

Prof. Dr. Markus Müller
Bernisches Verwaltungs- und Verfahrensrecht

GEMEINDERECHT

30. April / 7. Mai 2024

Dr. Ueli Friederich, Rechtsanwalt

Übersicht Themen

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Thema

- **Gemeinden**
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Gemeinden: Ländlich wie Landiswil ...

© Manu Friederich



... oder urban ...

© Manu Friederich



... wie die Einwohnergemeinde Stadt Bern

- Bundesstadt
- Kantonshauptstadt
- Erfüllt zahlreiche übertragene und selbstgewählte Aufgaben (Verkehrsbetriebe BERNMOBIL, KVA, Schwimmbäder, Kornhausbibliothek, Kita)
- Rund 140'000 Einwohnerinnen / Einwohner
- Demokratisch organisiert, Stimmrecht nach Gesetzgebung über politisches Rechte
- Hohe Medienpräsenz (Bauvorhaben, Abfallentsorgung nach dem „Farbsack-System“)

Auch in Bern: Bürgerholzgemeinde Bümpliz

- Aufgaben beschränkt auf Verwaltung des Korporationsvermögens (Waldwirtschaft)
- Begrenzter Kreis von Korporationsangehörigen (Bürgerinnen / Bürger), Korporationsversammlung entscheidet über Aufnahme neuer Angehöriger
- Nutzungsrechte der Korporationsangehörigen zugeteilt nach Losen / Prioritäten (Dauer Ortsansässigkeit in Dorfmarche, Alter)
- Korporation beschränkt selber aktiv, bezieht Leistungen bei Forstbetrieb der Bürgergemeinde Bern
- In Öffentlichkeit kaum bekannt

Geschichte der Gemeinden

- Geschichtlich gewachsen und geprägt, älter als der „Staat“ (Bund, Kanton)
- Unterschiedliche historische Wurzeln
 - Kirchliche Organisationsformen (Pfarreien, Kilchöre)
 - Lokale ländliche Gütergemeinschaften (Dorfgemeinden, Bäuernten)
 - Handwerkliche / gewerbliche Vereinigungen (Zünfte in Städten)
- 16. / 17. Jahrhundert: Ausbildung der Bürgergemeinde, gefördert z.B. durch obrigkeitliche Bettlerordnungen
- Helvetik: „Import“ der politischen Gemeinde nach französischem Vorbild (Einwohner- / Munizipalgemeinde)
- Entstehung des schweizerischen Gemeindedualismus

Politische Bedeutung der Gemeinden

- 1. Januar 2024: 2131 politische Gemeinden in der Schweiz (BFS)
- Flächendeckende Gemeindestruktur in allen Kantonen
- Zahlreiche „Spezialgemeinden“
- „Übungsfeld“ für direkte Demokratie und Polit-Karrieren
- Grosse Bedeutung im bundesstaatlichen Aufbau der Schweizerischen Eidgenossenschaft
 - „Fundamentale Einheit“ im dreistufigen Staatsaufbau der Schweiz (Kurt Eichenberger)
 - „Kapitales Strukturprinzip der schweizerischen Staatsordnung“ und „Konstitutivum schweizerischer Demokratie“ (Peter Saladin)

Thema

- Gemeinden
- **Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts**
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Gemeinden im Bundesrecht

- **Bundesverfassung**
 - Art. 50 BV: „Gemeinde- und Städteartikel“
 - Art. 37 BV: Bürgerrecht, auch in Gemeinden
 - Art. 39 BV: Politische Rechte in Gemeindeangelegenheiten
 - Art. 75b BV: Zweitwohnungen
 - Art. 100 BV: Konjunkturpolitik
 - Art. 128 ff. BV: Gemeindesteuern
 - Art. 189 BV: Gemeindeautonomie
- **Gesetzgebung (Beispiele)**
 - Raumplanung (Art. 1, 2, 10 RPG; SR 700: Mitwirkung in Planung)
 - Militär (Art. 131 ff. MG; SR 510.10: Truppenunterkünfte, Schiessanlagen)
 - Bevölkerungs- / Zivilschutz (Art. 46 BZG; SR 520.1: Schutzräume)

Vorgaben der Bundesverfassung

Art. 47 *Eigenständigkeit der Kantone*

¹ Der Bund wahrt die Eigenständigkeit der Kantone.

*² Er belässt den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben und beachtet ihre **Organisationsautonomie**. Er belässt den Kantonen ausreichende Finanzierungsquellen ...*

Art. 50

*¹ Die Gemeindeautonomie ist **nach Massgabe des kantonalen Rechts** gewährleistet.*

² Der Bund beachtet bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden.

³ Er nimmt dabei Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und der Agglomerationen sowie der Berggebiete.

Fazit: Bundesrechtliche Vorgaben?

- Bund setzt Existenz der Gemeinden voraus
- Rechtlicher Stellenwert der Erwähnung im Bundesrecht:
„Bundesrechtliche Kenntnisnahme“
 - Keine bundesrechtliche **Regelung** der Gemeinden
(Organisationsautonomie der Kantone, Art. 47 Abs. 2 BV)
 - Keine bundesrechtlichen **Garantien** zugunsten der Gemeinden
- ➔ Gemeinden sind bei aller politischen Bedeutung „nur“
Körperschaften des **kantonalen Rechts**
- Aber: Bundesrechtliche Vorgaben zu Gemeinden als
öffentlichen Gemeinwesen

Kantonales Gemeinderecht

- Art. 107-120 und 125 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)
- Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11) als „gemeinderechtlicher Grunderlass“
- Gemeindeverordnung vom 16. Dezember 1998 (GV; BSG 170.111)
- Weitere gemeinderechtliche Erlasse
 - Gesetz vom 25. November 2004 zur Förderung von Gemeindegemeinschaften (Gemeindefusionsgesetz, GFG; BSG 170.12)
 - Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Regionalkonferenzen (RKV; BSG 170.211)

Gemeinderelevante Erlasse (Beispiele)

