

Zwischen Legalität und Flexibilität: Die Gesetzgebung für Gemeinden vor neuen Herausforderungen

UELI FRIEDERICH / JÜRIG WICHTERMANN*

1. Einleitung

Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage beansprucht allgemeine Geltung und will auf das Handeln von Gemeinden in gleicher Weise angewendet werden wie auf die Tätigkeiten von Bund und Kantonen. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip denn auch zu einem guten Teil in Entscheidungen zum kommunalen Recht entwickelt. Nicht nur in Zusammenhang mit Gemeinden, sondern ganz allgemein hat die Diskussion um neue, vorwiegend betriebswirtschaftlich orientierte Modelle der Verwaltungsführung unter Stichworten „Wirkungsorientierte Verwaltungsführung“ (WOV) oder „New Public Management“ (NPM)¹ die Rechtswissenschaft provoziert. Es wird sowohl ein Überdenken des Legalitätsprinzips gefordert als auch angemahnt, die

* Die Autoren sind Mitarbeiter des interdisziplinären Projektes „Gemeindereformen“, das sich im Rahmen des Forschungsprogrammes „Zukunft Schweiz“ des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung mit der Entwicklung der Gemeinden im Spannungsfeld zwischen staatlicher Handlungsfähigkeit und demokratischer Legitimation befasst. Weitere Hinweise zum Forschungsprojekt unter <http://www.gemeindereformen.unibe.ch>

¹ Zu den Grundideen Ernst BUSCHOR, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung, Referat an der Generalversammlung der Zürcher Handelskammer, in: *Wirtschaftliche Publikationen der Zürcher Handelskammer*, Heft 52, Zürich 1993; Peter HABLÜTZEL / Theo HALDEMANN / Kuno SCHEDLER / Karl SCHWAAR (Hgg.), *Umbruch in Politik und Verwaltung, Ansichten und Erfahrungen zum New Public Management in der Schweiz*, Bern/Stuttgart/Wien 1995; Kuno SCHEDLER, *Ansätze einer wirkungsorientierten Verwaltungsführung, Von der Idee des New Public Management (NPM) zum konkreten Gestaltungsmodell: Fallbeispiele Schweiz*, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1996.

NPM-Idee rühre an die Grundfesten des demokratischen und gewaltenteiligen Staats².

Die Gemeinden³ sind der Spannung von demokratischer Legitimation und Handlungsfähigkeit staatlicher Institutionen aus verschiedenen Gründen allerdings besonders ausgesetzt. Sie erscheinen einerseits als ideales „Übungsfeld“ der direkten Demokratie⁴, weisen aber im Vergleich zu Bund und Kantonen eine hohe „Vollzugslastigkeit“ auf, womit sich die kommunale Gesetzgebung sehr konkret mit Leistungen der Verwaltung zu befassen hat. Besonders kleine Gemeinden verfügen nicht über den „Gesetzgebungsapparat“, der angesichts der hohen Anforderungen an kommunale Gesetze eigentlich erforderlich wäre. Schliesslich sind Gemeinden mit ihrer ausgesprochenen „Bürgernähe“ wohl mehr als Bund und Kantone auf „informelles Verwaltungshandeln“ angewiesen, was wiederum besondere rechtliche Fragen aufwirft⁵.

Weder NPM noch andere aktuelle Reformansätze geben Anlass, elementare demokratische und rechtsstaatliche Errungenschaften leichtfertig preiszugeben. Selbstverständlich ist auch, dass die Postulate weitgehender demokratischer Partizipation einerseits und schlanker, „leistungsbezogener“ Entscheidungsstrukturen andererseits eine Fülle von Konfliktstoff bieten und sich nicht einfach in Einklang bringen lassen. Eine kritische Würdigung verdienen indessen Stimmen, welche die mit neuen Organisationsmodellen verbundenen Ideen als mit dem Legalitätsprinzip

² Vgl. neben der hier zitierten Literatur aus der Tagespresse etwa die Beiträge „Hindernisse auf dem Weg zu einer neuen Dienstleistungsmentalität“ von Kuno SCHEDLER (NZZ vom 4. Dezember 1996) und „Der Griff nach der vierten Gewalt, Die ‘Produktive’ - Leistungsgarant für die Staatstätigkeit“ von Sebastian BRANDLI (NZZ vom 23./24. August 1997).

³ Die Rede ist hier ausschliesslich von politischen oder Einwohnergemeinden. Für andere Gemeindearten wie Bürger- oder Bürgergemeinden oder Kirchgemeinden ergeben sich möglicherweise teilweise andere Schlussfolgerungen.

⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU nennt im *Contrat Social*, Buch III, Kapitel 4, als Voraussetzung der Demokratie „premièrement, un Etat très petit, où le peuple soit facile à rassembler, et où chaque citoyen puisse aisément connaître tous les autres“.

⁵ Vgl. etwa zum Fragenkreis der Empfehlungen Markus MÜLLER, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, in: *ZSR* n.F. 114 (1995) I, S. 357 ff.

schlichtweg unvereinbar bezeichnen⁶. Recht darf jedenfalls nicht Selbstzweck sein, sondern soll Antworten auf gesellschaftliche Bedürfnisse bieten und ist deshalb immer auf seine gesellschaftliche Adäquanz zu befragen. Soll weder falsch verstandener Rechtspositivismus betrieben noch „juristischer Übereifer durch ungebremsten ‘Managerialismus’ ersetzt werden“⁷, wird die Diskussion um Funktionsfähigkeit und Legalität staatlichen Handelns vermehrt im intensiven interdisziplinären Gespräch geführt werden müssen. Im Projekt „Gemeindereformen“ im Schwerpunktprogramm „Zukunft Schweiz“ des Schweizerischen Nationalfonds soll zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung dieses Gespräch gesucht werden⁸. Die nachstehenden Überlegungen verstehen sich nicht als durchwegs gesicherte Schlussfolgerungen, sondern schneiden im Sinn eines ersten „Werkstattberichts“ Fragen an, denen im Rahmen des erwähnten Projekts vertieft nachzugehen sein wird.

Zur Sprache kommt zunächst die Zuständigkeit der Gemeinden zur Rechtsetzung (Ziff. 2). Nach einer Besinnung auf Gehalt und Funktionen des Legalitätsprinzips im Licht der jüngeren Rechtsprechung (Ziff. 3) werden Überlegungen zur sachgerechten Umsetzung dieses Grundsatzes im kommunalen Recht angestellt (Ziff. 4). Ein nächster Abschnitt befasst sich mit ausgewählten aktuellen Problemen, denen sich die Gesetzgebung für die Gemeinden zu stellen hat (Ziff. 5), während zuletzt einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen den Kantonen und den Gemeinden folgen (Ziff. 6).

⁶ Besonders pointiert Dieter DELWING / Hans WINDLIN, „New Public Management“: Kritische Analyse aus staatsrechtlicher und staatspolitischer Sicht, in: *ZBl* 1996, S. 183 ff., die S. 184 Zitate wie NPM halte „nach Abbau von Rechtsschutz Ausschau [...] und lässt einen eigentlichen normativen Kahlschlag erkennen“ und sei ein „zwangsläufig defizitäres Führungskonzept“ als „Klartext“ zum Thema wiedergeben.

⁷ So Urs BOLZ / Ulrich KLÖTI, Parlamentarisches Steuern neu erfinden? NPM-Steuerung durch die Bundesversammlung im Rahmen des New Public Management (NPM) - Ein Diskussionsbeitrag, in: *ZBl* 1996, S. 145 ff., S. 157.

⁸ Das Projekt untersucht konkrete Reformprojekte in den Bereichen neue Verwaltungsformen und insbesondere NPM, interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindefusionen sowie Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden im Spannungsfeld von demokratischer Legitimation und Funktionsfähigkeit des Verwaltungshandelns.

2. Zuständigkeit der Gemeinden zur Rechtsetzung

2.1 Abhängigkeit vom kantonalen Recht

Nach geltendem Bundesverfassungsrecht lassen sich sowohl der Bund als auch die Kantone als souveräne Gemeinwesen bezeichnen⁹. Anders die Gemeinden: Sie bilden zwar die dritte politische Ebene und sind zumindest in diesem Sinn „Staat“, leiten ihre Existenz aber ausschliesslich aus dem kantonalen Recht ab. Aus der kantonalen Verfassungs- und Organisationsautonomie¹⁰ ergibt sich, dass die Gemeinden dem „Bereich der inneren Organisation der Kantone“¹¹ zuzurechnen sind und (ausschliesslich) „kraft kantonalen Willens und kantonalen Regelung“¹² bestehen. Sie sind demnach nicht „souverän“ und verfügen demzufolge auch nicht über eine gewissermassen originäre, d.h. vom kantonalen Recht unabhängige Rechtsetzungsbefugnis. Die „Kompetenz-Kompetenz“ im Sinn der Zuständigkeit zur Festsetzung von Kompetenzen liegt für das Verhältnis von Kanton und seinen Gemeinden beim Kanton.

2.2 Bereich der Regelungszuständigkeit: Gemeindeautonomie

Alle Kantonsverfassungen gewährleisten den Gemeinden ausdrücklich oder stillschweigend *Autonomie*, wozu unter anderem „das Recht der Selbstgesetzgebung“¹³ im geschützten Bereich gehört¹⁴. Ursprünglich

⁹ Peter SALADIN, Kommentar BV, N. 42 ff. zu Art. 3 BV. Diese Ansicht ist nicht unbestritten, vgl. etwa Ulrich HÄFELIN / Walter HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss, 3. Auflage, Zürich 1993, N. 168.

¹⁰ Art. 3, vgl. auch Art. 5 und 6 BV.

¹¹ So der Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Kommission Wahlen), Bern 1973, S. 261.

¹² Kurt EICHENBERGER, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986, S. 345.

¹³ Art. 2 Abs. 1 des bernischen Gemeindegesetzes vom 20. Mai 1973 umschreibt die Gemeindeautonomie wie folgt: „Den Gemeinden steht in den Schranken der Vorschriften des Bundes und des Kantons das Recht der Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung zu.“

gestand das Bundesgericht den Gemeinden Autonomie nur im sogenannten eigenen, nicht aber im übertragenen Wirkungskreis zu¹⁵. Die herkömmliche Unterscheidung zwischen diesen beiden Wirkungskreisen erwies sich indessen je länger je problematischer, was das Gericht veranlasste, von der bisherigen Praxis abzurücken¹⁶. Heute umschreibt das Bundesgericht die Gemeindeautonomie in ständiger Rechtsprechung wie folgt:

„Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt“¹⁷.

Der konkrete *Umfang* der Gemeindeautonomie und damit auch der Rechtsetzungsbefugnis ergibt sich aus dem kantonalen Recht und variiert dementsprechend von Kanton zu Kanton. Die Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 verlangt vom Gesetzgeber in einer programmatischen Vorschrift prinzipiell, dass er den Gemeinden „einen möglichst weiten Handlungsspielraum“ eröffnet¹⁸. Mehr Gemeindeautonomie, namentlich in organisationsrechtlichen Belangen, ist erklärtes Ziel der laufenden Totalrevision des bernischen Gemeindegesetzes¹⁹. Andere Kantone kennen grundlegend andere Systeme. So regelt beispielsweise der Kanton Freiburg die Organisation seiner Gemeinden grundsätzlich abschliessend²⁰.

14 BGE 122 I 290.

15 Vgl. etwa BGE 65 I 131.

16 Vgl. die Hinweise in BGE 93 I 158 ff. E. 5; zur Entwicklung der Rechtsprechung auch Thomas PFISTERER, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, in: ZBJV 1989, S. 1 ff.

17 BGE 122 I 290.

18 Art. 109 Abs. 2.

19 Vortrag des Regierungsrates vom 2. Juli 1997 an den Grossen Rat betreffend die Totalrevision des Gemeindegesetzes, 12 (Ziff. 7.8).

20 Vgl. das Gesetz vom 25. September 1980 über die Gemeinden und das dazu gehörende Ausführungsreglement vom 28. Dezember 1981 (je mit Änderungen).

2.3 Rechtsnatur kommunaler Erlasse

Kommunales Recht wird öfters als „Satzungsrecht“ oder „autonome Satzungen“ bezeichnet²¹. Das Bundesgericht hat in BGE 97 I 805 einen referendumspflichtigen Gemeindeerlass als „formelles Gesetz, freilich niederer Stufe“ bezeichnet²², wobei es allerdings nicht erklärte, was unter „niederer Stufe“ zu verstehen sei. Das Gericht hat diese wenig glückliche und praktisch wohl folgenlose Einschränkung später fallen gelassen und geht heute offensichtlich davon aus, dass kommunale Erlasse ohne weiteres Gesetze (je nachdem im formellen oder materiellen Sinn) sein können²³ oder – was in der Sache dasselbe ist – „einem eigentlichen formellen Gesetz gleichgestellt“ sind²⁴.

2.4 Erfordernis einer „doppelten gesetzlichen Grundlage“?

Die Lehre hat teilweise postuliert, das Legalitätsprinzip verlange für kommunal geregeltes Gemeindehandeln unter Umständen eine sogenannte „*doppelte gesetzliche Grundlage*“²⁵: einerseits eine Grundlage im kommunalen Recht, andererseits zusätzlich eine (explizite) gesetzliche Ermächtigung der Gemeinde, diese Rechtsgrundlage überhaupt erst zu schaffen. YVO HANGARTNER begründet diese Ansicht wie folgt:

„Die fundamentale Bedeutung des kantonalen Gesetzgebers für die kantonale Demokratie verlangt jedoch, dass alle Regelungen von grosser Tragweite vom kantonalen Gesetzgeber als der im Sinn von Artikel 6

²¹ Thomas FLEINER-GERSTER, *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, 2. Auflage, Zürich 1980, S. 81 f. und 471; Yvo HANGARTNER, *Rechtsetzung durch Gemeinden*, in: *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts*, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 209 ff. und 218; Lukas WIDMER, *Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht*, Zürich 1988, S. 90 ff.

²² Zum Begriff des formellen Gesetzes unten Ziff. 3.4.

²³ Vgl. z.B. BGE 122 I 289.

²⁴ BGE 120 Ia 266.

²⁵ Den Begriff verwendet etwa Fritz GYGI, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, S. 269, ohne sich indessen der Ansicht anzuschliessen, kommunale Akte bedürften generell einer derartigen Grundlage.

Absatz 2 Buchstabe b BV zentralen kantonalen Rechtsetzungsinstanz ausgehen und legitimiert werden“²⁶.

HANGARTNER spricht in diesem Zusammenhang gar von einem „Verbot neuer Regelungen von grosser Tragweite“ durch die Gemeinden, wobei es nicht nur um „grundlegende Freiheitsbeschränkungen (z.B. persönliche Dienstpflichten oder neue Steuern), sondern auch um grundlegende organisatorische Anordnungen (wie die Einführung einer grundlegend neuen Art der Gemeindeorganisation)“ gehen könne²⁷.

Diese Ansicht lässt sich nach dem Ausgeführten nicht halten und wird denn auch in der Lehre überwiegend zurückgewiesen²⁸. Sollte der unveröffentlichte Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1957²⁹, auf welchen sich HANGARTNER als einziges Beispiel aus der Judikatur beruft, tatsächlich das Erfordernis einer doppelten gesetzlichen Grundlage statuiert haben, ist er jedenfalls durch die zitierte Rechtsprechung überholt. Ausgangspunkt ist immer die *kantonsinterne Kompetenzaufteilung*: Die Qualifikation eines kommunalen Erlasses als „Gesetz“ setzt erstens voraus, dass der Gemeinde im betreffenden Sachbereich eine Rechtsetzungszuständigkeit, mithin Autonomie zukommt (was sowohl für den eigenen als auch den übertragenen Wirkungsbereich denkbar ist); durch *Auslegung* ist jeweils zu ermitteln, ob der kommunalen Gesetzgebung ein Erlass des übergeordneten Rechts ausdrücklich oder stillschweigend entgegensteht³⁰. Besteht diese Rechtsetzungszuständigkeit, ist zweitens zu prüfen, ob der Gemeindeerlass nach den in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien ein Gesetz im materiellen (und gegebenenfalls auch im formellen) Sinn ist³¹. Lässt sich auf diese Weise einem kommunalen Erlass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für den in Frage stehenden Akt entnehmen, erübrigt sich die Frage nach einer zusätzlichen

²⁶ Yvo HANGARTNER, *Rechtsetzung* (Fn. 21), 215.

