Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern

Direction de la police et des affaires militaires du canton de Berne

Abklärung i.S. KAZ

Bern, 17. August 2005

Frau Basler, Geschäftsführerin der KAZ, hat folgende Fragen aufgeworfen:

1. Wie verhält es sich, wenn die Beschlüsse der KAZ nicht einstimmig erfolgen? Sind Beschlüsse der KAZ für die Kantone verbindlich?

2. Dürfen die Präsidentin und die Geschäftsführerin der KAZ namens der KAZ die beiden Vereinbarungen unterzeichnen, und wenn ja, welche Risiken gehen sie damit ein?

Ausgangslage:

Der Bund betreibt im Auftrag der Kantone die zentrale Datenbank Infostar. Die Finanzierung der mit dem Betrieb und der Weiterentwicklung der zentralen Datenbank verbundenen Kosten erfolgt durch die Kantone. Die Kosten werden dabei nach Einwohnerzahl aufgeteilt. Formelle Gesetzesgrundlage hierfür bildet Art. 45a des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210). Das Verfahren der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen sowie die von den Kantonen erwünschte Mitwirkung regeln die Art. 76 ff. der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.2). Hinsichtlich Finanzierung, Bedarfsermittlung und Abrechnung für Infostar bestimmt Art. 77 Abs. 4 ZStV, dass die Einzelheiten in einer Betriebsvereinbarung zwischen dem Bundesamt für Justiz (BJ) und der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst (KAZ) geregelt werden.

Entsprechend den bundesrechtlichen Bestimmungen liegt (im Entwurf) eine Finanzierungsvereinbarung zwischen dem BJ und der KAZ vor, welche im Rahmen der geltenden Vor-

schriften die Grundsätze festlegt, nach denen die Leistungen des Bundes für den Betrieb der zentralen Datenbank Infostar und für Neuinvestitionen finanziert werden (Ziff. 1 Finanzierungsvereinbarung). Gemäss Ziff. 4 dieser Vereinbarung schliesst das BJ mit der KAZ in der Regel Betriebsvereinbarungen (mit dem Finanzbedarf) für drei Jahre ab (Bst. a), welche es der KAZ zur Genehmigung vorlegt (Bst. b). Ebenso legt das BJ der KAZ den Projektplan für Neuinvestitionen mit dem Finanzbedarf für das übernächste Jahr zur Genehmigung vor (Ziff. 6 Bst. a).

Rechtsgrundlage der KAZ:

Nach Art. 1 der am 18. September 2003 in Genf genehmigten Statuten ist die KAZ „eine seit 1950 bestehende Körperschaft". Ihr gehören die für die Aufsicht im Zivilstandsdienst zuständigen Departementsvorsteherinnen und – vorsteher aller Kantone an (Art. 3). Der Zweck der Körperschaft besteht laut Art. 2 der Statuten in der Förderung der zeitgemässen Entwicklung sowie der effizienten und einheitlichen Handhabung des Zivilstandsrechts in den Kantonen. Organe der Konferenz sind die Generalversammlung, der Vorstand und die Rechnungsrevisoren (Art. 4).

Aus den Statuten ist nicht klar ersichtlich, ob es sich bei der KAZ um einen privatrechtlichen Verein im Sinne der Art. 60 ff ZGB handelt (wie dies beispielsweise bei den Statuten der KKJPD der Fall ist) oder ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft nach Art. 52 Abs. 2 ZGB vorliegt. Durfte man in der Zeit vor Infostar ohne weiteres davon ausgehen, dass sich die Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen in der Form eines Vereins zusammenschliessen konnten, um für eine einheitliche Handhabung des Zivilstandsrechts zu sorgen, dürfte seit der Ausweitung der Kompetenzen der Konferenz, insbesondere hinsichtlich der Genehmigung von Budget und Abrechnung für den Betrieb sowie der Genehmigung von Investitionen zur Weiterentwicklung der Datenbank, nunmehr eine öffentlich-rechtliche Körperschaft vorliegen. Die KAZ soll als rechtlich verselbständigter und mitgliedschaftlich verfasster Verwaltungsträger öffentliche Aufgaben erfüllen und dabei über eine gewisse Autonomie verfügen. Es stellt sich bei dieser Betrachtungsweise allerdings die Frage nach der zwingend erforderlichen Rechtsgrundlage. Der Errichtungsakt bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften weist regelmässig die Gestalt eines formellen Gesetzes auf. Er muss die Grundzüge der Körperschaft umschreiben, namentlich Zweck und Aufgaben, Mitgliederkreis sowie die wichtigsten Organe und deren Zuständigkeiten. Im Übrigen kann der Gesetzgeber die Organisationsfragen der Körperschaft zur autonomen Regelung überlassen. Der Errichtungsakt kann die Organisation beispielsweise nach dem Vorbild des Vereins ordnen. Das Ver-

