

Leitfaden für die Rechtsetzung im Bereich Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden im Kanton Bern

PAUL HÄUSLER / DANIEL KETTIGER

1. Einleitung

1.1 Vorbemerkung

Im Rahmen des Projektes Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden hat die Koordinationsstelle für Gesetzgebung des Kantons Bern anfangs Mai 1997 einen "Leitfaden für die Rechtsetzung im Bereich Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden"¹ herausgegeben. Dieser Leitfaden sowie der Weg, der zum fertigen Papier führte sollen nachfolgend dargestellt werden. Zum besseren Verständnis und um den Leitfaden im Gesamtzusammenhang darzustellen wird einleitend das bernische Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden kurz vorgestellt.

1.2 Das Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden

Das Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden geht auf eine Motion zurück, welche der Grosse Rat am 19. Januar 1994 überwiesen hat.² Darin wurde insbesondere verlangt, dass die bestehende gesetzliche Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden "gesamthaft zu überprüfen und zu entflechten" sei. Mit dem Projekt Aufgabenteilung Kanton-

¹ Leitfaden für die Rechtsetzung im Bereich Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden, Koordinationsstelle für Gesetzgebung, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, 1997.

² Motion 166/93 Joder, vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1994, 54ff.

Gemeinden wird erstmals seit langem das Verhältnis zwischen dem Kanton Bern und seinen Gemeinden grundsätzlich und in grosser Breite untersucht. Im Rahmen des Projektes soll versucht werden, die Aufgabenverantwortung zu entflechten, die Subventions- und Finanzausgleichsgesetzgebung zu entschlacken, den Handlungsspielraum der Gemeinden zu vergrössern und damit eine finanzielle Entlastung von Kanton und Gemeinden herbeizuführen. Die Arbeit erfolgt in einer zwischen den Gemeinden und dem Kanton paritätisch zusammengesetzten Projektorganisation.

Das Projekt Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden arbeitet auf vier Ebenen: Konkrete Projektarbeit (einzelne Problembereiche), Grundlagenarbeit (Finanzströme, Finanz- und Lastenausgleich, Staatsbeiträge sowie Gesetzgebung), Stellungnahme zu laufenden kantonalen Vorhaben sowie Kooperation Kanton-Gemeinden. Zur Untersuchung von Fragen der Gesetzgebung wurde das Teilprojekt 4 Gesetzgebung (TP 4) eingesetzt.

1.3 Das Teilprojekt 4 Gesetzgebung (TP 4)

1.3.1 Auftrag

Im Rahmen des Teilprojektes 4 Gesetzgebung (TP 4) durchleuchtete eine neunköpfige Arbeitsgruppe³ die Problematik der Aufgabenteilung aus einer staatsrechtlichen und rechtsetzungstechnischen Perspektive. Dem Projekt wurden folgende Teilaufträge erteilt:

- Systematische Durchsicht, Erfassung und Prüfung der Gesetzgebung bezüglich der Verteilung von Aufgaben und Kompetenzen, der Regelungsqualität und der Regelungsdichte.
- Entwicklung von Grundsätzen für die künftige Gesetzgebung (i.S. von Leitsätzen, Modellen oder Checklisten).

³ Leitung: Urs BOLZ; Mitglieder: Manuel BIETENHARD, Stadtschreiber von Thun, Paul HÄUSLER, Koordinationsstelle für Gesetzgebung, Beat HEGG, Generalsekretär der Polizei- und Militärdirektion, Daniel KETTIGER, Staatskanzlei, Markus MÜLLER, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, Beatrice TOBLER, Amt für Gemeinden und Raumordnung, Hans URECH, Vizegemeindepräsident von Ins, Urs WINKLER, Gemeindepräsident von Spiez.

- Unterstützung einzelner Teilprojekte und Massnahmen aus gesetzgebungstechnischer Sicht.