- Gesetz vom 27. November 2000 über den Finanz- und Lastenausgleich (FILAG; BSG 631.1)
- Gesetz vom 2. November 1993 über die Information und die Medienförderung (IMG; BSG 107.1)
- Kantonales Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (KDSG; BSG 152.04)
- Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. November 2019 (IVöB 2019, BSG 731.2-1)

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- **Gemeinderechtliche Körperschaften**
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Geltungsbereich Gemeindegesetz

Art. 2 Geltungsbereich

¹ Diesem Gesetz unterstehen

- a die Einwohnergemeinden,*
- b die Burgergemeinden,*
- c die burgerlichen Korporationen,*
- d die gemischten Gemeinden,*
- e die Kirchgemeinden der Landeskirchen,*
- f die Gesamtkirchgemeinden der Landeskirchen,*
- g die Gemeindeverbände,*
- h die Unterabteilungen,*
- i die Schwellenkorporationen und*
- k die Regionalkonferenzen.*

Gemeindearten

- Politische Gemeinden (= Gemeinden im Sinn der allgemeinen kantonalen Gesetzgebung)
 - Einwohnergemeinde (Art. 108 ff. GG): Umfasst gesamte Wohnbevölkerung; Prototyp der politischen Gemeinde
 - Gemischte Gemeinde (Art. 118 ff. GG): Vereinigung einer Einwohnergemeinde mit einer oder mehrerer Burgergemeinden; tritt, wo sie besteht, an die Stelle der Einwohnergemeinde
- Weitere Gemeinden („Spezialgemeinden“)
 - Burgergemeinde (Art. 112 ff. GG): „Organisierte Burgerschaft“
 - Kirchgemeinde (Art. 126 ff. GG): Gemeinde einer Landeskirche gemäss Gesetz vom 31. März 2018 über die bernischen Landeskirchen (Landeskirchengesetz, LKG; BSG 410.11)
 - Gesamtkirchgemeinde (Art. 128 GG, Art. 13 LKG)

Weitere gemeinderechtliche Körperschaften

- Bürgerliche Korporation (Art. 117 GG)
 - Bürgerliche Gesellschaft oder Zunft der Burgergemeinde Bern
 - Bürgerliche Nutzungskörperschaft (im ländlichen Raum)
- Unterabteilung (Art. 123 ff. GG)
 - Gebietskörperschaft in politischer Gemeinde mit beso. Aufgaben
- Gemeindeverband (Art. 130 ff. GG)
 - Zusammenschluss von zwei oder mehr Gemeinden
- Schwellenkorporation (Art. 136 GG)
 - Aufgaben im Wasserbau, Zugehörigkeit aufgrund von Grundeigentum an Gewässer, näher geregelt in Spezialgesetzgebung
- Regionalkonferenz (Art. 137 ff. GG)

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- **Rechtliche Stellung der Gemeinden**
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Gemeinden als „Staat“?

- Politische Gemeinden als „dritte staatliche Ebene“
- Beschränkte „Staatlichkeit“ der „Spezialgemeinden“
 - Keine besonderen Befugnisse aufgrund Gebietshoheit
 - In der Regel personenbezogen (Personalkörperschaften)
- Aber: Verpflichtung aller gemeinderechtlichen Körperschaften auf verfassungsrechtliche Grundsätze
 - Legalitätsprinzip
 - Weitere verfassungsmässige Grundsätze (Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit, Willkürverbot)
 - Grundrechte

Bestand, Gebiet, Vermögen (Art. 108 KV)

Art. 108 Bestand, Gebiet, Vermögen

¹ Bestand, Gebiet und Vermögen der Gemeinden sind gewährleistet.

² Der Regierungsrat genehmigt die Bildung, Aufhebung oder Veränderung des Gebiets sowie den Zusammenschluss von Gemeinden, wenn die betroffenen Gemeinden zugestimmt haben. Lehnt er die Genehmigung ab, entscheidet der Grosse Rat.

³ Der Grosse Rat kann den Zusammenschluss von Gemeinden gegen ihren Willen anordnen, wenn es überwiegende kommunale, regionale oder kantonale Interessen erfordern. Die betroffenen Gemeinden sind vorher anzuhören.

⁴ Das Gesetz regelt das Nähere ...

Bestandesgarantie

- Garantie (nur) des kantonalen Rechts
- Gewährleistet anders als sog. Institutsgarantie **Existenz / Bestand** einer **konkreten** Gemeinde
- Zwangsfusion durch Beschluss des Grossen Rates möglich, wenn überwiegende kommunale, regionale oder kantonale Interessen dies erfordern (Art. 108 KV, Art. 4i GG)
 - Unfähigkeit einer Gemeinde, Aufgaben dauerhaft zu erfüllen
 - Ablehnung einer mehrheitlich befürworteten Fusion
- Bestandesgarantie gilt nur für „eigentliche“ Gemeinden, nicht für sämtliche gemeinderechtlichen Körperschaften

Gemeindeautonomie (Art. 109 KV)

Art. 109 Gemeindeautonomie

¹ Die Autonomie der Gemeinden ist gewährleistet. Ihr Umfang wird durch das kantonale und das eidgenössische Recht bestimmt.

² Das kantonale Recht gewährt den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum.

- Praktisch wörtliche Wiederholung in Art. 3 GG

BGE 145 I 52 E. 3.1 S. 55 f.

„Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie **nach Massgabe des kantonalen Rechts**. Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom 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. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum **Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen** oder einen entsprechenden **Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts** betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus.“

Bedeutung der Gemeindeautonomie

- Setzt Existenz einer konkreten Gemeinde voraus, ist Bestandesgarantie logisch „nachgeordnet“
- Schützt nicht Bestand, sondern „nur“ **Tätigkeit**
- Gewährleistet erhebliche Entscheidungsfreiheit im Rahmen des übergeordneten Rechts
- Bezieht sich auf Rechtssetzung und Rechtsanwendung, u.U. auch auf die Anwendung des übergeordneten Rechts
- Gilt im „eigenen“ und „übertragenen“ Wirkungsbereich
- Durch übergeordnetes Recht grundsätzlich beliebiger Normstufe **einschränkbar**; vgl. aber 109 Abs. 2 KV (programmatisch, nicht justiziabel)

Kommunale Rechtsetzung

- Reglemente: Erlasse der Stimmberechtigten oder des Gemeindeparlaments (Art. 50 Abs. 2 GG)
 - Gesetze im formellen Sinn (BGE 133 I 77 E. 3.1 S. 80)
 - Anpassungen durch Gemeinderat möglich, wenn zwingend und kein Regelungsspielraum (Art. 52 Abs. 3 GG)
- Organisationsreglement als „Gemeindeverfassung“ (Art. 51 GG)
- Verordnungen: Erlasse des Gemeinderats oder untergeordneter Organe wie z.B. Kommissionen oder Direktionen (Art. 50 Abs. 3 GG)
- Verordnungen des Gemeinderats mit fakultativem Referendum als „Reglement“?