bandsrecht von ZGB und OR ist aber nicht massgeblich, der Gesetzgeber kann im Errichtungsakt davon abweichen. Soweit besondere öffentlichrechtliche Regelungen fehlen, kann immerhin auf die zivilrechtliche Ordnung zurückgegriffen werden, diesfalls wirkt das Zivilrecht als subsidiäres öffentliches Recht.

In der Zivilstandsverordnung ist zwar explizit geregelt, dass die Mitwirkung der Kantone und namentlich die Genehmigung der Betriebsaufwendungen und der Investitionen für die Weiterentwicklung durch die KAZ erfolgt. Als hinreichende Rechtsgrundlage im oben beschriebenen Sinn kann dies allerdings kaum gelten. Hingegen könnte eine solche Grundlage auf der Basis einer interkantonalen Vereinbarung (Konkordat) geschaffen werden, mit welcher die KAZ von den Kantonen als Konkordatsorgan eingesetzt würde. Es dürfte sich dabei um einen *rechtsgeschäftlichen* interkantonalen Vertrag handeln.

Zwischenergebnis:
Die KAZ ist u.E. eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, welcher die erforderliche Rechtsgrundlage fehlt. Diese könnte mittels eines interkantonalen Vertrages geschaffen werden. Die Vor- und Nachteile einer solchen Vereinbarung werden am Schluss dargelegt.

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die KAZ trotz fehlender Rechtsgrundlage eine juristische Person und damit selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten ist. Dazu ist festzuhalten, dass die Departementsvorsteher aller Kantone mit der Genehmigung der Statuten den Willen kund getan haben, sich körperschaftlich zu vereinigen und einen bestimmten Zweck zu verfolgen. Die Körperschaft ist klar strukturiert und verfügt über die erforderlichen Organe, deren Kompetenzen in den Statuten festgehalten werden. Die KAZ soll ferner durch ihre Organe rechtsgeschäftlich auftreten können, namentlich indem sie mit dem Bund Vereinbarungen abschliesst (vgl. Art. 77 f ZStV). Es darf damit wohl angenommen werden, dass der Konferenz eigene Rechtspersönlichkeit zukommt und sie daher selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Die fraglichen Vereinbarungen zwischen KAZ und BJ dürften damit gültig geschlossen werden können und die KAZ entsprechend berechtigen und verpflichten. *(Bemerkung: Interessant wäre zu dieser Problematik das Gutachten des Sekretariats des EDI publ. in VEB 29 (1959/60); demnach wurde die Schweizerische Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK) als öffentlich-rechtliche Körperschaft „sui generis" bezeichnet. Zum damaligen Zeitpunkt bestand noch keine interkantonale Vereinbarung. Siehe dazu auch den Artikel von Jürg Tiefenthal zur EDK im Jusletter vom 24. Januar 2005.)*

Zu Frage 1:

Mit der Genehmigung der Statuten haben sich die Departementsvorsteherinnen und -vorsteher grundsätzlich verpflichtet, den Beschlüssen der Generalversammlung der KAZ Folge zu leisten. Ferner wussten sie um die Zuständigkeit der Generalversammlung zur Genehmigung von Jahresbudget und –rechnung für den Betrieb der zentralen Datenbank sowie für Investitionen (vgl. Art. 6 lit. e und f der Statuten). Die KAZ dürfte sich daher in dieser Hinsicht von anderen Fachdirektorenkonferenzen unterscheiden, deren Beschlüsse regelmässig keine bindende Wirkung haben sondern lediglich den Charakter von Empfehlungen oder Stellungnahmen. Damit wird gleichzeitig klar ersichtlich, dass der KAZ mit der Genehmigung der Statuten durch die Departementsvorsteherinnen und –vorsteher kantonale Kompetenzen übertragen worden sind. Ob die jeweiligen Vorsteherinnen und Vorsteher hiezu befugt waren (ev. wäre RRB hinsichtlich der Genehmigung der neuen Statuten nötig gewesen), entscheidet sich nach deren kantonalem Recht. Jedenfalls mussten und müssen sich die Vertreter der Kantone bewusst sein, dass sie möglicherweise einmal von den übrigen Kantonen überstimmt werden können. Zumindest bei der Genehmigung von Investitionen, namentlich im Hinblick auf die registrierte Partnerschaft, scheint die Gefahr, dass an der Generalversammlung keine einstimmigen Beschlüsse gefasst werden, real. Allenfalls liesse sich diese Problematik etwas entschärfen, indem für die Genehmigung von Budget und Rechnung des Betriebs sowie für Investitionen statutarisch ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung vorgesehen würde (z.B. zwei Drittel der anwesenden Stimmberechtigten). Geradezu Einstimmigkeit zu verlangen, wäre natürlich die sicherste Variante. Allerdings scheint sie kaum praktikabel und würde vom Bund nicht gerne gesehen (vgl. Botschaft zur ZGB Revision, BBl 1647).

In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass sich die Statuten nicht dazu äussern, nach welchem Prinzip die Generalversammlung Beschlüsse fällt. Art. 5 der Statuten hält lediglich fest, dass die Generalversammlung beschlussfähig ist, wenn zwei Drittel der Kantone vertreten sind. Dabei hat jeder Kanton oder Halbkanton eine Stimme. Geht man davon aus, dass das Vereinsrecht nach ZGB als subsidiäres öffentliches Recht zu Anwendung gelangt (was aber keineswegs sicher ist), wäre nach Art. 67 Abs. 2 ZGB das absolute Mehr der anwesenden Mitglieder (einschliesslich derjenigen, die sich der Stimme enthalten) erforderlich. Das Stimmrecht und die Mehrheit sollten u.E. in den Statuten ausführlich geregelt werden, damit zumindest darüber Klarheit herrscht (vgl. z.B. Art. 9 EDK-Statut).

Zu Frage 2:

Gemäss Art. 8 Abs. 4 der KAZ-Statuten vertritt die Präsidentin zusammen mit der Geschäftsführerin die KAZ gegenüber den Mitgliedern und Dritten. Sobald die Generalversammlung der KAZ die beiden Vereinbarungen genehmigt hat, können Präsidentin und Geschäftsführerin diese unterzeichnen und damit die KAZ (als Ganzes, mithin alle Kantone) gegen Aussen verpflichten. Das Risiko, welches die Präsidentin mit der Unterzeichnung der genehmigten Vereinbarungen eingeht, ist u.E. nicht grösser als jenes der übrigen Departementsvorsteherinnen und –vorsteher, welche den Vereinbarungen zugestimmt haben. Problematisch erscheint weniger das Verhältnis zwischen den Kantonen sondern vielmehr jenes der Departementsvorsteherinnen und –vorsteher zu ihrer jeweiligen kantonalen Budgetkompetenz. Wie bereits erwähnt ging mit der Genehmigung der Statuten eine Kompetenzübertragung einher. Das letzte Wort über die vorzunehmenden Ausgaben hat nicht die innerkantonal zuständige Behörde, sondern die KAZ.

Unproblematisch dürften in dieser Hinsicht wohl Beschlüsse über die Genehmigung von Jahresbudget und –rechnung für den *Betrieb* der zentralen Datenbank sein, zumal diese gebundenen Ausgaben wohl regelmässig im Rahmen der ordentlichen Ausgabenkompetenzen der zuständigen Direktorinnen und Direktoren liegen dürften. Schwieriger gestaltet sich die Sache bei *Investitionen*, welche die Ausgabenbefugnis auf Departementsstufe möglicherweise eher überschreiten können. Diesfalls müssten die Departementsvorsteherinnen und –vorsteher vor der Jahresversammlung der KAZ das Einverständnis ihrer kantonal zuständigen Behörde einholen. Es besteht dabei das Risiko, dass sich die innerkantonal für den Ausgabenbeschluss zuständige Behörde (RR/GR) gegen eine Genehmigung der Neuinvestition ausspricht und der bzw. die betreffende Departementsvorsteher/in in der Folge an der Generalversammlung von den übrigen Kantonen überstimmt würde. Geht man davon aus, dass es sich um gebundene Ausgaben handelt, könnte dieses Risiko ausgeschlossen werden, indem die Vertretung von DA in der KAZ sowie die Statuten der KAZ vom Regierungsrat genehmigt würden.