1.3.2 Systematische Analyse der bestehenden Gesetzgebung⁴

Dieser Teilauftrag war für das TP 4 einerseits sehr interessant, weil sich die Chance eröffnete, gesetzgeberische Lösungen in einem Fachgremium ohne juristische Sachzwänge und politische Vorgaben von aussen zu beleuchten; die Analyse konnte uneingeschränkt mit Blick auf eine optimale Aufgabenteilung erfolgen. Andererseits war die Aufgabe ausgesprochen schwierig, weil weder Vorbilder und Modelle noch brauchbare Informatikhilfsmittel zur Verfügung standen. Zudem sind Gesetzesanalysen äusserst anspruchsvoll und zeitaufwendig und Gespräche mit den zuständigen Fachstellen unumgänglich. Das TP 4 hat daher seinen Auftrag wie folgt eingeschränkt:

- Die Zahl der systematisch untersuchten Erlasse wurde auf die wichtigsten Gesetze beschränkt.
- Die Analysearbeiten mündeten bezüglich der jeweiligen Erlasse lediglich in allgemeine Anregungen zur Weiterbearbeitung zuhanden der Verwaltung.

Das TP 4 hat eine Methode zur Gesetzgebungsanalyse entwickelt und damit innert eines halben Jahres 34 Haupterlasse (i.d.R. Gesetze) mit den zugehörigen Ausführungserlassen analysiert. Auf Erhebungsbogen wurden, ausgehend vom Gesetzestext, die Aufgaben der Behörden umschrieben. Weiter wurde dargestellt, welches Gemeinwesen bzw. welche Behörde für die Rechtsetzung und für den Vollzug zuständig ist. Die Umschreibung von Aufgaben und Zuständigkeiten wurde anschliessend anhand der folgenden sieben Fragen kritisch gewürdigt:

- Überzeugt die Zweckmässigkeit der Aufteilung der Zuständigkeit zur Rechtsetzung?

⁴ Vgl. zum ganzen ausführlich: Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden, Zwischenbericht des Gesamtprojektausschusses vom 13. September 1996 (Zwischenbericht; vom Grossen Rat des Kantons Bern am 28. Januar 1997 zur Kenntnis genommen), 24ff.

- Überzeugt die Zweckmässigkeit der Aufteilung der Zuständigkeit zum Vollzug?
- Besitzt die Gemeinde einen möglichst grossen Handlungsspielraum?
- Besitzt die Gemeinde einen möglichst grossen Organisationsspielraum?
- Sind die Verfahrensabläufe zwischen Kanton und Gemeinden unkompliziert und wirkungsvoll ausgestaltet?
- Sind Aufgabenverantwortung, Finanzierung und Nutzenstreuung soweit wie möglich zur Deckung gebracht?
- Überzeugt die Regelungsqualität (stufengerechte Regelung)?

Anhand dieser Analyse konnte das TP 4 verschiedene Mängel in einzelnen Erlassen, aber auch in der bernischen Gesetzgebung als solches aufzeigen.

1.3.3 Grundsätze für die künftige Gesetzgebung

Gestützt auf die Erfahrungen und Ergebnisse aus der systematischen Gesetzesanalyse wurden durch das TP 4 die folgenden Grundsätze für die künftige Gesetzgebung erarbeitet:^{5 6}

1. Der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden ist in jedem Rechtsetzungsverfahren besondere Aufmerksamkeit zu widmen; dies nicht nur in bezug auf Art und Inhalt der Regelung, sondern auch auf den späteren Vollzug.
2. Die Grundzüge der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden sind im Gesetz zu verankern (Art. 69 Abs. 4 KV). Dabei sind die Aufgabenbereiche von Kanton und Gemeinden sowie die Finanzierungsverantwortung möglichst klar zu umschreiben.

⁵ Zwischenbericht, 27f.; der Regierungsrat des Kantons Bern hat die Grundsätze am 15. April 1997 verbindlich erklärt.

⁶ KV = Kantonsverfassung; OrG = Organisationsgesetz; GRG = Grossratsgesetz; vgl. Fn 10, 8 und 21.