²⁷ Yvo HANGARTNER, *Rechtsetzung* (Fn. 21), 215 f.

²⁸ Vgl. z.B. Daniel ARN, *Die Zuständigkeitsordnung im bernischen Gemeinderecht*, Bern 1992, S. 48 f.

²⁹ Urteil vom 13. März 1957, wiedergegeben in: *ZBl* 1957, S. 263 ff. und 265 f.

³⁰ Daniel ARN, *Zuständigkeitsordnung* (Fn. 28), S. 49.

³¹ Dazu unten Ziff. 3.4.

(„doppelten“) gesetzlichen Grundlage; nur wo den Gemeinden grundsätzlich keine oder lediglich eine begrenzte Autonomie zusteht, bedarf es allenfalls einer ausdrücklichen kantonalen Ermächtigung zur Rechtsetzung³².

3. Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip)

3.1 Inhalt

Nach herkömmlicher Lehre erscheint das Legalitätsprinzip in zwei Ausprägungen, nämlich als *Vorrang* und als *Vorbehalt des Gesetzes*³³:

- Vorrang des Gesetzes bedeutet, dass sich eine staatliche Behörde an bestehende, auch an die durch sie selbst erlassenen Normen zu halten hat (*patere legem quam fecisti*), dass Recht niederer Stufe höher-rangigem Recht nicht widersprechen darf und dass eine Norm grundsätzlich³⁴ durch die gleiche Instanz und im gleichen Verfahren aufgehoben werden muss, wie sie erlassen worden ist (Parallelismus der Formen³⁵).

³² Fritz GYGI, Verwaltungsrecht (Fn. 25), S. 104 f. und 268 f.

³³ Dazu Thomas COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Diessenhofen 1983, S. 1 f.; Rudolf HERTACH, Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung, Zürich 1984, S. 58 ff.; Ulrich ZIMMERLI, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in: *recht* 1984, S. 73 ff.

³⁴ Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht ausnahmslos. Denkbar ist, dass eine Norm durch ranghöheres Recht aufgehoben wird oder dass sich die Zuständigkeitsordnung seit Erlass der Norm verändert hat (vgl. dazu Art. 132 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993). Zum Verhältnis von Bundesgesetzen und nicht referendumpflichtigen Staatsverträgen Ulrich ZIMMERLI, Gesetzmässigkeitsprinzip (Fn. 33), S. 74, Fn. 4.

³⁵ Vgl. dazu BGE 106 Ia 389 ff.

sungsmässiges Individualrecht dar, dessen Verletzung selbständig mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann⁴⁰.

3.2 Funktionen

Dem Legalitätsprinzip kommt „Multifunktionalität“⁴¹ zu. In der Lehre werden zumindest eine rechtsstaatliche und eine demokratische Funktion⁴², gelegentlich zusätzlich eine Gewaltenteilungsfunktion unterschieden⁴³.

3.2.1 Rechtsstaatliche Funktion

In seiner rechtsstaatlichen Funktion lässt sich das Legalitätsprinzip als *Erfordernis des Rechtssatzes* umschreiben⁴⁴. Die Bindung der Behörden an das Gesetz soll Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit dadurch gewährleisten, dass deren Verhalten voraussehbar und berechenbar ist, dass absehbar ist, welche Rechte und Pflichten Privaten auferlegt werden, und dass in ähnlich gelagerten Fällen gleich entschieden wird. Diese rechtsstaatliche Funktion kann nur eine generell-abstrakte, d.h. eine Norm erfüllen, die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet und unbestimmt viele Fälle regelt.

40 BGE 123 I 4; Walter KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 70 f.

41 Thomas COTTIER, Verfassung (Fn. 33), S. 16.

42 So z.B. Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht, in: Dorothee Berchtold / Albert Hofmeister (Hgg.), Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionsfähigkeit: Schnittstellen Verwaltungsrecht und -management, Bern 1995, S. 15 ff.; Hansjörg SEILER, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994, S. 329.

43 Vgl. dazu Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Zürich 1993, S. 71 ff.; Lukas WIDMER, Legalitätsprinzip (Fn. 21), S. 13.

44 Dazu und zum folgenden Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips (Fn. 42), m.w.H.

- *Vorbehalt des Gesetzes* bedeutet nach herkömmlicher Ansicht, dass Eingriffe in individuelle Rechtspositionen und damit namentlich jede Begründung von Pflichten nur zulässig sind, wenn sie gestützt auf eine gesetzliche Grundlage erfolgen. Heute besagt der Grundsatz in allgemeiner Weise, dass staatliches Handeln auf allen Ebenen (Bund, Kanton, Gemeinde) einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

In Zusammenhang mit den hier angestellten Überlegungen interessiert das Legalitätsprinzip in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt, mit andern Worten: als Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. „Gesetz“ kann in diesem Zusammenhang zweierlei bedeuten:

- In einem *materiellen* Sinn ist „Gesetz“ jeder generell-abstrakte Rechtssatz (Erlass) unabhängig davon, welche Instanz diesen Rechtssatz erlassen hat³⁶. Materielle Gesetze sind sowohl Verfassungen und Gesetze des Parlaments als auch Verordnungen der Exekutive oder untergeordneter Instanzen.
- In einem *formellen* Sinn ist „Gesetz“ ein Erlass der Legislative, der im verfassungsrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren entstanden ist.³⁷

Das Legalitätsprinzip oder Erfordernis der gesetzlichen Grundlage gehört dem (ungeschriebenen) Bundesverfassungsrecht an³⁸, stellt aber abgesehen vom Bereich der öffentlichen Abgaben³⁹ grundsätzlich kein verfas-

36 Vgl. etwa die Definition in Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 (SR 171.11): „Als rechtsetzend gelten alle generellen und abstrakten Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln.“

37 Fritz GYGI, Verwaltungsrecht (Fn. 25), S. 89. Dazu Näheres auch unter Ziff. 3.4.

38 Vgl. aber die ausdrückliche Verankerung des Legalitätsprinzips in Art. 4 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs für eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996.

39 Im Abgaberecht kommt dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage die Bedeutung eines verfassungsmässigen Rechts zu, dessen Verletzung selbständig, unmittelbar gestützt auf Art. 4 BV, mit staatsrechtlicher Beschwerde gerügt werden kann, vgl. BGE 120 Ia 3, 266.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit ist unerheblich, auf welcher Stufe ein Rechtssatz erlassen wird. Rechtsgleichheit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns werden durch eine Rechtsverordnung ebenso gewährleistet wie durch ein formelles Gesetz. Mit andern Worten: In seiner rechtsstaatlichen Funktion verlangt das Legalitätsprinzip (nur) ein *Gesetz im materiellen Sinn*. Demgegenüber muss die Norm *genügend bestimmt* sein: „Die Frage des Rechtssatzvorbehaltes erweist sich daher nicht als eine prinzipielle, sondern als eine Frage nach der erforderlichen Bestimmtheit der Norm“⁴⁵. Allerdings gibt es auch dafür keine allgemein verbindliche Regel:

„Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die angewendeten Rechtssätze eine angemessene Bestimmtheit aufweisen müssen [...]. Das Gebot der Bestimmtheit kann nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden. Es ist unvermeidlich, dass viele Rechtssätze mehr oder minder vage Begriffe enthalten, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss [...]. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Eine besondere Bedeutung hat die Forderung der Bestimmtheit bei Verhaltensnormen, die durch Androhung von Sanktionen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Bürgers bewirken sollen [...], oder wenn eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Entscheiden zu treffen sind“⁴⁶.

3.2.2 Demokratische Funktion

In seiner demokratischen Funktion bedeutet das Legalitätsprinzip soviel wie *Erfordernis der Gesetzesform*⁴⁷. Weil es in einer Demokratie keine vom Volk unabhängige Staatlichkeit gibt⁴⁸ und die Bundesverfassung deshalb nur „Rechte und Befugnisse“ kantonaler (und damit auch kommunaler) Behörden kennt, „welche das Volk den Behörden übertragen

45 Hansjörg SEILER, Gewaltenteilung (Fn. 42), S. 332.

46 BGE 123 I 5 f., E. 4b.

47 Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips (Fn. 42), S. 17.

48 Hansjörg SEILER, Gewaltenteilung (Fn. 42), S. 335.

hat⁴⁹, verlangt das Legalitätsprinzip im Interesse demokratischer Legitimation des Verwaltungshandelns grundsätzlich eine Grundlage in einem *formellen Gesetz*⁵⁰. Aus praktischen Gründen ist indessen undenkbar, dass der Gesetzgeber alle Fragen selbst (abschliessend) regelt. Das Erfordernis der Gesetzesform besteht demnach nur für *wichtige* Entscheidungen. Die Frage ist, „wo und inwieweit demokratische Mehrheitsentscheidung auf Gesetzesstufe verfassungsrechtlich notwendig, möglich und sinnvoll ist und wo sie unpraktikabel ist oder – namentlich auch im Lichte grundrechtlicher Schutzbedürfnisse – kaum zu sachgerechten Ergebnissen führen kann“⁵¹.

GEORG MÜLLER nennt als Kriterien für die Wichtigkeit von Entscheidungen etwa die Intensität von Eingriffen in die Privatsphäre, die Grösse des Adressatenkreises, die Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems („Machtverteilung im Staat“), bedeutende finanzielle Auswirkungen und potentieller Widerstand von Betroffenen; darüber hinaus dürfe auch berücksichtigt werden, ob eine Norm häufig an veränderte Verhältnisse angepasst werden müsse und welche Behörde sich im konkreten Fall zur Rechtsetzung eigne⁵².

Das Bundesgericht verlangte eine formell-gesetzliche Grundlage für das Verwaltungshandeln lange Zeit nur im Bereich der sogenannten Eingriffsverwaltung, d.h. in Zusammenhang mit Eingriffen in individuelle Rechtspositionen oder mit der Auferlegung von Pflichten. Im Entscheid *Wäffler* (BGE 103 Ia 369 ff.) weitete das Gericht den Anwendungsbe-
reich auf den Bereich der „leistungsgewährenden Verwaltung“ aus, wobei es allerdings präziserte, dass das Legalitätsprinzip nicht notwendigerweise „für sämtliche Gebiete des Verwaltungsrechts“ gelte und nicht in allen Bereichen „mit gleicher Strenge“ zu handhaben sei.

49 Der Bund gewährleistet den Kantonen in Art. 5 BV „die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gleich den Rechten und Befugnissen, welche das Volk den Behörden übertragen hat“. Nach Art. 6 Abs. 2 Bst. c BV müssen Kantonsverfassungen durch das Volk angenommen werden und revidiert werden können, wenn „die absolute Mehrheit der Bürger es verlangt“.

50 Ulrich ZIMMERLI, *Gesetzmassigkeitsprinzip* (Fn. 33), S. 73.

51 Thomas COTTIER, *Verfassung* (Fn. 33), S. 16.

52 Georg MÜLLER, *Funktionen des Legalitätsprinzips* (Fn. 42), S. 17 f. und 25.

3.2.3 Gewaltenteilungsfunktion

Die gelegentlich erwähnte Gewaltenteilungsfunktion des Legalitätsprinzips besagt, dass die rechtsanwendende Behörde das Recht in der Regel nicht selbst setzen soll⁵³. Bereits ein kurzer Blick auf die Systematische Sammlung des Bundesrechts etwa in den Bereichen des Verkehrs oder der Landwirtschaft zeigt allerdings, dass dieser Grundsatz in der Praxis weitgehend relativiert worden ist; mehr als der Stellenwert eines rechtspolitischen Postulats kommt ihm kaum zu. Der rechtliche Gehalt der Gewaltenteilungsfunktion besteht im wesentlichen wohl darin, dass das Legalitätsprinzip *die demokratisch beschlossene Zuständigkeitsordnung sichern* soll. Dieser Gesichtspunkt hängt wiederum eng mit der demokratischen Funktion zusammen⁵⁴, was wohl der Grund dafür ist, dass diese beiden Schichten oft nicht explizit auseinandergehalten werden. Auch für das Bundesgericht fallen demokratische und Gewaltenteilungsfunktion des Legalitätsprinzips im wesentlichen zusammen, wenn es in einem neusten Entscheid⁵⁵ ausführt:

„Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatlich hiefür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns.“

3.3 Delegation rechtsetzender Befugnisse

Auch wo das Legalitätsprinzip grundsätzlich eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt, muss der Gesetzgeber nicht notwendigerweise sämtliche Fragen selbst entscheiden. Er kann vielmehr die Regelung durch

53 Ulrich ZIMMERLI, *Gesetzmassigkeitsprinzip* (Fn. 33), S. 73.

54 Bereits unter demokratischen Gesichtspunkten „steht die organisationsrechtliche, gewaltenteilige Funktion im Vordergrund“, vgl. Thomas COTTIER, *Verfassung* (Fn. 33), S. 15.

55 BGE 123 I 3 f., E. 2b.

Delegation einer untergeordneten Behörde zuweisen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁶ gelten für eine Delegation rechtsetzender Befugnisse die folgenden Voraussetzungen:

- Die Delegation darf nicht durch das übergeordnete (Verfassungs-) Recht ausgeschlossen sein.
- Sie muss sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränken.
- Sie muss in einem formellen Gesetz vorgesehen sein.
- Das Gesetz muss die Grundzüge der Regelung selbst enthalten, soweit diese die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt.

Eine Delegation in diesem Sinn betrifft stets die Zuständigkeiten verschiedener Organe eines bestimmten Gemeinwesens. Sie ist von der Kompetenzausscheidung zwischen Kanton und Gemeinden zu unterscheiden, welche gelegentlich ebenfalls als Delegation bezeichnet wird⁵⁷, aber nicht denselben Grundsätzen untersteht⁵⁸. Auch nicht mit der Delegation zu verwechseln ist die Übertragung von Verwaltungsbefugnissen an (privatrechtlich konstituierte) Dritte⁵⁹.

56 Z.B. BGE 118 Ia 247 f., 310 f. Vgl. auch Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER, Grundriss (Fn. 43), S. 76 f. Vgl. zum besonderen Fall der Delegation von Ausgabenbefugnissen nun auch Marcel BOLZ, Die referendumpflichtige Gebundenheit von Ausgaben für Sanierungsprojekte bei Bauten und die Zulässigkeit der Delegation der Ausgabenbewilligungskompetenz, insbesondere nach aargauischem Recht, in: *ZBl* 1997, S. 337 ff. und 347 ff.

57 Vgl. etwa Lukas WIDMER, Legalitätsprinzip (Fn. 21), S. 25.

58 BGE 104 Ia 340, m.H. In neueren Entscheiden unterscheidet das Bundesgericht deutlicher als teilweise früher zwischen der Frage der kantonsinternen Kompetenzausscheidung und der Delegation, vgl. etwa BGE 120 Ia 266: „Das Gesagte gilt auch dort, wo die Regelungskompetenz – aufgrund einer einschlägigen Kompetenzausscheidung – bei der Gemeinde liegt. Ein kommunaler Erlass kann einem eigentlichen formellen Gesetz gleichgestellt werden, wenn [...]“.