Genehmigung kommunaler Erlasse

- Genehmigung durch Kanton i.d.R. nicht erforderlich
- Ausnahmsweise Erfordernis der Genehmigung
 - Organisationsreglement (Art. 56 Abs. 1 GG)
 - Gemäss spezialgesetzlicher Vorschrift (Art. 57 GG), z.B. baurechtliche Grundordnung (Art. 61 BauG)
- Anspruch auf Genehmigung, wenn Erlass rechtmässig und widerspruchsfrei ist (Art. 56 Abs. 2 GG)
- Obligatorische Vorprüfung genehmigungspflichtiger Erlasse (Art. 55 GG)
- Rechtsschutz gegen Genehmigungsentscheid (Art. 56 Abs. 3 GG)

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- **Gemeindeorganisation**
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Organisationsautonomie

- Gemeindegesezt regelt „**Grundzüge** der Organisation“ (Art. 1 GG)
- Gemeinden bestimmen Organisation weitgehend selbst
 - Form der Beschlussfassung durch die Stimmberechtigten (Urne / Gemeindeversammlung); aber: gewählte Form ist zwingend
 - Referendumspflichtige Beschlüsse (Art. 14 Abs. 1 GG)
 - Wahlverfahren für Kollegialorgane (Majorz / Proporz)
 - Wahl Gemeindepräsidium
 - Einsetzung Gemeindeparlament und Kommissionen
 - Zuständigkeitsordnung (z.B. Ausgaben)
 - Verwaltungsorganisation

Gemeindeorgane (Art. 10 Abs. 2 GG)

- Zwingende Organe
 - Stimmberechtigte
 - Gemeinderat, mit mindestens 3 Mitgliedern (Art. 26 Abs. 2 GG)
 - Rechnungsprüfungsorgan: Kommission, Revisor/innen oder externe Revisionsstelle (Art 122 Abs. 1 GV)
- Fakultative Organe
 - Parlament, mit mindestens 30 Mitgliedern (Art. 24 Abs. 3 GG)
 - Mitglieder des Gemeinderats, soweit entscheidbefugt
 - Kommissionen, soweit entscheidbefugt
 - Zur Vertretung der Gemeinde befugtes Personal
 - Evtl. Dritte (Art. 10 Abs. 3 GG)

Zuständigkeiten der Stimmberechtigten

- „Unübertragbare“ Geschäfte (Art. 23 Abs. 1 GG)
 - Wahl der Mitglieder des Gemeinderats
 - Wahl des Präsidiums der Gemeindeversammlung und der Mitglieder des Parlaments, soweit bestehend
 - Einsetzung des Rechnungsprüfungsorgans
 - Erlass / Änderung des Organisationsreglements
 - Änderung der Steueranlage
 - Einleitung des Verfahrens / Stellungnahme zur Bildung, Aufhebung, Gebietsveränderung oder Fusion der Gemeinde
- In Parlamentsgemeinden sind nur die erwähnten Wahlen und der Erlass des OgR zwingend den Stimmberechtigten zugewiesen (Art. 23 Abs. 2 und 3 GG)

Weitere Vorgaben zur Organisation

- Minderheitenschutz für Majorzwahlen (Art. 38-46 GG)
- Wählbarkeit (Art. 36 GG)
 - Stimmberechtigte in „politische“ Organe (Gemeinderat, Parlament)
 - In eidgenössischen Angelegenheiten Stimmberechtigte in Kommissionen mit Entscheidbefugnis
 - Urteilsfähige in Kommissionen ohne Entscheidbefugnis
- Rechtsstaatliche Sicherungen gegen Interessenkollisionen
 - Unvereinbarkeit (Art. 36 GG): Eine Person darf nicht gleichzeitig bestimmte Funktionen wahrnehmen
 - Verwandtenausschluss (Art. 37 GG): Personen in bestimmter Beziehung dürfen nicht gleichzeitig bestimmte Funktionen ausüben
 - Ausstandspflicht bei persönlicher Betroffenheit (Art. 47 f. GG)

Unvereinbarkeit (Art. 36 GG)

- Betrifft verschiedene Funktionen **einer** Person
- Verbietet gleichzeitige Mitgliedschaft in Parlament, Gemeinderat oder Kommission und
 - Mitgliedschaft in Regierungsrat oder Funktion als Regierungsstatthalterin / Regierungsstatthalter sowie Stellvertretung
 - Beschäftigung durch Gemeinde, wenn dem Organ unmittelbar untergeordnet **und** Umfang das Minimum der obligatorischen Versicherung gemäss BVG erreicht
- Strenge Regelung für Rechnungsprüfungsorgan
- Politische Gemeinden: Unvereinbarkeit gleichzeitiger Mitgliedschaft in Parlament und Gemeinderat
- Gemeinden können weitere Unvereinbarkeiten vorsehen

Verwandtenausschluss (Art. 37 GG)

- Unvereinbarkeit i.w.S.
- Unvereinbarkeit eigene Funktion mit Beziehung zu bestimmten **Dritten**
- Erfasst auch eingetragene Partnerschaft und faktische Lebensgemeinschaft
- Beschränkter Anwendungsbereich
 - „Verwandte“ dürfen nicht gleichzeitig Gemeinderat angehören
 - Keine „Verwandtschaft“ von Mitgliedern Gemeinderat oder Kommission / Personal mit Mitgliedern Rechnungsprüfungsorgan
- Abschliessende kantonale Regelung, Gemeinden können keine strengeren Regeln erlassen