3. Das kantonale Recht hat den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum zu belassen (Art. 109 Abs. 2 KV; Art. 42 OrG).
4. Im Bereich des Organisationsrechts der Gemeinden hat sich der Kanton auf Grundzüge zu beschränken (Art. 111 Abs. 1 KV). Diese finden sich im wesentlichen bereits im Gemeindegesetz. Organisationsrechtliche Festlegungen in Spezialerlassen sollen nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden; sie sind in jedem Fall zu begründen.
5. Werden in einem Rechtsetzungsverfahren kommunale Aufgaben verankert, so ist zu prüfen, ob jene Rechtsetzungsart gewählt wurde, welche den Bedürfnissen der Gemeinden nach Handlungsspielraum am meisten Rechnung trägt. Anstelle einer abschliessenden kantonalen Regelung können z.B. folgende Rechtsetzungsarten eingesetzt werden:
 - a Beschränkung auf Aufgabenzuweisung; Rechtsetzung erfolgt durch die Gemeinden
 - b Subsidiäre Gesetzgebung (gilt nur, falls kein kommunales Recht besteht)
 - c Beschränkung auf kantonale Rahmengesetzgebung
 - d Einräumung der Möglichkeit zu ergänzendem kommunalem Recht
 - e Möglichkeit der Abweichung von kantonalen Standards innerhalb bestimmter Schranken
 - f Einräumung von Ermessen
 - g Vorsehen von Vertragslösungen zwischen Kanton und Gemeinden.

Die Wahl der Rechtsetzungsart hat nach Würdigung des Einzelfalles und im Rahmen des übergeordneten Rechts zu erfolgen.

6. Wenn der Kanton Regelungen für die Gemeinden trifft, dann hat er die unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Mittel dazu sind:
 - a Wahl einer Rechtsetzungsart, die den Gemeinden Handlungsspielraum offen lässt (vgl. 5)
 - b Differenzierte Rechtsetzung nach Gemeindeart und -grösse, z.B. Aufgaben- und Kompetenzdelegationen.
7. Im Vortrag zu jedem Erlass sind die Auswirkungen auf die Gemeinden, namentlich hinsichtlich der Gemeindeautonomie, zu erläutern (Art. 65 GRG, Fassung vom 1.11.1993).

Diese Grundsätze bildeten den Ausgangspunkt für die Arbeiten am Leitfaden.

2. Grundsätzliches zum Leitfaden für die Rechtsetzung im Bereich Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden

2.1 Zielsetzung / Zielpublikum

Der Leitfaden soll aufzeigen, wie die Grundsätze (vgl. Ziffer 1.3.3) für die künftige Gesetzgebung in die Praxis umgesetzt werden können. Er ist als Hilfsmittel für die mit der Rechtsetzung befassten Praktikerinnen und Praktiker gedacht. Zielpublikum sind somit in erster Linie die Juristinnen und Juristen in den Rechtsdiensten und Fachabteilungen der bernischen Kantonsverwaltung. Gleichzeitig fasst der Leitfaden als Bericht die Detailarbeiten des TP 4 zusammen. So kann der Leitfaden auch den mit der Qualitätskontrolle im Bereich Rechtsetzung befassten Amtsstellen und Behörden (Koordinationsstelle für Gesetzgebung, Staatskanzlei, Redaktionskommission)⁷ als Anleitung und Richtschnur dienen.

2.2 Rechtscharakter des Leitfadens

Der Leitfaden geht von der Koordinationsstelle für Gesetzgebung bzw. vom Gesamtprojektausschuss Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden aus und hat mithin formell für das Personal der kantonalen Verwaltung nicht den Charakter einer verbindlichen Weisung (Verwaltungsverordnung). Allerdings enthält er aus Gründen der Vollständigkeit auch die in Ziffer 1.3.3 wiedergegebenen verbindlichen Weisungen. Faktisch kommt dem Leitfaden trotzdem eine gewisse (indirekte) rechtliche Bedeutung zu, da Artikel 42 des bernischen Organisationsgesetzes⁸ vorschreibt, der Regierungsrat müsse sämtliche Erlässe daraufhin prüfen, ob sie den Gemein-

⁷ Vgl. Paul HÄUSLER, Die Koordinationsstelle für Gesetzgebung des Kantons Bern, Gesetzgebung heute, 1993, Heft 3, S. 112ff.

⁸ Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OrG); BSG 152.01.

den einen möglichst weiten Handlungsspielraum lassen. Sollte sich der Leitfaden bewähren, könnten Teile davon später in eine überarbeitete Fassung der Rechtsetzungsrichtlinien des Regierungsrates Eingang finden.