59 Ulrich ZIMMERLI, Gesetzmässigkeitsprinzip (Fn. 33), S. 77 f.

3.4 Anforderungen an das formelle Gesetz

Wie erwähnt ist Gesetz im formellen Sinn ein Erlass der Legislative, der im verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtsetzungsverfahren entstanden und damit demokratisch legitimiert ist. Teilweise haben die Lehre⁶⁰ und auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁶¹ als formelles Gesetz nur Erlasse anerkannt, die zumindest dem fakultativen *Referendum* unterstehen. In BGE 118 Ia 248 hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung indessen dahingehend präzisiert, dass auch allein vom Parlament, d.h. unter Ausschluss des fakultativen Referendums beschlossene Erlasse die Funktionen des formellen Gesetzes erfüllen können, sofern dies die kantonale Verfassungsordnung zulässt. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, dass die Kantone von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet sind, ihre Gesetze dem Referendum zu unterstellen⁶². Die demokratische Funktion des Legalitätsprinzips verlangt demnach nicht unbedingt (potentielle) *direkt*-demokratische Mitsprache der Stimmberechtigten; es genügt der Beschluss eines demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgans als ihres Repräsentanten.

Bemerkenswert ist die Formulierung in BGE 120 Ia 266 f., wo das Bundesgericht unter Hinweis auf frühere Entscheidungen und die Lehre ausführt:

„Ein kommunaler Erlass kann einem eigentlichen formellen Gesetz gleichgestellt werden, wenn er von der nach dem kantonalen Recht ermächtigten Gemeindelegislative (Gemeindeversammlung oder -parlament) beschlossen wurde oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand“⁶³.

⁶⁰ Vgl. etwa Lukas WIDMER, Legalitätsprinzip (Fn. 21), S. 4: „Nicht zu den formellen Gesetzen zählen mithin sämtliche nicht referendumpflichtigen Parlamentsbeschlüsse (Parlamentsverordnungen, Dekrete usw.) sowie die Verordnungen und Anordnungen von Verwaltungsbehörden.“

⁶¹ Z.B. BGE 107 Ia 32, 106 Ia 202.

⁶² Georg MÜLLER, Kommentar BV, N. 77 zu Art. 4 BV.

⁶³ Die gleiche Formulierung wird seither wiederholt verwendet, vgl. etwa den BGE vom 9. Juni 1995 in ZBI 1996, S. 567.

Die Möglichkeit des Referendums ist nach dieser Formulierung nicht kumulative, sondern *alternative* Voraussetzung zum Umstand, dass es sich um einen Erlass der kommunalen Legislative handelt. Das kann wiederum wohl nur bedeuten, dass grundsätzlich auch referendumsfähige Erlasse anderer Gemeindeinstanzen als formelle Gesetze anerkannt werden können.

4. Fragen zur sachgerechten Umsetzung des Legalitätsprinzips im kommunalen Recht

4.1 Ausgangspunkt: Keine „naturegebene“ Antinomie von Legalität und Funktionsfähigkeit

Die Praxis hat bei weitem nicht abschliessend geklärt, welche konkreten Anforderungen sich aus dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im Einzelfall ergeben. Ganz allgemein ist die „richtige“, sachgerechte Umsetzung des Legalitätsprinzips eine anspruchsvolle Aufgabe, die Praktiker und Gerichte immer wieder vor heikle Entscheidungen stellt⁶⁴. Bei allen Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung ist allerdings mit der Annahme einer gewissermassen „naturegebenen“ Unverträglichkeit bestimmter Organisationsmodelle mit dem Legalitätsprinzip Vorsicht geboten. Das Bundesgericht hat das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im Interesse praktikabler Lösungen auch in klassischen Bereichen der Eingriffsverwaltung wie im Abgaberecht einigermassen weitgehend aufgeweicht⁶⁵. Ganz allgemein darf das Legalitätsprinzip nach einer Standardformel des Gerichts „weder seines Sinnes entleert, noch andererseits in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirksamkeit und den Praktikabilitätsanforderungen in einen unlösbaren Widerspruch gerät“⁶⁶.

⁶⁴ Vgl. Ulrich ZIMMERLI, *Gesetzmassigkeitsprinzip* (Fn. 33), S. 73 ff.

⁶⁵ Vgl. etwa Lukas WIDMER, *Legalitätsprinzip* (Fn. 21), S. 103 ff.

⁶⁶ Statt vieler BGE 112 Ia 44 f.; vgl. auch BGE 120 Ia 1 ff., 106 Ia 251, 104 Ia 117, 103 Ib 330.

Tatsächlich lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung weitgehend Raum für eine adäquate Umsetzung des Legalitätsprinzips, wenn die dazu entwickelten Grundsätze nicht abstrakt und formaljuristisch, sondern – ganz im Sinn des erwähnten Zitats – mit Rücksicht auf konkrete Regelungs- und Schutzbedürfnisse angewendet werden. Das hat GEORG MÜLLER für verschiedene Verwaltungsbereiche in überzeugender Weise dargelegt im Bestreben, das „Bild des Legalitätsprinzips als ‘Schranke’ einer effizienten Organisation und Führung der Verwaltung zu korrigieren und aufzuzeigen, dass sich moderne Grundsätze des Verwaltungsmanagements mit dem – richtig verstandenen – Legalitätsprinzip durchaus vereinbaren lassen“⁶⁷. Wird das Legalitätsprinzip in den dargelegten Funktionen wirklich „zum Nennwert“ genommen, ergeben sich – unabhängig vom gelegentlich erhobenen Postulat nach einem Überdenken der gerichtlichen Praxis⁶⁸ – durchaus kritische Anfragen an die gängige Vorstellung, das Legalitätsprinzip verlange tendenziell eine umfassende (präventive) Regelung auf möglichst hoher Stufe. Einige dieser Fragen seien im folgenden stichwortartig aufgeworfen.

4.2 Zur rechtsstaatlichen Funktion: Mehr Rechtssicherheit durch dichte Normierung?

In der NPM-Diskussion ist von juristischer Seite geltend gemacht worden, der „Weg der kleinen und pragmatischen Schritte“ der Gesetzgebung mit den „gelegentlich zähen Beratungen der vielfältigen, mehr oder minder gewichtigen Geschäfte im Plenum“ und die „oft weit ins Detail gehende und mitunter mühselige Arbeit der parlamentarischen Kommis-

⁶⁷ Vgl. Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips (Fn. 42; das Zitat ist dem Aufsatz S. 15 entnommen).

⁶⁸ Vgl. etwa Luzius MADER, Responsive Gesetzgebung - Für eine bessere gesellschaftliche Adäquanz gesetzgeberischen Handelns, in: Dorothee Berchtold / Albert Hofmeister (Hgg.), *Die öffentliche Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Legalität und Funktionsfähigkeit: Schnittstellen Verwaltungsrecht und -management*, Bern 1995, S. 159 ff. MADER stellt S. 169 zur Diskussion, „dass die Anforderungen, die in der Lehre und namentlich in der Praxis des Bundesgerichtes heute aus dem Legalitätsprinzip abgeleitet werden, möglicherweise etwas relativiert oder reduziert, zumindest aber neu überdacht werden sollten“.

sionen“ hätten sich „insgesamt bewährt“⁶⁹. Dagegen steht der empirische Befund, dass die Steuerung über den Weg des Gesetzes heute oft allzu unwirksam bleibt und der Gesetzgeber sich immer häufiger „übernimmt“ und sein Gestaltungspotential überschätzt, weil die Bereitschaft zur (freiwilligen) Befolgung seiner Regelungen zunehmend schwindet⁷⁰. Bereits aus diesem Grund erscheint es angezeigt, dass auf der Stufe des formellen Gesetzes nur die (politisch) wichtigen Fragen entschieden werden⁷¹.

Es darf darüber hinaus die Frage gestellt werden, ob im Ergebnis nicht gerade die rechtsstaatliche Funktion des Legalitätsprinzips durch allzu dichte Normierung auf formell-gesetzlicher Stufe unterlaufen werden kann. Das Legalitätsprinzip vermag rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte sowie Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns und damit Rechtssicherheit nur zu gewährleisten, wenn die gesetzliche Ordnung ein Minimum an Beständigkeit aufweist⁷². Diesem Umstand wird in der Praxis kaum genügend Rechnung getragen. GEORG MÜLLER konstatiert, dass „die vielbeklagte Gesetzesinflation, die vor allem eine Flut von sich immer schneller folgenden Gesetzesänderungen ist, und die daraus resultierende mangelhafte Akzeptanz, Befolgung und Durchsetzung des Rechts [...] auch darauf zurückzuführen“ sind, „dass beim Erlass neuer oder der Änderung geltender Normen zuwenig auf diese ordnende und stabilisierende Funktion der Rechtsetzung Rücksicht genommen, namentlich den Aspekten der Beständigkeit und Vollzugstauglich-

⁶⁹ Dieter DELWING / Hans WINDLIN, *New Public Management* (Fn. 6), S. 192.

⁷⁰ Georg MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, *ZBl* 1996, S. 97 ff. und 104 f.

⁷¹ Diese Forderung ist durchaus nicht neu, vgl. etwa Wilfried SCHAUMANN, Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: *Der Staat als Aufgabe*, Gedenkschrift für Max Imboden, hrsg. von Peter Saladin und Luzius Wildhaber, Basel/Stuttgart 1972, S. 313 ff. und 322, oder die Äusserungen bei Georg MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, 149, und Hans DUBS, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, in: *ZSR n.F.* 1974 II 223 ff., 224.

⁷² Zur Bedeutung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz für die Rechtsetzung Beatrice WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, v.a. 47 ff.; René A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, S. 268 ff.

keit nicht genügend Beachtung geschenkt wird“⁷³. Dieses Defizit äussert sich nicht allzu selten im unangenehmen Umstand, dass Erlasse bereits längere Zeit in Kraft sind, wenn sie in die betreffende systematische Gesetzessammlung aufgenommen werden und damit für den Alltagsgebrauch greifbar sind. Dem Anliegen der Rechtssicherheit und auch den Praktikerinnen und Praktikern wäre mitunter mehr gedient, wenn sich der Gesetzgeber mit der Regelung des wirklich Wesentlichen (und Beständigen) begnüge.

4.3 Zur demokratischen Funktion: Mehr Legitimität durch dichte Normierung?

Eine allgemeingültige Regel für die „angemessene Bestimmtheit“ der Normen im formellen Gesetz gibt es wie erwähnt nicht. Im Abgaberecht, einem klassischen Anwendungsbereich des Legalitätsprinzips, gelten etwa die folgenden Grundsätze: Grundsätzlich erfordern alle öffentlichen Abgaben eine formell-gesetzliche Grundlage⁷⁴. Delegiert das Gesetz die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Verordnungsgeber, muss es zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlage selbst festlegen; diese Anforderungen können gelockert werden, wenn das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird⁷⁵.

In der Praxis stellt sich oft die Frage, in welcher Art und in welchem Detaillierungsgrad das rechtlich Erforderliche und namentlich die Bemessungsgrundlage - öfters ist auch von den Grundzügen der Bemessung die Rede⁷⁶ - sinnvollerweise zu regeln sind. Verbreitet sind kommunale Gebührenreglemente, die - als „Tarife“ - auf formell-gesetzlicher Stufe alle Gebühren in Franken und Rappen selbst festlegen. Derartige Regelungen werden nicht selten, wohl nicht zuletzt im Interesse an einer

⁷³ Georg MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung (Fn. 69), 102, m.H.

⁷⁴ Eine Ausnahme gilt etwa für Kanzleigeühren.

⁷⁵ Statt vieler BGE 122 I 289.

⁷⁶ Vgl. etwa BGE 105 Ia 145; LUKAS WIDMER, Legalitätsprinzip (Fn. 21), S. 97 ff.

möglichst „sicheren“ Lösung, ausdrücklich empfohlen⁷⁷. Sachlich zu rechtfertigen sind sie indessen kaum. Soll die betragsmässige Festsetzung von Gebühren nicht bloss ein Akt politischer Willkür sein, werden verschiedene Überlegungen zur Bemessung, etwa zum angestrebten Kostendeckungsgrad, angestellt werden müssen. Diese dürften für die Mitglieder einer Gemeindeversammlung oder eines Parlaments indessen in vielen Fällen kaum mehr im einzelnen nachvollziehbar sein. Dasselbe gilt für die Festlegung sogenannter Gebührenrahmen. Es darf die Frage gestellt werden, wie es unter diesen Umständen um die Legitimität der beschlossenen Regel *tatsächlich* bestellt ist und ob es der demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips nicht angemessener wäre, wenn sich der formelle Gesetzgeber - allenfalls in rudimentärer und pauschaler Form, dafür aber *seiner Entscheidung bewusst* - für die inhaltlichen Kriterien entscheidet, nach denen eine Abgabe bemessen werden soll.

Als Beispiel sei der aktuelle Entwurf für ein kommunales Gebührenreglement auf formell-gesetzlicher Stufe erwähnt, der den Gegenstand und die Bemessung von Verwaltungsgebühren in bemerkenswert schlanker, aber das (politisch) Wesentliche enthaltender Formulierung wie folgt regelt:

Art. xy ¹ *Die Gemeinde erhebt eine Gebühr für alle Verrichtungen der Gemeindeverwaltung, die*

- a) durch einzelne Personen veranlasst werden und diesen zugerechnet werden können und*
- b) nicht Bagatellen betreffen.*

² *Sie erhebt eine Gebühr für Einbürgerungen.*

³ *Der Gemeinderat umschreibt die gebührenpflichtigen Verrichtungen im Einzelnen in den Tarifen.*

⁷⁷ Das bernische Muster-Gebührenreglement für Gemeinden, das unter anderem durch das kantonale Amt für Gemeinden und Raumordnung erarbeitet wurde, empfiehlt den Gemeinden die praktisch integrale Regelung des Gebührenrechts durch die Stimmberechtigten; nur gerade die Festlegung der (gemäss dem Musterreglement selten anwendbaren) Stundenansätze für die nach Aufwand zu bemessenden Gebühren wird an den Gemeinderat delegiert.

Art. xz ¹ *Wo das übergeordnete Recht oder die folgenden Artikel nichts anderes bestimmen, bemessen sich die Verwaltungsgebühren nach dem für die Verrichtung erforderlichen Zeitaufwand.*

² *Der Gemeinderat setzt die Gebühr für Verrichtungen, deren Aufwand voraussehbar ist, in Form einer Pauschale fest.*

³ *In den übrigen Fällen setzt er je nach Art der Verrichtung und der dafür notwendigen Qualifikation verschiedene Stundenansätze fest. Er berücksichtigt neben den Personalkosten auch die Kosten für die beanspruchte Infrastruktur.*

4.4 Umfassende Regelung des „Wie“ durch formelles Gesetz?

Das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit gesetzlicher Normen wird strenger oder larger gehandhabt werden dürfen je nachdem, ob es sich um neuralgische Bereiche der klassischen Eingriffsverwaltung wie schwere Grundrechtseingriffe oder das Abgaberecht handelt, wo staatliches Handeln individuelle Rechtspositionen unmittelbar und schwerwiegend berührt, oder ob Bereiche der Leistungsverwaltung zur Diskussion stehen, in denen diese Betroffenheit nicht im gleichen Ausmass gegeben ist⁷⁸. Jedenfalls kann nach dem Ausgeführten nicht angenommen werden, das Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage gelte für sämtliche Gebiete des Verwaltungsrechts in gleicher Weise und beinhalte in diesem Sinn einen „Totalvorbehalt“⁷⁹.

Im Bereich der leistungsgewährenden Verwaltung interessiert sicher, welche Leistungen die Gemeinde bereitstellen soll. Ob neben dem „Was“ auch das „Wie“ ebenso zum politisch Wesentlichen gehört, darf zumindest für viele Fälle bezweifelt werden. Nach den erwähnten Kriterien GEORG MÜLLERS⁸⁰ dürfte beispielsweise die Frage, ob ein städtisches

⁷⁸ Die herkömmliche Unterscheidung von „Eingriffsverwaltung“ und „Leistungsverwaltung“ ist zwar wohl auch heute noch in vielen Fällen brauchbar, wird aber der Komplexität des staatlichen Handelns längst nicht mehr durchwegs gerecht, vgl. etwa BGE 103 Ia 380 f.