Ausstandspflicht (Art. 47 f. GG)

- Bezogen auf bestimmtes **konkretes Geschäft** (anders als Unvereinbarkeit und Verwandtenausschluss)
- Betrifft einzelne Personen, nicht ganzes Organ
- Besteht bei eigener **unmittelbar persönlicher Betroffenheit** oder bei persönlicher Betroffenheit **Dritter**, wenn
 - Persönlich verbunden (verwandt, verschwägert, eingetragene Partnerschaft, Lebensgemeinschaft) oder
 - Gesetzliche, statutarische oder vertragliche Vertretung
- Keine Ausstandspflicht in Legislativorganen (Urne, Gemeindeversammlung, Gemeindeparlament)

Tragweite der Ausstandspflicht

- Gilt nicht nur für Beschlussfassung, sondern **auch für Vorbereitung** eines Geschäfts
- Pflicht zur Bekanntgabe eigener Interessenbindungen
- Ausstandspflichtige Person darf sich vor Verlassen des Raums zur Sache äussern
- Einsichtnahme in Protokoll über das Geschäft nur zulässig, wenn Organ zustimmt
- Zwingende gesetzliche Regelung; «Befreiung» von Ausstandspflicht nicht möglich / zulässig
- Lex specialis zu (deutlich strengerer) Ausstandspflicht nach VRPG (Art. 9 Abs. 3 VRPG)

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- **Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben**
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Gemeindeaufgaben (Art. 61 GG)

Art. 61 Grundsatz

¹ Die Gemeinden erfüllen die ihnen übertragenen und die selbstgewählten Aufgaben.

² Gemeindeaufgaben können alle Angelegenheiten sein, die nicht ausschliesslich vom Bund, vom Kanton oder von anderen Organisationen erfüllt werden.

Übertragene / selbst gewählte Aufgaben

- Übertragene Gemeindeaufgaben
 - Durch Kanton (ausnahmsweise Bund) übertragen
 - Zwingend
- Selbst gewählte Gemeindeaufgaben
 - Durch Erlass / Beschluss des zuständigen Organs übernommen (für wichtige Aufgaben u.U. gesetzliche Grundlage erforderlich)
 - Kaum inhaltliche Grenzen (Ausländertreff, Tennisplatz, Skilift, Bank, Spielcasino)
 - Freiwillig, „Verabschiedung“ von Aufgabe durch „Privatisierung“ möglich

Mögliche Aufgabenträger (Art. 64 GG)

Art. 64 Träger der Aufgaben

1 Die Gemeinden können unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen die Aufgaben

a selbst erfüllen,

b einem Gemeindeunternehmen (Anstalt) zuweisen oder

c an Dritte ausserhalb der Verwaltung übertragen.

2 Die Aufgaben können durch Erlass, Verfügung oder Vertrag zugewiesen oder übertragen werden.

Modalitäten der Aufgabenerfüllung

- Selbst erfüllen (MAKE): Gemeinde erfüllt Aufgabe selbst (Art. 64 Abs. 1 Bst. a GG)
 - Zentralverwaltung
 - Organisatorisch dezentralisierte Verwaltungseinheit
- An Dritte übertragen
 - Zuweisung an rechtlich selbständige kommunale Anstalt, sog. Gemeindeunternehmen (Art. 64 Abs. 1 Bst. b GG)
 - Übertragung an weitere Dritte ausserhalb der Gemeindeverwaltung (Organisation des öffentlichen oder privaten Rechts, evtl. Privatperson; Art. 64 Abs. 1 Bst. c GG)
 - Grundformen der Übertragung (wirtschaftlich): „Ausgliederung“ (MAKE and BUY) und „Auslagerung“ (BUY)

Grund-Modell „Ausgliederung“

- Gemeinde ist aktiv (MAKE), kauft gleichzeitig ein (BUY)
- Besondere Rechtsträgerschaft, gehört ganz oder teilweise der Gemeinde
 - Rechtliche Verselbständigung eines Verwaltungszweigs (Modellfall der Ausgliederung) oder Beteiligung an bestehender oder neu gegründeter Organisation
 - Aufgabenträgerin ist Teil des „Konzerns Gemeinde“
 - Gemeinde nimmt Einfluss in Organen der Aufgabenträgerin
 - Gewinnchancen / unternehmerische Risiken der Gemeinde
- Beispiele: Gründung Gemeindeanstalt, interkommunale Versorgungs-AG

Grund-Modell „Auslagerung“

- Gemeinde beschränkt sich auf „Einkauf“ von Leistungen auf dem Markt (BUY, Fremdbezug)
- Keine besonderen „strukturellen Beziehungen“ der Gemeinde zu Aufgabenträgerin
 - Interesse der Gemeinde beschränkt sich auf Erfüllung der Aufgabe
 - Kein Einfluss in Organen der Aufgabenträgerin
 - Keine Gewinnchancen / unternehmerische Risiken
- Beispiele: Schneeräumung durch privates Transportunternehmen, Übertragung Aufgabe an Nachbargemeinde

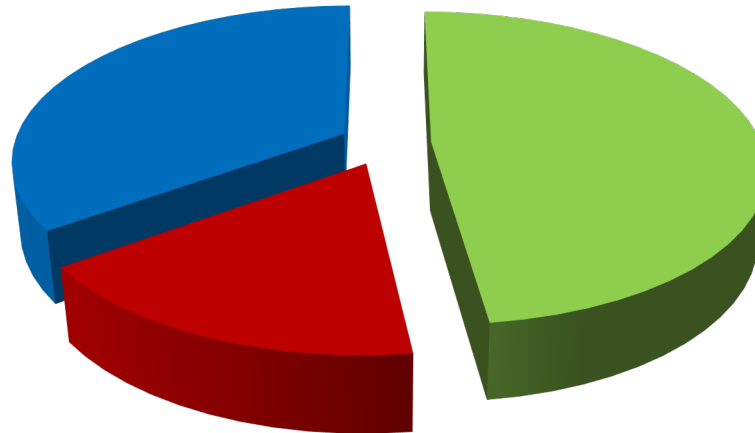
Praxis

Anteile an Ausgaben Gemeinden im Kanton Bern 2000, ohne Transferzahlungen an den Kanton (Lastenausgleich):