2.3 Aufbau des Leitfadens

Um der Praktikerin bzw. dem Praktiker einen Zugang aus verschiedenen Ausgangslagen zu verschaffen, wurde der Leitfaden in folgende drei in sich abgeschlossene Teile gegliedert:

- a *Methodischer Teil*: Der methodische Teil orientiert sich am zeitlichen Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens und enthält eine praktische Anleitung für die Umsetzung der Grundsätze bei den verschiedenen Phasen der Rechtsetzung. Was gemeinhin für die Rechtsetzung gilt, ist gerade im Bereich der vertikalen Aufgabenteilung von besonderer Bedeutung: Bevor mit den Rechtsetzungsarbeiten im engeren Sinne begonnen werden kann, muss ein klares Konzept über die Verteilung der Rechtsetzungs- und Vollzugskompetenzen sowie über das Finanzierungssystem vorliegen.
- b *Rechtsetzungstechnischer Teil*: Der rechtsetzungstechnische Teil enthält Lösungsvorschläge zu einzelnen methodischen Ansätzen. Er enthält Standardformulierungen für die Umsetzung der Aufgabenteilung zwischen dem Kanton und den Gemeinden (vgl. auch nachfolgend Ziffer 3).
- c *Checkliste (vgl. auch Ziffer 4)*: Anhand der Checkliste kann geprüft werden, ob alle Grundsätze genügend beachtet worden sind.

3. Beispiele aus dem rechtsetzungstechnischen Teil

3.1 Grundsätzliche Bemerkungen

Der rechtsetzungstechnische Teil enthält konkrete Lösungsvorschläge zu einzelnen Grundsätzen und methodischen Ansätzen (Ziff. 1.3.3). Soweit mit vertretbarem Aufwand möglich, wurden die Formulierungsbeispiele

der bestehenden Gesetzgebung entnommen; andernfalls wurden sie aufgrund der methodischen Ansätze und aufgrund der allgemeinen Rechtssetzungsregeln konstruiert. Den Benutzerinnen und Benutzern des Leitfadens wird empfohlen, die in diesem Teil aufgezeigten Formulierungsmuster künftig standardmässig zu verwenden. Damit wird angestrebt, im Bereich der Aufgabenteilung bzw. Aufgabenübertragung zu einer einheitlichen Rechtsterminologie zu gelangen.

3.2 Beschränkung auf Aufgabenzuweisung (Ziff. 5 Bst. a der Grundsätze)

Das kantonale Recht überträgt eine Aufgabe weitgehend den Gemeinden. Übertragen wird sowohl die Zuständigkeit zur Rechtsetzung wie auch die Vollzugszuständigkeit. Dieses Modell entspricht einem Idealtypus der Aufgabenübertragung an die Gemeinden. Es findet seine Grenzen an der Kantonsverfassung, die in ihrem Aufgabenkatalog in den meisten Fällen davon ausgeht, dass Kanton und Gemeinden Aufgaben gemeinsam erledigen. Trotzdem sollte diese Rechtsetzungsart - im Rahmen der Verfassung - künftig in Betracht gezogen werden.

Formulierungsvorschlag:

... ist Sache der Gemeinden.

Beispiel (fiktiv):

Jede Gemeinde hat ein amtliches Publikationsorgan (Gemeinde- oder Amtsanzeiger). Die Herausgabe ist Sache der Gemeinde.

In diesen Fällen sollte auf kantonale Ausführungsbestimmungen verzichtet werden, welche Regelungen im übertragenen Bereich enthalten.

3.3 Subsidiäre Gesetzgebung (Ziff. 5 Bst. b der Grundsätze)

Beim System der subsidiären Gesetzgebung findet das kantonale Recht nur Anwendung, sofern die Gemeinde keine entsprechenden Vorschriften erlässt. Ein Beispiel subsidiärer Gesetzgebung findet sich in Artikel 70 Absatz 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721):

Beispiel (Art. 70 BauG):

Für Gemeinden ohne Baureglement ordnet das Dekret über das Normalbaureglement die in Artikel 69 bezeichneten Gegenstände entsprechend den Bedürfnissen von Gemeinden mit einfachen Verhältnissen.