⁷⁹ Ulrich ZIMMERLI, *Gesetzmassigkeitsprinzip* (Fn. 33), S. 75.

⁸⁰ Oben Ziff. 3.2.2.

Strasseninspektorat die Abfalleimer durch eigenes Personal oder durch private Dritte im Auftragsverhältnis leeren lassen soll, kaum zum wirklich Wichtigen gehören. Bezogen auf die NPM-Diskussion lässt sich nicht erkennen, weshalb eine generell-abstrakte „Produktedefinition“, welche sich auf das „Was“ beschränkt, durch formelles Gesetz prinzipiell nicht möglich sein sollte. Die dagegen erhobenen Einwände sind bisher wenig überzeugend ausgefallen. Wenn etwa die Konzentration des formellen Gesetzes auf das „Was“ einer staatlichen Leistung als „problematische Abgrenzung zwischen Grundsatz- und Detailgesetzgebung“ bezeichnet und zur Begründung ausschliesslich auf Beispiele der klassischen *Eingriffsverwaltung* verwiesen wird⁸¹, bleibt unberücksichtigt, dass sich das Erfordernis der „angemessenen Bestimmtheit“ des Gesetzes nicht für alle Bereiche staatlichen Handelns und unabhängig von dessen Auswirkungen auf einzelne Betroffene und die Allgemeinheit „über einen Leisten schlagen“ lässt.

4.5 Kein Raum für gesetzliche Wirkungskontrolle?

Eine kritische Würdigung verdient ebenso die apodiktische Ansicht, im Rechtsstaat bestehe „für Outputsteuerung“ prinzipiell „kein Raum“, weil es einer „elementaren Erkenntnis“ entspreche, dass „sich im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat Regierung, Verwaltung und Justiz zu einem grossen Teil *unausweichlich nach dem Input* zu richten haben“⁸². Es ist nicht einzusehen, weshalb Gesetze nicht vermehrt als Leistungsaufträge im Sinn von Finalprogrammen und nicht als Verhaltensregeln nach dem „Wenn-Dann“-Schema (Konditionalrecht) formuliert und Aufgaben und Ressourcen prinzipiell nicht miteinander verknüpft werden könnten und

⁸¹ Dieter DELWING / Hans WINDLIN, *New Public Management* (Fn. 6), S. 183 ff. DELWING / WINDLIN führen S. 190 aus, es wäre „mit der Funktion der Legislative schlechterdings unvereinbar, wenn sich diese bei der Rechtsetzung z.B. im Bereiche der Steuern zurücknehme und die Vorgaben der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, des Steuertarifs sowie der Sozialverträglichkeit und alles übrige als ‘Detailregelung’ der Regierung und Verwaltung überlassen würde. Eben-sowenig dürfte sich das Parlament etwa im Baurecht auf die Festsetzung allgemeiner Planungsgrundsätze beschränken und den Erlass einschneidender Bauvorschriften der Exekutive überlassen wollen“.

⁸² Dieter DELWING / Hans WINDLIN, *New Public Management* (Fn. 6), S. 188 f.; Hervorhebung im Original.

sollten⁸³. Eine verstärkte Ausrichtung der Gesetzgebung auf die Wirkungskontrolle postuliert etwa LUZIUS MADER in seinen Überlegungen zu einer „responsiven Gesetzgebung“. Seine Forderung nach vermehrten sachlichen Differenzierungen und nach Raum für dynamische Entwicklungen „bedeutet allerdings – und das ist auch richtig so – nicht zwingend weniger Kontrolle des Verwaltungshandelns. Die Kontrolle dürfte sich aber nicht mehr in der Überprüfung der Normkonformität erschöpfen, sondern müsste insbesondere auch Wirkungsbezügen und Auswirkungen vermehrt Rechnung tragen“⁸⁴.

In diese Richtung zielt der aktuelle Entwurf einer neuen Gemeindeordnung für eine Berner Gemeinde. Er sieht folgende Grundsatzbestimmung vor:

Art. xy Gemeindebehörden und Verwaltung erfüllen ihre Aufgaben unter möglichst wirkungsvollem Einsatz der Mittel.

Sie verfolgen dieses Ziel, indem

- a) sich die politischen und die ausführenden Organe gegenseitig achten, die eigenen Zuständigkeiten wahrnehmen und die Zuständigkeiten der anderen respektieren;*
- b) selbständige und verantwortungsbewusste Verwaltungseinheiten die Leistungen erbringen;*
- c) die von der Gemeinde erbrachten Leistungen mit vertretbarem Aufwand so gut wie möglich gemessen und mit vergleichbaren Leistungen verglichen werden;*
- d) Art der Finanzierung, Folgekosten und Tragbarkeit der zu erbringenden Leistungen ausgewiesen werden;*
- e) die längerfristige Entwicklung der Gemeinde in allen wesentlichen Tätigkeitsgebieten mittels Zielsetzungen gesteuert wird.*

Die Gemeindeordnung konkretisiert diese Grundsätze in verschiedenen Punkten. Die Organisation der Gemeindeverwaltung wird entgegen bis-

⁸³ Vgl. dazu auch die Überlegungen von Urs BOLZ / Ulrich KLÖTI, Parlamentarisches Steuern (Fn. 7).

⁸⁴ Luzius MADER, Gesetzgebung (Fn. 68), 170 f.

herigen Gepflogenheiten grundsätzlich vollständig dem Gemeinderat überlassen. Das kommunale Parlament nimmt indessen seine Oberaufsicht durch eine sogenannte Aufsichtskommission wahr, über welche unter anderem bestimmt wird:

Art. xz Die Aufsichtskommission

- a) prüft die formelle und materielle Richtigkeit von Buchhaltung und Jahresrechnung gemäss kantonalen Vorschriften;
- b) kontrolliert, ob der Gemeinderat die gesteckten Ziele erreicht und die Verwaltungsorganisation gemäss Artikel [...] vollzieht;
- c) kontrolliert, ob Behörden und Verwaltung die gesetzlichen Vorschriften einhalten;
- d) behandelt Datenschutzfragen als Aufsichtsstelle über den Datenschutz;
- e) nimmt weitere Aufgaben wahr, die ihr durch den Grossen Gemeinderat übertragen werden.

4.6 Erlasse des Gemeinderats mit fakultativem Referendum als formell-gesetzliche Grundlage?

Wie erwähnt gilt ein kommunaler Erlass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als formelles Gesetz, wenn er durch die Legislative beschlossen wurde „oder aber dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum unterstand“⁸⁵, was wohl nur bedeuten kann, dass auch Erlasse der kommunalen Exekutive als formelle Gesetze anerkannt werden, sofern sie dem (fakultativen oder obligatorischen) Referendum unterstanden haben. Verschiedene Kantone sehen ein Referendum gegen Exekutiverlasse ausdrücklich vor⁸⁶. Andernorts, etwa im Kanton Bern, ist immerhin

⁸⁵ BGE 120 Ia 266 f.

⁸⁶ Vgl. etwa Art. 87 der Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 19. Mai 1968. Weitere Hinweise bei Daniel ARN, Zuständigkeitsordnung (Fn. 28), S. 41.

die Möglichkeit des Referendums gegen einfache Beschlüsse des Gemeinderats einigermassen verbreitet.

Der Gemeinderat ist sicher nicht „Legislative“ im herkömmlichen Sinn. Trotzdem sprechen einige, nicht im vornherein widerlegbare Argumente dafür, auch Erlasse der kommunalen Exekutive als formelle Gesetze anzuerkennen, wenn dagegen das Referendum möglich war. Jedenfalls für die durch das Volk gewählte Exekutive ist zunächst zu berücksichtigen, dass sie als solche eine *direkt-demokratische Legitimation* genießt⁸⁷. Um die *Repräsentanz* des Gemeinderats⁸⁸ muss es nicht notwendigerweise schlechter stehen als um diejenige eines kommunalen Parlaments. Zumindest statistisch betrachtet dürfte beispielsweise ein fünfköpfiger Gemeinderat einer kleinen Gemeinde mit wenigen Dutzend Einwohnern wesentlich repräsentativer sein als ein Stadtparlament mit 60 oder 80 Mitgliedern, das eine tausendmal grössere Zahl von Stimmberechtigten vertritt. Schliesslich erscheint die Lösung im Sinn einer *„Verwesentlichung der Demokratie“* sinnvoll und zweckmässig, weil damit einerseits politisch unbestrittene Regelungen ohne grossen Aufwand erlassen werden können und andererseits die Möglichkeit der Mitsprache der Stimmberechtigten, sollte dafür ein Bedürfnis bestehen, jederzeit gewahrt ist.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung steht der Anerkennung von Exekutiv-erlassen als formelle Gesetze nicht unbedingt entgegen. Wie erwähnt lässt sich dem geltenden Recht kein Verbot der Anwendung eigener Erlasse durch eine bestimmte Behörde entnehmen⁸⁹. Wird die Zuständigkeit der Exekutive zum Erlass von referendumpflichtigen Regelungen demokratisch beschlossen, ist dem durch das Bundesgericht geschützten „demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zustän-

⁸⁷ Vgl. auch Rudolf HERTACH, Legalitätsprinzip (Fn. 33), S. 10; Lukas WIDMER, Legalitätsprinzip (Fn. 21), S. 31 f.

⁸⁸ Zur Repräsentation in der Demokratie „als (vertrauensgegründete abstrakte) Verantwortlichkeit von Treuhändern“; Peter SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern/Stuttgart 1984, S. 49 ff. Kritisch zur „Mythologisierung des Repräsentationsgedankens“; Hansjörg SEILER, Gewaltenteilung (Fn. 41), S. 250 ff.

⁸⁹ Oben Ziff. 3.2.3. Vgl. auch etwa BVR 1996, S. 150.

digkeitsordnung“⁹⁰ Rechnung getragen. Haben die Stimmberechtigten „für den Notfall“ die Möglichkeit, die Regelung durch Ergreifen des Referendums zu ändern, kann auch nicht eine unzulässige Selbstbeschränkung oder „Blankodelegation“ angenommen werden. Ebenfalls nur beschränktes Gewicht dürfte dem Einwand zukommen, die Gesetzgebungstätigkeit erfolge grundsätzlich im öffentlichen Rahmen und die Tätigkeit der Exekutive sei, jedenfalls in der Regel⁹¹, geheim⁹². Vor allem in Gemeinden dürfte die Vorbereitung formeller Gesetze überwiegend durch Exekutive und Verwaltung und damit unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen. Ist sichergestellt, dass die Stimmberechtigten ausreichend über referendumpflichtige Erlasse informiert werden, und sind die Hürden für das Ergreifen eines Referendums nicht zu hoch, sondern so angesetzt, dass davon im Bedarfsfall mit vernünftigem Aufwand tatsächlich Gebrauch gemacht werden kann (Unterschriftenzahlen!), ist damit auch kaum ein sachlicher Grund ersichtlich, der zwingend gegen die Anerkennung referendumpflichtiger Exekutiverlasse als formelle Gesetze spräche.

5. Aktuelle Herausforderungen für die kommunale Gesetzgebung

Die rechtliche Ordnung der Gemeinden wird nicht nur auf kommunaler Ebene geschaffen. Die Möglichkeiten der kommunalen Selbstgesetzgebung ergibt sich im wesentlichen aus der Autonomie, welche die Kantone jeweils ihren Gemeinden zugestehen. Dies hat zur Folge, dass – je nachdem in mehr oder weniger starkem Umfang – auch die kantonalen Gesetzgeber angesprochen sind, wenn Gemeinde-Recht gesetzt werden soll.

⁹⁰ BGE 123 I 3.

⁹¹ In neuerer Zeit wird verschiedentlich der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung statuiert, vgl. etwa Art. 17 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993.

⁹² Vgl. dazu auch Georg MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung (Fn. 69), S. 106.

5.1 Finanzdruck als Motivation für neue Regelungen

Der Rhythmus der Tätigkeiten der öffentlichen Gemeinwesen wird zur Zeit ganz wesentlich von der Finanzlage diktiert. Auch wenn den Gemeinden im Vergleich zu Bund und Kantonen diesbezüglich das Wasser noch nicht ganz so hoch am Hals steht: Handlungsbedarf wird allenthalben und für Stadtgemeinden im besonderen geortet. Die Stadt Bern beispielsweise schliesst ihre Jahresrechnungen seit 1990 regelmässig mit Defiziten ab und hat ihren Bilanzfehlbetrag unterdessen auf 238 Millionen Franken⁹³ auflaufen lassen. Besserung bezüglich der defizitären Jahresabschlüsse ist vorderhand nicht in Sicht, obwohl das kantonale Recht der Gemeinde Bern bis 1999 nicht nur einen ausgeglichenen Haushalt, sondern auch die Abschreibung des kumulierten Bilanzfehlbetrages vorschreibt. Desolat präsentieren sich auch die Finanzlagen in den Städten Genf und Zürich. Die scheinbar unaufhaltbare Verschuldung gewisser Gemeinden ist indessen keineswegs ein rein städtisches Problem: Die ländliche Gemeinde Kaufdorf im bernischen Gürbetal, Domizil für 670 Einwohnerinnen und Einwohner, segelt neuerdings in finanziell derart seichten Gewässern, dass sie ihren Haushalt derzeit unter ständiger Begleitung der kantonalen Aufsichtsstelle führen muss⁹⁴. Ähnliches zeichnet sich in anderen Gemeinden ab.

Gründe für die Entwicklungen der öffentlichen Finanzhaushalte gibt es verschiedene. Die allgemeine Wirtschaftslage mag da ebenso mitspielen wie im Einzelfall Standort-Vor- und -Nachteile, unausgeglichene Zentrums- oder Peripherielasten oder zurückliegende Fehlplanungen und -entscheide. Korrekturen sind hier unumgänglich und dringend⁹⁵. Die

⁹³ Stand Ende 1996.

⁹⁴ Neue (d.h. nicht gebundene) Ausgaben bspw. darf die Gemeinde Kaufdorf nur noch in Absprache mit der kantonalen Aufsichtsstelle tätigen.

⁹⁵ Der Kanton Bern hat im Rahmen des Projektes *Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden* u.a. die Finanzströme zwischen den Gemeinden und dem Kanton untersucht und festgestellt, dass die Umverteilung von Geldern in vielen Fällen relativ wirkungslos ist. Vom Versuch, die Bestellung, die Verantwortung und Mitsprache sowie die Finanzierung der öffentlichen Aufgaben in Übereinstimmung zu bringen, verspricht man sich eine Reduktion der (oft wirkungslosen) Finanzströme um mehrere hundert Millionen Franken pro Jahr. Ziel ist es, die kantonalen Aufgaben tatsächlich durch den Kanton und die kommunalen Aufgaben durch die Gemeinden finanzieren zu lassen. Die Um-

Gesetzgeber vor allem auf kantonaler, aber auch kommunaler Ebene sind diesbezüglich verschiedentlich gefordert.