Blau: Ausgliederung (35%)

Rot: Auslagerung (17%)

Grün: Eigenerstellung / Selbsterfüllung (48%)



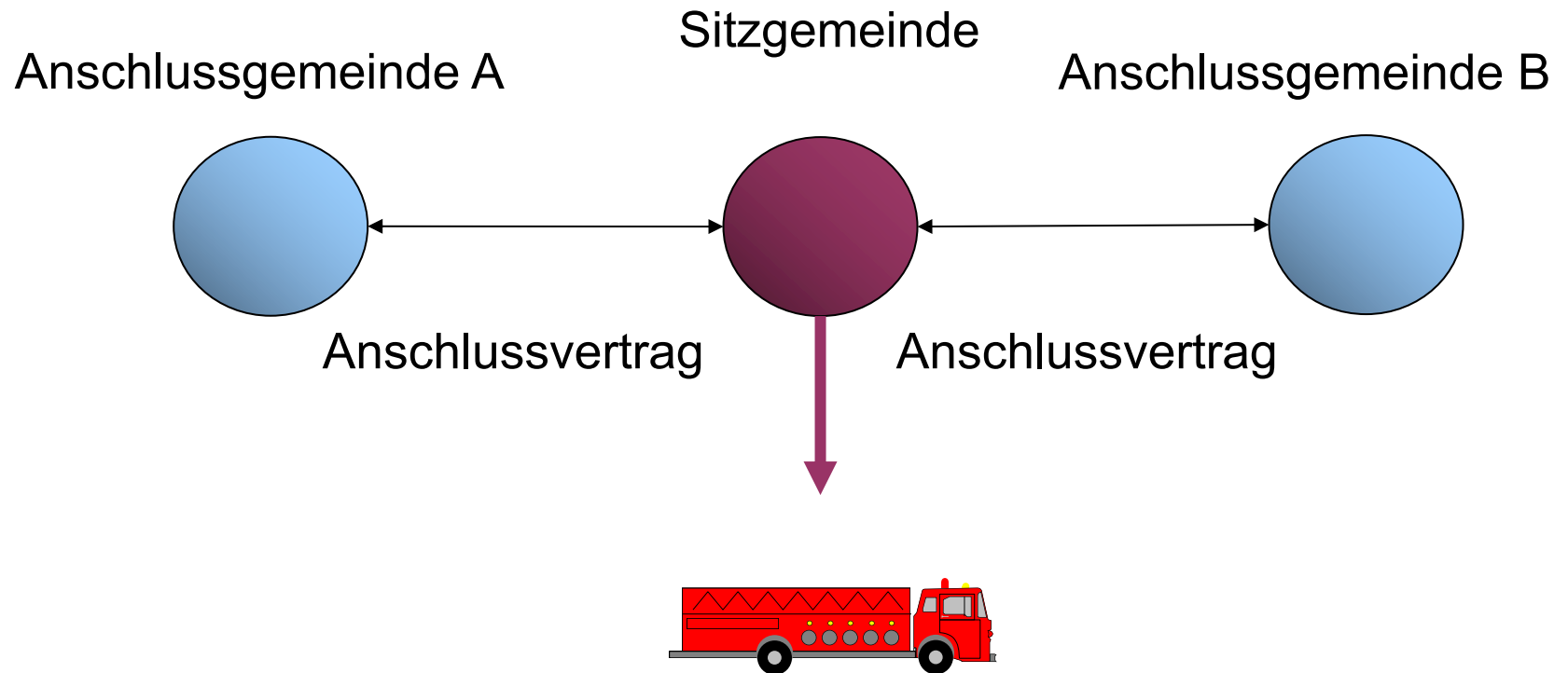
Bedeutung der Aufgabenübertragung

- Praktisch bedeutsam
- Teilweise komplexe Formen (Public Private Partnership)
- Übertragung von Aufgaben ist **keine (eigentliche) Privatisierung**; Aufgabe bleibt Gemeindeaufgabe
 - Verantwortung für fachgerechte und wirtschaftliche Erfüllung (Art. 63 GG)
 - Pflicht zur Aufsicht (Art. 69 GG)
 - (Ausfall-)Haftung der Gemeinde nach Staatshaftung: Art. 101 Abs. 2 Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) i.V. mit Art. 84 Abs. 1 GG
 - Nur Gemeinde selbst kann gesetzliche Grundlagen für Aufgabenerfüllung schaffen (z.B. Gebühren)

Interkommunale Zusammenarbeit

- Erfüllung einer Aufgabe für mehr als eine Gemeinde
- Besondere Form der Übertragung von Gemeindeaufgaben an Dritte
- Grundsatzfrage: Wer erfüllt Aufgabe?
 - **Modell „Sitzgemeinde“**: Eine Gemeinde erfüllt Aufgabe für sich und vertraglich angeschlossene Gemeinden
 - **Modell „Einfache Gesellschaft“**: Zwei oder mehr Gemeinden erfüllen Aufgabe gemeinsam (in „Reinkultur“ mit gemeinsamem Personal und gemeinsamen Infrastrukturen), in der Praxis selten
 - **Modell „Verband / Juristische Person“**: Gemeinden übertragen Aufgabe an besondere juristische Person

