


Markus Rüssli