Der sich verschärfende Finanzdruck auf die öffentlichen Gemeinwesen hat einen weiteren Grund, der sich keineswegs bloss, aber hier besonders augenfällig, auf Gemeindeebene manifestiert: Das Leistungssortiment der Gemeinde wird erweitert oder zumindest nicht gestrafft, während die Mittel für dieses Angebot oft nicht (mehr) zur Verfügung gestellt werden. Volk und Parlamente bestellen, ohne dafür bezahlen zu wollen. Die Gemeindeversammlung bewilligt im Frühsommer den Bau einer neuen Mehrzweckhalle, zur dafür notwendigen Steuererhöhung sagt sie im Spätherbst nein. Der Käufer diktiert gewissermassen den Preis der Ware. Genau besehen wird dabei allerdings nicht über den Preis, sondern bloss über einen Zahlungsaufschub gefeilscht, ganz nach dem Motto *Jetzt haben, später zahlen*⁹⁶. Wann *später* sein wird, ist den Finanzverwaltern verschiedener Gemeinden (und Kantone) indessen längst nicht mehr klar. Vor allem in Zeiten niedriger Inflation – an sich eine positive Erscheinung – wird die Schuldentilgung aussichtslos, die Zinslast drückt unentwegt. Die Schere zwischen Einnahmen und Ausgaben öffnet sich auf diese Weise vielerorts weiter, ohne dass wirksame Instrumente dem Einhalt gebieten könnten.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gemeinde-Finanzhaushalte finden sich praktisch in allen Kantonen sowohl auf kantonaler als auch auf kommunaler Ebene. Auf kantonaler Ebene werden den Gemeinden üblicherweise insbesondere die Art der Haushaltsführung sowie die Leitlinien und Schranken für die Haushaltsgestaltung vorgegeben, während die kommunale Ebene im wesentlichen bestimmt, welche Mittel

setzung dieser Vorgabe verlangt eine deutliche Anhebung des kantonalen Steuersatzes und eine ebenso deutliche Senkung der kommunalen Steueranlagen (d.h. die Gesamt-Steuerbelastung soll grundsätzlich identisch bleiben). Ziel des Projektes ist es auch, die Steuerbelastungsdisparitäten zwischen „armen“ und „reichen“ Gemeinden zu verringern.

⁹⁶ So der Titel eines analytischen Essays von Wolfgang SCHMIDBAUER (Hamburg 1995). SCHMIDBAUER untersucht die seelischen, z.T. regressiven Folgen der Konsumgesellschaft und deren Disziplinierungszusammenbrüche und stellt fest: „Das wirtschaftliche Handeln verliert in der Konsumgesellschaft seine vorwiegend progressive Orientierung; nicht Bedürfnisaufschub, sondern Bedürfnisbefriedigung wird als gesellschaftlicher Wert vermittelt. Sparsamkeit und schuldenfreies Wirtschaften heissen jetzt Sekundärtugenden“ (73).

wofür ausgegeben bzw. in welcher Höhe eingenommen werden. Im Hinblick auf anstehende Haushaltssanierungen – und damit oft zusammenhängenden Verwaltungsreformen – sind demnach kantonale und kommunale Gesetzgebungsmöglichkeiten und Alternativmodelle zu prüfen.

5.1.1 Ziel: Haushaltsgleichgewicht

Eines der drängendsten Probleme der Gegenwart ist, wie dargelegt, für viele Gemeinden die Lage ihrer Finanzhaushalte. Die Lage wird nicht zuletzt deshalb als ausserordentlich und bedrohlich empfunden, weil sich (im Vergleich zu früheren Krisen) angesichts der gegenwärtigen Umstände nicht in absehbarer Zeit eine Besserung abzeichnet und der Handlungsspielraum durch die Haushaltsungleichgewichte für möglicherweise längere Dauer eingengt bleiben könnte. Diese Entwicklung hat zunehmend das Bedürfnis geweckt, auf generell-abstrakter Ebene – und somit ausserhalb der Tagespolitik, welche dem Ziel eines ausgeglichenen Finanzhaushaltes offenbar eher nicht zuträglich ist – nach Lösungen zu suchen⁹⁷. Das Ziel ist, zwischen Leistungsbestellung und Leistungsfinanzierung in den Gemeinden einen Konnex entstehen zu lassen.

Ansatzpunkt für Neuregelungen ist diesbezüglich das kantonale Recht, weil sich die Vorgaben für die Gleichgewichte der kommunalen Finanzhaushalte in der Regel auf dieser Ebene finden⁹⁸. Grundsätzlich wäre

⁹⁷ Nicht viel weiter hilft angesichts der für viele Gemeinwesen scheinbar fast ausweglosen Finanz-Situation das Argument, die öffentlichen Gemeinwesen hätten gestützt auf Art. 31^{quinquies} Abs. 3 Bundesverfassung die konjunkturelle Situation mitzuberücksichtigen und müssten sich entsprechend antizyklisch verhalten. Das Argument ist oft schon im Ansatz verfehlt, dann nämlich, wenn nicht (oder nicht nur) konjunkturelle Umstände, sondern vor allem strukturelle Mängel für eine negative Finanzlage verantwortlich sind. Zudem zwingt die BV mit ihrem Auftrag an die öffentlichen Haushalte aller Ebenen, bei der Aufstellung ihrer Voranschläge die Erfordernisse der Konjunkturlage zu berücksichtigen, kein Gemeinwesen zu ruinösem Wirtschaften (vgl. RENÉ RHINOW, Kommentar BV, Rz 47 f. zu Art. 31^{quinquies} BV).

⁹⁸ Die Ausgestaltung ist allerdings von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich. Gewisse Kantone machen ihren Gemeinden keine konkreten Vorschriften, wie und wann sie ihre Haushalte ins Gleichgewicht zu bringen haben. Andere wiederum sehen mehr oder weniger strikte Lösungen vor: St. Gallen verlangt eine unverzügliche Abschrei-

durchaus denkbar, dass sich die Gemeinden eigene Regeln für ihre Haushaltsführung und Defizitkorrekturen geben würden. Sowohl aus politischen als auch aus praktischen Gründen hat sich indessen der kantonale Vorrang in diesem Bereich weitgehend durchgesetzt⁹⁹.

Zu einer Kongruenz von Aufgabenbestellung und Aufgabenfinanzierung führen verschiedene Wege. Naheliegend und deshalb vorab zu diskutieren ist die bedingte Bewilligung von Projekten unter Vorbehalt der Finanzierungsgewährleistung. Ein Projekt dürfte unter einem solchen Regime nur ausgeführt oder eine Aufgabe nur erfüllt werden, wenn das zuständige Organ der Finanzierung (allenfalls in Form einer zweckgebundenen Steuererhöhung) zustimmt. Der weitaus grösste Teil der Ausgaben wird heute bewilligt, ohne dass sich das Gemeinwesen gleichzeitig Rechenschaft über die Einnahmeseite gibt¹⁰⁰. Soweit Aufgaben verursa-

bung eines Bilanzfehlbetrages (Art. 176 f. Gemeindegesetz), Genf gewährt den Gemeinden höchstens vier Jahre, Zürich fünf Jahre (§ 138 Gemeindegesetz) und Bern acht Jahre (Art. 57 Verordnung über den Finanzhaushalt der Gemeinden [VFHG]) für den Ausgleich des Haushaltsgleichgewichtes bzw. für die Abschreibung eines aufgelaufenen Bilanzfehlbetrages. In Genf wird allerdings zur Zeit darüber diskutiert, die Frist von vier auf sechs oder acht Jahre auszudehnen. Anlass zur möglichen Gesetzesänderung gab die desolante Finanzlage der Stadt Genf („En restant dans les chiffres rouges, la Ville de Genève est hors la loi. Faut-il changer la loi?“, LE NOUVEAU QUOTIDIEN, 16.7.1997, 6). Ob allerdings die Anpassung des Gesetzes an die faktische Finanzlage der Gemeinde ein probates Mittel für Verbesserungen darstellt, ist zumindest fraglich.

⁹⁹ Die bernische Kantonsverfassung sieht ausdrücklich vor, dass der Kanton die *Finanzordnung* der Gemeinden ordnet. Dies im Gegensatz zur *Organisation der Gemeinden*, die auf kantonaler Ebene nur *in Grundzügen* zu bestimmen ist (Art. 111 Abs. 1 KV). Für eine gewisse Vereinheitlichung der Haushaltsführungsregeln spricht aus praktischer Sicht, dass es einerseits die Möglichkeiten der Gemeinden zum Teil übersteigen würde, diesbezüglich eigene Regeln zu schaffen, und andererseits die Notwendigkeit, vergleichbare und verlässliche Haushaltsdaten aus den Gemeinden gewinnen zu können (z.B. für Finanzausgleichs-Systeme u.a.). In der Praxis hat sich sogar (auf kantonaler und kommunaler Ebene) eine landesweite Annäherung ergeben. Im weiteren lässt sich eine Beschränkung der Gemeindeautonomie im Bereich der Haushaltsführung damit rechtfertigen, dass die Kantone – wenn nicht rechtlich, dann zumindest politisch – für allfällige Misswirtschaften ihrer Gemeinden in die Pflicht genommen werden könnten.

¹⁰⁰ Das bernische Gemeinderecht verlangt zwar von den Gemeinden, das beschlussfassende Organ über die finanziellen Folgen eines Reglementes (d.h. eines Gesetzes auf Gemeindeebene) zu *unterrichten* (Art. 9 Gemeindeverordnung [GV]). Und bei Kreditbeschlüssen ist „das beschlussfassende Organ (...) über die Art der Finanzierung,

cher- oder benutzerorientiert über Gebühren finanziert werden, ist eine solche Koppelung der Ausgabe- und Einnahmeseite unproblematisch. Problematisch ist hingegen die zweckgebundene Finanzierung, wenn dafür allgemeine, voraussetzungslos geschuldete Steuermittel eingesetzt werden¹⁰¹. Zudem stellen sich auch Fragen der Praktikabilität, sobald eine Mehrzahl von Aufgaben auf diese Weise finanziert werden, da diesfalls für jede einzelne Aufgabe eine Art Sonderrechnung geführt werden müsste.

Als weiteres Modell bietet sich an, die einzelnen Ausgaben nach voraussichtlichen und bewilligten gesamten Einnahmen zu richten. Das Gemeinwesen würde diesfalls gewissermassen mit einem Kostendach operieren. Aufgaben dürften erfüllt werden, solange der Plafond nicht erreicht ist. Dieses Modell muss aus verschiedenen Gründen scheitern. Vor allem lässt sich kaum befriedigend lösen, wie bei einer Überschreitung der zur Verfügung stehenden Mittel verfahren werden soll. Wird die zeitliche Priorität als Kriterium herbeigezogen, wird dies zur Folge haben, dass Kredite im Windhund-Verfahren vergeben werden: Was zuerst bewilligt ist, wird verwirklicht. Soll hingegen nach sachlichen Kriterien vorgegangen werden, stellt sich die Frage, wer Entscheidungsinstanz sei. Ist es die Exekutive einer Gemeinde, die Finanzkommission oder gar die kantonale Aufsichtsstelle, die dann festlegt, welche vom Volk oder vom Parlament bewilligten und gewollten Aufgaben nun zu erfüllen bzw. nicht zu erfüllen sind? Unter demokratischen Gesichtspunkten ist ein solcher Eingriff jedenfalls zumindest problematisch und politisch nur schwer durchsetzbar. Zudem hat sich die Gemeinde in diesem Zeitpunkt unter Umständen bereits gegenüber Dritten verpflichtet, so dass sie auf ihre Ausgabenbeschlüsse gar nicht mehr zurückkommen kann.

Der Ansatz lässt sich schliesslich umdrehen: Der Gesetzgeber hätte dann nach einem Modell zu suchen, in welchem sich die Einnahmen nach den

die Folgekosten und deren Tragbarkeit zu orientieren“. Ein eigentlicher Finanzierungsvorbehalt besteht hingegen nicht.

¹⁰¹ Den bernischen Gemeinden bspw. ist es untersagt, ordentliche Gemeindesteuern zweckgebunden zu erheben und einzusetzen (Art. 7 der Verordnung über den Finanzhaushalt der Gemeinden [VFHG]). Ein – allerdings umstrittenes – Gegenbeispiel: Der Kanton Bern finanziert 80 Prozent der Bau- und Einrichtungskosten der von ihm errichteten Spitäler über den sog. *Spitalzehntel*, d.h. über einen zweckgebundenen Steuerzuschlag (Art. 44 Abs. 1 lit. 1 Spitalgesetz i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Steuergesetz).

Ausgaben zu richten haben. Zu diskutieren wäre in einem solchen System nur über die Ausgaben bzw. über die Aufgaben, die das Gemeinwesen erfüllt haben möchte. Richten sich dann die Einnahmen nach den Ausgaben, so wird die Festlegung der Ertragskomponenten zu einem rein rechnerischen Akt. Es gilt hier das Prinzip: Wer bestellt, bezahlt. Die Bestellung öffentlicher Leistungen hat das zuständige Organ des Gemeinwesens nach demokratischen Regeln vorzunehmen. Den Preis diktieren hingegen die effektiven Kosten. Solche Modelle sind nicht neu: St. Gallen kennt ein solches System auf Kantons- und Gemeindeebene¹⁰² seit geraumer Zeit, der Kanton Bern prüft ein ähnliches Modell für seine Gemeinden¹⁰³.

Das St. Galler und das Berner Modell haben ein wesentliches Element gemeinsam: Die Einnahmen richten sich nach den Ausgaben. Beide Modelle (wie übrigens im Prinzip alle Finanzhaushalts-Regelungen) gehen davon aus, dass der Haushalt einer Gemeinde grundsätzlich ausgeglichen zu sein hat¹⁰⁴. Diese Vorgabe lässt sich in der Praxis nicht immer einhalten. Die beiden Modelle sehen nun vor, dass ein allfälliger Fehlbetrag entweder sofort (St. Gallen) oder mittelfristig (Bern) als Aufwand ins Budget einzustellen und abzuschreiben ist. Dieses Ziel kann dann nicht erreicht werden, wenn einnahmeseitig notwendige Anpassungen ohne gleichzeitige ausgabenseitige Korrekturen verweigert werden. Der Berner Entwurf¹⁰⁵ geht hier einen Schritt weiter: Gelingt es einer Gemeinde

¹⁰² Vgl. Fn. 98.

¹⁰³ Der Entwurf für ein totalrevidiertes Gemeindegesetz stand Mitte November 1997 (Abschluss des Manuskripts) kurz vor der Beratung im Kantonsparlament. Der Berner Entwurf entspricht einem modifizierten St. Galler Modell. Im Unterschied zum St. Galler Modell wird den Gemeinden eine Frist von acht Jahren (statt einem Jahr) gewährt, innerhalb deren sie einen kumulierten Bilanzfehlbetrag abschreiben können. Diese Abschreibung wird dadurch gewährleistet, dass nach einer gewissen Zeit die Steueranlage ohne weiteres dem Voranschlags- und Abschreibungsbedarf anzupassen ist.

¹⁰⁴ Bei der Diskussion, innert welcher Frist ein aus dem Lot geratener Haushalt wieder ins Gleichgewicht zu bringen sei, ist deshalb zu berücksichtigen, dass sich Gemeinden an sich immer im Ausnahmezustand befinden, sobald sie ihre Aufwandüberschüsse nicht unverzüglich decken können.

¹⁰⁵ Dazu einlässlich Beat H. KOENIG, NPM: Von der Abgaben- zur Aufgabensteuerung, in: *Finanz-Management: Was bringt uns NPM?*, Schriftenreihe Finanzen der öffentlichen Hand, Bern 1996, S. 44 ff., insb. S. 54 ff.

nicht, einen Bilanzfehlbetrag innert dreier Jahre abzuschreiben, geht die Kompetenz zur Festlegung der Steueranlage an die Exekutive über, die ihrerseits verpflichtet ist, die Steuern nun nach rein rechnerischen Kriterien festzulegen, bis der Fehlbetrag abgetragen ist. Nicht verändert wird die ursprüngliche Zuständigkeitsordnung, soweit es um Ausgabenbeschlüsse geht.

Dieser beschriebene Automatismus hätte zur Folge, dass die zuständigen Organe weiterhin alle Ausgaben tätigen können – allerdings im Bewusstsein, dass die entsprechenden Verpflichtungen unmittelbar auch Auswirkungen auf die Einnahmen haben. Volk und Parlament können nach wie vor Leistungen bestellen und Aufgaben durch die Gemeinde erfüllen lassen. Den Preis dafür kennen sie zwar, sie sollen ihn aber nicht mehr (vermeintlich) mitbestimmen.