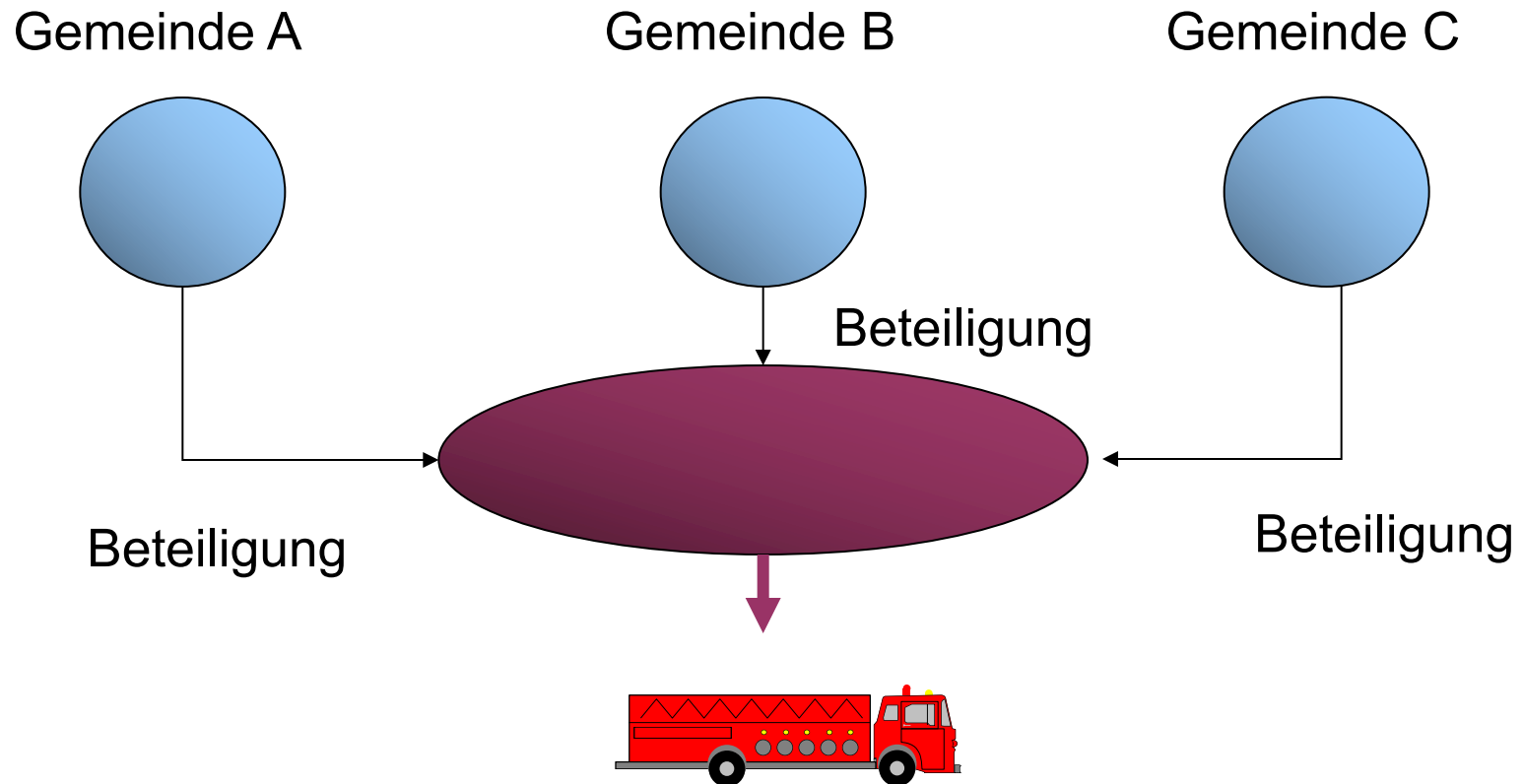
Modell „Sitzgemeinde“



Merkmale „Sitzgemeinde“

- Vertragsmodell (Art. 7 Bst. b GG)
- Einfach, flexibel
- Erlaubt bedürfnisgerechte, „massgeschneiderte“ Lösungen
- Formal ungleiche Stellung der Beteiligten (Sitzgemeinde, Anschlussgemeinden)
- Korrekturmöglichkeiten durch geeignete vertragliche Regelungen („Nachbildung“ Körperschaft)
- Tendenziell geeignet für kleinräumige, pragmatische Zusammenarbeit

Modell „Verband / Juristische Person“



Merkmale „Verband / Juristische Person“

- Formal gleiche / vergleichbare Stellung der Gemeinden
- Öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Rechtsform der Aufgabenträgerschaft beliebig wählbar (Art. 7 Bst. a, c und d GG)
- Einfluss Gemeinden auf Aufgabenerfüllung „mediatisiert“, evtl. indirekt über Mitwirkung in Organen
- Gewisse Gefahr der Eigendynamik
- Eher hoher Organisationsaufwand
- Tendenziell geeignet, wo viele Gemeinden beteiligt oder Trennung zwischen „Politik“ und „operativem Geschäft“ erwünscht

Gemeindeverband (Art. 130 ff. GG)

- Beispiel für Grund-Modell „Verband / Juristische Person“
- Besondere gemeinderechtliche Körperschaft
- Tritt im Bereich seiner Aufgaben an die Stelle der Verbandsgemeinden (Art. 131 Abs. 1 GG)
- Kann Kausalabgaben erheben, keine Steuerhoheit (Art. 131 Abs. 2 und 3 GG)
- Verbandsgemeinden bestimmen, wer ihre Stimmkraft in Parlament vertritt; können ihren Delegierten Weisungen erteilen (Art. 133 Abs. 2 und 3 GG)
- Verbandsparlament kann Reglemente (= formelle Gesetze) erlassen; Problem demokratische Legitimation?