Im Hinblick darauf, dass zahlreiche Gemeinden künftig mit Modellen wirkungsorientierter Verwaltungsführung arbeiten und auf flexible Abgaberegulungen angewiesen sein werden, dass aber andererseits sichergestellt werden muss, dass jede Gemeinde auch beim Fehlen eines Gemeindereglementes über eine genügende gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Abgaben verfügt, könnte die subsidiäre Gesetzgebung wie folgt zum Zug kommen:

Beispiel (fiktiv):

Art. 1 ¹Die Gemeinden erheben auf allen touristischen Übernachtungen eine Beherbergungsabgabe.

²Sie regeln die Abgabepflicht und den Tarif in einem Reglement.

³Für Gemeinden ohne eigene Regelung gelten die Bestimmungen von Artikel 2 und 3.

3.4 Beschränkung auf kantonale Rahmengesetzgebung (Ziff. 5 Bst. c der Grundsätze)

Die Rahmengesetzgebung ist eine geeignete Methode der Rechtsetzung in Bereichen, in welchen Aufgaben vollständig den Gemeinden übertragen werden sollen, aber trotzdem eine gewisse Einheitlichkeit im gesamten Kantonsgebiet gewährleistet werden muss. Das Rahmengesetz

- regelt die Grundzüge der materiellen Ordnung und der Aufgabenteilung (Art. 69 Abs. 4 KV);
- überträgt die Aufgabe den Gemeinden;
- ermächtigt die Gemeinden zum Erlass von Rechtsvorschriften im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung;

- legt die Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung des kommunalen Rechts fest (minimale Standards);
- beschränkt die Tätigkeit kantonaler Behörden im übertragenen Bereich auf Aufsicht und Rechtspflege.

Grundsätzlich sollte bei einer Rahmengesetzgebung der Regierungsrat nicht ebenfalls zum Erlass von Gesetzesergänzenden Vorschriften ermächtigt werden, weil damit die Rechtsetzungs- und Organisationsautonomie der Gemeinden in der Regel wieder eingeschränkt wird.

Im folgenden soll anhand eines fiktiven Beispiels gezeigt werden, wie das Amtsanzeigerwesen durch eine Änderung von Artikel 17 ff. des Publikationsgesetzes vom 18. Januar 1993 (PuG) mittels Rahmengesetzgebung geregelt werden könnte:

Beispiel (fiktiv):

Art. 17 ¹Jede Gemeinde hat ein amtliches Publikationsorgan (Gemeinde- oder Amtsanzeiger).

²Die Herausgabe ist Sache der Gemeinde.

³Gemeinden können sich zur Herausgabe des amtlichen Publikationsorgans vertraglich oder körperschaftlich zusammenschliessen. Sie können die Herausgabe an Dritte übertragen.

Art. 18 Das amtliche Publikationsorgan muss folgenden minimalen Anforderungen genügen:

- a Es erscheint mindestens einmal wöchentlich.
- b Es wird kostenlos an alle ständig bewohnten Haushaltungen verteilt.
- c Es muss in einen amtlichen und einen nichtamtlichen Teil gegliedert sein. Die Teile sind erkennbar abgetrennt.
- d Der amtliche Teil ist politisch und konfessionell neutral.

3.5 Möglichkeit der Abweichung von kantonalen Standards (Ziff. 5 Bst. e der Grundsätze)

Um den Handlungsspielraum der Gemeinden zu erweitern, kann vorgesehen werden, dass die Gemeinden unter gewissen Voraussetzungen

und/oder innerhalb bestimmter Schranken Regelungen treffen können, die von den durch das kantonale Recht gesetzten Standards abweichen. Die verfassungsrechtlichen Schranken sind dabei in jedem Fall zu beachten. Artikel 23 ff. der Verordnung vom 10. Dezember 1980 über die politischen Rechte (VPR) gehen in diese Richtung, indem vorgesehen wird, dass Gemeinden mit Zustimmung einer kantonalen Behörde eine andere Variante der brieflichen Stimmabgabe wählen können.

Formulierungsvorschlag:

Die Gemeinden können von Artikel X bis Z abweichende Vorschriften erlassen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: ...

Beispiel (Art. 25a Abs. 1 VPR):

Der Regierungstatthalter kann auf Gesuch hin einzelne Gemeinden ermächtigen, ein von Artikel 25 abweichendes Verfahren anzuwenden, wenn erhebliche technische Hindernisse vorliegen.