Dem Modell ist vorgeworfen worden, es beschneide Volksrechte¹⁰⁶. Ein solcher Vorwurf geht davon aus, dass es zu den Grundrechten (welchen?) gehören soll, für eine Leistung nicht oder zu wenig bezahlen zu dürfen. Es steht ausser Frage, dass jedes Gemeinwesen (wie auch Private) Sparmassnahmen und kostengünstigste Lösungen für die Erfüllung ihrer Aufgaben prüfen können und müssen. Ist aber einmal eine Aufgabe definiert und sind die entsprechenden Kosten ausgehandelt, hat auch das Gemeinwesen seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es ist jedenfalls nicht einsehbar, inwiefern ein Recht der Stimmberechtigten auf öffentliche Misswirtschaft begründet werden könnte¹⁰⁷. Ein Finanzhaushaltssystem, das die Auswirkungen von ausgabenrelevanten Entscheiden sofort bemerkbar macht, führt zwingend zu einer wirkungsorientierten Diskussion bevorstehender Projekte – jedenfalls in Zeiten knapper Ressourcen.

¹⁰⁶ „Ein bisher stets hochgehaltenes Grundrecht, das für die Steuerzahler der 400 Gemeinden des Kantons Bern schon bald keine Gültigkeit mehr haben könnte.“, *Berner Zeitung BZ*, 16. Juli 1997, S. 1.

¹⁰⁷ Volkswirtschaftlich, so wollen gewisse Studien wissen, soll zwar die Staatsverschuldung an sich keine negativen Auswirkungen haben. Zumindest auf die einzelnen Gemeinwesen wirkt eine (übermässige) Verschuldung hingegen zweifellos nachteilig: Zinslasten, fehlende Innovations- und Handlungsspielräume, Spätfolgen etc.

Gegen eine automatische Festlegung von Steuersätzen könnte eingewendet werden, sie beschneide das Recht der Steuerzahler, über die sie treffenden Abgaben zu entscheiden. Dem ist entgegenzuhalten, dass gerade dadurch, dass die Ausgabenentscheide im Wissen um ihre Steuerrelevanz gefällt werden, die zuständigen Organe sehr direkt die Bemessungsgrundlage für die Erhebung von Steuern gestalten. Es ist nun nicht mehr die einfache Zahl des Steuersatzes, über welche beschlossen wird. Vielmehr ist transparent vorgegeben, wie die Steueranlage berechnet wird: nach dem Gesamtaufwand, welcher durch die kumulierten Ausgabenentscheide der (gemäß der demokratisch beschlossenen Zuständigkeitsordnung) kompetenten Organe definiert wird. Eine solche Abgabensatzfestsetzung leidet weder an einem Demokratie- noch an einem Rechtsstaatslichkeitsdefizit.

Neben den angesprochenen Modellen werden verschiedene weitere Instrumente diskutiert und teilweise auch eingesetzt, welche auf eine Stabilisierung der öffentlichen Haushalte hin wirken sollen (z.B. Schulden- oder Ausgabenbremsen). Oft wirken diese jedoch eher bloss dämpfend und führen – je nach Ausgestaltung – nicht zwingend zu einem Haushaltsgleichgewicht.

5.1.2 Ziel: Kostengünstig, wirksam

Das unwirtliche finanzielle Umfeld fordert die Gemeinwesen auch anderweitig heraus, nach Wegen zu einem ausgeglichenen Haushalt zu suchen. Es stellt sich mit einer noch kaum dagewesenen Hartnäckigkeit die Frage nach Sparmöglichkeiten, nach verzichtbaren Leistungen, nach kostengünstigeren Alternativen. Dies allerdings nicht isoliert, sondern - als Folge eines gewandelten Anspruchsdenkens und Selbstverständnisses der Bürgerinnen und Bürger gegenüber dem Staat - gleichzeitig unter Hinterfragung der Qualität der öffentlichen Leistungserbringung. Die landesweit auf allen staatlichen Ebenen angelaufenen Reformprojekte, von denen sich viele mehr oder weniger stark am Gedankengut des New Public Management (NPM) bzw. der wirkungsorientierten Verwaltungsführung anlehnen, wollen sich vor diesem Hintergrund denn auch von früheren Optimierungs- und Effizienzsteigerungsübungen abheben, indem sie das ihnen innewohnende Kulturveränderungspotential betonen.

Nicht die Kosteneinsparung soll allein im Fokus stehen. Vielmehr will NPM in einer Gesamtschau danach fragen, welche Leistungen der Staat denn überhaupt produzieren soll, in welcher Qualität diese Leistungen zu erbringen sind und welchen Preis das Gemeinwesen schliesslich dafür zu bezahlen bereit ist¹⁰⁸. Vorliegend interessiert vor allem, welche Auswirkungen die gegenwärtigen Reformen auf die kommunalen Gemeindegesetzgeber haben könnten.

Verwaltungsreformen bedingen oft Änderungen des Organisationsrechts¹⁰⁹. Direkter mit dem öffentlichen Haushalt im Zusammenhang steht die Frage, inwieweit NPM-Reformen Anpassungen der Grundlagen für die öffentlichen Aufgaben und Dienstleistungen sowie für die Haushaltsführung im engeren Sinn (Rechnungs- und Voranschlagswesen) verlangt.

Es muss ein zentrales Anliegen jeden Gemeinwesens – nicht nur des wirkungsorientiert geführten – sein, das Angebot an Leistungen aller Art durch die Mitglieder des Gemeinwesens legitimieren zu lassen. Auch eine Gemeinde hat grundsätzlich nur anzubieten, was ihr entweder durch übergeordnetes Recht anzubieten aufgetragen ist oder was die Einwohnerinnen und Einwohner dieser Gemeinde wollen, d.h. bestellen. Die Definition der öffentlichen Aufgaben ist ein politischer Prozess. Das Recht hat die Spielregeln festzulegen, nach welchen der Aufgabenbereich des Gemeinwesens umschrieben wird. In einem demokratisch abgestützten Verfahren schafft die Gemeinde (durch Gesetz bzw. Beschluss) die Grundlage für eine bestimmte Aufgabe.

In den Modellen für eine neue Verwaltungsführung werden die grundlegenden Aufgabenumschreibungen bzw. Leistungsbestellungen in der Regel in der Form von (je nach Terminologie) Produktgruppen- oder Produktebudgets, Leistungs- oder politischen Aufträgen oder ähnlichem vorgenommen. Auch wenn im Zusammenhang mit diesen Formen etwa von Vereinbarungen gesprochen wird, liegt es rechtlich in der Hand des zuständigen (Legislativ-)Organs, die Aufgabe in seinem Sinn zu umschreiben. Produktgruppenbudgets eignen sich, solange sie im Rahmen

¹⁰⁸ Zu den Grundideen des NPM vgl. die Literatur unter Fn. 1.

¹⁰⁹ Vgl. dazu unten Ziff. 5.2.

der vorgegebenen Zuständigkeitsordnung verabschiedet werden, demnach ohne weiteres, an die Stelle bisheriger, traditioneller Aufgaben Grundlagen zu treten. Dabei ist in der Regel nicht entscheidend, ob die Aufgabendefinition durch Erlass oder Beschluss erfolgt - jedenfalls solange nicht, als nicht in die Rechtsstellung Dritter eingegriffen wird.

Die Aufgabenumschreibung in Form von Produktgruppenbudget oder ähnlichem führt, da sie sich verstärkt an den Ergebnissen und der Wirkung orientiert, gleichzeitig aber die einzusetzenden Mittel festlegt, tendenziell zu einem rechtsstaatlichen Gewinn. Allerdings ist die Erarbeitung solcher Aufgabendefinitionen eher anspruchsvoller als die bisher bekannten Formen; zudem erfordert sie ein Umdenken aller am demokratischen Prozess Beteiligten gegenüber einer reiner Ressourcensteuerung. Eine ergebnisorientierte Aufgabendefinition stellt, gerade für die Gemeinden, auch deshalb eine Herausforderung dar, weil oft (oder jedenfalls bis jetzt) kaum allgemein anwendbare Kriterien zur Verfügung stehen. Es ist in erster Linie an der betroffenen Gemeinde, die Ziele zu bestimmen, welche sie bzw. ihre Verwaltung erreichen will. Die Erfahrung, dass dieser Prozess fachlich wie auch politisch aufwendig sein kann, haben beispielsweise jene sieben Berner Gemeinden gemacht, welche seit einigen Jahren in einem Pilotprojekt mit neuen Verwaltungsführungs-Modellen experimentieren.

Die Erprobung und Einführung neuer Verwaltungsmodelle stösst nach den bisherigen Erfahrungen rechtlich auf relativ wenige Hindernisse. Grundlegend zu diskutieren ist die Frage des Legalitätsprinzips; daneben stehen gewisse punktuelle Bereiche (z.B. Beamten- bzw. Personalrecht¹¹⁰) zur Überprüfung an. Am grössten scheint indessen der Bedarf an neuen rechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich der Führung der Finanzhaushalte zu sein. Die Gestaltung und Führung des Finanzhaushaltes steht in einem engen Zusammenhang mit der Definition von Aufgaben bzw. der Bestellung von Leistungen, aber auch mit der Führung der Verwaltung an sich.

Die Grenzen der heute verbreiteten Haushaltsführungs-Grundsätze sind im wesentlichen erkannt und beschrieben: Vor allem die Jährlichkeit des

¹¹⁰ Dazu Paul RICHLI, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996.

Budgets, die klassischen Budgetgrundsätze wie Einheit, Vollständigkeit, Bruttoberechnung, die sachliche und zeitliche Bindung der Kredite sowie die Unübertragbarkeit von Mitteln stehen flexibleren Lösungen, Globalbudgets und Anreizsystemen im Weg¹¹¹. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist hier gegeben - vor allem auch auf kantonaler Ebene, da in der Regel hier die Führungsgrundsätze für die Gemeindehaushalte vorgegeben werden. Der Budgetierungsprozess ist an sich bereits anspruchsvoll und mit vielen Unwägbarkeiten verbunden. Hinzu kommt, dass der Vorschlag angesichts des hohen Anteils an Ausgaben, welche nicht unmittelbar auf die Planungsperiode (d.h. das Folgejahr) hin beeinflussbar sind, für Steuerung des Haushaltes zunehmend an Bedeutung verliert. Wie die Haushaltsführung angesichts dieser Unsicherheiten und Schwierigkeiten unter neuen Verwaltungsmodellen zu reglementieren sei, ist noch wenig ausgelotet und erst ansatzweise auf allgemeine Kriterien verdichtet worden. Vorderhand behelfen sich verschiedene Kantone mit Ausnahmebestimmungen, um den Gemeinden zwecks Erfahrungssammlung (in der Regel befristet) Abweichungen von den Finanzhaushalts-Vorschriften zu bewilligen¹¹². Ausnahmen werden zwar zugelassen, doch haben die Gemeinden den gewonnenen Freiraum selber zu füllen. Hier stellt sich bis auf weiteres den kommunalen Gesetzgebern eine neue Herausforderung¹¹³.

¹¹¹ Vgl. z.B. Peter SAILE, Die neuen Steuerungsmodelle im Spannungsfeld zu den bestehenden gesetzlichen Grundlagen, in: Dorothee Berchtold / Albert Hofmeister (Hgg.), *Verwaltungsrecht und Management*, Bern 1995, S. 27 ff.; Rainer J. SCHWEIZER, Staatsrechtliche Voraussetzungen und Schranken einer dezentralen Ergebnissteuerung in der öffentlichen Verwaltung, in: Berchtold / Hofmeister (op. cit.), S. 147 ff. und 151 ff. SCHWEIZER hält die allgemeinen Budgetgrundsätze für „allgemeine Rechtsgrundsätze, wenn nicht sogar ungeschriebene Verfassungsgrundsätze“. Ob den Budgetgrundsätzen angesichts der Funktion der Haushaltsführung als reines Hilfsmittel zur Erreichung von Zielen des Gemeinwesens tatsächlich eine solche Stellung zukommt, ist fraglich.

¹¹² Z.B. Bern: Art. 4a Verordnung über den Finanzhaushalt der Gemeinden; Zürich: Verordnung über das Globalbudget der Gemeinden.

¹¹³ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Entwurf für ein neues Gemeindegesetz des Kantons Bern, der vorsieht, dass die Gemeinden selber bestimmen können, ob und inwieweit die Gemeindeunternehmen (Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit) dem Finanzhaushaltsrecht der Gemeinden unterstehen (Art. 66 Abs. 3). Allerdings ist auch eine nach anderen Grundsätzen geführte Sonderrechnung in der Gesamtrechnung der Gemeinde zu konsolidieren; die Anstalt bleibt Teil der Gemeinde.

5.2 Verwaltungsreformen und Organisationsformen

Stark in Anspruch genommen werden viele Gemeinden – vor allem, aber nicht nur solche mit NPM-Projekten – zur Zeit durch Versuche, neue Verwaltungs- bzw. Organisationsformen umzusetzen. Entsprechend zu hinterfragen ist jeweils das Organisationsrecht der Gemeinde¹¹⁴. Das angepeilte Ziel eines schlanken Gemeinwesens korreliert dabei oft mit dem Ruf nach einer schlanken Gesetzgebung. Klare Vorstellungen, wie "schlanke" oder "wirkungsorientierte" Gesetze auszusehen hätten, fehlen allerdings vorderhand weitgehend. Zwar wird der Ersatz konditionaler durch finale Rechtsetzungen postuliert, doch ist ein eigentlicher neuer Gesetzgebungsstil bislang auf Gemeindeebene kaum auszumachen. Dies gilt zumindest für den Bereich des Organisationsrechts, während sich im Bereich der aufgabenbezogenen Normierung gewisse Entwicklungen abzuzeichnen beginnen¹¹⁵.

Die Erfahrung zeigt hingegen, dass die Forderung nach stufengerechterer Normierung im Organisationsbereich unüberhörbar geworden ist. Für die bernischen Gemeinden beispielsweise ist das sogenannte Organisationsreglement der wichtigste Erlass. Das Organisationsreglement stellt die Grundordnung der Gemeinde dar; es ist deshalb auch schon als Gemeindeverfassung bezeichnet worden¹¹⁶. Verschiedene Gemeinden sind in der

¹¹⁴ Zum Organisationsrecht im engeren Sinn zählt Georg MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips (Fn. 41), S. 19 f., jene Normen, welche Organisation, Zuständigkeiten, Aufgaben der Behörden oder Verfahren regeln.

¹¹⁵ Produktgruppenbudget/Leistungsvereinbarung als Ersatz für konventionelle Aufgaben- oder Leistungs-Rechtsgrundlagen; vgl. oben Ziff. 5.1.2. Werden solche Budget/Leistungsvereinbarungen im Wege der formellen Gesetzgebung beschlossen, können sie durchaus auch Grundlage für die Regelung der Beziehungen zwischen Leistungserbringer/Aufgabenerfüller und Benutzerin/Benutzer darstellen. Vgl. auch oben Ziff. 4.4.