Weitere juristische Personen

- Interkommunale öffentlichrechtliche Anstalt / Gemeindeunternehmen (Art. 65 f. GG), in Praxis selten
- Rechtsformen des Bundeszivilrechts
 - Verein (Art. 60 ff. ZGB)
 - Stiftung (Art. 80 ff. ZGB)
 - Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR)
 - Genossenschaft (Art. 828 ff. OR)
 - GmbH (Art. 772 ff. OR), in Praxis sehr selten
- Regionalkonferenz als Plattform für „multifunktionale Zusammenarbeit“ (Art. 137 ff. GG)

Regionalkonferenz (Art. 137 ff. GG)

- Flächendeckende gemeinderechtliche Körperschaft in gesetzlich umschriebener Region (Art. 139 Abs. 1 GG)
- Entsteht durch regionale Abstimmung mit Mehrheit der Stimmenden und der Gemeinden (Art. 138 GG)
- Entscheidet von Gesetzes wegen über regionale Richt-, Gesamtverkehrs- und Siedlungsplanung, Regionalpolitik, Kulturförderung, Energieberatung (Art. 141 Abs. 1 GG)
- Gemeinden können freiwillig weitere Aufgaben übertragen („Baukastensystem“, Art. 142 GG)
- Wichtigstes Organ: Regionalversammlung mit Gemeinderatspräsidien (Art. 145 GG)

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- **Finanzordnung**
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Gemeindefinanzhaushalt

- Einlässliche gesetzliche Regelung
 - Art. 70 ff. GG, Art. 57 ff. GV
 - Direktionsverordnung vom 23. Februar 2005 über den Finanzhaushalt der Gemeinden (FHDV; BSG 170.511)
- Grundsätze: Sparsamkeit, Schutz vor Misswirtschaft, aussagekräftiges Rechnungswesen (Art. 70 Abs. 2 GG)
- Vorschriften zur Gewährleistung des Haushaltgleichgewichts (Art. 73 ff. GG)
- Massnahmen bei Bilanzfehlbetrag / fehlendem Budget (Finanzplan, Sanierungsmassnahmen, Ersatzvornahme)
- Annäherung an privates Rechnungslegungsrecht (HRM2)

Haftung

- Gewerbliche Verrichtungen: Haftung nach Obligationenrecht (Art. 61 Abs. 2 OR)
- Amtliche Verrichtungen (Art. 61 Abs. 1 OR, Art. 84 Abs. 1 GG): Haftung nach Staatshaftungsrecht gemäss Art. 100 ff. Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01)
 - Primäre Kausalhaftung für widerrechtlich verursachte Schäden, fehlbare Personen nicht direkt belangbar (Art. 100 Abs. 1 PG)
 - Regress bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (Art. 102 Abs. 2 PG)
 - Ausfallhaftung für Schäden, die Dritte in Erfüllung von Gemeindeaufgaben verursachen (Art. 101 Abs. 2 PG)
- Sondernormen (Privatrecht und öffentliches Recht)

Zwangsvollstreckung

- Bundesrechtliche Sonderregelung
 - Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts (SchGG; SR 282.11)
- Beschränkte Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden
 - Nur Pfändung von Finanzvermögen, kein Konkurs, kein Arrest (Art. 7 ff. SchGG)
- Besondere Vorkehren im Interesse der Gläubiger
 - Z.B. Beiratschaft (Art. 28 ff. SchGG)
- Wenig praktische Bedeutung; Ausnahme: „Fall Leukerbad“

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- **Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz**
- Gemeindereformen / Gemeindefusionen

Verantwortlichkeit (Art. 80 ff. GG)

- Grundsatz / Ziel: Mitglieder der Gemeindeorgane und Personal erfüllen ihre Aufgaben gewissenhaft und sorgfältig (Art. 84 GG)
- Politische Verantwortlichkeit: „Wahltag ist Zahntag“
- Rechtliche Verantwortlichkeit
 - Disziplinarisch: Sicherstellen eines geordneten Verwaltungsbetriebs (Art. 81 ff. GG)
 - Vermögensrechtlich (Art. 100 ff. PG): Haftpflichtrecht, Ausgleich wirtschaftlichen Schadens
 - Strafrechtlich (z.B. StGB): Ahndung persönlichen Fehlverhaltens
- Gemeinden entscheiden über Unterstellung unter disziplinarische Verantwortlichkeit (Art. 81 Abs. 1 GG)

Gemeindeaufsicht (Art. 85 ff. GG)

- Aufsichtsbehörde: In der Regel Regierungsstatthalterin /
Regierungsstatthalter (Art. 87 Abs. 1 GG)
- Grundsatz der Subsidiarität („Selbstreinigungsprinzip“):
Pflicht der Gemeinden zur Klärung / Behebung von
Unregelmässigkeiten (Art. 86 GG)
- Präventive Aufsichtsmittel
 - Genehmigung von Erlassen (Organisationsreglement),
Bewilligungen (Abschreibungen, wirkungsorientierte Verwaltung),
Informationspflichten (Zustellen von Erlassen)
- Repressive Aufsichtsmittel
 - Anordnung zur Behebung von Mängeln, Aufhebung widerrechtlicher Akte, Ersatzvornahmen (z.B. Budget), Zwangsverwaltung

Rechtsschutz

- Grundsatz: Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des VRPG (früher besondere „Gemeindebeschwerde“ gemäss GG)
- Umfassender Rechtsschutz gegen kommunale Akte (Art. 60 VRPG), geht wesentlich weiter als Rechtsschutz in kantonalen oder eidgenössischen Angelegenheiten
- Gemeindeinterner Rechtsmittelzug möglich, wenn in Organisationsreglement vorgesehen (Art. 3 Abs. 3 VRPG)
- Rügepflicht (Art. 49a GG)

Anfechtungsobjekte (Art. 60 VRPG)

Art. 60 Grundsatz

¹ Der Beschwerde unterliegen

- a Verfügungen, wenn dieses Gesetz nichts anderes bestimmt,*
- b folgende Akte von Behörden im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b:*
 - 1. Erlasse,*
 - 2. Wahlen, Abstimmungen, Beschlüsse und Verfügungen in Wahl- und Abstimmungssachen,*
 - 3. weitere Beschlüsse, wenn dagegen kein anderes Rechtsmittel möglich ist.*

Beispiele anfechtbarer Akte

- Verfügungen
 - Gebührenverfügung
 - Kündigung öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis
- Erlasse (Reglemente, Verordnungen)
- Wahlen, Abstimmungen
 - Wahl Mitglied eines Gemeinderats
 - Volksabstimmung über Verkauf einer Liegenschaft
 - Vorbereitungshandlungen (z.B. Abstimmungsbotschaft)
- Weitere Beschlüsse (Realakte)
 - Ausrichtung einer Subvention
 - Beschluss Gemeinderat, Bäume auf dem Schulhausareal zu fällen

„Rügepflicht“ (Art. 49a GG)

Art. 49a Rügepflicht

¹ Die Verletzung von **Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften** an der Gemeindeversammlung oder an Sitzungen anderer Gemeindeorgane ist sofort zu beanstanden.