3.6 Differenzierung nach Gemeindeart und -grösse (Ziff. 6 Bst. b der Grundsätze)

Beispiele für eine differenzierte Rechtsetzung nach Gemeindeart und -grösse finden sich bereits im bestehenden Recht. Wir verweisen diesbezüglich auf folgende Bestimmungen:

- Artikel 33 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721): Zuständigkeit für Baubewilligungen differenziert nach Gemeindegrösse bzw. Infrastruktur der Gemeinde,
- Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe i der Verordnung vom 26. Juni 1996 über das Vernehmlassungs- und das Mitberichtsverfahren (VMV; BSG 152.025): Besondere Rechtsstellung für Gemeinden mit über 10'000 Einwohnerinnen und Einwohnern,
- Artikel 2 der Verordnung vom 19. Juli 1972 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BSG 122.21): Städte Bern, Biel und Thun entscheiden selbständig über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung.

3.7 Zuständigkeit Gemeinderat/andere Gemeindeorgane

Den Gemeinden sollte in möglichst weitem Umfang Organisationsfreiheit zukommen. Der kantonale Gesetzgeber sollte deshalb in der Regel nicht festlegen, welche Behörde auf der Gemeindeebene für die Rechtsetzung oder für den Vollzug zuständig sein soll.

Bei der Übertragung einer Vollzugszuständigkeit sollte sich die kantonale Gesetzgebung darauf beschränken, eine Aufgabe *den Gemeinden* zum Vollzug zuzuweisen. Es ist Sache der Gesetzgebung der Gemeinde, das zuständige Vollzugsorgan zu bezeichnen. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung der Vollzugszuständigkeit auf Gemeindeebene ist nach dem Gemeindegesetz der Gemeinderat zuständig.⁹

Formulierungsvorschlag:

Der Vollzug ist Sache der Gemeinden.

Es kann in Ausnahmefällen begründet sein, im Gesetz das für den Vollzug zuständige Gemeindeorgan festzulegen (Gemeinderat, Vormundschaftskommission, Schulkommission o.ä.). Den Gemeinden soll es in diesen Fällen *verwehrt* sein, die Zuständigkeit durch Reglement einer anderen Gemeindebehörde zu übertragen. Es ist dies eine einschneidende Beschränkung der Organisationsautonomie der Gemeinden. Es müssen dazu triftige Gründe vorliegen, und der Eingriff in die Organisationsautonomie der Gemeinden hat sich auf die Grundzüge der Gemeindeorganisation zu beschränken¹⁰. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist ganz besonders dort am Platz, wo es um die Schaffung einer besonderen Vollzugsbehörde geht (z.B. Vormundschaftskommission, Schulkommission).

⁹ Art. 96 Abs. 2 Gemeindegesetz ; BSG 170.11.

¹⁰ Art. 111 Abs. 1 der Kantonsverfassung (KV); BSG 101.1.

3.8 Subsidiäre Vollzugszuständigkeit des Kantons

Gedacht wird hier an den Fall, wo die Vollzugszuständigkeit grundsätzlich bei den Gemeinden liegen soll, der Vollzug aber gewisse minimale Strukturen seitens der Gemeinde voraussetzt (Verwaltungsapparat, technische Einrichtungen, besonders qualifiziertes Personal), über die eine kleine Gemeinde nicht ohne weiteres verfügen kann.

Der kantonale Gesetzgeber kann in solchen Fällen den ersatzweisen Vollzug durch eine kantonale Behörde vorsehen.

Beispiel (Art.12 Polizeigesetz, PolG):

Absatz 1 (subsidiärer Vollzug durch den Kanton im Einzelfall)

Absatz 2 (dauernder subsidiärer Vollzug durch den Kanton)

Die Polizei- und Militärdirektion kann die dauernde Übernahme von gemeindepolizeilichen Aufgaben durch die Kantonspolizei vertraglich mit der Gemeinde regeln. Leistungen der Kantonspolizei, die über deren Pflicht gemäss Absatz 1 hinausgehen, sind gemäss einem vom Regierungsrat zu erlassenden Gebührentarif finanziell abzugelten.