¹¹⁶ Rein rechtlich bzw. normhierarchisch kommt den Organisationsreglementen (OgR) der bernischen Gemeinden höchstens ansatzweise Verfassungsrang zu (vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend die Totalrevision des Gemeindegesetzes vom 2. Juli 1997, 31). Zweifellos ist das OgR aber der zentrale Organisationserlass der Gemeinde; es unterliegt denn auch der obligatorischen Volksabstimmung. Auch inhaltlich entspricht das OgR einer Gemeinde kaum einer Verfassung, da es im wesentlichen Organisationsrecht (im weiteren Sinn) enthält. Immerhin diskutiert derzeit etwa die Stadt Bern, in ihrem OgR (hier: Gemeindeordnung) gewisse

jüngsten Vergangenheit dazu übergegangen oder beabsichtigen, in ihren Organisationserlassen auf Legislativebene entgegen dem traditionellen Verständnis nur noch die Grundzüge (insbesondere Organstruktur, Zuständigkeiten, Grundzüge der Verfahren etc.) zu ordnen, während die Einzelheiten dem Gemeinderat (Exekutive) zur Regelung überlassen werden. Dass dieser Trend auf Gemeindeebene im grösseren Stil erst in der heutigen Zeit einsetzt, hat damit zu tun, dass zumindest im bernischen Gemeinderecht bislang die Unterscheidung zwischen Legislativ- und Exekutiverlassen bzw. zwischen formellen und materiellen gesetzlichen Grundlagen nicht sehr klar war¹¹⁷. In der Praxis bestand in der Vergangenheit aber – vor allem in mittleren und kleineren Gemeinden – auch kein nennenswerter Bedarf an Kompetenzdelegationen: Rechtsetzung war im wesentlichen Sache der Stimmberechtigten.

Mit der Diskussion neuer Verwaltungsführungs-Modelle auf Gemeindeebene setzt nun allerdings auch hier das Bewusstsein ein, dass die Legislative grundsätzlich Ziele zu formulieren hat, während die Erreichung dieser Vorgaben Aufgabe der Exekutive ist. Entsprechend werden nun zunehmend die Exekutiven ermächtigt, wesentliche Bereiche der Gemeindeorganisation selber zu regeln. Analysiert man indessen diese neuen Gesetzgebungen, so stellt man fest, dass zwar die Regelungsdichte auf Legislativebene gegenüber früher zum Teil stark abnimmt¹¹⁸, dass aber zusätzlich relativ umfangreiche Erlasse auf Exekutivebene geschaffen werden. Die Normendichte nimmt insgesamt eher zu als ab. Delegation und nicht Deregulierung ist zu beobachten.

Dass das Bedürfnis nach relativ detaillierter Regelung der Organisation auf Gemeindeebene besonders stark ist, hat verschiedene Gründe. In

Grundrechte zu verankern. – Am Beispiel des OgR, dieses kommunalen Gesetzes, das die wesentliche Struktur einer Gemeinde ordnet, zeigt sich eindrücklich die von Kanton zu Kanton unterschiedliche Tragweite der Gemeindeautonomie. Berns Nachbarkanton Freiburg bspw. normiert die Gemeindeorganisation derart ausführlich auf kantonaler Ebene, dass den Gemeinden kein Raum für ein dem bernischen OgR vergleichbarer Erlass bleibt (vgl. dazu oben Ziff. 2.2).

¹¹⁷ Vgl. dazu Jürg WICHTERMANN, Wer macht in den bernischen Gemeinden die Gesetze?, *KPG-Bulletin* 6/96, S. 8 ff.

¹¹⁸ Zählte ein traditionelles durchschnittliches Organisationsreglement einer kleineren oder mittleren Berner Gemeinde 60-80 Artikel, sind es bei nach neuer Auffassung lieferierenden Kommunen noch zwischen 20 und 30 Artikel.

kommunalen Exekutiven sitzen häufig klassische Nebenamts-Politiker, welche klare Handlungsanleitungen bevorzugen und mit generalklauselartigen Freiräumen oder Aufträgen eher weniger vertraut sind. Die Gemeindeverwaltungen sind sehr oft mit (wenigem und nicht immer hochqualifiziertem) Personal bestückt, das mit einem weiten Aufgabekatalog betraut ist und sich kaum spezialisieren kann. Dazu kommt, dass die Bürgerinnen und Bürger den direktesten Kontakt zur Gemeindeebene pflegen. Daraus folgt einerseits der Wunsch der Einwohnerschaft, auf ihre Fragen klare Antworten zu erhalten, und andererseits der Wunsch des Gemeindepersonals, sich auf ebenso klare Gebrauchsanleitungen stützen zu können¹¹⁹.

Der Befund, wonach die Regelungsdichte im Zuge durch Verwaltungs-“Reinventings“ ausgelöste Neuregelungen jedenfalls auf kommunaler Ebene insgesamt tendenziell zunimmt, nährt die Vermutung, dass zumindest im Organisationsbereich ein Rechtsstaatlichkeitsdefizit kaum zu befürchten sein wird. Problematischer könnte sich durch die teilweise radikale Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen hingegen die Frage stellen, wieweit eine solche Gesetzgebung noch demokratisch legitimiert sei. Damit stellt sich letztlich die ausserordentlich schwierige und den Rahmen sprengende Frage, wie weit die Selbstbeschränkung der Legislative überhaupt gehen dürfe¹²⁰.

Neue kommunale Gesetzgebung allein auf Stufengerechtigkeit und den entsprechenden Flexibilitätsgewinn zu reduzieren, würde der Entwicklung allerdings nicht gerecht. Vielmehr ist festzustellen, dass die Diskussion um zeitgemässe Führungs- und Verwaltungsstrukturen Gelegenheit bietet, über die Berechtigung tradierter Gewohnheiten nachzudenken

¹¹⁹ Dies unterstreicht den nicht zu unterschätzenden politischen Gehalt, den die NPM-Diskussion hat und der sich auch auf den Rechtsetzungsbereich niederschlägt. Die Neuordnung von Kompetenzen (auch solchen, die oft nicht wahrgenommen worden sind) bedingt einen Verständnis- und Kulturwandel.

¹²⁰ Als Extremfall liesse sich eine völlige Selbstbeschränkung bzw. eine Generaldelegation diskutieren – mit dem Argument, die Legislative habe es jederzeit in der Hand, die Ermächtigung zurückzunehmen und die Regelungsbefugnis wieder an sich zu ziehen.

und allenfalls Korrekturen anzubringen¹²¹. Dieses gesamtheitliche Überdenken weist auf den philosophischen Ansatz der sogenannten neuen Verwaltungsführungs-Modelle hin und kann durch das „Abschneiden alter Zöpfe“ durchaus zu einer gewissen Ausdünnung der Gesetzgebung führen. Es zeigt sich hier aber auch, dass die ins Rollen geratene gegenwärtige Reformwelle durchaus tiefer geht und Entwicklungen auslösen kann, die ohne diese Impulse vielleicht nicht unmöglich, vielerorts jedenfalls aber nur mit erheblichen Verzögerungen und Rückständen denkbar gewesen wäre¹²².

5.3 Privatisierung kommunaler Aufgaben

Nachdem in Bund (SBB, Swisscom, Rüstungsbetriebe) und Kantonen (Kantonalbanken) bereits eifrig „entstaatlicht“ wird, hat die Privatisierungsdiskussion nun auch die Gemeinden erfasst. Deutsche Erfahrungen zeigen, dass gerade auf kommunaler Ebene das Privatisierungspotential

¹²¹ Die Einstiegs-Beispiele sind banal: Ist die geltende Unterschriftenregelung, welche den Gemeindepräsidenten zur Signatur jedwelter Bescheinigung verpflichtet, wirklich richtig? Ist es richtig, dass das Protokoll der letzten Gemeindeversammlung immer vollständig verlesen wird? Wieviele Kommissionen braucht eine Gemeinde wirklich? Daneben stellen sich aber auch zentrale Fragen wie etwa jene der Wirkungskontrolle der Verwaltungstätigkeit. – Der Kanton Bern beabsichtigt, die laufende Totalrevision des Gemeinderechts zum Anlass zu nehmen, einige tradierte, aber von weiten Kreisen als sinnentleert empfundene oder unerwünschte Instrumente aufzuheben, so z.B. die Beeidigung der Gemeindebehörden und des Gemeindepersonals oder der Amtszwang.

¹²² Sehr kritisch bis vernichtend zu NPM vgl. Dieter DELWING/Hans WINDLIN, „New Public Management“ (Fn. 6), und neuerdings DIES., Der Eindruck eines lärmigen Heilsversprechens, Schwerwiegende Gefahren für Rechtsstaat und Demokratie, NZZ Nr. 262 vom 11. November 1997, B 3. – Es ist durchaus richtig, dass auch vor der Ära des NPM bürgernahe, effiziente und effektive Verwaltungen möglich waren. Kaum bestreiten lässt sich indes, dass diese Ziele oft nicht erreicht wurden und viele Gemeinwesen und ihre Verwaltungen durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen in eine eigentliche Orientierungskrise geraten sind. NPM kann u.a. ein Versuch sein, in herkömmlichen Systemen fehlende Anreize, Instrumente und Schlagkraft zu schaffen, um die Ziele – auch unter Beachtung rechtsstaatlicher und demokratischer Grundsätze – tatsächlich erreichen zu können.

am grössten ist¹²³. Interessant ist im übrigen, dass der eigentliche Beginn der Privatisierungswelle in den deutschen Kommunen im wesentlichen zusammenfällt mit der Finanzkrise der deutschen Gemeinden in den siebziger Jahren¹²⁴. Gut zwanzig Jahre später scheint es der gleiche Grund zu sein, der die Gemeinden in der Schweiz zur Privatisierung anregt.

Unter dem Schlagwort Privatisierung können grundsätzlich zwei verschiedene Entwicklungsschritte verstanden werden. Solange bloss beabsichtigt ist, eine weiterhin öffentliche Aufgabe durch einen privatrechtlich konstituierten, aber vom Gemeinwesen beherrschten Träger erfüllen zu lassen, liegt eine formelle oder Organisations-Privatisierung vor. Will sich dagegen das Gemeinwesen aus einer Aufgabe vollständig zurückziehen und sie vollständig Privaten bzw. dem freien Markt überlassen, handelt es sich um eine materielle oder echte Privatisierung. Während sich die Wirtschaftswissenschaften mit dem Phänomen der Privatisierung auch in der Schweiz schon länger befassen¹²⁵, steht die rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema erst in den Anfängen¹²⁶.

Die materielle Privatisierung wirft vor allem eine Frage auf: Darf sich das Gemeinwesen aus dem Bereich, den es „abzustossen“ beabsichtigt, wirklich zurückziehen? Die Frage weist eine rechtliche und eine politische Komponente auf. Politisch hat sich das Gemeinwesen in einem demokratischen Verfahren Gewissheit darüber zu verschaffen, ob eine bestimmte Aufgabe als öffentliche erkannt wird und die öffentliche Hand

¹²³ Dazu Wernhard MÖSCHEL, Privatisierung – Erfahrungen in Deutschland, in: Wolfgang Wiegand (Hg.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, Berner Tage für die juristische Praxis 1997 (erscheint im Frühling 1998).

¹²⁴ Bernhard GROMOLL, *Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, München 1982, 21 ff.

¹²⁵ Bspw. Alfred MEIER (Hg.), *Privatisierung von Gemeindeaufgaben*, Bern 1984; Robert E. LEU et al, *Privatisierung auf kantonaler und kommunaler Ebene*, Bern 1993; Jürg BÜHLMANN, *Privatisierung von Kantonalbanken dargestellt am Beispiel der Zürcher Kantonalbank*, Diss. Zürich 1996; Andrea ATTENHOFER, *Privatisierung des Basler Kunstmuseums*, Diss. Basel 1997.

¹²⁶ Einen Beitrag dazu liefert der in Fn. 122 erwähnte Sammelband, welcher Probleme der Privatisierung aus der Sicht verschiedener Rechtsgebiete beleuchtet. Zum Stand der Diskussion in der Schweiz vgl. Tobias JAAG, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, Länderbericht Schweiz, in: *VVDStRL* 54 (1995), S. 287 ff.

entsprechend in diesem Bereich - wie auch immer - tätig bleiben bzw. werden soll. Im Prinzip müsste diese Prüfung laufend erfolgen, denn nur eine dauernde Überprüfung der öffentlichen Aufgaben gewährleistet, dass das Gemeinwesen im sich ständig wandelnden gesellschaftlichen Umfeld immer das wirklich Gewollte tut. In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob es (Kern)-Bereiche gibt, die der materiellen Privatisierung schlicht nicht zugänglich sind, weil sie zum genuinen Kern der staatlichen Tätigkeit gehören, das Gemeinwesen also ohne sie gar nicht existieren kann. Ohne weiteres einsehbar ist, dass eine Gemeinde auch ohne Hallenbad und allenfalls auch ohne öffentlichen Verkehr funktionieren kann. Schon heikler wird es, wenn etwa kulturelle Aufgaben zur Diskussion stehen¹²⁷, und erst recht dann, wenn es beispielsweise um die Sicherstellung von Ruhe und Ordnung geht. Wo liegt die Grenze? Diese Diskussion fordert vor allem das Verfassungsrecht und führt letztlich auf essentielle staatsrechtliche und -philosophische Fragestellungen zurück. Auch in Deutschland, wo die Diskussion bereits seit längerem geführt wird, ist sie keineswegs abgeschlossen¹²⁸. Ist die Frage aber einmal beantwortet und überlässt das Gemeinwesen einen Bereich den Privaten, so besteht hier grundsätzlich kein Handlungs- und Regelungsbedarf mehr¹²⁹.

Mit einer formellen Privatisierung ändert sich am grundsätzlichen Bekenntnis zu einer öffentlichen Aufgabe im Prinzip nichts. Hingegen wird die Erfüllung dieser nach wie vor öffentlichen Aufgabe einem Privaten¹³⁰ übertragen. Der Charakter der öffentlichen Aufgabe wird nicht angetastet, hingegen ändert die Rechtsform des Aufgabenerfüllers. Zu unterscheiden ist, ob das Gemeinwesen eine neue, eigene, private Trä-

¹²⁷ Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion in Deutschland Stefan KADELBACH, Kommunaler Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst und Privatrechtsform, *NJW* 1997, S. 1114 ff.

¹²⁸ Zuletzt etwa Martin KUTSCHA, Verfassungsfrage der Privatisierung von Staatsaufgaben, *Neue Justiz* 1997, S. 393 ff., m.w.H.; für den kommunalen Bereich bspw. schon GROMOLL (Fn. 123), passim.

¹²⁹ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass sich der Staat durchaus und zunehmend stärker auch in klassische Bereiche des privaten Tätigseins einschaltet, dort allerdings i.d.R. in einer Schiedsrichterrolle, um im freien Wettbewerb und Markt offenbar unvermeidbar entstehende Ungleichgewichtslagen zu korrigieren (z.B. Wettbewerbs- und Kartellrecht, Konsumentenschutzrecht etc.).

¹³⁰ Das kann eine natürliche oder (meistens) juristische Person sein.

gerschaft (z.B. eine Aktiengesellschaft) gründet und dieser die Aufgabe überträgt oder ob die Aufgabe einer bestehenden privaten Trägerschaft, die nicht im Eigentum des Gemeinwesens steht, überbunden wird. Dazwischen steht die Mischform, die gemischtwirtschaftliche Unternehmung¹³¹.

Formelle Privatisierungen haben gerade auch auf kommunaler Ebene in der jüngeren Vergangenheit reges Interesse geweckt. Gemeinden betreiben Ver- und/oder Entsorgungsbetriebe in Form einer AG und beauftragen Vereine oder Kapitalgesellschaften mit Spitex-Aufgaben, öffentlichen Verkehrsangeboten oder Parkraumbewirtschaftungen. Im Zusammenhang mit formellen Privatisierungen ergeben sich eine Reihe von rechtlichen Problemen, von denen verschiedene erst in den Ansätzen diskutiert sind. Auch hier stellt sich die Frage, ob gewisse Aufgaben überhaupt durch Private (auch wenn diese Privaten die Leistung als eine öffentliche erbringen) erfüllt werden können oder ob dies durch die Verwaltung selbst zu erfolgen habe. Hält man die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe für zulässig, stellt sich die weitere Frage, auf welcher Rechtsgrundlage bzw. mit welcher Legitimation eine öffentliche Aufgabe aus der Verwaltung ausgegliedert werden darf¹³². Besondere Aufmerksamkeit erheischt in diesem Zusammenhang die Übertragung staatlicher Hoheitsrechte auf Private (namentlich der Verfügungskompetenz). Gerade in diesem Bereich sehen sich die kommunalen Gesetzgebungsorgane vor neuen, auf dieser Ebene bislang wenig bekannten Herausforderungen.