² Die Pflicht zur sofortigen Beanstandung entfällt, wenn der betroffenen Person nach den Umständen nicht hat **zugemutet** werden können, den Mangel rechtzeitig zu rügen.

³ Wer rechtzeitige Rügen pflichtwidrig unterlassen hat, kann gegen Wahlen und Beschlüsse nachträglich **nicht mehr Beschwerde führen**.

Thema

- Gemeinden
- Rechtsgrundlagen des Gemeinderechts
- Gemeinderechtliche Körperschaften
- Rechtliche Stellung der Gemeinden
- Gemeindeorganisation
- Übernahme und Erfüllung von Gemeindeaufgaben
- Finanzordnung
- Verantwortlichkeit, Aufsicht, Rechtsschutz
- **Gemeindereformen / Gemeindefusionen**

Problem Leistungsgrenzen

- Steigende Anforderungen an die Aufgabenerfüllung
 - Technische Komplexität
 - Rechtliche Anforderungen, z.B. Datenschutz
 - Zunehmende wirtschaftliche / rechtliche Verflechtungen
 - Kulturelle Veränderungen
 - Mobilität der Bevölkerung
 - Anspruchshaltung
 - Abnahme des herkömmlichen „Bindungsverhaltens“
- ➔ (Über-)Fordernde Aufgaben
- ➔ Schwierige Rekrutierung Behördenmitglieder

Optimale Gemeindegrösse?

$$S^* = [k(\sum b_i^2 - \sum B_i^2)I(\sum a_i b_i - \sum A_i B_i)]^{1/(1-\alpha)}$$

DAVID KING, A Model of Optimum Local Authority Size, in: Giancarlo Pola/George France/Rosella Levaggi (Hrsg.), *Developments in Local Government Finance. Theory und Policy*, Cheltenham (UK) und Brookfield (USA) 1996, S. 55 ff., 68

Reform oder Fusion?

- Gemeindereformen
 - Anpassung der Behördenstruktur („Verschlankung“)
 - Annäherung an privatwirtschaftliche Organisationsformen (Führungsstruktur, Wirkungsorientierung, Personalrecht)
 - Kooperationen, Public Private Partnership
 - Insbesondere: Interkommunale Zusammenarbeit
- Gemeindefusionen
 - Zunehmende Bedeutung, durch Kanton aktiv gefördert
 - Im Kanton Bern seit Anfang 2000 Reduktion von 400 auf 335 politische Gemeinden (1. Januar 2024)
 - Teilweise juristisches Neuland (z.B. Projekt „Kirchgemeinde Bern“: Fusion Gesamtkirchgemeinde mit 12 Kirchgemeinden)

Grundsätze Gemeindefusionen

- Kantonale „Fusionskompetenz“: Kanton beschliesst über Bestand / Fusion von Gemeinden
- Seit der Revision der KV und des GG 2012: „Bedingter Anspruch“ der Gemeinden auf Fusion?
- Unterschiedliche Formen des Zusammenschlusses (Absorption, Kombination)
- Zwangsfusionen möglich, wenn dies überwiegende kantonale, regionale oder kommunale Interessen erfordern (Art. 108 Abs. 3 KV, Art. 4i GG)
- Positive und negative finanzielle Anreize für freiwillige Zusammenschlüsse (Beiträge, Finanzausgleich)

Absorptions- und Kombinationsfusion

- Zivilrechtliche Legaldefinition: Art. 3 Abs. 1 BG vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301)
- Absorptionsfusion („Eingemeindung“):
 - Eine Gemeinde übernimmt eine oder mehrere andere Gemeinden
 - Übernehmende Gemeinde bleibt bestehen, behält rechtliche Identität, vergrössert sich in Bezug auf Angehörige, Gebiet und Vermögen
- Kombinationsfusion („Verschmelzung“, „Fusion i.e.S.“):
 - Zwei oder mehr Gemeinden schliessen sich zu einer neuen Gemeinde zusammen
 - Rechtliche Existenz **aller** fusionierenden Gemeinden endet

Fusionsverfahren

- Einleitung durch interessierte Gemeinden, ausnahmsweise durch den Kanton (Art. 1 GV)
- Stimmberechtigte der Gemeinden schliessen Fusionsvertrag ab („kommunaler Fusionsbeschluss“, Art. 4e GG)
- Regelung Weitergeltung von Erlassen aufgehobener Gemeinden in Fusionsreglement (Art. 4f GG)
- Beschluss neues Organisationsreglement, zwingend (nur) für Kombinationsfusion (Art. 4g GG)
- Genehmigung Fusionsbeschluss durch den Regierungsrat, evtl. (bei Ablehnung) durch den Grossen Rat (Art. 4h GG)
- Besonderes Verfahren für Zwangsfusionen (Art. 4i f. GG)

Besondere Fragen

- Fusion „im Baukastensystem“?
 - Zusammenschluss der zustimmenden Gemeinden, wenn nur ein bestimmtes Quorum der beteiligten Gemeinden zustimmen
 - Stimmrechtliche Anforderungen (Art. 34 Abs. 2 BV)?
 - Wenig Praxis (z.B. BGer 1C_91/2009 vom 10.11.2009, Monteceneri)
- Pragmatische Übergangslösungen?
 - Sonderregelungen (z.B. Minderheitenschutz v. Rechtsgleichheit)?
 - Gesetzliche Grundlagen für Organisation / Beschlüsse?
- Rechtsbeständigkeit Fusionsvertrag?
 - Schuldrechtlich: Untergang Vertragsverhältnis (Gesamtrechtsnachfolge, Vereinigung Gläubiger / Schuldner, Art. 118 Abs. 1 OR)
 - Grundrechtlich: Stimmfreiheit / Treu und Glauben