3.9 Vollzugskontrolle und Ersatzvornahme durch den Kanton

Die Gemeinden unterstehen der Aufsicht des Kantons, er hat die Aufsicht zu regeln¹¹. Der kantonale Gesetzgeber bestimmt den Gegenstand und die Intensität der Aufsicht des Kantons über die Gemeinden. Die Ausgestaltung der Aufsicht sollte künftig in der Gesetzgebung des Kantons vermehrt nach der Wichtigkeit der Aufgabe für die Bevölkerung (z.B. Gefährdungspotential), nach dem Grad der mit der Aufgabenübertragung verbundenen Freiheit in der Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung und nach der Finanzierungsverantwortung differenziert werden (Verwesentlichung der Aufsicht). Dabei sollte sich der Gesetzgeber leiten lassen vom Grundsatz "so wenig Aufsicht als möglich, so viel Aufsicht wie nötig".

¹¹ Art. 111 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 Bst. b KV; BSG 101.1.

Die Gesetzgebung des Kantons sollte sich nicht darauf beschränken, eine Aufsichtsbehörde zu bezeichnen, sondern sie sollte wo immer möglich die hauptsächlichen Aspekte der kantonalen Aufsicht näher umschreiben.

Die Ersatzvornahme kann vorgesehen werden, wenn wesentliche öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen.

Beispiel 1 (fiktiv):

Art. 18 Das amtliche Publikationsorgan der Gemeinde muss folgenden minimalen Anforderungen genügen:

- a Es erscheint mindestens einmal wöchentlich.
- b Es wird kostenlos an alle ständig bewohnten Haushaltungen verteilt.
- c Es muss in einen amtlichen und einen nichtamtlichen Teil gegliedert sein. Die Teile sind erkennbar abgetrennt.
- d Der amtliche Teil ist politisch und konfessionell neutral.

Art. 19 ¹Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion ist Aufsichtsbehörde über die amtlichen Publikationsorgane der Gemeinden.

²Die Aufsichtsbehörde kann Massnahmen verfügen und notfalls die Ersatzvornahme anordnen und durchführen, wenn

- a eine Gemeinde über kein amtliches Publikationsorgan verfügt oder die Herausgabe des Publikationsorgans nicht mehr sichergestellt ist
- b die minimalen Anforderungen (Art. 18) nicht erfüllt werden.

³Die Gemeinde trägt die Kosten der Ersatzvornahme.

Beispiel 2:

Artikel 19 Kantonaes Gewässerschutzgesetz (KGSchG)

Absatz 2

Die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion kann anstelle einer Gemeinde, die trotz Mahnung ihre Aufsichtspflichten oder Aufgaben auf dem Gebiet des Gewässerschutzes vernachlässigt, die erforderlichen Massnahmen verfügen, sofern wesentliche öffentliche Interessen gefährdet sind. Für die Kosten haftet die Gemeinde, die ihrerseits auf die pflichtige Person Rückgriff nehmen kann.

4. Checkliste zur Überprüfung von Erlassentwürfen

Die Checkliste ist als Hilfsmittel bei der Überprüfung des Erlassentwurfes auf seine Übereinstimmung mit den Grundsätzen für die Ausgestaltung der Gesetzgebung in der Schnittstelle Kanton-Gemeinden gedacht. Sie ist demgegenüber kein Instrument zur Kontrolle, ob der Entwurf den allgemeinen rechtsetzungstechnischen Anforderungen einer guten Gesetzgebung genügt. Da die Checkliste auch ausserhalb der bernischen Rechtsordnung Anwendung finden könnte, wird sie nachfolgend ungekürzt wiedergegeben:

Aufgaben und Finanzierung

- Sind die Aufgaben von Kanton und Gemeinden *im Gesetz* mindestens in den Grundzügen klar geregelt und zugeteilt?¹²
- Stimmt die Aufgabenzuweisung überein mit der Aufteilung der Aufgabenverantwortung im Aufgabenkatalog der Kantonsverfassung?¹³
- Ist die Finanzierungsverantwortung von Kanton und Gemeinden klar umschrieben?
- Sind die Kriterien und Grundsätze zur Aufgabenteilung (Ziff. 1.2.2 und Anhang) eingehalten?
- Ist das Verhältnis der Aufgabenaufteilung Kanton-Gemeinden ausgewogen im Sinne einer möglichst deckungsgleichen Aufteilung von Aufgabenverantwortung, Finanzierung und Nutzen?