Interkantonaler Vertrag:

Für das Zustandekommen eines solchen Vertrages bedarf es gegenseitiger übereinstimmender Willenserklärungen der Kantone. Das Verfahren innerhalb des Kantons zum Abschluss interkantonaler Vereinbarungen wird durch das jeweilige kantonale Recht geregelt. Dieses bezeichnet die für den Abschluss zuständige Behörde und legt die Regeln für das

Ratifikationsverfahren fest. In elf Kantonen sind dafür die Parlamente allein zuständig, während in den übrigen Kantonen der Genehmigungsbeschluss dem obligatorischen bzw. dem fakultativen Referendum unterworfen ist. Sechs Kantone kennen das fakultative Referendum, in den restlichen neun Kantonen muss die interkantonale Vereinbarung zwingend den Stimmberechtigten unterbreitet werden. Die meisten Kantonsverfassungen bestimmen, dass die kantonale Regierung den Kanton gegen aussen zu vertreten hat. In allen Kantonen sind die Exekutiven befugt, die Verhandlungen über den Abschluss zu einer interkantonalen Vereinbarung zu führen. Teilweise kann diese Kompetenz auch an Unterhändler delegiert werden. Einige Kantone sehen zudem vor, dass Verträge von untergeordneter Bedeutung selbständig, also ohne Zustimmung einer anderen Gewalt, vom Regierungsrat abgeschlossen werden können (vgl. zum Ganzen Thürer/Aubert/Müller: Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, S. 450).

Im Kanton Bern genehmigt der Grosse Rat gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b Kantonsverfassung (KV) interkantonale Verträge, soweit diese nicht in die alleinige Zuständigkeit des Regierungsrates fallen. Letzteres ist nach Art. 88 Abs. 4 KV der Fall bei kurzfristig kündbaren interkantonalen Verträgen, die entweder im Bereich seiner Verordnungskompetenzen liegen oder von untergeordneter Bedeutung sind. Als kurzfristig kündbar gelten Verträge mit Kündigungsfristen bis zu einem Jahr. Als untergeordnete Verträge wurden namentlich Verträge bezeichnet, welche die regierungsrätlichen Ausgabenkompetenzen nicht übersteigen (Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, N. 14 zu Art. 88 Abs. 4 KV).

Die **Nachteile einer Konkordatslösung** liegen angesichts des dargelegten umfangreichen Prozederes auf der Hand. Demgegenüber stehen folgende **Vorteile**:

1. Man hätte eine hinreichende Rechtsgrundlage für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Diese ist als juristische Person selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten; im Besonderen ist sie vermögensfähig. Wie oben dargelegt wurde, ist zwar davon auszugehen, dass auch ohne Konkordat eine juristische Person vorliegt. Ein Konkordat wäre aber die sauberste Lösung für das interkantonale Gremium, welches mit der Einführung von Infostar erheblich an Bedeutung gewonnen hat.

2. Die Errichtung eines interkantonalen Organs zieht notwendigerweise eine Übertragung kantonaler Kompetenzen nach sich. Die der KAZ zugewiesene Kompetenz zur Genehmigung von Budget und Abrechnung für den Betrieb sowie insbesondere für Investitionen wäre innerkantonal auch dann „abgesegnet", wenn die Ausgabenkompetenz des

zuständigen Departementsvorstehers bzw. der zuständigen Departementsvorsteherin überschritten würde.

3. Beschlüsse der Generalversammlung der KAZ wären (ohne jeden Zweifel) für alle Kantone rechtlich verbindlich.

4. Es besteht Klarheit über den Rechtsschutz: Gemäss Art. 189 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 83 lit. b OG sind die Kantone berechtigt, staatsrechtliche Klage wegen Verletzung der interkantonalen Vereinbarung gegen eine andere Partei oder allenfalls gegen ein interkantonales Organ zu erheben. Es ist fraglich, ob dieses Rechtsmittel unter den aktuellen Umständen auch zur Verfügung stünde.

Ku