Daneben besteht bei Privatisierungen regelmässig Klärungsbedarf bezüglich des Subjektswechsels, der sich durch die Übertragung der Auf-

¹³¹ Dazu Michael STÄMPFLI, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1991, insb. S. 3 ff.

¹³² Art. 95 Abs. 1 lit. c der bernischen Kantonsverfassung hält ausdrücklich fest, dass der Kanton öffentliche Aufgaben an Private und Institutionen ausserhalb der Verwaltung übertragen kann. Gemäss Abs. 2 lit. d sind Art und Umfang der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe in einem Gesetz zu regeln, sofern diese eine bedeutende Leistung zum Gegenstand hat oder zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt. Art. 68 des Entwurfs für ein neues Gemeindegesetz des Kantons Bern enthält eine vergleichbare Bestimmung für Aufgabenübertragungen der Gemeinden.

gabe bzw. durch den Rechtsformwechsel der Trägerschaft ergibt¹³³. Oft stellen sich auch wirtschafts- oder sachenrechtliche Fragen, deren Tragweite oft kaum erkannt wird.

Verkannt wird häufig und namentlich auch gerade bei Privatisierungsvorhaben auf kommunaler Ebene, dass eine bloss formelle Privatisierung in der Regel keine oder nur vordergründige Haftungserleichterungen für das Gemeinwesen mit sich bringt. Anknüpfungspunkt für die Haftung für Schäden im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist allein das Kriterium der Öffentlichkeit der Aufgabe. Die Rechtsform, in die der Aufgabenträger gekleidet ist, spielt dabei keine Rolle. Betraut beispielsweise eine Gemeinde eine Aktiengesellschaft mit der Kehrrichtentsorgung und kommt es zu einem Haftungsfall, so wird zwar primär die AG zu belangen sein. Subsidiär haftet aber die Gemeinde für allenfalls durch die AG nicht gedeckte Schäden. Dabei ist unerheblich, ob die Aktiengesellschaft im Besitz der Gemeinde ist (allenfalls sogar als spezialgesetzliche AG gemäss Art. 763 OR), ob die Gemeinde nur eine (Minderheits)-Beteiligung besitzt oder ob es sich um eine rein private AG handelt¹³⁴. Das Kriterium der öffentlichen Aufgabe ist deshalb sachgerecht, weil der Schutz Dritter vor solchen Schäden nicht vom Zufall der Rechtsform des Aufgabenträgers abhängen darf. Nicht angezeigt ist demnach, eine öffentliche Aufgabe bloss aufgrund von Haftungsüberlegungen privatisieren bzw. „outsourcen“ zu wollen. Im gleichen Kontext zu erwähnen ist, dass bei formellen Privatisierungen auch der Aufsicht des Gemeinwesens über den externen Aufgabenträger Beachtung zu schenken ist; dies gerade deshalb, weil die zu erfüllende Aufgabe eine öffentliche bleibt und die Folgen einer mangelhaften Aufgabenerfüllung letztlich vom Gemeinwesen zu tragen sind.

¹³³ Dazu und zu sachenrechtlichen Fragen der Privatisierung vgl. Wolfgang WIEGAND, Die Überleitung von Rechtsverhältnissen, und Roland VON BÜREN, Rechtsformumwandlungen als Voraussetzung der Privatisierung, beides in: Wolfgang Wiegand (op. cit. Fn. 122).

¹³⁴ Der Kanton Bern regelt die subsidiäre Haftung des Gemeinwesens für Schäden, welche Dritte bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verursachen, ausdrücklich (Art. 48 Abs. 2 des Personalgesetzes). Diese Regelung gilt sinngemäss auch für die Gemeinden (so explizit Art. 82 des Entwurfs für ein neues Gemeindegesetz).

Als Alternative zur Privatisierung von Aufgaben hat in letzter Zeit die Anstalt¹³⁵ gerade in den Gemeinden eine gewisse Renaissance erlebt. Die Anstalt bietet sich vor allem dort als verselbständigter, bei Bedarf nach betriebswirtschaftlichen Kriterien arbeitender und flexibler Aufgabenträger an, wo das Gemeinwesen einen gewissen politischen Einfluss behalten will oder wo von vornherein feststeht, dass die Beteiligung Privater an der Aufgabenerfüllung in absehbarer Zeit nicht in Betracht kommt¹³⁶. Im übrigen bietet die Anstalt praktisch sämtliche Vorteile einer juristischen Person. Allerdings muss, da ein öffentlichrechtliches Gesellschaftsrecht höchstens in Ansätzen besteht, bei der Schaffung von Anstalten jeweils der Gesetzgeber tätig werden, um eine rechtliche Grundlage für den verselbständigten Verwaltungszweig zu schaffen. Für kleinere oder mittlere Gemeinden ist dies oft nicht ohne weiteres bewältigbar. Zudem stellen sich auch bei Anstaltslösungen zum Teil die gleichen oder ähnliche Fragen wie bei der Umwandlung in eine juristische Person des Privatrechts: So findet etwa auch beim Übergang in eine Anstalt¹³⁷ ein Wechsel des Rechtssubjekts und ein Vermögens- und Eigentumsübergang statt.

6. Zum Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden

Die Gemeinden haben eine - je nach Kanton zwar unterschiedlich umfangreiche - Hoheit zur Selbstgesetzgebung. In der Ausübung dieser Hoheit bestehen jedoch faktisch in verschiedener Hinsicht Interdependenzen zwischen den gesetzgeberisch tätigen Gemeinden und dem Kan-

¹³⁵ Vermehrt ist von Gemeindeunternehmen oder öffentlichrechtlichen Unternehmen die Rede, wenn Anstalten gemeint sind (z.B. § 158 ff. des Gemeindegesetzes des Kantons Solothurn; Art. 65 f. des Entwurfs für ein neues Gemeindegesetz des Kantons Bern).

¹³⁶ Z.B. hat sich die Stadt Bern eingehend mit dem Gedanken befasst, die städtischen Verkehrsbetriebe in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln; gewählt wurde jedoch die Rechtsform der Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ähnlich ist die Gemeinde Interlaken bei der Reorganisation der Gemeindebetriebe (Ver- und Entsorgung) vorgefahren. Die Prüfung von Anstalts-Lösungen ist zur Zeit in vielen weiteren Gemeinden aktuell.

¹³⁷ Sofern die Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, was praktisch Bedingung für die in solchen Fällen regelmässig angestrebte höhere Flexibilität ist.

ton. Angesprochen wird damit nicht der grundlegende Umstand, dass Gemeinden nur dort legiferieren können, wo nicht schon übergeordnete abschliessende Regelungen bestehen¹³⁸, sondern folgendes: Die grosse Mehrheit der Gemeinden in der Schweiz ist klein bis sehr klein¹³⁹. Angesichts dieser Tatsache kann nicht übersehen werden, dass die Gemeinden vielfach nicht oder kaum in der Lage sind, selbständig fachgerechte Rechtsetzung zu betreiben, zumal Gesetzgebung prinzipiell zu den eher komplexeren juristischen Aufgaben gehört. Von Gemeindeverwaltungen, die teilweise nur im Nebenamt betrieben werden, darf nicht mehr erwartet werden. Dazu kommt, dass die Kantone letztlich die Verantwortung tragen für das Funktionieren der Gemeinden. Die Kantone definieren über ihre Kompetenz, den Gemeinden nach ihren Vorstellungen Autonomie einzuräumen, den kommunalen Spielraum. Sie haben demnach auch dafür zu sorgen, dass die Gemeinden den definierten Spielraum richtig nutzen (können). Dies erklärt das Interesse der Kantone an einer guten kommunalen Gesetzgebung.

Die kantonale Aufsicht über die kommunale Gesetzgebung kann auf verschiedene Art erfolgen. Verschiedene Kantone sehen generelle Genehmigungsvorbehalte für kommunale Erlasse vor¹⁴⁰. Die andere Extremlösung wäre, auf die kantonale Mitwirkung bei der kommunalen Gesetzgebung grundsätzlich zu verzichten und eine Überprüfung der Gemeindeerlasse nur im Rahmen ordentlicher Rechtsmittelverfahren zuzulassen. Dazwischen bestehen Mischlösungen, indem nur grundlegende Erlasse der kantonalen Genehmigung unterliegen und die übrigen von den Gemeinden selbst in Kraft gesetzt werden können¹⁴¹.

¹³⁸ Vgl. dazu oben Ziff. 2.

¹³⁹ Rund zwei Drittel der knapp 3000 Schweizer Gemeinden zählen weniger als 1000 Einwohnerinnen und Einwohner. Der Kanton Bern weist per Ende 1996 rund ein Dutzend Gemeinden mit einer Einwohnerschaft von weniger als 100 aus.

¹⁴⁰ Beispiele: Art. 149 Gesetz über die Gemeinden FR; Art. 188 f. Legge Organica Comunale TI; Art. 123 Gesetz über die Gemeindeordnung VS; § 36 Gemeindegesetz ZG.

¹⁴¹ Beispiele: AG: Genehmigungspflicht für Gemeindeordnung (grundlegender Organisationserlass), im übrigen jederzeitige Rechtmässigkeitsüberprüfung der Gemeindeerlasse durch Verwaltungsgericht (§ 17 und 111 Gemeindegesetz). BS: Genehmigungspflicht für Gemeindeordnung und Ordnungen über die Erhebung von Steuern und Abgaben (§ 13 Gemeindegesetz). SG: Genehmigungspflicht für rechtsetzende Erlasse mit Ausnahmekatalog (§ 6 Gemeindegesetz). SO: Genehmigungspflicht für von der

Je weniger die kantonale Aufsicht die kommunale Gesetzgebungstätigkeit erfasst, desto grösser wird die Autonomie, aber auch die Verantwortung der Gemeinden in diesem Bereich. Dies wird für jene Gemeinden zu keiner Belastung, welche aufgrund ihrer Grösse kompetenz- und kapazitätsmässig in der Lage sind, gesetzgeberisch tätig zu sein. Die Mehrheit der schweizerischen Gemeinden befindet sich indessen kaum in dieser Lage.

Die Kantone haben verschiedene Möglichkeiten, die Gemeinden im Rahmen ihrer autonomen Gesetzgebung zu unterstützen. In der Regel kennen die Kantone in ihrer Verwaltung Ämter oder Abteilungen, welche den Gemeinden auch in solchen Angelegenheiten beratend zur Verfügung stehen. Sachdienlich kann sein, dass der Kanton den Gemeinden Muster-Erlasse anbietet, welche diese als Ganzes oder in den ihren Bedürfnissen entsprechenden Teilen übernehmen und als eigenes Recht erlassen können¹⁴². Von zunehmender Bedeutung dürften auch subsidiäre Gesetzgebungen der Kantone werden. Diese kommen insoweit zur Anwendung, als die Gemeinden nicht eigene Regelungen erlassen haben¹⁴³.

Gerade dadurch, dass kantonale Gesetzgebungs-Vorbilder für viele Gemeinden nahezu unentbehrlich sind, wird dem Kanton die Möglichkeit eröffnet, durch Muster-Erlasse oder subsidiäre Ersatzvorschriften wesentlich auf die Gestaltung der Gemeinden Einfluss zu nehmen und Innovationen auszulösen, ohne direkten Druck auszuüben¹⁴⁴. In diesem

Gesetzgebung vorgeschriebene rechtsetzende Gemeindereglemente (§ 209 Gemeindegesetz). BE: Genehmigungspflicht für Organisationsreglement, andere Erlasse werden auf dem Beschwerdeweg überprüft (Art. 56 Entwurf für ein neues Gemeindegesetz).

¹⁴² So bietet etwa der Kanton Bern seinen Gemeinden in verschiedenen Bereichen sog. Muster-Reglemente an. Die Erfahrung zeigt, dass die Gemeinden mehrheitlich auf die Musterlösungen zurückgreifen und keine (oder nur in Details) eigene Gesetzgearbeiten betreiben.

¹⁴³ Bsp.: Ein Kanton erlässt ein Norm-Baureglement. Dieses enthält Bauvorschriften für jene Gemeinden, die nicht ein eigenes Baureglement erlassen haben. Die Gemeinden haben damit die Freiheit, entweder ein eigenes Baureglement zu schaffen oder die kantonalen Vorschriften anzuwenden. Sie sind also nicht gezwungen, tätig zu werden, und trotzdem ist der Bereich geordnet.

¹⁴⁴ Der Kanton Bern hat unlängst sein Dienstrecht überarbeitet und u.a. den Beamtenstatus abgeschafft. Da ein grosser Teil der Gemeinden das eigene Dienstrecht nur sehr

Zusammenhang ist auch schon der Vorschlag geäussert worden, kantonale Gesetzgebung (soweit sie die kommunale Ebene betrifft) nur noch auf die Ideal-Gemeinde auszurichten.

Die Schwierigkeit ist, dass eine allgemeingültige Definition der idealen, richtigen Gemeindegrösse kaum möglich oder jedenfalls bisher nicht unangefochten gelungen scheint. Zwar sind Anläufe dazu unternommen worden¹⁴⁵, und gewisse isolierte Parameter (wie z.B. Zahl des Gemeindepersonals im Vergleich zur Einwohnerzahl) lassen sich durchaus statistisch errechnen und belegen. Hartnäckig hält sich aber die Gegenansicht, kleinere Gemeinden würden tendenziell kostengünstiger arbeiten. Die Frage ist ausserordentlich komplex - und möglicherweise auch von untergeordneter Bedeutung. Unbestritten ist, dass gewisse Aufgaben nicht (mehr) durch (zu) kleine Gebietskörperschaften erfüllt werden können. Vordringlich scheint deshalb eine Aufgabenbereinigung zwischen den staatsrechtlichen Ebenen und vor allem zwischen Kantonen und Gemeinden zu sein, wie sie verschiedenenorts an die Hand genommen worden ist. Die Frage der Gemeindereformen wird sich dann trotzdem stellen, aber vor einer transparenteren Ausgangslage. Dass dabei auch die auf kommunaler Ebene noch eher gescheuten Gebietsreformen zum Thema werden, ist nicht zuletzt dem wirtschaftlichen Druck auf die Gemeinden zuzuschreiben. Ein aktuelles Beispiel: Die Gemeinde Zimmerwald, prächtig gelegen auf dem Berner Längenberg und mit unverstelltem Blick aufs Alpenpanorama, hat sich unlängst schlicht als finanziell handlungsunfähig erklärt¹⁴⁶. Seither ist der Begriff „Fusion“ auch in Zimmerwald kein Tabu mehr.

rudimentär regelt und die sinngemässe Anwendung kantonalen Dienstrechts vorschreibt, ist mit der kantonalen Revision ein grosser Überarbeitungsbedarf auf kommunaler Ebene entstanden. Im Zuge dieser Anpassungen haben sich viele Gemeinden ebenfalls vom Beamtenstatus verabschiedet.

¹⁴⁵ Der Kanton Thurgau hat im Rahmen seiner umfassenden Gemeindestruktur-Reform umfangreiche Überlegungen zur richtigen Gemeindegrösse angestellt. Und im Kanton Freiburg werden die Gemeindefusionen auch wissenschaftlich begleitet (vgl. etwa Bernard DAFFLON, *Analyse socio-économique de trente fusions de communes dans le canton de Fribourg*, Working Paper 265, Université de Fribourg 1997).

¹⁴⁶ „Zimmerwald steht vor dem Ruin“, *Berner Zeitung BZ*, 19. November 1997, S. 13.