Organisation

- Beschränkt sich der Entwurf darauf, nur die *Grundzüge* der Gemeindeorganisation zu regeln?¹⁴
- Falls der Entwurf organisatorische Festlegungen trifft, sind dafür triftige Gründe vorhanden?

¹² Art. 69 Abs. 4 Bst. d KV; BSG 101.01.

¹³ Art. 31 bis 54, Art. 10 Abs. 3, Art. 18 Abs. 3, Art. 24 Abs. 3 KV.

¹⁴ Art. 111 KV, Art. 42 OrG.

Handlungsspielraum

- Belässt der Erlassentwurf den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum?¹⁵
- Wurde die Rechtsetzungsart gewählt, welche den Bedürfnissen der Gemeinden nach Handlungsspielraum am besten Rechnung trägt?
- Trägt die Regelung im Rahmen des übergeordneten Rechts der unterschiedlichen Art und Grösse der Gemeinden Rechnung?
- Erhalten die Gemeinden die Gelegenheit zu selbständiger oder ergänzender Rechtsetzung oder wurde die Einräumung solcher Befugnisse für jede der übertragenen Aufgaben wenigstens geprüft?

Vollzug

- Wird den Gemeinden im Entwurf ein Ermessen im Vollzug eingeräumt oder wurde diese Möglichkeit wenigstens geprüft?

Aufsicht

- Werden die Hauptgegenstände der kantonalen Aufsicht näher umschrieben?
- Ist die Aufsicht nach der Bedeutung der Aufgabe für die Bevölkerung, nach dem Selbständigkeitsgrad in der Aufgabenerfüllung und nach der Finanzierungsverantwortung differenziert ausgestaltet?
- Werden besonders wichtige präventive Aufsichtsmittel im Erlass genannt?

Gemeindeautonomie

- Wird die durch die Gesetzgebung gewährleistete Gemeindeautonomie beachtet?¹⁶

Mitwirkung

- Wurde den Gemeinden und ihren Interessenverbänden, sofern vom Erlass betroffen, die Gelegenheit zur Mitwirkung eingeräumt?

¹⁵ Art. 109 Abs. 2 KV.

¹⁶ Eine Verletzung läge z.B. vor, wenn eine Verordnung in einen durch Gesetz geschützten Autonomiebereich der Gemeinden eingreift.

- Wurden bei der Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens die Gemeinden mit über 10'000 Einwohnerinnen und Einwohnern und die Interessenverbände der bernischen Gemeinden in die Adressatenliste aufgenommen?¹⁷
- Ist zu einem Erlass¹⁸ mit erheblichen Auswirkungen auf die Gemeinden ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt worden?¹⁹

Vortrag²⁰

- Zeigt der Vortrag die von den Gemeinden und ihren Interessenverbänden in der Konsultation vertretenen Standpunkte transparent auf, und wird auf die bestrittenen Hauptpunkte besonders eingegangen?
- Enthält der Vortrag Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Gemeinden, namentlich bezüglich der Finanzen und der Gemeindeautonomie?²¹

Wenn alle Fragen mit "ja" beantwortet werden können, darf angenommen werden, der Erlassentwurf stimme mit den Grundsätzen überein.

* * *

Hinweis: Der Leitfaden für die Rechtsetzung im Bereich Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden kann gegen Entrichtung einer Schutzgebühr von 10 Franken in deutscher oder französischer Sprache bei folgender Stelle bezogen werden: Staatskanzlei des Kantons Bern, Drucksachenverkauf, Postgasse 68, CH-3000 Bern 8.

¹⁷ Art. 16 Abs. 1 Bst. h und i der Verordnung vom 26. Juni 1996 über das Vernehmlassungs- und das Mitberichtsverfahren (VMV); BSG 152.025.

¹⁸ gleich welcher Ebene: Gesetz, Dekret (= Parlamentsverordnung) oder Verordnung.

¹⁹ Art. 5 Abs. 1 Bst. d VMV.

²⁰ Der einen Erlassentwurf begleitende Bericht (Botschaft) wird im Kanton Bern als "Vortrag" bezeichnet.

²¹ Art. 65 Abs. 2 Bst. f des Gesetzes vom 8. November 1988 über den Grossen Rat (Grossratsgesetz, GRG); BSG 151.21.

